

**I SEMINÁRIO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM POLÍTICAS
PÚBLICAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

Outubro, 2017, Curitiba

Grupo de Trabalho – Política de Ciência, Tecnologia e Inovação

**LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, MARCO CIVIL DA INTERNET E
NEUTRALIDADE DE REDE: ANÁLISE DA DECISÃO DO CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE – SOBRE ZERO RATING
E AS PRÁTICAS COMERCIAIS DAS EMPRESAS TELECOMUNICAÇÃO.**

LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, MARCO CIVIL DA INTERNET E NEUTRALIDADE DE REDE: ANÁLISE DA DECISÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE – SOBRE ZERO RATING E AS PRÁTICAS COMERCIAIS DAS EMPRESAS TELECOMUNICAÇÃO.

Cristiano Dionísio¹

RESUMO

O Marco Civil da Internet, e sua regulamentação, (Lei nº 12.965/2014 e Decreto nº. 8.771/2016) vincula direitos e deveres em aos usuários daquela no Brasil. Esta lei, de caráter principiológico, possui dentre seus fundamentos a livre iniciativa e a finalidade social da rede. Neste viés destaca-se a neutralidade de rede, a qual impõe às empresas de telecomunicação o dever de tratamento isonômico dos pacotes de dados utilizados por seus clientes. Impedindo, portanto, qualquer sorte de discriminação técnica ou econômica entre seus usuários. Foi, sob esta perspectiva, que o Ministério Público Federal, em junho de 2016, representou junto ao CADE as quatro maiores empresas de telecomunicação do país. Arguiu-se, para tanto, que tais empresas ao adotarem a estratégia de *zero-rating* teriam violado, a um só tempo, a garantia da neutralidade de rede e as normas de direito concorrencial vigentes. O CADE não acolheu o mérito de tal representação e decidiu pelo arquivamento do Inquérito. Este trabalho propõe-se a analisar os fundamentos legais e doutrinários desta decisão na perspectiva da política pública de governança da Internet no Brasil e dos agentes a ela vinculados.

Palavras-chave: Concorrência, Marco Civil, Internet, Neutralidade de Rede, *Zero-Rating*.

¹ Advogado. Professor do Curso de Direito na Faculdade Dom Bosco e na Faculdade Estácio, ambas em Curitiba, Paraná. Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Doutorando junto ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Paraná - UFPR, vinculado à linha de pesquisa de Tecnologia, Regulação e Sociedade. cristiano@macedodionisio.com.br

LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, MARCO CIVIL DA INTERNET E NEUTRALIDADE DE REDE: ANÁLISE DA DECISÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE – SOBRE *ZERO RATING* E AS PRÁTICAS COMERCIAIS DAS EMPRESAS TELECOMUNICAÇÃO.

Grupo de Trabalho – Políticas Públicas em Tecnologia da Informação e Comunicação

Cristiano Dionísio²

RESUMO

O Marco Civil da Internet, e sua regulamentação, (Lei nº 12.965/2014 e Decreto nº. 8.771/2016) vincula direitos e deveres em aos usuários daquela no Brasil. Esta lei, de caráter principiológico, possui dentre seus fundamentos a livre iniciativa e a finalidade social da rede. Neste viés destaca-se a neutralidade de rede, a qual impõe às empresas de telecomunicação o dever de tratamento isonômico dos pacotes de dados utilizados por seus clientes. Impedindo, portanto, qualquer sorte de discriminação técnica ou econômica entre seus usuários. Foi, sob esta perspectiva, que o Ministério Público Federal, em junho de 2016, representou junto ao CADE as quatro maiores empresas de telecomunicação do país. Arguiu-se, para tanto, que tais empresas ao adotarem a estratégia de *zero-rating* teriam violado, a um só tempo, a garantia da neutralidade de rede e as normas de direito concorrencial vigentes. O CADE não acolheu o mérito de tal representação e decidiu pelo arquivamento do Inquérito. Este trabalho propõe-se a analisar os fundamentos legais e doutrinários desta decisão na perspectiva da política pública de governança da Internet no Brasil e dos agentes a ela vinculados.

Palavras-chave: Concorrência, Marco Civil, Internet, Neutralidade de Rede, *Zero-Rating*.

1. A ação do estado brasileiro nas telecomunicações

A concorrência no setor de telecomunicações não é um dado natural na história regulatória do estado brasileiro. Ela se estabelece, em verdade, quando se verifica uma nova forma de organização e participação do Estado em face das suas possibilidades de atuação econômica. O Brasil nas telecomunicações, historicamente, fez de aparato estatal o principal vetor do seu desenvolvimento. Fosse na perspectiva da construção da infraestrutura necessária, fosse na dimensão da própria prestação de serviço.

A provar tal hipótese cita-se como exemplo dois momentos normativos distintos, porém igualmente importantes. O primeiro é o Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº 4.117/1962, que em sua redação original, a partir do seu artigo 30, regulamenta tal sorte de prestação de serviços. Neste contexto verifica-se a primazia da União e, de forma subsidiária, dos Estados e dos Municípios para atuar no referido setor. À iniciativa privada, logo, havia

² Advogado. Professor do Curso de Direito na Faculdade Dom Bosco e na Faculdade Estácio, ambas em Curitiba, Paraná. Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Doutorando junto ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Paraná - UFPR, vinculado à linha de pesquisa de Tecnologia, Regulação e Sociedade. cristiano@macedodionisio.com.br

somente uma hipótese residual de atuação econômica naquele campo. Em síntese, o agir estatal era a regra.

O segundo momento normativo importante para esta análise inicial é a própria Constituição Federal de 1988 que em sua redação original em seu artigo 21, XI, assim determinava:

“Art. 21 Compete à União: XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.”

Verifica-se que a despeito do dilatado lapso temporal caracterizado entre as duas normas, e, por conseguinte, de todas as transformações sociais, políticas e econômicas que se projetaram sobre o país; o estado brasileiro ainda era o eixo central, determinante e necessário de implantação, desenvolvimento e prestação dos serviços de telecomunicação.

Tal cenário, contudo, modificou-se diante de uma nova interpretação sobre o papel que o Estado deveria exercer junto à sociedade. Inclusive, por certo, junto aos setores de notório interesse econômico. Essa nova perspectiva vinculou-se ao entendimento de que diante do quadro socioeconômico brasileiro no início dos anos de 1990 a efetivação de uma necessária eficiência pública passaria por ter um Estado menos “realizador” e mais “indutor”.

Esse novo perfil de Estado foi defendido e implantado por meio de políticas públicas específicas a partir do primeiro mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso. Criou-se, então, o “Estado-Gerencial”, o qual se manifestava por uma intensa agenda de cessão e concessão de direitos, práticas e atividades econômicas à iniciativa privada. Deu-se, de tal sorte, incisivo período de privatizações de empresas públicas e concessão aos particulares da possibilidade de prestar serviços que até então eram considerados de natureza pública incluindo, por exemplo, geração e transmissão de energia elétrica, saneamento e tratamento de água, rodovias, portos, bancos e, sem dúvida, o exemplo definitivo, os serviços de telecomunicações.

É neste contexto que se permite uma melhor compreensão da mudança havida no texto da Constituição Federal de 1988, por meio da emenda constitucional 08/95 que deu nova redação ao já citado inciso XI, do art. 21 daquela; qual seja:

“XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que

disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.”

Percebe-se que este ponto é um exemplo preciso do modelo de reforma do Estado então proposto. Nele duas perspectivas se destacam. Num primeiro momento tem-se a não obrigatoriedade de empresas com controle acionário estatal participarem das concessões de prestação de serviços de telecomunicações. Em uma segunda perspectiva a criação de um órgão regulador que determinará critérios a serem observados pela iniciativa privada em face da atuação nos serviços de telecomunicações; uma área de notório interesse público.

2. O regime inaugurado com a Lei Federal nº 8.987/1995

O marco legal da referida significação do estado brasileiro deu-se com a aprovação da denominada Lei das Concessões (Lei Federal nº 8.987/1995). Durante a cerimônia em que tal lei foi sancionada o Presidente da República de então, Fernando Henrique Cardoso, sintetizou: “É chegado o momento de começarmos a separar a função regulatória e a fiscalizadora, tarefa do Estado, da ação do investimento e da ação de competição”. Concluindo em seguida “... que à sua época (Era Vargas) correspondeu a um grande avanço, mas agora precisa ser reformulada para que o Estado possa atender aos anseios do mundo contemporâneo”.

Mais que um simples evento circunstancial, de raiz econômica, o que se tem, portanto, é uma ressignificação do papel do Estado junto à sociedade brasileira. O Estado, enquanto ente, não é um elemento inerte. Pelo contrário. Trata-se de um verdadeiro sujeito que manifesta de forma deliberada um conjunto de interesses previamente estabelecidos. Evidencia-se como teoria capaz de sustentar tal hipótese a tese desenvolvida por Theda Skokpol, em sua obra *Bringing the State Back: Strategies os Analysis in Current Research* (SCOKPOL, 1985).

Para esta autora a análise da forma de atuação do Estado não pode adotar como premissa que ele seja uma arena vazia a ser disputada pelos interesses de classes ou eixos econômicos antagônicos. O Estado não é um “vazio institucional”. Ele possui uma dinâmica própria que se torna mais, ou menos, visível em função de um dado quadro político mas que, ainda assim, lá se encontra manifestamente “encarnado” no seu próprio aparato burocrático. A capacidade de intervenção do Estado, não pode ser determinada de forma apriorística, mas sim, em função da sua quadra histórica.

Verifica-se, assim, que a forma de atuação do Estado junto à sociedade por meio dos seus serviços públicos, portanto, não pode ser considerado um dado imutável no cenário histórico. À luz de tal leitura o Estado de perfil gerencial brasileiro, na seara das telecomunicações, ao menos, pode ser interpretado como sendo fruto de uma decisão política contextualizada em face dos seus dados limites objetivos de continuar a exercer o protagonismo desenvolvimentista de outrora.

Essa nova visão política-econômica-institucional do Estado brasileiro permite entender que um novo campo se abriu para que agentes privados ocupassem espaços de ação econômica que, até então, jamais tiveram oportunidade. Não nesta dimensão, ao menos.

Diante disso a própria lei de concessões, acima indicada, apresenta como premissa que toda prestação de serviço decorrente de concessões ou permissões públicas devem observar as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 6º, §1º).

Mas se tais premissas apresentam-se como colunas que sustentam minimamente a relação entre as empresas concessionárias e/ou permissionárias e os consumidores; há, também, os preceitos a serem observados pelo próprio poder concedente, conforme determinado no art. 29 da referida lei. Deles pode-se destacar a regulação e a fiscalização do serviço concedido, o zelo pela boa qualidade dos serviços a serem prestados e o incentivo à competitividade.

O Código Brasileiro de Telecomunicações, acima referenciado, é importante destacar, já trazia consigo a perspectiva de prestação do serviço com eficiência e incentivo ao avanço tecnológico. Destaca-se, nesta linha, a dicção do art. 29, alínea “r” e “s”, quais sejam:

“r) promover e estimular o desenvolvimento da indústria de equipamentos de telecomunicações, dando preferência àqueles cujo capital na sua maioria, pertençam a acionistas brasileiros; e s) estabelecer ou aprovar normas técnicas e especificações a serem observadas na planificação da produção industrial e na fabricação de peças, aparelhos e equipamentos utilizados nos serviços de telecomunicações;”.

Vê-se, assim, que a competitividade, elemento determinante de uma atuação estatal de perfil regulatório não se fazia presente no antigo marco legal. Isso, contudo, não deve causar estranhamento. Como é possível constatar do próprio texto da citada alínea “s”, acima, cabia ao poder público adotar políticas públicas de “planificação da produção”. Isto significa, portanto, que a competitividade não era um valor determinante a ser observado na medida em

que não era facultado aos agentes privados atuarem de forma decisiva junto aos serviços de telecomunicação.

A competição é própria da prática de mercado em que particulares disputam seus respectivos campos e elementos de interesse. Se, à luz da atual legislação, verifica-se que a competitividade é um princípio determinante a ser observado no processo de concessão/permissão dos serviços de telecomunicação a serem prestados por agentes particulares, tem-se, como derivação lógica, que a função típica do Estado, nesta seara, deixou de ser o “fazer em si”, mas sim determinar “como fazer”. Esta é uma síntese possível do Estado gerencial, de natureza regulatória, no campo das telecomunicações: promover a competitividade entre as empresas concessionárias e ter neste elemento o critério indutor e estruturante das suas diversas manifestações.

É nesse contexto que se torna mais compreensível a função da Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações. Sua criação se deu por meio da já citada Lei Geral de Telecomunicações no ano de 1997. Não causa surpresa, portanto, constatar que ela – Anatel – tenha sido a primeira agência reguladora instalada no Brasil. Sua criação responde a duas demandas que articuladas de forma colaborativa se impuseram à realidade nacional de então; quais sejam: a decisão política de transferir à iniciativa privada a exploração e desenvolvimento dos serviços de telecomunicação no Brasil, e ainda, a notória escassez por tais serviços junto à população. É possível destacar, neste contexto, que a internet, conforme compreendida atualmente, tem seu marco inicial no Brasil no ano de 1992.

Percebe-se, pois, que o Estado brasileiro desenvolveu uma política pública articulada e sistêmica para transferir à iniciativa privada, sob o regime de concessão, a possibilidade de explorar economicamente os serviços de telecomunicação no Brasil. Esse novo sistema desarticulou premissas jurídicas anteriores à própria Constituição Federal de 1988, a qual, inclusive, também foi objeto de reforma.

A Anatel, enquanto agência reguladora, manifestação direta de uma leitura gerencial do Estado, jamais poderia ter sido constituída sem tais premissas e, em verdade, é em função delas que sua atuação vai enraizar-se junto aos agentes econômicos que exploram o sistema no binômio inovação e competitividade. Ao menos nos termos da lei, frisa-se.

Em uma segunda síntese, portanto, é correto entender que esta nova perspectiva da ação do Estado brasileiro, agora com perfil gerencial/regulatório, adotou os mecanismos legais necessários para oportunizar a iniciativa privada a prestação de serviços de telecomunicações balizados por dois pilares fundamentais na área, inovação e competitividade.

3. O Inquérito Administrativo nº. 08700.004314/2016-71

É diante do contexto acima apresentado que se pode compreender com melhor profundidade a decisão exarada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – em face do Inquérito Administrativo nº. 08700.004314/2016-71 instaurado pelo Ministério Público Federal, doravante MPF, em face das quatro grandes operadoras de telefonia celular no Brasil: TIM, Claro, Vivo e Oi.

A referida representação adotou como lastro de sua argumentação que as operadoras representadas estariam agindo de forma a prejudicar seus consumidores, na medida em que uma prática, específica, adotada por todas elas estaria impactando negativamente a livre concorrência do mercado de *softwares*: o *zero-rating*.

As referidas operadoras estariam oferecendo, cada uma ao seu modo, planos de utilização pré-pagos do serviço móvel pessoal – SMP – no qual a utilização dos serviços do *Facebook* e do *Whatsapp* não são descontados do volume de dados originalmente contratados. O MPF entende que tal prática condiciona consumidores a utilizarem somente esses serviços prejudicando potenciais empresas que desejem competir no setor de aplicativos para telefonia celular.

A referida interpretação, realizada pelo MPF teve por base a Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/ 2011) e o Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014). No primeiro caso destacou-se que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, ao qual o CADE encontra-se vinculado, tem por escopo promover e garantir a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores e a repressão ao abuso do poder econômico.

Considerando-se o atual perfil gerencial do estado brasileiro, em função de que fora exposto anteriormente, verifica-se que a prática do *zero-rating* foi abordada de uma perspectiva econômica, e não técnica. Ou seja, a chave de análise para a representação realizada pelo MPF projetou-se em uma primeira dinâmica como questionadora de uma prática que poderia determinar situação de desequilíbrio concorrencial com prejuízo para os consumidores daquelas operadoras.

À luz do Marco Civil da Internet também se verifica a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor como valores de destaque junto à referida norma. Ela, ainda assim, contudo, vai além. No Marco Civil teve-se também a indicação de que a referida prática das operadoras de telefonia estaria violando o princípio da neutralidade de rede. Tal princípio determina que as empresas de telecomunicações devam tratar de forma isonômica os

dados que sob suas respectivas responsabilidades são objeto de transmissão, comutação ou roteamento.

O que se pode depreender, de imediato, é que o Marco Civil da Internet articula em seu conteúdo, a um só tempo, critérios técnicos e econômicos. Este é um ponto determinante, portanto. A correta observação do Marco Civil da Internet, diante de todo o exposto, não exclui cada uma das perspectivas à pouco citadas, pelo contrário, articula-as de forma a promover a Internet como ferramenta de inovação tecnológica, desenvolvimento econômico e inclusão social. O MPF, de tal sorte, agiu de forma correta ao promover as estruturas normativas da Lei de Defesa da Concorrência e o Marco Civil da Internet como chaves de análise da prática realizada pelas citadas operadoras.

Oportunizou-se, em face da tramitação do referido Inquérito junto ao CADE a manifestação da Associação Brasileira de Internet – ABRANET, Associação Brasileira de Defesa do Consumidor - PROTESTE, Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações MCTIC. Nesta fase verificou-se nítida e cisão de posicionamentos como se verá a seguir.

A ABRANET e a PROTESTE seguiram o posicionamento do MPF e manifestaram sua compreensão de que a prática do *zero-rating* carrega potencial de lesão à livre concorrência e, portanto, aos consumidores e usuários da Internet. A ABRANET entendeu que há distorção de mercado na media em que os aplicativos e *softwares* não adotados pelas referidas operadoras de telefonia, em planos de conteúdo igual ou semelhante, estariam posicionados perante os consumidores em situação de inferioridade. A situação, para a ABRANET, se torna ainda mais grave quando se percebe que, ao fim, o que se tem, é o direcionamento do usuário para utilização de determinados aplicativos em detrimento de outros por meio de incentivo econômico, qual seja, a não utilização do pacote de dados em sua utilização.

A PROTESTE, ao seu tempo, manifestou seu entendimento que a prática objeto do Inquérito viola o direito do consumidor na dimensão da liberdade de escolha e a proibição da “venda casada”. Assevera, contudo, que o *zero-rating* em si, não é algo inadequado, na medida em que pode ser utilizado por órgãos públicos para promoção de assuntos, e implantação de ferramentas, de igual interesse.

O MCTIC, em posicionamento divergente das entidades acima citadas, entende que não há que se falar em violação do princípio da neutralidade de rede em face da prática de *zero-rating*. Sustentou-se esta análise ao interpretar-se que o referido princípio projeta-se na dimensão do aspecto técnicos do fluxo dos pacotes de dados, os quais, não podem ser

discriminados em função de sua natureza, origem, destino ou utilização. Para o MCTIC, portanto, a não discriminação é uma perspectiva técnica, não estando vinculada à práticas comerciais como a caracterizada por meio do *zero-rating*.

O MCTIC pontuou, ainda, que não existe explícita previsão normativa que determine a ilicitude do *zero-rating*, ainda que como prática comercial. Diante disso, não havendo tal oposição por parte da agência reguladora (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL), o que se tem é uma atividade regular e lícita.

As operadoras, ao seu tempo apresentaram suas razões que, mesmo individualizadas, traziam em seu conteúdo uma mesma estratégia, a caracterização do *zero-rating* como prática comercial lícita e de acordo com os aspectos concorrenciais, jamais uma forma de violação do princípio da neutralidade, conforme plasmado no Marco Civil da Internet.

Argumentou-se, para tanto, que não havia nenhum contrato, ou contrapartida, entre as operadoras e os aplicativos *Facebook* e *Whatsapp*. Todos os usuários/consumidores poderiam acessar outros aplicativos de igual forma e com a mesma qualidade de conexão. Ademais, segundo as operadoras, não se procurou criar ferramentas para a construção de cenário de tráfego de dados favoráveis para aplicativos em específico, mas sim permitir que tais conteúdos sejam utilizados em igualdade de condições técnicas, porém, sem desconto no pacote de franquia de dados.

O CADE decidiu pelo arquivamento do Inquérito reconhecendo como válida, em princípio, a prática do *zero-rating*. Um dos elementos centrais de sua análise, portanto, repousa na suposição de que os referidos aplicativos já eram massivos líderes em suas respectivas formas de utilização; o que permitiria entender que os consumidores continuariam utilizando-os ainda que não houvesse a prática comercial ora em comento. Não houve o reconhecimento, portanto, de prática lesiva à concorrência, ao direito do consumidor e à neutralidade de rede como princípio do Marco Civil da Internet. E assim arquivou-se o inquérito.

4. Análise crítica da decisão do CADE.

O CADE errou. Tal erro, contudo, não lhe pode ser atribuído de forma exclusiva, ou descontextualizado. O CADE é órgão vinculado ao Ministério da Justiça e integra o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Sua construção institucional, portanto, encontra-se desenhada na análise econômica e concorrência produzidos pelos agentes econômicos e suas iniciativas.

Não faz parte, portanto, da própria institucionalidade do CADE uma compreensão articulada de que práticas econômicas lícitas, sob a perspectiva da Internet, podem se tornar deletérias. O princípio da neutralidade de rede deve ser observado tanto numa perspectiva técnica, quanto econômica, pois, afinal, a Internet (quimera indomável) possui natureza de serviço público, mas sendo privada, é inegável vetor de inovação e desenvolvimento econômico.

O estado brasileiro, que em sua normatividade apresenta-se como sendo de perfil gerenciador, deve ser capaz de articular instituições que construam diálogos interdisciplinares capazes de não reduzir a internet, e sua especificidade, a uma dimensão estritamente econômica, sob pena de se perder sua dimensão inventiva, cultural e política, tal como previsto em seu Marco Civil e garantido pelo princípio da neutralidade de rede.

Referências Bibliográficas

Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº 4.117/1962

Constituição Federal de 1988

Decreto nº. 8.771/2016

FHC diz que lei é 'fim da era Vargas', acessado no sítio <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/2/14/brasil/26.html> em 08/09/2017.

Inquérito Administrativo nº. 08700.004314/2016-71, acessado no sítio <http://sei.cade.gov.br> em 08/09/2017.

Lei das Concessões (Lei Federal nº 8.987/1995).

Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/ 2011)

Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014)

SKOCPOL, Theda. Bringing the State back in: Strategies of analysis in current research. In: EVANS, P.; RUESCHMEYER, D.; SCOKPOL, T. Bringing the State back in. New York: Cambridge University Press, 1985.