

A prática do Zero Rating e o Princípio da Neutralidade de Rede previsto na Lei nº 12.965/14: reflexões sobre o fenômeno da inclusão digital e o desenvolvimento de novas tecnologias

Zero Rating and Net Neutrality in Brazil's Internet Legal Framework: Digital Inclusion and Development of New Technologies

Submetido(submitted): 11/12/2015

Parecer(revised): 11/01/2016

Aceito(accepted): 02/03/2016

André Erhardt*

Resumo

Propósito – Este artigo objetiva suscitar discussão sobre as repercussões do *zero rating* sobre o princípio da neutralidade de rede e as transformações sociais e tecnológicas do Brasil.

Metodologia/abordagem/design – O texto foi construído a partir de pesquisa bibliográfica e coleta de dados publicados pela imprensa e por órgãos oficiais, a fim de explicar a prática da tarifação zero utilizada pelos provedores de acesso móvel, problematizando o tema à luz da crítica tecnodeterminista formulada por Ernest J. Wilson.

Resultados – O artigo apresenta as características da oferta do serviço de internet móvel no Brasil e avalia o *zero rating* no contexto da legislação e seus reflexos sobre a inclusão digital e o desenvolvimento tecnológico.

Implicações práticas – O artigo convida o leitor a perceber as repercussões econômicas, sociais e jurídicas da prática do *zero rating* e a refletir sobre a adequada regulamentação da matéria.

Originalidade/relevância do texto – O estudo inova na pesquisa jurídica brasileira sobre tema que interessa à população em geral e a todos os atores envolvidos na prestação do serviço de acesso à internet no Brasil, apresentando uma abordagem peculiar referente ao modelo proposto por Ernest J. Wilson na associação das transformações sociais ao desenvolvimento tecnológico.

Palavras-chave: zero rating, marco civil da internet, inclusão digital, inovação tecnológica, Ernest J. Wilson.

Abstract

Purpose – This article discusses the effects of zero rating on the principle of network neutrality and social and technological transformations of Brazil.

Methodology/approach/design – It was composed from bibliographic research and data collection in order to explain the practice of zero rating, framing it in the theory formulated by Ernest J. Wilson.

* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco. Especialista em Direito da Concorrência pela Fundação Getúlio Vargas. Procurador Federal. Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Email: andre_erhardt@yahoo.com.br.

Findings – The article presents in details the offer of mobile internet service in Brazil and evaluates zero rating under the legislation and its impact on digital inclusion and technological development.

Practical implications – The article serves as an invitation to the researcher interested in the social economic implications of zero rating and its regulation.

Originality/value – It innovates in the Brazilian legal research presenting a peculiar approach on the model proposed by Ernest J. Wilson analyzing social transformations on par with technological development.

Keywords: Zero rating, Internet Civil Mark, Internet, technological innovation, Ernst J. Wilson.

Introdução

A internet, a partir do momento em que passou a ser explorada comercialmente, em meados dos anos 90, caracterizou-se pela ampla liberdade de atuação dos agentes econômicos e usuários, sendo considerado um ambiente que deveria situar-se fora do âmbito das preocupações da regulação estatal (Barlow, 1996).

Com o passar do tempo, verificou-se que essa irrestrita liberdade poderia causar prejuízos aos atores envolvidos no ciberespaço, seja no tocante aos direitos autorais e à proteção da intimidade, seja quanto ao próprio desenvolvimento do mercado, com a prática de condutas restritivas da livre concorrência e do acesso à informação.

Essa concepção libertária, conseqüentemente, passou a ser combatida por aqueles que defendiam a intervenção do Estado, não como um mero censor do conteúdo veiculado na rede, mas como uma instituição responsável por garantir, ao mesmo tempo, a inovação tecnológica e o respeito às garantias e liberdades individuais (Lessig, 2006).

A ideia de neutralidade de rede surge diante desse embate, sendo defendida por pesquisadores que enxergavam a necessidade de se estabelecer regras de não discriminação dos dados que trafegam na internet com o objetivo de preservar a autonomia dos usuários e a higidez do ambiente concorrencial (Tim Wu, 2003).

No Brasil, a questão passou a ser regulamentada pela Lei 12.965/2014, conhecida por Marco Civil da Internet (MCI), tendo esse normativo adotado expressamente como princípio disciplinador do uso da internet a preservação e a garantia da neutralidade de rede.

A prática do *zero rating*, por seu turno, consiste em estratégias comerciais adotadas por provedores de internet de acesso móvel, os quais, após a celebração de acordos com outros fornecedores, conferem gratuidade no tráfego de dados de determinado serviço ou aplicação. Concede-se ao usuário o

acesso ilimitado a determinados sites e aplicativos, sem cobrança adicional ou interferência no pacote de dados por ele contratado junto à operadora.

Cuida-se de conduta que tem confrontado a opinião de setores representativos da sociedade quanto às suas vantagens e desvantagens. De um lado, estão os que condenam o *zero rating* por ensejar uma espécie de controle social do conteúdo a ser difundido na internet, direcionando a classe menos favorecida economicamente ao uso exclusivo de determinadas aplicações pré-definidas pelo provedor da rede móvel, além de trazer prejuízos à livre concorrência por limitar o mercado de novos entrantes. Do outro, encontram-se os que sobrelevam os benefícios em decorrência da oferta gratuita de serviços na internet, possibilitando ao consumidor uma maior utilização e aproveitamento do plano de dados contratado.

O presente trabalho, portanto, pretende discutir a prática do *zero rating* no âmbito da neutralidade de rede prevista na Lei 12.965/14 e, ainda, da crítica ao paradigma tecnodeterminista formulada por Ernest J. Wilson (2004).

Inicialmente, será necessário explicitar os mecanismos propostos por Wilson para que a evolução tecnológica esteja associada à transformação social. Em seguida, buscar-se-á contextualizá-los com a neutralidade de rede, a tarifação zero e as preocupações externadas na consulta pública promovida pela Anatel para a regulamentação do tema.

A partir dessas premissas, pretende-se identificar repercussões negativas e positivas do *zero rating* no contexto social do Brasil relacionadas ao fenômeno da inclusão digital e ao desenvolvimento tecnológico, bem como as conclusões do autor sobre o melhor caminho a ser adotado pelo Estado regulador no enfrentamento do tema.

A evolução tecnológica provoca a revolução social?

É comum aceitar-se a ideia de que o desenvolvimento tecnológico acompanha a evolução da sociedade, principalmente quando se associa essa tese aos países desenvolvidos, com melhores índices econômicos e de desenvolvimento humano. No entanto, ao enfrentar-se a realidade dos países em desenvolvimento, observa-se que nem sempre essa afirmação é verdadeira.

Dados divulgados pela União Internacional das Telecomunicações (UIT), em 2015, anunciam a existência de 3,2 bilhões de internautas no mundo, com a maior parte desse grupo vivendo nos países em desenvolvimento. Para cada usuário da internet de um país desenvolvido, existem dois acessando a rede nos países em desenvolvimento.

Em reportagem veiculada no portal G1, em 13/05/15, há informações de que a maior parte dos habitantes de 406 cidades do Brasil acessa a internet com velocidade inferior à existente na Líbia, nação que enfrenta sérios conflitos

sociais e com os piores índices de desenvolvimento do mundo. Por outro lado, em outros 456 municípios, a velocidade de conexão é similar a de países como Finlândia, Suíça e Japão (<http://migre.me/smHae>). Isso significa que, embora apresente recursos tecnológicos similares aos países mais desenvolvidos, com lares desfrutando do acesso à internet com altíssima velocidade, o Brasil possui um quadro de grandes e graves disparidades regionais.

De acordo com Wilson (2004), a evolução tecnológica é um caminho para a transformação social, mas não pode ser confundida com o mero maquinário de tecnologia da informação. O citado autor defende uma abordagem estrutural modificada para a compreensão do fenômeno da revolução informacional, considerando o plano de fundo das restrições políticas, econômicas e sociais de cada localidade.

Assim, segundo esse teórico, a preocupação não está em definir apenas qual o potencial tecnológico de determinado país, mas como esses recursos estão sendo explorados em cada realidade, o processo de disputa de poder para a definição das regras do jogo e quais os impactos que as novas ferramentas de TI geram sobre as diferentes grupos sociais e culturais.

Em outras palavras, não é adequado avaliar-se os dados de tecnologia da informação no agregado, isto é, sem considerar-se quem são os reais favorecidos e os prejudicados, quais os verdadeiros objetivos por trás de uma nova tecnologia e em qual contexto fático elas foram desenvolvidas.

Wilson propõe um modelo estratégico de reestruturação, no qual estejam compreendidas as variáveis políticas, institucionais, estruturais e fiscalizatórias no processo de difusão tecnológica, abordando-se também na análise outros elementos, como a distribuição dos recursos tecnológicos e econômicos é efetuada no cenário investigado.

Dessarte, para que a evolução tecnológica esteja atrelada à revolução social, faz-se necessário o harmônico funcionamento de quatro engrenagens referenciadas por Wilson (2004): tecnologia digital, iniciativa comercial, integração institucional e alianças políticas.

A primeira delas relaciona-se com a digitalização da informação, a fim de que possa ser compartilhada de maneira mais célere. O aspecto comercial refere-se à adaptação dos agentes econômicos à nova realidade tecnológica, seja no tocante ao processo de produção, seja quanto ao relacionamento de fornecedores e consumidores. O elemento institucional diz respeito às relações entre os atores de mercado e de governo, bem como ao ambiente normativo existente. Por fim, o aspecto político tem-se como imprescindível, pois reflete sobre as políticas públicas a serem adotadas no processo da revolução informacional.

Nas linhas a seguir, serão destacadas breves informações sobre o mercado de internet móvel, traçados conceitos sobre a neutralidade de rede positivada no ordenamento jurídico brasileiro, a prática do *zero rating* e

sintetizadas as discussões constantes da consulta pública formulada pela Anatel a respeito da legitimidade dessa conduta. A partir daí, será possível conectar esses elementos com a teorização proposta por Wilson quanto aos efeitos da tarifação zero sobre o processo de inclusão digital e de transformação da sociedade brasileira.

Alguns dados sobre o acesso móvel à internet no Brasil

De acordo com a pesquisa TIC domicílios realizada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, nos últimos três anos, mais que triplicou o número de brasileiros que usam o celular para acessar a internet. A pesquisa também demonstrou que cerca de 47% dos brasileiros com mais de 10 anos já utilizaram o telefone celular para navegar na internet. Dentre as principais ferramentas online utilizadas, estão as redes sociais, como Facebook e Instagram, além do aplicativo de comunicação Whatsapp (<http://migre.me/smFV9>).

Por outro lado, os dados colhidos também evidenciaram a existência de forte disparidade regional e social quanto ao número de domicílios com conexão à rede de computadores. Na região Sudeste, 60% dos entrevistados afirmaram possuir acesso à internet, enquanto que na região Norte esse percentual caiu para 35%. Na classe A, a conectividade está disponível para 98% das pessoas perguntadas. Já nas classes D e E, apenas 14% estavam conectados.

Em setembro de 2015, a Anatel divulgou que o Brasil registrou 275,89 milhões de linhas ativas na telefonia móvel, com uma teledensidade¹ de 134 acessos por 100 habitantes. Desse universo, 73,78% referem-se aos acessos pré-pagos e 26,22% pós-pagos (<http://migre.me/smExJ>).

Quanto aos agentes econômicos, o mercado encontra-se dominado por quatro empresas, com participação percentual que varia entre 28,78% a 17,93%.

Desses operadores com expressiva fatia de mercado, duas adotam estratégias de *zero rating*. A Claro S/A oferece isenção de tarifa para acesso ao Facebook, Twitter e Whatsapp (<http://migre.me/smGYM>). Já a Tim Celular S/A, por seu turno, possui plano de acesso ao Whatsapp sem desconto no pacote de dados, bem como aos assinantes do Deezer (<http://migre.me/smGXr>).

Depreende-se, portanto, que o mercado de internet móvel está em crescimento no país, com grande predominância dos serviços pré-pagos e cujas práticas do *zero rating* são dirigidas aos aplicativos mais utilizados pelos consumidores, em especial os voltados para redes sociais.

¹Teledensidade é um índice de distribuição de linhas telefônicas que pode ser obtido considerando-se como parâmetro uma determinada região ou por número de 100 habitantes.

A neutralidade de rede e o marco civil da internet

A Lei 12.965/2014 representa um importante marco na forma de tratamento dos direitos e responsabilidades na utilização dos meios digitais. No âmbito legislativo, antes do início da discussão da então batizada Constituição da Internet com o PL 2.126 de 2011 e outros projetos propostos no mesmo ano (MOLON,2013), somente existiam iniciativas na esfera penal visando definir os crimes digitais e respectivas sanções. (E-Book CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014).

Os principais grupos envolvidos nessa fase de debate legislativo podem ser divididos entre: usuários (incluindo os movimentos sociais), provedores de conexão (as empresas de telecomunicações que proveem a banda larga), provedores de conteúdo nacionais e internacionais (as empresas responsáveis pelos sítios de internet), detentores de direitos autorais (gravadoras, estúdios e afins) e governo (incluindo autoridades regulatórias, judiciais e policiais).

O texto da lei se originou de um debate iniciado em 2009 pelo Ministério da Justiça em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade, da Fundação Getúlio Vargas, contando com o apoio do Ministério da Cultura no uso da plataforma CulturaDigital.br. Com base nessas discussões, o Poder Executivo encaminhou o Projeto de Lei que deu origem ao atual Marco Civil da Internet. A lei foi aprovada e sancionada na conferência da Net Mundial, um dos principais eventos de telecomunicações do mundo (<http://migre.me/smHaV>).

Relevantes balizadores para a definição dos princípios estabelecidos no marco civil da internet foram os dez princípios para a governança e uso da internet do Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI (<http://migre.me/smHbl>), os quais devem ser considerados na interpretação, aplicação e regulamentação do MCI.

A Lei do MCI destacou a liberdade de expressão, comunicação, tráfego e de surgimento de modelos de negócios dentre os fundamentos e princípios para o uso da internet. Percebe-se da leitura do relatório final do Deputado Alessandro Molon que a justificativa encontrada no debate público e que motivou os trabalhos da Comissão Especial foi a necessidade de preservação e garantia da arquitetura da internet livre e descentralizada, assim como de seus protocolos e funcionamento. (Berners-Lee citado por Molon, 2013)

Um dos principais assuntos debatidos e alterados ao longo da discussão legislativa foi o conceito de neutralidade de rede. A redação inicial somente permitia como exceção à neutralidade de rede o gerenciamento do tráfego para resolução de problemas técnicos e para atendimento de serviços emergenciais. No texto final do MCI, esse conceito foi abrandado e permitiu-se que a degradação do tráfego seja feita para dar suporte a serviços de emergência e para

atender requisitos técnicos indispensáveis. (E-Book CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014).

A Lei 12.965/14 referiu-se à neutralidade de rede nos seguintes dispositivos:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.

§ 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de:

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

II - priorização de serviços de emergência.

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

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

II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;

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

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

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

Como se observa, o ordenamento jurídico pátrio estabelece a neutralidade de rede como um princípio norteador do uso da internet e, mais adiante, atribui como dever do responsável pela transmissão, comutação ou roteamento de dados o tratamento isonômico dos usuários, sendo vedada a discriminação por conteúdo, origem, destino, serviço, terminal ou aplicação.

A neutralidade de rede, como princípio do MCI, também deve ser considerada como uma opção de política pública voltada para a inclusão digital na medida em que recrimina o tratamento discriminatório na rede.

Todavia, em face das considerações supra, foram indicadas exceções à neutralidade, em razão de questões técnicas indispensáveis à adequada prestação do serviço, bem como em virtude da priorização dos serviços emergenciais. O detalhamento da mitigação ao princípio da neutralidade foi relegado à regulamentação infralegal, com o suporte do Comitê Gestor da Internet - CGI e da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel.

Atualmente, está sendo discutida no âmbito do CGI e da Anatel, conforme previsão no MCI, a elaboração de regulamento sobre as exceções à neutralidade de rede. A regulamentação específica deverá buscar reduzir os efeitos negativos que um regime de neutralidade pode impor para os atores da internet, mas preservando os efeitos positivos (RAMOS, 2014).

Considerações sobre o zero rating

O *zero rating* pode ser conceituado como uma série de estratégias comerciais desenvolvidas por provedores de acesso de internet em parceria com provedores de aplicações em torno do objetivo de oferecer gratuidade no tráfego de dados para determinada aplicação e serviço específico.

A prática do modelo de negócios, como o acesso patrocinado ou acesso gratuito, a determinados serviços ou aplicativos, ao primeiro olhar, parece um benefício ao consumidor por proporcionar um financiamento da internet aos mais pobres. No entanto, a insegurança é que, em longo prazo, as barreiras da exclusão social cresçam, na medida em que os mais pobres seriam cada mais diferentes dos mais ricos no que se refere ao acesso de informação, ferramentas de comunicação e interação social.

As primeiras iniciativas de *zero rating* no mercado foram lançadas pelo Facebook, Twitter e Google, sendo atualmente conhecidas outras estratégias como na comunicação pelo Whatsapp e em aplicativos de música como o Deezer.

Existem diversas modalidades de *zero rating* ofertadas pelas prestadoras de telefonia, tais como (i) a prestadora escolhe a aplicação específica na qual o tráfego de acesso não será tarifado; (ii) há isenção tarifária para as aplicações de interesse público e sem fins comerciais; (iii) acesso patrocinado - o provedor de aplicação e conteúdo paga diretamente à prestadora pelo tráfego gerado por seus usuários (<http://goo.gl/nCiHms>).

A Anatel, após reflexão a respeito da experiência de outros países no tocante às práticas de tarifa zero, concluiu que "a maioria dos países evita adotar abordagem exaustiva na regulamentação destes temas para que não ocorra

obsolescência prematura das regras vigentes, o que exigiria que fossem alteradas com relativa frequência” (<http://goo.gl/TBWLH5>).

Ramos (2015) não interpreta a análise caso a caso como totalmente prejudicial ao mercado, pois traria um possível aumento na experimentação tecnológica na camada de infraestrutura de rede. No entanto, entende que também seriam aumentadas as incertezas para os atores do mercado, podendo gerar consequências como aumento de custos regulatórios especialmente para os provedores de aplicações.

Sob a perspectiva mais superficial dessas condutas em relação à neutralidade de rede, é possível concluir-se que, de fato, há uma discriminação de acesso, sendo, em tese, vedada em nosso ordenamento jurídico.

No entanto, a discussão ganha maior vulto a partir do momento em que se aprofunda o conceito de discriminação e passa-se a interpretar essas práticas comerciais em função de todo o sistema regulatório da internet, consoante as discussões postas na consulta pública da Anatel a serem mais bem detalhadas a seguir.

A Consulta Pública da Anatel e o zero rating

Percebeu-se na proposta da Consulta Pública da Anatel (<http://goo.gl/TBWLH5>) que a preocupação em torno da regulamentação da matéria vai além de definir conceitos para permitir um entendimento mais claro das exceções legais à neutralidade de rede.

A agência trouxe questionamentos evidenciando que ainda é um desafio a definição do conceito de discriminação (RAMOS, 2014), dentre outros temas como o meio de garantia da proporcionalidade, transparência e isonomia entre os agentes envolvidos no ecossistema da internet; melhor maneira de conduzir a regulamentação (ou não) de modelos de negócios, citando a prática do *zero rating* ou tarifação zero.

Considerando-se o recorte proposto no presente trabalho, destacam-se os seguintes questionamentos formulados na referida consulta pública (<http://goo.gl/TBWLH5>):

- 1) Quais as vantagens e as desvantagens que ofertas tais como as mencionadas acima podem trazer para os usuários, para os prestadores de serviços de telecomunicações e para os provedores de aplicações e conteúdos?
- 2) Qual seria a melhor forma de conduzir a regulamentação da neutralidade de rede, dadas as vantagens e desvantagens para os diversos agentes envolvidos nestas ofertas, em especial os usuários?
- 3) Quais os benefícios para uma regulação prévia e exaustiva (ex-ante) de modelos de negócio possíveis à luz da neutralidade de rede ou, alternativamente, quais os benefícios de uma regulação baseada em critérios gerais, com a avaliação de casos específicos a posteriori (ex-post)?

4) Existiriam outras formas de abordagem da regulamentação que atendam aos objetivos e demais determinações do Marco Civil da Internet? Quais as vantagens e as desvantagens dessas opções para os diversos agentes envolvidos, em especial os usuários.

Dentre aqueles que entendem pela compatibilidade entre o *zero rating* e a neutralidade estabelecida no MCI, o argumento principal é o de que essa prática representa um modelo de negócio de captura de clientes, caracterizada por uma isenção tarifária temporária para incentivar os usuários a adquirirem planos de conexão completa².

Sob essa perspectiva, a racionalidade econômica da prática não estaria em privilegiar parceiros comerciais, mas estabelecer ofertas atraentes ao consumidor para o incremento da venda de pacotes e a correspondente cobrança pelos dados utilizados num momento futuro.

A Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico - *camara e.net* advoga a tese de que a regulamentação deve ser mais flexível, propiciando uma maior liberdade dos agentes econômicos e o desenvolvimento tecnológico do país.³

Consoante a manifestação da Brasscom - Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia e Comunicação, a existência de modelos subsidiados de oferta está em consonância com os princípios norteadores do MCI, tais como, os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais (art. 3º, II). Além disso, trata-se de prática que contribui com a abertura e a colaboração (art. 3º, IV), a liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet (art. 3º, IV e VIII), a expansão e o uso da internet no Brasil (art. 24, II) (<http://goo.gl/JK2BGq>).

Do outro lado, no entanto, estão aqueles que sustentam a impossibilidade de o *zero rating* conviver com a neutralidade de rede prevista na Lei 12.965/14. O argumento central para essa corrente é o de que o MCI apenas permitiu a discriminação técnica e por motivo de urgência. Logo, qualquer iniciativa discriminatória assentada em justificativa comercial estaria proibida por lei (RAMOS, 2014)⁴.

²De acordo com a Associação ibero-americana de Centros de Pesquisa e Empresas de Telecomunicação (AHCIE.T. <http://goo.gl/HGTnlZ>). as empresas de telecomunicações são as primeiras interessadas e contam com o maior incentivo para fazer que aqueles usuários do *zero rating* finalmente fiquem convertidos em usuários plenos de forma habitual. não há interesse nenhum em manter indefinidamente estes usuários com um acesso limitado a uma única aplicação. É, como já se disse, apenas uma via temporária para a conexão completa.

³Nesse mesmo sentido, veja-se a manifestação da Associação Brasileira de Direito da Tecnologia da Informação e das Comunicações (ABDTIC, <http://goo.gl/lmCsgQ>).

⁴Dentre as opiniões majoritárias manifestadas na Consulta Pública nº 8/2015, destacam-se a do Ministério Público Federal, Fundação Getúlio Vargas, Ministério da Fazenda e a de Pedro Ramos.

Seguiu-se, por seu turno, a mesma orientação existente em outros países que já regulamentaram a matéria, como o Chile, Canadá, Eslovênia, Holanda e Noruega. Um caso concreto em que se pôde verificar a reação positiva do mercado à proibição do *zero rating* ocorreu na Holanda. Diante da limitação à mencionada prática, a empresa líder de vendas, KPN, decidiu dobrar, sem custos para o usuário, o volume do limite de tráfego de seus planos para celular, promovendo uma maior utilização da internet móvel (<http://goo.gl/HGTnZ>).

Na contribuição encaminhada pela Fundação Getúlio Vargas - FGV, ressaltou-se que o debate a respeito do modelo regulatório encontrou-se superado no ordenamento jurídico, pois o legislador optou por prestigiar a neutralidade *ex ante*, isto é, adotando como regra a vedação de medidas discriminatórias por parte dos provedores de internet, seja quanto ao conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.

Nesse contexto, a discussão remontaria exclusivamente à abrangência das exceções contidas na lei, mais precisamente sobre as questões de ordem técnica e urgentes que autorizariam a mitigação do princípio da neutralidade (<http://goo.gl/w0Reqi>). Assim, embora a discriminação de dados possa ser realizada em situações justificadas, o *zero rating* não encontraria supedâneo técnico hábil à legitimação da prática, pois estaria imbricado, inevitavelmente, com questões de fundo mercadológico.

O Ministério Público Federal, por meio de Grupo de Trabalho da 3ª Câmara de Revisão e Coordenação manifestou-se no sentido de que, sob a perspectiva econômica, o aumento da participação dos provedores de aplicações e conteúdos no custeio das redes de acesso pode aumentar o bem-estar social.

Acrescentou, dessa maneira, que o consumidor tem à sua disposição uma oferta maior de dados para acessar a internet. Ainda que parte desses dados sejam dedicados a um único aplicativo, sobram mais dados da franquia paga pelo próprio usuário para utilizar como bem entender. Dessarte, as demais aplicações são indiretamente beneficiadas.

O *Parquet* concluiu que a averiguação sobre se há condições comerciais discriminatórias ou condutas anticoncorrenciais é complexa, sendo de difícil implementação num regulamento, sem colocar-se em risco o desenvolvimento de soluções dinâmicas (<http://goo.gl/1L1YtZ>).

A consulta foi encerrada dia 19 de maio de 2015 e, em seminário realizado pela Telesintese em 10 de junho de 2015 (<http://goo.gl/2ZPSIH>) foi apresentado o seguinte resumo das contribuições recebidas pela Anatel:

- 1) Os acordos de “Tarifação Zero” prejudicariam o consumidor ao direcionar seu uso para determinadas aplicações gratuitas frente a aplicações similares de concorrentes, pagas.

- 2) Como modelo de negócios alternativo, as aplicações passarão a ser também os clientes, e pagarão à rede pelo consumo que for responsável - zero rating x acesso patrocinado pelas aplicações e conteúdos.
- 3) Ideal seria apenas estabelecer diretrizes para avaliação pelo regulador à luz do direito concorrencial e dos consumidores.
- 4) Priorizações de ordem comercial ferem o conceito de neutralidade; apenas as razões de ordem técnica podem excetuar este princípio.

Conclusões

Como bem pontuado no modelo teórico idealizado por Wilson (2004), identificou-se que só é possível aferir adequadamente as repercussões que o desenvolvimento tecnológico apresenta para a transformação da sociedade, a partir de uma abordagem que considere as condições políticas, econômicas e sociais.

No Brasil, verificou-se que, apesar do aumento progressivo no número de pessoas com acesso à internet móvel, ainda é expressiva a parcela da população que se encontra alijada da rede mundial de computadores. Mesmo com relação aos que já possuem acesso a essa tecnologia, não se pode desconsiderar as desigualdades sociais e regionais existentes no país, as quais repercutem sobre a utilização do serviço de internet, mormente em razão de como ele é precificado, isto é, pela quantidade de dados utilizada pelo usuário.

A neutralidade de rede, como princípio consagrado no Marco Civil da Internet, pressupõe a impossibilidade de discriminação de dados por conteúdo, origem, destino, serviço, terminal ou aplicação. Visualiza-se, nesse particular, uma inequívoca opção de política pública voltada para a inclusão digital, na medida em que recrimina o tratamento discriminatório.

A isenção tarifária para as aplicações de interesse público e sem fins comerciais não deve ser considerada como ofensa à neutralidade de rede, pois está compreendida no conceito de isonomia previsto no MCI, haja vista que, nesse ambiente, não existem preocupações de natureza competitiva e econômica. Não se deve olvidar que o tratamento isonômico permite a existência de distinções na medida das desigualdades entre os agentes.

No tocante à prática do *zero rating* em aplicativos que possuam, ainda que indiretamente, finalidade lucrativa, o tratamento discriminatório, segundo a literalidade da Lei 12.965/14, estaria caracterizado, o que afrontaria a neutralidade. Contudo, a interpretação mais adequada do normativo não pode descurar-se dos fundamentos eleitos pelo legislador para a disciplina da internet no Brasil, os quais compreendem a livre iniciativa, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a finalidade social da rede. Nesse contexto, a conduta deve ser condenada, caso seja capaz de alterar, de modo significativo e abusivo, as

condições mercadológicas e concorrenciais, não havendo respaldo na proteção ao consumidor, nem em aspectos sociais da rede.

Pelo que se observou do comportamento das operadoras que adotam a tarifação zero, a escolha dos aplicativos ‘beneficiados’ pela prática encontra-se pautada pelo grau de aceitação e utilização por parte dos consumidores. Assim, os parceiros eleitos pelos provedores de internet móvel para o *zero rating* são apenas os serviços já amplamente acolhidos pelo mercado e que, naturalmente, já seriam os preferidos da maioria.

Ademais, a própria dinamicidade aferida no âmbito das utilidades tecnológicas serviria como uma porta aberta ao surgimento de novas aplicações, de modo que fidelidade do consumidor, a princípio, estaria muito mais relacionada com o atendimento de seus gostos e preferências do que com o fenômeno da isenção tarifária.

Nessas situações, ainda que não se verifique, *a priori*, relevantes prejuízos ao mercado, a autoridade regulatória deve manter-se vigilante quanto às tentativas de sua manipulação artificial, o que apenas se apresenta viável, por seu turno, diante dos casos concretos.

Quanto à inclusão digital, não obstante o *zero rating* não lhe seja sinônimo, não se desconhece que pode trazer benefícios ao consumidor, ampliando-lhe o acesso às ferramentas de internet. Isso porque, ainda que a isenção refira-se a um único aplicativo, sobram mais dados da franquia paga pelo próprio usuário para utilizar como bem entender. Por consequência, as demais aplicações são indiretamente beneficiadas.

O argumento de que a conduta contribuiria para o crescimento das barreiras da exclusão social, porquanto os mais pobres seriam cada mais diferentes dos mais ricos no que se refere ao acesso de informação, ferramentas de comunicação e interação social não convence. Isso porque nada garante que o contrário ocorreria, se a cobrança pelo uso dos dados de conexão fosse indistintamente realizada.

O debate público promovido na seara governamental, como o que se realizou na consulta promovida pela Anatel, tem se mostrado válido para ensejar o amadurecimento das reflexões sobre a temática, especialmente num cenário de incertezas quanto à eficiência da regulação na espécie, frente aos desafios tecnológicos, concorrenciais e de proteção aos interesses dos consumidores. Demonstra-se, nesse ponto, a preocupação política em se fomentar práticas colaborativas entre os atores envolvidos nesse processo, sendo medida extremamente salutar.

Aspecto fundamental, por conseguinte, é a fixação de parâmetros que conduzam a uma maior transparência nas relações de mercado e, diante disso, uma maior segurança jurídica, a partir da previsibilidade da conduta dos agentes,

objetividade no controle pela autoridade regulatória e isonomia no tratamento do usuário da internet.

Referências Bibliográficas

BARLOW, J. P. *A Declaration of the Independence of Cyberspace*. 1996. Disponível em: < www.projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html > Acesso em: 26.06.2015.

Contribuição do Centro de Tecnologia e Sociedade ao Diálogo – FGV- Anatel para regulamentação do Marco Civil da Internet. Disponível em < <http://goo.gl/w0Reqi> > Acesso em: 23.09.2015.

Contribuição da Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico à Anatel. Disponível em < <http://goo.gl/w0Reqi> > Acesso em: 23.09.2015.

Contribuição da Associação brasileira de empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação- Brasscom à Anatel. Disponível em < <http://goo.gl/w0Reqi> > Acesso em: 23.09.2015

LESSIG, L. *Code Version 2.0. New York*: Basic Books, 2006.

MOLON, Alessandro. Relatório Final do Marco Civil da Internet, 2013. Disponível em: <<http://edemocracia.camara.gov.br/documents/679637/277cc749-e543-4636-9ddb-736144a9b654> > Acesso em: 23.06.2015.

Nota técnica do MPF à Consulta Pública nº 08-Anatel. Disponível em < <http://goo.gl/xzsa6e> > Acesso em: 23.06.2015.

Proposta de Consulta Pública nº 08 da Anatel. http://www.anatel.gov.br/Portal/documentos/sala_imprensa/31-3-2015--8h36min8s-Proposta%20CP_regulamenta%C3%A7%C3%A3oMCI_CP_v01.pdf

Projeto Pensando o Direito. Marco Civil da Internet. Disponível em: < <http://participacao.mj.gov.br/marcocivil/> > Acesso em: 23.06.2015.

Princípios para governança e uso da internet. Disponível em: <www.cgi.br/principios> Acesso em: 23.06.2015.

RAMOS, P. H. S. **Diálogos NDIS 1 Neutralidade de rede na telefonia móvel?**, 2013b. Disponível em:

<<http://ndisusp.wordpress.com/2013/11/01/dialogos-ndis-1-neutralidade-de-rede-na-telefonia-movel/>>. Acesso em: 26 maio. 2015

_____. **O que é neutralidade da rede? Neutralidade da Rede: uma guia para discussão**, 2014a. Disponível em: < www.neutralidade.com.br > Acesso em: 26 de maio de 2015.

_____. **A neutralidade da rede e o Marco Civil contribuição ao debate público sobre a regulamentação específica**. 2015. Disponível em http://media.wix.com/ugd/aac617_4005aa29be854a669e61dd9e2a2cda3b.pdf Acesso em: 26 de maio de 2015.

Telesínte. Portal de Telecomunicações, Internet e TIC's. **Comunicações, Justiça, empresas e sociedade debatem serviços gratuitos e neutralidade de rede**. Disponível em < <http://www.telesintese.com.br/comunicacoes-justica-empresas-e-sociedade-civil-debatem-servico-gratuito-e-neutralidade-de-rede/> >.

YOO, Christopher; S. Spulber & Daniel F. **Networks in Telecommunications: Economics and Law**. Chapter 11. The Regulation of Broadband Networks and the internet: Network Neutrality versus Network Diversity. Cambridge. p. 373-470.

WILSON, E. J. **The Information Revolution and Developing Countries**. Cambridge, 2004.

WU, T. **Network neutrality, broadband discrimination**. **Journal of Telecommunications and High Technology Law**, v. 2, p. 141, 2003.

