

NATHALIE LEITE GAZZANEO

**Interseções e limites entre a neutralidade da rede e a política de defesa
da concorrência no Brasil**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Newton Silveira

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO/SP

2018

NATHALIE LEITE GAZZANELO

**Interseções e limites entre a neutralidade da rede e a política de defesa
da concorrência no Brasil**

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito Comercial, sob a orientação do Professor Dr. Newton Silveira.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO/SP

2018

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Gazzaneo, Nathalie Leite

Interseções e limites entre a neutralidade da rede e a política de defesa da concorrência no Brasil / Nathalie Leite Gazzaneo ; orientador Newton Silveira -- São Paulo, 2018.

171

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Internet. 2. Neutralidade da rede. 3. Concorrência. I. Silveira, Newton, orient. II. Título.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais e irmãos, meus maiores incentivadores de sonhos e guias nesta vida, por me ensinarem tudo que eu precisava para ir aonde quer que eu quisesse.

Ao meu grande amor e melhor companheiro de vida, por multiplicar meus motivos para entregar, acreditar, aceitar e agradecer.

RESUMO

GAZZANEO, Nathalie L. Interseções e limites entre a neutralidade da rede e a política de defesa da concorrência no Brasil. 2018. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

O objeto central deste trabalho é expor os principais pontos de interseção entre a neutralidade da rede e a política de defesa da concorrência no Brasil, reconhecendo o valor do diálogo entre estas duas fontes, mas apontando para a existência de limites importantes e individualizantes entre elas. Um dos grandes embates teóricos sobre a necessidade ou não de uma regulação *ex ante* sobre a neutralidade da rede reside na insuficiência ou suficiência da política de defesa da concorrência para sanar os eventuais efeitos adversos de práticas discriminatórias do tráfego empreendidas por provedores de acesso à Internet. Para além dessa discussão, diversos institutos típicos do direito antitruste estão presentes em análises a respeito da neutralidade da rede, em especial as noções de mercado de múltiplas pontas, de posição dominante, de integrações verticais e práticas discriminatórias e de bem-estar do consumidor. Em suma, as interfaces e possibilidades de confusão entre os dois domínios são inúmeras, sendo necessário estabelecer seus limites mais claramente. De onde vem, o que estabelece e o que busca a regra de neutralidade da rede brasileira? Quais são as suas interfaces com a política de defesa da concorrência no Brasil? Quais são os limites entre a neutralidade da rede e a política de defesa da concorrência no Brasil? Esses são os principais questionamentos enfrentados neste trabalho.

Palavras-chave: Internet. Neutralidade da rede. Concorrência.

ABSTRACT

GAZZANEO, Nathalie L. Intersections and limits between net neutrality and competition policy in Brazil. 2018. 171 pages. Master Degree – Law School, University of São Paulo, 2018.

The goal of this study is to present the main points of intersection between net neutrality and competition policy in Brazil, recognizing the value of the dialogue between these two domains, but pointing out to the existence of important and individualizing limits between them. One of the major theoretical clashes about the need for net neutrality *ex ante* regulation consists in whether or not competition policy can sufficiently address the potential adverse effects of ISPs' traffic discrimination practices. Beyond that, a number of typical antitrust concepts are used to analyze net neutrality, in particular the concepts of multisided markets, dominant position, vertical integration, discriminatory practices and consumer welfare. In short, the interfaces and subsequent risks of confusion between net neutrality and competition policy require a clearer establishment of the limits between them. Where does the Brazilian net neutrality rule come from, what does it impose and what are its goals? What are the interfaces between net neutrality and antitrust policy in Brazil? What are the boundaries between net neutrality and competition policy in Brazil? These are the main questions addressed in this study.

Keywords: Internet. Net neutrality. Competition.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES

- Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações
- BEREC – *Body of European Regulators for Electronic Communications*
- CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
- CDN – Rede de distribuição de conteúdo
- CGI.br – Comitê Gestor da Internet no Brasil
- CP – Provedor de conectividade à Internet; é um tipo de ISP
- DIREITO RIO – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas
- DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor
- ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (de direitos autorais referentes à execução musical)
- EEST – Entidades Exploradoras de Serviços de Telecomunicação
- FCC – *Federal Communications Commission*
- FTC – *Federal Trade Commission*
- HTML – *HyperText Markup Language*
- IAP – Provedor de acesso à Internet (*last mile*); é um tipo de ISP
- IETF – *Internet Engineering Task Force*
- IP – *Internet Protocol*
- IPTV – Televisão por IP
- ISP – Provedor de conexão à Internet; gênero do qual são espécies os IAPs e os CPs
- LGT – Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997)
- MCI – Marco Civil da Internet (Lei 12.965, de 23 de abril de 2014)
- MCTIC – Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Telecomunicações
- MPF – Ministério Público Federal
- NAT – *Network Address Translation*
- Nic.br – Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR
- ONU – Organização das Nações Unidas

OECD – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OSP – Provedor de serviços online ou Provedor de aplicações

PSCI – Provedores de Serviços de Conexão à Internet

QoS – Qualidade de serviço

RGC – Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações

SAL/MJ – Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SCI – Serviços de Conexão à Internet

SCM – Serviço de Comunicação Multimídia

SDE – Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda

Senacon – Secretaria Nacional do Consumidor

SG – Superintendência Geral do CADE

SMP – Serviço Móvel Pessoal

STF – Supremo Tribunal Federal

STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado

SVA – Serviço de Valor Adicionado

UE – União Europeia

VoD – Vídeo sob demanda

VoIP – Voz por IP

VoLTE – Voz por evolução em longo prazo

VPN – *Virtual private network*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS	13
CAPÍTULO 1 – HISTÓRICO, ELEMENTOS E OBJETIVOS DA REGRA DE NEUTRALIDADE DA REDE NO BRASIL	15
1.1. NEUTRALIDADE DA REDE E A CAMADA DE CONTEÚDO DA INTERNET COMO ESPAÇO CONCORRENCIAL	15
1.2. HISTÓRICO E ELEMENTOS DA NEUTRALIDADE DA REDE NO BRASIL	23
1.2.1. Protorregulação da neutralidade da rede no setor de telecomunicações	23
1.2.2. O “Decálogo da Internet” do Comitê Gestor da Internet no Brasil	30
1.2.3. Marco Civil da Internet: do anteprojeto de lei ao Decreto 8.771/2016.....	31
1.2.4. Elementos da regra de neutralidade da rede brasileira.....	42
1.3. NEUTRALIDADE DA REDE NA EXPERIÊNCIA REGULATÓRIA COMPARADA	46
1.3.1. Estados Unidos.....	46
1.3.2. União Europeia	56
1.4. OBJETIVOS DA REGULAÇÃO DA NEUTRALIDADE DA REDE NO BRASIL	61
1.4.1. Inovação e enfrentamento a barreiras de entrada na camada de conteúdo da Internet	62
1.4.2. Liberdades fundamentais	66
1.4.2.1. Liberdade de expressão.....	68
1.4.2.2. Livre iniciativa	71
1.5. CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	74
CAPÍTULO 2 – INTERSEÇÕES ENTRE A NEUTRALIDADE DA REDE E A POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	75
2.1. QUESTÕES CONCORRENCIAIS NAS DISCUSSÕES SOBRE A REGULAÇÃO DA NEUTRALIDADE DA REDE.....	75

2.2. UM PASSO ATRÁS: UM POUCO DE CONTEXTO SOBRE O ECOSISTEMA DA INTERNET E SEUS PRINCIPAIS ATORES.....	85
2.2.1. Principais atores do ecossistema da Internet.....	86
2.2.2. Inter-relações entre atores: o ecossistema da Internet como um mercado de múltiplas pontas.....	91
2.3. INSTITUTOS DO ANTITRUSTE COMUNS EM DISCUSSÕES SOBRE NEUTRALIDADE DA REDE...	94
2.3.1. As práticas restritivas da concorrência e os bens jurídicos resguardados pelo direito da concorrência no Brasil.....	95
2.3.2. Posição dominante.....	99
2.3.3. Integrações verticais e práticas discriminatórias.....	103
2.3.3.1. Objetivos das práticas discriminatórias.....	105
2.3.3.1.1. <i>Objetivos determinados em lei como exceções à neutralidade da rede.</i>	<i>105</i>
2.3.3.1.2. <i>Diferenciação de serviços para os consumidores</i>	<i>106</i>
2.3.3.1.3. <i>Diferenciação de serviços para OSPs</i>	<i>107</i>
2.3.3.1.4. <i>Proteção dos negócios</i>	<i>108</i>
2.3.3.2. Efeitos das práticas discriminatórias para os consumidores.....	109
2.3.3.2.1. <i>Efeitos de curto prazo</i>	<i>110</i>
2.3.3.2.2. <i>Efeitos de médio e longo prazo</i>	<i>110</i>
2.3.3.3. Síntese: bjetivos e efeitos das práticas discriminatórias.....	111
2.3.4. Addendum: Bem-estar do consumidor.....	112
2.4. CONCLUSÃO DO CAPÍTULO.....	114
CAPÍTULO 3 – LIMITES ENTRE A NEUTRALIDADE DA REDE E A POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	116
3.1. CONVIVÊNCIA E LIMITES ENTRE A LEI GERAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E LEIS ESPECÍFICAS.....	116
3.1.1. Neutralidade da rede.....	118
3.1.2. Direito do consumidor.....	124
3.1.3. Propriedade intelectual.....	126
3.2. COLABORAÇÃO INSTITUCIONAL NA ATUAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O REGIME INSTITUCIONAL COLABORATIVO REFORÇADO PELO DECRETO 8.771/2016.....	132

3.3. LIMITES ENTRE A NEUTRALIDADE DA REDE E A TUTELA CONCORRENCIAL NO BRASIL: O INQUÉRITO ADMINISTRATIVO Nº 08700.004314/2016-7	137
3.4. CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	145
CONCLUSÃO	147
REFERÊNCIAS.....	154

INTRODUÇÃO

Uma das analogias utilizadas para explicar a arquitetura básica da Internet é a da autoestrada. Os carros em movimento representam o tráfego de dados (necessário a que qualquer *click* leve o usuário a algum “lugar” na rede) e o ponto de chegada dos carros, para onde eles se movimentam, representa o terminal (celular, computador, *tablet*, etc.) a que o usuário está conectado. A autoestrada da Internet funciona conforme um manual de instruções chamado “neutralidade da rede”, que orienta como o tráfego no trajeto até o ponto de chegada aos usuários finais deve se dar, de modo que todos os carros consigam se mover da forma mais fluida possível, sem que nenhum deles ultrapasse os demais e assim todos alcancem seu ponto de chegada adequadamente.

A neutralidade da rede diz que os operadores que cuidam da autoestrada da Internet não podem bloquear a passagem de determinados carros, nem obrigar determinados carros a andar em menor velocidade, nem oferecer pedágios que permitam que determinados carros circulem por corredores expressos. Há algumas exceções para esses impedimentos, claro. Por exemplo, os carros que estejam empenhados em atender a uma situação de emergência – por exemplo, uma ambulância em operação de socorro – podem ultrapassar os demais. Ainda, o congestionamento do tráfego na autoestrada, impedindo o seu fluxo normal, também autoriza que os operadores da via adotem medidas técnicas pontuais e proporcionais a fim de normalizar a situação. Mesmo nessas exceções, contudo, os operadores da autoestrada devem seguir algumas regras de boa convivência ditadas pelo manual de instruções da neutralidade da rede, como a transparência, por exemplo.

Além da neutralidade da rede, outras regras também se aplicam ao funcionamento da grande autoestrada da Internet. Por exemplo, as regras que tratam da adequada competição entre agentes econômicos, não só nas estradas, mas em qualquer outra forma de atividade econômica. À primeira vista, alguns podem afirmar que o funcionamento da autoestrada dispensaria as orientações da neutralidade da rede, podendo seguir apenas as regras concorrenciais, já que em alguns aspectos elas se assemelham muito com as orientações da neutralidade da rede. Mas, se por um lado as regras concorrenciais são ótimos complementos à neutralidade da rede, ajudando a manter o funcionamento adequado da autoestrada da Internet,

por outro, os objetivos das regras concorrenciais não coincidem perfeitamente com os da neutralidade da rede, e assim, sozinhas, elas não podem proteger a arquitetura básica da Internet.

Voltando para a perspectiva jurídica, o objeto central deste trabalho é expor os pontos de interseção entre a neutralidade da rede e a política de defesa da concorrência no Brasil, reconhecendo o valor do diálogo entre estas duas fontes, mas apontando para a existência de limites importantes e individualizantes entre elas. Um dos grandes embates teóricos sobre a necessidade ou não de uma regulação *ex ante* sobre a neutralidade da rede reside justamente na insuficiência ou suficiência da política de defesa da concorrência para sanar os eventuais efeitos adversos de práticas discriminatórias do tráfego pelos provedores de acesso à Internet. Para além dessa discussão, diversos institutos típicos do direito antitruste estão presentes em análises a respeito da neutralidade da rede, em especial as noções de mercado de múltiplas pontas, de posição dominante, de integrações verticais e práticas discriminatórias e de bem-estar do consumidor.

Em suma, as interfaces e possibilidades de confusão entre os dois domínios são inúmeras – e tendem a se tornar ainda mais proeminentes em virtude da recente desregulação do núcleo central da regra de neutralidade da rede nos Estados Unidos, cenário no qual ganhará força a atuação da autoridade antitruste daquele país em temas que nos últimos anos estavam limitados à neutralidade da rede. Todos esses elementos contribuem para a relevância e a atualidade do tema das interseções e limites entre a neutralidade da rede e a defesa da concorrência no Brasil.

Ao longo do trabalho, buscamos responder a três ordens de questionamentos: (i) de onde vem, o que estabelece e o que busca a regra de neutralidade da rede brasileira?; (ii) quais são as interfaces entre a neutralidade da rede e a política de defesa da concorrência no Brasil?; e (iii) quais são os limites entre a neutralidade da rede e a política de defesa da concorrência no Brasil?

Metodologicamente, tivemos uma preocupação central em empreender essa análise com bastante atenção na construção da regra de neutralidade da rede brasileira, buscando extrair, tanto quanto possível, conclusões a partir de minutas de regras, relatórios de histórico legislativo, casos e trabalhos que se voltaram para essas discussões no Brasil. A estrutura

escolhida para a apresentação do trabalho também parte da premissa metodológica de que, no cenário de interseções entre as duas matérias, a melhor forma de encontrar os limites entre a neutralidade da rede e a defesa da concorrência é buscar, primeiro, posicionar muito bem a origem, os elementos e os objetivos da neutralidade da rede no Brasil, para então seguir a exposição sobre suas interfaces com a política de defesa da concorrência e, por fim, propor os limites entre as duas matérias.

Partindo desse exercício, pudemos concluir que os interesses imediatamente protegidos pela norma concorrencial não coincidem perfeitamente com os interesses imediatamente tutelados pela neutralidade da rede. Enquanto a neutralidade da rede busca proteger *diretamente* a inovação, o enfrentamento a barreiras de entrada na camada de conteúdo da Internet e a liberdade de expressão, incluindo o pluralismo, estes *não* são interesses *diretamente* protegidos pela norma concorrencial – embora o direito concorrencial possa, indiretamente, favorecê-los.

Além disso, o direito concorrencial brasileiro comporta outras limitações em relação à neutralidade da rede. No aspecto subjetivo, a Lei 12.529/2011 se dirige diretamente a pessoas físicas ou jurídicas que pratiquem uma atividade econômica em sentido amplo, cuidando diretamente de preocupações de ordem econômica, enquanto a neutralidade da rede, como princípio da disciplina do uso da Internet no Brasil (art. 3º, IV, do Marco Civil da Internet), se direciona imediatamente ao conjunto multissetorial de atores do ecossistema da Internet. Quanto à aplicação das normas, a caracterização do ilícito concorrencial depende necessariamente da delimitação do mercado relevante, ao passo que a neutralidade da rede se aplica ao bloqueio ou degradação discriminatórios do tráfego de quaisquer provedores de aplicações, independentemente da determinação de mercados relevantes.

Também pudemos concluir que, em função desses limites materiais, a execução do princípio neutralidade da rede não se esgota na atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, despertando um regime de colaboração institucional entre diferentes entidades, como indica o Decreto 8.771/2016.

ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

Desde a promulgação do Marco Civil da Internet (Lei 12.965, de 23 de abril de 2014), o Brasil faz parte de um grupo de algumas dezenas de países ao redor do mundo que regularam expressamente a proteção ao princípio da neutralidade da rede¹. O Capítulo 1 deste trabalho se dedicará à exposição do histórico da elaboração dessa norma no Brasil – desde a protorregulação do tema no âmbito das telecomunicações até a regulamentação do Marco Civil da Internet por meio do Decreto 8.771/2016. Faremos ainda uma incursão na experiência comparada dos Estados Unidos e da União Europeia, além de introduzir os principais objetivos da regulação da neutralidade da rede, com especial atenção à regra brasileira.

Nos debates sobre a necessidade (ou não) de positivação do princípio da neutralidade da rede, as interfaces com o tema da defesa da concorrência já apareceram com bastante clareza. Não raro, institutos tipicamente concorrenciais – como as noções de mercado de múltiplas pontas, abuso de posição dominante e proteção do bem-estar do consumidor – despontaram nesse processo. No caso do Brasil, a própria regra de neutralidade da rede possui considerações concorrenciais (art. 9º, §2º, IV da Lei 12.965/2016). As interfaces entre esses dois domínios serão objeto do Capítulo 2 desta Dissertação.

Dadas as interfaces entre os dois domínios, é preciso distinguir mais claramente os fins a que cada um deles serve, de modo a garantir a eficácia da sua aplicação. A neutralidade da rede não é o primeiro domínio jurídico cujos limites com a política de defesa da concorrência já precisaram ser mais bem estabelecidos no Brasil – o direito do consumidor e a propriedade intelectual já desafiaram essa necessidade de delimitação e oferecem lições importantes nesse sentido. Além de expor brevemente a experiência brasileira com esses outros domínios, o Capítulo 3 apresentará uma abordagem teórica para a delimitação entre a neutralidade da rede e o direito da concorrência e explorará a experiência recente do CADE no Inquérito Administrativo n.º 08700.004314/2016-7, em que o Conselho foi especificamente confrontado com a alegação de infrações à regra de neutralidade da rede e à ordem econômica e teve a oportunidade de esclarecer parâmetros relevantes para a separação entre esses dois domínios.

¹ Para acompanhar o mapa dos países que regularam, estão em vias de regular ou não protegem o princípio da neutralidade da rede, cf. <https://www.thisisnetneutrality.org/>. Acesso em: 9 jan. 2018.

CAPÍTULO 1 – HISTÓRICO, ELEMENTOS E OBJETIVOS DA REGRA DE NEUTRALIDADE DA REDE NO BRASIL

SUMÁRIO DO CAPÍTULO: **1.1.** NEUTRALIDADE DA REDE E A CAMADA DE CONTEÚDO DA INTERNET COMO ESPAÇO CONCORRENCIAL **1.2.** HISTÓRICO E ELEMENTOS DA NEUTRALIDADE DA REDE NO BRASIL. **1.2.1.** Protorregulação da neutralidade da rede no setor de telecomunicações. **1.2.2.** O “Decálogo da Internet” do Comitê Gestor da Internet no Brasil. **1.2.3.** Marco Civil: do anteprojeto de lei ao Decreto 8.771/2016. **1.2.4.** Elementos da regra de neutralidade da rede brasileira **1.2.** NEUTRALIDADE DA REDE NA EXPERIÊNCIA REGULATÓRIA COMPARADA **2.1.** Estados unidos **1.3.2.** União Europeia **1.4.** OBJETIVOS DA REGULAÇÃO DA NEUTRALIDADE DA REDE NO BRASIL **1.4.1.** Inovação e enfrentamento a barreiras de entrada na camada de conteúdo da Internet **1.4.2.** Liberdades fundamentais **1.4.2.1.** *Liberdade de expressão* **1.4.2.2.** *Livre iniciativa* **1.5.** CONCLUSÃO DO CAPÍTULO.

1.1. NEUTRALIDADE DA REDE E A CAMADA DE CONTEÚDO DA INTERNET COMO ESPAÇO CONCORRENCIAL

A Internet surgiu de um cenário que mais poderia ser de ficção científica. Em plena Guerra Fria, entre os anos de 1968 e 1969, ela foi concebida como parte da Administração dos Projetos de Pesquisa Avançada (Arpa) do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, uma iniciativa do governo americano para fazer frente ao Sputnik soviético.

A Arpanet interligava computadores de médio e grande porte de um número limitado universidades e centros de pesquisa, permitindo que os pesquisadores de cada um desses centros compartilhassem capacidade de processamento dos seus equipamentos uns com os outros. Desde esses tempos primordiais, a arquitetura da rede, baseada na transmissão de informações por meio da comutação de pacotes de dados, era essencial. À época da Arpanet, essa arquitetura permitia proteger as informações estratégicas que circulavam por ela. Assim, naquele contexto de Guerra Fria, mesmo que houvesse um ataque nuclear soviético que viesse

a destruir os computadores ligados à rede ou mesmo que viesse a destruir a rede telefônica do país, por exemplo, as informações trocadas por meio da Arpanet estariam a salvo².

Com o tempo, cada vez mais e mais redes foram se interligando, até chegarmos à rede mundial que temos hoje – que, mais do que uma rede de computadores, é uma “rede de redes”, uma rede de pessoas e comunidades³.

Da Arpanet aos dias de hoje, a Internet passou por um modelo de redes compartilhadas por várias instituições e posteriormente por várias pessoas, e chegou na era da computação pessoal, se colocando como o primeiro meio de comunicação moderno a expandir o seu alcance por meio da descentralização da estrutura de produção e distribuição da informação,

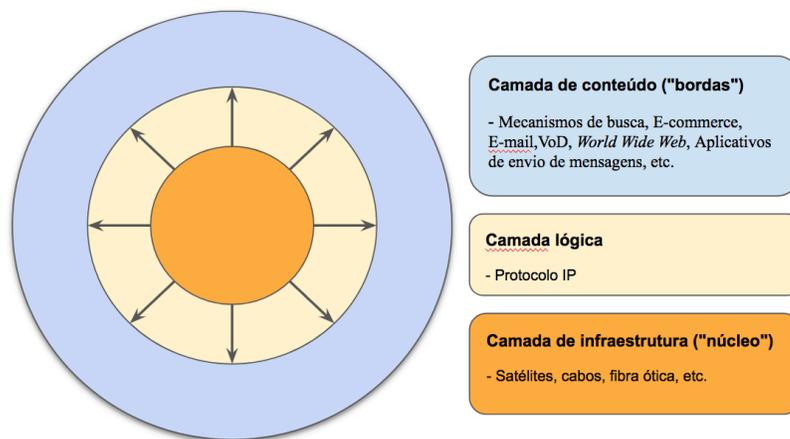
² “No início, tratava-se de uma rede limitada (Arpanet), compartilhando informação entre universidades ‘hi-tec’ (outra palavra nova) e outros institutos de pesquisa — em 1975 havia dois mil usuários. Graças ao tipo de informação que estava sendo compartilhada, elemento essencial de sua razão de ser era que a rede pudesse sobreviver à retirada ou destruição de qualquer computador ligado a ela, e, na realidade, até à destruição nuclear de toda a ‘infraestrutura’ de comunicações (‘infraestrutura’ era outra palavra nova). Essa era a visão do Pentágono. A visão das universidades era que a Net oferecia ‘acesso livre’ aos usuários professores e pesquisadores, e que eram eles comunicadores. Qualquer que fosse a posição vantajosa, de cima ou de baixo, era de importância crucial, tanto de imediato quanto a longo prazo, que a ‘arquitetura do sistema’ (termo empregado com frequência) diferisse daquela construída para a rede telefônica. Os responsáveis pelo sistema se orgulhavam disso. Qualquer computador podia se ligar à Net de qualquer lugar, e a informação era trocada imediatamente, em ‘fatias’ dentro de ‘pacotes’. O sistema de envio quebrava a informação em peças codificadas, e o sistema receptor juntava-a novamente, depois de ter viajado até seu destino. Esse foi o primeiro sistema de dados empacotados da história. A ideia da quebra de mensagens em ‘pacotes de informação’, ‘blocos de mensagens’, estava nas mentes dos pesquisadores de computação desde meados da década de 1960 — entre eles, Donald Watt Davies, do Laboratório Nacional de Física da Grã-Bretanha, que usou a expressão ‘transferência de pacote’. Ele verificou também que, para colocar em rede computadores com ‘faces’ diferentes e linguagens distintas, era necessário utilizar microcomputadores para agir como ‘interfaces’, conhecidas nos Estados Unidos como IMPs, processadores de mensagens de interface. O primeiro deles chegou ao campus da Universidade da Califórnia, em Los Angeles, em janeiro de 1969, quando Leonard Kleinrock os instalou e usou em seu laboratório; em dois anos, a Arpanet era totalmente operacional. As mensagens de e-mail eram a base da comunicação, e nem todas tratavam de assuntos de defesa. Já então muitas convenções da futura Internet encontravam-se estabelecidas. Assim, o sinal @ no endereço se tornou rotina. Em 1986, foram introduzidas as novas abreviações de ‘com’ para comercial, ‘mil’ para militar e ‘e’ para educacional” (BRIGGS; BURKE, 2006, p. 301). Marcio Iorio Aranha destaca que “[a] Internet é o produto de uma manifestação regulatória por excelência, mais especificamente uma agência estatal norte-americana de regulação do desenvolvimento científico e tecnológico, em que padrões de comunicação foram produzidos para viabilizarem uma rede de computadores preexistente, mas à época ainda dependente, para acesso a cada terminal, de rotinas e comandos distintos. A Arpanet – antecessora da internet – introduziu a padronização de comandos para efetivo compartilhamento de computadores em rede: eis a inovação que mudou o mundo; o planejamento não-darwiniano de um ambiente de interação cooperativa entre os atores regulados” (ARANHA, 2015a, p. 43).

³ “A basic objective of the Internet design is to tolerate a wide range of network characteristics [...] Finally, the goal is full ‘open system interconnection’: an Internet host must be able to interoperate robustly and effectively with any other Internet host, across diverse Internet paths” (BRADEN, 1989, p. 8). O BEREC também define o termo Internet como “um sistema global de redes interconectadas que permitem que usuários finais conectados se conectem uns com os outros” (BEREC, 2016).

da cultura e do conhecimento⁴. Em um futuro não muito distante, o que se espera é que passemos a vivenciar a chamada “computação ubíqua”, termo cunhado por Mark Weiser para designar a era da “tecnologia calma”, que de tão relevante à vida humana, se integrará ao nosso cotidiano, até se tornar indistinguível dele (WEISER; BROWN, 1996)⁵.

A Internet que vivenciamos hoje pode ser sistematizada, especialmente para fins regulatórios, em uma estrutura didática que compreende três principais camadas: a camada de infraestrutura (o “núcleo”), a camada de conteúdo (as “bordas”, “pontas” ou “fins”), e a camada lógica (cf. BENKLER, 2000).

Figura 1: Estrutura de três camadas da Internet de Benkler (2000)



Fonte: Elaboração própria da autora com base em Benkler (2010).

⁴ “The Internet presents the possibility of a radical reversal of this long trend. It is the first modern communications medium that expands its reach by decentralizing the capital structure of production and distribution of information, culture, and knowledge. Much of the physical capital that embeds most of the intelligence in the network is widely diffused and owned by end users. Network routers and servers are not qualitatively different from the computers that end users own, unlike broadcast stations or cable systems, which are radically different in economic and technical terms from the televisions that receive their signals. This basic change in the material conditions of information and cultural production and distribution have substantial effects on how we come to know the world we occupy and the alternative courses of action open to us as individuals and as social actors. Through these effects, the emerging networked environment structures how we perceive and pursue core values in modern liberal societies” (BENKLER, 2006, p. 30).

⁵ Outros numerosos trabalhos de Wieser sobre o tema podem ser encontrados em sua página (<http://www.ubiq.com/weiser/>).

O *Internet Protocol* (IP), que serve de base à camada lógica, permite a comunicação entre a camada de infraestrutura e a camada de conteúdo (WERBACH, 2002). Cada dispositivo na Internet recebe um endereço numérico de IP único no mundo para identificá-lo⁶. As informações são divididas em pacotes também “etiquetados” com endereços de IP de origem e de destino, que transitam de forma independente entre o núcleo e as bordas da Internet. A grande particularidade da Internet enquanto rede que serve de suporte para a comunicação de dados é que ela funciona por meio da comutação de pacotes, isto é, toda a arquitetura da Internet foi elaborada para fazer com que os pacotes de dados viajem de forma autônoma em diferentes meios sem ser necessário reservar recursos – diferentemente do que ocorre com os serviços telefônicos, por exemplo, nos quais é necessário reservar uma linha telefônica (NIC.BR, 2014).

O princípio da neutralidade da rede está umbilicalmente relacionado a essa arquitetura própria da Internet⁷. Como esclarecem Economides e Tag (2012, pp. 91-104), abolir a neutralidade da rede significa nada menos que permitir que provedores de banda larga se

⁶ Na prática, atualmente nem todos os dispositivos conectados à Internet estão etiquetados com um IP individualizado, dado o esgotamento da versão do protocolo de IP utilizada desde 1981, o IPv4. Diante disso, a IETF passou a adotar estratégias para endereçar esse esgotamento. Uma das estratégias paliativas adotadas é o NAT (*Network Address Translation*), que permite o compartilhamento de um único endereço IP, ou de um pequeno número deles, por vários terminais. Dentre as soluções de longo prazo, a IETF vem trabalhando desde 1993 no IPv6 – nova versão do IP baseada nos princípios bem-sucedidos do IPv4, porém, projetado para corrigir algumas de suas falhas, dentre as quais a incapacidade de suprir individualmente a curva crescente de dispositivos conectados à Internet. Para mais informações, cf. <http://ipv6.br/>.

⁷ “*The current Internet infrastructure evolved with the so-called ‘end-to-end’ design principle as its central tenet. To preserve the robustness and evolvability of the network and to allow applications to be easily layered on top of it, the broad version of this design principle recommends that the lower layers of the network be as general as possible, while all application-specific functionality should be concentrated at higher layers at end hosts. It is implemented in the logical infrastructure of the Internet through the Internet Protocol which provides a general, technology- and application-independent interface to the lower layers of the network. As a consequence of this design, the network was application-blind; this prevented infrastructure providers from distinguishing between the applications and content running over the network and from affecting their execution*” (SCHEWICK; FRISCHMANN, 2007, pp. 385-386). Partindo de uma perspectiva diferente de arquitetura, no sentido de que a arquitetura da Internet regula o espaço virtual de forma similar ao modo como o direito regula a vida em sociedade, Lessig observou, na introdução de “Code – version 2.0”, que “[t]o regulate well, you need to know (1) who someone is, (2) where they are, and (3) what they’re doing. But because of the way the Internet was originally designed (and more on this below), there was no simple way to know (1) who someone is, (2) where they are, and (3) what they’re doing. Thus, as life moved onto (this version of) the Internet, the regulability of that life decreased. The architecture of the space—at least as it was—rendered life in this space less regulable. [...] Important rules are imposed, not through social sanctions, and not by the state, but by the very architecture of the particular space. A rule is defined, not through a statute, but through the code that governs the space” (LESSIG, 2006a, pp. 23-24). David Post (2000, pp. 1447-1448), embora discorde da conclusão de Lessig de que o controle sobre o código (que regula a Internet) deve se sujeitar a um processo político coletivo de tomada de decisão (já que o próprio código se sujeita à coletividade), concorda com e elogia a proposição de Lessig sobre a centralidade do “código” (que dita o funcionamento da Internet) para compreender como a sua regulação opera.

afastem do princípio de “fim a fim”, isto é, do princípio segundo o qual os computadores conectados à Internet, que estão enviando e recebendo pacotes de dados, não precisam conhecer a estrutura da rede e podem simplesmente se conectar de “fim a fim”, permitindo que a inovação aconteça nas bordas, sem interferência dos operadores do núcleo da rede.

Esta arquitetura própria da Internet vai além de considerações meramente técnicas e se relaciona de forma íntima com o sistema econômico em que os atores de seu ecossistema se desenvolvem e produzem, e com os incentivos de que eles desfrutam (SCHEWICK, 2010, pp. 23-24). Como explica Barbara van Schewick (*Ibidem*, p. 31), uma mesma arquitetura operando em ambientes com diferentes atores e diferentes elementos limitadores pode oferecer tipos e níveis diferentes de inovação, de modo que o efeito de uma arquitetura específica – por exemplo, o efeito da arquitetura da Internet – na inovação não pode ser determinada sem que se analisem os atores expostos a ela, os demais elementos limitadores sob os quais eles operam e as relações existentes ou previsíveis entre eles.

Demi Getschko (2014, pp. 13-14) relembra a habitual dificuldade de definir o que se deve entender por “neutralidade” quando se refere ao ambiente particularmente complexo da Internet, em que perpassam diferentes interesses e relações entre atores tão diversos quanto prestadores de serviços de telecomunicações, provedores de acesso, provedores de informações, provedores de serviços, desenvolvedores, fabricantes de dispositivos e produtos tecnológicos, e, especialmente, os próprios usuários finais, considerados de forma individual e coletiva, em seus diferentes grupos de interesses e atuação. Dada a difícil carga semântica do termo e os interesses que ele envolve, não há ainda entre os países um consenso ou uniformidade quanto à definição de “neutralidade da rede”. Assim, é mais didático defini-la em referência a um princípio técnico básico e familiar da Internet: a noção de “fim a fim” ou “ponto a ponto”. Isto é, a Internet, foi fundamentalmente concebida para permitir o transporte de pacotes de dados iniciados em um ponto de sua borda e destinado a outro ponto (“fim a fim”) sem qualquer interferência indevida nem no caminho percorrido por esses pacotes de dados nem nos próprios pacotes. A neutralidade da rede seria, portanto, essa ausência de interferência indevida, ou de discriminação indevida. A mesma linha de pensamento foi seguida no relatório final ao então projeto de lei que veio a dar origem ao Marco Civil da Internet, para justificar para a redação da regra de neutralidade da rede. Segundo o relatório, a

inteligência da Internet está nas pontas, e não no núcleo da rede (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014, p. 26).

Em grande medida graças a essa arquitetura, é que a camada de conteúdo da Internet tem podido ser um espaço de inovação⁸ e livre concorrência, aberta ao surgimento de novos atores, em que qualquer ator pode desenvolver uma nova aplicação e disponibilizá-la na rede, sem solicitar permissão ou licenças e sem ter que pagar nada a mais por isso, além da contratação da banda necessária para a consecução de seus serviços com qualidade. Como explica Daniel O’Conner (2016), o fenômeno econômico da Internet é um produto da fundação tecnológica em que ela se baseia: ela é uma rede aberta que se comunica por meio de uma série comum de protocolos de comunicação de que qualquer um pode se utilizar e cujos criadores conscientemente decidiram não patentear (SINGEL, 2012) como forma de manter sua ampla disponibilidade. Graças a essa configuração é que pôde ser concebida e universalizada, por exemplo, a *World Wide Web*, a mais popular aplicação a operar na camada de conteúdo da Internet – tão popular que muitas vezes é confundida com a própria Internet – nascida do

⁸ Exatamente nesse sentido é o depoimento de Lawrence Lessig diante da Comissão de Comércio, Ciência e Transporte do Senado dos Estados Unidos, em 2006, quando se discutia a revisão das regras aplicáveis às telecomunicações naquele país: “[T]he innovation and explosive growth of the Internet is directly linked to its particular architectural design. It was in large part because the network respected what Saltzer, Clark and Reed called the ‘end-to-end’ principle that the explosive growth of the Internet happened. If this Committee wants to preserve that growth and innovation, it should take steps to protect this fundamental design. [...] The Internet has inspired a wide range of innovation. Because of its particular architectural design, that innovation has come primarily from the ‘edge’ or ‘end’ of the network through application competition. As network architects Jerome Saltzer, David Clark, and David Reed describe [SALTZER; REED; CLARK], the original Internet embraced an ‘end-to-end’ design, meaning the network itself was to be as simple as possible, with intelligence for the network provided by applications that connected at the edge of the network. One consequence of this design is that early network providers couldn’t easily control the application innovation that happened upon their networks. That in turn meant that innovation for these networks could come from many who had no real connection to the owners of the physical network itself. Indeed, if you consider some of the most important innovations in this history of the Internet--from the design of its protocols by graduate student Vint Cerf, and Bob Kahn, to the development of the World Wide Web by a Swiss researcher at CERN, to the first peer-to-peer instant messaging chat service, ICQ, developed by a young Israeli, to the first web based (or HTML-based) e-mail, Hotmail, developed by an Indian immigrant--these are all innovations by kids or non-Americans: outsiders to the network owners. This diversity of innovators is no accident. By minimizing the control by the network itself, the ‘end-to-end’ design maximizes the range of competitors who can innovate for the network. Rather than concentrating the right to innovate in a few network owners, the right to innovate is open to anyone, anywhere. That architecture, in turn, has created an astonishing range of important and economically valuable innovation. Here, as in many other contexts, competition has produced growth. And that competition was assured by the network’s design. [...] The Internet was the great economic surprise of the 20th century. No one who funded or initially developed the network imagined it would have the economic and social consequences that it has had. But though the success of the network was a surprise, we have learned a great deal about why it was a success. Built into its basic design was a guarantee of maximum competition. A free market in applications was coded into its architecture. The growth of that network followed from this basic design. The world economy benefited dramatically from this growth” (LESSIG, 2006b).

objetivo de Tim Berners-Lee de construir um programa de computador para organizar informações, acessível para todos e com base em uma linguagem padrão, o HTML. Hoje, a *Web* não apenas é uma plataforma universal para acessar informações, mas também serviços e outros negócios⁹.

De fato, a camada de conteúdo da Internet é um espaço natural de inovações. Novos produtos e serviços digitais chegam às pessoas com reduzidos custos de entrada em novos mercados e com rapidez, possibilitando uma verdadeira reorganização da atividade empresarial¹⁰, ampliando as possibilidades para além da clientela no entorno dos estabelecimentos empresariais físicos e corrigindo falhas de mercado importantes como a assimetria informacional – por exemplo, ao facilitar para o consumidor a comparação de preços e a análise de avaliações de outros clientes sobre diferentes produtos e serviços¹¹.

⁹ “*The Internet moves information from place to place, but it is applications like the Web that determine what can be done using the Internet. Accessed through a browser, the Web was originally just an agreement to store all information in a common format (HTML), coupled with a means of connecting pieces of information by means of so-called hyperlinks. The supreme value of the Web was, and is, its universality. The idea, as Tim Berners-Lee told me, was that ‘the Web has to work on everything: any hardware, any software, every language, all kinds of different media, any quality level of data, be accessible to people with disabilities, and work with any culture. Nor just different languages, but different cultures’*” (WU, 2010, p. 282).

¹⁰ Nesse sentido, Adalberto Simão Filho: “Assim é que, no âmbito de uma natureza participativa da rede, pretende-se preservar a sua estabilidade, segurança e funcionalidade, por meio da adoção de medidas técnicas compatíveis com padrões internacionais, como também a garantia da neutralidade da rede (aqui vista como tratamento isonômico de qualquer pacote de dados, em distinção de conteúdo, origem e destino, serviço ou aplicação), que acaba por refletir na atividade empresarial que foi idealizada a partir da constatação de que uma rede não neutra, que pudesse beneficiar certos empreendimentos e players em detrimento de outros, seria deletéria ao mercado” (SIMÃO FILHO, 2015, p. 28).

¹¹ Nas palavras de Eduardo Tomasevicius Filho: “A Internet interfere positivamente no funcionamento do mercado, porque, pela sua própria característica de liberdade de acesso a qualquer pessoa, facilita-se o exercício da livre iniciativa. [...] A Internet contribui bastante para a consagração da liberdade de concorrência entre os agentes econômicos, de modo a permitir que determinado mercado se aproxime cada vez mais do modelo de concorrência perfeita, em que há diversos vendedores e diversos compradores com plena informação sobre os preços e características dos produtos, como também pela facilidade de mobilidade de fatores de produção. Considerando o critério de mercado relevante, a Internet amplia o mercado objeto de análise ao incluir neste mais concorrentes do mesmo local que não têm estabelecimento empresarial físico, como também os agentes de outras localidades, outrora desconhecidos pela distância geográfica. [...] Vale observar, ainda, que a Internet permite a concorrência não apenas entre as lojas virtuais entre si, como também entre estabelecimentos físicos e também entre estabelecimentos físicos e lojas virtuais. Torna-se, dessa maneira, mais difícil a concentração econômica e o exercício abusivo do poder econômico no mercado. Além disso, a Internet tornou-se fundamental na correção de uma das falhas de mercado, que é a informação assimétrica entre os agentes. Em uma situação de concorrência perfeita, presume-se a plena informação entre os agentes em termos de conhecimento dos preços cobrados, como também da qualidade dos produtos e serviços oferecidos. [...] Outro aspecto que permite o aperfeiçoamento da concorrência é a possibilidade de avaliação dos bons e dos maus vendedores de acordo com as opiniões dos clientes manifestadas na Internet. Além de corrigir as distorções advindas do estado de informação assimétrica, estimula-se a eficiência econômica por meio da exclusão paulatina dos maus agentes, salvo se pautarem suas condutas segundo o princípio da boa-fé em benefício dos compradores” (TOMASEVICIUS FILHO, 2015, pp. 54-55).

A neutralidade da rede teve e tem um papel fundamental para essa dinamicidade da camada de conteúdo da Internet. Recontando o caso da fusão entre a AOL e a Time Warner do início dos anos 2000, uma época em que a AOL era a maior empresa de Internet e a Time Warner era a maior empresa de mídia dos Estados Unidos, Tim Wu (2010, pp. 258-260, pp. 265-266) opina que o grande responsável pelo fracasso do que parecia ser uma fusão perfeita não foi a incompetência das firmas envolvidas, nem a má execução da operação, mas sim o princípio da neutralidade da rede. Para que a fusão fosse bem-sucedida, a AOL-Time Warner precisaria ser capaz priorizar conteúdos da Time Warner aos consumidores dos serviços de Internet da AOL. A própria Internet, contudo, neutra por padrão – isto é, construída para conectar quaisquer dois pontos – não permitia, àquela altura, a imposição de um arranjo dessa natureza: uma vez conectado, qualquer usuário da Internet podia acessar os conteúdos de sua preferência. Naquela mesma época, também surgiam e se estabeleciam as primeiras ferramentas de busca online e os primeiros nomes de domínio que povoaram a rede.

Com o passar do tempo, os operadores da infraestrutura da rede passaram a ter tecnologia suficiente para interferir artificialmente na arquitetura padrão, de “fim a fim”, da Internet. Nesse ponto, além de uma questão arquitetural da Internet, a neutralidade da rede passou a ser discutida como assunto regulatório. Sob a perspectiva regulatória, embora não haja um acordo universal sobre a definição do princípio da neutralidade da rede, podemos dizer que ele está centrado em garantir o tratamento isonômico dos pacotes de dados necessários a que usuários da rede acessem as aplicações e conteúdos de sua escolha, ou, por outras palavras, em evitar que operadores da infraestrutura da rede discriminem o tráfego de dados necessários a que usuários finais acessem determinadas aplicações de Internet, dado que esse tipo de comportamento tende a desencorajar a inovação desses provedores de aplicações, em detrimento de toda a sociedade (SCHEWICK, 2007, p. 332)¹².

É em torno dessa noção central de não-discriminação que gravita o “dever de tratar de

¹² Cf. também Jan Gerlach: “*What seems clear though, is that the debate cannot be about whether there should be network management at all, but about ‘what kind and how much network management should be allowed to perform’.* As Frieden put it, ‘[n]etwork neutrality refers to the view that the Internet and other telecommunications and information processing networks should remain open, nondiscriminatory and largely managed by users rather than carriers’. In this sense net neutrality is concerned with the IAP’s ability to restrict consumer choice at the application and content layers, for instance, by blocking or throttling some traffic or prioritizing other (against extra charge)” (GERLACH, 2016, p. 59).

forma isonômica quaisquer pacotes de dados” do art. 9º do Marco Civil, assim como o dever de “não bloquear, não degradar e não priorizar mediante pagamento [o tráfego de dados]” da regra de neutralidade da rede da *Protecting and Promoting the Open Internet Order* estadunidense – anteriormente à recente desregulação do tema empreendida naquele país – e a “proteção ao tratamento igualitário e não discriminatório do tráfego” do Regulamento europeu sobre neutralidade da rede.

1.2. HISTÓRICO E ELEMENTOS DA NEUTRALIDADE DA REDE NO BRASIL

1.2.1. Protorregulação da neutralidade da rede no setor de telecomunicações

O tema da neutralidade da rede e a necessidade de sua proteção são relativamente recentes no Brasil. A matéria só foi sistematizada em lei com a promulgação do Marco Civil da Internet (Lei 12.965, de 23 de abril de 2014). Um pouco antes, no início dos anos 2000, vieram à tona alguns casos em que se suspeitava que provedores de acesso à Internet teriam manipulado a infraestrutura da rede e tratado de forma não igualitária determinados pacotes de dados. Foi noticiado, por exemplo, que a Brasil Telecom estaria interferindo na transmissão de pacotes de dados do serviço de chamadas de voz do Skype (FOLHA ONLINE, 2004). Episódios similares motivaram inclusive um Comunicado da Anatel em novembro de 2005 ressaltando que “contratos de prestação de Serviço de Comunicação Multimídia não podem impor restrições à transmissão de nenhum tipo de sinal (áudio, vídeo, dados, voz e outros sons, imagens, textos e outras informações)”¹³. Também há notícias de que a NET e outras operadoras estariam discriminando o tráfego de dados de serviços de transferência de arquivos do tipo *Peer to Peer* (P2P) na extensão *torrent* (RAMOS JUNIOR, 2012). Não havia, contudo, àquela altura, uma regra que efetivamente protegesse a neutralidade da rede no país.

Antes da edição do Marco Civil, o setor de telecomunicações contava apenas com alguns instrumentos esparsos em que era possível observar rudimentos da regulação da

¹³ Disponível em: <http://bit.ly/29Hshq7> Acesso em: 9 jan. 2018.

neutralidade da rede, além da emergência de alguns casos em que o tema foi discutido de forma incidental.

Antes de adentrar nesses instrumentos, é preciso lembrar que historicamente a atuação do Estado brasileiro no domínio econômico foi marcada pelo controle e pelo dirigismo centrados no aparelho estatal, fosse através de subsídios ao setor privado ou da atuação direta por meio de empresas estatais. Esse modelo, contudo, se tornou inviável a partir da crise fiscal dos anos 80. Sob o pano de fundo do crescente esgotamento da capacidade do Estado de investir e do aumento do déficit público, começou a ser repensada a forma de atuação do Estado no domínio econômico em praticamente todos os setores da economia, inclusive no setor estratégico das telecomunicações. Após uma primeira fase mais voltada à transferência de ativos aos setores industriais (não tradicionalmente caracterizados como serviços públicos) por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), os novos modelos de regulação implementados na década de 90 passaram a integrar os serviços públicos ao seu objeto central¹⁴. A liberalização que acompanhou esta fase de privatização de empresas prestadoras de serviços públicos demandou um redesenho do modelo de regulação setorial, de modo a permitir que o Estado em grande medida abandonasse seu papel de prestador para se dedicar ao papel de regulador. Os modelos setoriais que se desenvolveram a partir de então regulamentaram essa transição do papel do Estado, com forte destaque para a criação de agências reguladoras independentes frente à administração pública direta, integradas por especialistas no setor, com mandatos fixos e exercendo suas funções sem subordinação hierárquica (FARACO, 2003, pp. 106 e ss). No caso específico do setor de telecomunicações, a Lei 9.472, de 16 de julho de 1997 (LGT) veio a dispor sobre a nova organização para a prestação dos serviços de telecomunicações e instituiu a Anatel.

¹⁴ Na síntese de Vinicius Marques de Carvalho, sob o enfoque da defesa da concorrência: “No Brasil, a relação entre Estado e Mercado estruturou-se sob o signo da complementaridade, em que o poder econômico concentrado não significou um limite às políticas macroeconômicas. A engenharia das políticas, quando não ajudava a estruturar esse poder, tomava-o como um dado da realidade sobre o qual a atuação do Estado poderia incidir principalmente na forma de ação econômica direta, via empresas estatais. Era essa a principal política industrial, voltada para a dinâmica setorial das cadeias produtivas, ajudando a eliminar gargalos verticais. Nesse contexto, a intervenção microeconômica não visava, por meio da típica ação antitruste, fortalecer a racionalidade de livre mercado. A virada nesse processo começou a ocorrer na década de 1990, com a reestruturação patrimonial do Estado Brasileiro, identificada com o processo de privatizações e surgimento das agências de regulação. O discurso da retirada do Estado dá espaço para o surgimento da defesa da concorrência como fonte de intervenção estatal” (CARVALHO, 2015a, p. 33).

Um pouco antes da criação da Anatel, a Norma 004/1995 do Ministério das Comunicações¹⁵ teve como objetivo regular o uso de meios da rede pública de telecomunicações para o provimento e a utilização de serviços de conexão à Internet, sendo aplicável às Entidades Exploradoras de Serviços Públicos de Telecomunicações, aos Provedores de Serviços de Conexão à Internet (PSCI)¹⁶ e aos usuários de serviços de conexão à Internet. Além de trazer uma definição incipiente de “Internet”, a Norma também distinguia os chamados Serviços de Valor Adicionado (SVA) dos serviços de telecomunicações, definindo os primeiros como “serviços que acrescentam a uma rede preexistente de um serviço de telecomunicações meios ou recursos que criam novas utilidades específicas, ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações”, além de expressamente classificar os Serviços de Conexão à Internet (SCI) como uma espécie de SVA que tinha como função possibilitar “o acesso à Internet a Usuários e Provedores de Serviços de Informações”.

Em uma abordagem similar à da protorregulação da neutralidade da rede nos Estados Unidos durante as discussões sobre “*open access*” da década de 90¹⁷, a Norma 004/1995 determinava que as Entidades Exploradoras de Serviços de Telecomunicação (EEST) oferecessem os meios de sua rede a quaisquer Provedores de Serviço de Conexão à Internet (PSCI) “sem exclusividade” (art. 5.3.), proibindo-as de discriminar entre os diversos PSCIs (art. 5.4.). Segundo essa Norma, os usuários também deveriam ter ampla liberdade para acessar os serviços de conexão à Internet por quaisquer meios da rede de telecomunicações à sua disposição (art. 5.5.). Por fim, dispendo sobre os casos em que as EESTs prestassem seu próprio serviço de conexão à Internet, a Norma 004/1995 determinava que, ao fixar os valores

¹⁵ Disponível em: <http://bit.ly/1JqLL1D>. Acesso em: 9 jan. 2018.

¹⁶ Os PSCIs não se confundem com que chamaremos de ISPs ou IAPs neste trabalho: enquanto o direito brasileiro considera os PSCIs como SVAs, os ISPs são típicos serviços de telecomunicações. Sobre esse ponto, é elucidativa a explicação de Marcelo Bechara e Luana Borges: “Nessa época e mesmo na promulgação da LGT (1997), o acesso à Internet se dava exclusivamente, via linha discada. Por meio de um computador equipado com modem para conexões via telefonia fixa, o usuário discava para seu Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI), que o conectava à Rede Mundial. Nesse modelo, para a prestadora de telefonia fixa, o procedimento se dá como uma chamada telefônica, sem distinção entre tráfego de voz e dados. O SCI apresenta-se como serviço adicional (SVA) às redes de STFC e, por definição legal, não constitui telecomunicações, nos termos do retrocitado art. 61 da LGT. [...] A evolução tecnológica superou a prevalência do uso da telefonia fixa para acesso à Internet. Hoje o STFC representa o meio menos utilizado para tanto, com tendência à extinção. Observa-se, assim, que o provimento de acesso à Internet não se apresenta essencialmente como um SVA, mas como facilidade aderente às próprias redes de telecomunicações” (BECHARA; BORGES, 2015, p. 363-364).

¹⁷ Cf. item 1.3.1.

a ser praticados em seus serviços, era preciso considerar os valores já praticados no provimento de meios a outros PSCIs concorrentes (art. 7.1.).

A LGT, a seu turno, também prevê condições não discriminatórias, seja no que se refere ao direito do usuário de serviços de telecomunicações “de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço” (art. 3º, III), seja no provimento da interconexão (art. 152), além de garantir o livre fluxo das informações (art. 146) e de consagrar a distinção entre SVAs e redes de telecomunicações, determinando que os primeiros devem ser considerados como “usuário[s] do serviço de telecomunicações que lhe[s] dá suporte”, com direitos e deveres inerentes a essa condição (art. 61), incluindo o direito à não discriminação já mencionado acima.

O modelo normativo que permitiu um maior grau de abertura para prestação de serviços e conteúdos na Internet, dispensando para eles qualquer forma de outorga estatal específica e garantindo o acesso isonômico e não-discriminatório às redes de telecomunicações tanto por esses provedores de serviços e conteúdos quanto pelos consumidores, foi formalizado justamente a partir da distinção legal entre SVAs e serviços de telecomunicações, presente na Norma 004/1995 do Ministério das Comunicações e firmados na LGT (CONWAY, 2015, pp. 88-91).

Ainda no contexto da LGT, Guilherme Pereira Pinheiro (2008), discutindo o princípio da neutralidade sob o prisma concorrencial e ainda em um momento de protorregulação do tema no setor de telecomunicações¹⁸, ponderou sobre o papel fundamental da pluralidade de fontes de conteúdo e sobre como o marco regulatório das telecomunicações buscou prestigiá-la. Em suas palavras (*Ibidem*, pp. 240-241):

[A Lei Geral de Telecomunicações] dispõe em seu art. 2º que o Poder Público tem o dever de adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços de telecomunicações. Os arts. 5º e 6º do mesmo diploma normativo recuperam os princípios constitucionais de liberdade econômica e os torna aplicáveis, como se de resto não fossem, ao setor de telecomunicações. Vale apontar, outrossim, para o

¹⁸ Também deste período é o trabalho “Concorrência e inovação no mercado de produtos e serviços digitais: o debate sobre a neutralidade de redes em telecomunicações”, de Marcio Wohlers, Jaqueline Thomazine e Priscila Suassuna (2010).

art. 155, que prescreve que em prol do desenvolvimento econômico, as empresas de telecomunicações deverão, nos casos e condições fixadas pela Anatel, tornar disponíveis suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo. O que deve ser feito é estruturar o mercado de modo que este tenha condições de garantir a concorrência. A evolução tecnológica tornou essa realidade possível. A concorrência entre redes fixas e móveis permite a introdução de um novo paradigma competitivo no cenário das telecomunicações e prepara o terreno para a multiplicação dos meios de comunicação social eletrônica.

A Anatel, ainda antes da promulgação do Marco Civil, também chegou a expedir algumas normas que tratavam da base não discriminatória de acordo com a qual os serviços de telecomunicações sob a sua competência deveriam ser prestados. A Resolução 477 de 2007 (Regulamento do Serviço Móvel Pessoal - SMP)¹⁹ estabeleceu o direito dos usuários do SMP ao “tratamento não discriminatório quanto às condições de acesso e fruição do serviço e das facilidades e comodidades adicionais”. Esse dispositivo foi posteriormente revogado pela Resolução 632 de 2014 (Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC)²⁰, publicada em 7 de março de 2014, praticamente um mês antes da publicação do Marco Civil da Internet, mas a regra de não discriminação foi mantida nesta nova norma (*cf.* art. 3º, III e art. 46).

No âmbito de sua atribuição decisória quanto a atos de concentração que envolvam concessionárias de serviços de telecomunicações²¹, a Anatel também se viu diante de importante discussão sobre neutralidade da rede quando analisou a aquisição da Brasil Telecom pela então Telemar (atualmente Oi, sob pedido de recuperação judicial)²², em 2008. Por meio do Ato n. 7.828, de 19 de dezembro de 2008²³, a Agência anuiu com essa aquisição, mediante a imposição de alguns condicionamentos à Telemar, dentre os quais a obrigação de

¹⁹ Disponível em: <http://bit.ly/29N0qX6>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²⁰ Disponível em: <http://bit.ly/2aeaYfU>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²¹ LGT, art. 97.

²² Em 20 de junho de 2016, a Oi entrou com pedido de recuperação judicial perante a Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A medida teve por objetivo permitir que a operadora desse prosseguimento às negociações com credores nacionais e estrangeiros, com proteção judicial contra falência. Àquela altura, a Oi era a maior operadora do Brasil em telefonia fixa, empatada com a Vivo (cada uma com participação de 34,4%), e a quarta em telefonia móvel, com 18,6% do mercado. O pedido de recuperação teve por base uma dívida de R\$ 65,4 bilhões – até então, o maior da história brasileira (*cf.* WIZIACK, 2016).

²³ Disponível em: <http://bit.ly/29OaWwI>. Acesso em: 9 jan. 2018.

manter a neutralidade de sua rede (condicionamento 4.1, “Quanto aos serviços baseados na Internet”). No que se referia aos serviços baseados na Internet, a conselheira relatora Maria Emília Curi, cujo voto prevaleceu, demonstrou sua preocupação quanto a dois pontos fundamentais: (i) a imposição de eventuais óbices discriminatórios a provedores de serviços de valor adicionado não integrantes do grupo da Telemar e (ii) a qualidade do serviço prestado aos usuários finais. Em sua opinião, além do art. 3º da LGT reconhecer o direito do usuário de receber o serviço adequado e não ser discriminado nas condições de fruição do serviço, também era necessário assegurar a “neutralidade das redes” das prestadoras pertencentes ao grupo econômico resultante da operação sob análise. Em suas palavras, “[t]ambém a neutralidade de rede, em relação ao tráfego da internet consiste no transporte isonômico de tráfego sem qualquer discriminação em termos de qualidade de serviço (QoS), em função da origem, do destino e do conteúdo transportado, sendo um dos pilares que sustentam o sucesso da Internet”²⁴.

Por fim, quando da discussão do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), foi proposta a redação de uma regra com o detalhamento sobre a neutralidade da rede. Na Consulta Pública n. 45, de 8 de agosto de 2011²⁵, a Anatel apresentou uma proposta de artigo²⁶ que expressamente proibia as prestadoras de SCM de “realizar bloqueio ou tratamento discriminatório de qualquer tipo de tráfego, como voz, dados ou vídeo, independentemente da tecnologia utilizada” (*caput*). A proposta previa, inclusive, uma exceção a essa proibição geral – *i.e.*, a “adoção de medidas de bloqueio ou gerenciamento de tráfego que se mostrarem indispensáveis à garantia da segurança e da estabilidade do serviço e das redes que lhe dão suporte” (§1º), com transparência (§2º) e respeito à privacidade dos assinantes, ao sigilo das comunicações, e a livre, ampla e justa competição (§3º). A Resolução 614/13 (Regulamento do SCM)²⁷, resultante da Consulta Pública n. 45, contudo, não reproduziu tal dispositivo, reconhecendo a existência de discussão legislativa a respeito (à época, o projeto de lei que daria origem ao Marco Civil estava em tramitação no Congresso) e deixando claro, em seu art. 75, que as Prestadoras de SCM deveriam sim respeitar a neutralidade da rede, mas que isso

²⁴ Disponível em: <http://bit.ly/2a22uMQ>, pp. 38-40. Acesso em: 9 jan. 2018.

²⁵ Disponível em: <http://bit.ly/2a0FqeG>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²⁶ Cf. proposta de art. 59 na Consulta Pública n. 45, de 8 de agosto de 2011.

²⁷ Disponível em: <http://bit.ly/1KB3927>. Acesso em: 9 jan. 2018.

deveria se dar “conforme a regulamentação, nos termos da legislação”. Apesar desse *disclaimer*, a Resolução 614/13 também tratou da não-discriminação, seja no uso das redes do SCM para o provimento de serviços de valor adicionado (art. 7º), seja no uso pelas prestadoras de SCM das redes ou elementos de redes de prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, e vice-versa (art. 8º), bem como na prestação do SCM aos respectivos assinantes e pessoas cujas dependências estejam localizadas na respectiva área de prestação do serviço (art. 38, art. 47, VII e art. 68).

Marcelo Bechara e Luana Borges (2015, p. 162), analisando as regulamentações da Anatel aqui estudadas, esclarecem a natureza jurídica dos serviços a que elas se endereçavam:

[A] prestação do acesso à Internet por meio da estrutura física dos prestadores de telecomunicações configura, na maioria dos casos, um serviço de setor, viabilizado, em regra, pelos Prestadores de Serviços de Comunicação Multimídia (SCM), conhecido como banda larga fixa; pelos ofertantes do Serviço Móvel Pessoal (SMP), telefonia celular que possibilita a banda larga móvel; e pelas empresas que prestam o Serviço de Conexão à Internet (SCI) como Serviço de Valor Adicionado (SVA) às redes de telefonia fixa no país (o denominado Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC). Perceba-se que somente para este último o SCI permanece sendo, como regra um SVA.

Apesar de despertarem debates importantes sobre o que especialistas no setor de telecomunicações chamaram de “neutralidade de redes”²⁸, nenhuma dessas regras do setor de telecomunicações chegou a estabelecer a regra geral de neutralidade da rede na acepção ampla do Marco Civil da Internet²⁹. A Norma 004/1995 do Ministério das Comunicações, por exemplo, se aplicava à relação entre provedores de infraestrutura de telecomunicações robusta

²⁸ Cf. ARANHA, 2015b, pp. 146-147; WOHLERS, THOMAZINE, SUASSUNA, 2010.

²⁹ Demi Getschko assim explica a diferença entre a “neutralidade de redes” do setor de telecomunicações e a neutralidade da rede o ambiente multissetorial da Internet: “[N]eutralidade é algo que deve ser buscado em todos os ramos de atividade e em todas as transações, certamente, é mais fácil defini-la em estruturas bem delimitadas. Assim, é razoavelmente simples entender *neutralidade* em telecomunicações e é disso que cuidam normalmente os órgãos reguladores da área. [...] Porém no complexo ambiente que é a Internet, onde atuam operadoras de telecomunicações, provedores de acesso, provedores de informação, provedores de serviços, redes sociais e agrupamentos humanos os mais diversos, definir *neutralidade* cruzando todos esses níveis é algo difícil e que se torna ainda mais complexo quando os papéis citados são exercidos simultaneamente por diversos atores, com interesses próprios, nem sempre claros e muitas vezes conflitantes com os de outros segmentos” (GETSCHKO, 2015a, p. 67).

e provedores de acesso, mas não se estendia ao modo como estes últimos deveriam tratar o tráfego de dados até os usuários finais. A LGT e as Resoluções da Anatel, a seu turno, embora cheguem a falar em não-discriminação das redes para o provimento de SVAs (*e.g.*, o art. 61 da LGT e o art. 7º do Regulamento do SCM) também não incluíram – como a regra de neutralidade da rede inclui – preocupações que extrapolam as condições para a prestação de serviços de telecomunicações, como a manutenção da inovação na camada de conteúdo da Internet, por exemplo. Essas regulações da Anatel sequer poderiam dar passos regulatórios significativos a respeito da camada de conteúdo da Internet, já que os SVAs provedores de conteúdo e aplicações online (típicos atores da camada de conteúdo da Internet), em distinção aos serviços de telecomunicações (LGT, art, 61), escapam da sua competência regulatória.

1.2.2. O “Decálogo da Internet” do Comitê Gestor da Internet no Brasil

Ainda antes do Marco Civil, também o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) aprovou, em 2009, uma série de 10 princípios para a Internet (Resolução CGI.br/RES/2009/003/P)³⁰. O documento, que ficou conhecido como o “Decálogo da Internet” enumerava como um dos seus princípios o da neutralidade da rede, definindo-o da seguinte forma: “Filtragem ou privilégios de tráfego devem respeitar apenas critérios técnicos e éticos, não sendo admissíveis motivos políticos, comerciais, religiosos, culturais, ou qualquer outra forma de discriminação ou favorecimento”.

Com base no Decálogo, o CGI.br também se manifestou acerca do caso Oi/Phorm perante o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), no ano de 2012. Sob a análise do DPDC estava o uso de ferramenta tecnológica da Phorm (conhecida como “Sistema Navegador”) capaz de mapear a navegação e interceptar as comunicações dos usuários do serviço de acesso à Internet prestado pelo Oi para fins publicitários. Na opinião do Comitê Gestor (Resolução CGI.br/RES/2012/008/P)³¹, essa tecnologia, dentre outros aspectos, violava o princípio da neutralidade da rede, porque, de acordo com as descrições técnicas oferecidas

³⁰ Disponível em: <http://bit.ly/29zap3r>. Acesso em: 9 jan. 2018.

³¹ Disponível em: <http://bit.ly/2D6yZUp>. Acesso em: 9 jan. 2018.

no processo administrativo, todos os consumidores dos serviços da Oi, independentemente de escolherem utilizar o “Sistema Navegador”, teriam todo o seu tráfego HTTP na porta 80/TCP copiado e partes desse tráfego redirecionado para o “Sistema Navegador”. Isto é, havia uma distorção do princípio “fim a fim” referido no Decálogo da Internet, independentemente do tipo de análise que fosse feita sobre aqueles dados dos usuários ou do período de retenção, já que seu tráfego seria manuseado pela empresa que deveria lhes prover única e exclusivamente o meio de acesso à rede.

1.2.3. Marco Civil da Internet: do anteprojeto de lei ao Decreto 8.771/2016

Embora as regras discutidas acima possam ser vistas como uma origem remota da regulação da neutralidade da rede no país, nenhuma delas chegou a estabelecer a regra geral de neutralidade da rede, prevendo o tratamento não discriminatório dos pacotes de dados pelos responsáveis pelo acesso à Internet na última milha de forma ampla³².

A regra de neutralidade da rede, assim como todo o Marco Civil da Internet, teve origem em uma iniciativa de elaboração legislativa coletiva e democrática³³, baseada em uma plataforma digital (o portal Cultura Digital³⁴), feita por meio de uma parceria entre a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) e a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO RIO). A plataforma foi lançada e passou a colher sugestões para a construção colaborativa do texto da lei em outubro de 2009. Embora a utilização de consultas públicas para embasar a decisão do Executivo acerca de

³² Nesse sentido, *cf.* Pedro Henrique Soares Ramos: “Em suma, o ambiente regulatório brasileiro, antes do Marco Civil, trazia disposições sobre não discriminação entre usuários, entre provedores de acesso, entre diferentes serviços de valor adicionado e no contexto da interconexão; ainda que essas regras sejam bastante amplas, sua interpretação isolada não permite inferir que havia, no Brasil, uma regra geral de neutralidade da rede, visto que nenhum desses regulamentos traz especificamente uma regra de não discriminação e bloqueio de pacotes de dados trafegados por meio da internet. Há, nas regulações sobre não discriminação emitidas no âmbito na Anatel, uma preocupação maior com a competição e a isonomia entre os usuários, e não necessariamente com a preservação de um modelo aberto de internet. A inclusão genérica da neutralidade da rede no regulamento do SCM em 2013 pode ser considerada um primeiro passo à introdução desse conceito na moldura regulatória brasileira” (RAMOS, 2015a, pp. 66-67).

³³ Para um “retrato” (como o próprio autor refere) do processo de elaboração coletiva e participativa do Marco Civil da Internet, por meio de sua consulta pública, *cf.* Francisco Carvalho de Brito Cruz (2015, pp. 54-90).

³⁴ Disponível em: <http://culturadigital.br/marcocivil/>. Acesso em: 9 jan. 2018.

questões legislativas não fosse uma novidade, aquela foi a primeira vez que uma consulta pública tendo por objetivo a introdução de projeto de lei a ser encaminhado ao Congresso por iniciativa do Executivo foi realizada por meio de uma plataforma online, pública e aberta (STEIBEL, 2014, p. 20). Outra nota interessante é que a consulta pública levou em consideração não apenas os comentários formalmente feitos por meio do portal Cultura Digital em si. Partindo da constatação de que os usuários da Internet comumente participam das atividades cívicas por meio de seus próprios hábitos cotidianos – inclusive por meio de seus hábitos e comportamentos online – a consulta também mapeou opiniões a respeito do projeto publicadas em redes sociais e blogs, por exemplo (LEMOS, 2014, pp. 5-6).

Em um primeiro momento, foram colocados à discussão temas específicos, dentre os quais a neutralidade da rede, sendo abordada na forma de “princípios e diretrizes que visem a garantir algumas das premissas de funcionamento e operacionalidade da rede”. Na primeira fase do debate por meio da plataforma Cultura Digital, foram discutidas ideias sobre os tópicos propostos a partir de um texto-base produzido pelo Ministério da Justiça explicando cada um daqueles tópicos³⁵. Ao final da primeira etapa e com base nas discussões e sugestões propostas, foi apresentada uma minuta de anteprojeto de lei³⁶, que serviu de base para uma nova rodada de comentários coletivos, já na segunda fase do debate empreendido por meio daquela plataforma online.

A regra da neutralidade da rede esteve presente desde esse primeiro anteprojeto, que deu origem ao Projeto de Lei 2.126/2011. De forma sistematizada, a evolução da redação da regra de neutralidade da rede se deu da seguinte forma, até chegar à versão da lei aprovada em 23 de abril de 2014³⁷:

³⁵ Disponível em: <http://culturadigital.br/marcocivil/consulta/>. Acesso em: 9 jan. 2018.

³⁶ Disponível em: <http://culturadigital.br/marcocivil/debate/>. Acesso em: 9 jan. 2018.

³⁷ Cf. também a este respeito RAMOS, 2015a, pp. 83-89.

Tabela 1: Evolução da regra de neutralidade da rede no processo legislativo do Marco Civil da Internet

<p>Anteprojeto de Lei – Ministério da Justiça e DIREITO RIO</p>	<p>Art. 2º. A disciplina do uso da Internet no Brasil tem como fundamentos o reconhecimento da escala mundial da rede, o exercício da cidadania em meios digitais, os direitos humanos, a pluralidade, a diversidade, a abertura, a livre iniciativa, a livre concorrência e a colaboração, e observará os seguintes princípios:</p> <p>[...]</p> <p>IV – preservação e garantia da neutralidade da rede;</p> <p>[...]</p> <p>Art. 12. O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, conteúdo, serviço, terminal ou aplicativo, sendo vedado estabelecer qualquer discriminação ou degradação do tráfego que não decorra de requisitos técnicos destinados a preservar a qualidade contratual do serviço.</p>
<p>Projeto de Lei 2.126/2011</p>	<p>Art. 3º. A disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes princípios:</p> <p>[...]</p> <p>IV - preservação e garantia da neutralidade da rede, conforme regulamentação;</p> <p>[...]</p> <p>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 aplicativo, sendo vedada qualquer discriminação ou degradação do tráfego que não decorra de requisitos técnicos necessários à prestação adequada dos serviços, conforme regulamentação.</p> <p>Parágrafo único. Na provisão de conexão à Internet, onerosa ou gratuita, é vedado monitorar, filtrar, analisar ou fiscalizar o conteúdo dos pacotes de dados, ressalvadas as hipóteses admitidas em lei.</p>
<p>Substitutivo de 11 de julho de 2012</p>	<p>Art. 3º. A disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes princípios:</p> <p>[...]</p> <p>IV - preservação e garantia da neutralidade da rede;</p> <p>[...]</p> <p>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 aplicativo.</p> <p>§1º. A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada por Decreto, ouvidas as recomendações do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) e somente</p>

	<p>poderá decorrer de:</p> <p>I - requisitos técnicos indispensáveis à fruição adequada dos serviços e aplicações; e</p> <p>II - priorização de serviços de emergência.</p> <p>§2º. Na hipótese de discriminação do tráfego prevista no §1º, o responsável mencionado no <i>caput</i> deve:</p> <p>I - abster-se de causar prejuízos aos usuários;</p> <p>II - respeitar a livre concorrência; e</p> <p>III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento ou mitigação de tráfego adotadas.</p> <p>§3º. Na provisão de conexão à Internet, onerosa ou gratuita, é vedado bloquear, monitorar, filtrar, analisar ou fiscalizar o conteúdo dos pacotes de dados, ressalvadas as hipóteses admitidas na legislação.</p>
<p>Substitutivo de 06 de novembro de 2012</p>	<p>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 aplicativo.</p> <p>§1º. A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada por Decreto, ouvidas as recomendações do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) e somente poderá decorrer de:</p> <p>I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações;</p> <p>II - priorização de serviços de emergência.</p> <p>§2º. Na hipótese de discriminação do tráfego prevista no §1º, o responsável mencionado no <i>caput</i> deve:</p> <p>I - abster-se de causar prejuízos aos usuários;</p> <p>II - respeitar a livre concorrência;</p> <p>III – informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento ou mitigação de tráfego adotadas; e</p> <p>IV - abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.</p> <p>§3º. Na provisão de conexão à Internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar, analisar ou fiscalizar o conteúdo dos pacotes de dados.</p>
<p>Substitutivo de 5 de novembro de 2013</p>	<p>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 aplicativo.</p> <p>§1º. A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada por Decreto e somente poderá decorrer de:</p>

	<p>I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações;</p> <p>II - priorização de serviços de emergência.</p> <p>§2º. Na hipótese de discriminação do tráfego prevista no §1º, o responsável mencionado no caput deve:</p> <p>I - abster-se de causar danos aos usuários, na forma do artigo 927 do Código Civil;</p> <p>II - agir com proporcionalidade, transparência</p> <p>III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento ou mitigação de tráfego adotadas; e</p> <p>IV - oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.</p> <p>§3º. Na provisão de conexão à Internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar, ou analisar ou fiscalizar o conteúdo dos pacotes de dados.</p>
<p>Substitutivo de 11 de dezembro de 2013</p>	<p>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.</p> <p>§1º. A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada por Decreto, ouvidas as recomendações do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) e somente poderá decorrer de:</p> <p>I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações;</p> <p>II - priorização de serviços de emergência.</p> <p>§2º. Na hipótese de discriminação do tráfego prevista no §1º, o responsável mencionado no caput deve:</p> <p>I - abster-se de causar danos aos usuários, na forma do artigo 927 do Código Civil;</p> <p>II - agir com proporcionalidade, transparência</p> <p>III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento ou mitigação de tráfego adotadas, inclusiva as relacionadas à segurança na rede; e</p> <p>IV - oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.</p> <p>§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.</p>

<p>Lei 12.965, de 23 de abril de 2014</p>	<p>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.</p> <p>§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 Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de:</p> <p>I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e</p> <p>II - priorização de serviços de emergência.</p> <p>§2º. Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no §1º, o responsável mencionado no caput deve:</p> <p>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;</p> <p>II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;</p> <p>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</p> <p>IV - oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.</p> <p>§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.</p>
--	---

Fonte: Elaboração própria da autora, com base em materiais coletados do histórico legislativo do Marco Civil da Internet, disponíveis em: <http://bit.ly/2m356xr> e <http://bit.ly/2quCiSV>. Acesso em: 9 jan. 2018.

Uma vez aprovado o Marco Civil da Internet³⁸, a neutralidade da rede mais uma vez esteve no centro do debate regulatório acerca do Decreto Presidencial que, por determinação

³⁸ A aprovação do Marco Civil da Internet e do Decreto 8.771/2016 estão contextualizadas em um pano de fundo político nacional e internacional bastante intenso. Basta lembrar que, apesar dos primeiros esforços institucionais para a elaboração do Marco Civil datarem do ano de 2010, o projeto de lei só ganhou força e sentido de urgência no Congresso Nacional em 2013, após as revelações de Edward Snowden de que a Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos teria espionado a então presidente Dilma Rousseff e outras organizações ligadas à administração pública federal brasileira. A partir de então a própria presidente passou a reforçar a necessidade da promulgação da lei, inclusive diante de fóruns internacionais, como a ONU, e fez questão de coincidir sua sanção

da própria Lei 12.965, viria a regulamentar “a discriminação ou degradação do tráfego”³⁹, “ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações” (art. 9º, §1º). Após uma primeira fase de consulta pública, o Ministério da Justiça, em janeiro de 2016, publicou e submeteu a uma segunda fase de consulta pública uma minuta do decreto regulamentar⁴⁰.

Tabela 2: Evolução da regra de neutralidade da rede no processo de regulamentação do Marco Civil da Internet

<p>Minuta de Decreto, 27 de janeiro de 2016</p>	<p>Art. 3º A exigência de tratamento isonômico de que trata o art. 9º da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, deve garantir a preservação do caráter público e irrestrito do acesso à Internet.</p> <p>Art. 4º A discriminação ou degradação de tráfego somente poderá decorrer de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações ou da priorização de serviços de emergência, sendo necessário o cumprimento de todos os requisitos dispostos no art. 9º, §2º da Lei nº 12.965, de 2014.</p> <p>Parágrafo único. As ofertas comerciais e modelos de cobrança de acesso à internet devem preservar uma internet única, de natureza</p>
--	---

ao respectivo projeto de lei, então aprovado nas duas casas do Congresso em regime de urgência constitucional, com a solenidade simbólica de abertura do NETMundial (Encontro Multissetorial Global Sobre o Futuro da Governança da Internet), que aconteceu no Brasil, naquele 23 de abril de 2014. Também vale lembrar que todo o processo de elaboração e consultas públicas em torno do Decreto 8.771 ocorreu no período de maior instabilidade política do segundo mandato da então presidente Dilma Rousseff e que a sua publicação oficial, em 11 de maio de 2016, ocorreu apenas um dia antes de seu afastamento do cargo em virtude do processo de impeachment. O detalhamento do enredo político em torno do Marco Civil da Internet e do Decreto que o regulamentou foge ao escopo deste trabalho, mas para uma visão de bastidores a seu respeito *cf.* Guilherme Almeida (2015). Para uma análise política da atuação dos principais grupos de interesse na elaboração do princípio da neutralidade da rede durante as discussões legislativas do projeto de lei que deu origem ao Marco Civil da Internet, *cf.* Livia Yuri de Queiroz Enomoto (2017).

³⁹ Como explica Marcio Iorio Aranha: “É importante notar que a discussão ocorrida sobre a aplicação, pela FCC, nos EUA, e pelo Congresso Nacional, via Marco Civil da Internet, da neutralidade de rede cingiu-se a se posicionar sobre um tipo regulatório em que a neutralidade de rede fosse definida a partir do controle sobre eventuais abusos dos contratos de priorização de tráfego firmados com as operadoras de infraestrutura essencial de banda larga – uma postura regulatória de reconhecimento da utilidade dos acordos privados para gerência do tráfego – ou a partir de regras claras de vedação da discriminação, como ocorreu com a edição da Lei 12.965/2014, no Brasil, em que ditos contratos de priorização são proibidos. Ocorre, todavia, que a opção por um desses polos não fornece a solução final quanto aos limites de discriminação autorizados, pois tanto no ambiente norte-americano de contratos de priorização do tráfego, quanto no ambiente brasileiro de vedação apriorística de discriminação de tráfego, o efetivo uso da banda disponível para a internet dependerá da disciplina pública sobre o núcleo essencial do direito à informação e à comunicação. Em outras palavras, a decisão sobre a possibilidade de contratos de priorização de tráfego ou a decisão sobre a proibição de discriminação ou degradação de tráfego são apenas o primeiro passo rumo à definição da real dimensão dos direitos envolvidos, pois se, de um lado, os contratos não poderão eliminar por completo a utilidade da internet para a intercomunicação pessoal, de outro, a vedação de discriminação inscrita em lei não implica impedir tratamento diferenciado a serviços, aplicações ou utilidades, como bem demonstra o §1º do art. 9º da Lei 12.965/2014” (ARANHA, 2015b, pp. 175-176).

⁴⁰ Disponível em: <http://bit.ly/29H3k2b>. Acesso em: 9 jan. 2018.

	<p>aberta, plural e diversa, compreendida como um meio de desenvolvimento social e humano, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória.</p> <p>Art. 5º Os requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações são aqueles decorrentes de:</p> <p>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;</p> <p>II – tratamento de situações de congestionamento de redes, tais como redistribuição de carga, rotas alternativas em casos de interrupções da rota principal, gerenciamento em situações de emergência;</p> <p>III – tratamento de questões de qualidade de redes, para assegurar o cumprimento dos padrões mínimos de qualidade estabelecidos na regulamentação editada pela ANATEL; e</p> <p>IV – tratamento de questões imprescindíveis para a adequada fruição das aplicações, tendo em vista a garantia da qualidade de experiência do usuário.</p> <p>§ 1º Nos casos elencados nos incisos III e IV do caput, o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento poderá adotar medidas técnicas que permitam diferenciação de classes de aplicações, previstas em padrões internacionais, observada a isonomia entre as aplicações em cada classe e o disposto no inc. IV, do § 2º do art. 9 da Lei 12.965, de 2014.</p> <p>§ 2º A ANATEL atuará na fiscalização e apuração de infrações quanto aos requisitos técnicos elencados neste artigo, consideradas as diretrizes estabelecidas pelo CGI.</p> <p>§ 3º A discriminação ou degradação de tráfego decorrente dos requisitos técnicos indispensáveis de que trata este artigo deve respeitar o disposto no § 2º do art. 9º da Lei nº 12.965, de 2014.</p> <p>Art. 6º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento deverá adotar medidas de transparência ativa para explicitar ao usuário os motivos do gerenciamento que implique a discriminação ou degradação de que trata o art. 4º, tais como:</p> <p>I – indicação nos contratos de prestação de serviço firmado com usuários finais ou provedores de aplicação, apontando o impacto do gerenciamento sobre a qualidade da experiência do usuário;</p> <p>II – divulgação de informações referentes às práticas de gerenciamento adotadas em seus sítios eletrônicos, por meio de linguagem de fácil compreensão;</p> <p>Art. 7º A degradação ou discriminação decorrente da priorização de serviços de emergência somente poderá decorrer de:</p> <p>I – comunicações destinadas aos prestadores dos serviços de emergência, conforme previsto na regulamentação da ANATEL; ou</p> <p>II – comunicações necessárias para informar a população em situações de risco de desastre, de emergência ou de estado de calamidade pública.</p> <p>Parágrafo único. A transmissão de dados nos casos elencados neste</p>
--	--

	<p>artigo será gratuita.</p> <p>Art. 8º Acordos entre provedores de conexão e provedores de aplicação devem preservar o caráter público e irrestrito do acesso à Internet.</p> <p>§ 1º São vedados os acordos de que trata o caput que importem na priorização discriminatória de pacotes de dados.</p> <p>§ 2º Acordos entre provedores de conexão e provedores de aplicação estão sujeitos à avaliação do órgão competente, nos termos do Capítulo IV, deste Decreto.</p> <p>[...]</p> <p>Art. 17. A apuração de infrações à ordem econômica ficará a cargo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos da Lei no 12.529, de 30 de novembro de 2011.</p>
<p>Decreto 8.771, de 11 de maio de 2016</p>	<p>Art. 3º. A exigência de tratamento isonômico de que trata o art. 9º da Lei nº 12.965, de 2014, deve garantir a preservação do caráter público e irrestrito do acesso à internet e os fundamentos, princípios e objetivos do uso da internet no País, conforme previsto na Lei nº 12.965, de 2014.</p> <p>Art. 4º. A discriminação ou a degradação de tráfego são medidas excepcionais, na medida em que somente poderão decorrer de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações ou da priorização de serviços de emergência, sendo necessário o cumprimento de todos os requisitos dispostos no art. 9º, § 2º, da Lei nº 12.965, de 2014.</p> <p>Art. 5º. Os requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações devem ser observados pelo responsável pelas 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.</p> <p>§1º. Os requisitos técnicos indispensáveis apontados no caput são aqueles decorrentes de:</p> <p>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</p> <p>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.</p> <p>§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 – CGI.br.</p> <p>Art. 6º. Para a adequada prestação de serviços e aplicações na internet, é permitido o gerenciamento de redes com o objetivo de preservar sua estabilidade, segurança e funcionalidade, utilizando-se apenas de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais, desenvolvidos para o bom funcionamento da internet, e observados os parâmetros regulatórios expedidos pela Anatel e consideradas as diretrizes estabelecidas pelo CGI.br.</p> <p>Art. 7º. O responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo</p>

	<p>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:</p> <p>I - a indicação nos contratos de prestação de serviço firmado com usuários finais ou provedores de aplicação; e</p> <p>II - a divulgação de informações referentes às práticas de gerenciamento adotadas em seus sítios eletrônicos, por meio de linguagem de fácil compreensão.</p> <p>Parágrafo único. As informações de que trata esse artigo deverão conter, no mínimo:</p> <p>I - a descrição dessas práticas;</p> <p>II - os efeitos de sua adoção para a qualidade de experiência dos usuários; e</p> <p>III - os motivos e a necessidade da adoção dessas práticas.</p> <p>Art. 8º. A degradação ou a discriminação decorrente da priorização de serviços de emergência somente poderá decorrer de:</p> <p>I - comunicações destinadas aos prestadores dos serviços de emergência, ou comunicação entre eles, conforme previsto na regulamentação da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel; ou</p> <p>II - comunicações necessárias para informar a população em situações de risco de desastre, de emergência ou de estado de calamidade pública.</p> <p>Parágrafo único. A transmissão de dados nos casos elencados neste artigo será gratuita.</p> <p>Art. 9º. Ficam vedadas condutas unilaterais ou acordos entre o responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento e os provedores de aplicação que:</p> <p>I - comprometam o caráter público e irrestrito do acesso à internet e os fundamentos, os princípios e os objetivos do uso da internet no País;</p> <p>II - priorizem pacotes de dados em razão de arranjos comerciais; ou</p> <p>III - privilegiem aplicações ofertadas pelo próprio responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento ou por empresas integrantes de seu grupo econômico.</p> <p>Art. 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.</p> <p>[...]</p> <p>Art. 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.</p> <p>Art. 18. A Secretaria Nacional do Consumidor atuará na</p>
--	---

	<p>fiscalização e na apuração de infrações, nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.</p> <p>Art. 19. A apuração de infrações à ordem econômica ficará a cargo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.</p> <p>Art. 20. Os órgãos e as entidades da administração pública federal com competências específicas quanto aos assuntos relacionados a este Decreto atuarão de forma colaborativa, consideradas as diretrizes do CGIbr, e deverão zelar pelo cumprimento da legislação brasileira, inclusive quanto à aplicação das sanções cabíveis, mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, nos termos do art. 11 da Lei nº 12.965, de 2014.</p> <p>Art. 21. A apuração de infrações à Lei nº 12.965, de 2014, e a este Decreto atenderá aos procedimentos internos de cada um dos órgãos fiscalizatórios e poderá ser iniciada de ofício ou mediante requerimento de qualquer interessado.</p>
--	---

Fonte: Elaboração própria da autora, com base em materiais coletados do histórico das discussões regulatórias sobre o Decreto 8.771/2016, disponíveis em: <http://bit.ly/2CuCbs5>. Acesso em: 9 jan. 2018.

Assim como nas discussões legislativas do Marco Civil da Internet, a neutralidade da rede também ocupou posição de destaque nas discussões que antecederam o Decreto 8.771/2016. Na página criada pelo Ministério da Justiça para colher sugestões sobre o seu texto⁴¹, podemos facilmente perceber que o capítulo da minuta que mais recebeu comentários individuais durante o período de consulta pública foi o referente à neutralidade da rede: dos mais de 1300 comentários registrados na plataforma, mais de 600 se concentraram nesse tema.

Por determinação do próprio Marco Civil (art. 9º, §1º), quanto à neutralidade da rede, o decreto deveria regulamentar as hipóteses de discriminação ou degradação do tráfego. Contudo, além do detalhamento das hipóteses de discriminação ou degradação já previstas na lei (requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e priorização de serviços de emergência), discutiu-se intensamente a conveniência de uma regulação *ex ante*, por meio do decreto, de determinados modelos de negócios que pudessem impactar na neutralidade da rede. A linguagem final bastante ampla dos arts. 9º e 10 do Decreto 8.771/2016, contudo, não nos parece conter uma proibição apriorística a qualquer modelo de

⁴¹ Disponível em: <http://bit.ly/2CuCbs5>. Acesso em: 9 jan. 2018.

negócio, mas antes, parâmetros – como a observância do caráter público e irrestrito do acesso à Internet; dos fundamentos, princípios e objetivos previstos no MCI, e do caráter único, aberto, plural e diverso da rede – que devem guiar eventuais análises *ex post* sobre diferentes modelos, mantendo a neutralidade tecnológica da regulação e, assim, sua capacidade de se adaptar a um ambiente de negócios marcado pelo dinamismo.

1.2.4. Elementos da regra de neutralidade da rede brasileira

Não é a intenção deste trabalho apresentar uma proposta exaustiva para a interpretação de todos os dispositivos diretamente atinentes a regra de neutralidade da rede brasileira. Uma estruturação pedagógica dos principais elementos dessas regras, contudo, é fundamental para as discussões sobre suas interfaces e limites com a política de defesa da concorrência, a que se dedicarão os Capítulos seguintes deste trabalho.

Em primeiro lugar, a neutralidade da rede é um *princípio* que deve guiar a disciplina do uso da Internet no Brasil, e, como tal, convive em condição não hierárquica com outros princípios (art. 3º), fundamentos (art. 2º) e objetivos (art. 4º) estabelecidos pela Lei 12.965/2014 em específico, e pelo ordenamento jurídico brasileiro como um todo. Por exemplo, a neutralidade da rede deve conviver harmoniosamente com fundamentos como “a pluralidade e a diversidade”, mas também como “a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor” e “os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais”, com princípios como “a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento”, mas também a “liberdade de modelos de negócios promovidos na internet”, e com objetivos como a promoção “do direito de acesso à internet a todos”, mas também “da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso”⁴².

Já olhando para o *caput* do art. 9º do Marco Civil da Internet, podemos perceber que ele apresenta um *mandamento geral de não-discriminação*. Segundo esse mandamento geral,

⁴² Cf. item 1.4.1.

cabe aos responsáveis pela transmissão, comutação ou roteamento o dever de “tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”. O art. 3º do Decreto 8.771/2016 reforçou que este mandamento geral de não-discriminação deve ainda “garantir a preservação do caráter público e irrestrito do acesso à internet e os fundamentos, princípios e objetivos do uso da internet no País” – nenhuma novidade, já que o próprio conceito de Internet previsto no Marco Civil da Internet já destacava o seu caráter “público e irrestrito” (art. 5º, I) e que a hermenêutica dos princípios, fundamentos e objetivos previstos na lei já exigia que eles fossem considerados como formando uma relação não hierárquica e harmoniosa com o princípio da neutralidade da rede.

Os responsáveis pela transmissão, comutação ou roteamento também estão sob a **vedação** de “bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados” (art. 9º, §3º). A vedação ao bloqueio está associada ao resguardo de um dos objetivos principais da neutralidade da rede que é o da proteção à liberdade de expressão⁴³, enquanto a vedação ao monitoramento, filtragem ou análise dos pacotes de dados parte de uma preocupação com a privacidade dos usuários.

Na sequência, a regra de neutralidade do Marco Civil da Internet disciplina as **exceções ao mandamento geral** de tratamento isonômico, determinando duas hipóteses em que a discriminação ou degradação do tráfego seriam autorizadas (art. 9º, §1º), isto é, quando decorrente (i) de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços ou (ii) da priorização de serviços de emergência. Além de reforçar que as medidas de degradação do tráfego devem ser tratadas como medidas excepcionais e que devem respeitar os requisitos de validade previstos no §2º do art. 9º da Lei, o Decreto 8.771/2016 detalhou essas duas hipóteses.

Segundo esse detalhamento do Decreto 8.771, (i) os requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços devem se utilizar apenas de “medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais, desenvolvidos para o bom funcionamento da internet” (art. 6º) e seriam aqueles decorrentes de duas situações: (i.a) o tratamento de questões de segurança de redes, incluindo as restrições ao *spam* e o controle de ataques de negação de serviço e (i.b) o

⁴³ Cf. item 1.4.2.1.

tratamento de situações excepcionais de congestionamento de rede (art. 5º, §1º). Em ambas as situações, o Decreto estabeleceu a competência da Anatel para fiscalizar e atestar a observância dos requisitos técnicos exigidos (art. 5º, §2º).

Ainda segundo o Decreto 8.771, (ii) a priorização dos serviços de emergência somente pode decorrer de duas situações: (ii.a) comunicações destinadas aos prestadores dos serviços de emergência, ou entre eles, conforme a regulamentação da Anatel e (ii.b) comunicações necessárias para informar a população em situações de risco de desastre, de emergência ou de estado de calamidade pública.

Ainda tratando das exceções ao mandamento geral de tratamento isonômico, o Marco Civil da Internet estabeleceu **condições de validade** para que os responsáveis pela transmissão, comutação ou roteamento as exerçam (art. 9º, §2º):

- a abstenção de causar danos aos usuários, conforme a regra geral de responsabilidade subjetiva do Código Civil (art. 927);
- o dever de agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;
- o dever de informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo os seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas; e
- o dever de oferecer seus serviços em condições comerciais não discriminatórias, abstendo-se de praticar condutas anticoncorrenciais.

O Decreto 8.771 detalhou, ao seu turno, o dever de transparência exposto nesse dispositivo do Marco Civil, exigindo que as informações a ser apresentadas aos usuários atinentes aos motivos do gerenciamento do tráfego que impliquem na discriminação ou degradação sejam indicadas, em linguagem de fácil compreensão, nos contratos de prestação de serviços e nos sítios eletrônicos dos responsáveis pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento do tráfego. Além disso, o Decreto determinou que as informações a ser prestadas aos usuários contenham no mínimo três aspectos: (i) a descrição das práticas de gerenciamento adotadas; (ii) seus efeitos na qualidade dos serviços experimentada pelos usuários e (iii) os motivos que expliquem a necessidade de sua adoção (art. 7º).

O Decreto ainda dispôs sobre as condutas unilaterais e os acordos entre provedores de acesso à Internet e provedores de aplicações, determinando que esses arranjos não devem: (i)

comprometer o caráter público e irrestrito do acesso à Internet nem a moldura principiológica do Marco Civil da Internet; (ii) priorizar pacotes de dados por força de arranjos comerciais; nem (iii) privilegiar aplicações ofertadas pelos próprios provedores de acesso ou empresas integrantes de seu grupo econômico (art. 9º). E por fim, o Decreto 8.771 mais uma vez reforçou um ponto que já podia ser subsumido da moldura principiológica do Marco Civil, determinando que as ofertas comerciais e os modelos de cobrança de acesso à Internet devem preservar a sua natureza única, aberta, plural e diversa (art. 10).

Quanto à fiscalização da lei, o Decreto 8.771/2016 orientou a adoção de um regime de colaboração (art. 20), em que a Anatel, a Secretaria Nacional do Consumidor e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência atuem, cada qual, conforme as atribuições que já lhes são dadas em suas leis respectivas, procurando seguir a diretrizes do CGI.br.

Como podemos observar do histórico e dos elementos da regra da neutralidade da rede brasileira, a menção a elementos da política de defesa da concorrência está presente não apenas no texto em vigor do Marco Civil da Internet (art. 9º, §2º, IV da Lei) e de seu Decreto regulamentar (arts. 9º e 19 do Decreto), como também esteve no cerne das discussões legislativas sobre esses textos, como se observa especialmente da evolução do art. 9º da Lei 12.965.

Como se pode observar da Tabela 1, o texto desse dispositivo foi diversas vezes alterado para acomodar sugestões sobre o respeito à livre concorrência, o oferecimento de serviços sob condições não discriminatórias e a abstenção da prática de condutas anticoncorrenciais. A primeira menção formal ao respeito à livre concorrência quando das hipóteses de discriminações autorizadas de tráfego foi inserida por meio do Substitutivo de 11 de julho de 2012. Na sequência, a menção à livre concorrência nessas hipóteses foi substituída pelo dever de “abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais”, redação mais tarde ainda modificada para “oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais”, que acabou permanecendo no art. 9º, §2º, IV do Marco Civil.

Mais à frente, no Capítulo 2, veremos com um pouco mais de detalhe os fundamentos da menção a aspectos concorrenciais no histórico legislativo do Marco Civil da Internet, além das principais discussões teóricas sobre as interfaces entre o domínio da neutralidade da rede e o domínio concorrencial.

Por ora, para complementar a compreensão do histórico e dos objetivos gerais da regra de neutralidade da rede no Brasil, faremos uma breve incursão em dois modelos regulatórios da experiência comparada sobre o tema – a escolha desses dois modelos se deve ao grande debate público (inclusive internacional) que eles geraram e à proximidade temporal de suas discussões regulatórias com a discussão regulatória que acontecia também no Brasil por força da promulgação da Lei 12.965/2014 e da elaboração do Decreto 8.771/2016.

1.3. NEUTRALIDADE DA REDE NA EXPERIÊNCIA REGULATÓRIA COMPARADA

No momento de mais intensas discussões regulatórias sobre a neutralidade da rede no Brasil, entre 2013 e 2016, os Estados Unidos e a União Europeia também discutiam este tema, e por isso influenciaram de forma mais incisiva que outras jurisdições os debates sobre a regra de neutralidade da rede brasileira. De fato, foram anos de intensas discussões sobre neutralidade da rede nessas duas jurisdições, passando pela publicação da *Protecting and Promoting the Open Internet Order* de 2015, do Regulamento Europeu sobre Neutralidade da Rede também de 2015 e das Orientações do BEREC para a implementação da regra de neutralidade da rede pelas autoridades de cada Estado-Membro da União Europeia em 2016. O movimento mais recente desse processo foi a desregulação do tema empreendida pelo FCC nos Estados Unidos, por meio da *Restoring Internet Freedom Order*, de dezembro de 2017, cujos efeitos para os usuários da Internet daquele país, para os provedores de conteúdo e aplicações que disponibilizam seus serviços naquele país, e para os debates regulatórios sobre o tema em outras jurisdições ainda permanecem incertos.

1.3.1. Estados Unidos

Jonathan Nuechterlein (2009, pp. 25-26) faz um paralelo sobre o início dos debates sobre “*open access*”, nos primórdios da Internet comercial na década de 90, e as discussões sobre neutralidade da rede, que se prolongam desde o início dos anos 2000 nos Estados Unidos. O autor relembra que, na época da Internet discada, os usuários finais pagavam uma

taxa de assinatura mensal para um provedor de serviço (e.g. a AOL), e não para a empresa de telecomunicação que os conectava com tal provedor – em geral, para a finalidade de conexão à Internet, não havia qualquer relação obrigacional entre os usuários finais e as empresas telefônicas, cujo trabalho consistia em tratar aquela ligação como qualquer outra ligação telefônica, dedicando sua infraestrutura física pelo tempo que durasse a conexão à Internet. Hoje, os usuários finais da rede remuneram e mantêm uma relação contratual direta com provedores de banda larga, e qualquer problema com a conexão local é tratado pelo usuário diretamente com o provedor de banda larga. Enquanto na época da Internet discada os debates sobre “*open access*” visavam a assegurar que provedores como a AOL pudessem se conectar à plataforma de transmissão de banda larga em condições não discriminatórias, os debates mais recentes sobre neutralidade da rede visam a garantir que provedores de conteúdos e aplicações possam chegar aos seus próprios usuários finais sem a imposição de condições discriminatórias na última milha.

Em 2005, o *Federal Communications Commission* (FCC) passou a classificar os provedores de banda larga como “serviços de informação” (*information services*)⁴⁴. O distanciamento do regime de provimento de banda larga daquele dos serviços de telecomunicações – estes sujeitos a uma série de obrigações decorrentes da sua natureza pública (*mandatory common-carrier regulation*) – foi visto, à época, pelo FCC como uma medida necessária para permitir a expansão da banda larga naquele país. Esse aspecto regulatório, juntamente com o desenvolvimento de novas tecnologias que passaram a efetivamente permitir aos operadores de redes vasculhar os pacotes de dados transportados pela sua infraestrutura, determinar a aplicação de Internet a que se destinavam e afetar o seu transporte com base nessa informação, abriram espaço para os primeiros casos⁴⁵ e discussões

⁴⁴ Essa classificação foi revista em fevereiro de 2015 pelo FCC, como veremos mais à frente, e mais recentemente, em 14 de dezembro de 2017, esses provedores voltaram a ser classificados pela agência como “serviços de informação”.

⁴⁵ Em 11 de fevereiro do mesmo ano de 2005, o FCC abriu uma investigação formal contra a Madison River, por alegada discriminação de tráfego de dados de aplicações de voz por IP (VoIP). Algumas semanas depois, a Madison River assinou uma espécie de Termo de Ajustamento de Conduta com o FCC, se comprometendo a não mais praticar as condutas pelas quais estava sendo investigada (FCC. Madison River Communications, LLC and affiliated companies’ Consent Decree, 2005. Disponível em: <http://bit.ly/2cpVsQC>. Acesso em: 9 jan. 2018). Em 2008, o FCC conclui uma segunda investigação marcante para o tema da neutralidade da rede, desta vez envolvendo a Comcast, tendo decidido que essa empresa deveria se abster de práticas de discriminação de tráfego. No caso, o FCC chegou à conclusão de que a Comcast havia inadequadamente discriminado o tráfego de aplicações *peer to peer*, como o BitTorrent, cujas atividades potencialmente concorriam com as aplicações de

teóricas mais acirradas sobre a regulação da neutralidade da rede nos Estados Unidos (SCHEWICK; FRISCHMANN, 2007, p. 387).

No mesmo ano de 2005, o FCC adotou uma série de quatro princípios⁴⁶ com os objetivos de “assegurar que as redes de banda larga fossem amplamente implantadas, abertas e acessíveis para todos os consumidores” e de permitir que a provisão de acesso à Internet fosse “operada de maneira neutra”, de modo a “preservar a natureza aberta e interconectada da Internet pública”. O documento, embora não vinculante, ficou bastante conhecido. Os princípios que ele estabelecia buscavam orientar a prestação do acesso à Internet de modo que os consumidores pudessem: (1) acessar os conteúdos online legítimos de sua escolha; (2) utilizar as aplicações e serviços online de sua escolha, respeitadas as necessidades de

video on demand (VoD) da própria Comcast, e ordenou a abstenção dessas práticas (FCC. Commission orders Comcast to end discriminatory network management practices, 2008. Disponível em: <http://bit.ly/2cpWlsb>. Acesso em: 9 jan. 2018). A Comcast contestou a ordem do FCC perante os tribunais alegando a falta de competência da agência para decidir sobre suas práticas de administração de tráfego, e em abril de 2010, o Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia acatou os argumentos da Comcast e revogou a ordem proferida pelo FCC em 2008 (Estados Unidos, Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia. Comcast v. FCC, 2010. Disponível em: <http://bit.ly/2evcQkp>. Acesso em: 9 jan. 2018; ainda sobre esse caso, à luz da experiência regulatória do Marco Civil da Internet, cf. CINTRA, 2015). Em julho de 2012, o FCC publicou comunicado sobre outro caso bastante conhecido e debatido pelos estudiosos da neutralidade da rede. O comunicado tornou público que a Verizon Wireless havia chegado a um acordo com a agência para não impor encargos adicionais a consumidores que decidissem baixar na Google Play aplicativos que possibilitassem o compartilhamento da rede de um celular com o outro (*tethering apps*). Além do pagamento de uma multa ao FCC, a Verizon foi obrigada a informar ao Google que passaria a não mais discriminar os *tethering apps* disponibilizados por meio do Google Play (FCC. Verizon Wireless to pay \$1.25 million to settle investigation into blocking of consumers’ access to certain mobile broadband applications, 2012. Disponível em: <http://bit.ly/2cYh48o>. Acesso em: 9 jan. 2018). Um outro caso ocupou as manchetes da mídia especializada: a Netflix anunciou publicamente, entre fevereiro e abril de 2014, que havia entrado em acordo com a Comcast (BRANDOM, 2014) e com a Verizon (OPAM, 2014) para aumentar a velocidade com que os pacotes de dados originados dos seus serviços eram transportados. Os acordos, contudo, estavam relacionados a questões de interconexão e conexão direta entre a Netflix e aqueles provedores de acesso e não, efetivamente, à criação de uma *fast lane* para acessar seus usuários finais de forma privilegiada. Um pouco mais tarde, o próprio FCC declarou na *Open Internet Order*, de fevereiro de 2015, que em princípio não regularia *ex ante* sob a regra de neutralidade os casos de conexão direta ou interconexão como este: “*But this order does not apply the open Internet rules to interconnection. Three factors are critical in informing this approach to interconnection. First, the nature of Internet traffic, driven by massive consumption of video, has challenged traditional arrangements — placing more emphasis on the use of CDNs or even direct connections between content providers (like Netflix or Google) and last-mile broadband providers. Second, it is clear that consumers have been subject to degradation resulting from commercial disagreements, perhaps most notably in a series of disputes between Netflix and large last-mile broadband providers. But, third, the causes of past disruption and — just as importantly — the potential for future degradation through interconnection disputes — are reflected in very different narratives in the record. While we have more than a decade’s worth of experience with last-mile practices, we lack a similar depth of background in the Internet traffic exchange context. Thus, we find that the best approach is to watch, learn, and act as required, but not intervene now, especially not with prescriptive rules*” (FCC. Protecting and Promoting the Open Internet Order, 2015, p. 10, parágrafo 30. Disponível em: <http://bit.ly/1NOC8bv>. Acesso em: 9 jan. 2018).

⁴⁶ FCC. Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet over Wireline Facilities (“Internet Policy Statement”), 2005. Disponível em: <http://bit.ly/1UTEVo1>. Acesso em: 9 jan. 2018.

investigação e perseguição da lei (*law enforcement*); (3) se conectar a dispositivos legítimos de sua escolha e que não causassem danos à rede; e (4) desfrutar da concorrência entre os provedores de acesso, aplicações, serviços e conteúdos.

Em dezembro de 2010, o FCC adotou um regramento vinculante sobre a matéria, a chamada *Open Internet Order*⁴⁷, consistente em três regras básicas:

- (1) transparência: provedores de banda larga fixa e móvel passaram a ter o dever divulgar as práticas de administração de rede, características de execução, e os termos e condições dos seus serviços de banda larga;
- (2) proibição ao bloqueio: provedores de banda larga fixa ou móvel não poderiam bloquear conteúdos, aplicações, serviços e dispositivos não nocivos e legítimos, como aplicações que concorressem com seus serviços de voz ou vídeo, por exemplo; e
- (3) proibição à discriminação não razoável: provedores de banda larga fixa não poderiam discriminar irrazoavelmente o tráfego de dados legítimo.

Em janeiro de 2014, as regras (2) e (3), referentes ao bloqueio e à discriminação razoável do tráfego, foram anuladas pelo Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia, em pedido formulado pela Verizon⁴⁸. O fundamento do Tribunal neste caso – assim como na decisão em que o mesmo Tribunal havia decidido a favor da Comcast e contra o FCC em 2010⁴⁹ – se concentrou na competência da agência para interferir nas atividades dos provedores de acesso em que reputasse haver uma violação à neutralidade da rede, dada a classificação feita e reconhecida pela própria agência de que os serviços daqueles provedores deveriam ser entendidos como *information services*. A essa decisão se seguiu um ano de intensas discussões, consultas e debates públicos acirrados sobre a regulação da neutralidade da rede nos Estados Unidos. Àquela altura, o tema ganhava proporção também em outros países do mundo, inclusive no Brasil.

⁴⁷ FCC. Open Internet Order, 2010. Disponível em: <http://bit.ly/1C35jEq>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁴⁸ ESTADOS UNIDOS, Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia, Verizon v. FCC, 2014. Disponível em: <http://bit.ly/1ZYEjIm>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁴⁹ ESTADOS UNIDOS, Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia, Comcast v. FCC, 2010. Disponível em: <http://bit.ly/2cvcQkp>. Acesso em: 9 jan. 2018.

Somente em fevereiro de 2015 o FCC veio a publicar suas regras sobre neutralidade da rede⁵⁰ (sintetizadas e livremente traduzidas na tabela abaixo). Para além do comando de seus três núcleos principais (*no blocking, no throttling, no fast lanes*)⁵¹, alguns outros apontamentos do relatório de 400 páginas em que a agência divulgou suas novas regras merecem destaque:

- Após quase uma década classificando os serviços de acesso à Internet como *information services*, o FCC decidiu reclassificá-los como serviços sujeitos ao Título II do *Communications Act* estadunidense. As novas regras passaram a dispor que a “Internet de varejo”, que a quase totalidade dos usuários individuais usam no dia-a-dia, é mais do que um simples *information service*, devendo ser entendido como um dos componentes da vasta rede de telecomunicações que permite o consumo dos serviços ligados à Internet. O FCC passou a defender essa reclassificação como algo imperativo em vista da expansão exponencial da Internet no dia-a-dia dos consumidores⁵².
- O FCC tomou uma posição clara no sentido de que casos individuais que envolvessem questões referentes à neutralidade da rede – mesmo que não envolvessem o bloqueio, a degradação ou priorização paga do tráfego de dados (*general conduct standard*) – deveriam ser analisados caso a caso, o que a agência afirmou que se tratava de um padrão que não privilegia inferências ou desvantagens apriorísticas. Ao aplicar o *general conduct standard*, o FCC devia seguir uma série de fatores (semelhantes aos fatores que guiavam a aplicação da regra de proibição à discriminação não razoável do tráfego, da *Open Internet Order* de 2010), incluindo: o controle dos usuários finais; a proteção ao consumidor; a liberdade de expressão; os efeitos na inovação, nos investimentos e na expansão da banda larga; as práticas de mercado habituais; a implementação de forma agnóstica em relação às diferentes aplicações e até mesmo os efeitos concorrenciais⁵³.
- A regra de transparência presente na *Open Internet Order* de 2010 foi aprimorada e o conteúdo do dever de informar aos consumidores foi ampliado⁵⁴. Pelas novas regras, os

⁵⁰ FCC. Protecting and Promoting the Open Internet Order, 2015. Disponível em: <http://bit.ly/1NOC8by>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 7-8, parágrafos 14-19.

⁵² *Ibidem*, cf. parágrafos 48 e seguintes.

⁵³ *Ibidem*, cf. parágrafos 130 e seguintes.

⁵⁴ *Ibidem*, cf. parágrafos 162 e seguintes.

termos comerciais dos prestadores de serviços de acesso à Internet deviam incluir não apenas o valor das mensalidades e quaisquer outras taxas aplicáveis, como também o eventual limite ao volume de dados que podiam ser consumidos e as consequências nos casos em que tais limites fossem excedidos (*e.g.*, cobrança de taxas adicionais, perda de acesso pelo restante do período de consumo). Além disso, dentre as características de performance, esses mesmos provedores passaram a ter o dever de informar as condições para a perda de pacotes, e não apenas questões referentes a velocidade e latência. Apesar das regras de transparência terem sido ampliadas, foi feita uma exceção temporária para pequenos provedores de acesso à Internet, de modo que o desenvolvimento dos seus negócios não fosse prejudicado por essas regras⁵⁵.

As novas regras foram alvo de críticas da indústria de provimento de acesso à Internet⁵⁶ (que as consideraram excessivas), de alguns grupos de consumidores (que as consideraram leves demais) e até mesmo de parlamentares⁵⁷ (que acreditavam que o FCC estaria se imiscuindo na competência legislativa que lhes caberia). De todo modo, o direcionamento das regras de 2015 permaneceu firme até o início do mandato de Donald Trump, em 2017.

A escolha da liderança do FCC é essencialmente política. Seus conselheiros e presidente são apontados pelo Presidente dos Estados Unidos e aprovados pelo Congresso daquele país. Nas primeiras semanas de seu mandato, em janeiro de 2017, o Presidente Donald Trump apontou Ajit Pai para a presidência do FCC. Pai havia sido nomeado conselheiro do FCC em 2012, pelo governo de Barack Obama, e assumiu diversos cargos na agência até chegar à sua presidência. Ao longo de sua carreira no FCC, deixou claro o seu posicionamento mais próximo a setores tradicionais da mídia, como as grandes emissoras de televisão, e sua favorabilidade à criação de incentivos e remoção de barreiras regulatórias aos serviços de provimento de banda larga⁵⁸.

⁵⁵ *Ibidem*, *cf.* parágrafos 172 e seguintes.

⁵⁶ Alguns meses após a adoção das novas regras, em abril de 2015, a US Telecom, que representa diversos provedores de acesso como a AT&T e a Verizon, entrou com ação perante o Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia pedindo a suspensão das novas regras (*cf.* PUZZANGHERA, 2015).

⁵⁷ *Cf.* McCabe, David. FCC flooded with net neutrality complaints. **The Hill**, 30 jul. 2015. Disponível em: <http://bit.ly/1kKNuTW>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁵⁸ *E.g.*, FCC. Statement of Ajit Pai Commissioner, Federal Communications Commission hearing before the

Como era esperado, nos primeiros meses de sua gestão na liderança do FCC, Ajit Pai anunciou sua intenção de rever as regras de neutralidade da rede aprovadas em 2015⁵⁹ e publicou uma proposta de revisão regulatória em torno de três eixos principais⁶⁰:

- Retorno à classificação dos serviços de acesso à Internet como *information services*, com a consequente diluição da competência do FCC e fortalecimento da competência do FTC para fiscalizar esses serviços.
- Revogação do chamado *general conduct standard*, que permitia ao FCC analisar caso a caso condutas dos provedores de acesso não cobertas pelo núcleo principal da regra de neutralidade da rede (*no blocking, no throttling, no fast lanes*).
- Definição do modo como o FCC deveria aplicar o núcleo da regra de neutralidade da rede aos demais atores do ecossistema da Internet sujeitos à sua competência.

A proposta de revisão regulatória esteve aberta a comentários públicos até agosto de 2017 e recebeu na casa de 20 milhões de comentários – bastante acima dos 4 milhões de comentários recebidos na consulta pública que precedeu a *Protecting and Promoting the Open Internet Order* de 2015⁶¹.

No fim de novembro de 2017 e com o FCC conformado por 3 republicanos contra 2 democratas, Ajit Pai apresentou sua proposta para o que chamou de *Restoring Internet Freedom Order* e anunciou a intenção de deliberar sobre essa proposta na reunião da agência de 14 de dezembro daquele ano, incluindo mais algumas mudanças⁶² como:

- A revogação do núcleo principal da regra de neutralidade da rede (*no blocking, no throttling, no fast lanes*), além do *general conduct standard*.
- Alterações ao dever de transparência aplicável aos provedores de acesso à Internet,

Subcommittee on Communications and Technology of the United States House of Representatives Committee on Energy and Commerce (“Oversight of the Federal Communications Commission”), 2012. Disponível em: <http://bit.ly/2iDYqn4>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁵⁹ FCC. Remarks of FCC Chairman Ajit Pai at the Newseum The Future of Internet Freedom, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2gTJpQZ>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁶⁰ FCC, Notice of Proposed Rulemaking – Restoring Internet Freedom, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2z1mEla>

⁶¹ Cf. Breland, Ali. Net neutrality comments top 20 million. **The Hill**, 17 ago. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2ij3LTK>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁶² FCC. Fact Sheet – Restoring Internet Freedom Order, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2jhLQdo>. Acesso em: 9 jan. 2018.

mantida a competência do FTC para fiscalizar e se assegurar de que as práticas dos provedores de acesso fossem consistentes com suas próprias regras de transparência.

- Impedimento a que os Estados ou governos locais editassem normas próprias sobre o serviço de provimento de banda larga.

O anúncio foi seguido de críticas de grandes e pequenos provedores de conteúdo americanos⁶³ e de autoridades como o Relator Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direito Humanos, Edison Lanza⁶⁴.

Apesar das críticas, o FCC, em sua reunião de 14 de dezembro de 2017, afastou a *Protecting and Promoting the Open Internet Order* de 2015, aprovando, em uma votação dos 3 conselheiros republicanos contra os 2 democratas⁶⁵, a *Restoring Internet Freedom Order*⁶⁶ apresentada por Pai semanas antes.

Com a mudança, os serviços de acesso à Internet voltaram a ser classificados como *information services*, sob o Título I do *Communications Act*. Na opinião aprovada pelo FCC, a desclassificação desses serviços resultante da *Protecting and Promoting the Open Internet Order* de 2015 havia gerado incertezas regulatórias e assim favorecido a redução dos investimentos dos provedores de acesso à Internet na expansão de suas redes e na inovação dos seus serviços, particularmente no caso dos pequenos provedores atuantes em áreas rurais. Uma consequência importante dessa mudança – que destaca a importância dos estudos sobre as interfaces e limites entre a neutralidade da rede e a política de defesa da concorrência – é que o FTC, com sua competência antitruste, voltou a ser a principal autoridade responsável por coibir práticas anticoncorrenciais ou lesivas ao consumidores levadas a cabo pelos provedores de acesso à Internet. Após a aprovação da *Restoring Internet Freedom Order*, FCC e FTC assinaram um memorando de entendimento⁶⁷ buscando esclarecer como as duas agências pretendem coordenar seus esforços a fim de proteger os usuários finais dos serviços

⁶³ Cf. KANG, Cecilia F.C.C. Plans Net Neutrality Repeal in a Victory for Telecoms. **The New York Times**, 21 nov. 2017. Disponível em: <http://nyti.ms/2zwgo5U>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁶⁴ Cf. OBSERVACOM, Edison Lanza: Retroceso en las reglas de neutralidad de red en EEUU “tendrá un impacto global en la libertad de expresión”, 23 nov. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2A5iJSz>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁶⁵ Os votos dos 5 conselheiros estão disponíveis em: <http://bit.ly/2ktXK4d>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁶⁶ FCC. Restoring Internet Freedom Order, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2F6DvmY>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁶⁷ FCC. Restoring Internet Freedom FCC-FTC Memorandum of Understanding, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2F68BLq>. Acesso em: 9 jan. 2018.

de Internet neste novo cenário. Resumidamente, as agências se comprometeram com o seguinte:

- O FCC analisará reclamações informais relativas à conformidade dos provedores de acesso à Internet com relação ao dever de transparência estabelecido na *Restoring Internet Freedom Order*, incluindo a divulgação de informações sobre práticas de bloqueio, degradação, priorização paga e gerenciamento do tráfego. O FCC poderá tomar medidas de execução caso os provedores de acesso não cumpram com esse dever de transparência.
- O FTC também poderá investigar e tomar medidas de execução contra provedores de acesso em relação à imprecisão das informações prestadas com base no dever de transparência, assim como em relação a outras práticas consideradas enganosas ou injustas levadas a cabo por esses provedores.
- FCC e FTC colaborarão e compartilharão informações sobre questões técnicas e jurídicas correlatas ao tema da *Restoring Internet Freedom Order*, bem como sobre reclamações que recebam com base nela, além de atuar juntos em medidas educativas aos consumidores e agentes de mercado a respeito das novas regras.

Com a recente mudança, o FCC abandonou o “sistema de crença sobre a inovação” na camada de conteúdo da Internet para prestigiar uma visão de que o dever de transparência sobre as práticas de gestão do tráfego, as forças de mercado e a proteção já oferecida pelo direito concorrencial e do consumidor seriam capazes de garantir resultados comparáveis aos buscados por meio do núcleo principal da regra de neutralidade da rede (*no blocking, no throttling, no fast lanes*) que a *Protecting and Promoting the Open Internet Order* de 2015 protegia⁶⁸.

Os resultados práticos dessa mudança para os consumidores daquele país ainda são incertos. Diversos provedores de acesso à Internet atuantes no mercado estadunidense se pronunciaram acerca das novas regras. Em um levantamento feito pela *The Verge*⁶⁹, embora

⁶⁸ FCC. Press release – FCC acts to restore internet freedom – Reverses Title II Framework, Increases Transparency to Protect Consumers, Spur Investment, Innovation, and Competition, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2ktXK4d>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁶⁹ Cf. KASTRENAKES, Jacob. ISPs won't promise to treat all traffic equally after net neutrality. **The Verge**, 15 dez. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2AUDkMT>. Acesso em: 9 jan. 2018.

todos os provedores de acesso procurados tenham declarado seu compromisso em não prejudicar seus consumidores, nenhum deles se comprometeu efetivamente a não lançar mão das práticas expressamente coibidas pela *Protecting and Promoting the Open Internet Order* de 2015, em especial, as práticas de priorização paga. Dito de outro modo, com base na nova diretriz do FCC, não há qualquer impedimento legal apriorístico a que, por exemplo, a Verizon favoreça o conteúdo de suas afiliadas, Yahoo ou AOL, ou a que bloqueie ou cobre taxas adicionais de qualquer outro provedor de conteúdo em sua rede, desde que quaisquer dessas práticas sejam informadas aos seus consumidores⁷⁰.

O que essa mudança representará para outros países, cuja regulação da neutralidade da rede tenha sido influenciada pela teoria em torno dos debates regulatórios dos Estados Unidos é igualmente indefinido e depende, em grande medida, do status normativo e do arranjo institucional dedicado à execução da regra de neutralidade da rede em cada país.

No caso do Brasil, temos um dos modelos regulatórios mais sólidos de proteção à neutralidade da rede, fundado em lei federal e decorrente de extenso debate e participação social, além de um arranjo institucional bastante diferente do modelo estadunidense, em que a questão da classificação ou não dos serviços de acesso à Internet como *information services* está intimamente ligada à competência fiscalizatória de diferentes agências. Apesar das investidas contrárias à regra de neutralidade brasileira por partes interessadas poderem ganhar impulso após a mudança no cenário dos Estados Unidos⁷¹, as poucas manifestações de autoridades brasileiras sobre a recente decisão do FCC, até o momento⁷², reforçam o compromisso com a regra consagrada no Marco Civil da Internet. Ceder às pressões de partes interessadas por um caminho semelhante ao dos Estados Unidos no Brasil – dois países em que o dinamismo dos atores nacionais atuantes na camada de conteúdo da Internet, a expansão da cobertura e banda larga e a proteção à liberdade de expressão online não se comparam –

⁷⁰ Cf. FUNG, Brian. The FCC just voted to repeal its net neutrality rules, in a sweeping act of deregulation. **The Washington Post**, 14 dez. 2017. Disponível em: <http://wapo.st/2EErDIn>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁷¹ Cf. WIZIACK, Julio. Teles preparam investida contra lei que proíbe cobrar mais na internet. **Folha de São Paulo**, 2 dez. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2AQ1JTD>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁷² E.g. cf. TELESÍNTESE, Neutralidade: presidente da Anatel lembra que no Brasil vale o Marco Civil da Internet, 15 dez. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2Cxrqc0>; COLON, Leandro. Governo combaterá pressão contra a isonomia na internet, diz Kassab. **Folha de São Paulo**, 5 jan. 2018. Disponível em: <http://bit.ly/2CLEKdL>. Acesso em: 9 jan. 2018; GETSCHKO, Demi. Neutralidade da rede está segura no Brasil. **Estadão**, 18 dez. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2pIRA6d>. Acesso em: 9 jan. 2018.

seria temerário e indesejável⁷³.

1.3.2. União Europeia

O Regulamento aprovado em outubro de 2015 pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia⁷⁴, de forma mais extensa que o modelo americano e mesmo que o brasileiro, estabeleceu o direito de todos os europeus de “acessar e distribuir informações e conteúdos, de utilizar e fornecer aplicações e serviços e de utilizar o equipamento terminal de sua escolha, através do seu serviço de acesso à Internet” (art. 3(1)). Associado a esse direito, o Regulamento colocou o dever provedores de acesso à Internet de “tratar equitativamente todo o tráfego”, de quando diante da necessidade técnica e razoável de gerenciar o tráfego, agir “de forma transparente, não discriminatória e proporcional” (art. 3(3)), além de adotar medidas de transparência nos “contratos que incluam serviços de acesso à Internet” (art. 4º).

O dever de transparência previsto no Regulamento europeu exige que os provedores de acesso prestem informações sobre: (i) como medidas de gerenciamento do tráfego são aplicadas e podem impactar a qualidade dos serviços prestados; (ii) como quaisquer limitações de volume, velocidade ou parâmetros de qualidade de serviço podem impactar o provimento de acesso à Internet; e (iii) os remédios disponíveis aos consumidores, de acordo com o direito nacional aplicável, caso haja qualquer discrepância entre a efetiva performance dos serviços de acesso à Internet e os parâmetros contratuais estabelecidos no Regulamento.

⁷³ Nas palavras de Vinicius Marques de Carvalho a respeito das pressões nesse sentido: “Embora a discriminação de preços seja relevante, já que potencialmente estimula a concorrência, não se trata do único vetor determinante da regulação da Internet. [...] A regulação de um mercado surge da percepção de que, por vezes, a atuação residual e reativa da política de defesa da concorrência é insuficiente. Regula-se porque cada mercado tem suas especificidades e porque diferentes valores para além da livre iniciativa precisam ser protegidos. É por isso que o MCI, e a própria Constituição, estabelecem princípios que fundamentam a disciplina da Internet no Brasil, como liberdade de expressão, pluralidade e diversidade, além da ampliação de acesso e livre concorrência. Há ainda um problema institucional em restringir as capacidades regulatórias de outros órgãos sob o pretexto de priorizar o objetivo de defesa da livre concorrência em detrimento outros valores. A autoridade legitimada para analisar discriminação de preços é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), que não tem por função a auditoria de discriminação de conteúdo, mesmo que isso aconteça por meio de precificação” (CARVALHO, 2018).

⁷⁴ UNIÃO EUROPEIA, Conselho da Europa. Regulamento europeu sobre neutralidade da rede, 2015. Disponível em: <http://bit.ly/1Gv2FKQ>. Acesso em: 9 jan. 2018.

Essa normativa europeia ainda estabeleceu o princípio da minimização⁷⁵ e a proporcionalidade de quaisquer hipóteses de tratamento de dados pessoais que possam acontecer por força de uma medida de gerenciamento do tráfego legítima, devendo-se, em todo caso, observar as regras da União Europeia sobre proteção de dados (art. 3(4)).

Por fim, a prestação de serviços especializados – como serviços de televisão por IP (IPTV), de voz por evolução em longo prazo (VoLTE), ou mesmo serviços médicos que dependem de uma interação em tempo real, para a realização de cirurgias à distância, por exemplo – foi expressamente permitida, podendo ser feita tanto pelos provedores de acesso quanto pelos provedores de conteúdo, aplicações e serviços (art. 3(5)), separando-se os serviços especializados dos serviços de acesso que estejam sendo otimizados (BELLI; MARSDEN, 2015).

Como a supervisão e aplicação da lei, incluindo a aplicação de sanções por eventuais violações do Regulamento cabem a autoridades nacionais (cf. arts. 5º e 6º), o *Body of European Regulators for Electronic Communications* (BEREC)⁷⁶ esteve empenhado, desde a adoção do Regulamento pelo Parlamento e pelo Conselho, em elaborar as orientações para a implementação de suas regras pelas autoridades regulatórias dos Estados-Membros. Em agosto de 2016, o BEREC divulgou a versão final das suas Orientações⁷⁷, após submetê-las a consulta pública.

As Orientações do BEREC receberam uma acolhida positiva tanto por parte da sociedade civil⁷⁸ quanto de parte dos provedores de conteúdos de Internet atuando no mercado europeu⁷⁹. Alguns pontos de interesse estabelecidos por elas incluem:

⁷⁵ A respeito deste princípio, cf. o art. 5(1)(c) (*Personal data shall be: adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed ('data minimisation')*) e o Recital 39 do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados da União Europeia (GDPR).

⁷⁶ Órgão constituído pelo Regulamento 1211/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa como parte do *Telecom Reform Package* (cf. <http://bit.ly/2cG0j2w>. Acesso em: 9 jan. 2018.) e composto pelo *Board of Regulators*, isto é, pelos presidentes das autoridades regulatórias nacionais de cada Estado-Membro da União Europeia cuja responsabilidade seja fiscalizar a operação dos mercados de redes e serviços de comunicações eletrônicas (cf. <http://bit.ly/2c9VTjT>. Acesso em: 9 jan. 2018.).

⁷⁷ BEREC, *Guidelines on the implementation by National Regulators of European NN rules*, 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2bOVMIZ>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁷⁸ Cf. TOOR, 2016.

⁷⁹ Cf. HEATHER, 2016.

- A determinação de que os provedores de acesso à Internet não estão autorizados a oferecer serviços de “subinternet” – entendidos como serviços que restringem o acesso a determinados serviços ou aplicações (impedindo o acesso a serviços de VoIP ou de transmissão de vídeos, por exemplo) ou que permitem o acesso a apenas uma parte da Internet (como páginas específicas da *Web*). A proibição recaiu sobre os provedores de acesso à Internet em específico, dada a sua capacidade de oferecer tais serviços⁸⁰.
- O entendimento de que acordos comerciais e técnicos entre provedores de acesso à Internet e seus usuários não devem limitar os direitos estabelecidos no art. 3(1) (proteção dos dados pessoais, liberdade de expressão e informação, liberdade de iniciativa, não-discriminação e proteção aos consumidores), mas também não dependem de autorização *ex ante* das autoridades regulatórias nacionais para ser firmados, sem prejuízo do poder fiscalizatório e sancionatório das autoridades nacionais sobre essas práticas, de maneira *ex post*⁸¹.

Tabela 3: Experiência regulatória comparada

MODELOS REGULATÓRIOS EFETIVOS	REGRAS	STATUS NORMATIVO
BRASIL Lei 12.965/2014 e Decreto 8.771/2016	Cf. Tabelas 1 e 2 acima	Lei Federal e Decreto Presidencial
ESTADOS UNIDOS FCC, <i>Protecting and Promoting the Open Internet Order (2015)</i> , afastada pela agência em 14 de dezembro de 2017	<p>(1) Proibição ao bloqueio: Uma pessoa envolvida na prestação do serviço de acesso à Internet por banda larga, na medida em que essa pessoa esteja envolvida dessa forma, não pode bloquear conteúdos, aplicações, serviços ou dispositivos não nocivos legítimos, sujeito à administração razoável da rede.</p> <p>(2) Proibição à degradação: Uma pessoa envolvida na prestação do serviço de acesso à Internet por banda larga, na medida em que essa pessoa esteja envolvida dessa forma, não pode dificultar ou degradar o tráfego legítimo da Internet com base no conteúdo, aplicação ou serviço de Internet, ou serviço, ou uso de um dispositivo não nocivo, sujeitos à administração</p>	Ordem do FCC, afastada pela agência em 14 de dezembro de 2017

⁸⁰ BEREC, 2016, p. 6. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁸¹ *Ibidem*, p. 7.

	<p>razoável da rede.</p> <p>(3) Proibição à priorização paga: Uma pessoa envolvida na prestação do serviço de acesso à Internet por banda larga, na medida em que essa pessoa esteja envolvida dessa forma, não deve lançar mão de priorização paga. “Priorização paga” refere-se à administração da rede de um provedor de banda larga para direta ou indiretamente favorecer algum tráfego sobre outro tráfego, inclusive por meio do uso de técnicas como <i>traffic shaping</i>, priorização, reserva de recursos, ou outras formas de administração preferencial do tráfego, seja (a) em troca de uma contraprestação (monetária ou não), ou (b) para beneficiar uma entidade afiliada.</p>	
<p>UNIÃO EUROPEIA</p> <p>Parlamento Europeu e Conselho da Europa, Regulamento Europeu sobre Neutralidade da Rede (2015)</p>	<p>Artigo 3º - Garantia de acesso à Internet aberta</p> <p>1. Os utilizadores finais têm o direito de aceder a informações e conteúdos e de os distribuir, de utilizar e fornecer aplicações e serviços e utilizar equipamento terminal à sua escolha, através do seu serviço de acesso à Internet, independentemente da localização do utilizador final ou do fornecedor, ou da localização, origem ou destino da informação, do conteúdo, da aplicação ou do serviço. O presente número é aplicável sem prejuízo do direito da União ou do direito nacional conforme com o direito da União relativos à legalidade dos conteúdos, aplicações ou serviços.</p> <p>2. Os acordos entre os prestadores de serviços de acesso à Internet e os utilizadores finais sobre as condições comerciais e técnicas e sobre as características dos serviços de acesso à Internet, tais como preços, volumes de dados ou velocidade, e quaisquer práticas comerciais utilizadas por prestadores de serviços de acesso à Internet, não limitam o exercício do direito dos utilizadores finais previsto no n.º 1.</p> <p>3. Os prestadores de serviços de acesso à Internet tratam equitativamente todo o tráfego, ao</p>	<p>Regulamento⁸²</p>

⁸² No âmbito da União Europeia, um Regulamento é um ato legislativo vinculante, aplicável em todos os seus elementos em todos os países da UE. Mais informações sobre os diferentes atos legislativos comunitários da União Europeia disponíveis em: <http://bit.ly/2cDFnrM>. Acesso em: 9 jan. 2018. Uma outra diferença normativa importante entre o Regulamento europeu e o modelo americano vigente até dezembro de 2017 é que aquele se insere em um pacote de reformas ao direito das telecomunicações, enquanto a Ordem do FCC se concentrou na questão da neutralidade da rede. Nesse aspecto, ambos os modelos se diferem do brasileiro, já que a nossa regra de neutralidade da rede se inseriu no contexto mais amplo da regulação dos princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, no âmbito de uma lei federal, o Marco Civil da Internet.

	<p>prestarem serviços de acesso à Internet, sem discriminações, restrições ou interferências, e independentemente do emissor e do receptor, do conteúdo acedido ou distribuído, das aplicações ou serviços utilizados ou prestados, ou do equipamento terminal utilizado.</p> <p>4. As medidas de gestão do tráfego só podem envolver o tratamento de dados pessoais se esse tratamento for necessário e proporcionado em relação à realização dos objetivos previstos no n.º 3. Esse tratamento é efetuado nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. As medidas de gestão do tráfego cumprem igualmente o disposto na Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.</p> <p>5. Os prestadores de serviços de comunicações eletrônicas ao público, incluindo os prestadores de serviços de acesso à Internet, e os fornecedores de conteúdos, aplicações ou serviços têm a liberdade de oferecer serviços diferentes dos serviços de acesso à Internet que estejam otimizados para conteúdos, aplicações ou serviços específicos, ou para uma combinação dos mesmos, caso a otimização seja necessária para respeitar os requisitos dos conteúdos, aplicações ou serviços para um nível de qualidade específico.</p> <p><i>Cf.</i> também os arts. 4º (Medidas de transparência para garantir o acesso à Internet aberta), 5º (Supervisão e aplicação da lei) e 6º (Sanções)</p>	
--	---	--

Fonte: Elaboração própria da autora, com base nas fontes indicadas na primeira coluna da tabela.

Em conclusão, tanto a regra estadunidense de 2015, afastada dezembro de 2017, quanto a europeia possuem suas especificidades e diferentes níveis de detalhamento em vista da regra consagrada no direito brasileiro. As diferenças são naturais e refletem não só as distintas realidades políticas em sentido amplo e as distintas realidades políticas inerentes ao debate sobre neutralidade da rede nesses diferentes países/região, como também os diferentes

arranjos institucionais necessários em cada jurisdição para garantir a elaboração e a aplicação prática da norma⁸³.

Apesar das diferenças, é possível perceber linhas semelhantes entre as três regras: a vedação a que os provedores de acesso à Internet adotem práticas de gestão do tráfego de dados irrazoavelmente discriminatórias, incluindo o bloqueio ou degradação do acesso a serviços, aplicações ou conteúdos específicos, e o dever de transparência estão presentes em todas elas, por exemplo. Para além das especificidades de cada modelo, os debates públicos em torno dessas três regulações revelam alguns objetivos comuns, em especial, os três modelos coincidem de forma bastante clara em sua busca pela inovação e o enfrentamento a barreiras de entrada na camada de conteúdo da Internet, conforme passamos a analisar.

1.4. OBJETIVOS DA REGULAÇÃO DA NEUTRALIDADE DA REDE NO BRASIL

Nesta seção, em especial, tivemos uma preocupação central em buscar os objetivos da regra de neutralidade da rede brasileira, buscando extrair, tanto quanto possível, conclusões a partir do parecer final ao projeto de lei que deu Marco Civil da Internet, do próprio Marco civil, de casos decididos pelos tribunais brasileiros e de trabalhos teóricos centrados na realidade brasileira.

Essas fontes foram complementadas por materiais de fontes estrangeiras que entendemos dialogar de forma convergente com as discussões empreendidas no Brasil, e que acreditamos que poderiam nos ajudar a extrair, em última análise, a essência dos objetivos da regra brasileira.

A abordagem centrada no Brasil, neste trabalho e nesta seção em específico, tem por objetivo contrastar e comparar as finalidades perseguidas pelas regras de neutralidade e da

⁸³ “The first thing that catches the eye are the different bodies that have been involved in the process of regulation in the U.S. and Europe: while American net neutrality rules have been developed and phrased by the FCC, at times under considerable push-back from Congress, European rules are the result of the legislative procedure between the European Commission, the Parliament and the Council. The key difference here, of course, is that the independent American agency is – at least theoretically – much more agile in its proceedings but also constrained in its authority and by its mandate” (GERLACH, 2016, p. 249).

política de defesa da concorrência nacionais especificamente – que não se confundem perfeitamente e, portanto, não podem ser subsumidas do direito estrangeiro⁸⁴ – para então ser possível, nos Capítulos seguintes, determinar os limites entre elas.

1.4.1. Inovação e enfrentamento a barreiras de entrada na camada de conteúdo da Internet

O parecer final ao PL 2.126/2011, que veio a dar origem ao Marco Civil, defendia que, sob a ótica da produção de conteúdo para consumo pela Internet, a proibição ao tratamento discriminatório determinada pela regra de neutralidade da rede tinha como objetivo impedir o aumento significativo dos custos de entrada no mercado de conteúdo da Internet. *A contrario sensu*, a possibilidade de tratamento discriminatório levaria, naturalmente, à possibilidade de que os provedores de acesso à Internet cobrassem dos produtores de conteúdo pelo tráfego de que lhes fosse necessário, o que consistiria em uma barreira potencial à entrada de novos atores nesse mercado. Em suas palavras (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014, p. 35):

[S]ob a ótica de produção de conteúdo para consumo pela Internet, a proibição do tratamento discriminatório prevista no art. 9º busca impedir, entre outros, o aumento significativo dos custos de entrada no mercado. Isso porque a possibilidade de tratamento discriminatório leva, naturalmente, à possibilidade de que os provedores de serviços de rede cobrem dos produtores de conteúdo por esse tráfego. E isso consiste numa barreira à entrada, ainda que potencial.

⁸⁴ Na lição de Ascarelli, as “premissas implícitas” de cada ordenamento jurídico são particulares não podem ser acriticamente transplantadas de uma jurisdição para outra nos estudos de direito comparado: “[A]través do estudo do direito comparado, somos frequentemente levados a investigar o que chamarei de ‘premissas implícitas’ (econômicas, sociais, doutrinárias, etc.), nos diversos direitos, premissas às vezes não formuladas, no entanto, de importância para evidenciar o alcance das soluções jurídicas, bem como para explicar a diretriz da evolução de determinado direito. Por esse caminho é que o estudioso do direito comparado acaba por se tornar mais consciente das premissas e dos característicos do direito do seu país. Estudando o direito estrangeiro e descobrindo-lhe as premissas, eventualmente diferentes das do seu direito nacional, ocorrer-lhe-á, às vezes, encontrar, ao cabo do estudo de um direito estrangeiro, uma explicação melhor para alguns problemas do direito do seu país. [...] O estudo do direito comparado [...] visa, antes de mais nada, o conhecimento do direito efetivamente aplicado [...] não o descobrimento da regra jurídica que, consoante um determinado sistema, seria de aplicar no caso. [...] Entretanto, o conhecimento do direito comparado constitui [...] um auxílio para a interpretação e aplicação de um determinado direito, tal como, aliás, acontece em geral com os estudos históricos e sociológicos” (ASCARELLI, 1969, pp. 13 e 15).

Não por acaso, junto com a regra de neutralidade da rede, o art. 4º, I, do Marco Civil, estabeleceu a promoção da inovação como um dos objetivos da disciplina do uso da Internet no Brasil.

Pedro Ramos (2015b, p. 143) também destaca como a neutralidade da rede serve à inovação. Em sua análise, se, por um lado, a arquitetura de sistemas baseada em um núcleo central de controle (*core-centered architecture*) tende a restringir a inovação conforme os interesses e motivações de quem controla a rede, por outro lado, na arquitetura em que não há um núcleo central de controle (*end-to-end architecture*), como é o caso da arquitetura pautada na neutralidade da rede, as decisões são fundamentalmente guiadas pelos diversos participantes da rede no nível das aplicações, o que assegura uma maior diversidade de tecnologias, além de incertezas positivas sobre quais terão sucesso⁸⁵.

Nos Estados Unidos, Tim Wu (2003, p. 145) desde muito cedo defendia que a neutralidade da rede deve ser entendida como a expressão de um “sistema de crença sobre a inovação”. A Internet, segundo o autor, pode ser vista como uma plataforma para a competição entre desenvolvedores de aplicações (como o e-mail, a *Web*, plataformas streaming, etc.), que estariam o tempo todo disputando a atenção dos usuários finais. Assim, a regulação da neutralidade da rede teria como objetivo preservar uma “competição Darwiniana” em qualquer uso concebível da Internet, de modo que os melhores sobrevivam e que a competição entre eles permaneça meritocrática. Em depoimento à Câmara dos Deputados dos Estados Unidos, Wu (2006, p. 4) descreveu o mercado da camada de conteúdo da Internet como “o sonho de um economista”, com poucas barreiras à entrada de novos atores, meritocracia e inovação “Schumpeteriana”⁸⁶, isto é, novas tecnologias constantemente

⁸⁵ Nas palavras de Barbara van Schewick e Brett Frischmann (2007, p. 386): “*End-to-end design sustains an infrastructure commons by insulating end users from market-driven restrictions on access and use. If infrastructure providers follow the broad version of the end-to-end arguments, they cannot distinguish between end uses, they cannot base access decisions or pricing on how those packets may be used; nor can they optimize the infrastructure for a particular class of end uses. Functionally, the end-to-end principle acts as a limitation on the property rights of network owners, much like fair use operates as a limitation on the rights of copyright owners*” (SCHEWICK; FRISCHMANN, 2007, p. 386). No cenário brasileiro, cf. ainda a pesquisa de Juliana Santos Pinheiro (2012, pp. 126-135).

⁸⁶ “*The opening up of new markets, foreign or domestic, and the organizational development from the craft shop and factory to such concerns as U.S. Steel illustrate the same process of industrial mutation—if I may use that biological term—that incessantly revolutionizes the economic structure from within, incessantly destroying the*

suplantando antigas, em um processo contínuo de renascimento industrial.

Barbara van Schewick (2007, p. 379), por sua vez, concluiu que a simples ameaça de discriminação do tráfego por provedores de acesso tem o potencial de desencorajar a inovação por parte dos provedores de aplicações, conteúdo e portais independentes (isto é, não afiliados aos provedores de acesso). A decisão de inovar normalmente depende de uma avaliação de custos e benefícios que se espera obter ao realizar tal inovação. Assim, o risco de discriminação do tráfego por parte dos provedores de acesso à Internet diminui a expectativa dos provedores de aplicações de obter benefícios com sua potencial inovação, desincentivando-os a inovar.

Apesar disso, ainda segundo a autora, a inovação na camada de conteúdo da Internet só deveria ser perseguida enquanto política pública caso ela resulte em um aumento do bem-estar social. Barbara van Schewick então demonstra que o desenvolvimento das aplicações na camada de conteúdo da Internet é um pré-requisito para o crescimento potencial de todo o

old one, incessantly creating a new one. This process of Creative Destruction is the essential fact about capitalism. It is what capitalism consists in and what every capitalist concern has got to live in. This fact bears upon our problem in two ways. [...] Economists are at long last emerging from the stage in which price competition was all they saw. As soon as quality competition and sales effort are admitted into the sacred precincts of theory, the price variable is ousted from its dominant position. [...] [I]t is not that kind of competition which counts but the competition from the new commodity, the new technology, the new source of supply, the new type of organization (the largest-scale unit of control for instance)—competition which commands a decisive cost or quality advantage and which strikes not at the margins of the profits and the outputs of the existing firms but at their foundations and their very lives” (SCHUMPETER, 1984, pp. 83 e 85). Para uma análise crítica da aplicabilidade da teoria de Schumpeter na análise concorrencial de mercados de alta tecnologia, cf. Michael Katz e Howard Shelanski: “So, are the Schumpeterians right? The answer is: yes and no. The Schumpeterians are right that significant innovation complicates the use of current market shares to determine market power and future market performance and that antitrust enforcers must be sensitive to these complications. The Schumpeterians are also right that a proper understanding of innovation-based competition means that, in some markets, antitrust enforcement cannot rely on its long-established presumptions that increased concentration or market power will reduce innovation or harm consumer welfare. A merger from four to three firms, or even from three to two, while raising a presumption of increased short-run power over price and output, does not so easily raise a presumption of reduced development and deployment of new technology. [...] The Schumpeterians are wrong when they assert that the process of innovation-based competition and the relevant economic evidence counsel the presumption that concentration and market power promote innovation and consumer welfare and that a systematic retreat from antitrust enforcement is warranted. When it comes to mergers, the evidence shows that high concentration could harm firms’ incentives to innovate, especially in the case of a merger to monopoly. Even if a merger would increase the merging parties’ ability to innovate, the transaction could at the same time—by reducing R&D rivalry—reduce the parties’ incentive to do so. Similarly, the evidence lends little support to the argument that intervention to block strategies that appear anticompetitive will necessarily deter firms from innovating. The case for a presumption against antitrust enforcement is thus not grounded in the economic theory or data” (KATZ; SHELANSKI, 2005, pp. 19-20).

ecossistema da Internet, entendida como uma “tecnologia de finalidade geral”⁸⁷, de modo que quaisquer medidas que reduzam o nível de inovação nessa camada têm *per se* o potencial de prejudicar significativamente o crescimento econômico e o bem-estar social (SCHEWICK, 2007, pp. 382 e 386).

Por fim, Barbara van Schewick reconhece que, ao tempo que em uma regra de neutralidade da rede aumenta o nível de inovação na camada de conteúdo da Internet, ela também tende a diminuir os incentivos a que os provedores de acesso à Internet inovem no nível da infraestrutura da rede⁸⁸. Contudo, sustenta que o estímulo à inovação na camada de conteúdo decorrente de uma regra de neutralidade da rede deve ser prestigiado, ao lado da elaboração de outras políticas que garantam a expansão necessária da infraestrutura de acesso à Internet. Segundo a autora, sem uma regra de neutralidade da rede, há um incentivo naturalmente maior à inovação no nível das tecnologias de finalidade geral em si – em primeiro lugar, porque a engenharia de base para as tecnologias de hardware é mais desenvolvida e, em segundo, porque os mercados dessas tecnologias são naturalmente maiores que os mercados de aplicações individuais, já que nem todos os usuários de uma tecnologia de propósito geral precisam utilizar todas as aplicações disponíveis na camada de conteúdo, mas todos os usuários de aplicações necessitam dos serviços de acesso à rede. Assim, comparados aos incentivos à inovação na camada de conteúdo, os incentivos à inovação no nível da infraestrutura seriam maiores. Mas os maiores benefícios da inovação na camada de conteúdo para o crescimento econômico justificariam sua prevalência e proteção por meio da regra de neutralidade da rede (SCHEWICK, 2007, pp. 387-389).

⁸⁷ “As a general purpose technology, the Internet has the potential to significantly increase economic growth. General-purpose technologies offer a generic functionality that can potentially be applied in a large number of sectors within the economy. As the use of a general-purpose technology spreads throughout the economy and increases productivity in the sectors in which it is applied, the promises for economic growth that this technology holds materialize. At the same time, new applications trigger new advances in the general-purpose technology itself; these advances may in turn spawn the adoption of the general-purpose technology in additional sectors of the economy or may lead to new or improved applications in sectors that already use the technology. Thus, the adoption of general-purpose technologies exhibits increasing returns to scale, leading to potentially enormous increases in economic growth” (SCHEWICK, 2007, p. 385).

⁸⁸ Este efeito é reforçado por Economides e Hermalin. Em suas palavras: “Unlike earlier work (e.g., Choi and Kim, 2010), which found that allowing an ISP to discriminate had ambiguous effects on its incentives to increase bandwidth, we find that an ability to discriminate unambiguously results in the ISP installing greater bandwidth. This effect is welfare enhancing. Whether it is strong enough to counterbalance the static inefficiency of discrimination is ambiguous: we derive results that suggest that when household utility is a significantly greater component of welfare than content providers’ profits, then network neutrality can still be the welfare-superior policy even accounting for the ISP’s bandwidth-building incentives” (ECONOMIDES; HERMALIN, 2012, p. 605).

No contexto europeu, em trabalho encomendado pelo Ministério de Assuntos econômicos dos Países Baixos, Viktória Kocsis e Jarst Weda (2013) concluíram que a neutralidade da rede favorece a inovação não apenas na camada de conteúdo da Internet, por pequenos e grandes provedores de aplicações, mas também na camada de infraestrutura⁸⁹. O fomento à inovação nessa última camada, em sua opinião, decorreria de três fatores principais: a redução do poder de mercado de grandes provedores de acesso à Internet, o aumento da conectividade entre usuários finais e provedores de aplicações e a redução de custos eventuais decorrentes de práticas de discriminação do tráfego em benefício de grandes provedores de acesso e de aplicações.

O termo “inovação” aparece nada menos que 170 vezes ao longo de todo a *Protecting and Promoting the Open Internet Order* estadunidense e também é central ao Regulamento Europeu. O Regulamento europeu sobre neutralidade da rede e as Orientações do BEREC também reforçam que a regra tem por objetivos “proteger os usuários-finais e simultaneamente garantir o funcionamento continuado do ecossistema da Internet como um motor de inovação” (Recital 1) e que “[a] Internet se desenvolveu ao longo das últimas décadas como uma plataforma aberta à inovação com poucas barreiras de entradas para os usuários finais, provedores de conteúdos, aplicações e serviços e provedores de serviços de acesso” (Recital 3), deixando claro que a inovação na camada de conteúdo da Internet é um objetivo relevante da regra de neutralidade da rede da União.

1.4.2. Liberdades fundamentais

No parecer final ao PL 2.126/2011, a regra da neutralidade da rede foi relacionada à proteção de determinadas liberdades essenciais para os usuários da Internet como a de conexão a quaisquer dispositivos, a de execução de quaisquer aplicativos, a de envio e recebimento de pacotes de dados, a liberdade de expressão e a livre iniciativa. Segundo o

⁸⁹ Jay Pil Choi e Byung-Cheol Kim (2010) chegam a uma conclusão semelhante, demonstrando que a possibilidade de tratamento não isonômico do tráfego de dados na rede (que a neutralidade da rede busca coibir) tende a diminuir os incentivos a investimentos não apenas por parte dos provedores de conteúdo, mas também pode diminuir os incentivos a investimentos por parte dos provedores de acesso à Internet.

parecer, a neutralidade teria como objetivo permitir que a Internet continue a ser um “espaço para experimentação, inovação e livre fluxo de informações” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014, p. 28).

As três primeiras liberdades destacadas no parecer se relacionam de forma bastante próxima com alguns dos objetivos do uso da Internet inscritos no art. 4º do Marco Civil: a promoção do direito de acesso à Internet a todos (inciso I), a promoção do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos (inciso II) e o fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso de acesso (inciso III).

O direito de acesso à Internet tem sido nos últimos anos alvo de intenso debate regulatório e acadêmico, especialmente em função do Plano Nacional de Banda Larga, elaborado com o intuito de universalizar o acesso a serviços de conexão à Internet em banda larga no Brasil, lançado pelo Governo Federal em 2010⁹⁰.

Já promoção do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos (inciso II) e o fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso de acesso (inciso III), mais conectados a uma noção de universalização da inclusão e da cidadania digital do que puramente ao simples acesso à Internet, não têm sido alvo de tão intensos debates regulatórios no país⁹¹ – no segundo semestre de 2017, um grupo interministerial liderado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) abriu duas consultas públicas que incluíram, dentre outros temas, a questão da inclusão digital no território brasileiro. A primeira dessas consultas

⁹⁰ Instituído pelo Decreto 7.175, de 12 de maio de 2010 (disponível em: <http://bit.ly/2a1Zoc6>. Acesso em: 9 jan. 2018). O PNBL possuía basicamente duas metas principais, com prazo para o final de 2014. A primeira consistia em alcançar 35 milhões domicílios brasileiros com acesso à banda larga fixa e a levar a rede para acesso à banda larga a 4.278 municípios brasileiros. Como demonstrado em um balanço de resultados feito pela Comissão de Ciência e Tecnologia do Senado, a meta de 34 milhões de domicílios não foi alcançada. Diante dessa Comissão legislativa, o Ministério das Comunicações demonstrou que o número de acessos em banda larga fixa saiu de 12,9 milhões em maio de 2010 para 23,5 milhões em 2014, mas, desse total, apenas 1,84 milhão dos acessos foi contratado via PNBL, ainda mais aquém da meta. Quanto ao segundo objetivo, a rede chegou somente a 612 municípios, bastante longe do objetivo de 4.278 domicílios previsto inicialmente (SENADO FEDERAL, 2014).

⁹¹ Apesar da ausência de políticas públicas claras, a inclusão digital tem motivado o trabalho de diversas organizações da sociedade civil no Brasil, a exemplo do Comitê para Democratização da Informática (CDI) (mais informações disponíveis em: <http://bit.ly/1ozDc3m>. Acesso em: 9 jan. 2018) e dos mais de 3 mil telecentros catalogados pelo Observatório Nacional de Inclusão Digital (ONID) (mais informações disponíveis em: <http://bit.ly/2a1bSNa>. Acesso em: 9 jan. 2018).

esteve voltada à elaboração de um plano para a transformação digital brasileira⁹² e a segunda, à revisão das políticas nacionais de telecomunicações⁹³. Resultados regulatórios práticos dessas duas consultas sobre os temas da inclusão digital e da expansão do acesso à Internet, contudo, ainda não haviam sido tornados públicos ao tempo do depósito deste trabalho.

Dentre as liberdades fundamentais que o parecer final ao PL 2.126/2011 relacionou à regra de neutralidade da rede brasileira, a liberdade de expressão e a livre iniciativa foram as que chegaram a ser mais bem laboradas como objetivos específicos dessa regra.

1.4.2.1. Liberdade de expressão

A liberdade de expressão, assim como de comunicação e de manifestação do pensamento, nos termos da Constituição Federal, foi erigida como um dos princípios que devem guiar a disciplina do uso da Internet no Brasil, conforme o art. 3º, I, do Marco Civil da Internet. Além de princípio, o Marco Civil também a erigiu como um dos fundamentos da disciplina do uso da Internet no Brasil (art. 2º, *caput*), como condição para o pleno exercício do direito de acesso à rede (art. 8º, *caput*) e como base da regra geral que restringe a responsabilidade de intermediários por conteúdo gerado por terceiros aos casos de descumprimento de ordem judicial (art. 19, *caput*)⁹⁴.

Roberta Westin (2015, p. 142) destacou como a neutralidade da serve à liberdade de expressão na sua dimensão de acesso à informação. No exemplo da autora, a priorização de uma aplicação ou conteúdo na Internet equivaleria à situação hipotética de uma banca de jornal em que apenas um jornal fica exposto – nesse caso, mesmo que consumidor mantivesse a opção de comprar outro jornal, seria incentivado a comprar o jornal colocado em posição de destaque.

⁹² Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Consulta Pública – Estratégia Brasileira para a Transformação Digital, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2u1NhET>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁹³ Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Consulta Pública – Decreto de políticas de telecomunicações. Disponível em: <http://bit.ly/2gPCm8Q>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁹⁴ Para uma análise detida das funções da liberdade de expressão tal como disposta no Marco Civil da Internet, *cf.* Carlos Affonso Pereira de Souza (2015).

Em dissertação sobre o tema, Luiz Fernando Fauth (2012) observou a existência de condições favoráveis a medidas de bloqueio e discriminação do tráfego, incompatíveis com a liberdade de expressão, no Brasil. Desse modo, a regulação da neutralidade da rede seria, em sua conclusão, um passo importante para proteger essa liberdade na Internet.

Interessante e relativamente recente discussão sobre esse limiar entre a liberdade de expressão e os fundamentos da neutralidade da rede se deu quando da ordem de bloqueio do aplicativo de mensagens WhatsApp por ordem do juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias (RJ), em julho de 2016⁹⁵. Para o cumprimento da ordem, o juízo exigia dos provedores de acesso medida que violava a neutralidade da rede, sendo necessária a discriminação de pacotes de dados referentes a um aplicativo de Internet específico a fim de que fosse possível suspender seu serviço, sendo que o próprio bloqueio é vedado pelo §3º do art. 9º do Marco Civil⁹⁶.

Frente a tal ordem de bloqueio e em sede de Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Ricardo Lewandowski, deferiu liminar para suspender a decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias, reconhecendo que a suspensão de aplicativo que permitia a troca de mensagens por meio da Internet, ainda mais tendo em conta a abrangência de tal suspensão por todo o território nacional, era uma violação à liberdade de expressão, reconhecida como um princípio fundamental na Constituição Federal assim como no próprio Marco Civil da Internet. Nas palavras do Ministro, “entendo que não se mostra razoável permitir que o ato impugnado prospere, quando mais não seja por gerar insegurança jurídica entre os usuários do serviço, ao deixar milhões de brasileiros sem comunicação entre

⁹⁵ PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Comarca de Duque de Caxias, 2ª Vara Criminal, Juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza, IP 062-00164/2016, j. 19 jul. 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2aoyP0f>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁹⁶ Trecho da ordem judicial: “Oficie-se à EMBRATEL, ANATEL, bem como a todas as operadoras de telefonia celular, a fim de que providenciem, imediatamente, a suspensão do serviço do aplicativo WhatsApp em todas as operadoras de telefonia, até que a ordem judicial seja efetivamente cumprida” (*Ibidem*). Sobre a relação entre ordens de filtragem ou bloqueio *a priori* de conteúdos na Internet e sua relação com a neutralidade da rede, *cf.* a análise de Carlos Affonso, Pedro de Paranaguá e Sérgio Branco, sobre outro caso, mais antigo, em que essas questões vieram à tona, em um momento bastante anterior ao Marco Civil da Internet (SOUZA; MONIZ; VIEIRA JUNIOR, 2007).

si”⁹⁷.

Abordagem similar pode também ser observada na “Resolução sobre a promoção, proteção e gozo dos direitos humanos na Internet” (A/HRC/32/L.20) aprovada pela Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) em 30 de junho de 2016⁹⁸. A Resolução foi uma iniciativa conjunta de representantes do Brasil, Nigéria, Tunísia, Turquia e Estados Unidos e, apesar dos esforços dos representantes da Rússia e da China para enfraquecê-la, obteve o apoio de mais de 70 Estados para sua aprovação. Como parte de suas conclusões, a Resolução “condena inequivocamente medidas tomadas com a intenção de impedir ou prejudicar o acesso ou a disseminação de informações online” e convoca os Estados a “se abster de e fazer cessar tais medidas”.

Na Europa, ao lado da liberdade de expressão, muito se fala também do pluralismo como um dos objetivos perseguidos pela regra da neutralidade da rede. As Orientações do BEREC acerca do art. 3(2) do Regulamento europeu, que trata dos acordos entre prestadores de serviços de acesso à Internet e seus usuários finais sobre as condições comerciais e técnicas do serviço de acesso à Internet, sugerem que essas condições sejam avaliadas pelas autoridades regulatórias nacionais com base em uma série de critérios, dentre os quais os efeitos desses acordos “no alcance e na diversidade do conteúdo e das aplicações que os consumidores podem usar”, além das eventuais implicações que elas possam trazer “no alcance e na diversidade do conteúdo e das aplicação que os provedores de conteúdo e aplicações disponibilizam”. E as Orientações complementam que esses dois critérios de avaliação têm por pano de fundo eventuais efeitos na “liberdade de expressão e informação, incluindo na pluralidade de meios de informação” (BEREC, 2016, pp. 12-13).

Katerina Maniadaki (2015, p. 141), com base nos trabalhos do *High Level Group for Media Freedom and Pluralism* no âmbito do *Digital Single Market* europeu⁹⁹, afirma que o acesso aberto e não discriminatório à informação disponível online por todos os cidadãos europeus deve ser protegido pelo princípio de neutralidade da rede. Por um lado, a promoção

⁹⁷ STF, Decisão Monocrática, MC na ADPF 403/SE, Min. Ricardo Lewandowski, j. 19.07.2016. Disponível em: <http://bit.ly/2a4PO5u>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁹⁸ ONU, Comissão de Direitos Humanos. Resolução sobre a promoção, proteção e gozo dos direitos humanos na Internet (A/HRC/32/L.20), 2016. Disponível em: <http://bit.ly/29jpSS4>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁹⁹ Disponível em: <http://bit.ly/29Rjp3u>. Acesso em: 9 jan. 2018.

da capacidade dos usuários finais de acessar e distribuir conteúdos de sua escolha reflete uma abordagem consumerista ao objetivo do pluralismo. Por outro, reflete considerações mais amplas sobre a diversidade na criação de conteúdo. Assim, eventuais violações à neutralidade da rede teriam o potencial de afetar a pluralidade existente na camada de conteúdo, tendendo a reduzir o número e a variedade de fontes de conteúdo na Internet.

Luca Belli (2014, pp. 12 e 17) também destaca o papel instrumental da neutralidade da rede para o desenvolvimento da liberdade de expressão, da inovação e da pluralidade de meios de informação na Internet.

Nas discussões sobre a regulação da neutralidade da rede no Brasil, o pluralismo foi o objetivo da norma menos discutido como tal¹⁰⁰. Uma explicação para isso pode ser encontrada no fato de que o Marco Civil da Internet se manteve desde o início principiologicamente coerente com este objetivo de forma ampla (isto é, de forma não apenas atrelada à regra de neutralidade da rede), estabelecendo como um de seus fundamentos justamente a “pluralidade e a diversidade” (art. 2º, III).

1.4.2.2. Livre iniciativa

Uma outra liberdade explorada no parecer final ao projeto de lei que deu origem ao Marco Civil como um dos objetivos que a neutralidade visa a assegurar é a livre iniciativa – erigida como um dos fundamentos da disciplina do uso da Internet no Brasil (art. 2º, V). A livre iniciativa é um dos fundamentos da Constituição e da ordem econômica por ela estabelecida (CF, art. 1º, IV e art. 170), gozando de um sentido amplo que se refere à

¹⁰⁰ Em texto recente, Vinicius Marques de Carvalho incidentalmente exemplificou a importância do pluralismo como um objetivo especificamente perseguido pela neutralidade da rede no contexto brasileiro: “Imaginemos um cenário em que uma empresa de telefonia decide que qualquer conteúdo veiculado na Internet e relacionado a um determinado grupo ideológico deve contar com velocidade privilegiada e/ou ‘ter um consumo menor de banda’ A menos que sejam eliminadas relevantes assimetrias de informação e implementados mecanismos de transparência para verificar eventuais práticas de discriminação por conteúdo, seria extremamente difícil identificar a distorção. Como se percebe por este exemplo, o problema da [...] está estruturalmente relacionado à pluralidade de conteúdos a serem difundidos pela Internet” (CARVALHO, 2018).

faculdade de explorar qualquer atividade econômica com finalidade de lucro¹⁰¹, de modo que o Estado não deve intervir diretamente nas atividades econômicas privadas, mas regulá-las, incentivá-las e fiscalizá-las quando se mostre necessário¹⁰². Eduardo Tomasevicius opina que seria mesmo dispensável um dispositivo expresso no Marco Civil para resguardar a livre concorrência, dadas as disposições constitucionais que já a resguardam quer no mundo *offline* quer na Internet¹⁰³

A livre iniciativa que a neutralidade da rede busca resguardar está bastante ligada também a um dos princípios que orientam o Marco Civil, a “liberdade dos modelos de negócios promovidos na Internet” (art. 3º, VIII). Sobre esse ponto, Pedro Ramos (2015a, pp. 135-136) nota que quando se trata de levar conteúdos ou serviços dos provedores de aplicações para seus usuários finais há uma série de opções competitivas: além de poder contratar serviços de conexão diretamente com um provedor de acesso, também é possível contratar os serviços de um provedor de trânsito, desenvolver redes de distribuição de conteúdo (CDNs) próprias e mesmo desenvolver uma estrutura de *backbone* própria. Nesses casos, o provedor de acesso contratado, ou o provedor de trânsito, ou a CDN ou mesmo o *backbone* próprio levam os pacotes de dados até a infraestrutura de rede do provedor de acesso, que leva os dados até o usuário final. A hipótese do autor é que a neutralidade da rede não impede nenhum daqueles arranjos negociais *per se*, mas que, dependendo de sua conformação, eles podem chegar a violar o princípio da neutralidade da rede. Isso é o que aconteceria caso os provedores de acesso se utilizassem de sua posição privilegiada para “reduzir ou controlar o nível de competição da rede” (*Ibidem*) – em geral, independentemente

¹⁰¹ Para uma compreensão mais aprofundada sobre o sentido da livre iniciativa na ordem econômica estabelecida pela Constituição de 1988 e os limites dentro dos quais ela pode ser entendida como um direito fundamental, cf. Eros Roberto Grau: “Dois aspectos devem ser neste passo, considerados. O primeiro respeita ao fato de que a referência, sempre reiterada, à liberdade de iniciativa econômica como *direito fundamental* apenas se justifica quando da expressão – ‘direito fundamental’—lançamos mão para mencioná-la como direito constitucionalmente assegurado. O texto constitucional não a consagra como tal, isto é, como *direito fundamental*. Ademais, a liberdade de iniciativa é a liberdade mundana, positivada pela ordem jurídica” (GRAU, 2015, p. 202).

¹⁰² Cf. CERQUEIRA DE SOUZA; NUNES JUNIOR, 2014, p. 105.

¹⁰³ “Mesmo considerando a máxima segundo a qual a interpretação deve ser feita de modo a não haver palavras supérfluas e sem força operativa, não há como deixar de criticar o legislador pela inserção dos arts. 2º, V, e 7º, XIII. Trata-se de repetições dispensáveis de dispositivos da própria Constituição Federal, os quais refletem a visão antiga e pueril a respeito do tema, de que Internet seria um mundo à parte, isolado do mundo real e indiferente às normas jurídicas existentes [...] No caso do art. 2º, V, uma vez que exercem atividades econômicas por meio da Internet, estas já são balizadas, em termos principiológicos, pelo art. 170 e incisos da Constituição Federal” (TOMASEVICIUS FILHO, 2015, p. 56).

do arranjo escolhido conforme as opções descritas logo acima, são os provedores de acesso que levam os pacotes de dados até o usuário final, a menos que os provedores de aplicações detenham infraestrutura própria para entregar seus serviços diretamente aos usuários.

De forma mais precisa, podemos dizer que o que a regra da neutralidade da rede coíbe nesse caso não é exatamente que o *gatekeeper* aja de modo a “controlar a competição na rede” – este é um objetivo especificamente perseguido pelas políticas de defesa da concorrência e, portanto, dependeria de análise da autoridade antitruste – mas sim que ele “discrimine pacotes de dados” fora das hipóteses previstas ou não proibidas em lei, ou em desrespeito às condições estabelecidas em lei¹⁰⁴.

Como veremos no item 2.3.1., a livre iniciativa também é um dos objetivos diretamente perseguidos pela política de defesa da concorrência. Onde residiria então a diferença entre a livre concorrência diretamente perseguida pela neutralidade da rede e a diretamente perseguida pelo direito da concorrência? Acreditamos que essa diferença pode ser notada em dois aspectos.

Primeiro, enquanto o direito concorrencial busca proteger a livre iniciativa de forma ampla e agnóstica, sem priorizar nenhum setor econômico em específico, a neutralidade da rede se ocupa especificamente com a livre iniciativa no ambiente concorrencial por excelência da Internet: a sua camada de conteúdo. Portanto, a livre concorrência não é um objetivo isolado da neutralidade da rede – em sua função de objetivo, ela se vincula aos demais objetivos perseguidos por essa norma, isto é, a inovação, o enfretamento a barreiras de entrada e a liberdade de expressão na camada de conteúdo da Internet.

Ainda, enquanto o direito antitruste busca proteger a livre concorrência corrigindo eventuais falhas de mercado *ex post*, a neutralidade da rede busca preservar uma arquitetura de “fim a fim” que é natural à rede, de maneira *ex ante*, buscando prevenir a ocorrência de qualquer falha.

¹⁰⁴ Os limites entre a regra de neutralidade da rede a política de defesa da concorrência no contexto brasileiro serão explorados mais concretamente no Capítulo 3 deste trabalho.

1.5. CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Tendo percorrido o histórico e os principais elementos da regra de neutralidade da rede no Brasil, é possível compreender que a sua regulação não se esgota como um fim em si mesmo, mas sim busca atender a objetivos mais amplos – a inovação e o enfrentamento a barreiras de entrada na camada de conteúdo da Internet a liberdade de expressão e a livre iniciativa.

Ao tempo em que o histórico, os elementos e os objetivos da neutralidade da rede se colocam como uma tentativa de melhor compreender o campo de aplicação específico desta regra, eles também revelam diversos pontos de interseção com as normas de defesa da concorrência. Por exemplo, um dos grandes embates sobre a necessidade ou não de uma regulação *ex ante* sobre a neutralidade da residia justamente na insuficiência ou suficiência da política de defesa da concorrência para sanar os eventuais efeitos adversos da utilização de práticas discriminatórias do tráfego pelos provedores de acesso à Internet.

Ao lado dessa questão, grande parte do debate regulatório a respeito da neutralidade da rede envolveu elementos de direito concorrencial como o poder de mercado, mercado de múltiplas pontas e efeitos de rede. No caso brasileiro, a abstenção da prática de condutas anticoncorrenciais virou mesmo um dos requisitos de validade a ser respeitados nas hipóteses em que a lei excepcionalmente autoriza a discriminação ou degradação do tráfego. Essas interseções entre a regra da neutralidade da rede e os institutos de direito concorrencial são objeto de um olhar mais aprofundado no Capítulo seguinte.

CAPÍTULO 2 – INTERSEÇÕES ENTRE A NEUTRALIDADE DA REDE E A POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

SUMÁRIO DO CAPÍTULO: **2.1.** QUESTÕES CONCORRENCIAIS NAS DISCUSSÕES SOBRE A REGULAÇÃO DA NEUTRALIDADE DA REDE. **2.2.** UM PASSO ATRÁS: UM POUCO DE CONTEXTO SOBRE O ECOSISTEMA DA INTERNET E SEUS PRINCIPAIS ATORES. **2.1.** Principais atores do ecossistema da Internet **2.2.1.** Inter-relações entre atores: o ecossistema da Internet como um mercado de múltiplas pontas **2.3.** INSTITUTOS DO ANTITRUSTE COMUNS EM DISCUSSÕES SOBRE NEUTRALIDADE DA REDE: PRINCIPAIS INTERFACES **2.3.1.** As práticas restritivas da concorrência e os bens jurídicos resguardados pelo direito da concorrência no Brasil **2.3.2.** Posição dominante **2.3.3.** Integrações verticais e práticas discriminatórias **2.3.3.1.** *Objetivos das práticas discriminatórias* **2.3.3.1.1.** *Objetivos determinados em lei como exceções à neutralidade da rede* **2.3.3.1.2.** *Diferenciação de serviços para os consumidores* **2.3.3.1.3.** *Diferenciação de serviços para OSPs* **2.3.3.1.4.** *Proteção dos negócios* **2.3.3.2.** *Efeitos das práticas discriminatórias para os consumidores* **2.3.3.2.1.** *Efeitos de curto prazo* **2.3.3.2.2.** *Efeitos de médio e longo prazo* **2.3.3.3.** *Síntese: Objetivos e efeitos das práticas discriminatórias* **2.3.4.** *Addendum: bem-estar do consumidor* **2.4.** CONCLUSÃO DO CAPÍTULO.

2.1. QUESTÕES CONCORRENCIAIS NAS DISCUSSÕES SOBRE A REGULAÇÃO DA NEUTRALIDADE DA REDE

Em uma espécie de premonição regulatória, Tim Wu, já no início dos anos 2000, não só previu que os reguladores passariam boa parte da década discutindo os conflitos entre interesses privados e públicos na manutenção de um ambiente competitivo centrado na Internet¹⁰⁵, como também propôs um primeiro esboço do que poderia vir a ser uma regra de neutralidade da rede (*cf.* Tabela 4). Àquela altura, nos Estados Unidos, a discussão se desdobrava sobre o tema do *open access* (ou *multiple access*), mais especificamente sobre a

¹⁰⁵ “Communications regulators over the next decade will spend increasing time on conflicts between the private interests of broadband providers and the public’s interest in a competitive innovation environment centered on the Internet” (WU, 2003, p. 141).

conveniência de se autorizarem integrações verticais entre provedores de serviços e operadores de banda larga via cabo. Ilustrando empiricamente a relevância do tema, uma pesquisa do autor conduzida durante o ano de 2002 mostrava que operadores de banda larga, de fato, haviam implementado limites significativos, quer contratuais ou de arquitetura, ao acesso a determinados serviços de Wifi e VPNs (*virtual private networks*). Embora sem ainda ter certeza de como (ou por quem) devesse ser implementado em termos regulatórios, Tim Wu propôs um primeiro *framework* para o princípio da neutralidade da rede, como ponto de partida para uma proteção mais efetiva contra a discriminação injustificada a aplicações de Internet.

O modelo proposto pelo autor partia do reconhecimento de que uma proibição ampla à discriminação do tráfego de dados na rede seria contraproducente, portanto, era recomendável distinguir entre discriminações proibidas (que em sua opinião seriam capazes de distorcer o mercado de serviços na Internet) e discriminações permitidas (necessárias à administração da rede e para prevenir danos a ela). A ideia central era que, não havendo evidência de dano à rede local ou aos interesses de outros usuários, os provedores de banda larga não deveriam poder discriminar o tráfego.

O modelo proposto por Barbara van Schewick (2010) também pressupunha a existência de discriminações proibidas e permitidas. Para a autora, a regra de neutralidade ideal deveria banir qualquer forma de discriminação de uma aplicação específica ou de conteúdos específicos, ou de classes específicas de aplicações ou conteúdos, mas deveria permitir discriminações agnósticas em relação a conteúdos ou aplicações. Barbara van Schewick também expôs critérios específicos que deveriam orientar as discriminações permitidas, em especial: a proibição expressa a discriminações anticompetitivas ou que pudessem causar danos aos consumidores. Como ela explicou, discriminações contrárias à neutralidade da rede poderiam não ter um propósito anticoncorrencial (como nos casos Telus/Voices for Charge e Verizon Wireless/NARAL Pro Choice). Mas, mesmo nesses casos, o dano resultante da violação à neutralidade afetaria os usuários da Internet, diminuindo a sua possibilidade de participação social, cultural e democrática, independentemente da motivação da discriminação do tráfego. Por fim, mesmo uma discriminação que eventualmente causasse danos a um concorrente do respectivo responsável pela transmissão, comutação ou roteamento

– embora pudesse ser analisada sob a ótica antitruste como uma potencial conduta anticoncorrencial – não necessariamente constituiria uma violação à neutralidade da rede.

Por fim, um terceiro modelo regulatório bastante conhecido é o que foi proposto por Christopher Yoo (2004, 2005), que rejeitava a necessidade da imposição de uma regra de neutralidade da rede aos provedores de acesso à Internet. Sob o seu ponto de vista, a imposição de uma regra dessa natureza tenderia a prejudicar mais que beneficiar os consumidores, além de ameaçar as condições ideais para o surgimento de novas tecnologias no setor de provimento de acesso à Internet, desincentivando investimentos na expansão da rede. Nesse particular, o autor entendia que a positivação de uma regra de neutralidade da rede traria efeitos concorrenciais indesejáveis, como a indução da falha de mercado consistente na persistência do oligopólio que marcava (e ainda marca) o setor de provimento de acesso nos Estados Unidos, embora, àquela altura, a tecnologia teoricamente permitisse um cenário mais competitivo no setor. Na explicação do autor, sem a imposição da neutralidade da rede, os que estivessem dispostos a pagar preços “supracompetitivos” pelos serviços de acesso teriam incentivo para subsidiar a expansão da rede; por outro lado, com a imposição de uma regra de neutralidade, esse incentivo desapareceria (YOO, 2004).

Diferentemente de Barbara van Schewick, que sugeria uma separação clara entre o escopo do direito concorrencial e o da neutralidade da rede, Christopher Yoo (2005), ao defender a não positivação de uma regra de neutralidade da rede, insistia em argumentos concorrenciais¹⁰⁶. Ele retomava, por exemplo, julgados seminais em matéria concorrencial da Suprema Corte dos Estados Unidos, em que se consagraram entendimentos como o de que uma prática comercial não deve ser declarada ilegal *per se* a menos que evidencie “um efeito pernicioso sobre a concorrência”¹⁰⁷ e o de que, na ausência de um prejuízo claro para a concorrência, a resposta regulatória deve ser no sentido de não proibir categoricamente a

¹⁰⁶ Em suas palavras: “[W]hen policymakers cannot determine whether a new institutional form would help or hinder competition, the proper response is nonregulation until a practice is shown to effect a concrete harm to competition. Forbearance from either forbidding or mandating any particular solution leaves room for the experimentation upon which markets depend [...] [I]n the face of technological uncertainty, the more appropriate and humble approach would appear to favor forbearance from mandating any particular architecture” (YOO, 2005, pp. 75 e 77).

¹⁰⁷ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. N. Pac. Ry. Co. v. United States, 1957.

prática contestada, deixando aberta a possibilidade de avaliar seu efeito concorrencial caso a caso¹⁰⁸.

Para o autor, um ambiente de maior diversidade no setor de provimento de acesso à Internet (o que ele chamou de *network diversity*) seria melhor implementado em um cenário de não regulação da neutralidade da rede – regra que lhe parecia uma exigência mais ligada ao princípio da precaução do que a danos ou ameaças de danos reais¹⁰⁹.

Observando a opção brasileira pela positivação de uma regra clara sobre a neutralidade da rede, já se pode perceber que o modelo proposto por Christopher Yoo não prevaleceu por aqui¹¹⁰ – embora tenha ressoado nos debates e consultas públicas à época da elaboração do Marco Civil da Internet, especialmente por parte dos representantes do setor de telecomunicações¹¹¹. Por outro lado, o art. 9º do Marco Civil parece bastante alinhado aos modelos sugeridos tanto por Tim Wu quanto por Barbara van Schewick, na medida em que se

¹⁰⁸ ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *White Motor Co. v. United States*, 1963.

¹⁰⁹ “*As such, little insight is gained by trying to elevate the preservation of the innovation commons into a rhetorical trump. The most plausible justification resembles a version of the ‘precautionary principle’, which argues that certain harms are so potentially catastrophic that regulators should guard against them even when it is uncertain whether they will ever come into fruition. Such an argument would claim that the potential harm to innovation associated with deviating from the transparency that now characterizes the Internet is so great as to justify imposing network neutrality prophylactically. The problem with this argument is that the precautionary principle is incoherent as an a priori commitment. Because there are risks in adhering to as well as deviating from the status quo, taken to its logical conclusion, it forbids all courses of action, since regulation can impose costs and foreclose beneficial outcomes just as surely as nonregulation*” (YOO, 2005, p. 74). Um bom contraponto empírico a tais argumentos de Christoph Yoo, pode ser conferido em: SCHEWICK; FRISCHMANN, 2007.

¹¹⁰ Analisando como a regra de neutralidade da rede e o direito antitruste podem impedir a imposição de barreiras de entrada no mercado de conteúdos e serviços na Internet, ao contrapor como defensores e opositores à neutralidade da rede entendem essa questão, *cf.* também Paula Forgioni e Maira Yuriko Rocha Miura (2015, pp. 122-123): “Há, ainda, a questão dos custos regulatórios necessários para garantir a eficácia da neutralidade da rede; leis antitruste existentes seriam remédios suficientes caso algum comportamento anticompetitivo emergisse dos operadores de acesso. Em uma oposição geral aos argumentos trazidos pelos defensores da neutralidade, declaram que as teorias dos danos à rede, que justificariam a aplicação do princípio, carecem de comprovação empírica e que, nessa esteira, a discriminação de preços deveria ser aceita até que fossem comprovados seus efeitos deletérios no mercado. Por seu turno, os defensores da neutralidade acreditam que a discriminação erigiria barreiras de entrada no mercado, com a consequente inibição da criatividade e da inovação. [...] Argumentam os entusiastas do princípio que, admitida fosse a discriminação dos dados, ter-se-ia grande incentivo para que o conteúdo à disposição dos usuários fosse drasticamente ceifado, com o fechamento do mercado para muitos. A tendência seria a de que aqueles financeiramente capazes de realizar acordos comerciais recebessem vantagens competitivas muito grandes sobre os demais” (FORGIONI; MIURA, 2015, pp. 122-123).

¹¹¹ À parte dos debates legislativos e posicionamentos de partes interessadas nas consultas e audiências públicas acerca do projeto de lei que deu origem ao Marco Civil da Internet, alguns trabalhos acadêmicos voltados ao contexto brasileiro também exploraram ponto de vista semelhante ao de Yoo, no sentido de que uma regra de neutralidade da rede seria dispensável frente à suficiência do direito concorrencial para coibir os efeitos que uma regra de neutralidade da rede pretende evitar (*cf.* SIDAK, 2012; MATTOS et al, 2013; FERRONATO, 2014).

estrutura justamente em torno de discriminações não permitidas (regra geral do *caput* e do §3º) e permitidas (§1º), respeitadas determinadas condições de validade (§2º).

Tabela 4: Modelos teóricos de regulação da neutralidade da rede¹¹²

MODELOS REGULATÓRIOS TEÓRICOS	
Tim Wu (2003)	<p>§_Proibição à discriminação de Banda</p> <p>(a) Os Usuários de Banda Larga têm o direito de usar a sua conexão à Internet de maneiras que sejam privadamente benéficas sem que sejam prejudiciais ao interesse público. Dessa forma, os Operadores de Banda Larga devem se abster de impor restrições ao uso de uma conexão à Internet, a menos que a medida seja necessária para:</p> <p>(1) Cumprir com uma obrigação legal conforme a legislação federal, estadual ou municipal, ou conforme seja necessário para cumprir com uma ordem de execução, mandado, liminar, intimação ou outra diretiva governamental devidamente autorizada;</p> <p>(2) Impedir danos físicos à Rede de Banda Larga causados por qualquer anexo à rede ou uso da rede;</p> <p>(3) Impedir que usuários da Banda Larga interfiram no uso de outros usuários de Banda Larga ou da Internet de suas respectivas conexões à Internet, incluindo mas não se limitando a limites neutros no uso da largura da banda, limites à transmissão em massa de e-mails não solicitados, e limites à distribuição de vírus de computador, worms, e limites a ataques de negação de serviço ou outros ataques;</p> <p>(4) Garantir a qualidade do serviço de Banda Larga, eliminando atrasos, instabilidades ou outras aberrações técnicas;</p> <p>(5) Impedir violações à segurança da rede de Banda Larga, incluindo quaisquer esforços para ter acesso não autorizado a computadores na rede de Banda Larga ou na Internet;</p> <p>(6) Servir a qualquer outro propósito especificamente autorizado pelo FCC, com base numa análise de custos e benefícios da restrição.</p> <p>Para os fins deste dispositivo:</p> <p>(1) “Operadores de Banda Larga” significa um</p>

¹¹² A este respeito, *cf.*, também a pesquisa de Juliana Santos Pinheiro (2012, pp. 121-126).

	<p>provedor de serviços que presta conexões de alta velocidade à Internet utilizando qualquer tecnologia, incluindo mas não se limitando a redes de cabo, redes de telefonia, conexões de fibra ótica, e transmissão sem fio;</p> <p>(2) “Usuários de Banda Larga” significa consumidores residenciais ou comerciais de um Operador de Banda Larga;</p> <p>(3) “Rede de Banda Larga” significa a estrutura física detida e operada pelo Operador de Banda Larga;</p> <p>(4) “Restrições ao uso de uma conexão à Internet” significa quaisquer limites contratuais, técnicos ou outros limites impostos à Conexão à Internet de um Usuário de Banda Larga com ou sem aviso.</p>
<p>Barbara van Schewick (2010)</p>	<p><i>Crítérios para a avaliação de regra de não-discriminação</i></p> <p>(1) Ela deve proteger os fatores que incentivaram a inovação das aplicações de Internet no passado para assegurar que a Internet continue sendo uma ferramenta de inovação e crescimento econômico no futuro.</p> <p>(2) Ela não deve limitar a evolução da rede mais que o necessário para alcançar os objetivos da regulação da neutralidade da rede.</p> <p>(3) Ela deve facilitar a determinação dos comportamentos que são e não são permitidos de modo a proporcionar a desejável segurança para os participantes do mercado.</p> <p>(4) Ela deve manter os custos da regulação baixos.</p>
<p>Christopher Yoo (2004, 2005)</p>	<p>Não deve haver uma regra de neutralidade da rede; o direito concorrencial e uma avaliação concorrencial <i>ex post</i> e caso a caso seriam suficientes para coibir os efeitos que uma regra de neutralidade da rede pretende evitar.</p>

Fonte: Elaboração própria da autora, com base nas fontes indicadas na primeira coluna da tabela.

No debate regulatório brasileiro, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), que integra o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, apresentou ainda em 2010 suas primeiras contribuições ao tema da neutralidade da rede no

âmbito das discussões legislativas sobre o Marco Civil da Internet¹¹³. A SEAE partiu da Lista de Controle da Concorrência proposta pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD)¹¹⁴ para analisar a minuta de anteprojeto de lei elaborada pela SAL/MJ e a DIREITO RIO e disponibilizado para uma segunda fase de consultas públicas no portal Cultura Digital.

Na opinião apresentada pela SEAE, a então minuta de anteprojeto de lei privilegiava o ambiente concorrencial brasileiro, contando com elementos importantes para o fomento da competição no uso da Internet no Brasil, em especial, graças ao princípio da neutralidade da rede. No seu entendimento, a consolidação dos provedores de acesso à Internet em banda larga e a sua entrada no mercado de provimento de conteúdo tinham o potencial de gerar dois comportamentos discriminatórios: (i) o controle do acesso e do preço do acesso às facilidades de banda larga e (ii) o favorecimento de seu próprio conteúdo, o que poderia colocar o conteúdo de provedores não afiliados em desvantagem competitiva.

Sob esse contexto, a preocupação central era de que a possibilidade de priorização de tráfego por parte dos operadores da rede lhes asseguraria muito poder sobre a operação de acesso à Internet, trazendo malefícios aos consumidores. Dentre esses malefícios estaria a possibilidade de que provedores de conteúdo tivessem que pagar por diferentes níveis de serviços, com potencial limitação à competição, sobretudo tendo em vista que provedores de conteúdo menores e com menor capacidade financeira não teriam como arcar com os gastos necessários para assegurar melhores níveis de acesso.

Com base nessa análise, a SEAE retomou a proposta de Jon Peha (2006) a respeito de como deve ser conformada uma política pública de neutralidade da rede equilibrada. Segundo esse autor, a política de neutralidade da rede deve equilibrar dois objetivos: (i) limitar práticas discriminatórias que permitissem aos operadores da rede explorar seu poder de mercado para prejudicar significativamente os usuários da Internet; e (ii) interferir minimamente na capacidade dos operadores da rede de usar práticas discriminatórias que beneficiassem aqueles

¹¹³ SEAE. Parecer analítico sobre regras regulatórias n. 03 COGCM/SEAE/MF – Contribuição à consulta pública sobre Minuta de Anteprojeto de Lei que estabelece o Marco Civil da Internet no Brasil, 2010. Disponível em: <http://bit.ly/2aigujb>. Acesso em: 9 jan. 2018.

¹¹⁴ OECD. Guia de Avaliação da Concorrência - Princípios, v. 1, 2007. Disponível em: <http://bit.ly/2a9AWmU>. Acesso em: 9 jan. 2018.

mesmos usuários, aumentando a competitividade no mercado de acesso à Internet e permitindo a inovação construtiva (*Ibidem*, pp. 16-21).

Segundo a SEAE, a lógica do comportamento discriminatório dependeria fundamentalmente de argumentos econômicos e uma ação discriminatória faria sentido econômico para o operador de rede quando houvesse falhas de mercado. Uma dessas falhas seria a ausência de um mercado competitivo na oferta de banda larga, que possibilitaria que uma empresa com poder de mercado significativo extraísse lucros de oligopólio dos seus consumidores, diferentemente do que ocorreria em um mercado competitivo, em que os consumidores teriam poder de escolha e liberdade de troca entre diferentes provedores de acesso. Outra falha de mercado se relacionaria com o fato de que a inovação inerente à Internet ocorre nas suas bordas (na camada de conteúdo) e não no seu núcleo. Assim, caso possível discriminar irrazoavelmente pacotes de dados de diferentes provedores de aplicações, novos agentes inovadores que atuam na camada de conteúdo seriam desincentivados a colocar novos produtos no mercado, especialmente se não dispusessem de recursos para arcar com a entrega prioritizada de seus pacotes de dados.

Por fim, a SEAE concluiu que a inclusão de uma regra que protegesse a neutralidade da rede no Marco Civil era “extremamente oportuna e benéfica para o desenvolvimento da Internet no Brasil”, mas ponderou que a regra deveria ir além de uma simples descrição principiológica, demandando um aprofundamento no texto do projeto de lei. Esse aprofundamento e detalhamento de fato pôde ser observado não apenas no texto do PL 2.126/2011 como também em todos os seus sucessivos Substitutivos, como podemos perceber na Tabela 1 (*cf.* item 1.2.3.).

À altura em que a SEAE apresentou seus comentários, o respeito à livre concorrência ainda não aparecia expressamente no texto do projeto de lei do Marco Civil – o que só veio a acontecer no Substitutivo de 11 de julho de 2012. Após a realização de uma série de audiências públicas sobre os temas centrais presentes no texto inicial do PL 2.126/2011 – inclusive audiências dedicadas ao tema da neutralidade da rede – o Dep. Alessandro Molon apresentou aquele Substitutivo, que incluía o respeito à livre concorrência como um dos requisitos de validade para a discriminação do tráfego nas duas hipóteses em que o então

projeto de lei a autorizava. A inclusão decorreu de sugestão da DIREITO RIO, e assim foi explicada na Justificação do Substitutivo:

Das alterações promovidas no art. 9º, optamos, por questão de técnica legislativa, em desdobrar o princípio ao longo de parágrafos e incisos, atribuindo maior clareza ao texto. Igualmente, e reconhecendo na legislação internacional elementos de interesse para nosso ordenamento, listamos no §1º uma nova hipótese que não configuraria violação do princípio da neutralidade da rede: a priorização a serviços de emergência. No mesmo §1º enumeramos a possibilidade de haver discriminação ou degradação do tráfego, se e somente se decorrer de requisitos técnicos indispensáveis à fruição adequada dos serviços e aplicações. Portanto, admitimos que em casos específicos, e desde que decorram de requisitos técnicos indispensáveis à fruição adequada, por parte do usuário, dos serviços e aplicações, pode haver discriminação ou degradação do tráfego, desde que respeitado o previsto nos parágrafos seguintes – como por exemplo a abstenção de causar prejuízos injustificados aos usuários, o respeito à livre concorrência, e a transparência. O §1º, assim, combinado com os demais parágrafos do mesmo artigo, torna possível que spams não sejam direcionados para a caixa de entrada do usuário. Em caso de ataques de segurança, desde que os requisitos do artigo 9º sejam preenchidos, também poderá haver tratamento diferenciado, de modo a propiciar uma fruição adequada aos usuários. O tratamento diferenciado a vídeos em tempo real ou mesmo a VoIP, por exemplo, podem ser outros motivos justificáveis a serem priorizados sem que haja, contudo, violação ao princípio da neutralidade – desde que os demais requisitos do artigo 9º sejam observados. No §2º estabelecemos igualmente obrigações aos intermediários das comunicações quanto à total transparência na implementação das hipóteses de discriminação permitidas, bem como no respeito à livre concorrência e aos direitos dos usuários.

Somente o Substitutivo de 5 de novembro de 2013 acrescentou àquele dispositivo a obrigação de “oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias”, além de “abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais”. Este Substitutivo foi apresentado após diversas tentativas frustradas de votação do PL 2.126 no plenário da Câmara e somente obteve fôlego após as revelações de Edward Snowden de que o governo brasileiro (incluindo organizações como a Petrobrás e a própria Presidente Dilma Rousseff) havia sido alvo de espionagem pela Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos. Após o conhecimento desses fatos, a Presidente encaminhou ao Congresso, em 11 de setembro de 2013, pedido de apreciação do PL 2.126 em regime de urgência constitucional. Foi após essa solicitação vinda

do Executivo que o Substitutivo de 5 de novembro de 2013 foi apresentado. A mesma redação daqueles incisos do art. 9º se repetiu no Substitutivo de 11 de dezembro de 2013 e foi por fim concretizada na redação final da regra de neutralidade da rede inscrita no Marco Civil da Internet.

Como visto no item 1.2.4. deste trabalho, o §2º do art. 9º do Marco Civil estabelece requisitos de validade para a discriminação ou degradação do tráfego que venha a ser realizada nas hipóteses elencadas no §1º. Pedro Ramos (2015a, p. 119) lembra que este dispositivo se endereça não apenas aos entes responsáveis pela transmissão, comutação ou roteamento, como também aos aplicadores do Direito que irão interpretar se uma determinada prática de discriminação ou degradação submetida à sua análise respeitou os respectivos requisitos de validade.

Em uma leitura conjunta do art. 9º, §2º, IV do Marco Civil e do art. 19 do Decreto 8.771/2016 (“A apuração de infrações à ordem econômica ficará a cargo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011”), a competência para aferir se a condição de validade consistente na abstenção da prática de condutas anticoncorrenciais deve ser do CADE. Parece redundante mas vale frisar que a análise de eventuais condutas anticoncorrenciais deve ser feita à luz da Lei 12.529/2011 e a análise casuística do requisito de validade concorrencial de eventuais condutas que consistam em exceções à neutralidade da rede deve estar sob a competência do CADE.

Já a análise quanto ao oferecimento de serviços “em condições comerciais não discriminatórias” parece caber à Anatel, por força dos dispositivos da LGT que protegem os usuários dos serviços de telecomunicações da discriminação quanto às condições de acesso e fruição dos serviços¹¹⁵. Este trecho do art. 9º, §2º, IV do Marco Civil também não há que ser lido para proibir a cobrança por volume de tráfego de dados. Como ressaltado diversas vezes no parecer final ao PL 2.126/2011 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014, p. 35), o que se proíbe é a diferenciação de tratamento por qualidade dos pacotes de dados, e não por volume:

¹¹⁵ Cf. LGT, arts. 3º, III e 152.

O que o Marco Civil proíbe é a diferença de qualidade, mas não a de quantidade. O que não pode ocorrer, sob risco de se prejudicar a estrutura aberta da Internet, bem como a inovação e os consumidores, é aumentar o controle sobre o uso do meio, da infraestrutura física. Modelos diferenciados de cobrança e tratamento dos pacotes podem resultar no fim do modelo descentralizado da Internet, e o início da oferta de pacotes fatiados por tipos de serviços, o que não seria aceitável, por ir contrariamente à inovação, aos direitos do consumidor, bem como à arquitetura aberta, livre e descentralizada da Internet, propensa a novos entrantes no mercado.

Para além da insuficiência da política de defesa da concorrência para alcançar os objetivos perseguidos pela neutralidade da rede, e também mais além das discussões sobre as exceções ao mandamento geral da neutralidade da rede e da abstenção da prática de condutas anticoncorrenciais como uma das suas condições de validade, diversos outros temas típicos da seara concorrencial aparecem como pano de fundo das discussões sobre neutralidade de rede. Noções como abuso de posição dominante, acordos verticais e bem-estar do consumidor são constantes nos debates sobre neutralidade da rede e, muitas vezes, acentuam a natural dificuldade de avaliar a concorrência no ambiente da Internet¹¹⁶.

Antes de explorarmos esses temas que estão na interface entre a neutralidade da rede a política de defesa da concorrência, e para melhor contextualizá-los, faremos uma rápida incursão sobre os principais atores do ecossistema da Internet e suas inter-relações.

2.2. UM PASSO ATRÁS: UM POUCO DE CONTEXTO SOBRE O ECOSISTEMA DA INTERNET E SEUS PRINCIPAIS ATORES

¹¹⁶ Nesse sentido, cf. Daniel O’Conner (2016, p.11): “[C]ommon mistakes that policymakers, regulators, and competition enforcers make when evaluating Internet competition. Defining markets based on a static view of competition, applying one-sided analysis to multi-sided markets, not recognizing the limits of network effects, and an overemphasis on the role of big data are common pitfalls that often lead observers to conclude that the Internet is far less competitive than it actually is. These mistakes lead to the misapplication of competition law itself, and fuel the perception that competition law is not sufficient and additional regulation is needed to police online platforms”.

2.2.1. Principais atores do ecossistema da Internet

O Marco Civil da Internet definiu “conexão à Internet” como “a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço de IP” (art. 5º, V) e “aplicações de internet” como “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet” (art. 5º, VII), endereçando os provedores desses diferentes serviços em diversos dos seus dispositivos. Outro ator que aparece destacadamente no texto da Lei 12.965/2014 é o “usuário”, que conta com um capítulo especialmente destinado a prescrever seus direitos (Capítulo II – Dos direitos e garantias dos usuários, arts. 7 e 8). Esses três são alguns dos principais agentes econômicos do ecossistema da Internet¹¹⁷.

Os *provedores de conexão* (ISPs) são provedores de serviços de telecomunicações que operam infraestruturas de rede e fornecem estrutura de conectividade e serviços de acesso à Internet fixa e móvel para usuários finais, por meio de diferentes tecnologias. Os ISPs operam como plataformas de duas pontas, que aproximam provedores de aplicações e usuários finais. Muitas vezes os ISPs são didaticamente distinguidos em duas categorias principais¹¹⁸: (i) os

¹¹⁷ As Orientações do BEREC foram bastante detalhadas ao apresentar os principais atores desse ecossistema. Explorando a terminologia do documento, as Orientações esclareceram que o termo “aplicação” deve ser entendido como uma forma mais curta de se referir a “aplicações e serviços” ou “conteúdo, aplicação e serviço”. Os “provedores de conteúdo e aplicações” (CAP, na abreviação do documento) devem ser entendidos como aqueles que disponibilizam conteúdos (como páginas na Web, blogs, vídeo) ou aplicações (como ferramentas de busca e aplicações de VoIP) na Internet ou por meio de serviços especializados. O termo “provedores de serviços de Internet” (ISPs) a seu turno se refere aos provedores de serviços de acesso à Internet ou de serviços especializados. Por fim, as Orientações foram ainda mais minuciosas ao dispor sobre o que a regulação considera “usuários” e “usuários finais”: “*Article 1 sets out the subject matter and scope of the Regulation, which is to establish common rules to safeguard ‘equal and non-discriminatory treatment of traffic in the provision of internet access services’ and ‘related end-users’ rights. According to the Framework Directive, ‘end-user’ means a user not providing public communications networks or publicly available electronic communications services. In turn, ‘user’ means a legal entity or natural person using or requesting a publicly available electronic communications service. On that basis, BEREC understands ‘end-user’ to encompass individuals and businesses, including consumers as well as CAPs. CAPs are protected as end-users under the Regulation in so far as CAPs use an IAS to reach other end-users. However, some CAPs may also operate their own networks and, as part of that, have interconnection agreements with ISPs; the provision of interconnection is a distinct service from the provision of IAS. NRAs [National Regulatory Authorities] may take into account the interconnection policies and practices of ISPs in so far as they have the effect of limiting the exercise of end-user rights under Article 3(1). For example, this may be relevant in some cases, such as if the interconnection is implemented in a way which seeks to circumvent the Regulation*” (BEREC, 2016).

¹¹⁸ Muitas vezes, quando falamos em “ISPs” partimos de uma generalização para nos referir, na verdade, a uma subcategoria dos provedores de conexão mais conhecida como *provedores de acesso*, ou, na linguagem do art. 9º

provedores de acesso (IAPs), que prestam serviços para que usuários acessem a camada de conteúdo da Internet na chamada “última milha”, ou, na linguagem do art. 9º do MCI, os responsáveis “pela transmissão, comutação ou roteamento” e (ii) os provedores de conectividade (CPs), responsáveis pela infraestrutura de conectividade robusta, como através de cabos de fibra ótica de longas distâncias. IAPs e CPs comumente dialogam por meio da interconexão das suas redes¹¹⁹. Como explica o BEREC (2012, p. 20), IAPs e CPs

do Marco Civil, os responsáveis “pela transmissão, comutação ou roteamento” do tráfego de dados, encarregados da conexão de “última milha” entre usuários finais e as redes de *backbone*. Registrando a variedade dos provedores que podem ser considerados sob a rubrica dos ISPs, cf. Jonathan Nuechterlein: “*Very roughly speaking, the constituent networks of the Internet fall into three basic categories. First, **Internet backbone networks**—such as AT&T, Level 3, Global Crossing, and SAVVIS—use long-distance fiber-optic cable to connect other, geographically dispersed networks, including the networks of large businesses, Internet access providers, and other backbone providers. Second, although large businesses often contract directly with a backbone network provider, most end users rely on an **access network** to bridge the ‘last mile’ gap between them and an Internet backbone network (which in turn connects them to the rest of the Internet). Today, most residential consumers, and essentially all businesses with more than a few employees, obtain Internet access through a high-speed broadband connection. As discussed below, there is much controversy about how competitive the broadband marketplace is now and is likely to become. That controversy lies at the heart of the net neutrality debate. Finally, the third category of IP networks that participate in the Internet consists of so-called **edge networks**. These fall into two subcategories. The first consists of ‘end user’ networks, which range from home WiFi networks to corporate LANs (‘local area networks’). The second—of greater relevance here—consists of the networks operated by providers of Internet-related services. In the commercial Internet’s early years, the stereotypical ‘edge’ provider was an entrepreneur who ran a start-up website from a server in his garage. Today, the most prominent ‘edge’ networks feature enormous ‘server farms’ and caching facilities built by companies as diverse as service providers Akamai and Level 3, on-line retailers Amazon.com and eBay, and Internet superpower Google*” (NUECHTERLEIN, 2009, p. 23).

¹¹⁹ Pedro Henrique Soares Ramos (2015a, pp. 136-140) procede a uma análise mais detalhada das interconexões entre IAPs e provedores de aplicações. O tema não vem ao caso no presente trabalho, mas vale pontuar algumas observações da exposição de Ramos a respeito. Primeiro, que essas interconexões são ligações que permitem a comunicação entre usuários de um provedor de acesso x com usuários e provedores de aplicações que contratem com um segundo provedor de acesso y; sem essas interconexões, usuários de um provedor de acesso x só poderiam se comunicar com demais usuários e provedores de aplicações que se utilizassem daquele mesmo provedor de acesso x. Além disso, embora as interconexões não estejam no escopo da regra de neutralidade da rede insculpida no art. 9º do Marco Civil, a regulação do setor de telecomunicações veda a discriminação do tráfego no seu nível (cf. LGT, art. 152; ANATEL. Resolução 410, 2005 (Regulamento Geral de Interconexão). Disponível em: <http://bit.ly/2E8vkVZ>. Acesso em: 9 jan. 2018, art. 11). Por fim, vale notar a lição desse mesmo autor acerca do questionamento de se “o Marco Civil impede conexões diretas entre provedores de aplicação e provedores de acesso, como aconteceu no caso Netflix”: “Não. O Marco Civil não trata de regras de interconexão ou de conexão direta entre provedores de aplicação e de acesso, havendo ampla liberdade de contratação nesses casos, observadas as regras da Anatel. Todavia, caso determinado provedor de acesso degrade o tráfego de uma aplicação específica quando esta tiver como origem uma interconexão (para assim incentivar a contratação de uma conexão direta), este provedor estará violando o Marco Civil e o regulamento de interconexão da Anatel” (RAMOS, 2015a, p. 177). No cenário estadunidense, FCC declarou, na *Open Internet Order* de 2015, que em princípio não regularia *ex ante* sob a regra de neutralidade os casos de conexão direta ou interconexão como este: “*But this order does not apply the open Internet rules to interconnection. Three factors are critical in informing this approach to interconnection. First, the nature of Internet traffic, driven by massive consumption of video, has challenged traditional arrangements — placing more emphasis on the use of CDNs or even direct connections between content providers (like Netflix or Google) and last-mile broadband providers. Second, it is clear that consumers have been subject to degradation resulting from commercial disagreements, perhaps most notably in*

interconectam suas redes por meio de arranjos como o *peering* (quando duas redes concordam em intercambiar seu tráfego na maior parte das vezes de forma gratuita, mas também podendo ocorrer uma contraprestação) e o trânsito (quando uma rede contrata um provedor de trânsito para garantir a passagem de seu tráfego através da Internet).

Os *provedores de aplicações*, também chamados de provedores de serviços online (OSPs), disponibilizam conteúdos e serviços na camada mais externa da Internet, sobre as redes de telecomunicações. Nos termos da LGT, os OSPs adicionam valor sobre as redes de telecomunicações que lhes dão suporte, sendo caracterizados como um Serviço de Valor Adicionado (SVA)¹²⁰. Os provedores de aplicações atuam na camada mais dinâmica da Internet e representam uma enorme variedade de modelos de negócios, incluindo a indexação de conteúdos, mecanismos de busca, e-commerce, e-mail, soluções de vídeo sob demanda (VoD), conteúdo de *Web*, aplicativos de envio de mensagens, aplicativos de voz sobre IP (VoIP), dentre inúmeros outros¹²¹. O modelo de monetização das atividades das OSPs também é bastante diverso, podendo incluir desde a remuneração a partir de assinaturas (como no Spotify, por exemplo) até doações (como na Wikipedia, por exemplo). No caso das

a series of disputes between Netflix and large last-mile broadband providers. But, third, the causes of past disruption and — just as importantly — the potential for future degradation through interconnection disputes — are reflected in very different narratives in the record. While we have more than a decade’s worth of experience with last-mile practices, we lack a similar depth of background in the Internet traffic exchange context. Thus, we find that the best approach is to watch, learn, and act as required, but not intervene now, especially not with prescriptive rules” (FCC. Protecting and Promoting the Open Internet Order, 2015, p. 10, parágrafo 30. Disponível em: <http://bit.ly/1NOC8bv>. Acesso em: 9 jan. 2018).

¹²⁰ LGT, art. 61.

¹²¹ Embora o tema não seja objeto deste estudo, vale notar, mesmo que muito brevemente, os novos desafios que estes provedores de aplicações têm trazido para o direito antitruste. Nesse sentido, *cf.* Zhu Li: “*Competition in the area of Internet also seriously challenges the applicability of antitrust law. First of all, the difficulty in defining the relevant market. The zero price competition and the platform competition and other features of competition in the area of Internet have brought about greater uncertainty in defining the relevant market. Theorists and practitioners are debating whether the free market under conditions of zero price competition is the relevant market in sense of antitrust law and how to carry out Hypothetical Monopolist Test (‘HMT’) in this circumstance. Influenced by the platform effect due to the existence of bilateral or multilateral market, the market boundaries in the area of Internet are characterized by the high ambiguity and thus far less clear than that of traditional market. The widely applicable method for market definition in traditional areas cannot therefore be directly applied to de ne the relevant market in the area of Internet. Another issue is the increasing difficulty to define the abuse of dominant market position. Under the condition of blurred market boundaries the market share has significantly reduced its role of indicators, which used to measure the enterprise market forces. The probability of miscarriage of justice will increase in case of defining the dominant market position based solely on market shares. It is hence an urgent issue, which the justice must resolve, to improve the rationality of definition of the dominant market position and the abuse of dominant market position”* (LI, 2016, pp. 147-148).

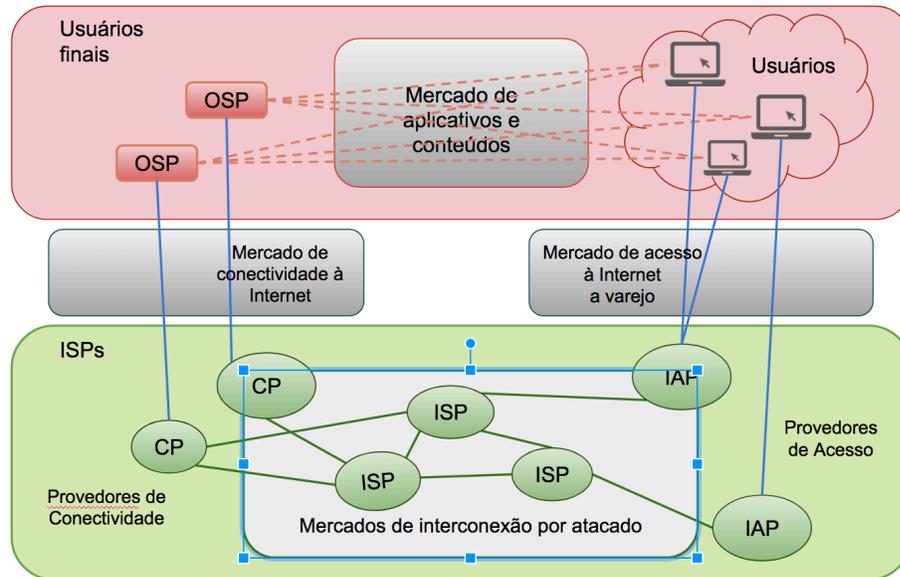
plataformas online de múltiplas pontas¹²², como é o caso de muitos desses provedores, em geral, apenas uma ou algumas das pontas de seus usuários lhes remuneram. Por exemplo, no e-commerce, normalmente a plataforma em si é diretamente remunerada apenas pelos vendedores, com um percentual abatido de suas vendas, e não pelos compradores. Já no caso de mecanismos de busca online, normalmente os anunciantes pagam para mostrar seus anúncios, mas usuários não pagam para efetuar quaisquer de suas buscas.

Já os *usuários finais* são as pessoas físicas ou jurídicas que fazem uso dos serviços de acesso à Internet ofertados pelos ISPs. Os OSPs também são usuários dos serviços de

¹²² Em 2017, 4 das 5 empresas mais valiosas do mundo (Apple, Alphabet, Microsoft e Amazon) (PRICEWATERCOOPERS. Global Top 100 Companies by market capitalisation, 2017. Disponível em: <https://pwc.to/2sS5M9z>. Acesso em: 9 jan. 2018) e 3 das 5 *start-ups* com maior valor de mercado (incluindo Uber e Airbnb) (CB INSIGHTS. The global unicorn club – current private companies valued at \$1B+. Disponível em: <http://bit.ly/1Hctwdu>. Acesso em: 9 jan. 2018) consistiam em plataformas online de múltiplas pontas. Apesar de parecerem modelos de negócios simples ou fadados ao sucesso, essas plataformas atuam em um mercado extremamente competitivo e no qual qualquer decisão negocial mal tomada pode ser fatal. Sobre algumas das especificidades econômicas e desafios do modelo de negócios das plataformas online de múltiplas pontas, cf. David Evans e Richard Schmalensee: “*A multisided platform is one of the toughest business models to get right. The entrepreneur has to solve a tough puzzle and use counterintuitive strategies to make a go for it. [...] Matchmakers face much more complex pricing problems than traditional business because they must balance the interests of all sides in order to get all sides on board the platform, and keep them on board, and to get members of each group to interact with each members of the other group. Like traditional business, multisided firms also need to consider trade-offs between volume and margins. But with a twist caused by indirect network effects, which makes the demand of each group interdependent with the demands of other groups. [...] This interdependency of demands results from indirect network effects. It is what distinguishes multisided platforms from single-sided firms. Traditional economics, including what is still taught in most economic textbooks and in most MBA courses completely ignores indirect network effects and the consequences of interdependent demand. When economists account for indirect network effects in our theoretical models, the profit-maximizing price to the participants on one side could be less the cost of providing an additional unit; it could be zero or, in other words, free; or it could be less than zero in the sense that the business actually pay the participant something when he or she uses the product. [...] Those who are new to the economics of multisided platforms often make a simple mistake. They think that free and negative prices are a gimmick that platforms use to get a critical mass of participants. In fact, matchmakers commonly charge free and negative prices permanently in order to maximize profits. [...] Multisided platforms have to secure critical mass in order to ignite. They have to solve the chicken-and-egg problem of getting both [or more] sides on board, in adequate numbers, to create value. If they don't, they will implode. If they do, indirect network effects will generally fuel sustainable growth. This problem is so hard to solve that entrepreneurs need to make sure that the frictions they are trying to solve are substantial enough to persuade participants to join and enable the matchmaker, possibly, to fund subsidies to one group of participants. Getting the pricing structure right is critical for getting a new matchmaker off the ground and for making sure it is profitable in the long run. The platform has to balance the interdependent demands of the multiple groups of participants. Multisided platforms are usually situated within broader ecosystems of firms, governments, regulation, and other institutions. A platform has to make sure that it can play well with everyone else and it may have to cause changes in its environment to do so. It also has to decide how many customer groups it wants to connect and therefore how many sides to have*” (EVANS; SCHMALENSEE, 2016, pp. 9-36) (grifos nossos).

telecomunicações que lhes dão suporte, a teor do art. 61 da LGT¹²³. Conforme a regulação da Anatel¹²⁴, os ISPs são remunerados pelos assinantes dos seus serviços, com quem mantêm vínculo contratual para a fruição do acesso à rede.

Figura 2: Principais atores do ecossistema da Internet



Fonte: BEREC, 2012, p. 19.

Também integram o ecossistema da Internet, com bastante relevância, os fabricantes e fornecedores de equipamentos e de infraestrutura de rede, que fornecem bens e serviços para ISPs, OSPs e para alguns usuários finais de grande porte, incrementando a digitalização e o potencial de operação destes agentes e possibilitando uma maior qualidade do serviço prestado e consumido. E por fim, os sistemas operacionais e linguagens de programação, que permitiram a democratização do uso de computadores (incluindo os computadores móveis) e a

¹²³ Nos termos do §1º do artigo 61 da LGT, “[s]erviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição”.

¹²⁴ E.g., Resolução 614, 2013 (Regulamento do SCM). Disponível em: <http://bit.ly/1KB3927>. Acesso em: 9 jan. 2018; Resolução 477, 2007 (Regulamento do SMP). Disponível em: <http://bit.ly/29N0qX6>. Acesso em: 9 jan. 2018.

conveniência de fornecer a essas máquinas instruções complexas de forma clara e correta (EVANS; SCHMALENSSEE, 2016, p. 43).

2.2.2. Inter-relações entre atores: o ecossistema da Internet como um mercado de múltiplas pontas

E como esses atores interagem entre si? Avanços nos serviços prestados pelos ISPs aumentaram a cobertura, velocidade e qualidade do acesso à Internet, que por sua vez aumentaram a demanda dos usuários finais por conteúdos e aplicações providos pelos OSPs, e, conseqüentemente, por planos de dados oferecidos pelos ISPs. O desenvolvimento dos computadores pessoais e de equipamentos móveis, em especial os *smartphones*, moveram o centro de atenção dos usuários finais para mais uma possibilidade de tela e permitiram uma ampliação significativa da abrangência da conectividade sem fio. E as linguagens de programação permitiram que novas aplicações servissem os usuários, reforçando sua demanda por mais acesso à Internet, em um ciclo virtuoso. Em suma, cada uma dessas tecnologias reforça as demais e à medida em que elas avançam rapidamente, também pressionam umas às outras para evoluírem juntas e de forma ágil (EVANS; SCHMALENSSEE, 2016, pp. 19, 40 e 49).

No início dos anos 2000, Jean Tirole e Jean-Charle Rochet (2003) já sinalizavam que a Internet poderia ser entendida como um exemplo típico de mercado de duas pontas¹²⁵ – isto, é uma plataforma que permite a interação entre dois ou mais grupos de clientes¹²⁶. É um modelo de negócio tão antigo quanto o das feiras medievais e o dos caixeiros viajantes e tão familiar quanto o dos cartões de crédito, consoles de vídeo game, shopping centers, revistas e jornais.

¹²⁵ “Many if not most markets with network externalities are two-sided. To succeed, platforms in industries such as software, portals and media, payment systems and the Internet, must ‘get both sides of the market on board.’ Accordingly, platforms devote much attention to their business model, that is, to how they court each side while making money overall” (TIROLE; ROCHET, pp. 990 e 1014).

¹²⁶ Na definição de Davis Evans: “A multi-sided platform is called multi because it provides a way for two, or more, types of participants to get together. It is called a platform because it typically operates a physical or virtual place that enables these different types of agents to interact. Each side of the platform consists of the participants who have the option of using the platform to connect. A shopping mall is a physical platform. It provides a place where shoppers and stores—the participants on the two sides—can connect. A ride-sharing app is a virtual platform. [...] Multi-sided platforms typically reduce frictions that get in the way of economic agents finding each other, interacting, and exchanging value on their own” (EVANS, 2016, p. 79).

Como propõem Evans e Schmalensee (2016, p. 19), uma das melhores maneiras de se identificar uma plataforma de múltiplas pontas é reparando se ela não cobra nada de – ou oferece condições excepcionalmente interessantes a – pelo menos um de seus lados (por exemplo, os shopping centers não cobram nada dos compradores que os frequentam). Outra diferença importante entre plataformas de múltiplas pontas e outras plataformas unidimensionais (como o sistema de telefonia fixa, por exemplo): enquanto as últimas experimentam apenas *efeitos de rede diretos*, as primeiras também experimentam *efeitos de rede indiretos*. Isto é, não só o aumento do número de participantes da rede beneficia a rede em si como também o aumento do número de participantes em um dos grupos que forma a rede beneficia os outros grupos que dela também participam, de forma simbiótica, como Rochet e Tirole (2003) demonstraram.

Ao explicar as externalidades positivas das redes, Calixto Salomão (2007, p. 191) também exemplifica a Internet como típico exemplo de “serviço de rede”, em que se observam não apenas externalidades diretas (“quanto mais usuários estejam ligados à rede, mais útil ela se torna para cada um deles”) mas também externalidades indiretas (“[e]m face da existência de mais consumidores, mais serviços se agregam à rede, tornando-a cada vez mais útil”).

Economides e Tag (2012, pp. 92-93) reforçaram que o mercado de provimento de acesso à Internet via banda larga pode ser visto como um mercado de duas pontas, que conta com os usuários de seu serviço de acesso à Internet de um lado, e com os provedores de aplicações do outro.

Para além disso, esses autores demonstraram que essa caracterização reforça o racional econômico em prol de uma regra de neutralidade da rede. Os preços praticados (ou não) pelo provedor de banda larga com relação a esses dois lados impactam no número de consumidores de banda larga (e, conseqüentemente, de usuários de aplicações), assim como no número de provedores de aplicações ativos naquela rede.

Partindo desse contexto, os dois autores (*Ibidem*, p. 93) questionaram se um cenário com neutralidade da rede ou um cenário sem neutralidade da rede seria capaz de gerar o maior excedente econômico. Na tentativa de responder a esse questionamento, perceberam que, em um mercado em que (i) todos dispusessem de acesso à Internet, (ii) os provedores de acesso à

Internet ocupassem uma posição monopolista¹²⁷ e (iii) os provedores de aplicações valorizassem seus usuários mais do que os usuários valorizassem tais provedores de aplicações, os efeitos de rede entre tais usuários e provedores de aplicações forneciam um racional econômico importante a favor de uma regra de neutralidade da rede. Por outro lado, nesse mesmo cenário, a ausência de neutralidade da rede forçaria alguns ou muitos daqueles provedores de aplicações a sair do mercado, implicando, assim, em uma diminuição do excedente econômico total.

No contexto europeu, o BEREC (2012, pp. 38-41) também utilizou o modelo de plataforma de múltiplas pontas para explicar a interação entre usuários, provedores de aplicações e ISPs na Internet, destacando os *efeitos de rede positivos* decorrentes do aumento do uso da Internet como plataforma por cada um dos seus lados, assim como os *efeitos de rede negativos* – como o congestionamento do tráfego, por exemplo – que podem decorrer da saturação no número de participantes da rede, seja do lado dos usuários ou do lado dos provedores de aplicação.

Reconhecendo o valor didático do modelo de mercado de múltiplas pontas para explicar as inter-relações entre os principais atores do ecossistema da Internet, o órgão europeu também alertou para as limitações desse modelo. Essas limitações decorreram, em primeiro lugar, do fato de que a Internet na verdade se constitui em uma rede de redes, e não em uma plataforma única capaz de coordenar as estruturas de preço em todos os seus lados. Além disso, as eventuais relações entre provedores de aplicações e IAPs podem alterar o centro da plataforma de duas pontas do ecossistema da Internet como um todo para os IAPs especificamente.

Notadas essas limitações, o modelo permanece aplicável à compreensão das inter-relações entre os principais atores do ecossistema da Internet, sendo seguido pelo BEREC na continuação de sua análise sobre práticas diferenciais e questões concorrenciais no escopo da neutralidade da rede – que serve de base aos itens 2.3.3.1., 2.3.3.2. e 2.3.3.3.

¹²⁷ Seguindo a lição de Paula Forgioni (2015, p. 259), quando falamos em “posição monopolista” não estamos nos referindo à posição de um agente econômico que atua sozinho em determinado mercado, mas sim a um agente que atua com suficiente independência e liberdade de agir a ponto de sujeitar quer seus concorrentes quer seus consumidores. Em suas palavras: “Não é necessária a completa ausência de concorrência para que se verifique a posição dominante: basta que a concorrência não seja de tal grau a ponto de influenciar significativamente o comportamento do ‘monopolista’” (*Ibidem*).

2.3. INSTITUTOS DO ANTITRUSTE COMUNS EM DISCUSSÕES SOBRE NEUTRALIDADE DA REDE

No Capítulo 1, vimos que, dentre os objetivos da neutralidade da rede, estão a livre iniciativa, a inovação e o enfrentamento de barreiras de entrada no mercado de conteúdo da Internet, além de outros. A partir daí já podemos observar importantes pontos de comunicação entre o domínio do antitruste e o da neutralidade da rede.

Como veremos logo abaixo, a livre concorrência e a livre iniciativa estão entre os bens jurídicos centrais tutelados pelo direito da concorrência. A inovação, de que a neutralidade da rede bastante se ocupa, também pode ser entendida como uma das finalidades a que a defesa da concorrência serve de instrumento, ainda que de forma não imediata¹²⁸.

Explicando as interações entre a defesa da concorrência e a política industrial, Vinicius Marques de Carvalho (2015a, pp. 38-39) relembra que há três tipos fundamentais de política industrial: (i) a neoclássica, com foco na correção de falhas de mercado; (ii) a desenvolvimentista, com foco na superação do subdesenvolvimento e na construção de parques produtivos nacionais dos países periféricos e (iii) a que parte da ótica da inovação, se expandindo além da construção de parques produtivos para se concentrar na aquisição de competências para inovar pelas empresas já instaladas, de forma que se tornem capazes de disputar nichos de mercado mais rentáveis.

Para o autor, existe uma importante convergência entre a política industrial e a defesa da concorrência, sendo que esta última instrumentaliza o vigor competitivo necessário à inovação, isto é, mesmo que a inovação e a competitividade das empresas não sejam o objetivo principal da defesa da concorrência, elas são estimuladas pelo domínio concorrencial de forma indireta. Em suas palavras (*Ibidem*, p. 38):

¹²⁸ No mesmo sentido, cf. Katerina Maniadaki: “[I]n practice, innovation policy parameters could be taken into account [by competition law] as secondary considerations, all things being equal, as could be the case in relation to other public policy objectives. Besides, competition law has been used in the past as an industrial policy instrument and it could not be excluded that it might be used in this way again in the future” (MANIADAKI, 2015, p. 156).

Como a inovação se apresenta como um processo de resultado incerto, dispendioso e com diferenciada possibilidade de apropriação do investimento realizado, é preciso que a política industrial equacione, para os diversos setores produtivos envolvidos, os atributos de incerteza (não se assemelham ao risco econômico), cumulatividade e inflexibilidade dos ativos tecnológicos que limitam a capacidade de inovação das firmas. Nesse cenário, a política industrial atua na mudança do contexto institucional para estimular as empresas a adotarem estratégias competitivas de alta qualidade, baseadas na busca de lucros via inovação tecnológica. Para isso, é necessário estimular uma diversidade de firmas disputando mercado e não um ambiente em que uma empresa pode adquirir lucros de monopólio decorrente do abuso de seu poder econômico. A concorrência estimula a criatividade e a experimentação de técnicas competitivas.

De maneira ainda mais concreta que a defesa da livre concorrência, da livre iniciativa e da inovação, outras três questões se colocam marcadamente na interface entre a defesa da concorrência e defesa da neutralidade da rede: (i) a questão da posição dominante dos ISPs no mercado de acesso à Internet; (ii) os eventuais acordos verticais e práticas diferenciais levadas a cabo por ISPs; e (iii) a questão do bem-estar do consumidor.

Antes de analisar cada um desses pontos de interface, faremos um rápido incursão teórico sobre as práticas restritivas da concorrência e os bens jurídicos resguardados especificamente pelo direito da concorrência no Brasil. Já que dedicamos o Capítulo 1 à delimitação dos contornos específicos da regra de neutralidade da rede brasileira, nos parece necessário, ainda que rapidamente, apresentar também o contorno teórico do direito concorrencial, antes de adentrar nos pontos de interface entre os dois domínios aqui estudados.

2.3.1. As práticas restritivas da concorrência e os bens jurídicos resguardados pelo direito da concorrência no Brasil

Como explica Paula Forgioni (2015, pp. 129-133), as práticas restritivas da concorrência se manifestam de três formas principais: (i) o abuso de posição dominante, (ii) os

acordos, que podem ser horizontais ou verticais¹²⁹ e (iii) as concentrações econômicas. O art. 36 da Lei 12.529/2011 estabeleceu um sistema de apuração de infrações à ordem econômica com base no seu objeto¹³⁰ ou nos seus possíveis efeitos¹³¹. Ainda, ao falar em “atos sob qualquer forma manifestados” (art. 36, *caput*), incluiu qualquer abuso, acordo ou concentração que tenha quer por objeto quer por efeito prejudicar a concorrência.

Os objetos ou efeitos prejudiciais à concorrência podem assumir quatro formas, conforme os incisos do *caput* do art. 36: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência; (ii) dominar mercado relevante de bens e serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; ou (iv) exercer de forma abusiva posição dominante. Assim, diferentemente de outros sistemas jurídicos, a lei antitruste brasileira, em geral, não exige o abuso de posição dominante como requisito à caracterização da infração econômica, bastando que se identifique quaisquer dessas quatro hipóteses como sendo um objeto ou efeito do acordo ou concentração em questão (FORGIONI, 2015, p. 132).

Os incisos do *caput* do art. 36 da Lei 12.529/2011 revelam ainda a tutela de duas ordens de bens jurídicos centrais à política de defesa da concorrência: a livre-concorrência juntamente com a livre iniciativa (incisos I, II e IV) e a proteção ao consumidor (inciso III) – que constituem, segundo Paula Forgioni (2015, pp. 135-142), “as duas almas do art. 36 da Lei 12.529/2011” e que nada têm de contraditório. Esses bens jurídicos, de ordem constitucional, estão resguardados dentre os princípios que orientam toda a ordem econômica brasileira e que abrangem tanto a livre concorrência (CF, art. 170, IV), quanto a defesa do consumidor (CF, art. 170, V). A livre iniciativa, que forma a base da ordem econômica brasileira (CF, art. 170,

¹²⁹ “Os acordos restritivos da concorrência são divididos entre acordos *verticais* e *horizontais*, segundo os mercados relevantes em que atuam os partícipes. *Acordos horizontais* são aqueles celebrados entre agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante (geográfico e material) e estão, portanto, em *direta relação de concorrência*. Já os *acordos verticais* disciplinam relações entre agentes econômicos que desenvolvem suas atividades em mercados relevantes diversos, muitas vezes complementares” (FORGIONI, 2015, p. 336).

¹³⁰ “‘Objeto’ tem, entre outros, como sinônimos os seguintes vocábulos: assunto, temática, conteúdo, matéria, finalidade, alvo, propósito, motivo. Assim, basta por exemplo, o ato ter como ‘assunto’, ‘temática’ ou ‘matéria’, qualquer das hipóteses de I a IV, e estar-se-á diante da hipótese de incidência, nos estritos termos legais. É dizer, em derivação cartesiana do comando: os interesses de um saudável ambiente concorrencial são considerados tão importantes pelo legislador, que sua opção foi considerar que pode ser caracterizado como infração qualquer ato que tenha como assunto uma das hipóteses dos art. 36, I a IV” (OCTAVIANI, 2015, pp. 397-398).

¹³¹ “[A]lém da ideia de ‘objeto do ato’ (de seu assunto ou temática), também há, alternativamente (‘OU’), a hipótese de incidência para os atos ‘que possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados). Aqui, estamos diante de tecnologia jurídica que sanciona ou controla a mera possibilidade de os atos eventualmente atingirem os efeitos descritos em I a IV” (OCTAVIANI, 2015, p. 398).

caput), e a livre concorrência, que lhe serve de princípio (CF, art. 170, IV), devem ser entendidas ainda como fenômenos históricos, dinâmicos e interdependentes¹³².

Nessa moldura constitucional, complementada pelo art. 173, §4º da Constituição¹³³, a lei concorrencial abandona uma posição de fim em si mesmo, e se coloca como instrumento¹³⁴ para a concretização dos objetivos fundamentais da República enunciados no art. 3º da Constituição, dentre os quais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem-estar de todos¹³⁵.

O inciso I do *caput* do art. 36 da Lei 12.529/2011 esclarece que, independentemente da detenção de posição dominante, um agente econômico que por seus atos prejudique a livre concorrência ou a livre iniciativa infringe a ordem econômica (FORGIONI, 2015, p. 137). Os incisos II e IV, por sua vez, também tutelam a livre iniciativa e a livre concorrência, coibindo os *abusos* de posição dominante, isto é, os atos praticados por empresas em posição dominante que *não* decorram do exercício *normal* dessa posição, derivado de sua *maior eficiência*, conforme previsto no §1º do art. 36 (*Ibidem*, pp. 138-139). E por fim, o inciso III, ao coibir o aumento arbitrário dos lucros, revela a tutela aos consumidores e à população (*Ibidem*, p. 139), além da tutela da livre iniciativa e da livre concorrência.

¹³² Cf. Tercio Sampaio Ferraz Junior: “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 de formação de preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção” Ainda quanto à interdependência entre a livre iniciativa e a livre concorrência cf. Eros Grau (2015, pp. 201-202): “Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio [da livre iniciativa], em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos: (a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico; (a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública; (a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública; (b) liberdade de concorrência; (b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada; (b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada; (b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial – liberdade privada” (FERRAZ JUNIOR, 1989).

¹³³ “§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

¹³⁴ Para uma análise mais detida sobre as bases constitucionais do direito da concorrência e sobre a sua instrumentalidade no ordenamento brasileiro, cf. FORGIONI, 2015, pp. 186-192.

¹³⁵ Nesse sentido, cf. também STF, Pleno. ADIn 319-4/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 03.03.1993. Disponível em: <http://bit.ly/2ieMIVQ>. Acesso em: 9 jan. 2018.

A lei antitruste brasileira também exemplificou algumas condutas (em distinção a simples “fatos”) que caracterizam infração à ordem econômica (art. 36, §3º), com a condição de que tenham por objeto ou efeito as quatro hipóteses discriminadas nos incisos do *caput* do art. 36. Da mesma forma, quaisquer outras condutas não exemplificadas no §3º podem implicar em infração à ordem econômica, desde que tenham por objeto ou efeito uma das quatro hipóteses discriminadas pelos incisos do *caput* do art. 36¹³⁶.

Dentre as três manifestações principais de práticas antitruste, duas aparecem com destaque nas discussões sobre neutralidade da rede: (i) a questão do abuso da posição dominante exercida pelos ISPs e (ii) os acordos verticais, entendidos de forma ampla, envolvendo a provisão de serviços de conexão e a provisão de serviços de conteúdo e aplicações de Internet.

As discussões sobre aspectos da neutralidade da rede também já apareceram na apreciação de atos de concentração econômica – por exemplo, o Ato n. 7.828/2008, em que a Anatel analisou a aquisição da Brasil Telecom pela então Telemar, comentado brevemente no item 1.2.1. Nesse caso, a preocupação central na interface entre neutralidade e concorrência foi a questão relacionada à integração vertical entre os serviços das duas empresas que se concentravam, com a consequente possibilidade de imposição de óbices discriminatórios a provedores de serviços de valor adicionado não integrantes do grupo da Telemar.

Por fim, a questão da proteção do consumidor e de seu bem-estar aparece com evidência tanto na literatura sobre os objetivos da concorrência quanto na literatura sobre os fundamentos da neutralidade da rede, sendo mais um campo de interface entre os dois domínios. Embora o bem-estar do consumidor não se encontre didaticamente no campo das práticas antitruste – e sim no âmbito dos interesses indiretamente protegidos pela matéria concorrencial, como veremos logo mais – tomaremos uma licença para tratá-lo como um

¹³⁶ Uma exceção a esse racional são algumas concentrações entre agentes econômicos capazes de gerar fatores de desenvolvimento ou ainda a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico (nos termos do §1º do art. 36). Quanto ao primeiro caso, segundo Paula Forgioni (2015, p. 134): “A letra do *caput* do art. 36 levaria à condenação de *todas* as concentrações de agentes econômicos que infringem a concorrência. Entretanto, isso não seria benéfico para a economia, pois, ao fim e ao cabo, algumas podem trazer consigo fatores de desenvolvimento, incluindo benefícios para os consumidores. Por conta disso, o art. 88, §6º, c/c art. 90, permite que concentrações sejam realizada. Para tanto, segundo o disposto no art. 88, o agente econômico deverá pedir *autorização* ao CADE”.

adendo neste tópico deste Capítulo, apenas para fins de melhor sistematização das principais áreas de interface entre os dois domínios aqui estudados.

2.3.2. Posição dominante

Como bem reparou Nuechterlein (2009, p. 34), reduzida ao seu essencial econômico, grande parte das discussões a favor da regulação da neutralidade da rede parte do ponto de partida de que não há uma competição adequada no mercado de provimento de banda larga, logo, o Estado-regulador deve intervir para evitar os abusos decorrentes dessa posição de domínio. Em sua síntese, se cada consumidor pudesse escolher entre dez provedores de acesso à Internet diferentes, não haveria qualquer necessidade de intervenção do Estado-regulador nesse campo, porque a concorrência garantiria que cada provedor fosse responsivo o suficiente às demandas dos consumidores.

Olhando para o contexto brasileiro, o mercado de provimento de banda larga fixa, segundo dados da Anatel referentes a agosto de 2017, tem 31,14% dos seus acessos dominados pela Claro Brasil, 27,21% pela Telefônica e 22,83% pela Oi¹³⁷. Já quanto ao mercado de telefonia móvel, incluindo as tecnologias de acesso à Internet móvel, dados da Anatel para o mesmo período mostram que os acessos se dividiram principalmente em 30,93% para a Telefônica Brasil (Vivo), 25,05% para a Claro e 24,64% para a Tim¹³⁸.

Levando em conta a presunção da Lei 12.529/2011 de que uma empresa ou grupo que controlem ao menos 20% de um mercado relevante ocupam posição dominante (art. 36, §2º), podemos entender que cada uma dessas empresas detém posição dominante nos mercados respectivos de provimento de banda larga fixa e de telefonia móvel¹³⁹.

¹³⁷ Anatel. Dados – Banda larga – Acessos, 4 out. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2yJbP3Z>. Acesso em: 9 jan. 2018.

¹³⁸ Anatel. Dados – Telefonia móvel – Acessos, 8 nov. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2gwzyyr>. Acesso em: 9 jan. 2018.

¹³⁹ Vale a ressalva de Paula Forgioni de que “nem sempre o elevado percentual de mercado detido pela empresa significa existência de posição dominante [...]. Primeiramente, o *market share* só adquire algum valor para fins de verificação da existência de posição dominante, se comparado àqueles dos concorrentes. Ademais, é fato que a posição dominante deriva não da parcela de mercado de que a empresa é titular, mas do poder econômico que

A lei concorrencial brasileira, contudo, não veda a dominação de mercado *per se* – o que ela busca vedar é o seu abuso. Isto é, a empresa ou grupo econômico que detiverem posição dominante por força de processo natural fundado em sua maior eficiência (nos termos do art. 36, §1º) não serão penalizados pelo simples fato de “dominar mercado relevante” (nos termos do art. 36, II). Como explicava Miguel Reale (1985, pp. 521-522):

[O] poder econômico, em si mesmo, não é ilícito, enquanto instrumento normal ou natural de produção e circulação de riquezas numa sociedade, como a nossa regida por normas constitucionais que consagram a ‘liberdade de iniciativa’, a ‘função social da propriedade’ [...] Estas ponderações as faço, à vista de certa tendência a considerar, por exemplo, lesiva ou ilícita toda e qualquer forma de *concentração do poder econômico*, quando este fato pode ser o resultado do progresso tecnológico, a exigir economia de meios de custos [...] Qualquer que seja o tipo ou o grau de concentração empresarial ou capitalista, ainda que revista a forma de *empresas multinacionais* – as quais são, às vezes, fulminadas, indiscriminadamente, com simplismo condenável – impõe-se a *fidelidade à lei* como pressuposto de justiça social concreta.

Caso interessante e relativamente recente em que o CADE foi confrontado com a alegação de abuso de posição dominante por uma prestadora de serviços de telecomunicações foi o da Telemar Norte Leste S/A (atualmente Oi, sob pedido de recuperação judicial). Nessa oportunidade, o CADE analisou se a Telemar – então detentora de mais de 90% do mercado de telefonia fixa na Região I do Plano Geral de Outorgas – teria praticado conduta anticompetitiva ao monitorar as chamadas de seus clientes direcionadas à concorrente, Vésper, recém entrante naquele mercado relevante.

O objetivo da Telemar ao monitorar aquelas chamadas era identificar e segmentar clientes com potencial de migrar para a Vésper e, a partir dessas informações, oferecer a esses clientes planos comerciais específicos para evitar que migrassem para a outra operadora. O

detém e que lhe permite *independência* e *indiferença* em relação ao comportamento de outros agentes, colocando-lhe a salvo de pressões concorrenciais” (FORGIONI, 2015, p. 273). Contudo, o percentual de mercado, aliado a outros indicativos como as barreiras de entrada a novos agentes, a dependência dos consumidores dos serviços de acesso à Internet (em alguma medida relativizada pela atual existência da obrigação de portabilidade pelas prestadoras de serviços de telecomunicações), a estrutura avançada e o domínio da infraestrutura e da tecnologia das redes de acesso à Internet, apontam para a existência de posição dominante dos principais provedores de acesso destacados acima.

conselheiro relator do caso, Márcio Oliveira Júnior¹⁴⁰, não enxergou abuso de posição dominante em tais condutas da Telebrás, sendo que o ilícito regulatório cometido no caso (acesso ilegal a dados dos clientes para fins promocionais), em sua opinião, já havia sido punido pela Anatel¹⁴¹. Mas, por maioria de votos, o Plenário do CADE acompanhou o voto-vogal da conselheira Ana Frazão, segundo o qual a Telemar abusou de sua posição dominante ao se valer de informações de clientes – indevidamente obtidas graças ao acesso que a elas pôde ter em razão da obrigatoriedade legal de interconexão das redes de telecomunicações – para impedir a entrada da Vésper no mercado relevante. Nas palavras da conselheira¹⁴²:

Demonstrada a inexistência de meios concorrenciais legítimos na realização das promoções e a potencialidade lesiva da conduta, entendo que a representada praticou ilícito antitruste, por ter abusado de sua posição dominante, criando dificuldade indevida e injustificável ao desenvolvimento da Vésper no mercado de telefonia fixa.

As lições de Calixto Salomão (2008, pp. 125-126) sobre a concorrência em redes não poderiam ser mais esclarecedoras para a compreensão desta questão. Para o autor, em setores como o dos serviços de telecomunicações, a tecnologia detida pelas prestadoras desses serviços permite a criação de novas redes de forma mais fácil do que a qualquer novo entrante, de modo que é especialmente importante garantir um grau de concorrência adequado entre essas redes. Na sua explicação (*Ibidem*, p. 125):

A dominação da rede permite ao titular da rede ter informação extensa sobre padrões de uso e gosto do consumidor. Mais informação que qualquer concorrente – especialmente novo entrante – pode ter sobre os padrões de uso do consumidor. Mais que isso. O titular da rede detém mais informações sobre o padrão de uso do consumidor de seus

¹⁴⁰ CADE. Voto do Conselheiro Relator Márcio Oliveira Júnior no Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-04 (Caso Telemar/Vésper), 11 mar. 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2yI1FQX>. Acesso em: 9 jan. 2018.

¹⁴¹ Com multa de R\$11.433.363,38, por infração ao disposto no art. 24, inciso II, do Regulamento de Serviços de Telecomunicações (RST), aprovado pela Resolução nº 73, de 25/11/98; nos art. 5º, 6º e 70, inciso II, da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT); e na Cláusula 15.1, inciso XXIII, do Contrato de Concessão aprovado pela Resolução nº 26, de 27/5/98 (*cf.* o voto do Conselheiro Relator Márcio Oliveira Júnior).

¹⁴² CADE. Voto da Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-04 (Caso Telemar/Vésper), 11 mar. 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2hCiwBx>. Acesso em: 9 jan. 2018.

serviços que o consumidor tem ou terá sobre as formas de utilização da nova tecnologia. Ou seja, a assimetria de informação a favor dos titulares da rede já existente não se dá só em relação aos concorrentes, mas também em relação aos consumidores.

Um outro conceito (na verdade, uma metáfora) bastante comum na ciência da comunicação e nas discussões sobre neutralidade da rede, e que de certo modo dialoga com a noção concorrencial de posição dominante dos provedores de acesso à Internet, é o conceito de “*gatekeeper*” (porteiro, aquele que controla a entrada). Como Pamela Shoemaker e Tim Vos (2011, p. 36) explicam, *gatekeepers* podem decidir quais mensagens atravessarão ou não os canais de difusão da informação, e assim facilitar ou restringir sua difusão.

Analisando as principais funções de *gatekeeping* em um contexto de rede, como o da Internet, Karine Barzilai-Nahon (2008, pp. 1495-1496) o define como o processo de controle da informação à medida que ela se move através de um canal, e entende que esse processo de controle pode ter três objetivos principais: (i) prender a informação dentro da rede do *gatekeeper*, (ii) proteger normas, informações e comunidades da entrada indesejada de agentes externos, e (iii) não perturbar atividades dentro das fronteiras de uma determinada rede.

Dada a tecnologia detida pelos provedores de acesso, que lhes permite discriminar o tráfego de dados de determinadas aplicações que chegam aos usuários finais por meio de suas redes, não parece haver dúvidas do seu potencial para atuar como *gatekeepers*.

Para os proponentes da neutralidade da rede, na ausência de uma regra que proíba a discriminação do tráfego, os provedores de acesso necessariamente se comportariam como *gatekeepers* (cf. GILROY, 2011, p. 13). Assim, do ponto de vista da neutralidade da rede, a posição dominante detida por ISPs é uma preocupação apriorística, porque gera um incentivo a que eles se comportem como *gatekeepers*, isto é, discriminando de forma irregular o tráfego de dados de determinadas aplicações e conteúdos que chegariam aos usuários finais por meio de suas redes.

Já na perspectiva concorrencial, a questão central residiria em identificar, em cada caso e *ex post*, se tais ISPs efetivamente abusam de sua posição dominante, levando em consideração que eles operam em um mercado de duas pontas.

A análise dos diferentes objetivos e efeitos das práticas discriminatórias do tráfego por ISPs, a que passamos a nos dedicar no item seguinte, ajuda a lançar luz sobre a questão dos incentivos ao abuso de posição dominante por esses provedores.

2.3.3. Integrações verticais e práticas discriminatórias

Associada à concentração do mercado de provimento de banda larga, grande parte das discussões regulatórias sobre a neutralidade da rede também destacaram os riscos de que qualquer provedor de acesso, podendo combinar o oferecimento de acesso à Internet com o de provimento de aplicações de Internet, fortaleça ainda mais sua posição no mercado de banda larga e assim sua inclinação para discriminar o tráfego de provedores de aplicações não pertencentes ao seu grupo econômico (NUECHTERLEIN, 2009, p. 35).

A integração vertical entre o provimento de acesso à Internet e o provimento de conteúdos na Internet, com a eventual priorização do tráfego destes últimos, é apenas um dos arranjos que a regra de neutralidade visa a coibir. Além dos casos de *integração vertical em sentido estrito*, em que ISPs passam a prestar aplicações na Internet diretamente, outras duas formas de *integração vertical em sentido amplo*, decorrentes de acordos entre ISPs e OSPs também são especialmente recorrentes nos debates sobre neutralidade da rede, são elas: os *preços diferenciais* – a imposição por ISPs de preços diferentes aos provedores de conteúdo de acordo com os diferentes serviços de acesso aos usuários – e a *discriminação de preços* – a imposição por ISPs de preços diferentes aos provedores de conteúdos pelos mesmos serviços de acesso aos usuários (*cf.* WEISMAN; KULICK, 2010).

O Decreto 8.771/2016, ao regulamentar a regra de neutralidade da rede do Marco Civil da Internet, também se ocupa das práticas verticais. O seu art. 9º se refere a condutas unilaterais que privilegiem aplicações ofertadas pelo próprio provedor de acesso (*caput c/c inciso III*) – o que chamamos de *integração vertical em sentido estrito* – e a acordos entre o

provedor de acesso e provedores de aplicações que priorizem pacotes em razão de arranjos comerciais (*caput* c/c inciso II) – o que chamamos de integração vertical em sentido amplo¹⁴³.

Do ponto de vista concorrencial, ao apresentar as condutas tendentes à dominação de mercados em espécie, Calixto Salomão (2007, p. 156) as divide, conforme seus diferentes objetos e efeitos, entre condutas de *exclusão* e condutas de *colusão*. Enquanto as diferentes formas de exclusão têm por objetivo ou efeito imediato a exclusão de concorrentes do mercado, a colusão tem por objetivo ou efeito imediato o ajuste de comportamentos entre participantes do mercado – ainda que alguma forma de exclusão de concorrentes possa acontecer de forma colateral.

As integrações verticais aqui comentadas, entendidas como acordos na linha vertical tendentes a que ISPs privilegiem determinadas aplicações de Internet (sejam aplicações suas ou de terceiros), por seu objeto e efeitos, nos parecem se aproximar do que o direito concorrencial entende por condutas colusivas. Nesse contexto, a imposição de preços diferenciais ou discriminatórios em acordos verticais entre ISPs e OSPs podem gerar o efeito anticoncorrencial consistente em desfavorecer aplicações ao sufocar sua chegada aos usuários (*cf. Ibidem*, pp. 261 e 294).

É certo que as práticas discriminatórias *per se* não necessariamente serão condutas anticoncorreciais. Como explica Calixto Salomão (*Ibidem*, p 292), “[a] discriminação só é ilícita quando parte de um acordo de cooperação em linha vertical”. Assim, para a caracterização da conduta ilícita e indesejada pelo direito concorrencial, é preciso que o objeto do acordo vertical entre o ISP e o OSP seja o tratamento sistematicamente desigual entre o OSP que seja parte do acordo e os seus demais concorrentes (*cf. Ibidem*, p. 293). O CADE¹⁴⁴

¹⁴³ No item 3.3., discutiremos o Inquérito Administrativo n.º 08700.004314/2016-7, em que foram trazidas à análise do CADE alegadas integrações verticais que consistiriam em infrações à neutralidade da rede e à ordem econômica.

¹⁴⁴ *Cf.* CADE. Resolução n.º 20, de 9 de junho de 1999, Anexo I. Disponível em: <http://bit.ly/2qJuEEQ>. Acesso em: 9 jan. 2018; CADE. Nota Técnica n.º 12/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE no Inquérito Administrativo n.º 08012.011881/2007-41, 24 mai. 2016, parágrafos 90 e ss. Disponível em: <http://bit.ly/2CP6ld4>. Acesso em: 9 jan. 2018: “De início, cumpre observar que a discriminação de preços ou de condições de contratação não é necessariamente ilícito antitruste. De fato, trata-se de comportamento corriqueiro no mercado, motivado por várias razões de ordem prática e econômica e sendo, na maioria das vezes, conduta legítima. Isso ocorre porque é comum haver situações em que agentes econômicos desiguais são tratados de maneira desigual, como, por exemplo, a prática de descontos por volume consumido ou para determinado perfil de pessoas ou empresas consumidoras (como os descontos para entradas de cinema para estudantes e pessoas idosas). Da mesma forma, a discriminação de preços ou condições de contratação em razão de níveis muito díspares de consumo pode resultar

também entende que as práticas verticais, como a discriminação de preços ou de condições de contratação, não constituem *per se* infrações à ordem econômica, podendo ser motivadas por diversas razões práticas e econômicas.

Feitas essas considerações concorrenciais, passamos a analisar os objetivos e efeitos mais comuns das práticas discriminatórias, seguindo, nesses temas, a sistematização do Relatório do BEREC sobre Práticas Diferenciais e Questões Concorrenciais Correlatas no Escopo da Neutralidade da Rede (2012, pp. 27 e ss).

Este estudo do BEREC, embora partindo de um modelo teórico em que a Internet é vista como uma plataforma de múltiplas pontas, deixa claro que essa configuração não serve como um antídoto absoluto a práticas discriminatórias ilícitas por parte dos ISPs¹⁴⁵.

2.3.3.1. Objetivos das práticas discriminatórias

2.3.3.1.1. Objetivos determinados em lei como exceções à neutralidade da rede

de economias de escala, em que se torna eficiente cobrar menos de consumidoras que contratam volumes maiores. Outro exemplo ocorre quando o custo marginal de fornecimento de um serviço aumenta significativamente em certos intervalos de tempo, como em períodos de pico, fazendo com que a cobrança de preços diferenciados constitua prática eficiente. A discriminação de preços ou de condições de contratação pode ser ilícito concorrencial quando a fornecedora utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto ou serviço, discriminando-o entre compradoras, de forma a prejudicar a livre concorrência. Conforme voto do Conselheiro-Relator Carlos Ragazzo no Processo Administrativo nº 08012.001099/1999-71: ‘A discriminação de preços pode ser caracterizada como a venda de um mesmo produto a diferentes clientes sob diferentes condições sem justificativa para tanto. Em termos econômicos, poderia ser caracterizado como a capacidade de um agente em extrair o máximo da disposição de pagamento de seus diferentes consumidores por um determinado bem’. [...] Para que a discriminação de preços ou de condições contratuais se configure ilícito antitruste, é necessário que: (i) o agente econômico discriminador possua posição dominante no mercado relevante de origem; (ii) haja prejuízo, ainda que potencial, à livre concorrência; e, (iii) não existam justificativas objetivas para a prática que demonstrem racionalidade econômica legítima na conduta”.

¹⁴⁵ Conclusão contrária a que chegou conhecida nota técnica sobre a economia da neutralidade da rede publicada no Brasil (MATTOS et al, 2013), com a qual discordamos. Outras conclusões a que esta Nota Técnica chegou e que se mostram questionáveis à luz da conformação final da regra de neutralidade da rede brasileira e do contexto do país incluem o pretenso desestímulo a serviços que demandam maior rapidez (como telemedicina) – equacionado pela possibilidade de prestação de serviços especializados sem prejuízo da neutralidade da rede – e a afirmação de que as barreiras de entrada no mercado de provimento de acesso à Internet não são “tão significativas” – a que se contrapõe a realidade fática de concentração do setor, conforme se destacou no item 2.3.2. acima.

A discriminação do tráfego de determinadas aplicações de Internet em detrimento de outras pode decorrer das hipóteses previstas em lei como exceção ao princípio da neutralidade da rede. Com visto no item 1.2.4., a regra de neutralidade da rede brasileira não é absoluta e comporta como exceções a discriminação ou degradação decorrente de “requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços” ou da “priorização de serviços de emergência” (MCI, art. 9º, §1º).

Como o Decreto 8.771 detalhou, a exceção decorrente de requisitos técnicos necessários à prestação adequada dos serviços comporta, além de questões relacionadas à segurança das redes, também o tratamento de situações de congestionamento do tráfego, em que seja necessário manter níveis adequados de qualidade do serviço de acesso à Internet (QoS) (art. 5º, §1º). A Anatel monitora constantemente a qualidade dos serviços de banda larga fixa e móvel, por meio dos indicadores de desempenho operacional das respectivas prestadoras, previstos nos Regulamentos de Gestão da Qualidade¹⁴⁶. Conforme os últimos dados disponibilizados pela agência¹⁴⁷, de janeiro a setembro de 2017, o percentual de cumprimento de metas na provisão de banda larga fixa alcançou 65% e nos serviços móveis, 69,8%.

Desde que levadas a cabo dentro das condições de validade, entre as quais a abstenção de condutas anticoncorrenciais (MCI, art. 9º, §2º), as práticas discriminatórias que tenham por objetivo as finalidades expressamente dispostas em lei como exceções à regra geral de tratamento isonômico dos pacotes de dados na rede não devem ser vistas como ilícitos, nem diante da regra de neutralidade da rede nem diante da política de defesa da concorrência.

2.3.3.1.2. Diferenciação de serviços para os consumidores

Práticas discriminatórias podem ter por objetivo a oferta de pacotes específicos de serviços de acesso à Internet aos usuários. Neste caso, os provedores de acesso oferecem

¹⁴⁶ Cf. ANATEL. Resolução nº 574, 2011. Disponível em: <http://bit.ly/2B8DUTA>. Acesso em: 9 jan. 2018; ANATEL. Resolução nº 575, 2011. Disponível em: <http://bit.ly/2zZn89G>. Acesso em: 9 jan. 2018.

¹⁴⁷ ANATEL. Dados – Qualidade dos Serviços, 30 nov. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2zTmDQI>. Acesso em: 9 jan. 2018.

diferentes pacotes de serviços de acesso à Internet a diferentes preços e os usuários podem escolher o que melhor atenda às suas necessidades. Dentre estes objetivos podem estar, por exemplo, a contratação de pacotes com diferentes níveis de velocidade (normal, premium, etc) ou a contratação de serviços especializados que permitam a qualidade dos serviços de ponta-a-ponta em paralelo com o provimento do serviço de acesso à Internet.

Do ponto de vista concorrencial, estes objetivos tendem a aumentar o poder de escolha dos usuários e, em princípio, isoladamente tendem a não constituir um ilícito concorrencial.

Do ponto de vista da neutralidade da rede, vimos que o parecer final ao projeto de lei que deu origem ao Marco Civil procurou deixar claro que a lei não deveria ser lida de forma a proibir o oferecimento de pacotes aos usuários por volume de tráfego de dados na Internet pública – o que se buscou proibir foi a diferenciação de tratamento por qualidade dos pacotes de dados (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014, p. 35).

Por exemplo, quando um usuário ultrapassa o limite da franquia de dados que contratou e tem a sua conexão interrompida não há uma violação à neutralidade da rede, porque esta regra não estabeleceu restrições à cobrança de dados por volume ou velocidade, desde que os diferentes pacotes comerciais oferecidos aos usuários sigam critérios agnósticos e isonômicos em relação a todas as aplicações e a todos os usuários (RAMOS, 2015a, p. 176). Assim, a diferenciação dos pacotes de serviços de acesso por velocidade de conexão não constitui, por si só, uma violação à neutralidade da rede.

O oferecimento de pacotes diferenciados com base na contratação de serviços especializados, por sua vez, para que não fira a neutralidade da rede, depende de que a aplicação ou serviço especializado, cuja prestação será feita de forma priorizada, seja prestado por meio de uma estrutura lógica ou física separada da Internet pública (RAMOS, 2015a, p. 176), respeitadas também as regras da Anatel sobre a prestação de Serviços de Acesso Condicionado¹⁴⁸.

2.3.3.1.3. Diferenciação de serviços para OSPs

¹⁴⁸ Cf. ANATEL. Resolução nº 581, 2012. Disponível em: <http://bit.ly/2mLkwsV>. Acesso em: 9 jan. 2018.

Determinadas práticas de diferenciação do tráfego podem ter por objetivo imediato diversificar as condições por meio das quais diferentes provedores de aplicações chegam até os usuários que se conectam à Internet por meio de um determinado provedor de acesso. Por um lado, esta diferenciação pode ser conseguida por meio simplesmente de acordos de interconexão direta entre ISPs e OSPs, sem prejuízo à neutralidade da rede. Por outro lado, permitir que determinados conteúdos ou aplicações tenham prioridade ou qualidade diferenciada para chegar aos usuários por meio da Internet pública, acima do dever de melhores esforços dos ISPs, é justamente o que o mandamento geral da neutralidade da rede visa a coibir, de forma que, em princípio, práticas de diferenciação com este objetivo parecem violar a regra de neutralidade da rede.

Do ponto de vista concorrencial, mesmo essas últimas práticas podem comportar mais nuances. A compreensão da sua abrangência dependeria, por exemplo, de uma análise da posição de mercado do eventual ISP que as oferta, já que elas estariam limitadas à parte da Internet (rede de transporte e segmento de acesso dos usuários) controlada pelo respectivo ISP, além de uma análise de impacto caso a caso. Em determinadas circunstâncias, elas poderiam ser vistas como favoráveis à eficiência no ecossistema da Internet, atendendo a uma demanda por maior qualidade. Em outros casos, poderiam afetar a qualidade do tráfego de dados de outros provedores de aplicações, que não pudessem ou desejassem pagar às ISPs para um acesso de maior qualidade, o que geraria um impacto negativo na eficiência geral do ecossistema da Internet.

2.3.3.1.4. Proteção dos negócios

Nos casos de integração vertical em sentido estrito, em que ISPs passam a prestar aplicações na Internet diretamente e concorrer com outros OSPs nessa frente, existe um incentivo potencial a que adotem práticas de discriminação do tráfego com o objetivo de proteger ou expandir seus negócios na camada de conteúdo da Internet – diferentemente das práticas discriminatórias com os demais objetivos estudados neste tópico, estas se aproximam mais das condutas anticoncorrenciais de exclusão.

As práticas discriminatórias com este objetivo podem ir desde o bloqueio e a despriorização do tráfego de OSPs concorrentes até a segmentação da oferta desses serviços concorrentes em pacotes comerciais mais caros ou mediante o pagamento de taxas extras.

Tais bloqueios, despriorizações e cobrança de taxas extras em detrimento de outras OSPs violam o dever de tratamento agnóstico dos pacotes de dados da Internet e, assim, violam a neutralidade da rede *prima facie*.

Do ponto de vista concorrencial, sua análise deve incorporar, dentre outros fatores, a compreensão da posição de mercado do respectivo ISP e dos benefícios gerados aos consumidores.

2.3.3.2. Efeitos das práticas discriminatórias para os consumidores

Os efeitos das práticas discriminatórias levadas a cabo por ISPs para os OSPs normalmente são enfocados em maior detalhe nos estudos sobre a neutralidade da rede e estão no âmago de importantes objetivos deste domínio como a inovação, o enfrentamento a barreiras de entrada e a promoção da livre iniciativa na camada de conteúdo da Internet, como visto no Capítulo 1.

A preservação desses objetivos no médio e longo prazo depende da manutenção da Internet como uma plataforma aberta, que sinalize que a inovação e a entrada na camada de conteúdo são possíveis a qualquer provedor de aplicação – não apenas aos que puderem pagar por eventuais rotas de acesso priorizadas.

De forma bastante resumida, para os OSPs, as práticas de discriminação de tráfego trazem consigo o risco de redução da intensidade da concorrência, mas guardam efeitos distintos para os diferentes OSPs dependendo de seu tamanho e poder de mercado¹⁴⁹.

¹⁴⁹ “The introduction of different tariffs or technical conditions (e.g. different QoS schemes) could be seen as an entry barrier for some CAPs, such as new and/or small providers and non-profit offers. There is a risk that this may negatively affect users’ welfare. Whether or not that is likely to be the case depends on several factors that are difficult to envisage given the absence of concrete examples of this type of practices. For example, it could be that all CAPs would have to pay, in order to avoid too low quality, and this may be a problem for not-for-profit services. On the other hand, an increased contribution to funding from the CAP side could result in lower tariffs

Como os efeitos das eventuais práticas de discriminação do tráfego para os OSPs podem ser compreendidos a partir das discussões do Capítulo 1, concentraremos a discussão sobre os efeitos de curto e longo prazo das práticas discriminatórias para os consumidores.

2.3.3.2.1. Efeitos de curto prazo

Quaisquer práticas que influam na qualidade ou preço dos serviços de acesso disponibilizados aos usuários têm o potencial de afetar sua experiência diretamente, podendo impactar seu bem-estar de forma positiva ou negativa. A avaliação desse impacto depende da ocorrência de danos ao consumidor e do número de consumidores afetados.

Exemplificativamente, uma prática discriminatória que reduza as escolhas dos consumidores quanto ao consumo de aplicações de Internet tende a ter um efeito negativo no seu bem-estar, mas esse efeito pode ser mitigado pela disponibilidade de ofertas alternativas para o uso da aplicação cujo acesso foi limitado, quer pelo mesmo ISP que a limitou ou por ISPs concorrentes – assim como pela facilidade e pelos baixos custos de migração para um novo ISP no segundo caso.

Dada a assimetria de informações natural da relação entre consumidor e ISP, eventuais efeitos negativos de curto prazo dessas práticas para os consumidores tendem a ser minimizados pela transparência dos ISPs quanto às práticas discriminatórias adotadas, na linha do que dispõem o art. 9º, §2º, II, do Marco Civil da Internet e o art. 7º do Decreto 8.771/2016.

2.3.3.2.2. Efeitos de médio e longo prazo

Os efeitos de médio e longo prazo de práticas discriminatórias no bem-estar dos consumidores estão atrelados aos efeitos dessas mesmas práticas no mercado de provimento de aplicações de Internet.

set by ISPs for connectivity services delivered to users. It appears that the effect of such practices, which are already partly implemented in some cases, is not easily measurable” (BEREC, 2012, p. 33).

Caso essas práticas tenham por efeito diminuir o dinamismo da concorrência na camada de conteúdo da Internet, os consumidores são negativamente afetados pela diminuição do seu poder de escolha, pelo aumento dos preços ou pela diminuição da qualidade nos serviços disponíveis naquele mercado.

Por outro lado – e este foi um dos argumentos bastante reiterados pelo setor de telecomunicações nos debates sobre a regulação da neutralidade da rede no Brasil e pelos apoiadores da recente mudança promovida pelo FCC nos Estados Unidos – também se argumenta que a possibilidade de adoção de práticas diferenciais, no longo prazo, contribui com a expansão e melhoria da infraestrutura de redes¹⁵⁰, podendo gerar efeitos positivos para os consumidores.

2.3.3.3. Síntese: objetivos e efeitos das práticas discriminatórias

Em síntese, a detenção de posição dominante, aliada a cenários de integração vertical, gera diferentes incentivos à prática de condutas discriminatórias. Integrações verticais *per se* não são uma violação apriorística quer à neutralidade da rede quer ao direito concorrencial.

Com base na regra de neutralidade da rede brasileira, para que essas integrações sejam um ilícito, é preciso que tenham por objeto a priorização de pacotes de dados específicos em decorrência da verticalização (Decreto 8.771/2016, art. 9º, II e III), mas pouco importa a posição de mercado dos ISPs em questão ou os efeitos efetivamente causados por tais práticas.

Já para o direito concorrencial, a discriminação resultante de uma verticalização dessa natureza não necessariamente consistiria em uma infração à ordem econômica – a análise concorrencial dessas práticas dependeria da observação de fatores adicionais, como a posição de mercado do respectivo ISP e os efeitos dessas práticas para os mercados relevantes e para os consumidores afetados.

¹⁵⁰ Esta conclusão, contudo, não é uma unanimidade nos estudos sobre a matéria, trabalhos como os de Viktória Kocsis e Jarst Weda (2013) e de Jay Pil Choi e Byung-Cheol Kim (2010) chegaram a conclusões diversas desta, sugerindo que a neutralidade da rede favorece a inovação e os investimento também na camada de infraestrutura da Internet.

2.3.4. *Addendum*: Bem-estar do consumidor

Como visto no item 2.3.3.2., os efeitos das práticas discriminatórias do tráfego na Internet podem apontar tanto para resultados favoráveis aos consumidores, tendentes à ampliação de seu poder de escolha e à adequação da oferta à demanda, quanto para resultados negativos, decorrentes efeitos de rede de médio e longo prazo prejudiciais para o ecossistema da Internet, inclusive para os consumidores. No centro dessa análise de efeitos das práticas discriminatórias do tráfego, quer do ponto de vista da defesa da concorrência ou da neutralidade da rede, está o impacto no bem-estar dos consumidores, em especial quanto aos preços praticados para que acessem a Internet, no seu poder de escolha quanto aos serviços de acesso ou às aplicações disponibilizadas na rede, e na facilidade com que possam migrar de um serviço para o outro.

Embora os interesses dos consumidores não sejam *diretamente* protegidos quer pelo direito da concorrência quer pela neutralidade da rede, eles se encontram *indiretamente* protegidos por ambos.

Do ponto de vista da neutralidade da rede, vimos no item 1.4.2.1 que um dos objetivos do mandamento geral de não discriminação do tráfego é a proteção à liberdade de expressão dos usuários da Internet, incluindo a diversidade e o pluralismo dos conteúdos e aplicações de que possam desfrutar, apontando para um importante elo entre o resguardo desse interesse dos consumidores e a regra de neutralidade da rede. Contudo, os estudos¹⁵¹ que tentaram explorar a regra de neutralidade da rede de um ponto de vista do bem-estar do consumidor diretamente – a exemplo do estudo do BEREC sobre Práticas Diferenciais e Questões Concorrenciais Correlatas no Escopo da Neutralidade da Rede (2012), que exploramos no item 2.3.3. – se utilizam da abordagem econômica/concorrencial para tanto, não havendo, como há no domínio do direito da concorrência, uma abordagem com critérios próprios de neutralidade da rede para a análise do impacto dessas regras nos interesses dos consumidores.

A ausência de uma abordagem específica nas discussões de neutralidade da rede sobre o bem-estar dos consumidores, para além das questões de liberdade de expressão, frente à

¹⁵¹ Nesse sentido, *cf.* SCHEWICK, 2007; SIDAK, 2006; SASHKIN, 2006.

frutífera discussão concorrencial sobre este ponto é compreensível. De fato, e não só alhures como no Brasil, há muito mais tempo a teoria do direito econômico, e a do direito da concorrência especificamente, se dedica a este tema. Antes mesmo da edição de um conjunto de regras próprio para a proteção e defesa imediata dos interesses dos consumidores no Brasil, Fábio Konder Comparato (2011, pp. 167-186) apontava a proteção dos seus interesses como um “importante capítulo do direito econômico”, que, embora ausente de forma sistemática na teoria econômica clássica, se apresentava em normas do direito econômico nos campos da compra e venda, da propriedade industrial, da concorrência desleal e da repressão ao abuso do poder econômico, dentre outros.

No campo concorrencial, a discussão sobre a tutela aos interesses dos consumidores está no próprio âmago da resposta à pergunta sobre o significado e o sentido das regras concorrenciais – onde também se encontra, na lição de Calixto Salomão (2013, p. 39 e ss), a mais importante divergência da teoria econômica em matéria de sistema antitruste. Resumindo a lição deste autor, a teoria econômica tradicional sobre o sentido das normas concorrenciais se divide entre a “Escola de Harvard” ou escola estruturalista, dada a sua ênfase na estrutura de mercados individuais para a aplicação do direito antitruste, e a “Escola de Chicago” ou neoclássica, em que a existência de monopólios ou outras restrições à concorrência é admitida desde que sirvam ao objetivo central da maximização da eficiência. Neste caso, a eficiência é entendida como “a habilidade de produzir a custos menores e, *consequentemente*, reduzir os preços para os consumidores” (*Ibidem*, p. 40).

A Escola de Freiburg ou ordoliberal, por sua vez, faz frente ao pensamento neoclássico, questionando os pressupostos econômicos da sua definição de “bem-estar do consumidor” e afirmando a centralidade do processo de descoberta das melhores opções existentes para a adoção do comportamento mais racional no sistema de mercado. A possibilidade de escolha de todos os agentes do mercado – dos consumidores aos produtores – se coloca como um valor central, de modo que a concorrência efetiva não é uma condição fundamental e a análise das posições de poder sobre o mercado passa então a se concentrar na verificação sobre a criação de barreiras à entrada de concorrentes no mercado.

De fato, como resume Roberto Pfeiffer (2015, pp. 98-99), não há dúvidas de que os consumidores são beneficiados pelas normas concorrenciais, graças aos seus efeitos na

diminuição dos preços, no aumento da qualidade e da diversidade dos produtos e serviços colocados à disposição no mercado, na diminuição da assimetria informacional dos consumidores (sobretudo por meio da publicidade) e, conseqüentemente, na ampliação do poder de escolha dos consumidores.

Quando olhamos para a neutralidade da rede, vemos que ela, assim como o direito concorrencial, também tende a favorecer a ampliação do poder de escolha dos consumidores. Esse efeito decorre da preservação da qualidade e da diversidade dos produtos e serviços disponibilizados aos consumidores na camada de conteúdo da Internet e, dependendo da conformação das práticas diferenciais executadas pelos ISPs, do controle dos preços praticados para o acesso à Internet pública, sendo o bem-estar dos consumidores mais um ponto de interface entre o direito concorrencial e esta disciplina.

2.4. CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Neste Capítulo, exploramos como as discussões em torno da necessidade ou não de uma regulação *ex ante* sobre a neutralidade da rede, especialmente no debate teórico estadunidense (que em muito influenciou as discussões regulatórias sobre este tema no Brasil e no restante do mundo) se centraram na insuficiência ou suficiência da política de defesa da concorrência para sanar os eventuais efeitos adversos da utilização de práticas discriminatórias do tráfego por provedores de acesso à Internet.

Também colocamos em perspectiva os principais atores do ecossistema da Internet – ISPs, OSPs e usuários – e suas inter-relações, nos permitindo partir de um modelo em que a Internet é vista como um mercado de múltiplas pontas, com efeitos de rede entre esses seus principais atores. Embora esse modelo, na prática, dependa de alguns condicionantes para que seja perfeitamente aplicável à Internet, vimos que ele tem um grande valor para compreensão das interfaces entre a neutralidade da rede a política de defesa da concorrência, e assim, sob o seu plano de fundo, analisamos institutos concorrenciais recorrentemente utilizados nas discussões sobre neutralidade da rede, como a posição dominante e as integrações verticais e práticas diferenciais.

Por fim, partindo da estrutura proposta pelo BERECA ao estudar práticas diferenciais e questões concorrenciais correlatas no escopo da neutralidade da rede, expomos os principais *objetivos* perseguidos e *efeitos* que podem ser causados por eventuais práticas de discriminação do tráfego levadas a cabo por ISPs – a referência a objetivos e efeitos, em clara remissão ao *caput* do art. 36 da Lei 12.529/2011, não é ocasional. As análises de objetivos e efeitos incluíram ponderações de ordem concorrencial e atinentes à neutralidade da rede, começando a revelar os limites entre as duas disciplinas.

Enquanto o Capítulo 1 apresentou o histórico, elementos e objetivos da neutralidade da rede, buscando delimitar os contornos específicos dessa regra em especial no direito brasileiro, o Capítulo 2 explorou as sobreposições entre ela e a política de defesa da concorrência, mostrando como em muitos momentos os dois domínios aparecem de forma sobreposta. Resta agora esclarecer os limites entre os dois conjuntos de normas.

CAPÍTULO 3 – LIMITES ENTRE A NEUTRALIDADE DA REDE E A POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

SUMÁRIO DO CAPÍTULO: 3.1. CONVIVÊNCIA E LIMITES ENTRE A LEI GERAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E LEIS ESPECÍFICAS **3.1.1.** Neutralidade da rede **3.1.2.** Direito do consumidor **3.1.3.** Propriedade intelectual **3.1.4.** Lições importantes: a noção jurídica de interesse e a separação dos diferentes domínios jurídicos por meio dos interesses que tutelam de forma direta ou imediata **3.2.** COLABORAÇÃO INSTITUCIONAL NA ATUAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O REGIME INSTITUCIONAL COLABORATIVO REFORÇADO PELO DECRETO 8.771/2016 **3.3.** LIMITES ENTRE A NEUTRALIDADE DA REDE E A TUTELA CONCORRENCIAL NO BRASIL: O INQUÉRITO ADMINISTRATIVO N.º 08700.004314/2016-7 (ZERO RATING) **3.4.** CONCLUSÃO DO CAPÍTULO.

3.1. CONVIVÊNCIA E LIMITES ENTRE A LEI GERAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E LEIS ESPECÍFICAS

Não bastasse a natural complexidade da política de defesa da concorrência, que une a aplicação de princípios jurídicos e teorias econômicas, este sistema, criado pelo Estado para regular a atividade de agentes que se comportam como particulares, também precisa conviver harmonicamente com a face estatal regulatória, que determina a persecução de objetivos que vão além da defesa e promoção da concorrência (SALOMÃO FILHO, p. 167).

Como manifestação da face estatal regulatória, a neutralidade da rede se coloca como um campo mais extenso dentro da sua especialidade que o direito da concorrência, no sentido de que ela se aplica ainda que não se observe no caso concreto nenhuma espécie de infração à ordem econômica. Assim como acontece com as leis específicas¹⁵² que comentaremos

¹⁵² Quando falamos de “leis específicas” neste Capítulo, estamos nos referindo a determinados conjuntos de normas – a exemplo da neutralidade da rede, do direito do consumidor e da propriedade intelectual – que se aplicam a fatos e atos jurídicos de uma natureza específica, e que, embora mantenham espaços de interface com o

brevemente nos itens 3.1.2 e 3.1.3, a neutralidade da rede guarda interfaces e limites com a política de defesa da concorrência tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista institucional, no sentido de que sua execução pode passar pelo SBDC, mas nele não esgota, conforme veremos no item 3.2.

Neste ponto é interessante (a) lembrar que a defesa concorrência foi utilizada como argumento para a alegada desnecessidade de uma regulação *ex ante* da neutralidade da rede – ponto de vista ilustrado na opinião de Christopher Yoo, no item 2.1 – e (b) destacar que os dois campos também já foram colocados em contraste do ponto de vista institucional. Por exemplo, no contexto estadunidense, embora sem desmerecer por completo a importância da regulação da neutralidade da rede, Jonathan Nuechterlein (2009, pp. 53-55) se colocou frontalmente contra a aplicação dessas regras por mais de uma agência reguladora e defendeu que apenas as autoridades antitruste do seu país deveriam se encarregar de tal atribuição, como forma de evitar os falsos positivos decorrentes do exercício redundante de poderes decisórios.

Para além dessas questões, que surgiram em um momento histórico em que ainda se discutia a possível regulação da neutralidade da rede, são poucos os estudos acadêmicos e casos concretos que tiveram a oportunidade de descortinar os limites entre aquele domínio e o do direito da concorrência em uma era de regulação de neutralidade da rede já posta. Parte da escassez de materiais que discutem esses limites em um cenário de regra de neutralidade posta se deve ao fato de que a regulação da neutralidade da rede é relativamente recente não só no Brasil, como também nas duas principais jurisdições cujas discussões mais influenciaram o cenário brasileiro nesse aspecto: nos Estados Unidos, a regra, recentemente afastada pelo FCC, era de 2015, mesmo ano do Regulamento europeu sobre o tema.

A escassez de estudos acadêmicos e casos concretos sobre os limites entre estes dois domínios jurídicos nos Estados Unidos, especificamente, também decorre de um aspecto muito particular sobre a regulação da neutralidade da rede naquele país: ela gira fortemente em torno da classificação dos serviços de acesso à Internet como *information services* (sob o Título I do *Communications Act* estadunidense e, portanto, dentro do campo de competência do FTC) ou como serviços de telecomunicações (sob o Título II do *Communications Act*

direito concorrencial, têm de limites relevantes em relação a ele, que precisam ser traçados para garantir sua aplicação eficaz.

estadunidense e, portanto, dentro do campo de competência do FCC). De 2015 até o afastamento da *Protecting and Promoting the Open Internet Order* em dezembro de 2017, em que o FCC tinha competência para executar sozinho a regra de neutralidade da rede daquele país, a autoridade antitruste daquele país não podia decidir sobre o tema, o que de certa forma desincentivava a produção acadêmica sobre os limites materiais ou institucionais entre a neutralidade da rede e a política de defesa da concorrência naquele país¹⁵³.

No campo teórico, o trabalho mais estruturado e completo sobre o tema dos limites entre o direito da concorrência e a neutralidade da rede em um contexto de regra de neutralidade da rede já posta é o de Katerina Maniadaki, em livro resultante de sua tese de doutoramento (*“EU Competition Law, Regulation and the Internet – the case of Net Neutrality”*, 2015), a que passamos a fazer referência logo na sequência, no item 3.1.1¹⁵⁴.

Já no campo dos casos concretos, a decisão recente da Superintendência Geral do CADE no Inquérito Administrativo n.º 08700.004314/2016-7, que será estudada no item 3.3, também foi uma dessas raras oportunidades em que os limites entre estes dois domínios puderam ser descortinados.

3.1.1. Neutralidade da rede

Katerina Maniadaki (2015, pp. 113-158) enxerga duas ordens de limitações do direito concorrencial para proteger o tratamento isonômico dos pacotes de dados na Internet. A primeira, e mais familiar quando se trata da definição dos limites entre o direito concorrencial e outros diplomas específicos (como veremos também nos itens 3.1.2 e 3.1.3), diz respeito à

¹⁵³ Com a recente mudança empreendida nos Estados Unidos pelo FCC, as discussões acadêmicas sobre os limites entre o domínio concorrencial e o da neutralidade da rede tendem a ganhar um novo impulso. A assinatura do Memorando de Entendimento entre o FCC e o FTC (FCC, Restoring Internet Freedom FCC-FTC Memorandum of Understanding, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2F68BLq>. Acesso em: 9 jan. 2018), com vistas a acertar esforços coordenados entre as duas agências quanto à proteção dos consumidores de serviços de Internet com base na *Restoring Internet Freedom Order* de 2017, é um sinal dessa renovada necessidade por mais discussões acadêmicas sobre os limites entre o domínio concorrencial e o da neutralidade da rede naquele país.

¹⁵⁴ Christopher T. Marsden (2017), em livro ainda mais recente sobre neutralidade da rede, dedica um capítulo completo ao tema dos limites entre o direito da concorrência e a regulação das comunicações – toda sua análise quanto a este ponto é baseada no trabalho de Maniadaki.

limitada capacidade do direito concorrencial de proteger os principais objetivos perseguidos de forma imediata pela neutralidade da rede¹⁵⁵ – em especial a inovação na camada de conteúdo da Internet e o pluralismo. Já a segunda ordem de limites é mais geral, e diz respeito a diferentes traços no campo de aplicação dos dois domínios.

Antes de adentrarmos na exposição de Maniadaki, contudo, é indispensável manter a perspectiva crítica que se impõe à leitura dessas limitações entre dois campos jurídicos a partir do direito comparado. Por um lado, a visão da autora, que é servidora da autoridade de telecomunicações do Reino Unido (Ofcom) e que parte declaradamente da perspectiva do direito europeu, adiciona perspectiva à análise dessas mesmas questões à luz no direito brasileiro. Por outro, suas conclusões não podem ser tomadas de forma absoluta, dadas as “premissas implícitas” particulares a cada ordenamento jurídico¹⁵⁶ e a relatividade geográfica, histórica, econômica e social dos objetivos perseguidos pelas diferentes disciplinas jurídicas nos diferentes ordenamentos jurídicos em que se inserem¹⁵⁷.

Feita essa ressalva, que deve estar no fundo de qualquer análise com base no direito comparado, começemos pela segunda ordem de limites mais gerais entre a neutralidade da rede e o direito concorrencial estabelecidos por Katerina Maniadaki (2015, pp. 156-157) no contexto europeu. Em primeiro lugar, a autora nota que a aplicação da norma concorrencial sempre se faz em referência a uma entidade que desempenha uma atividade econômica, independentemente da sua qualificação jurídica ou de como seja financiada. Da mesma forma, no direito brasileiro, apesar da amplitude do art. 31 da Lei 12.529/2011, a intenção legislativa

¹⁵⁵ Em sentido similar, cf. também Christopher Marsden: “*Net neutrality is not simply a competition problem, and viewing it through that lens leads one to the quite erroneous conclusion that no problem is proven to exist: that ‘net neutrality is a solution in search of a problem’ [...] As the net neutrality principle refers to all access providers, large or small, it is a consumer protection measure that goes far beyond standard competition law*” (MARSDEN, 2017, p. 74).

¹⁵⁶ Cf. ASCARELLI, 1969, pp. 13 e 15.

¹⁵⁷ “O direito (ou o sistema jurídico) é diretamente ligado a seus contextos histórico, econômico e social, que não são os mesmos de outros direitos [...] A lei Antitruste desempenhará, em determinados sistema jurídico e momento histórico, *função diversa* daquela assumida em outros sistemas, em outros momentos. Discussões excessivamente gerais sobre os objetivos da Lei Antitruste, sem que sejam referidos o país, a lei e o momento de que se trata, são estéreis. [...] É até possível traçar *linhas gerais* sobre as funções *normalmente* desempenhadas por leis antitruste, ou seja, *objetivos cuja concretização instrumentalizam, mas sem que sejam apontados determinados escopos como ótimos ou como necessariamente visados pelo sistema*. Repise-se, ainda que em teoria, isso somente poderá ser feito considerada a realidade de cada lei antitruste. Sob esse prisma devem ser encaradas as discussões a respeito do intuito da Lei Antitruste: *mais do que objetivos, estamos falando de relação entre instrumentos e objetivos possíveis*” (FORGIONI, 2015, pp. 159-161).

foi a de proteger qualquer pessoa (física ou jurídica) *desde que atuante no mercado*, ou seja, desde que pratique uma atividade econômica em sentido amplo (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, pp. 40-44). Isto é, o direito concorrencial não poderia, como a neutralidade da rede, divisar a proteção a usuários individuais que produzam conteúdos online sem estar engajados em qualquer atividade econômica.

Ainda, a aplicação da norma antitruste, diferentemente da neutralidade da rede, está centrada na análise de efeitos indesejados pelo direito em um determinado mercado relevante (*Ibidem*, p. 157). Assim, ao passo que, para a neutralidade da rede, o bloqueio ou degradação discriminatórios do tráfego de dados de uma aplicação tendem a ser uma questão *per se*, dada a sua interferência nos conteúdos disponibilizados online para os usuários da rede, para o direito concorrencial, a preocupação tende a se concentrar menos nos efeitos gerais da conduta e mais no efeito que ela possa causar para um dado mercado relevante. Isto é, se a discriminação ou bloqueio do tráfego de uma determinada aplicação não puder afetar o mercado relevante de provimento daquela aplicação, ainda que possa afetar um certo número de usuários da rede, eles tendem a não ser uma questão tutelável pelo direito concorrencial.

Por fim, para concluir esta ordem de limitações gerais, Katerina Maniadaki (*Ibidem*) também observa que o direito antitruste não é capaz de proibir amplamente a cobrança de quaisquer taxas pelos ISPs aos OSPs para que seus conteúdos cheguem aos usuários finais. Isto é, o direito concorrencial não enxerga nem busca coibir tais cobranças em vista dos efeitos negativos que elas gerem na capacidade de inovação da camada de conteúdo da Internet, mas sim na medida em que elas caracterizem uma discriminação capaz de distorcer a concorrência.

Quanto às limitações decorrentes da não-coincidência entre os objetivos imediatos das duas normas, Maniadaki (*Ibidem*, pp. 137-156) opina que o direito concorrencial pode se ocupar indiretamente da inovação e do pluralismo na camada de conteúdo da Internet. Contudo, esses não são objetivos imediatos da norma concorrencial, como são da regra de neutralidade da rede.

Quanto à inovação, a autora (*Ibidem*, pp. 151-156) relembra, como também destacado no Capítulo 1 deste trabalho, que a própria regulação da neutralidade da rede parte de uma forte premissa de que é importante salvaguardar a rede como uma plataforma aberta à inovação dos conteúdos disponibilizados por meio dela – ou, como diria Tim Wu (2003, p. 145), a

neutralidade da rede parte de um “sistema de crença sobre a inovação”. Essa grande premissa sobre a inovação parte, por sua vez, de duas premissas anteriores, na opinião de Maniadaki: a primeira é a de que um ambiente aberto efetivamente irá fomentar a inovação na camada de conteúdo da rede e a segunda, que a promoção da inovação nessa camada específica da Internet deve ser vista como prioritária em relação à preservação dos incentivos ao investimento em infraestrutura pelos ISPs, ou, alternativamente, que esses incentivos não são prejudicados pela imposição de uma regra de neutralidade da rede¹⁵⁸.

Maniadaki (*Ibidem*, pp. 151-153) aponta que o direito concorrencial pode incluir a inovação dentre algumas de suas considerações e exemplifica como um dos casos referentes à Microsoft decididos pela Comissão Europeia, tendo como pano de fundo a questão da recusa de contratar, foi decidido contra aquela empresa a partir do entendimento da Comissão de que os incentivos para que a Microsoft inovasse em seus próprios produtos seriam ainda maiores caso ela enfrentasse mais concorrência com relação a eles, não sendo justificável a sua recusa de contratar com concorrentes. Nós também vimos, no item 2.3, que a inovação, de que a neutralidade da rede se ocupa diretamente, também pode ser entendida como uma das finalidades a que a defesa da concorrência serve de instrumento, ainda que de forma não imediata.

Apesar disso, Maniadaki (*Ibidem*, p. 156) conclui que o direito da concorrência não pode ser usado como uma ferramenta para a persecução de uma política de inovação por meio da criação de condições que garantam de forma geral e abstrata mais inovação, como também este campo do direito não poderia ser aplicado para favorecer certos tipos de inovação em referência ao seu valor externo para o crescimento econômico ou para a sociedade como um todo. Diferentemente disso, a aplicação do direito concorrencial depende de evidências fortes de que eficiências ou ineficiências dinâmicas possam ocorrer em um mercado específico sob consideração e que essas eficiências ou ineficiências beneficiarão ou prejudicarão o bem-estar dos consumidores (*Ibidem*).

Quanto ao pluralismo, como visto no item 1.4.2.1., o acesso aberto e não discriminatório às informações disponíveis online por todos os cidadãos é um dos objetivos perseguidos diretamente pela regra de neutralidade da rede. Em referência ao contexto

¹⁵⁸ Neste segundo sentido, cf. CHOI; KIM (2010) e KOCSIS; WEDA (2013).

concorrencial europeu, Katerina Maniadaki (*Ibidem*, pp. 142-151) aponta que a necessidade de proteger a pluralidade de fontes de informação e a diversidade de conteúdos tem aparecido especialmente em casos de aprovação de atos de concentração e com base em dois argumentos principais: (i) como uma consideração adicional à análise concorrencial em paralelo com as considerações econômicas, ou (ii) como um elemento a ser incorporado na teoria geral sobre os danos aos consumidores, como uma forma de competição extra preço. Em ambos os casos, contudo, o pluralismo não é um interesse *per se* diretamente protegido pelo direito concorrencial¹⁵⁹.

Partindo dessas considerações, é possível traçar a algumas proposições sobre os limites entre a neutralidade da rede e a defesa da concorrência também no Brasil. No nosso país, o direito concorrencial também não esgota a amplitude da proteção proporcionada pela regra de neutralidade da rede.

Ainda que levemos em conta a instrumentalidade dos princípios que guiam a política de defesa da concorrência na promoção de outros valores constitucionais¹⁶⁰, não é possível afirmar que os interesses diretamente protegidos pela norma concorrencial coincidem perfeitamente com os interesses tutelados pela neutralidade da rede. Nessa linha, comparando os objetivos da neutralidade da rede, estudados no item 1.4, com os bens jurídicos resguardados pelo direito da concorrência, estudados no item 2.3., percebemos que enquanto a neutralidade da rede busca proteger diretamente a inovação, o enfrentamento a barreiras de entrada na camada de conteúdo de forma apriorística e a liberdade de expressão, incluindo o

¹⁵⁹ Nas palavras da autora: “*In my view, the requirements to ensure consistency amongst different policies and to take into account public interest considerations shall not be construed as a requirement to pursue public policy objectives by means of competition law enforcement. Serving such objective may be the by-product of competition law enforcement, guide competition policy by influencing the setting of administrative priorities and enforcement agenda or even be taken into account when balancing out negative and positive effects on competition, all things being equal. That shall, however, not be relied on to legitimize use of competition law to wether condemn a practice that is not otherwise objectionable for its effects on competition or to allow a practice that otherwise raises competition concerns. [...] Turning to a hypothetical, whereby and IAP blocks access to a CP, and absent an effect on prices, exclusion will only be objectionable where the CP being excluded by the IAP offers a service, demand for which is not being catered for, or provides a product or service that presents some innovative features. Unless this is translated into a parameter of quality for the specific product/service at issue, a mere loss of a different viewpoints, as such, cannot be said to be objectionable for restricting the number of options for consumers (even if this a perfectly legitimate interest that other legislative frameworks might wish to pursue)*” (MANIADAKI, 2015, pp. 145 e 150-151).

¹⁶⁰ FORGIONI, 2015, pp. 186-192.

pluralismo, estes não são interesses *diretamente* protegidos pela norma concorrencial¹⁶¹ – embora o direito concorrencial possa, indiretamente, favorecê-los.

A livre iniciativa seria o um interesse diretamente protegido por ambos os domínios jurídicos no Brasil. Porém, uma análise mais cautelosa mostra que o sentido da proteção à livre concorrência pela neutralidade da rede se concentra na “liberdade dos modelos de negócios promovidos na Internet” (MCI, art. 3º, VIII), ao passo que o direito concorrencial busca proteger a livre iniciativa de forma ampla, no sentido de assegurar a todos a faculdade de explorar qualquer atividade econômica com finalidade de lucro, sem favorecimento apriorístico de um setor econômico em detrimento de outro.

A inovação, a seu turno, embora seja diretamente protegida pela neutralidade da rede, é protegida apenas indiretamente pelo direito concorrencial brasileiro, como vimos no item 2.3. E a proteção aos consumidores, embora seja um ponto de interface entre estes dois conjuntos de normas, não se trata de um interesse imediatamente protegido por nenhum deles (*cf.* itens 2.3.4. e 3.1.2.).

Além do campo dos interesses direta e indiretamente protegidos por cada um desses domínios, assim como no direito europeu, o direito concorrencial brasileiro comporta outras limitações em relação à neutralidade da rede.

No aspecto subjetivo, os sujeitos destinatários da Lei 12.529/2011 são pessoas físicas ou jurídicas que pratiquem uma atividade econômica em sentido amplo (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, pp. 40-44), de modo que, apesar de sua instrumentalidade para assegurar outros valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana¹⁶², o direito da concorrência cuida diretamente de preocupações de ordem econômica.

Quanto à neutralidade da rede, os destinatários do dever de não-discriminação previsto no art. 9º da Lei 12.965/2014 são os responsáveis “pela transmissão, comutação ou roteamento”, que em geral desenvolvem uma atividade econômica. Mas, como princípio da disciplina do uso da Internet no Brasil (art. 3º, IV, do Marco Civil da Internet), a neutralidade

¹⁶¹ *Cf.* CARVALHO, 2018.

¹⁶² GRAU; FORGIONI, 2005, p. 123.

também se direciona imediatamente ao conjunto multissetorial de atores do ecossistema da Internet, incluindo os usuários da rede¹⁶³.

No que diz respeito à aplicação das normas, assim como no direito europeu, a caracterização do ilícito concorrencial depende necessariamente da delimitação do mercado relevante¹⁶⁴, enquanto a neutralidade da rede se aplica ao bloqueio ou degradação discriminatórios do tráfego de quaisquer provedores de aplicações, independentemente da determinação de mercados relevantes.

A confusão entre as interfaces e a conseqüente necessidade de explorar os limites com o direito concorrencial estão longe de ser uma exclusividade da neutralidade da rede. Como explica Paula Forgioni (2015, p. 243), podemos mesmo dizer que existe no Brasil uma tendência a misturar os campos de incidência entre diferentes diplomas jurídicos e a lei antitruste. Dessa tendência, o Código de Defesa do Consumidor e os diplomas atinentes à propriedade intelectual têm sido os exemplos mais recorrentes, e graças a isso, também já foram objeto de reflexões mais aprofundadas e amadurecidas quanto aos contornos de sua individualização em relação ao direito concorrencial.

3.1.2. Direito do consumidor

Como visto no item 2.3.4, o bem-estar do consumidor também é um ponto de interface entre a política de defesa da concorrência e a neutralidade da rede. Mas o que buscamos esclarecer brevemente neste ponto do trabalho é como têm sido estabelecidos os limites entre

¹⁶³ Cf. nesse sentido a explicação de Demi Getschko sobre as especiais considerações multissetoriais que guiam a aplicação da neutralidade da rede no ambiente na Internet: “[N]eutralidade é algo que deve ser buscado em todos os ramos de atividade e em todas as transações, certamente, é mais fácil defini-la em estruturas bem delimitadas. Assim, é razoavelmente simples entender *neutralidade* em telecomunicações e é disso que cuidam normalmente os órgãos reguladores da área. [...] Porém no complexo ambiente que é a Internet, onde atuam operadoras de telecomunicações, provedores de acesso, provedores de informação, provedores de serviços, redes sociais e agrupamentos humanos os mais diversos, definir *neutralidade* cruzando todos esses níveis é algo difícil e que se torna ainda mais complexo quando os papéis citados são exercidos simultaneamente por diversos atores, com interesses próprios, nem sempre claros e muitas vezes conflitantes com os de outros segmentos” (GETSCHKO, 2015a, p. 67).

¹⁶⁴ “O mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. Sem sua identificação, é impossível determinar a incidência de qualquer das hipóteses contidas no art. 36, *caput*, da Lei 12.529, de 2011” (FORGIONI, 2015, p. 212).

o direito do consumidor e o direito da concorrência, e como essa metodologia oferece lições para o estabelecimento de limites entre a neutralidade da rede e o direito da concorrência.

Calixto Salomão (2013, pp. 104-105) explica que as principais teorias econômicas do direito concorrencial – da estruturalista à ordoliberal, passando pela neoclássica – não discordam quanto à centralidade da proteção ao consumidor para esta matéria. Cada uma dessas teorias atribui sentidos diversos ao que entende pela noção de “bem-estar do consumidor”¹⁶⁵, mas elas não divergem quanto ao fato de que o direito concorrencial tem o bem-estar do consumidor como base. Da compreensão de que o consumidor é o seu destinatário econômico final não se pode concluir que o consumidor seja o *destinatário jurídico direto* das normas concorrenciais – e é justamente aí que residem os limites entre estes dois campos jurídicos.

O interesse dotado de objetividade jurídica própria e direta pelos instrumentos de tutela do direito concorrencial é a proteção da instituição “concorrência”, e, além da proteção ao consumidor pelas normas concorrenciais serem mediadas por esse interesse, muitas vezes ela pode até mesmo ser contrária aos interesses protegidos pelas normas concorrenciais. Como exemplifica este autor (2013, p. 105):

Com efeito, um raciocínio baseado exclusivamente no interesse imediato do consumidor poderia considerar a prática lícita, pois os preços predatórios, no curto prazo, evidentemente o beneficiam. Basta entender, no entanto, que o interesse do consumidor consiste precipuamente na existência da concorrência, e que ele é, portanto, nesse caso, mediado pela proteção dos concorrentes, para ter de considerar a prática ilícita.

Roberto Pfeiffer (2015, pp. 143-152) ilustra sua visão sobre os limites entre a política de defesa do consumidor e a de defesa da concorrência demonstrando como a própria jurisprudência do CADE corrobora a posição da proteção do consumidor como um objetivo

¹⁶⁵ “Enquanto para os ordoliberais e para muitos dos defensores das teorias pós-Chicago ela significa liberdade de escolha, para os teóricos neoclássicos ela significa, simplesmente, eficiência econômica” (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 105).

indireto da lei de defesa da concorrência¹⁶⁶. Na síntese deste autor, práticas eventualmente lesivas ao consumidor só podem ser tuteladas pelo direito concorrencial quando puderem ter os efeitos expressos no art. 36 da Lei 12.529/2011. Nesses casos, quando forem conseqüentemente impostas sanções administrativas pela autoridade concorrencial, os consumidores são beneficiados indiretamente pela cessação e desestímulo à conduta lesiva à concorrência levada a cabo pelo fornecedor¹⁶⁷.

Desse modo, embora os interesses dos consumidores não sejam irrelevantes para a lei concorrencial brasileira, e esta até mesmo inclua a proteção do consumidor entre seus objetivos, a lei concorrencial não protege o consumidor de forma imediata, mas sim indireta ou mediatamente.

3.1.3. Propriedade intelectual

Também comuns no Brasil são as discussões acerca das interfaces e limites entre a propriedade intelectual e a política de defesa da concorrência, comportando nuances que vão desde os fundamentos dos dois domínios até temas específicos que perpassam ambos, como a concorrência desleal e a concorrência no mercado de arrecadação e de distribuição dos direitos autorais, por exemplo.

Na acepção clássica de Ascarelli (1960, pp. 186-188)¹⁶⁸, o direito da concorrência teria uma função integrativa em relação à propriedade intelectual, isto é, seria aplicável quando não

¹⁶⁶ Alguns dos casos decididos pelo CADE estudados pelo autor para ilustrar sua visão incluem os seguintes: Processo Administrativo 08000.014991/1996-44 (hospital que reajustou os valores dos seus serviços em desconformidade com a legislação que estabeleceu a conversão da URV em Real); Processo Administrativo 49/92 (alegação de abusividade em cláusula de contrato de locação de máquina reprográfica alegada por escritório de advocacia); Processo Administrativo 08000.018299/96-86 (representação de consumidor individual sobre alegada abusividade da diferença entre os preços de venda de livro por atacado e a varejo); Processo Administrativo 08012.003805/2004-10 (representação da Schincariol contra programa de descontos não linear da Ambev).

¹⁶⁷ No mesmo sentido, cf. FORGIONI, 2015, pp. 247-248.

¹⁶⁸ No original: “*Il riferimento della disciplina della concorrenza sleale agli atti di concorrenza spiega perché questa disciplina assuma, come spesso ed acutamente è stato notato, una funzione assoluta, spettanti allo stesso soggetto in virtù di altre disposizione. Se invero il soggetto vanta un diritto assoluto su un marchio o su una invenzione industriale su un modello sarà comunque preclusa l'utilizzazione del marchio o dell'invenzione se idonea o meno a provocare un sviamento di clientela; se vige un divieto di concorrenza nei confronti de*

houvesse um direito absoluto decorrente da criação intelectual. Contraindo-se a esta visão, Calixto Salomão (2006, pp. 12-19) busca afastar a noção de complementaridade entre a propriedade intelectual e o direito da concorrência, segundo a qual este último seria derogável frente ao primeiro. Para este autor, o direito de propriedade intelectual deve ser visto, antes, como um campo no qual os princípios concorrenciais têm uma aplicação particular, não para proteger os concorrentes de um ponto de vista privatista, mas para atender ao interesse público consubstanciado na proteção da difusão do conhecimento. Em suas palavras (*Ibidem*, p. 16):

Essa visão, eminentemente concorrencial-institucional da questão em apreço, coaduna-se perfeitamente com a nova lei de propriedade industrial. Com efeito, ali se prevê, no art. 68, a possibilidade de licenciamento compulsório em caso de abuso de poder econômico. O §1º acrescenta que essa possibilidade também existe em caso de utilização insuficiente para as necessidades nacionais. Enquanto a regra do *caput* claramente se refere a preços abusivos, o parágrafo primeiro tem como objeto aquele abuso decorrente da limitação de produção (que também leva ao desabastecimento do mercado). Os dispositivos mencionados, analisados em conjunto, claramente configuram para os detentores de patentes a existência de um dever de manter o mercado abastecido e com preços concorrenciais.

Newton Silveira e Walter Godoy (2006, pp. 14-22), em linha similar, entendem que a propriedade intelectual ajuda a dar significado ao direito concorrencial, conforme os princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa. Tal concepção publicista da propriedade intelectual permite prestigiar uma visão ponderada acerca da concessão de direitos exclusivos, em que o incentivo que esses direitos proporcionam não sirva de justificativa para excessos que permitam que um determinado agente de mercado se beneficie demasiadamente, em detrimento da instituição da concorrência. Assim, caso a concessão de direitos de exclusividade decorrentes da propriedade intelectual seja suscetível de causar prejuízos à concorrência, esses direitos não atenderiam às próprias premissas em que se

un'attività sarà comunque precluso l'esercizio dell'attività; se sussistono gli estremi de un reato contro l'onore sarà comunque illecito l'atto relativo. Ma quad'anche sia lecito l'esercizio dell'attività; quad'anche l'atto in questione non offenda l'altrui diritto assoluto su marchio, invenzione o modello, esso può tuttavia costituire un atto di concorrenza sleale. È specialmente nei riguardu dei segni distintivi che questa funzione integrativa viene praticamente in evidenza, tanto che, nella pratica, à frequente che la'attore invochi vuoi la tutela del proprio diritto assoluto sul segno distintivo, vuoi l'applicazione della disciplina della concorrenza sleale, per poter così fondare la sua ricchezza sulla ricorrenza dell'una o dell'altra o di ambedue". (ASCARELLI, 1960, pp. 186-188).

assentam, consistentes na persecução do desenvolvimento econômico, cultural, social e tecnológico do país.

Ainda sobre os aspectos que fundamentam estes dois domínios, Karin Grau-Kuntz (2007, pp. 169-172) defende que se abandone uma concepção estática acerca do direito sobre bens imateriais. Isso porque, o mesmo direito sobre bens imateriais que em um primeiro momento e no curto prazo pode ser visto como uma limitação à concorrência, no longo prazo e visto de forma dinâmica, deve ter por efeito fomentar a inovação que, por sua vez, tende a intensificar a concorrência. Ou seja, o direito de exclusividade assegurado pela propriedade intelectual não é absoluto e encontra limitação justamente no seu fundamento dinâmico, centrado no efeito de fomentar a concorrência – o que, no entendimento de Paula Forgioni (2015, pp. 319-320), pode ainda ser entendido como a instrumentalidade concorrencial do direito de exclusividade assegurado pela propriedade intelectual.

Essa instrumentalidade também se traduz nos dispositivos da Lei 12.529/2011 que vedam expressamente o *abuso* dos direitos de propriedade industrial (*cf.* art. 36, §3º, XIV e XIX), deixando claro que a Lei de Propriedade Industrial e a Lei de Direitos Autorais não criam isenções antitruste para os abusos concorrenciais que possam decorrer dos direitos que asseguram (FORGIONI, 2015, pp. 327-328).

Caso interessante em que estruturas criadas a partir dos diplomas de propriedade intelectual – no caso, da proteção aos direitos do autor – tiveram sua instrumentalidade concorrencial colocada à prova foi o que envolveu o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de direitos autorais referentes à execução musical (ECAD).

De fato, a Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1999), em seu art. 99, garantia ao ECAD o monopólio sobre a arrecadação e distribuição dos valores devidos aos titulares de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas em virtude da execução pública de suas obras por usuários individuais. Contudo, o CADE foi instado a decidir, no Processo Administrativo 08012.003745/2010-83¹⁶⁹, a respeito da fixação dos valores dos direitos autorais por parte do ECAD, tendo entendido o relator do caso, conselheiro Elvino de

¹⁶⁹ CADE, Processo Administrativo 08012.003745/2010-83. Disponível em: <http://bit.ly/2jabuRs>. Acesso em: 9 jan. 2018.

Carvalho Mendonça¹⁷⁰ pela existência de um problema concorrencial no segmento de arrecadação desses direitos, decorrente da ausência de incentivos concorrenciais por parte do ECAD e das associações a ele vinculadas. Para o relator, da Lei de Direitos Autorais não era possível subsumir uma autorização para que o ECAD fixasse os valores dos direitos autorais ou uniformizasse os valores arrecadados com base no tabelamento de preços.

Com base nessas considerações, na sessão de julgamento de 20 de março de 2013, o Tribunal do CADE condenou o ECAD e mais seis associações de representação dos titulares de direito autorais pela formação de cartel, dada a fixação conjunta dos valores cobrados na arrecadação dos direitos autorais pela execução pública de obras. Além disso, o CADE condenou o ECAD pelo abuso de posição dominante, por criar dificuldades à constituição e ao funcionamento de associações representativas de titulares de direitos autorais ao prever em seu estatuto requisitos abusivos para a filiação de novas associações em seus quadros. Os efeitos desta decisão do CADE, incluindo o pagamento de multa e a obrigação de fazer consistente na reformulação do sistema de gestão coletiva de direitos autorais, estão suspensos em virtude de liminar obtida pelo ECAD e pelas associações na Justiça Federal.

Poucos meses depois da decisão do CADE foi sancionada a reforma da gestão coletiva de direitos autorais, por meio da Lei 12.853, de 14 de agosto de 2013, que, dentre diversos outros dispositivos que detalharam e modernizaram este aspecto da Lei de Direitos Autorais, lhe acrescentou um artigo próprio para reforçar que o ECAD e as associações representativas dos titulares de direitos autorais “estão sujeitas às regras concorrenciais definidas em legislação específica que trate da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica” (art. 99-B).

Analisando a jurisprudência recente do CADE sobre propriedade intelectual e concorrência, Ana Frazão (2017), reiterou a competência do Conselho para atuar nos casos em que direitos de propriedade intelectual tiverem efeitos anticoncorrenciais, restringindo-se a esses efeitos, e destacou o importante papel do antitruste no estabelecimento de limites ao exercício dos direitos assegurados pelos diplomas de propriedade intelectual.

¹⁷⁰ Disponível em: <http://bit.ly/2AFdSqB>. Acesso em: 9 jan. 2018.

Por fim, um ponto que costuma gerar confusões e que demanda a delimitação mais clara entre o direito de propriedade industrial e as normas concorrenciais é o tema da concorrência desleal, cuja repressão é um dos meios por meio dos quais a Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, expressamente determina que os direitos relativos à propriedade industrial sejam protegidos no país (art. 2º, V).

De modo semelhante ao estabelecimento de limites gerais entre o direito do consumidor e o direito concorrencial, os limites entre este instituto da propriedade intelectual e o direito concorrencial são percebidos a partir dos diferentes bens jurídicos *imediata* ou *diretamente* tutelados por cada domínio. Assim, enquanto a concorrência desleal protege diretamente os *concorrentes*, no âmbito de suas interações com outros agentes econômicos, o direito antitruste tutela diretamente o instituto da *concorrência*, buscando proteger a estrutura desejável do mercado (cf. FORGIONI, 2015, pp. 245-246).

3.1.4. Lições importantes: a noção jurídica de interesse e a separação dos diferentes domínios jurídicos por meio dos interesses que tutelam de forma direta ou imediata

Do que vimos acima, quando buscamos estabelecer os limites entre o direito concorrencial e a neutralidade da rede, o direito do consumidor ou a propriedade intelectual, em todos os casos, recorreremos à identificação dos objetivos diretos ou imediatos e dos objetivos indiretos ou mediatos de cada uma dessas disciplinas.

Esta metodologia remonta à lição de Carnelutti (1936) sobre o conceito de “interesse” na ciência jurídica¹⁷¹. Na sua explicação, o interesse não deve ser entendido como um juízo,

¹⁷¹ No original: “*Interesse non è un giudizio, ma una posizione dell'uomo; precisamente la posizione favorevole al soddisfacimento di un bisogno. Possedere del cibo o del denaro è un interesse prima di tutto perchè chi possiede l'uno o l'altro è in grado di soddisfare la sua fame. I mezzi per la soddisfazione dei bisogni dell'uomo sono i beni. Se interesse è la situazione di un uomo favorevole al soddisfacimento di un bisogno, questa situazione si verifica, dunque, rispetto a un bene: uomo e bene sono i due termini del rapporto, che noi chiamiamo interesse. Soggetto dell'interesse è l'uomo, oggetto ne è il bene. Questa nozione elementare dell'interesse giova a chiarire le nozioni secondarie dell'interesse immediato e dell'interesse mediato. Vi sono situazioni, le quali servono direttamente alla soddisfazione di un bisogno; vi sono invece situazioni le quali servono a ciò solo indirettamente, in quanto ne può derivare un'altra situazione (intermedia). Le prime corrispondono agli interessi immediati, le seconde agli interessi mediati. [...] Tenuto conto di ciò, si comprende anche agevolmente come le nozioni di interessi e di bisogno siano essenzialmente relative di mezzo e di fine. Una*

mas sim como uma posição ou situação favorável à satisfação de uma necessidade, que ocorre em relação a um bem. Partindo dessa noção geral, é possível antever que existem determinados interesses ou situações que servem direta ou imediatamente à satisfação de uma necessidade – estes são *interesses diretos ou imediatos* para aquela necessidade – enquanto outras situações ou interesses servem apenas indireta ou mediatamente à satisfação daquela mesma necessidade – estes são os *interesses indiretos ou mediatos* para aquela necessidade.

Podemos concretizar a lição de Carnelutti usando como exemplo os três domínios aqui estudados. A necessidade de proteger a transparência e a harmonia das relações de consumo, por exemplo, é diretamente satisfeita pelos interesses protegidos pelo direito do consumidor, embora também possa ser indiretamente auxiliada pelos interesses protegidos pelo direito da concorrência. A necessidade de proteger e fomentar as criações intelectuais (sejam técnicas ou estéticas), por sua vez, é diretamente satisfeita pelos interesses protegidos pelos direitos de propriedade intelectual, embora também possa ser indiretamente auxiliada, ou ter seu escopo delimitado, pelos interesses protegidos pelo direito da concorrência. E, por fim, a necessidade de proteger o dinamismo que marca a camada de conteúdo da Internet é satisfeita por meio de interesses como a preservação da inovação e da liberdade de expressão na camada de conteúdo da Internet, que são objetivos diretos ou imediatos da neutralidade da rede, embora possa ser indiretamente auxiliada por alguns interesses protegidos pelo direito da concorrência.

Essa concretização também ajuda a contrapor o argumento de que o dinamismo que marca a camada de conteúdo da Internet poderia ser protegido exclusivamente por meio do direito da concorrência, à exclusão da neutralidade da rede. Não sendo aquela uma necessidade diretamente tutelada pelo direito antitruste, este domínio estaria tão incapacitado

situazione, che costituisce interesse rispetto a un determinato bisogno, può concepirsi a sua volta come bisogno rispetto a una situazione ulteriore, che serve a determinarla e perciò a soddisfare mediatamente il bisogno primo. [...] Ciò spiega l'uso promiscuo delle parole 'bene', 'interesse' e 'bisogno' per indicare una situazione unica: di quest'uso promiscuo si evitano gli inconvenienti solo quando si tenga presente che, nei diversi casi la situazione viene considerata in funzione diversa, di mezzo e di fine” (CARNELUTTI, 1936, pp. 7-8). Em seu tratado sobre o sistema de direito processual civil, este autor parte da compreensão de que os conceitos jurídicos aptos a definir o processo e o direito que o regula advêm da ciência jurídica, da teoria geral do direito – e não, a rigor, especificamente da ciência específica do direito processual (*Ibidem*, p. 5). É neste campo geral e não limitado ao direito processual que Carnelutti aborda o conceito de interesse, o que torna suas lições valiosas para a compreensão dos limites entre os diferentes domínios jurídicos – inclusive dos domínios jurídicos não processuais –, que interessam à nossa exposição.

para protegê-la de forma ampla como está para, sozinho, proteger os consumidores ou para proteger e fomentar as criações intelectuais.

Em função desses limites materiais com o direito da concorrência, a execução do princípio neutralidade da rede também desperta questões institucionais, não se esgotando na atuação do SBDC. Assim, para completar a compreensão acerca dos limites entre esses dois domínios, é preciso observar o regime institucional criado pelo Decreto que regulamentou o Marco Civil, além da prática do SBDC em casos anteriores a esse regime.

3.2. COLABORAÇÃO INSTITUCIONAL NA ATUAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O REGIME INSTITUCIONAL COLABORATIVO REFORÇADO PELO DECRETO 8.771/2016

A Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, em vigor desde 2 de junho de 2012, trouxe uma reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), incluindo o encolhimento das funções instrutórias da SEAE, que passou a se dedicar majoritariamente à elaboração de opiniões e estudos para promoção da concorrência junto a diferentes órgãos da Administração Pública (art. 19); e a centralização das funções de implementação da Lei, incluindo a absorção das funções da antiga Secretaria de Direito Econômico ligada ao Ministério da Justiça (SDE), na figura do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), composto por dois órgãos principais, o Tribunal Administrativo e a Superintendência Geral (SG), além do Departamento de Estudos Econômicos, com a principal função de elaborar estudos e pareceres técnicos para auxiliar a atuação do Conselho (art. 17).

O Tribunal do CADE acumula a função decisória quanto às infrações à ordem econômica e a apreciação de atos de concentração econômica (art. 9º), enquanto à SG foi atribuída a função de investigação e instrução em face de indícios de infração à ordem econômica, podendo inclusive decidir pela insubsistência desses indícios e arquivamento do eventual inquérito administrativo ou procedimento preparatório (art. 13).

Apesar desse rearranjo organizacional, a Lei 12.529/2011 manteve, em grande parte¹⁷², os critérios para apuração de eventuais infrações à ordem econômica presentes no regime anterior (FORGIONI, 2015, p. 123), abordadas no item 2.3.1. Desse rearranjo também não resultou qualquer indicação de alteração das práticas de colaboração institucional que têm marcado a atuação do SBDC ao longo dos anos.

O Decreto 8.771/2016, por sua vez, como já destacado, reforçou que a aplicação do Marco Civil, incluindo a aplicação da regra da neutralidade da rede, deve ser feita sob um regime de colaboração (art. 20), em que a Anatel, a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) e o SBDC atuam, cada qual, conforme as atribuições que já lhes são dadas em suas leis respectivas, e procurando seguir a diretrizes do CGI.br. Quanto à neutralidade da rede, especificamente, o Decreto 8.771/2016 reforça o papel da Anatel na “fiscalização e na apuração de infrações quanto aos requisitos técnicos elencados neste artigo, consideradas as diretrizes estabelecidas pelo Comitê Gestor da Internet – CGI.br” (art. 5º, §2º).

Veremos, no item 3.3., como essa colaboração institucional se deu no primeiro caso de relevo em que o CADE analisou aspectos concorrenciais limítrofes à neutralidade da rede. Mas, antes disso, gostaríamos de ilustrar brevemente como a interação e a colaboração institucional não são novidades no trabalho SBDC, inclusive na análise de temas que tocam a realidade da Internet e despertam o interesse das entidades mencionadas no Decreto 8.711/2016.

No caso Telemar/Vésper¹⁷³, já comentado no item 2.3.2, o CADE foi confrontado com a alegação de abuso de posição dominante pela Telemar – então detentora de mais de 90% do mercado de telefonia fixa na Região I do Plano Geral de Outorgas – decorrente do monitoramento de chamadas de seus clientes direcionadas à concorrente, Vésper, recém entrante naquele mercado.

¹⁷² Em outro passo, Vinicius Marques de Carvalho (2015b, pp. 383-388) destaca alguns avanços materiais importantes da nova lei, tanto no que diz respeito à análise de estruturas (incluindo mudanças nos parâmetros de notificação, na definição de ato de concentração, nas exigências para a autorização de atos de concentração) quanto no que se refere ao controle de condutas (incluindo mudanças nos critérios para a aplicação de multas e avanços no programa de leniência e na persecução civil e criminal de cartéis).

¹⁷³ CADE, Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-04. Disponível em: <http://bit.ly/2D3VtFq>. Acesso em: 9 jan. 2018.

O objetivo da Telemar, ao monitorar aquelas chamadas, era identificar e segmentar clientes com potencial de migrar para a Vésper e, a partir dessas informações, oferecer a esses clientes planos comerciais específicos para evitar que migrassem para a outra operadora. Em seu voto vencido, conselheiro relator do caso, Márcio de Oliveira Júnior¹⁷⁴, pontuou que uma das grandes questões do caso era justamente a interação entre o ilícito regulatório, sob a competência da Anatel, e o eventual ilícito anticompetitivo, sob a competência do CADE, sob a premissa de que as esferas regulatória e antitruste são complementares, e não excludentes, já que tutelam diferentes bens jurídicos. Assim sendo, embora o relator vencido tenha entendido pela inexistência de ilícito anticompetitivo, isto *não* se deu sob a justificativa de que a conduta (acesso ilegal a dados dos clientes para fins promocionais) já havia sido punida pela Anatel.

Em prestígio à interação institucional que o caso demandava, com CADE e Anatel tendo competência sobre aspectos diferentes do caso, o próprio relator deixou claro que não haveria qualquer hipótese de dupla punição, caso o CADE considerasse o acesso da Telemar a dados de seus clientes uma infração à ordem econômica (*Ibidem*).

A conselheira Ana Frazão, cujo voto¹⁷⁵ foi seguido pela maioria do Tribunal neste caso, também insistiu no ponto do diálogo institucional, destacando a inspiração concorrencial da proibição do uso de informações privilegiadas em detrimento dos demais concorrentes – inspiração esta reforçada pela própria Anatel, que entendeu que ao fazer uso dessas informações, a Telemar violava princípios gerais da LGT, incluindo a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, e a coibição ao abuso de poder econômico. Nas palavras da conselheira (*Ibidem*):

Essa constatação, contudo, não significa qualquer obstáculo à incidência da legislação antitruste. [...] [N]ão se pode pretender restringir o âmbito de aplicação da Lei 8.884/94 tão somente em razão de a decisão da Anatel também ter estabelecido obrigações que visam a amparar o princípio da livre competição, até porque os critérios de análise de ambas as autoridades são nitidamente diversos. Com efeito, enquanto a ofensa à regulação não tem como foco principal os efeitos produzidos no mercado, o direito da concorrência exige, pelo menos, a potencialidade lesiva da conduta, de forma que o uso de informações

¹⁷⁴ Disponível em: <http://bit.ly/2yYzGvD>. Acesso em: 9 jan. 2018.

¹⁷⁵ Disponível em: <http://bit.ly/2yX4T2y>. Acesso em: 9 jan. 2018.

por agentes que não detivessem poder de mercado dificilmente poderia ser considerado um ilícito antitruste.

Em dois outros casos envolvendo o ecossistema da Internet o CADE também revelou – ainda antes da vigência da Lei 12.529/2011, do Marco Civil da Internet e do Decreto 8.771/2016 – seu prestígio à colaboração institucional reiterada neste último diploma: são eles o caso Oi/Phorm¹⁷⁶ e o caso Telefônica/Phorm¹⁷⁷. Em linhas gerais, ambos diziam respeito a operações de parceria entre a Phorm e aquelas operadoras brasileiras para a implementação de tecnologia de uso de dados desenvolvida pelo Grupo Phorm para fins de oferecimento de publicidade direcionada usuários daquelas operadoras. Com base nos interesses dos usuários, identificados pela tecnologia objeto da parceria entre a Phorm e as operadoras, seriam apresentados anúncios em páginas presentes no navegador próprio que se encontrava no centro dessa parceria, sendo essas páginas remuneradas por disponibilizar o espaço para tais anúncios e as operadoras, assim como a Phorm, remuneradas pelos anunciantes contratantes dessa forma de alocação e publicidade online.

Em ambos os casos, o CADE remeteu sua decisão ao DPDC, à Anatel e ao CGI.br, e reiterou os limites de sua atuação material e institucional. Nas palavras do relator do caso Oi/Phorm, o conselheiro Fernando de Magalhães Furlan¹⁷⁸, “[n]ão é atribuição institucional do CADE analisar os impactos de uma operação com base em preocupações sobre privacidade na Internet. A lei atribui ao CADE o dever-poder de avaliar o impacto sobre a concorrência dos atos de concentração econômica”, enquanto para o relator do caso Telefônica/Phorm, o conselheiro Ricardo Machado Ruiz¹⁷⁹:

Não obstante a oportuna e esclarecedora manifestação do DPDC sobre o potencial da tecnologia Phorm de causar danos aos consumidores no que tange à privacidade de sua navegação na Internet, ressalto que não é atribuição institucional do CADE analisar tais impactos. A lei de

¹⁷⁶ CADE. Ato de Concentração nº 08012.003107/2010-62. Disponível em: <http://bit.ly/2yXHbTx>. Acesso em: 9 jan. 2018.

¹⁷⁷ CADE. Ato de Concentração nº 08012.010585/2010-29. Disponível em: <http://bit.ly/2kkVPjq>. Acesso em: 9 jan. 2018.

¹⁷⁸ Disponível em: <http://bit.ly/2ByLMyl>. Acesso em: 9 jan. 2018.

¹⁷⁹ Disponível em: <http://bit.ly/2kMS6KD>. Acesso em: 9 jan. 2018.

defesa da concorrência [...] atribui a este Conselho o dever e o poder de analisar os impactos concorrenciais dos atos de concentração.

Ainda no caso Oi/Phorm, o conselheiro Alessandro Octaviani reiterou que “a manifestação do secretário de direito econômico não elide, não exaure a competência do DPDC por ser o seu eventual superior hierárquico com relação às competências para analisar a privacidade como consta nas manifestações da Phorm”.

No caso Telefônica/Phorm, o DPDC enviou sua manifestação ao CADE¹⁸⁰, ao passo em que dava seguimento ao processo administrativo específico em que se aprofundou, de ofício, no impacto da parceria Oi/Phorm para os consumidores (Processo Administrativo 08012.003471/2010-22). A decisão final da autoridade consumerista sobre este caso veio a público em 2014¹⁸¹, ilustrando ainda mais os limites entre a atuação desta autoridade e do CADE, além de sua colaboração com o CGI.br e a Anatel.

De fato, além da colaboração interinstitucional que já havia marcado o caso Oi/Phorm perante o CADE, mais uma vez o DPDC encaminhou ofício sobre o seu processo administrativo específico à Anatel e ao CGI.br – que se manifestou¹⁸² indicando ao DPDC seu entendimento de que o sistema de navegação oferecido no âmbito da parceria Oi/Phorm deixava de cumprir com requisitos técnicos que servem de base ao funcionamento da Internet.

A aprovação dos respectivos atos de concentração, acertadamente, não serviu de óbice a que o DPDC, em seu processo administrativo específico, enxergasse no acordo Oi/Phorm violações ao direito do consumidor, com base na Lei 8.078/1990, condenando, por fim, a operadora à sanção administrativa de multa no valor de R\$ 3.500.000,00.

Estes três exemplos ilustram como o regime colaborativo entre SBDC, Anatel, Senacon e CGI.br, que o Decreto 8.771/2016 reforçou, não era estranho aos casos envolvendo temas correlatos ao ecossistema da Internet, e, além disso, esboçam os limites dentro dos quais

¹⁸⁰ DPDC. Nota Técnica nº 29/2011- CGSC/DPDC/MJ, 25 abr. 2011. Disponível em: <http://bit.ly/2kMS6KD>. Acesso em: 9 jan. 2018.

¹⁸¹ DPDC. Nota Técnica nº 137/2014-CGCTPA/DPDC/Senacon/MJ, 22 jul. 2014. Disponível em: <http://bit.ly/2BLNvDi>

¹⁸² CGI.br. Resolução CGI.br/RES/2012/008/P, 2012. Disponível em: <http://bit.ly/2D6yZUp>. Acesso em: 9 jan. 2018.

cada uma dessas entidades busca atuar nesses casos, respeitando as competências determinadas em suas leis específicas.

Já em um contexto de vigência do Marco Civil e de seu Decreto, também foi possível observar esse mesmo cuidado em atuar no limite das competências respectivas e abordagem colaborativa na atuação do CADE e na manifestação da Anatel no Inquérito Administrativo n.º 08700.004314/2016-7, que passamos a analisar.

3.3. LIMITES ENTRE A NEUTRALIDADE DA REDE E A TUTELA CONCORRENCIAL NO BRASIL: O INQUÉRITO ADMINISTRATIVO Nº 08700.004314/2016-7 (ZERO RATING)

Planos de tarifação zero (*zero rating*) são, em poucas palavras, um modelo de oferta comercial por meio do qual provedores de banda larga móvel permitem o acesso a determinadas aplicações de Internet sem que o tráfego de dados respectivo seja descontado do plano de dados de seus usuários. Apesar de não gerarem receitas para os ISPs direta e isoladamente, são alternativas comerciais graças à caracterização do serviço de acesso à Internet como um mercado de duas pontas, com os efeitos discutidos no item 2.2.1.

Não é o objetivo deste trabalho discutir especificamente a licitude desse modelo de negócios frente à regra brasileira de neutralidade da rede¹⁸³. De fato, o presente Inquérito Administrativo perante o CADE não oferece, nem poderia oferecer, uma resposta final sobre a legalidade dessa prática frente à regra neutralidade da rede no Brasil¹⁸⁴. Mas, justamente ao

¹⁸³ A questão da licitude ou ilicitude *a priori* das ofertas de *zero rating* frente à regra brasileira de neutralidade da rede ainda não é uma questão pacífica. Estudos e opiniões acadêmicas sobre o tema no país refletem tanto a opinião de que a regra de neutralidade da rede hoje em vigor não impede a oferta desses pacotes (*cf.* NOVAIS E SILVA; LEURQUIN; BELFORT, 2016, p. 37; NAZARENO, 2014, pp. 6-7; GETSCHKO, 2015b), quanto a opinião de que as ofertas de *zero rating* em que a operadora seleciona uma aplicação específica, mesmo que se trate de aplicação de interesse público e sem fins lucrativos, para que o tráfego gerado pelo acesso a essa aplicação não seja cobrado do usuário são em princípio contrárias ao art. 9º do Marco Civil, enquanto a isenção da cobrança de dados para serviços de emergência ou as ofertas em que os próprios provedores de aplicação pagam às operadoras pelo tráfego dos usuários que acessam seus serviços (acesso patrocinado) seriam admissíveis (*cf.* RAMOS, 2015a, pp. 164-175).

¹⁸⁴ Ao tocar no ponto da eventual violação desses acordos *zero rating* à regra de neutralidade da rede brasileira, a SG se limitou a reproduzir as opiniões da Anatel e do MCTIC sobre o ponto: ““Da conduta como violação à neutralidade de rede (Lei nº 12.965/2014 - MCI e Decreto nº 8.771/2016) segundo a Anatel e o MCTIC [...] Assim, no presente caso, percebe-se que as ofertas de *zero rating* denunciadas pelo Representante não se

não o fazer, ajuda a esclarecer o lugar da política de defesa da concorrência nos casos que envolvem discussões sobre o tema da neutralidade, além de expor parâmetros para a análise concorrencial de arranjos comerciais com interfaces com a neutralidade da rede.

Assim, o que pretendemos é utilizar a decisão da Superintendência Geral do CADE no Inquérito Administrativo nº 08700.004314/2016-7, que apurou alegadas infrações à ordem econômica decorrentes do oferecimento de pacotes de *zero rating* pelas quatro principais operadoras de banda larga móvel em operação no Brasil, como um laboratório empírico sobre os limites entre a neutralidade da rede e a política de defesa da concorrência no Brasil. Esses limites foram prestigiados na presente investigação não apenas pela análise e decisão material da SG no caso, como também pela colaboração institucional que promoveu com entidades apontadas no Decreto 8.771/2016 – em especial, dada a discussão de neutralidade da rede, com a Anatel (por força do art. 5º, §2º do Decreto 8.771/2016) – nas matérias que entendia fugir ao seu escopo de atuação antitruste.

O caso foi iniciado por representação do Ministério Público Federal (MPF)¹⁸⁵, que, em síntese alegava que as operadoras de telefonia móvel Claro, Tim, Oi e Telefônica (Vivo), mediante o oferecimento de diferentes pacotes de *zero rating*, estariam incorrendo em condutas anticompetitivas, consistentes na discriminação do acesso a diferentes aplicativos na Internet e na fixação diferenciada de preços. Certa falta de clareza quanto aos limites entre a política de defesa da concorrência e a neutralidade da rede pode ser notada já desde a denúncia do MPF, que se volta à autoridade antitruste para alegar condutas tipicamente protegidas pela neutralidade da rede como a violação do “dever de tratar de forma isonômica os pacotes de

propõem a otimizar as condições de tráfego de parceiros específicos (como, por exemplo, garantir maior velocidade de acesso aos usuários de determinada aplicação), mas sim a viabilizar que determinados conteúdos possam ser consumidos nas mesmas condições técnicas de outras aplicações disponibilizadas na web, porém sem consumo de dados da franquia contratada. Esse entendimento também é corroborado pela PFE junto à Anatel. De acordo com essa Procuradoria, no caso ora em análise, não se vislumbra violação a nenhum dos incisos do art. 9º do Decreto nº 8.771, de 2016. Não há comprometimento do caráter público e do acesso irrestrito à Internet (inciso I), não há priorização de pacotes (inciso II), nem há privilégios para aplicações ofertadas pelo próprio responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento ou por empresas integrantes de seu grupo econômico. Isto posto, conclui-se que as condutas denunciadas não violam o Marco Civil da Internet, tampouco o Decreto 8.771/2016 e o princípio da neutralidade de rede. Passa-se, portanto, à análise da prática como suposta conduta anticoncorrencial” (CADE. Nota Técnica nº 34/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE no Inquérito Administrativo nº 08700.004314/2016-7, 31 ago. 2017, parágrafos 106-108. Disponível em: <http://bit.ly/2mclOcr>. Acesso em: 9 jan. 2018).

¹⁸⁵ MPF. Denúncia Ofício nº 144/2016 (MPF/CADE), 3 jun. 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2D5kr81>. Acesso em: 9 jan. 2018.

dados que trafegam em sua rede” (*Ibidem*, p. 3). A denúncia também incluiu a alegação de que tais ofertas comerciais, ao garantir o acesso gratuito a determinadas aplicações, onerariam indiretamente todos os usuários, consumidores e proprietários de aplicações de Internet, tendo por consequência o aumento dos custos das aplicações não contempladas pelas ofertas. Com isso, elas gerariam preocupações com a manutenção da abertura da Internet à inovação, ao desenvolvimento tecnológico e à liberdade de escolha dos usuários dentre as melhores aplicações e conteúdos online.

Instada a se manifestar no caso, a Anatel, por meio de seu Conselho Diretor, baseou grande parte de sua resposta¹⁸⁶ à SG na análise de sua área técnica¹⁸⁷. Tal análise partiu da observação acerca da ampla gama de estratégias comerciais sob a rubrica de *zero rating* e da caracterização das ofertas sob análise da SG como um exemplo da modalidade “tarifação zero por escolha própria da operadora”. Na sequência, a análise técnica buscou demonstrar como o racional econômico dessa modalidade de oferta de *zero rating* se alinharia com a caracterização do provimento de banda larga como um mercado de duas pontas, com forte externalidade de rede, de modo que tais acordos seriam capazes de gerar bem-estar econômico para os seus dois lados. Para o mercado de banda larga, esse bem-estar consistiria primordialmente no deslocamento benéfico das curvas de demanda e oferta de dados móveis. Para o mercado provimento de conteúdo, o bem-estar gerado estaria acompanhado (i) pela ausência de barreiras de entrada a novos atores; (ii) pela forte contestabilidade entre aplicativos; e (iii) pelo alto grau de rivalidade e intensa disputa por posições de mercado com o surgimento de diferentes e novas aplicações.

Com base nessa análise, a Anatel enviou à SG sua manifestação no sentido que não enxergava, no caso, indícios de infrações à ordem econômica. Na análise técnica também encaminhada ao CADE, a Anatel concluiu que, ao lado disso, também não vislumbrava no caso qualquer afronta à regra de neutralidade da rede, já que, em sua opinião, o Marco Civil e a regra de neutralidade da rede nele consagrada “não buscam delimitar os modelos de negócios utilizados pelas prestadoras e nem [...] interferir em suas relações privadas, mas,

¹⁸⁶ ANATEL. Análise nº 100/2016/SEI/AD, 9 nov. 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2EjcxY5>. Acesso em: 9 jan. 2018.

¹⁸⁷ ANATEL. Informe nº 4/2016/SEI/SCP, 6 set. 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2EjcxY5>. Acesso em: 9 jan. 2018.

somente, coibir condutas danosas na utilização da rede, o que não restou demonstrado” (Informe nº 4/2016/SEI/SCP, p. 18). A Anatel também reiterou sua opinião de que a hipótese de exceção ao princípio da neutralidade da rede prevista no art. 9º, §1º, I, do Marco Civil consistente em “requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações” não deve ser lida de forma exaustiva, mas sim que tais requisitos técnicos “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” (Informe nº 4/2016/SEI/SCP, p. 4).

Além da Anatel, o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) também enviou suas contribuições ao Inquérito Administrativo da SG¹⁸⁸, opinando que, do ponto de vista da regra brasileira de neutralidade da rede regulamentada pelo Decreto 8.771/2016, não houve uma proibição *ex ante* às ofertas de *zero rating*. Do ponto de vista concorrencial, o MCTIC entendeu que a tese do MPF não havia sido acompanhada de evidências concretas de qualquer distorção concorrencial no mercado de aplicativos, e, portanto, suas alegações não deveriam prosperar. O Ministério também se contrapôs à visão demasiadamente ampla do MPF no sentido de enquadrar questões comerciais na proibição à discriminação ou priorização de pacotes de dados por parte dos detentores da infraestrutura da rede, que a neutralidade da rede visa a coibir, registrando o entendimento de que “[a] discriminação/priorização de que trata o princípio é claramente relacionada a questões de tráfego de rede, não a questões comerciais” (*Ibidem*, p. 3).

Ao empreender a sua própria análise do caso¹⁸⁹, a Superintendência Geral do CADE foi bastante cautelosa em prestigiar o arranjo institucional múltiplo e colaborativo que a regra de neutralidade da rede brasileira exige e em delimitar muito claramente a sua própria competência no caso. Assim, de início, a SG observou que (*Ibidem*, parágrafo 67):

¹⁸⁸ MCTIC. Ofício nº 40037/2016/SEI-MCTIC, 14 out. 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2CCdg6b>. Acesso em: 9 jan. 2018.

¹⁸⁹ CADE. Nota Técnica nº 34/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE no Inquérito Administrativo nº 08700.004314/2016-7, 31 ago. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2mclOcr>. Acesso em: 9 jan. 2018.

[N]ão 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. Todavia, depreende-se que é papel do CADE tão somente apurar se as condutas denunciadas são capazes de configurar, ou não, uma infração à ordem econômica. Ainda que a representação alegue que as práticas denunciadas violam o princípio da neutralidade de rede, o Marco Civil da Internet e o Decreto que o regulamenta, entende-se que avaliar essa suposta infração extrapola as competências do SBDC.

Prestigiando esse entendimento, a SG, ao abordar a violação a quaisquer aspectos técnicos da neutralidade da rede, se limitou a reproduzir as manifestações da Anatel e do MCTIC sobre esse ponto, sem, contudo, emitir um juízo próprio sobre ele. Com bases nessas manifestações, a SG concluiu que as ofertas de *zero rating* analisadas, diferentemente de buscar otimizar o tráfego de parceiros específicos, buscavam viabilizar a prestação de determinados conteúdos nas mesmas condições técnicas das demais aplicações, com a diferença de que, nesses casos, não haveria consumo da franquia de dados contratada (*Ibidem*, parágrafos 106-108).

Concluída a análise da ilicitude das ofertas de *zero rating* sob a ótica da neutralidade da rede, a SG adentrou em sua competência e passou a alisar se as condutas denunciadas consistiriam em infração à ordem econômica, buscando identificar sua natureza e enquadramento legal, analisar a existência de posições dominantes por meio da análise dos mercados relevantes e individualizar as condutas denunciadas para enxergar seus eventuais danos ou benefícios.

Ao identificar a natureza e o enquadramento legal das condutas denunciadas, a SG iniciou sua análise ponderando que as práticas verticais, como a discriminação de preços ou de condições de contratação, não constituem *per se* infrações à ordem econômica, podendo ser motivadas por diversas razões práticas e econômicas¹⁹⁰. Em suas palavras (*Ibidem*, parágrafos 117-119):

¹⁹⁰ Cf. também CADE. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999, Anexo I. Disponível em: <http://bit.ly/2qLuEEQ>. Acesso em: 9 jan. 2018; CADE. Nota Técnica nº 12/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE no Inquérito Administrativo nº 08012.011881/2007-41, 24 mai. 2016, parágrafos 90 e ss. Disponível em: <http://bit.ly/2CP6ld4>. Acesso em: 9 jan. 2018.

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 significativo poder de mercado - impõem restrições sobre os mercados relacionados verticalmente ao longo da cadeia produtiva. As práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado na origem, bem como efeito sobre parcela substancial do mercado verticalmente relacionado - sobre o qual recai a suposta conduta -, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência. Assim, em casos de restrições verticais, a análise da interação entre diferentes mercados relevantes adquire particular importância. Embora tais restrições constituam, em princípio, limitações à livre concorrência, estas podem também apresentar benefícios (eficiências econômicas) que devem ser ponderados frente aos efeitos potencialmente anticompetitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade, e caso a caso.

Ao analisar os mercados relevantes, a SG foi particularmente atenta às interações entre os atores dos diferentes mercados envolvidos nas práticas verticais trazidas à sua atenção. Seguindo o entendimento da Anatel, reforçou a percepção de que o mercado de banda larga móvel e o de provimento de aplicativos e conteúdo interagem conforme a dinâmica de um mercado de múltiplos lados, gerando, a partir dessa interação, utilidade para os usuários finais, e se beneficiando reflexamente da quantidade de usuários presentes na rede (*Ibidem*, parágrafos 124-128).

Olhando para o mercado de Serviço Móvel Pessoal (SMP), a SG notou que se tratava de um “segmento econômico altamente intensivo em capital”. Mas destacou que não era possível afastar a posição dominante dessas quatro operadoras nesse mercado relevante e que, nesse cenário de concentração, as condutas discriminatórias praticadas por qualquer delas poderiam prejudicar a concorrência em todo o mercado verticalmente relacionado (*Ibidem*, parágrafos 131-133).

Olhando para o mercado de aplicativos e conteúdo, por sua vez, a SG observou a sua grande diferença em relação ao mercado de SMP. Na análise deste mercado relevante, a SG destacou (i) a pulverização entre diversos aplicativos que oferecem variadas funcionalidades, muitas vezes mutuamente substituíveis; (ii) a abrangência do mercado geográfico, com o potencial de ampliar as possibilidades de novos entrantes; (iii) a facilidade de entrada de novos atores; e (iv) a ausência de efeitos de fidelização (*lock-in*) e custos de troca relevantes para os

consumidores ao utilizar os diferentes aplicativos; (v) a facilidade com que os consumidores podem instalar e utilizar ao mesmo tempo diferentes aplicativos com funcionalidades similares (*multi-homing*); e (vi) a contestabilidade do mercado (*Ibidem*, parágrafos 135-141).

Por fim, ao analisar as condutas denunciadas individualmente, a SG estabeleceu alguns parâmetros importantes, que suportaram a sua decisão de arquivar do caso e que podem servir de base para a análise concorrencial de outros arranjos comerciais que guardem interfaces com a neutralidade da rede, dentre os quais:

- A **ausência de exclusividade** – a SG notou que Vivo, Tim e Oi não apresentaram qualquer impedimento obrigacional à negociação com outros OSPs de novos arranjos de acesso à Internet similares aos analisados. Também pontuou que, além da ausência de relações contratuais de exclusividade, não foi observada qualquer forma de remuneração entre ISPs e OSPs, o que afastaria o argumento de uso do poder financeiro para arrefecer a concorrência nos mercados envolvidos.
- A **anterioridade da popularidade dos OSPs** de acesso gratuito nos planos analisados – a SG observou que a rede social oferecida em um dos pacotes de acesso patrocinado da Vivo e da Claro já era a mais popular no país antes do lançamento dos pacotes sob análise, assim como o aplicativo de mensagens oferecido pela Tim e pela Claro em um de seus pacotes. Desse modo, a racionalidade econômica dos arranjos de *zero rating* decorreria da escolha do consumidor por um plano que permitisse acesso gratuito a um aplicativo de sua preferência, não havendo uma popularização desses aplicativos artificialmente causada pelos respectivos planos de *zero rating*.
- A existência de **racionalidade econômica**, consistente na diferenciação dos serviços de acesso à Internet em função do perfil de consumo dos usuários, o que seria perfeitamente lícito, razoável e desejável em um setor altamente regulado e com tendência a padronização, **sem limitação ao poder de escolha dos consumidores**, que permaneciam livres para contratar ou não planos de dados com elementos de tarifação zero.
- A existência de **franquia contratual regular entre ISP e usuário para navegação na Internet pública** sem restrições – a SG observou que Vivo,

Tim, Oi e Claro não ofereciam seus pacotes para acesso a determinados aplicativos com tarifação gratuita de forma isolada, subsistindo, em todos os casos, planos pré- ou pós-pagos convencionais possibilitando o acesso a qualquer conteúdo na Internet para os respectivos usuários. Graças a isso, haveria um importante **benefício para os consumidores**, na medida em que sua franquia de dados convencional seria poupada no uso de aplicativos de acesso gratuito, podendo ser utilizada para o acesso a qualquer outro serviço. Além de um disso, **não haveria fechamento da rede para outros OSPs**, já que os consumidores continuariam podendo acessá-los por meio de sua franquia de dados convencional. A SG apontou até mesmo para um potencial incentivo à competitividade no segmento de aplicativos decorrente de arranjos de *zero rating* “na medida em que os aplicativos contemplados deixam de consumir a franquia limitada, o volume de dados restante pode ser utilizado para a experimentação de qualquer outro aplicativo” (*Ibidem*, parágrafo 196). No caso da Vivo, Oi e da Claro, a SG apontou que as ofertas exigiam créditos válidos para navegação em qualquer aplicativo a fim de que os usuários pudessem se beneficiar do acesso gratuito a aplicativos selecionados. No caso da Tim, notou que ao menos um de seus planos permitia a navegação gratuita por um aplicativo ainda que a franquia mensal do plano convencional do cliente estivesse expirada (*Ibidem*, parágrafo 171), mas não fez qualquer juízo de valor concorrencial quanto a esse aspecto em específico.

Podemos notar que os parâmetros estabelecidos pela SG na análise desses arranjos comerciais de *zero rating* foram todos de ordem concorrencial, respeitada a competência da Anatel (*cf.* Decreto 8.771/2016, art. 5º, §2º) para a análise de aspectos técnicos da regra de neutralidade da rede. A SG também foi cautelosa ao não conceder uma imunização ampla a quaisquer integrações verticais ou práticas discriminatórias empreendidas na Internet, reiterando a possibilidade de investigações concorrenciais futuras em caso de indícios de infração à ordem econômica (*Ibidem*, parágrafo 211).

Ao estabelecer parâmetros concorrenciais para a análise deste caso, a autoridade antitruste ajudou a ilustrar não apenas os limites materiais entre a neutralidade da rede e a política de defesa da concorrência, como também os limites de sua atuação institucional em

casos com interfaces com a neutralidade da rede, prestigiando o modelo colaborativo previsto no Decreto 8.771/2016. A decisão do CADE neste caso também corrobora a visão de que nem o Marco Civil¹⁹¹ nem a política de defesa da concorrência são, isoladamente, “a cura para todos os males” e de que restringir as capacidades regulatórias de outros órgãos para proteger objetivos próprios não é o melhor caminho institucional¹⁹².

3.4. CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

O estabelecimento de limites materiais entre o direito concorrencial e demais leis específicas depende de um exercício de identificação de objetivos mediatos e imediatos de cada uma dessas matérias, decorrentes, na lição de Carnelutti, dos diferentes interesses mediata ou imediatamente protegidos por cada disciplina jurídica. A neutralidade da rede não é a primeira nem exclusiva matéria cujos objetivos apresentam interfaces os da política de defesa da concorrência. As discussões sobre a distinção entre os objetivos da proteção ao consumidor ou da propriedade intelectual e os da proteção à concorrência, como visto, são ainda mais antigas e oferecem paralelos para esta análise.

Do ponto de vista material, podemos concluir que os interesses diretamente protegidos pela norma concorrencial não coincidem perfeitamente com os interesses tutelados pela neutralidade da rede. Assim, enquanto a neutralidade da rede busca proteger diretamente a inovação, o enfrentamento a barreiras de entrada na camada de conteúdo de forma apriorística e a liberdade de expressão, incluindo o pluralismo, estes não são interesses *diretamente* protegidos pela norma concorrencial – embora o direito concorrencial possa, indiretamente,

¹⁹¹ Cf. GETSCHKO, 2015b.

¹⁹² “A regulação de um mercado surge da percepção de que, por vezes, a atuação residual e reativa da política de defesa da concorrência é insuficiente. Regula-se porque cada mercado tem suas especificidades e porque diferentes valores para além da livre iniciativa precisam ser protegidos. É por isso que o MCI, e a própria Constituição, estabelecem princípios que fundamentam a disciplina da Internet no Brasil, como liberdade de expressão, pluralidade e diversidade, além da ampliação de acesso e livre concorrência. Há ainda um problema institucional em restringir as capacidades regulatórias de outros órgãos sob o pretexto de priorizar o objetivo de defesa da livre concorrência em detrimento outros valores. A autoridade legitimada para analisar discriminação de preços é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), que não tem por função a auditoria de discriminação de conteúdo, mesmo que isso aconteça por meio de precificação” (CARVALHO, 2018).

favorecê-los. Mesmo o sentido da livre iniciativa como objetivo não coincide em ambos os domínios, sendo muito mais amplo e agnóstico no caso do direito da concorrência.

Em função desses limites materiais com o direito da concorrência, a execução do princípio neutralidade da rede também desperta questões institucionais, não se esgotando na atuação do SBDC. Assim, para completar a compreensão acerca dos limites entre esses dois domínios, observamos o regime institucional colaborativo criado pelo Decreto que regulamentou o Marco Civil – além da prática do SBDC em casos envolvendo o ecossistema da Internet anteriores a esse regime, em que já era possível perceber um regime de colaboração entre o SBDC, a Anatel, a Senacon e o CGI.br.

Já na vigência do Marco Civil e do Decreto 8.771/2016, o Inquérito Administrativo n.º 08700.004314/2016-7, em que a Superintendência Geral do CADE apurou alegadas infrações à ordem econômica decorrentes do oferecimento de pacotes de *zero rating* pelas quatro principais operadoras de banda larga móvel brasileiras, foi um laboratório empírico bastante interessante sobre os limites entre a neutralidade da rede e a política de defesa da concorrência no Brasil.

O caso ajuda a esclarecer esses limites materiais quando observamos que os parâmetros estabelecidos pela SG para a análise desses arranjos comerciais de *zero rating* foram todos de ordem concorrencial – incluindo a ausência de exclusividade, a existência de racionalidade econômica e de benefícios para os consumidores – respeitada a competência da Anatel para a análise de aspectos técnicos da regra de neutralidade da rede (*cf.* Decreto 8.771/2016, art. 5º, §2º). Assim, o caso também ajudou a ilustrar os limites institucionais entre a atuação do SBDC e as demais entidades apontadas no Decreto 8.771/2016, prestigiando o modelo colaborativo previsto nesse diploma.

CONCLUSÃO

Ao tempo em que o projeto de pesquisa para este trabalho começou a ser elaborado, o Brasil acabava de adotar o Marco Civil da Internet, em meados de 2014, consagrando a regra de neutralidade da rede. No ano seguinte, os Estados Unidos e a Europa também adotariam suas regras e diversos países do mundo voltariam sua atenção para o tema¹⁹³. Foram anos de intensas discussões sobre a neutralidade da rede em diversas partes do mundo, passando pela regulamentação do Marco Civil da Internet no Brasil, pela elaboração das Orientações do BEREC para a implementação da regra de neutralidade da rede europeia em 2016 e, mais recentemente, pela desregulação do tema empreendida pelo FCC nos Estados Unidos, no fim de 2017.

Com a recente mudança, o FCC abandonou o “sistema de crença sobre a inovação”¹⁹⁴ na camada de conteúdo da Internet para prestigiar uma visão de que o dever de transparência sobre as práticas de gestão do tráfego, as forças de mercado e a proteção já oferecida pela política de defesa da concorrência seriam capazes de garantir resultados comparáveis aos buscados por meio do núcleo principal da regra de neutralidade da rede. Essa mudança traz renovado interesse para as discussões sobre as interfaces e os limites entre a neutralidade da rede e a política de defesa da concorrência em todo o mundo, em especial, para as discussões sobre as limitações do direito concorrencial na persecução dos objetivos especificamente perseguidos pela neutralidade da rede – mesmo em países como o Brasil, que conta com um dos modelos regulatórios mais sólidos de proteção à neutralidade da rede, fundado em lei federal e decorrente de extenso debate e participação dos diferentes setores da sociedade.

Neste trabalho, investigamos o histórico, os elementos e os objetivos da regra de neutralidade da rede brasileira e, nesse processo, constatamos que diversos institutos típicos do antitruste sempre apareceram nas discussões sobre neutralidade da rede. Igualmente comuns são os estudos que buscaram apontar a suficiência ou não da política de defesa da

¹⁹³ Para acompanhar o mapa dos países que regularam, estão em vias de regular ou não protegem o princípio da neutralidade da rede, *cf.* <https://www.thisisnetneutrality.org/>. Acesso em: 9 jan. 2018.

¹⁹⁴ (WU, 2003, p. 145).

concorrência para alcançar os objetivos regulatórios pretendidos com uma regra de neutralidade da rede própria. Graças a essa sobreposição de institutos concorrenciais nas discussões sobre neutralidade da rede, podemos perceber diversas interseções teóricas entre estes dois domínios. Percebidas essas interfaces, notamos que a aplicação eficaz quer da norma concorrencial quer da neutralidade da rede exige o estabelecimento de limites materiais e institucionais mais claros entre as duas disciplinas.

Em suma, buscamos responder a três ordens de questionamentos: (i) de onde vem, o que estabelece e o que busca a regra de neutralidade da rede brasileira?; (ii) quais são as interfaces entre a neutralidade da rede e a política de defesa da concorrência no Brasil?; e (iii) quais são os limites entre a neutralidade da rede e a política de defesa da concorrência no Brasil? No caminho percorrido para responder a esses questionamentos, chegamos a algumas sínteses conclusivas:

1. A camada de conteúdo da Internet é um espaço natural de inovação e livre concorrência, aberta ao surgimento de novos atores, em que qualquer ator pode desenvolver uma nova aplicação e disponibilizá-la na rede, sem solicitar permissão ou licenças e, graças à neutralidade da rede, sem ter que pagar nada a mais por isso.
2. Não há uma definição universal sobre o princípio da neutralidade da rede, mas em linhas gerais podemos dizer que ele visa a evitar que operadores da infraestrutura da rede discriminem o tráfego de dados necessários a que usuários finais acessem aplicações e conteúdos de sua escolha na Internet, dado que esse tipo de comportamento tende a desencorajar a inovação dos provedores de aplicações e conteúdos, em detrimento de toda a sociedade.
3. Antes da edição do Marco Civil da Internet, o setor de telecomunicações contava com alguns instrumentos esparsos em que era possível observar rudimentos da regulação da neutralidade da rede, além da emergência de alguns casos em que o tema foi discutido de forma incidental. Exemplos dessa protorregulação são a Norma 004/1995 do Ministério das Comunicações, a Lei Geral de Telecomunicações, a Resolução 477/2007 (Regulamento do Serviço Móvel Pessoal - SMP) da Anatel, a Resolução

632/2014 (Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC) da Anatel, a Resolução 614/13 (Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia – SCM) da Anatel e a análise da aquisição da Brasil Telecom pela então Telemar por essa mesma agência. Embora essas regras possam ser vistas como uma origem remota da regulação da neutralidade da rede no país, nenhuma delas chegou a estabelecer o tratamento não discriminatório dos pacotes de dados pelos responsáveis pelo acesso à Internet na última milha de forma ampla e com implicações multissetoriais.

4. A neutralidade da rede brasileira, resultante do Marco Civil da Internet e regulamentada pelo Decreto 8.771/2016, é antes de tudo um princípio do uso da Internet no Brasil (art. 3º do Marco Civil) e se direciona diretamente ao conjunto multissetorial de atores do ecossistema da Internet. Na sua concreção, o art. 9º do Marco Civil se direciona aos provedores de acesso à Internet, isto é, aqueles que fazem a Internet chegar aos usuários finais, na última milha. Seus principais elementos incluem: (i) o mandamento geral de não-discriminação dos pacotes de dados na Internet; (ii) a vedação ao bloqueio, monitoramento, filtragem ou análise do conteúdo dos pacotes de dados; (iii) a previsão de exceções ao mandamento geral de não-discriminação ou degradação; e (iv) a previsão de requisitos de validade para o exercício dessas exceções. Tais requisitos de validade incluem (iv.1) a abstenção de causar danos aos usuários; (iv.2) o dever de agir com proporcionalidade, transparência e isonomia e (iv.3) o dever de agir em condições comerciais não discriminatórias, “abstendo-se de praticar condutas anticoncorrenciais” (art. 9º, §2º do Marco Civil). Este último requisito de validade já revela a primeira interface importante entre a regra de neutralidade da rede brasileira e a política de defesa da concorrência.
5. O estudo do histórico legislativo do Marco Civil da Internet, em especial do parecer final ao PL 2.126/2011 (que deu origem à lei), permite concluir que os principais objetivos *diretamente* perseguidos pela regra de neutralidade da rede brasileira são: (i) a inovação e o enfrentamento a barreiras de entrada na camada de conteúdo da Internet; (ii) a liberdade de expressão; e (iii) a livre iniciativa.

6. Um dos grandes embates teóricos sobre a necessidade ou não de uma regulação *ex ante* sobre a neutralidade da rede reside na insuficiência ou suficiência da política de defesa da concorrência para sanar os eventuais efeitos adversos de práticas discriminatórias do tráfego pelos provedores de acesso à Internet – eis a terceira interseção que identificamos entre os dois temas. No Brasil, contudo, o próprio Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, por meio da SEAE, concluiu e opinou publicamente no sentido de que a existência de uma regra de neutralidade da rede era oportuna e benéfica para o país.
7. Para além da discussão sobre a suficiência ou não da política de defesa da concorrência para alcançar os objetivos perseguidos diretamente pela neutralidade da rede, a quarta interface entre estes dois domínios é representada pelos diversos institutos típicos do direito antitruste presentes em análises a respeito da neutralidade da rede, em especial as noções de mercado de múltiplas pontas, de posição dominante, de integrações verticais e práticas discriminatórias e de bem-estar do consumidor.
8. A análise das inter-relações entre os principais atores do ecossistema da Internet (ISPs, OSPs e usuários finais), de fato, revela que esse ecossistema pode ser visto como um mercado de múltiplas pontas, com externalidades diretas e indiretas entre seus atores.
9. Olhando para o contexto brasileiro, os dados da Anatel sobre os mercados de banda larga fixa e de telefonia móvel, incluindo as tecnologias de acesso à Internet móvel, apontam para um cenário de grande concentração, em que as três empresas com maior fatia em cada um desses mercados detêm posição dominante. Do ponto de vista da neutralidade da rede, a posição dominante detida por provedores de acesso à Internet é uma preocupação apriorística, porque gera um incentivo a que eles se comportem como *gatekeepers*, isto é, discriminando de forma irregular o tráfego de dados de determinadas aplicações e conteúdos que chegariam aos usuários finais por meio de suas redes. Já na perspectiva concorrencial, a questão central reside em identificar, *ex post*, se tais provedores de acesso efetivamente abusam ou possuem incentivos suficientes para abusar da sua posição dominante, levando em consideração que eles operam em um mercado de múltiplas pontas.

10. A detenção de posição dominante, aliada a cenários de integração vertical, gera diferentes incentivos à prática de condutas discriminatórias. Integrações verticais *per se* não são uma violação apriorística quer à neutralidade da rede quer ao direito concorrencial. Com base na regra de neutralidade da rede brasileira, para que essas integrações sejam um ilícito é preciso que tenham por objeto a priorização de pacotes de dados específicos decorrentes da verticalização (Decreto 8.771/2016, art. 9º, II e III). Já para o direito concorrencial, a discriminação resultante de uma verticalização dessa natureza não necessariamente consistiria em uma infração à ordem econômica – a análise concorrencial dessas práticas dependeria da observação de fatores adicionais, como a posição de mercado do respectivo provedor de acesso e os efeitos dessas práticas para os mercados relevantes e para os consumidores afetados.
11. Por fim, o tema do bem-estar do consumidor é mais um ponto de interface entre a neutralidade da rede e o direito da concorrência. Nem a neutralidade da rede nem o direito da concorrência protegem os interesses dos consumidores diretamente, mas ambos tendem a favorecer a ampliação do seu poder de escolha. No caso da neutralidade da rede, esse efeito decorre da preservação da qualidade e da diversidade dos produtos e serviços disponibilizados aos consumidores na camada de conteúdo da Internet e, dependendo da conformação das práticas diferenciais executadas pelos ISPs, do controle dos preços praticados para o acesso à Internet pública.
12. Diante dessas diversas interfaces, a aplicação eficaz quer da norma concorrencial quer da neutralidade da rede exige o estabelecimento de limites materiais e institucionais mais claros entre as duas disciplinas. O estabelecimento de limites materiais entre o direito concorrencial e outras leis específicas – como o direito do consumidor e a propriedade intelectual, por exemplo – depende de um exercício de identificação de objetivos mediatos e imediatos de cada uma dessas matérias, decorrentes, na lição de Carnelutti, dos diferentes interesses mediata ou imediatamente protegidos por cada disciplina jurídica.
13. Partindo desse exercício, podemos concluir que os interesses imediatamente protegidos pela norma concorrencial não coincidem perfeitamente com os interesses

imediatamente tutelados pela neutralidade da rede. Enquanto a neutralidade da rede busca proteger *diretamente* a inovação, o enfrentamento a barreiras de entrada na camada de conteúdo de forma apriorística e a liberdade de expressão, incluindo o pluralismo, estes não são interesses *diretamente* protegidos pela norma concorrencial. A livre iniciativa seria o único interesse diretamente protegido por ambos os domínios jurídicos no Brasil, mas uma análise mais cautelosa mostra que enquanto o sentido da proteção à livre concorrência pela neutralidade da rede se concentra na liberdade dos modelos de negócios promovidos na Internet, o direito concorrencial busca proteger a livre iniciativa de forma ampla, no sentido de assegurar a todos a faculdade de explorar qualquer atividade econômica com finalidade de lucro, sem favorecimento apriorístico de um setor econômico em detrimento de outro. A inovação, a seu turno, embora seja diretamente protegida pela neutralidade da rede, é protegida apenas indiretamente pelo direito concorrencial brasileiro. E a proteção aos consumidores, embora seja um ponto de interface entre estes dois conjuntos de normas, não constitui um interesse imediatamente protegido por nenhum deles. Assim, a análise de objetivos diretos perseguidos por cada norma permite concluir que no Brasil, o direito da concorrência é insuficiente para proteger, sozinho, os objetivos diretamente perseguidos pela neutralidade da rede.

14. Além disso, o direito concorrencial brasileiro comporta outras limitações em relação à neutralidade da rede. No aspecto subjetivo, a Lei 12.529/2011 se dirige diretamente a pessoas físicas ou jurídicas que pratiquem uma atividade econômica em sentido amplo, cuidando diretamente de preocupações de ordem econômica. Já a neutralidade da rede, como princípio da disciplina do uso da Internet no Brasil (art. 3º, IV, do Marco Civil da Internet), se direciona imediatamente ao conjunto multissetorial de atores do ecossistema da Internet. Quanto à aplicação das normas, a caracterização do ilícito concorrencial depende necessariamente da delimitação do mercado relevante, ao passo que a neutralidade da rede se aplica ao bloqueio ou degradação discriminatórios do tráfego de quaisquer provedores de aplicações, independentemente da determinação de mercados relevantes. Em função desses limites, a execução do princípio neutralidade da rede não se esgota na atuação do SBDC, despertando um regime de colaboração institucional entre diferentes entidades, como indica o Decreto 8.771/2016.

15. A experiência recente do CADE em caso envolvendo a análise de ofertas comerciais com interfaces com a neutralidade da rede (Inquérito Administrativo n.º 08700.004314/2016-7) ajudou a ilustrar não apenas os limites materiais entre a neutralidade da rede e a política de defesa da concorrência no Brasil, como também os limites da atuação institucional da autoridade antitruste nesses casos, prestigiando o modelo colaborativo previsto no Decreto 8.771/2016.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme. Marco Civil da Internet: Antecedentes, Formulação Colaborativa e Resultados Alcançados. In: ARTESE, Gustavo (Org.). **Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 19-63.

ANATEL, Anatel esclarece uso de VoIP para oferta de serviço de voz, 2005. Disponível em: <http://bit.ly/29Hshq7>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Resolução 477, 2007. Disponível em: <http://bit.ly/29N0qX6>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Resolução 632, 2014. Disponível em: <http://bit.ly/2aeaYfU>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Ato n. 7.828, 2008. Disponível em: <http://bit.ly/29OaWwI>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Voto da Conselheira Maria Emília Curi no Procedimento de Anuência Prévia que analisou as operações societárias para aquisição, por parte da TELEMAR, de ações representativas do controle de emissão da INVITEL, implicando a aquisição do controle indireto do Grupo BRT pelo Grupo TELEMAR. Disponível em: <http://bit.ly/2a22uMQ>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Consulta Pública n. 45, 2011. Disponível em: <http://bit.ly/2a0FqeG>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Resolução 614, 2013. Disponível em: <http://bit.ly/1KB3927>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Dados – Banda larga – Acessos, 4 out. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2yJbP3Z>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Dados – Telefonia móvel – Acessos, 8 nov. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2gwzyyr>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Resolução nº 574, 2011. Disponível em: <http://bit.ly/2B8DUTA>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Resolução nº 575, 2011. Disponível em: <http://bit.ly/2zZn89G>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Dados – Qualidade dos Serviços, 30 nov. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2zTmDQI>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Resolução nº 581, 2012. Disponível em: <http://bit.ly/2mLkwsV>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Resolução 410, 2005. Disponível em: <http://bit.ly/2E8vkVZ>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Análise nº 100/2016/SEI/AD, 9 nov. 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2EjexY5>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Informe nº 4/2016/SEI/SCP, 6 set. 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2EjexY5>. Acesso em: 9 jan. 2018.

ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**, 3ª ed. Laccademia Publishing: Londres, 2015a.

_____. **Direito das Telecomunicações**, 3ª ed. Londres: Laccademia Publishing, 2015b.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. **Teoria Della Concorrenza e dei Beni Immateriali**, 3ª ed. Milão: A. Giuffrè, 1960.

BARZILAI-NAHON, Karine. Toward a theory of network gatekeeping: a framework for exploring information control. **Journal of the American Society for Information Science and Technology**, Hoboken, v. 59(9), 2008, pp. 1493-1512.

BECHARA, Marcelo; BORGES, Luana. O Marco Civil da Internet e o setor de telecomunicações. In: ARTESE, Gustavo. **Marco Civil da Internet – análise jurídica sob uma perspectiva empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 359-379.

BELLI, Luca. Network Neutrality and Human Rights An Input Paper. In: BELLI, Luca; FILIPPI, Primavera De (Eds.). **The value of Network Neutrality for the Internet of Tomorrow: Report of the Dynamic Coalition on Network Neutrality**. [S.l]: HAL Archives Ouvertes, 2014, pp. 11-18. Disponível em: <http://bit.ly/2zySsy0>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____; MARSDEN, Christopher. Not Neutrality but ‘Open Internet’ à l’Européenne, 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2cYQTP1>. Acesso em: 9 jan. 2018.

BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom**. New Haven: Yale University Press, 2006. Disponível em: <http://bit.ly/1eKEJz5>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. From consumers to users: shifting the deeper structures of regulation toward sustainable commons and user access. **Federal Communication Law Journal**, Washington D.C., v. 52, 2000, pp. 561-579.

BEREC. Guidelines on the implementation by National Regulators of European NN rules, 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2bOVMIZ>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Report on differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality, 2012. Disponível em: <http://bit.ly/2AgNG9o>. Acesso em: 9 jan. 2018.

BRADEN, Robert. Requirements for Internet Hosts – Communication Layers, 1989. Disponível em: <http://bit.ly/2A5jvxw>. Acesso em: 9 jan. 2018.

BRANDON, Russell. Netflix is paying off Comcast for direct traffic access. **The Verge**, 23 fev. 2014. Disponível em: <http://bit.ly/1bBc97I>. Acesso em: 9 jan. 2018.

BRELAND, Ali. Net neutrality comments top 20 million. **The Hill**, 17 ago. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2ij3LTK>. Acesso em: 9 jan. 2018.

BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. **Uma história social da mídia – de Gutenberg à Internet**, Trad. Maria Carmelita Pádua Dias, 2^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

CADE. Voto do Conselheiro Relator Márcio Oliveira Júnior no Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-04 (Caso Telemar/Vésper), 11 mar. 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2yI1FQX>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Voto da Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-04 (Caso Telemar/Vésper), 11 mar. 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2hCiwBx>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83 (Caso ECAD). Disponível em: <http://bit.ly/2jabuRs>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Voto do Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça no Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83 (Caso ECAD), 6 mar. 2013. Disponível em: <http://bit.ly/2AFdSqB>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Ato de Concentração nº 08012.003107/2010-62 (Caso Oi/Phorm). Disponível em: <http://bit.ly/2yXHbTx>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Voto do Conselheiro Magalhães Furlan no Ato de Concentração nº 08012.003107/2010-62 (Caso Oi/Phorm), 6 out. 2010. Disponível em: <http://bit.ly/2ByLMyI>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Ato de Concentração nº 08012.010585/2010-29 (Caso Telefônica/Phorm). Disponível em: <http://bit.ly/2kkVPjq>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Voto do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz no Ato de Concentração nº 08012.010585/2010-29 (Caso Telefônica/Phorm), 27 jul. 2011. Disponível em: <http://bit.ly/2kMS6KD>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Nota Técnica nº 34/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE no Inquérito Administrativo nº 08700.004314/2016-7, 31 ago. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2mcIOcr>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Nota Técnica nº 12/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE no Inquérito Administrativo nº 08012.011881/2007-41, 24 mai. 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2CP6ld4>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Disponível em: <http://bit.ly/2qIuEEQ>. Acesso em: 9 jan. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, Substitutivo oferecido em Plenário em substituição à Comissão Especial destinada a proferir Parecer ao Projeto de Lei n. 2.126, de 2011 do Poder Executivo, 2014. Disponível em: <http://bit.ly/2ct00Z2>. Acesso em: 9 jan. 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**, v. 1. Pádua: CEDAM, 1936.

CARVALHO, Vinicius Marques de. Princípios e finalidade da defesa da concorrência. In: _____ et al, **Defesa da concorrência: estudos e votos**. São Paulo: Singular, 2015a, pp. 17-43.

_____. O sistema brasileiro de defesa da concorrência. In: COELHO, Fabio Ulhoa (Coord.). **Tratado de Direito Comercial**, v. 6, 2015b, pp. 363-388.

_____. O que buscamos proteger com a neutralidade de rede. **Valor Econômico**, 3 jan. 2018. Disponível em: <http://bit.ly/2m3Lw3m>. Acesso em: 9 jan. 2018.

CB INSIGHTS. The global unicorn club – current private companies valued at \$1B+. Disponível em: <http://bit.ly/1Hctwdu>. Acesso em: 9 jan. 2018.

CERQUEIRA DE SOUZA, Adriana; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Livre iniciativa, livre concorrência e a defesa do consumidor como fundamentos do Marco Civil. In: LEMOS, Ronaldo; LEITE, George Salomão (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 105-109.

CGI.br. Resolução CGI.br/RES/2009/003/P, 2009. Disponível em: <http://bit.ly/29zap3r>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Resolução CGI.br/RES/2012/008/P, 2012. Disponível em: <http://bit.ly/2D6yZUp>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. CGI.br/RES/2012/008/P, 2012. Disponível em: <http://bit.ly/2D6yZUp>. Acesso em: 9 jan. 2018.

CHOI, Jay Pil; KIM, Byung-Cheol. Net Neutrality and Investment Incentives, 2010. Disponível em: <http://bit.ly/2CMvseb>. Acesso em: 9 jan. 2018.

CINTRA, Maria Eduarda. Neutralidade de Rede: o caso Comcast v. Netflix e o Marco Civil da Internet. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 7, n. 1, 2015, pp. 145-170.

COLON, Leandro. Governo combaterá pressão contra a isonomia na internet, diz Kassab. **Folha de São Paulo**, 5 jan. 2018. Disponível em: <http://bit.ly/2CLEKdL>. Acesso em: 9 jan. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. Importante capítulo do direito econômico. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Direito do Consumidor: fundamentos do direito consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CONWAY, Carol Elizabeth. Livre concorrência e Internet: a importância da neutralidade de redes para o contínuo desenvolvimento da Web. In: LUCCA, Newton de et al. **Direito e Internet III – Tomo II**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 88-108.

CRUZ, Francisco Carvalho de Brito. **Direito, Democracia e Cultura Digital – a experiência de elaboração legislativa do Marco Civil da Internet**. 2013. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

DPDC. Nota Técnica nº 29/2011- CGSC/DPDC/MJ (Caso Telefônica/Phorm), 25 abr. 2011. Disponível em: <http://bit.ly/2kMS6KD>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Nota Técnica nº 137/2014-CGCTPA/DPDC/Senacon/MJ (Caso Oi/Phorm), 22.07.2014. Disponível em: <http://bit.ly/2BLNvDi>. Acesso em: 9 jan. 2018.

ECONOMIDES, Nicholas; TAG, Joacim. Network neutrality on the Internet: a two-sided Market analysis. **Information Economics and Policy**, Amsterdam, v. 24, pp. 91-104, 2012.

_____; HERMALIN, Benjamin. The economics of network neutrality. **RAND Journal of Economics**, Santa Monica, v. 43, 2012, pp. 602-629.

ENOMOTO, Livia Yuri de Queiroz. **Influência e disputa regulatória: a atuação de grupos de interesses do setor privado na definição da neutralidade de rede no Brasil**. 2017. 87 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

ESTADOS UNIDOS, Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia. Comcast v. FCC, 2010.

Disponível em: <http://bit.ly/2cvcQkp>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____, Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia. Verizon v. FCC, 2014. Disponível em: <http://bit.ly/1ZYEj1m>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____, Suprema Corte, N. Pac. Ry. Co. v. United States, 1957.

_____, Suprema Corte, White Motor Co. v. United States, 1963.

EVANS, David. Multisided platforms, dynamic competition and the assessment of market power for Internet-based firms. In: Aitor Ortiz (Ed.). **Internet, competition and regulation of online platforms**. Boston: CPI, 2016, pp. 78-94. Disponível em: <http://bit.ly/2pIx9p7>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____; SCHMALENSEE, Richard. **Matchmakers – the new economics of multisided platforms**. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

FCC. Madison River Communications, LLC and affiliated companies' Consent Decree, 2005. Disponível em: <http://bit.ly/2cpVsQC>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Commission orders Comcast to end discriminatory network management practices, 2008. Disponível em: <http://bit.ly/2cpWlsb>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Verizon Wireless to pay \$1.25 million to settle investigation into blocking of consumers' access to certain mobile broadband applications, 2012. Disponível em: <http://bit.ly/2cYh48o>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Protecting and Promoting the Open Internet Order, 2015. Disponível em: <http://bit.ly/1NOC8bv>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet over Wireline Facilities (“Internet Policy Statement”), 2005. Disponível em: <http://bit.ly/1UTEVo1>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Open Internet Order, 2010. Disponível em: <http://bit.ly/1C35jEq>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Protecting and Promoting the Open Internet Order, 2015. Disponível em: <http://bit.ly/1NOC8bv>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Statement of Ajit Pai Commissioner, Federal Communications Commission hearing before the Subcommittee on Communications and Technology of the United States House of Representatives Committee on Energy and Commerce (“Oversight of the Federal Communications Commission”), 2012. Disponível em: <http://bit.ly/2iDYqn4>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Remarks of FCC Chairman Ajit Pai at the Newseum The Future of Internet Freedom, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2gTJpQZ>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Notice of Proposed Rulemaking – Restoring Internet Freedom, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2z1mEla>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Fact Sheet – Restoring Internet Freedom Order, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2jhLQdo>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Press release – FCC acts to restore internet freedom – Reverses Title II Framework, Increases Transparency to Protect Consumers, Spur Investment, Innovation, and Competition, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2ktXK4d> . Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Restoring Internet Freedom Order, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2F6DvmY>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Restoring Internet Freedom FCC-FTC Memorandum of Understanding, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2F68BLq>. Acesso em: 9 jan. 2018.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e direito concorrencial (as telecomunicações)**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FAUTH, Luiz Fernando. **Neutralidade da rede e liberdade de expressão: uma abordagem a partir da análise econômica do direito**. 2012. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A economia e o controle do Estado. **O Estado de São Paulo**, 4 jun.1989.

FERRONATO, Fernanda. Regulação e Poder na Internet: o Direito Antitruste como alternativa à imposição da Neutralidade da Rede proposta pelo Marco Civil, 2014. Disponível em: <http://bit.ly/2EMs6sb>. Acesso em: 9 jan. 2018.

FOLHA ONLINE, Brasil Telecom bloqueia soft de telefonia via web, dizem usuários, 3 nov. 2004. Disponível em: <http://bit.ly/29C7Hpy>. Acesso em: 9 jan. 2018.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, 8^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; MIURA, Maira Yuriko Rocha. O princípio da neutralidade e o Marco Civil da Internet no Brasil. LUCCA, Newton de et al. **Direito e Internet III – Tomo II**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 109-136.

FRAZÃO, Ana. The relation between antitrust and intellectual property on CADE's case law. In: SILVEIRA, Paulo Burnier. **Competition Law and Policy in Latin America: recent developments**. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2017, pp. 255-267. Disponível em: <http://bit.ly/2F3Eu7g>. Acesso em: 9 jan. 2018.

FUNG, Brian. The FCC just voted to repeal its net neutrality rules, in a sweeping act of deregulation. **The Washington Post**, 14 dez. 2017. Disponível em: <http://wapo.st/2EErDIn>. Acesso em: 9 jan. 2018.

GERLACH, Jan. **The Informational Ecosystem of Net Neutrality – A Comparison of Regulatory Discourses in the U.S. and the E.U.** 2016. 334 f. Tese (Doutorado em Direito), School of Management, Economics, Law, Social Sciences and International Affairs, University of St. Gallen, St. Gallen, 2016.

GETSCHKO, Demi. As origens do Marco Civil da Internet. In: LEMOS, Ronaldo; LEITE, George Salomão (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 12-17.

_____. In: ARTESE, Gustavo. **Marco Civil da Internet – análise jurídica sob uma perspectiva empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015a, pp. 65-71.

_____. O Marco Civil não é a cura de todos os males. **Estadão**, 9 fev. 2015b. Disponível em: <http://bit.ly/1zOvJ8P>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Neutralidade da rede está segura no Brasil. **Estadão**, 18 dez. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2pIRA6d>. Acesso em: 9 jan. 2018.

GILROY, Angele. Access to broadband networks: the net neutrality debate, 2011. Disponível em: <http://bit.ly/2CK2xqk>. Acesso em: 9 jan. 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 17^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____; FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU-KUNTZ, Karin. O desenho industrial como instrumento de controle econômico no mercado secundário de peças de reposição de automóveis – uma análise crítica à recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE). **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 145, 2007, pp. 148-184.

HEATHER, Greenfield. **CCIA Welcomes Net Neutrality Guidelines from EU Telecom Regulators**, 06 set. 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2cWX8jv>. Acesso em: 9 jan. 2018.

KANG, Cecilia F.C.C. Plans Net Neutrality Repeal in a Victory for Telecoms. **The New York Times**, 21 nov. 2017. Disponível em: <http://nyti.ms/2zwgo5U>. Acesso em: 9 jan. 2018.

KASTRENAKES, Jacob. ISPs won't promise to treat all traffic equally after net neutrality. **The Verge**, 15 dez. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2AUDkMT>. Acesso em: 9 jan. 2018.

KATZ, Michael; SHELANSKI, Howard. 'Schumpeterian' Competition and Antitrust Policy in High-Tech Markets. **Competition**, [S.l.], v. 14, 2006, pp. 1-20.

KOCSIS, Viktória; WEDA, Jarst. The innovation-enhancing effects of network neutrality, 2013. Disponível em: <http://bit.ly/2EKRYhI>. Acesso em: 9 jan. 2018.

LEMONS, Ronaldo. O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. In: _____. LEITE, George Salomão (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 3-11.

LESSIG, Lawrence. **Code – version 2.0**. Nova Iorque: Basic Books, 2006a.

_____. Prepared Statement of Lawrence Lessig, C. Wendell and Edith M. Carlsmith Professor of Law, Stanford Law School, 2006b. Disponível em: <http://bit.ly/2cqieKm>. Acesso em: 9 jan. 2018.

LI, Zhu. Legal Boundaries of Competition in the Era of the Internet: Challenges and Judicial Responses. In: Aitor Ortiz (Ed.). **Internet, competition and regulation of online platforms**. Boston: CPI, 2016, pp. 143-154. Disponível em: <http://bit.ly/2pIx9p7>. Acesso em: 9 jan. 2018.

MANIADAKI, Katerina. **EU Competition Law, Regulation and the Internet – the case of Net Neutrality**. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015.

MATTOS, Cesar et al. Nota Técnica: economia da neutralidade da rede. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Exterior**, São Paulo, v. 24, 2013, pp. 233-274.

MARSDEN, Christopher T. **Network neutrality: from policy to law to regulation**. Manchester: Manchester University Press, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2Bur4OU>. Acesso em: 9 jan. 2018.

MCCABE, David. FCC flooded with net neutrality complaints. **The Hill**, 30 jul. 2015. Disponível em: <http://bit.ly/1kKNuTW>. Acesso em: 9 jan. 2018.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES. Consulta Pública - Estratégia Brasileira para a Transformação Digital, 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2u1NhET>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Consulta Pública – Decreto de políticas de telecomunicações. Disponível em: <http://bit.ly/2gPCm8Q>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Ofício nº 40037/2016/SEI-MCTIC, 14 out. 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2CCdg6b>. Acesso em: 9 jan. 2018.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Norma 004/1995. Disponível em: <http://bit.ly/1JqLL1D>. Acesso em: 9 jan. 2018.

MPF. Denúncia Ofício nº 144/2016 (MPF/CADE), 3 jun. 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2D5kr81>. Acesso em: 9 jan. 2018.

NAZARENO, Claudio. Texto de referência acerca do Marco Civil da Internet para o “Fique por dentro”, 2014. Disponível em: <http://bit.ly/2ACvyCv>. Acesso em: 9 jan. 2018.

NIC.BR, Como funciona a Internet? Parte 1: o protocolo IP, 2014. Disponível em: <http://bit.ly/2ansYZG>. Acesso em: 9 jan. 2018.

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

NUECHTERLEIN, Jonathan. Antitrust Oversight of an Antitrust Dispute - An Institutional Perspective on the Net Neutrality Debate. **Journal on Telecommunications & High Technology Law**, Boulder, v. 7, 2009, pp. 19-66.

O’CONNOR, Daniel. Understanding online platform competition: common misunderstandings. In: Aitor Ortiz (Ed.). **Internet, competition and regulation of online platforms**. Boston: CPI, 2016, pp. 9-29. Disponível em: <http://bit.ly/2pIx9p7>. Acesso em: 9 jan. 2018.

OCTAVIANI, Alessandro. Controle de condutas no direito econômico concorrencial brasileiro”. In: COELHO, Fabio Ulhoa (Coord.). **Tratado de Direito Comercial**, v. 6, 2015, pp. 389-403.

OECD. Guia de Avaliação da Concorrência - Princípios, v. 1, 2007. Disponível em: <http://bit.ly/2a9AWmU>. Acesso em: 9 jan. 2018.

ONU, Comissão de Direitos Humanos. Resolução sobre a promoção, proteção e gozo dos direitos humanos na Internet (A/HRC/32/L.20), 2016. Disponível em: <http://bit.ly/29jpSS4>. Acesso em: 9 jan. 2018.

OPAM, Kwame. After Comcast, Netflix signs traffic deal with Verizon – The streaming service cuts deals while net neutrality hangs in the balance. **The Verge**, 28 abr. 2014. Disponível em: <http://bit.ly/1pHTEEK>. Acesso em: 9 jan. 2018.

PEHA, Jon. The benefits and risks of mandating network neutrality, and the quest for a balanced policy, 2006. Disponível em: <http://bit.ly/2a2KUET>. Acesso em: 9 jan. 2018.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial – doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PINHEIRO, Guilherme Pereira. O princípio da neutralidade de rede na Internet: uma análise regulatória e concorrencial. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 235-254, 2008.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Comarca de Duque de Caxias, 2ª Vara Criminal, Juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza, IP 062-00164/2016, j. 19.07.2016. Disponível em: <http://bit.ly/2aoyP0f>. Acesso em: 9 jan. 2018.

POST, David. What Larry Doesn't Get: Code, Law, and Liberty in Cyberspace. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 52, pp. 1439-1459, 2000. Disponível em: <http://bit.ly/2coIgg6>. Acesso em: 9 jan. 2018.

PRICEWATERCOOPERS. Global Top 100 Companies by market capitalisation, 2017. Disponível em: <https://pwc.to/2sS5M9z> . Acesso em: 9 jan. 2018.

PUZZANGHERA, Jim. Net neutrality rules formally published; first legal challenge filed. **Los Angeles Times**, 13 abr. 2015. Disponível em: <http://lat.ms/1F2m6t4>. Acesso em: 9 jan. 2018.

RAMOS JUNIOR, Durval. Estudo Mostra que NET é a principal inimiga dos torrents no Brasil. **Tecmundo**, 9 ago. 2012. Disponível em: <http://bit.ly/29C7CSq>. Acesso em: 9 jan. 2018.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. **Arquitetura da Rede e Regulação: a neutralidade da rede no Brasil**. 2015a. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Direito GV, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015a.

_____. O Marco Civil e a importância da neutralidade da rede: evidências empíricas. In: LUCCA, Newton de et al. **Direito e Internet III – Tomo II**. São Paulo: Quartier Latin, 2015b, pp. 137-154.

REALE, Miguel. Abuso do poder econômico e garantias individuais. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Poder econômico: exercício e abuso. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, pp. 520-525.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Direito industrial, direito concorrencial e interesse público. **Revista CEJ**, Brasília, v. 35, 2006, pp. 12-19.

SALTZER, J.H.; REED, D.P.; CLARK, D.D. End-to-end arguments in system design. Disponível em: <http://bit.ly/1pCN8kK>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Active Networking and End-To-End Arguments. Disponível em: <http://bit.ly/21jcFzE>. Acesso em: 9 jan. 2018.

SANTOS PINHEIRO, Juliana. **Neutralidade de redes, instituições e desenvolvimento**. 227 f. Tese (Doutorado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

SASHKIN, Davina. Failure of Imagination: why inaction on net neutrality will result in a de facto regime promoting discrimination and consumer harm. **CommLaw Conspectus: Journal of Communications Law and Technology Policy**, Washington D.C., v. 15, 2006, pp. 261-309.

SCHEWICK, Barbara van. **Internet architecture and innovation**. Cambridge: MIT Press, 2010.

_____; FRISCHMANN, Brett. Network Neutrality and the Economics of an Information Superhighway – A Reply to Professor Yoo. **Jurimetrics**, Phoenix, v. 47, pp. 383-428, 2007. Disponível em: <http://bit.ly/2cr1267>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Towards an economic framework for net neutrality regulation. **Journal on Telecommunications and High Technology Law**, Boulder, v. 5, 2007, pp. 329-391.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalism, Socialism and Democracy**, 5ª ed. Routledge: Londres e Nova Iorque, 1984.

SEAE. Parecer analítico sobre regras regulatórias n. 03 COGCM/SEAE/MF – Contribuição à consulta pública sobre Minuta de Anteprojeto de Lei que estabelece o Marco Civil da Internet no Brasil, 2010. Disponível em: <http://bit.ly/2aiguib>. Acesso em: 9 jan. 2018.

SENADO FEDERAL, Comissão de Ciência e Tecnologia. Relatório de Avaliação do Programa Nacional de Banda Larga (PNBL) (Resolução nº 44/2013), 2014. Disponível em: <http://bit.ly/2a8xitE>. Acesso em: 9 jan. 2018.

SHOEMAKER, Pamela J.; VOS, Tim P. **Teoria do gatekeeping: seleção e construção da notícia**, Trad. Vivian Nickel. Porto Alegre: Penso, 2011.

SIDAK, J. Gregory. The fallacy of “equal treatment” in Brazil’s bill of rights for internet users. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, 2012, pp. 651-676.

_____. A consumer-welfare approach to network neutrality regulation of the Internet. **Journal of Competition Law and Economics**, Oxford, v. 2(3), 2006, pp. 349-474.

SILVEIRA, Newton; GODOY, Walter. Propriedade intelectual e liberdade. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 142, 2006, pp. 7-24.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Revisitando a nova empresarialidade a partir do Marco Civil em Contexto de Internet das Coisas. In: LUCCA, Newton de et al. **Direito e Internet III – Tomo II**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 27-47.

SINGEL, Ryan. Vint Cerf: We knew what we were unleashing on the world. **Wired**, 23 abr. 2012. Disponível em: <http://bit.ly/2ybk4bp>. Acesso em: 9 jan. 2018.

SOUZA, Affonso Pereira de. “As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet”. In: LUCCA, Newton de et al. **Direito e Internet III – Tomo II**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 377-408.

_____; MONIZ, Pedro de Paranaguá; VIEIRA JUNIOR, Sérgio Branco. Neutralidade da rede, filtragem de conteúdo e interesse público: reflexões sobre o bloqueio do site YouTube no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte: Atlas, v. 246, 2007, pp. 71-73.

STEBEL, Fabro. O portal da consulta pública do Marco Civil da Internet. In: LEMOS, Ronaldo; LEITE, George Salomão (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 18-28.

STF. Decisão Monocrática, MC na ADPF 403/SE, Min. Ricardo Lewandowski, j. 19.07.2016. Disponível em: <http://bit.ly/2a4PO5u>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____, Pleno. ADIn 319-4/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 03.03.1993. Disponível em: <http://bit.ly/2ieMIVQ>. Acesso em: 9 jan. 2018.

TELESÍNTESE, Neutralidade: presidente da Anatel lembra que no Brasil vale o Marco Civil da Internet, 15 dez. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2Cxrqc0>. Acesso em: 9 jan. 2018.

TIROLE, Jean; ROCHET, Jean-Charle. Platform competition in two-sided markets. **Journal of the European Economic Association**, Cambridge MA, v. 1(4), 2003, pp. 990-1029.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O Marco Civil e as Liberdade de Mercado. In: LUCCA, Newton de et al. **Direito e Internet III – Tomo II**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 49-64.

TOOR, Amar. Europe's net neutrality guidelines seen as a victory for the open web. **The Verge**, 30 ago. 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2c88eSd>. Acesso em: 9 jan. 2018.

UNIÃO EUROPEIA, Conselho da Europa. Regulamento europeu sobre neutralidade da rede, 2015. Disponível em: <http://bit.ly/1Gv2FKQ>. Acesso em: 9 jan. 2018.

WEISER, Mark; BROWN, John Seely. The coming age of calm technology, 1996. Disponível em: <http://bit.ly/1mfUsLh>. Acesso em: 9 jan. 2018.

WEISMAN, Dennis; KULICK, Robert. Price discrimination, two-sided markets, and net neutrality regulation. **Tulane Journal of Technology and Intellectual Property**, Nova Orleans, v. 13, 2010, pp. 81-102.

WERBACH, Kevin, A Layered Model for Internet Policy. **Journal on Telecommunications and High Technology Law**, Boulder, v.1, pp. 37-68, 2002.

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: Quartier Latin, 2015, pp. 135-157.

WIZIACK, Julio. Teles preparam investida contra lei que proíbe cobrar mais na internet. **Folha de São Paulo**, 2 dez. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2AQ1JTD>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. et al. Oi pede recuperação judicial de R\$ 65 bilhões, a maior da história do Brasil. **Folha de São Paulo**, 20 jun. 2016. Disponível em: <http://bit.ly/2a8JE6w>. Acesso em: 9 jan. 2018.

WOHLERS, Marcio; THOMAZINE, Jaqueline; SUASSUNA, Priscila. Concorrência e inovação no mercado de produtos e serviços digitais: o debate sobre a neutralidade de redes em telecomunicações, 2010. Disponível em: <http://bit.ly/2IOLCf7> . Acesso em: 9 jan. 2018.

WU, Tim. **The Master Switch: the rise and fall of information empires**. Nova Iorque: Vintage Books, 2010.

_____. Network Neutrality, Broadband Discrimination. **Journal of Telecommunications and High Technology Law**, Boulder, v. 2, 2003, pp. 141-178.

_____. Network Neutrality: Competition, Innovation, and Nondiscriminatory Access, 2006. Disponível em: <http://bit.ly/2zgmST7>. Acesso em: 9 jan. 2018.

Yoo, Christopher. Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment on the End-to-End Debate. **Journal of Telecommunications and High Technology Law**, Boulder, v. 3, 2004, pp. 23-68. Disponível em: <http://bit.ly/2czKU3V>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Beyond Network Neutrality. **Harvard Journal of Law & Technology**, Cambridge, v. 19, 2005, pp. 1-77. Disponível em: <http://bit.ly/2c6qdf7>. Acesso em: 9 jan. 2018.