



PLATAFORMAS DIGITAIS E REGULAÇÃO DA NEUTRALIDADE DA REDE: COMO A REGULAÇÃO ATENDE AOS INTERESSES DE COMPANHIAS COM DOMINÂNCIA DE MERCADO

Clara Leitão¹

Resumo:

O artigo pretende demonstrar que a regulação brasileira atende aos interesses das companhias privadas de plataformas digitais ao não endereçar corretamente as características do mercado das plataformas digitais. Sua hipótese é que a regulação negligenciou esse mercado, que tende ao monopólio, e, posteriormente, falhou em compreendê-lo. O artigo trata-se de pesquisa teórica, analisando inicialmente as características da economia digital e da arquitetura da internet e, em seguida, a regulação sobre *zero-rating* e neutralidade da rede no país. O artigo conclui que os órgãos reguladores brasileiros falham em garantir a neutralidade da rede e a livre-concorrência no mercado de plataformas digitais.

Palavras-chave:

Regulação; plataformas digitais, neutralidade da rede, concorrência, *zero-rating*.

DIGITAL PLATFORMS AND NET NEUTRALITY REGULATION: HOW REGULATION MEETS THE INTERESTS OF COMPANIES WITH MARKET DOMINANCE

Abstract:

The article aims to demonstrate that Brazilian regulation serves the interests of private companies of digital platforms by not addressing accurately the features of the digital platforms market. Its hypothesis is that regulation has long neglected this market, which tends to monopoly, and has failed to understand it afterwards. The article is a theoretical research, first analyzing the characteristics of the digital economy and the architecture of the internet and, subsequently, the regulation on *zero-rating* and net neutrality. The article concludes that Brazilian regulatory agencies fail to guarantee net neutrality and free competition in the market of digital platforms.

Keywords:

Economic regulation; digital platforms, network neutrality, competition, *zero-rating*.

1 INTRODUÇÃO

A economia digital cresceu consideravelmente nas últimas duas décadas, e plataformas digitais ganharam importante destaque na economia e na política mundial. A regulação normalmente já tem o desafio de acompanhar mudanças nos setores em que atua, mas, quando falamos de regulação de plataformas digitais, o Estado acreditou por muito tempo que esse era um campo em que não cabia regulação. Como resultado, as plataformas

¹ Clara Leitão de Almeida. Mestranda em Direito da Regulação na FGV Direito Rio. Pesquisadora em governança das plataformas digitais. Graduada em Direito pela FGV Direito Rio. claraleitaoa@gmail.com.





digitais criaram um mercado cujo poder está na mão de pouquíssimas companhias, com enorme poder político, e que hoje apresenta diversos desafios aos Estados.

O mercado das plataformas digitais é caracterizado pela tendência ao monopólio. Isso já seria suficiente para criticar a falta de regulação adequada sobre ele. O setor de telecomunicações, por abranger o serviço de acesso à internet, se relaciona intimamente com o mercado de plataformas digitais, e possui regulação específica. No entanto, quando analisamos as práticas das operadoras telefônicas que possuem influência sobre o mercado das plataformas digitais, percebemos que agravam o quadro de condutas anticompetitivas promovidas pelas plataformas.

O princípio da neutralidade da rede, positivado na legislação brasileira, determina que uma companhia que tenha domínio sobre determinada camada da internet não deve usar sua vantagem para influenciar outras camadas. Por exemplo, uma companhia com domínio sobre a camada de infraestrutura da internet não pode valer-se disso para determinar que *sites* o usuário acessa, parte da camada de conteúdo da internet. O que se espera da regulação estatal é, portanto, que preze por este princípio, de modo a não fornecer ainda mais vantagem competitiva a companhias que possuem domínio de um mercado que já tende, naturalmente, ao monopólio.

Além de ter sido sustentada, por alguns anos, a ideia de que a internet era um ambiente em que não caberia regulação (tese do excepcionalismo), quando percebeu-se a necessidade de regulação, os reguladores não foram preparados para realmente compreender o funcionamento da internet, para, então, tomarem suas decisões. Por essa razão, práticas como o *zero-rating*, que ferem a neutralidade da rede, são permitidas pela legislação brasileira, e toleradas por órgãos reguladores.

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar que a regulação falha em endereçar o domínio de mercado das plataformas digitais. Em primeiro lugar, houve uma negligência em atuar sobre a camada de conteúdo, permitindo que as plataformas criassem um mercado baseado na coleta de dados dos usuários indiscriminada, o que forneceu um grande poder de mercado a poucas companhias. Em segundo lugar, e foco principal deste artigo, a regulação também não atua sobre a camada de infraestrutura de modo a evitar que as



plataformas que possuem domínio sobre a camada de conteúdo se utilizem dela para obter ainda maior vantagem competitiva.

Para isso, irá, na primeira seção, abordar as funções e objetivos da regulação econômica estatal. Na segunda seção, serão explicadas as características dos mercados digitais e por que eles tendem ao monopólio. A terceira seção irá apresentar o princípio da neutralidade da rede e sua importância para a garantia da concorrência e, na sequência, a quarta seção irá abordar a regulação brasileira atual sobre este princípio. Por fim, será apresentada a conclusão do trabalho.

2 REGULAÇÃO ECONÔMICA E SUAS FUNÇÕES

A função regulatória, prevista na Constituição Federal, compele o Estado a adotar práticas de gestão que conjuguem os direitos fundamentais e o bem-estar social com o incentivo ao crescimento econômico (GUERRA, 2016). Questiona-se frequentemente qual o nível de regulação estatal ótimo na iniciativa privada, onde se encontra esse equilíbrio na atuação estatal.

Uma importante função da regulação econômica é a garantia da concorrência nos mercados regulados. Sem um mercado verdadeiramente competitivo, não há garantia dos direitos fundamentais à livre iniciativa e à livre concorrência. A qualidade dos serviços prestados por companhias com dominância de mercado cai, não há incentivo à inovação, o que afeta o interesse público e o bem-estar da sociedade, também prezados pela regulação estatal.

O presente trabalho conversa principalmente com a regulação do setor de telecomunicações. Esse setor sofre transformações rápidas com a evolução da tecnologia, que fornece mais possibilidades aos usuários a cada novidade, o que resulta em maiores demandas da sociedade pelos serviços (MARQUES NETO, 2010). A sociedade deseja acesso aos serviços tecnológicos de comunicação, e, sendo serviços de importante interesse público, o acesso a eles deve ser maximizado.



Dentre os serviços de telecomunicações, encontra-se o serviço de acesso à internet. Ferramenta que teve sua relevância exacerbada nas últimas décadas, a internet trouxe uma série de inovações, inclusive no modo como o serviço de acesso é prestado, em um curto período de tempo, trazendo desafios à regulação.

As companhias de telecomunicações também passaram a se ver desafiadas pelas companhias de plataformas digitais, que prestam serviços *Over the Top* – serviços que são prestados na camada de aplicações da internet. As plataformas digitais passaram a prestar serviços semelhantes aos de telecomunicação, como ligações, troca de mensagens de texto, mas que não precisam da linha telefônica, apenas do acesso à internet, visto que comunicação se dá através de aplicativos, como Facebook, WhatsApp, entre outros. Visando ao seu interesse, as companhias de telecomunicações passaram a encontrar maneiras de prestar o serviço de acesso à internet de forma que lhes fosse mais benéfica, como, por exemplo, com a prática do *zero-rating*, que será mais explorada na última seção deste trabalho.

Apesar das rápidas mudanças, a regulação estatal deve estar atenta às práticas do mercado que podem trazer malefícios ao interesse público e à concorrência. Quando discutimos regulação em um setor tão relevante para o desenvolvimento nacional (MARQUES NETO, 2010), o entendimento sempre deve ser o de que o Estado deve atuar para propiciar a concorrência, corrigindo os efeitos da competição imperfeita (GUERRA, 2016).

3 PLATAFORMAS DIGITAIS E SUA TENDÊNCIA AO MONOPÓLIO

As plataformas digitais ganharam bastante espaço na sociedade nas últimas décadas. Conforme as relações passaram para o ambiente online, companhias de plataformas digitais que não existiam, ou passavam por dificuldades financeiras no início dos anos 2000 (ZUBOFF, 2019), hoje possuem elevado poder econômico e político. Essa ascendência não é nada surpreendente, uma vez que essas companhias realmente trouxeram inovações relevantes na forma como nos relacionamos, como trabalhamos, viajamos, enfim, consumimos diversos serviços. No entanto, também trouxeram novos desafios à economia que demandam regulação.



O entendimento de que essas plataformas demandam regulação é ainda mais recente do que a sua ascensão. Em 1996, Joe Perry Barlow recusou a legitimidade dos governos sobre a internet na “Declaração de Independência do Ciberespaço”. Barlow aclama a democratização e a liberdade existentes no ambiente virtual, ambiente este que não estaria sujeito a controles institucionais nem a limites territoriais. Defende a internet como um ambiente descentralizado, que não deveria ser sujeito à regulação pelo direito das nações, mantendo-se independente.

No mesmo ano, Frank Easterbrook disse ao Fórum de Direito da Universidade de Chicago que pensar o “direito do ciberespaço”, enquanto o ciberespaço fosse desconhecido, seria como pensar o “direito do cavalo”. Segundo o professor, previsões feitas por advogados sobre o ciberespaço provavelmente estariam erradas, uma vez que os cegos não são bons desbravadores. Adaptações legais para o ciberespaço deveriam, portanto, ser evitadas (EASTERBROOK, 1996).

A teoria, defendida pelos mencionados autores, de que a internet não deveria ser sujeita à regulação estatal, ficou conhecida como “excepcionalismo”. O excepcionalismo foi dominante por alguns anos, e, nesse vácuo regulatório, as plataformas cresceram enormemente (ZUBOFF, 2019). Apenas na década de 2010 o tema da regulação de plataformas digitais e da economia digital passou a ganhar mais destaque no plano internacional. Vinte anos depois dos discursos de Barlow e Easterbrook, quando o ciberespaço já não era mais tão desconhecido, Orly Lobel publica o artigo “*The law of the platform*” (2016), em que concorda com Easterbrook ao dizer que não devem ser feitas adaptações sem levar em consideração a natureza da economia digital. Mas a autora defende que se deve justamente estudar a natureza da economia digital e das plataformas para regulá-las.

A experiência que agora possuímos acerca da economia digital nos mostra que a natureza das plataformas digitais é a tendência ao monopólio. De acordo com Zingales e Lancieri (2019), em relatório produzido pelo *Stigler Committee on Digital Platforms*, o mercado digital apresenta diversas características que, embora não sejam novas, nunca haviam aparecidos juntas dessa forma, e que empurram o mercado na direção do monopólio



de uma única companhia com dominância de mercado (ZINGALES; LANCIERI, 2019, p. 7-8). Essas características seriam:

- i) Fortes efeitos de rede, ou seja, quanto mais pessoas utilizam um produto, mais atraente ele se torna a novos usuários;
- ii) Fortes economias de escala e de escopo. O custo de se produzir mais, ou de se expandir para outros setores diminui conforme a companhia cresce;
- iii) O custo marginal é próximo de zero;
- iv) Quanto mais dados você coleta e controla, melhor o seu produto, e mais dados você consegue coletar; e
- v) Baixos custos de distribuição, que permite um alcance global por parte das plataformas.

Somadas, essas características levam a um mercado conhecido como “*winner takes all*” (o vencedor leva tudo). O mercado tende naturalmente a beneficiar a companhia com dominância de mercado, levando-a ao monopólio. Novos competidores muito provavelmente não conseguirão superar as barreiras de entrada do mercado derivadas da economia de escala das companhias dominantes e seu controle de dados. Com altíssimas barreiras de entrada, dificilmente haverão novos competidores para ameaçar a dominância da companhia que já está à frente das outras.

Sem a ameaça da perda de poder de mercado, o resultado para a sociedade da dominância dessas companhias é a perda de qualidade, menor proteção da privacidade dos usuários das plataformas, e, principalmente, menor investimento em inovação. Cabe à regulação estatal preservar a concorrência dos mercados, em especial em uma economia que atualmente tem domínio sobre tantas esferas da vida em sociedade, de modo a promover inovação, melhora da qualidade dos serviços prestados e, por fim, aumento do bem-estar social.

4 NEUTRALIDADE DA REDE





Quando a teoria do excepcionalismo ainda era dominante, Lawrence Lessig (1999 e 2006) já defendia a regulação da internet, afirmando que ela já era dotada de uma natureza regulatória própria. A arquitetura da internet determina o que os usuários podem ou não fazer no ambiente online, e, para Lessig, isso já constituiria, por si só, uma forma de regulação inerente ao sistema. Nesta seção, será apresentado o princípio da neutralidade da rede, e explicada a importância da separação das camadas da internet, para demonstrar como a falta de regulação adequada levando em consideração a arquitetura da internet pode agravar as ameaças à concorrência no mercado digital.

A arquitetura da internet foi projetada visando à abertura à inovação pelos usuários e flexibilidade no transporte de informações. Seguindo essa lógica, um dos princípios da arquitetura da internet é o chamado *end-to-end* (E2E). De acordo com esse princípio, os usuários finais (*ends*) devem possuir um papel ativo na criação e no uso dos aplicativos, enquanto a infraestrutura da internet deve permanecer passiva, possibilitando o transporte adequado das informações desejadas pelos usuários (BELLI, 2016a, p. 15). Como explica Clara Keller, “a inteligência da rede deveria se localizar em seus pontos finais, ou seja, na camada onde seus usuários trocam informações, e não na camada de infraestrutura, por onde essa informação é trocada” (2019, p. 47).

Da troca de informações de usuários por aplicativos e do tráfego de dados, decorre o estabelecimento de outro princípio regulatório: o da neutralidade da rede. Este princípio, positivado no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), implica, basicamente, que o tráfego de dados seja realizado de forma isonômica (art. 9º, Marco Civil da Internet). Ainda segundo Keller, isso impediria que “operadores cobrem dos usuários valores diferenciados pelo tráfego de seus dados utilizados, ou que privilegiem de alguma forma a qualidade do tráfego do conteúdo de determinados serviços” (2019, p. 47), inclusive o dos próprios operadores, uma vez que muitas companhias que operam o conteúdo são integradas verticalmente com provedores de conteúdo.

O objetivo é manter a arquitetura da internet aberta e descentralizada, evitando influências sobre o fluxo de informação, através de um fluxo de dados não-discriminatório. Assim, os provedores de internet não poderiam influenciar a experiência do usuário, nem



tampouco limitar o exercício seus direitos, através do bloqueio ou priorização de determinados conteúdos baseados em escolhas comerciais.

A interferência nesse princípio tem consequências para a livre concorrência, podendo promover condutas anticompetitivas, e afetando inclusive a liberdade de expressão e privacidade dos usuários da rede. Companhias que possuem domínio sobre uma camada da internet podem valer-se de sua vantagem para interferir em outras camadas, influenciando, assim, as escolhas dos usuários sobre quais plataformas digitais acessarem. Esse perigo é especialmente importante em casos de integração vertical entre operadores de rede de internet e provedores de conteúdo. As companhias operadoras de rede, têm a possibilidade de afetar a camada de conteúdo da internet, influenciando, através da própria arquitetura da rede, qual conteúdo será mais facilmente acessado. Uma vez que essa companhia também tenha controle sobre os provedores de conteúdo, terá todo incentivo comercial para privilegiar o conteúdo através do qual receberá mais renda, aumentando seus lucros.

Tratando dessa integração vertical, em 2000, Lemley e Lessig publicaram o artigo *“The end of end-to-end: Preserving the architecture of the Internet in the broadband era”*, em que defendiam a necessidade de se preservar a arquitetura descentralizada da internet como forma de (i) permitir a continuidade do desenvolvimento de mais e mais inovações que se utilizam da estrutura da rede para fornecer serviços ou conteúdo aos usuários/consumidores e (ii) propiciar os meios necessários ao progresso econômico e social.

A arquitetura descentralizada da internet só pode ser garantida a partir da proteção da neutralidade da rede (BELLI, 2016a). As políticas de neutralidade de rede – a partir da regulação estatal – são capazes de assegurar o acesso à internet de forma isonômica. Isso garantiria os direitos fundamentais, previstos na Constituição, à livre concorrência, liberdade de expressão e privacidade. Isso porque o direito à liberdade de expressão não engloba apenas a informação que se quer transmitir, mas também os meios de disseminação, uma vez que qualquer restrição inculcada aos meios necessariamente irá repercutir no direito de receber a informação. Assim, a manutenção da neutralidade da rede é uma função da regulação estatal, que devem conjugar tanto aspectos econômicos quanto direitos fundamentais.

Por essas razões, mais que quarenta países (Internet Governance Forum, 2017) já adotaram regras protegendo a neutralidade da rede, incluindo tal princípio como norteador de



sua regulação sobre a internet. No Brasil, a neutralidade da rede foi expressamente prevista no artigo 3º, IV do Marco Civil da Internet, como um dos princípios que disciplinam o uso da internet no Brasil. Ademais, o artigo 9º proíbe explicitamente a discriminação de conteúdo por parte do responsável pela transmissão. Este deve tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, proibindo a priorização de pacotes de dados em razão de arranjos comerciais, ou de aplicações ofertadas pelo próprio responsável pela transmissão. Ou seja, aqui, a regulação buscou evitar o problema causado pela integração vertical de operadores de rede e provedores de conteúdo.

5 REGULAÇÃO SOBRE NEUTRALIDADE DA REDE, ZERO-RATING E CONCORRÊNCIA

Um importante tema de discussão sobre o debate sobre neutralidade da rede à época da elaboração do Marco Civil da Internet foi o *zero-rating*, que seria a prática comercial adotada pelas operadoras telefônicas de oferecerem gratuidade de tráfego sobre determinados aplicativos. As operadoras entram em acordo com as companhias de plataformas digitais, com destaque para a Facebook (o que inclui, também, os aplicativos WhatsApp e Instagram), e permitem o consumo de dados sobre esses aplicativos sem cobrança da franquia de dados do plano do cliente. Essa prática impõe discriminação de preços e conteúdo (BELLI, 2016b), e promove o acesso a alguns aplicativos em detrimento de outros.

A adoção dessa prática foi uma forma de as companhias contornarem a regulação sobre a integração vertical, que já vinha sendo coibida internacionalmente. No entanto, a o patrocínio de alguns aplicativos combinados com pacotes de dados limitados já era uma estratégia compreendida como anticoncorrencial desde 2013, na Alemanha (TELEKOM, 2017). A operadora telefônica alemã Telekom definiu franquias limitadas e tentou isentar os próprios serviços do limite de consumo de dados.

A imposição de diferentes preços para o tráfego de dados advindos de diferentes aplicativos é incompatível com o princípio da neutralidade da rede. Se esses aplicativos possuem a mesma finalidade, tem-se um claro problema para concorrência. Como afirmou Rafael Evangelista, o *zero-rating*



empurra as pessoas para determinados serviços, inclusive contrariando uma perspectiva de economia liberal. Você não tem competição justa se você tem duas empresas de funções, razões e propósitos diferentes se aliando para mutuamente se beneficiarem em detrimento dos competidores. (OLIVEIRA, 2020)

Como dito anteriormente acerca da importância em se preservar a neutralidade da rede, além dos problemas para a concorrência, o debate sobre *zero-rating* também se relaciona com questões acerca da liberdade de expressão. Quando se tem uma companhia dona de diversos aplicativos com acesso gratuito aos consumidores, aquela companhia passa a ser o único veículo de informação na internet para esses consumidores, sendo capaz de selecionar o conteúdo que estará disponível para eles.

Um outro ponto sensível a ser abordado na discussão acerca da adoção do *zero-rating* é o de que a prática também cria uma escassez artificial sobre o acesso à internet. Somente com a limitação do pacote de dados o patrocínio de determinados aplicativos pode funcionar. Com um pacote de dados ilimitado, o consumidor não teria incentivo para utilizar o aplicativo patrocinado, em detrimento de seu concorrente. Dessa forma, para que a prática seja eficaz, as operadoras telefônicas brasileiras devem manter os pacotes de dados tão limitados quanto possível (BELLI, 2016b). Isso significa que o *zero-rating*, além de ferir a neutralidade da rede e de ser uma prática anticoncorrencial, também pode aumentar o preço da internet aberta.

O *Internet Governance Forum* (IGF) estabelecido pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 2019, endereçou o debate acerca do *zero-rating*.² Foi discutido que, em muitos casos, a mesma companhia possui aplicativos similares, como Facebook, WhatsApp e Instagram. Isso pode comprometer o fluxo de informação entre as plataformas, impossibilitando os usuários de acessarem outras fontes de informação. As companhias que já possuem dominância no mercado podem se valer do *zero-rating*, obtendo ainda mais vantagem competitiva, controlando o fluxo de informações e coletando mais dados dos usuários.

Em setembro de 2020, a Corte de Justiça da União Europeia emitiu um *press release*, interpretando que a regulação europeia deveria garantir a neutralidade da rede, e que práticas

² Acesse: <<https://www.intgovforum.org/multilingual/content/igf-2019-5g-iot-and-zero-rating-challenges-for-net-neutrality>>. Último acesso em 12 de abril de 2021.



como o *zero-rating* afetariam, sim, o princípio (Court of Justice of the European Union, 2020).

6 REGULAÇÃO BRASILEIRA SOBRE *ZERO-RATING* E CONCORRÊNCIA

Devido às razões apontadas, a prática de *zero-rating* deveria ser coibida, no entanto, ela continua sendo permitida pela regulação brasileira, e exercida pelas operadoras telefônicas. Dentre os argumentos utilizados na formulação do Marco Civil, alguns órgãos de telefonia defenderam que a obrigação prevista no artigo 9º abrange “tão somente as atividades relacionadas com o tráfego de pacotes de dados (camada lógica da rede) e, logo, não alcançam discriminações entre pacotes de dados que possam ocorrer em nível comercial (camada de conteúdo da rede)” (Associação InternetLab de Pesquisa em Direito e Tecnologia, 2015, p. 12).

Além disso, defensores do *zero-rating* afirmam que não há como ter certeza que a prática tem um efeito negativo para concorrência, pois pode beneficiar o usuário ao assegurar acesso livre a alguns aplicativos. Esse argumento, defendido pela Claro S/A, supõe que a prática seria possível como uma exceção à neutralidade da rede, por proporcionar efeitos econômicos benéficos aos consumidores e usuários de internet. Segundo a manifestação da operadora, o Marco Civil da Internet traz também o princípio da livre concorrência, se esperaria que a lei beneficiasse o mercado, mas também o consumidor.

O próprio órgão responsável pela regulação da concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), emitiu entendimento em 2017, em inquérito administrativo, de que a prática não prejudicaria a livre concorrência nem a livre iniciativa. O inquérito foi oriundo de denúncia feita pelo Ministério Público Federal (MPF), que afirmava que as empresas de telefonia brasileiras Claro, Oi, TIM Brasil e Telefônica Brasil

“que controlam quase a totalidade do mercado em questão -, estariam supostamente adotando práticas comerciais discriminatórias no provimento do serviço de acesso à Internet móvel, ao ofertar a seus usuários planos de dados que diferenciam as condições de acesso a determinados serviços de Internet, por meio da cobrança de valores reduzidos ou mesmo da isenção total de cobrança. Neste último caso – modelo caracterizado como “zero rating”-, os usuários não pagariam às operadoras para acessar determinados

conteúdos ou aplicações, como as de redes sociais. Em outro modelo, denominado "acesso patrocinado", o detentor da aplicação supostamente remunera a prestadora pelo tráfego de dados gerado por seus usuários. Exemplificando, o Representante menciona que a Claro teria lançado uma oferta que permitiria aos contratantes navegar na Internet, de forma gratuita e ilimitada, sem desconto no pacote ou franquia de Internet adquirida, ao acessar exclusivamente às redes sociais Facebook, Twitter e WhatsApp. Assim, o pacote de dados ou franquia de Internet contratada seria consumido normalmente com outros acessos não contemplados neste plano." (CADE, 2017)

A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), em sua manifestação no inquérito, afirmou que os planos de serviço comercializados com *zero-rating* não infringem a neutralidade da rede, nem configuram ameaça à livre-iniciativa. Segundo a agência reguladora, essas práticas representariam, na verdade, um ganho de eficiência para o consumidor. A Anatel também não reconhece que a prática represente qualquer limitação à capacidade de inovação do mercado de provimento de conteúdo. Portanto, não haveria indícios suficientes para abertura de processo administrativo por parte do CADE.

A Superintendência Geral do CADE, a partir de tais manifestações, entendeu que analisar as denúncias sobre violação do princípio da neutralidade da rede estariam fora da competência do órgão regulador, que deve prezar pela Lei de Defesa da Concorrência, e não pelo Marco Civil da Internet. Ainda assim, como a Anatel entendeu que não haveria violação a ao Marco Civil, as condutas foram descaracterizadas.

O que levou a tal decisão pelo órgão regulador foi uma falta de compreensão do funcionamento da internet, bem como do objetivo do princípio da neutralidade da rede. A legislação brasileira, ao incorporar o princípio a seu ordenamento jurídico, entendeu que o usuário de internet deve ser capaz de agir com liberdade de escolha, sem que suas preferências sejam determinadas por decisões de companhias buscando aumentar sua renda. Suas preferências, pelo contrário, como em qualquer ambiente de competição, devem ser elencadas de acordo com os serviços que se mostrem mais eficientes para o usuário.

Com o patrocínio de determinados aplicativos em detrimento de outros, e com a estipulação de um preço elevado artificialmente para o pacote de dados de internet, a prática do *zero-rating* altera a lógica da internet aberta. É justamente a sua abertura que promove inovação no ambiente da internet. Quem ganha a competição não é o aplicativo mais eficiente



ou inovador, ou mais facilmente compartilhado, mas sim aquele que é patrocinado pelas operadoras telefônicas.

Portanto, diferente do que foi apontado pela Anatel e aceito pelo CADE, essa prática, sim, diminui a inovação, uma vez que desincentiva os usuários a visitarem novas plataformas e acessarem diferentes conteúdos além daqueles que são patrocinados por suas operadoras telefônicas. Não há estímulo para a criação de novas plataformas, novos aplicativos, com diferentes ferramentas, se estamos tratando de um mercado com altas barreiras de entrada, significativos efeitos de rede, patrocínio de determinados aplicativos por operadoras telefônicas e que, portanto, tende ao monopólio.

É importante também lembrar que o acesso à internet ainda é limitado em várias regiões do país. A internet móvel é uma excelente alternativa a locais em que a infraestrutura dos cabos da internet fixa ainda é precária. Ademais, com os planos telefônicos cada vez mais caros, o *zero-rating* representa, na realidade, uma limitação a essa população que não tem meios de acessar outros canais de comunicação.

7 CONCLUSÃO

A evolução meteórica das plataformas digitais avançou de forma muito mais rápida que a regulação do mercado da economia digital pudesse acompanhar. Na realidade, não houve apenas um descompasso entre um desenvolvimento mais rápido do que a possível formulação de regulação, mas sim uma ideia estabelecida de que aquele campo não necessitava de regulação. Quando a noção de regulação da internet passou a ser mais aceita, as companhias digitais já estavam estabelecidas, e já dominavam o mercado de que participam.

A falta de regulação sobre um mercado é uma forma de posicionamento do Estado sobre aquele tema. É um sinal verde para que os *players* tenham liberdade para delimitar o funcionamento daquele mercado de acordo com a busca de seus interesses, o que é natural e de se esperar de qualquer agente privado. O responsável por garantir a concorrência e prezar pelo interesse público e pelos princípios constitucionais é o Estado. No caso da regulação das plataformas digitais, o Estado foi omissivo por bastante tempo.

Se a regulação na camada de conteúdo da internet foi omissa, na camada de infraestrutura ela está ativamente permitindo a vantagem concorrencial de alguns competidores sobre outros. A regulação, ao permitir prática de atividades anticoncorrenciais, está agravando um problema que ela já falhou em controlar anteriormente. A prática do *zero-rating*, realizada na camada de infraestrutura da internet, dá ainda mais poder para as companhias de plataformas digitais já dominantes na camada de conteúdo.

O princípio da neutralidade da rede busca assegurar a autonomia dos aplicativos, e a transparência da rede – características favoráveis para um ambiente competitivo que, por consequência, fomentaria o surgimento de inovação. Este é o objetivo da regulação. Sem regulação não existe espaço para a inovação, mas sim para o monopólio.

Contudo, para que se possa endereçar essa questão com propriedade, é preciso que o regulador entenda a arquitetura da internet, bem como as características do mercado digital, que está buscando regular. Sem que se compreenda o funcionamento do mercado em questão, o regulador não será capaz de tomar decisões racionais, que retornem o resultado esperado, de acordo com o objetivo da regulação.

Quando tratamos de ambientes de competição, não podemos esperar que companhias privadas ajam visando ao interesse público. Quem deve, segundo a teoria da regulação, observar o interesse público é o Estado. Os agentes privados irão procurar maximizar seus lucros, priorizando seus próprios interesses. Sem regulação para restringir as condutas anticompetitivas dos agentes privados, o ambiente passa a ser desfavorável à inovação.

A falha da regulação brasileira em garantir a neutralidade da rede passa a impressão de que os reguladores não compreenderam a natureza do mercado que estão regulando. Como dito anteriormente, o mercado de plataformas digitais tende naturalmente ao monopólio, e as características desse mercado *winner takes all* são amplificadas por outras práticas que inibem a concorrência, como o *zero-rating*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS



Associação InternetLab de Pesquisa em Direito e Tecnologia. *O que está em jogo na regulamentação do Marco Civil da Internet?* Relatório final sobre o debate público promovido pelo Ministério da Justiça para a regulamentação da Lei 12.965/2014. 2015, p. 12. Disponível em: <<https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2015/08/Report-MCI-v2-ptbr.pdf#page11>>. Último acesso em 23 de dezembro de 2020.

BARLOW, John Perry. *Declaração de Independência do Cyberspaço*. Davos, Suíça, 8 fev. 1996. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm>>. Último acesso em 23 de dezembro de 2020.

BELLI, Luca. End-to-End, Net Neutrality and Human Rights. In: Belli L., De Filippi P. (eds) *Net Neutrality Compendium*. Springer, Cham, 2016.

_____. Net neutrality, zero-rating and the minitelisation of the internet. *Journal of Cyber Policy*. Routledge. vol 2. 2016. Disponível em: <https://internet-governance.fgv.br/sites/internet-governance.fgv.br/files/publicacoes/net_neutrality_zero-rating_the_minitelisation_of_the_internet_final.pdf>. Último acesso em 12 de abril de 2021.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Nota Técnica Nº. 34/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE. Disponível em: <http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2017/cade_08700004314201671_31082017.pdf>. Último acesso 12 de abril de 2021.

Court of Justice of the European Union. Press Release no 106/20. Luxemburgo, 15 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-09/cp200106en.pdf>>. Último acesso em 14 de dezembro de 2020.

EASTERBROOK, Frank H. Cyberspace and the Law of the Horse, 1996 University of Chicago Legal Forum 207 (1996). Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2147&context=journal_articles>. Último acesso em 14 de dezembro de 2020.

GUERRA, Sérgio. *Regulação Estatal e Novas Tecnologias*, Interesse Público, volume 100, 2016.



INTERNET GOVERNANCE FORUM. The Zero rating Map. Disponível em: <<http://www.zerorating.info/>>. Último acesso em 12 de abril de 2021.

KELLER, Clara Iglesias. *Regulação nacional de serviços na Internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LEMLEY, Mark A.; LESSIG, Lawrence. The end of end-to-end: Preserving the architecture of the Internet in the broadband era. *UCLA Law Review*, 48, 2000.

LESSIG, Lawrence. *Code*. Version 2.0. New York: Basic Books, 2006. Disponível em: <<http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>>. Último acesso em 14 de dezembro de 2020.

LOBEL, Orly. The law of the platform. *Minnesota Law Review*. N. 101, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2WsUms4>>. Último acesso em 14 de dezembro de 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Entre a Legalidade e o “Puxadinho”: A Universalização da Banda Larga no Brasil, *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, volume 09, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Situações Disruptivas, Negócios Jurídico-Administrativos e Equilíbrio Econômico-Financeiro*, in: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Organização). *Regulação e Novas Tecnologias*, Belo Horizonte, Fórum, 2017.

TELEKOM. Telekom ändert Tarifstruktur fürs Festnetz. 22 de abril de 2013. Disponível em: <<https://www.telekom.com/de/medien/medieninformationen/detail/telekom-aendert-tarifstruktur-fuers-festnetz-344950>>. Último acesso 12 de abril de 2021.

ZINGALES, Luigi. LANCIERI, Filippo. Stigler Committee on Digital Platforms: Policy Brief. Stigler Center for the Study of the Economy and the State. *Chicago Booth*. 2019. p. 6-22. Disponível em: <<https://www.publicknowledge.org/wp-content/uploads/2019/09/Stigler-Committee-on-Digital-Platforms-Final-Report.pdf>>. Último acesso em 12 de abril de 2021.



ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism*. New York: PublicAffairs, 2019.

