

CATEGORIA PROFISSIONAIS

Tema

3º Lugar

Defesa da Concorrência

NEUTRALIDADE DE REDE: UMA ANÁLISE CONCORRENCIAL DA DISCRIMINAÇÃO DE CONTEÚDO E APLICATIVOS PELO DETENTOR DE REDE DE INTERNET BANDA LARGA

SANDRA TEREPINS

Mestre em Direito (LL.M) pela Georgetown University Law Center (Gulc), com Curso de Especialização e Atualização em Business Economics (Ceabe) pela Escola de Economia da Fundação Getulio Vargas de São Paulo (EESP/FGV) e Bacharelado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

V
PRÊMIO SEAE
2010

Concurso de Monografias sobre os temas:
Defesa da Concorrência e Regulação Econômica

Agradecimentos

Para Fanny, Carlito, Fabio e Daniel: obrigada por estarem sempre ao meu lado.

Resumo

O estudo introduz o princípio da neutralidade de rede e a discussão a respeito de práticas de discriminação de conteúdos e aplicativos por detentores de rede de acesso à internet banda larga, práticas que sugerem preocupações de natureza concorrencial e de inovação no mercado *dowstream*.

A análise pura da teoria antitruste não indica que relações verticais sejam necessariamente deletérias. O mercado primário sofre contestação de tecnologias alternativas, e o mercado secundário é competitivo e não caracterizado por barreiras à entrada. Assimetria de informação e dificuldade de identificação de práticas discriminatórias por usuários finais e agentes, no entanto, indicam preocupações dessa natureza, o que é confirmado pela experiência empírica.

Estudiosos do tema defendem a imposição de regulação *ex ante*. Porém, num mercado dinâmico e de constantes transformações tecnológicas, a impossibilidade de experimentar modelos de negócio alternativos até que seja comprovado dano pode ser prejudicial à inovação. Em um modelo de regulação *ex post*, a política antitruste funcionaria como instrumento válido para disciplinar condutas adotadas.

Sugere-se que o próprio conceito de neutralidade de rede deva ser revisto. Um modelo possível sugeriria a adoção de critérios claros de gerenciamento de rede, de discriminação legítima, razoável e transparente e não prejudicial ao ambiente concorrencial.

Palavras-chave: internet; neutralidade de rede; restrições verticais.

Sumário

1	Introdução	143
2	Neutralidade de rede: origem e debate atual	144
2.1	Origem	144
2.2	O debate atual	146
2.2.1	A experiência norte-americana	146
2.2.2	A experiência brasileira	148
3	Discriminação, práticas verticais e análise concorrencial dos mercados envolvidos	149
3.1	A discriminação de conteúdo e aplicativos por detentores de rede	149
3.2	A teoria por trás de práticas ou estruturas verticalizadas	151
3.3	Um mercado de dois lados	153
3.3.1	O primeiro lado: provimento de acesso à internet banda larga a usuários finais	155
3.3.2	O segundo lado: provimento de conteúdo e aplicativos a provedores de acesso	159
3.4	Análise concorrencial e aplicação da teoria de relações verticais	159
4	A experiência empírica	161
4.1	Caso Comcast	162
4.2	Caso Madison River	166
4.3	Caso AOL/Time Warner	167
4.4	Conclusões com base na experiência empírica	169
5	Há necessidade de intervenção regulatória?	170
6	Conclusão	176
	Referências	177

Lista de tabelas

Tabela 1. Total de conexões banda larga no Brasil _____ 156

Tabela 2. *Market share* de banda larga no Brasil _____ 156

1 Introdução

O surgimento e o desenvolvimento da internet são marcados por rápidas, constantes e grandes transformações tecnológicas. Por ser um instrumento de comunicação poderosíssimo, responsável por mudanças drásticas em ambientes de naturezas diversas, por exemplo, o lançamento de produtos, a veiculação de informações, a comunicação entre as pessoas, etc., a internet é alvo de discussões que vão desde a garantia a direitos constitucionais até a eventual necessidade de regular o mercado.

O acesso à internet está diretamente relacionado às diferentes plataformas capazes de oferecê-la ao público. E é justamente com o reconhecimento de que alguns agentes econômicos têm grande poder em disciplinar esse veículo de comunicação – que se tornou tão fundamental e possibilitou progresso extremamente significativo – que este estudo buscará estudar a atual configuração de mercado, as relações de concorrência entre os detentores de rede e os provedores de aplicativos e conteúdo, para que então se possa chegar a conclusões a respeito da necessidade ou não de imposição de regulação e suas implicações à inovação e à competição.

Na segunda seção buscar-se-á mostrar ao leitor a origem do princípio da neutralidade de rede, os principais argumentos em favor de sua defesa e os debates acerca do tema vividos nos Estados Unidos da América – onde as discussões se encontram em estágio mais avançado – e no Brasil. Entre as preocupações que permeiam os defensores da neutralidade de rede está a discriminação de conteúdo e aplicativos por detentores de plataformas que oferecem a internet banda larga.

A terceira seção tratará especificamente desta questão. Será apresentada a teoria por trás das relações verticais entre detentores de última milha e produtores de conteúdo e aplicativo, e em seguida um estudo acerca das configurações de mercado verificadas atualmente: o mercado de provimento de acesso à internet banda larga a usuários finais e o mercado de provimento de conteúdo e aplicativos a provedores de acesso. Finalizada essa etapa, a seção é encerrada com uma análise de condições de concorrência na interação entre os mercados mencionados e com a aplicação da teoria de relações verticais ao caso concreto.

No intuito de ilustrar a discussão, a quarta seção abordará a experiência empírica relevante vivida até os dias atuais. Serão introduzidos os Casos Comcast, Madison River e AOL/Time Warner. A experiência norte-americana é utilizada em razão da ausência de precedentes brasileiros a respeito do tema. Ainda assim, os casos são facilmente aplicados ao contexto brasileiro em razão das semelhanças encontradas nas configurações de mercado entre esses países, isto é, o oferecimento de internet banda larga concentrada principalmente em poucos *players* que utilizam as tecnologias ADSL (*Asymmetric Digital Subscriber Line*) e *cable modem* e o crescimento de tecnologias alternativas no provimento do serviço, além da concorrência acirrada no provimento de conteúdo e aplicativos.

A quinta seção apresentará as principais discussões acerca da possibilidade de regular a atuação de detentores de rede no provimento de acesso à banda larga e suas implicações à inovação e à concorrência. Por fim, serão tecidas conclusões com base no estudo realizado.

2 Neutralidade de rede: origem e debate atual

2.1 Origem

O princípio da *neutralidade de rede* pode ser entendido, em linhas gerais, como a premissa de que o conteúdo veiculado e os aplicativos utilizados na *internet* devem ser tratados de maneira igualitária, sendo transmitidos e processados através da mesma velocidade, independentemente de sua origem.¹

A ideia por trás do termo *neutralidade de rede* tem sido o ponto central de estudiosos de rede desde a década de 1980. Trata-se da relação sobre determinada arquitetura de rede e a inovação econômica. A origem está no princípio *end-to-end*, idealizado por Saltzer, Clark e Reed (1984).² Na visão do Professor Lawrence Lessig (2008), grande estudioso do tema e defensor da observação do princípio em sua forma mais rígida, *end-to-end* ou a *neutralidade de rede* (em termos modernizados) é o equivalente à concorrência perfeita na internet, na medida em que cria um ambiente ou plataforma sobre a qual a competição entre aplicativos ou conteúdo ocorre com o mínimo de interferência do detentor da rede. Observada essa condição, o autor entende que o poder nas negociações realizadas seria transferido para a borda, portanto aos agentes econômicos diretamente responsáveis pela inovação – consumidores e idealizadores de conteúdo e aplicativos inovadores.³

Em seu formato original, a rede foi construída sem o conhecimento ou a habilidade de se discriminar; não havia meios de escolher determinados pacotes de conteúdo a serem priorizados (Protocolo IP). Essa limitação seria então encorajadora da inovação. Não havendo discriminação de conteúdo ou aplicativos, e na medida em que a contratação do serviço era dada por uma taxa mensal fixa e a rede podia ser usada de forma indiscriminada (desde que lícita), o modelo mostrou-se atrativo aos usuários finais.

No entanto, com o passar do tempo e percebidas as transformações tecnológicas inerentes ao mercado em análise, operadores de rede passaram a dispor de ferramentas para interferir no *fluxo natural* da rede e assim priorizar a transmissão de conteúdo ou aplicativos, cobrar preços diferenciados a usuários finais pelo uso da banda ou a provedores de conteúdo e aplicativos em que a velocidade de transmissão dependeria da escala de serviço (*tier*) contratada, e assim por diante. De diferentes naturezas, todos esses artifícios passaram a ser considerados desvios à neutralidade de rede.

1 LESSIG; MCCHESENEY (2006).

2 SALTZER; CLARK (1984).

3 LESSIG (2008, p. 2).

Estudiosos do tema em geral concordam com a existência de razões legítimas e razoáveis para que se busque gerenciar a rede.⁴ Porém, juntamente com os benefícios que podem ser alcançados por meio desse gerenciamento, por exemplo, minimização dos efeitos de congestionamento de rede, emergem preocupações de natureza concorrencial e eventual desincentivo à inovação, tal como a discriminação de conteúdo ou aplicativos por empresas verticalizadas. Isto é, com a existência de integração vertical entre empresas detentoras da última milha no provimento de acesso à internet banda larga, de um lado, e produtores de conteúdo ou aplicativo, de outro, ou mesmo a existência de acordos de seu fornecimento exclusivo ou prioritário, nasceriam preocupações de que determinados produtos seriam injustificadamente discriminados, o que, em última linha, poderia ser um fator de desincentivo ao investimento de inovação nesse segmento.

Além disso, o reconhecimento de que eventuais intervenções na natureza da rede acarretariam restrições aos usuários finais alarmou estudiosos do tema e empresas, que se sentiram ameaçadas pela possibilidade de manejar a arquitetura da rede. Nos EUA, empresas do ramo de entretenimento (por exemplo, Disney), provedores de aplicativos de internet (por exemplo, Amazon.com, eBay, Yahoo!), desenvolvedores de *software* (por exemplo, Microsoft) e de acessórios (por exemplo, Apple Computer e Dell), entre outros, chegaram a formar um consórcio propondo a observância de “princípios de conexão” que limitariam a capacidade de detentores de última milha de impedir que usuários finais acessassem conteúdo, processassem aplicativos ou utilizassem acessórios de sua escolha, a menos que a restrição fosse imprescindível para cumprir algum dever legal ou evitar danos à rede.⁵

Diante da ausência de garantia de acesso irrestrito ao mercado da internet, a preocupação estava, portanto, em que provedores de conteúdo e aplicativos deixassem de investir em produtos inovadores e em que detentores de rede adotassem condutas prejudiciais ao público alvo, reduzindo o bem estar social.

Em razão das preocupações existentes, parte dos estudiosos do tema defende a necessidade de imposição de regulação *ex ante* como forma de eliminar esse tipo de temor. Acreditam, nesse sentido, que algum nível de intervenção seria necessário como forma de garantir a manutenção do incentivo à inovação, o que não seria alcançado num ambiente completamente desregulado.⁶ Outros estudiosos defendem que, diante da ausência de comprovação de dano em uma conduta ou configuração de mercado (por exemplo, integrações verticais ou assinatura de acordos de exclusividade), dever-se-ia observar o comportamento do mercado e punir apenas em caso de comprovação de prejuízo à sociedade.^{7, 8}

4 YOO (2006). Em sentido mais amplo, sugere o autor que a análise econômica da internet revela a existência de diversos argumentos plausíveis que demonstram que desvios à neutralidade de rede podem muito bem contribuir para o aumento do bem-estar social (p. 1852). Ver também Lessig (2008, p. 3).

5 YOO (2006, p. 1857).

6 LESSIG (2008, p. 8).

7 YOO (2006, p. 1857); WU (2003, p. 172).

8 Não se pode confundir as buscas pela inovação e pela concorrência. As autoridades concorrenciais não têm como objetivo a busca da inovação. No entanto, a partir da proteção de um ambiente competitivo, naturalmente o processo de inovação é incentivado.

Nesse sentido, entende-se que a política de defesa da concorrência exerceria um papel importante, pois isentaria formadores de política pública de realizar um julgamento *ex ante* com o intuito de determinar quais práticas seriam danosas ao mercado em análise sem que houvesse experiência empírica robusta para tal. Nas palavras de Yoo (2006, p. 1857), “[s]e a escolha entre dois formatos arquitetônicos é ambígua, formadores de política pública podem permitir que duas alternativas sejam levadas adiante até que algum dano concreto à concorrência seja demonstrado”. Em outras palavras, o autor defende um regime de diversidade de rede (*network diversity*) que permita aos detentores de rede buscar diferentes estratégias negociais.⁹

2.2 O debate atual

2.2.1 A experiência norte-americana

Nos últimos anos, o tema tem sido discutido de forma intensa e em diferentes arenas nos Estados Unidos – no Congresso Nacional, na Federal Communications Commission (FCC),¹⁰ em entidades acadêmicas, entre agentes atuantes no setor, e assim por diante.

Na arena regulatória, o tema da neutralidade de rede é abordado tanto na produção de normas pela agência como em procedimentos administrativos sob sua competência. Ao lançar o *Wireline Broadband Internet Access Services Order* em agosto de 2005, a FCC não encontrou evidências suficientes que justificassem a obrigação de adoção da neutralidade de rede por meio de via regulatória.¹¹ Simultaneamente, no entanto, a FCC reservou a si o direito de mudar de opinião caso as circunstâncias reais sugerissem necessidade de revisão e publicou o *Internet Policy Statement*, reconhecendo sua intenção de preservar os direitos dos consumidores de acessar conteúdo, processar aplicativos e utilizar os acessórios que desejassem.¹²

Adicionalmente, opiniões do FCC pela aprovação de fusões reforçaram sua posição de que a adoção de neutralidade não deveria ser uma obrigação, concluindo que haveria concorrência suficientemente robusta para prevenir que provedores de

Isto é, a partir do reconhecimento por *players* do mercado de que um mercado é, de fato, ditado pela livre concorrência e de que há, nesse sentido, espaço para a entrada de novos produtos no mercado, o processo de inovação tende a crescer. Por essa razão, em última linha, é possível dizer que a existência de concorrência tem reflexos positivos sobre a inovação, mas não que a defesa da concorrência tenha como objetivo final a inovação.

9 YOO (2006, p. 1851-1852). Tradução livre de: *If the choice between two architectural approaches is ambiguous, policymakers have the option of permitting both alternatives to go forward until a concrete harm to competition can be demonstrated*. Nesse sentido, complementa: “*Unless such experimentation poses potential harms that are catastrophic or irreversible, the emerging consensus argues against imposing proactive regulation on the basis of speculation about the likely impact on competition*”.

10 A Federal Communications Commission (FCC) é uma agência norte-americana independente criada pelo *Communications Act* de 1934 com competência para regular a comunicação entre Estados e internacional via rádio, fio, satélite e cabo.

11 FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION (2005).

12 FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION (2005). Por meio do *statement*, no intuito de assegurar que detentores de rede de banda larga fossem amplamente abertos, acessíveis, etc. aos consumidores, a FCC adotou os princípios de que consumidores teriam o direito de: (i) acessar conteúdo lícito e de sua escolha na internet; (ii) processar aplicativos e usar serviços de sua escolha; (iii) conectar à rede acessórios lícitos que não prejudicassem a rede; e (iv) usufruir da concorrência entre provedores de rede, de aplicativos e de conteúdo.

rede discriminassem determinado conteúdo ou aplicativo, ressaltando inexistirem evidências de que um provedor de rede tivesse adotado esse tipo de conduta.¹³ Em março de 2007, a FCC lançou ainda uma *Notice of Inquiry* buscando colher dos administrados exemplos específicos de que provedores de rede estariam desfavorecendo conteúdos específicos, assim como comentários a respeito do impacto de tais comportamentos sobre o serviço contratado pelos consumidores.¹⁴

Com o amadurecimento do debate, os legisladores passaram a considerar a possibilidade da utilização da defesa da concorrência como instrumento importante à neutralidade. Dessa forma, em maio de 2006, o *House Judiciary Committee* apresentou um projeto de lei para incorporar a obrigação de neutralidade de rede às leis anti-truste.¹⁵ O *Senate Judiciary Committee* promoveu discussões acaloradas a respeito da possibilidade de utilizar a política antitruste para assegurar a neutralidade de rede.¹⁶

Naquela época, a então *chairman* da Federal Trade Commission – FTC,¹⁷ Deborah Platt Majoras, por meio de um discurso alertou para a necessidade de se adotar cautela com a obrigação de neutralidade de rede se ausentes evidências claras de falhas de mercado ou de prejuízo ao consumidor.¹⁸ Ao mesmo tempo, a própria FTC formou um grupo de estudos intitulado *Internet Access Task Force*, o qual conduziu duas audiências públicas e publicou relatório recomendando que formadores de política pública hesitassem antes de obrigar a adoção de neutralidade de rede sem que houvesse prova do dano.¹⁹

Mais recentemente, em 2009, a FCC começou a desenhar regras para adoção de neutralidade de rede proibindo detentores de rede de controlar tráfego de forma discriminatória. Em decisão unânime, a FCC aprovou a *Notice of Proposed Rulemaking* (NPRM) – isto é, espécie de consulta pública²⁰ – para estabelecer parâmetros para atuação de provedores de acesso à internet banda larga.²¹

13 Y00 (2007, p. 493).

14 FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION (2007).

15 Intitulado *Internet Freedom and Nondiscrimination Act of 2006*, o projeto de lei buscava emendar o *Clayton Antitrust Act* de 1914 para proibir que detentores de rede de banda larga (i) proovessem seu serviço em termos não razoáveis ou discriminatórios; (ii) se recusassem a interconectar sua estrutura a outro provedor da atividade em termos não razoáveis ou discriminatórios; (iii) bloqueassem, impedissem, discriminassem ou interferissem no acesso ou oferecimento de conteúdo, aplicativos ou serviços de internet lícitos (ou impusesse taxa adicional para evitar determinada conduta); (iv) impedissem o usuário de usar dispositivos que não prejudicassem a rede ou degradassem a utilização da rede pelos usuários; ou (v) deixassem de oferecer ao usuário informações acuradas a respeito dos termos de contratação do serviço.

Além disso, o projeto de lei determinava que a qualidade de serviço oferecida para transmissão de determinado conteúdo deveria ser expandida para *toda* a informação transmitida, sem que se impusesse taxa adicional para tal. Apesar das restrições sugeridas, o projeto previa que o provedor de rede poderia adotar medidas razoáveis e não discriminatórias para gerenciar o funcionamento da rede e de serviços, priorizar comunicações emergenciais, entre outras medidas irrelevantes do ponto de vista da preocupação em manter a neutralidade de rede (THE LIBRARY OF CONGRESS, 2006).

16 U.S. SENATE COMMITTEE ON COMMERCE, SCIENCE, AND TRANSPORTATION, 2006.

17 A Federal Trade Commission (FTC) é uma agência norte-americana federal criada em 1914 responsável pela proteção do consumidor e da concorrência.

18 MAJORAS (2006).

19 Para mais detalhes, ver Federal Trade Commission (2007).

20 FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION (2009).

21 Até o momento, no entanto, essas regras não foram estabelecidas, uma vez que o processo de consulta pública ainda não foi finalizado.

A ideia de elaborar uma NPRM nasceu justamente de evidências de que detentores de rede estariam impedindo que seus usuários acessassem conteúdo lícito e processassem aplicativos de sua escolha, por exemplo, os casos Comcast e Madison River, abordados em detalhe mais adiante (ver subseções 4.1 e 4.2, *infra*). De acordo com o documento, estando sujeito a um gerenciamento de rede *razoável*, o provedor de acesso: (i) não estaria autorizado a impedir o recebimento ou envio de informações lícitas e de sua escolha pela rede; (ii) não estaria autorizado a impedir que usuários utilizem aplicativos ou serviços lícitos e de sua escolha; (iii) não estaria autorizado a impedir a conexão e o uso de acessórios lícitos e de sua escolha que não prejudiquem a rede; (iv) não estaria autorizado a privar seus usuários dos benefícios advindos de concorrência entre provedores de rede, aplicativos, serviços ou conteúdo; (v) estaria obrigado a tratar conteúdo, aplicativos e serviços lícitos de forma não discriminatória; e (vi) estaria obrigado a abrir ao público informações referentes ao gerenciamento de rede e a outras práticas para que provedores de conteúdo, aplicativos e serviços possam ser efetivamente beneficiados com a aprovação de uma norma que englobe essas ideias.²²

A partir desse processo de consulta pública, a FCC espera colher contribuições que ajudem a determinar em que medida provedores de acesso devem ter sua atuação regulamentada, de forma que continuem encontrando incentivos para inovar, desenvolver novos serviços e experimentar novas tecnologias e modelos de negócio sem que seja ameaçada a configuração de uma internet livre e aberta.²³ O debate está em pleno vapor.

2.2.2 A experiência brasileira

No Brasil, o tema é discutido ainda de forma muito incipiente quando comparado aos movimentos verificados nos últimos anos nos EUA. Ainda que a preocupação de que operadoras detentoras de rede discriminem conteúdo ou aplicativos em razão da existência de relações verticais entre empresas afiliadas não seja tão nova, até muito pouco tempo atrás não era possível identificar discussões a respeito da neutralidade de rede.

A medida que primeiro formalizou essa preocupação em âmbito brasileiro foi o ato proferido pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), que concedeu anuência prévia à operação de compra da Brasil Telecom pela Oi (Telemar). No que se refere aos serviços de internet, a Agência determinou que “[a] Telemar manter[ia] sua neutralidade de rede”.²⁴

Em seguida, em 2009, foi lançado o Marco Civil da Internet.²⁵ De acordo com os idealizadores do projeto, a necessidade de elaboração de um marco civil seria

22 FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION (2009).

23 Numa análise contemporânea, a FCC reconhece que a despeito de existirem diversas plataformas a prover o mesmo tipo de serviço, a ideia é a de que os princípios propostos possam ser aplicados às diferentes tecnologias. Nesse sentido, pede ao público comentários a respeito da aplicabilidade dessas normas também ao *mobile wireless*.

24 AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2008.

25 Em outubro de 2009, foi lançado pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), em parceria com a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (Direito Rio), o Marco Civil da Internet, um projeto para construção

contrária à imposição de restrições à liberdade no uso da rede. Serviria justamente para minimizar os desincentivos ao investimento à inovação existentes em razão da insegurança e da falta de previsibilidade que permeia o ambiente digital. Ainda assim, foram claros ao alertar que “[a] natureza aberta e transacional da internet, bem como a rápida velocidade de sua evolução tecnológica podem ser fortemente prejudicadas por legislação que tenha caráter restritivo”.²⁶

Dentre os temas abordados no projeto está a neutralidade de rede. Esta é elencada no projeto como um dos princípios e diretrizes a serem seguidos no uso da internet.²⁷ Mais especificamente, ao tratar do *tráfego de dados*, no texto tentativo da norma dispõe-se que:

[o] responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, conteúdo, serviço, terminal ou aplicativo, sendo vedado estabelecer qualquer discriminação ou degradação do tráfego que não decorra de requisitos técnicos destinados a preservar a qualidade contratual do serviço.

O dispositivo formaliza no projeto justamente a preocupação de que agentes responsáveis pela transmissão, portanto detentores de rede, tratem conteúdo ou aplicativos de forma discriminatória. Esse dispositivo representa nada mais senão um mandamento que busca preservar a neutralidade de rede, tal como a tratamos aqui. O projeto encontra-se ainda em discussão. Comentários ao projeto feitos por agentes do mercado e estudiosos do tema alertam para a necessidade de se estudar o tema da neutralidade de rede de forma detalhada para que, apenas em momento posterior e maduro, possa o princípio ser eventualmente incorporado ao ordenamento jurídico.²⁸

3 Discriminação, práticas verticais e análise concorrencial dos mercados envolvidos

3.1 A discriminação de conteúdo e aplicativos por detentores de rede

Dentre as medidas vistas como violadoras da neutralidade de rede, este texto busca estudar de forma mais detalhada a discriminação de conteúdo e aplicativos pelos provedores de acesso à internet banda larga. Conforme já apontado anteriormente

de um marco civil da internet brasileiro com participação da população. Para detalhes, ver <<http://culturadigital.br/marcocivil/>>. Acesso em: 03/06/2010.

26 MARCO CIVIL DA INTERNET. 2009.

27 MARCO CIVIL DA INTERNET, 2009. *In verbis*: “Art. 2º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem como fundamentos o reconhecimento da escala mundial da rede, o exercício da cidadania em meios digitais, os direitos humanos, a pluralidade, a diversidade, a abertura, a livre iniciativa, a livre concorrência e a colaboração, e observará os seguintes princípios: [...] IV – preservação e garantia da neutralidade da rede” e “Art. 28. Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da Internet no Brasil: [...] VI – otimização da infraestrutura das redes, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a disseminação dos serviços de Internet, sem prejuízo à abertura, neutralidade e natureza participativa”.

28 Para comentários, ver Marco Civil da Internet, 2009.

(subseção 2.1, *supra*), mesmo defensores fiéis do princípio da neutralidade de rede encontram razões plausíveis para que sejam promovidos alguns tipos de discriminação. O gerenciamento de banda (*bandwidth management*) como forma de reduzir o congestionamento da rede seria um exemplo desse tipo de discriminação.

A preocupação de defensores da neutralidade de rede está em que provedores de acesso utilizem seu controle sobre a última milha por meio de integração ou acordos verticais como forma de favorecer conteúdo ou aplicativos próprios em detrimento de produtos concorrentes.

Se de um lado para um usuário não haveria grande depreciação no serviço contratado se o *e-mail* que enviasse chegasse ao seu destino final apenas alguns segundos adicionais após seu envio, uma demora proporcional para aquele que buscasse assistir a um vídeo utilizando o *streaming* possivelmente reduziria em muito a qualidade do serviço contratado.²⁹ Ainda que se optasse por priorizar aquele que pretende assistir ao vídeo àquele que envia o *e-mail* com o objetivo de reduzir a latência na transmissão e de forma que o prejuízo ao último fosse insignificante, estar-se-ia diante de uma violação de neutralidade de rede.

O que se pretende demonstrar é que nem sempre medidas que violam a neutralidade de rede são significativamente prejudiciais ao consumidor ou acarretam efeitos deletérios ao ambiente concorrencial do mercado de produção de conteúdos e aplicativos. Se adotarmos que a rede apresenta limites em sua utilização – e ela efetivamente os apresenta, o que pode ser facilmente verificado pelo congestionamento de rede –, algum tipo de interferência no *fluxo natural* da rede seria necessário. Se a discriminação em favor de um ou outro conteúdo seria de certa forma menos justificável, a discriminação entre aplicativos poderia ser eventualmente plausível do ponto de vista da melhoria na qualidade de serviço.

O *upgrade* total da rede (isto é, aumento de capacidade na banda) como medida a solucionar por completo os riscos de discriminação entre aplicativos é hoje impensável, seja do ponto de vista do nível de investimento necessário para tal, seja porque, diante da incerteza de sua utilização, o detentor da rede dificilmente escolheria antecipar esses custos num ambiente arriscado (a medida seria arriscada não em razão da *prosperidade* da internet, mas sim diante da *necessidade* de realizar tal investimento).³⁰

Conforme relembra Yoo (2007, p. 502-503), procedimentos iniciados pela FCC revestidos de inquietações dessa natureza datam das décadas de 1970 e 1980.

29 Nesse sentido, ver Wu (2003, p. 149): “As the universe of applications has grown, the original conception of IP neutrality has dated: for IP was only neutral among data applications. Internet networks tend to favor, as a class, applications insensitive to latency (delay) or jitter (signal distortion). Consider that it doesn’t matter whether an email arrives now or a few milliseconds later. But it certainly matters for applications that want to carry voice or video. In a universe of applications, that includes both latency-sensitive and insensitive applications, it is difficult to regard the IP suite as truly neutral as among applications”.

30 Não se está aqui a defender que não haja alternativas para melhor alocação de recursos de rede. A cobrança diferenciada por uso de banda seria uma dessas medidas. No entanto, este não é o foco deste estudo.

Buscava-se impedir que o Sistema Bell (*Bell System*) usasse seu controle sobre as redes locais de telefonia para prejudicar a concorrência em *enhanced services*, estes precursores de conteúdo e aplicativos associados à internet. Nesse sentido, o processo em âmbito federal que levou à quebra da AT&T nas chamadas *Baby Bells*, além de buscar o fomento à concorrência em longa distância, incluiu também provisões que proibiam o oferecimento de serviços de informação de propriedade das empresas em condições não isonômicas.³¹

Um caso mais recente que também ilustra o tema se refere à operação de aquisição da America Online (AOL) pela Time Warner (*cable modem*). Receava-se que a detentora da rede favorecesse o conteúdo da AOL em detrimento de competidores nesse mercado. Por essa razão, a FTC e a FCC condicionaram a aprovação da fusão a que as companhias se dispusessem a negociar acordos com ao menos três provedores de serviço de internet não verticalizados e não adotassem medidas discriminatórias no tráfego, buscando evitar que o mercado *downstream*, de provimento de conteúdo e aplicativos, restasse prejudicado³² (ver subseção 4.3, *infra*).

Ainda que a história mostre que foram realizadas intervenções governamentais diante da existência de integração vertical entre empresas em diferentes níveis da cadeia no oferecimento de uma atividade – a princípio no intuito de corrigir falhas de mercado e evitar distorções concorrenciais temidas – medidas antitruste ou regulatórias nem sempre são as melhores respostas a esse tipo de desafio. Configurações societárias ou práticas verticais podem ser também geradoras de eficiências.

A introdução de regulação como forma de disciplinar um mercado que apresenta ou pode apresentar potenciais efeitos anticompetitivos tampouco representa a melhor alternativa em todos os contextos, seja do ponto de vista da eficácia da medida adotada (a possibilidade de gerar eficiências e maximizar o bem-estar, etc.), seja dos custos de implementação e monitoramento a ela inerentes.

3.2 A teoria por trás de práticas ou estruturas verticalizadas

A conduta de discriminação está intimamente ligada a práticas ou configurações verticais. Para que uma empresa atuante no mercado *upstream* adote prática discriminatória que favoreça um ou outro agente no mercado *downstream*, ela naturalmente deve encontrar incentivos para tal, caso contrário a medida seria irracional do ponto de vista desse agente e provavelmente não seria consumada. A existência de restrições verticais (por exemplo, contratos de exclusividade, entre outros) ou de estruturas societárias verticais entre empresas nos mercados *upstream* e *downstream* na produção de um bem ou prestação de um serviço pode ser vista como incentivo real para que sejam adotadas condutas discriminatórias.

31 YOO (2007, p. 502-503).

32 FEDERAL TRADE COMMISSION (2001).

Sabe-se que práticas verticais não são consideradas deletérias *per se*. Em outras palavras, muitas vezes condutas verticais ou estruturas societárias verticalizadas são geradoras de eficiências (por exemplo, minimizam custos de transação).³³ Por essa razão, a análise antitruste dessas práticas ou configurações estruturais deve ser casuística, seguindo a regra da razão (*rule of reason*).³⁴ Deve-se sopesar a possibilidade de a prática ou configuração gerar eficiências *vis-à-vis* a criação de potenciais efeitos anticompetitivos.

Importa-nos para este estudo identificar quais seriam os atores do mercado e as respectivas condutas que estariam no radar de autoridades regulatórias e concorrenciais como potencialmente deletérias à sociedade. A preocupação de que provedores de acesso à internet discriminem conteúdo e aplicativos sugere que se olhe para a possibilidade de adoção de conduta que acarrete em *exclusão vertical* no mercado de desenvolvimento de conteúdo e aplicativos.

A teoria antitruste de relações verticais preleciona que determinadas condições estruturais devem ser verificadas para que algum tipo de integração vertical ou de restrição contratual vertical possa efetivamente causar prejuízos à concorrência. Inicialmente, a empresa envolvida deve deter posição dominante no mercado primário. De modo contrário, compradores poderiam evitar qualquer tipo de tentativa de exercício de exclusão vertical simplesmente adquirindo o mesmo produto de outro provedor. Num mercado em que outro *player* ou um potencial entrante ofereça um produto ou serviço melhor do que aquele oferecido pelo incumbente, não haveria incentivos a que o adquirisse do primeiro a um preço de monopólio.

Em segundo lugar, o mercado secundário sobre o qual a empresa pretende promover a exclusão vertical precisa também ser concentrado e protegido por barreiras à entrada. Não sendo verificada essa condição, qualquer tentativa de aumento de preço no mercado secundário simplesmente criaria incentivos para que competidores expandissem sua produção ou estimularia a entrada de novos *players* no mercado.³⁵

No que se refere especificamente a mercados nos quais a detenção de determinada infraestrutura representa um *gargalo*, agentes responsáveis pela implementação de defesa da concorrência há muito rejeitaram a ideia de que estes *players* têm incentivos sistemáticos para se expandir em mercados verticalmente relacionados. A razão disso estaria em que o monopolista não precisa estar verticalmente integrado para extrair todo o excedente gerado; o simples fato de um monopolista deter a infraestrutura

33 Um caso emblemático julgado pela Suprema Corte Norte-Americana que ilustra essa circunstância é *Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* (433 U.S. 36), julgado em 1977. Nesse caso, a Corte acolheu o argumento de que a redução de custos de transação como forma de se proteger de condutas oportunistas justificaria a assinatura de acordos de exclusividade.

34 Nesse sentido, ver Motta (2004, p. 377-378): “[v]ertical restraints and vertical mergers have a number of efficiency features: although in some circumstances they might have some anti-competitive effects, a per se prohibition rule would clearly be inappropriate, since it would forego efficiency effects which are likely to dominate in most cases. A rule of reason appears certainly more advisable”. E complementa: “[v]ertical restraints and vertical mergers are anti-competitive only if they involve firms endowed with significant market power. [...] In these cases, a rule of reason should be adopted, and one should balance possible efficiency effects with possible anti-competitive effects”.

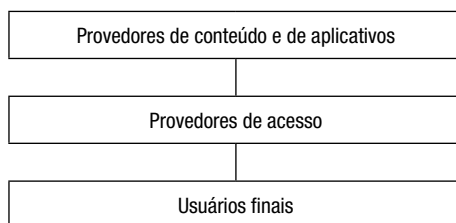
35 DIRECTOR; LEVI (1956) apud YOO (2007, p. 504).

necessária para o provimento do serviço lhe permite cobrar o preço de monopólio pelo acesso à infraestrutura sem que esteja integrado ao mercado *downstream*. Ainda que se tenha apontado circunstâncias em que essa teoria não seria aplicável, os modelos a embasar essa posição sugeririam que ambos os mercados relevantes – *upstream* e *downstream* – deveriam ser concentrados e protegidos por altas barreiras à entrada.³⁶

A análise de condições de concorrência que reveste o provimento de acesso à internet e o provimento de conteúdo e aplicativos a usuários finais supõe o estudo detalhado do cenário atual.

3.3 Um mercado de dois lados

O estudo acerca da eventual violação da neutralidade de rede a partir de tratamento discriminatório de conteúdo e aplicativos por provedores de acesso pressupõe a delimitação de mercado relevante em duas etapas, isso porque provedores de acesso operam no chamado *mercado de dois lados*. De um lado do mercado, provedores de acesso – detentores da última milha – contratam diretamente com usuários finais; de outro lado, provedores de acesso negociam com provedores de conteúdo e aplicativos a contratação de seus produtos.



Um mercado de dois lados é marcado pela interação de dois ou mais agentes em uma determinada plataforma, sendo essa interação afetada por externalidades de rede “indiretas”.³⁷ No caso específico, ao decidir contratar com um ou outro provedor de acesso de internet (detentor da rede), o usuário leva em consideração o conteúdo transmitido e os aplicativos processados por essa rede. De outro lado, esses provedores de conteúdo e aplicativo também buscam estimar qual seria o número de usuários finais contratantes daquela rede, ou seja, qual a amplitude de alcance de seus produtos, isto é, a utilidade da rede para o usuário final depende do extremo oposto – dos provedores de conteúdo e aplicativos, e vice-versa. E assim, a externalidade não decorre do consumo de agentes numa mesma classe, por exemplo, consumidores de um mesmo produto, mas sim no consumo de agentes diferentes, em lados opostos, mas compatíveis.

A *racionale* por trás das externalidades de rede indiretas seria intuitiva: se o preço pago pelo comprador (vendedor) é reduzido, o bem-estar do comprador (vendedor) será aumentado, mas também a utilidade do vendedor (comprador) aumen-

36 YOO (2006, p. 1888).

37 ROSON (2005, p. 142-160).

tará, na medida em que mais compradores (vendedores) participarão do mercado. Como consequência, externalidades pecuniárias operariam de acordo com o chamado “dilema do prisioneiro”, de modo que um equilíbrio competitivo será caracterizado por preços baixos em ambos os lados.³⁸

Várias formas de concorrência podem afetar um mercado de dois lados: a concorrência interna ocorre entre agentes de uma mesma plataforma, enquanto a concorrência externa ocorre entre duas ou mais plataformas. No caso da internet, a concorrência interna seria dada por provedores de conteúdo e aplicativos que se utilizam de uma mesma rede (isto é, que são transmitidos ou processados por um mesmo detentor de rede) e a concorrência externa seria reconhecida pela existência de um número de plataformas concorrentes, independentemente do tipo de tecnologia utilizada (isto é, ADSL, *cable modem*, 3G, etc.).

A introdução de concorrência em um determinado mercado teria dois efeitos: a redução do poder de mercado detido por uma plataforma incumbente e uma mudança na estrutura de preço adotada. O aumento ou a introdução de concorrência afetam tanto níveis de preço agregado como preços relativos. A estrutura de preços e a consequente análise de bem-estar no mercado de acesso e o provimento de conteúdo e aplicativos, no entanto, não são de simples visualização, isso porque atualmente os usuários finais pagam pelo acesso à rede disponível em sua localidade (ver subseção 4.1), escolhendo entre uma ou outra plataforma, ainda que de tecnologias diversas, sem grande margem de negociação de preço em razão do número reduzido de *players* que atuam no mercado; e o provedor de conteúdo ou aplicativo, não restrito à abrangência local, consegue negociar baixas taxas de acesso.

Justamente em razão do histórico da internet, em que o princípio do *end-to-end* vigia de forma natural (na medida em que transmissores não praticavam qualquer tipo de discriminação), não havia propriamente um “mercado” entre provedores de acesso à rede e provedores de conteúdo e aplicativo. Isto é, não havia a possibilidade de esses agentes pagarem por um serviço favorecido em detrimento de concorrentes no mercado, pois os pacotes eram transmitidos de forma “cega”, indiscriminada. Sob o *end-to-end*, computadores que acessassem a rede de internet que estivessem enviando ou recebendo pacotes de informação não precisariam ter conhecimento a respeito da arquitetura da rede e interariam de acordo com o princípio que vigia.

Como vimos, a partir da evolução dos produtos lançados e do reconhecimento de que a capacidade de rede não é ilimitada, os detentores de última milha passaram a gerenciar a rede. Em sentido contrário à neutralidade de rede, alguns desses agentes hoje sustentam a adoção de um modelo em que seja possível cobrar de provedores de conteúdo e aplicativos uma taxa competitiva para uso de sua rede, seja em razão do uso de banda, seja em razão da identidade do provedor, o que tornaria de certo modo legítima a discriminação.³⁹ No cenário proposto, aquele provedor de conteúdo ou

³⁸ *Ibidem*, p. 150.

³⁹ ECONOMIDES; T&G (2009, p. 3).

aplicativo que estivesse disposto a pagar por um serviço prioritário encontraria opções de serviço diferenciadas a preços diferenciados.

Até hoje, no entanto, não foi instituído um modelo “explícito” de desvio da neutralidade de rede, em que provedores de conteúdo e aplicativos competem efetivamente e abertamente por transmissão ou processamento diferenciado na rede contratante. Talvez essa seja uma das razões da existência de práticas de discriminação que acabam sendo investigadas por autoridades regulatórias.

O estudo dos dois lados do mercado de forma mais detalhada ajuda a entender o debate acerca da neutralidade de rede, das condições de concorrência atuais e da plausibilidade das preocupações de estudiosos do tema e de autoridades governamentais.

Uma análise concorrencial sugere desde o início a delimitação de um mercado relevante dos pontos de vista de produto e geográfico como forma de identificar em que medida é travada a competição entre os agentes. Sob a ótica do produto, busca-se apontar quais produtos ou serviços seriam substitutos entre si pelos lados da demanda e/ou da oferta, de tal forma que possam ser incluídos no mesmo mercado. Do ponto de vista geográfico, pretende-se delimitar qual seria a abrangência da aquisição do produto ou contratação do serviço, por exemplo, local, regional, nacional, internacional, etc., em que se travam as relações de concorrência. A partir disso, identificam-se os *players* atuantes ou potenciais entrantes no mercado. Sendo um mercado de dois lados, são necessárias análises segregadas.

3.3.1 O primeiro lado: provimento de acesso à internet banda larga a usuários finais

O provimento de acesso à internet banda larga pode ser oferecido por diversos tipos de tecnologia. O momento atual é marcado pela crescente *convergência tecnológica*, de modo que um mesmo serviço pode ser provido por diferentes plataformas (assim como uma mesma plataforma pode oferecer serviços diversos). No Brasil, atualmente é possível contratar o acesso à internet banda larga por intermédio de operadores das seguintes tecnologias: (i) ADSL – oferecido por operadoras de telefonia fixa por meio de cabos telefônicos; (ii) cabo – operadoras de TV a cabo oferecem o serviço por meio de *cable modem* ou *wireless* pelas operadoras de MMDS; (iii) rádio – prestadoras oferecem o serviço diretamente ao cliente ou condomínio onde residem os usuários, de onde o acesso é distribuído por rede local; (iv) satélite; (v) fibra ótica; e (vi) 3G – oferecido pelas operadoras de telefonia celular.

A despeito da ampla gama de plataformas que podem prover o serviço, há ainda grande disparidade entre o uso de ADSL e *cable modem*, de um lado, e as demais tecnologias, de outro. A delimitação de mercado relevante do ponto de vista do produto no provimento de acesso à banda larga não pode ser vista de maneira estática, uma vez que o mercado é caracterizado por transformações tecnológicas constantes.

No Brasil, atualmente o provimento de acesso via ADSL corresponde a aproximadamente 67% do total de conexões feitas no território brasileiro. Com aproximadamente 27%, segue o provimento de acesso via cabo (TV por assinatura) (ver Tabela 1). Tecnologias diversas respondem pela porcentagem remanescente.

Tabela 1. Total de conexões banda larga no Brasil

Milhares	1T09	2T09	3T09	4T09	1T10*
ADSL	7.256	7.494	7.481	7.678	7.982
TV Assinatura	2.680	2.835	3.020	3.132	3.238
Outros	424	425	500	570	570
Total	10.360	10.754	11.001	11.380	11.790
Acessos/100 hab.	5,43	5,62	5,74	5,92	6,12

Fonte: Operadoras e Teleco (www.teleco.com.br), não inclui dedicado

Nota: * Estimativa preliminar do Teleco; acesso: 06/2010.

Atualmente é possível verificar um alto índice de concentração no provimento de acesso nas duas tecnologias dominantes e em especial em três empresas (ver Tabela 2). No entanto, mesmo que ainda não disponíveis em determinadas localidades, tecnologias de conexão à banda larga adicionais ao ADSL e ao cabo já podem ser vistas como entrantes reais e competitivos na grande maioria das localidades, ou seja, sob uma perspectiva dinâmica, num setor em que as mudanças tecnológicas são extremamente rápidas, não se pode deixar de considerar a existência de um mercado de produto mais amplo, já integrando entrantes potenciais que tendam a ofertar serviços num horizonte de tempo curto (por exemplo, dois anos).

Tabela 2. *Market share* de banda larga no Brasil

%	1T09	2T09	3T09	4T09	1T10
Oi	38,0%	37,8%	37,7%	37,0%	36,2%
Net	23,7%	24,2%	25,4%	25,3%	25,3%
Telefonica	25,7%	25,4%	23,4%	23,2%	23,8%
GVT	4,8%	5,0%	5,5%	5,9%	6,3%
CTBC	2,0%	1,9%	1,8%	1,8%	1,8%
Outras	5,9%	5,7%	6,2%	6,9%	6,6%
Total	100%	100%	100%	100%	100%

Fonte: Operadoras e Teleco (www.teleco.com.br)

Para além do aumento no número de assinantes de internet banda larga via cabo, o qual passou a competir acirradamente com o ADSL, uma expansão em ritmo extremamente acelerado é também verificada no âmbito das tecnologias sem fio,

especialmente a tecnologia móvel 3G e, mais recentemente, a tecnologia de Wi-Max. A Anatel reconhece a existência de algum grau de substitubilidade entre os produtos.⁴⁰

No caso da tecnologia 3G, o rápido crescimento da área de cobertura dá-se não apenas pela facilidade de implantação do serviço, mas também por força de obrigatoriedade regulatória.⁴¹ Por meio de termos de autorização para uso de radiofrequência, definem-se metas específicas e obrigatórias para expansão do serviço a partir da finalização dos processos licitatórios.⁴²

De acordo com projeções de mercado elaboradas pela própria Anatel,⁴³ a base de acessos de internet banda larga em 2014 contará com mais acessos advindos de tecnologia 3G (por Serviço Móvel Pessoal – SMP) do que através de tecnologias fixas (por Serviço de Comunicação Multimídia – SCM). Em 2018 esperam-se 125 milhões de acessos de internet banda larga a partir de plataformas de SMP.

Ainda que não considerada uma entrada tempestiva, os dados indicam uma contestação de mercado *real*, mesmo naquelas localidades de menor porte, que porventura ainda contem apenas com tecnologia ADSL para provimento de conexão à internet em banda larga. Em um horizonte de tempo inferior a dois anos, muitos dos municípios de pequeno e médio portes estarão cobertos pelo provimento de conexão à banda larga sem fio via tecnologia 3G de SMP.

Algo similar ocorre com a tecnologia Wi-Max, que tende a permitir a oferta de serviços de conexão à internet sem fio de forma ainda mais eficiente que a tecnologia 3G. A tecnologia Wi-Max permite que uma única torre apresente cobertura para áreas extensas (por exemplo, raios de 30 a 40 km). Essa tecnologia já vem sendo utilizada por autorizatárias de SCM no Brasil e tende a crescer a partir de agora. Já há diversas empresas que ofertam esse serviço no Brasil,⁴⁴ e a Anatel tem destinado diversas faixas de radiofrequência para esse tipo de serviço.⁴⁵

40 AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (2008, p. 127): “Do ponto de vista de tecnologia, são muitas as alternativas que se configuram para o acesso banda larga, além do ADSL e do cabo coaxial – este último provido pelas operadoras de TV a cabo.

Constam também as tecnologias de fibra óptica (FTTC/FTTH – *Fiber to the curb/Fiber to the home*) e, principalmente, as baseadas em tecnologia sem fio como a WiFi (em suas novas gerações) e a WiMax. Estas últimas despertam, em especial, o interesse dos países menos desenvolvidos, já que o custo de implantação de novas infraestruturas pode ser reduzido”.

41 Isso por conta do que estabelece o Termo de Autorização para Exploração de Serviço Móvel Pessoal (SMP), parte da Licitação n. 002/2007/SPV – Anatel, referente às radiofrequências para tecnologia 3G.

42 Para diversos municípios com menos de 30 mil habitantes, indicados no anexo dos Termos de Autorização, o atendimento deverá iniciar-se a partir do 25º mês após a publicação do extrato do Termo no *Diário Oficial da União*, e a cada ano devem ser atendidos 15% da quantidade total dos municípios atendidos pela operadora, até que ao final de 72 meses, 60% dos municípios estejam atendidos (Cláusula 10.1, § 2º dos Termos). Ou seja, considerando apenas as obrigações regulatórias, atualmente diversos municípios de menor porte (até 30 mil habitantes) já possuem cobertura 3G, permitindo conexão sem fio à internet. Essa cobertura deve atender a outros municípios de pequeno porte até meados de 2010. No horizonte entre dois e três anos, espera-se que boa parte dos municípios com mais de 100 mil habitantes tenham cobertura 3G de todas as prestadoras do SMP, sendo verificado, portanto, alto nível de competição. Em adição, no mínimo 60% dos municípios com menos de 100 mil habitantes terão cobertura 3G.

43 AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (2008).

44 Ver Neovia – <<http://www.neovia.com.br/v1/institucional/tecnologia.php>>. Acesso em: 17/06/2010; Grupo Sinos – <<http://www.sinos.net/viaradio/>>. Acesso em: 17/06/2010; e Embratel – <<http://www.embratel.com.br/ri/>>. Acesso em: 15/01/2010.

45 Ver Resoluções da Anatel n. 416/2005 e n. 429/2006 para faixas de radiofrequências 3,5GHz e 2,6 GHz, respectivamente.

Trata-se, portanto, de um mercado extremamente dinâmico, em constante mutação, havendo diversas tecnologias capazes de oferecer um produto similar ao usuário. Por essas razões, ainda que se opte por adotar uma análise extremamente conservadora para fins deste estudo, isto é, definição de mercado relevante circunscrita a provedores de internet via ADSL e *cable modem*, a respectiva análise de existência de estrutura de incentivos à discriminação de conteúdo ou aplicativos e de eventuais efeitos potencialmente nocivos à concorrência não pode excluir outras tecnologias (por exemplo, 3G, Wi-Max, etc.) como potenciais concorrentes das plataformas hoje dominantes.

A jurisprudência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) inclusive já reconheceu a possibilidade de substituição entre diferentes tecnologias de conexão à internet, tendo em especial ressaltado a constante mutação do mercado.⁴⁶

A definição de mercado relevante de produto aqui adotada, contemporânea, e contextualizada ao comportamento do consumidor na atualidade sugere que, se a preocupação com fechamento de mercado de provimento de conteúdo e aplicativos pelas detentoras de última milha em ADSL e *cable modem* é hoje uma realidade, as condições de concorrência no mercado devem ser a todo tempo atualizadas, tendo em vista a natureza dinâmica do mercado.

Do ponto de vista geográfico, entende-se que a delimitação do mercado seria *local*, na medida em que o usuário contrataria o serviço de provimento de acesso à internet considerando as alternativas encontradas em seu entorno.⁴⁷

46 Nos autos dos Recursos Voluntários n. 08700.006461/2008-76 e 08700.006492/2008-27, por meio de seu Parecer n. 842/2008/PG/CADE, a Procuradoria do Cade (ProCade) ressaltou a posição da Secretária de Direito Econômico (SDE) de que o crescimento do mercado de internet a cabo e do sistema 3G faz com que haja possível racionalidade na tentativa de tornar atrativo o acesso à internet pela tecnologia ADSL. Segundo apontado pela SDE: "Pela análise dos dados, *percebe-se uma clara predominância da tecnologia ADSL no provimento de acesso à internet banda larga no Estado de São Paulo. No entanto, há rápido crescimento do acesso por cabo e pela tecnologia 3G, o que mostra o dinamismo desse mercado* (grifo nosso). Assim, em março de 2006, o acesso provido pela concessionária de STFC respondia por 70% do total de conexões à internet banda larga. Passados apenas dois anos, essa participação diminuiu para 56%, com o cabo respondendo por 27% e a tecnologia 3G por 11%. Estudos como o da empresa de consultoria IDC Brasil, intitulado *Barômetro Cisco de Banda Larga 2005/2010*, com resultados do mês de junho de 2008, aponta que o cabo consegue oferecer uma internet banda larga com velocidade e preços competitivos diante do acesso via tecnologia ADSL".

Mais especificamente, nos autos do Ato de Concentração n. 53500.022515/2006 (Requerentes: Brasil Telecomunicações S. A.; CLIC (Clube de Investimentos dos Empregados da Cemig); Diários Associados Ltda.; Empresa de Infovias S/A; TNL PCS Participações S. A.; e Way TV Belo Horizonte S.A.), o Conselheiro Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado apontou, chancelando: "Como ressaltado pelas Requerentes, as redes de telefonia móvel, com uso da tecnologia 3G/HSPA, já permitem a oferta do acesso de banda larga com taxa de até 7 Mbps. A disponibilidade de modems externos ou placas PCMCIA possibilitam o acesso através do computador pessoal ou notebook, e não apenas com o uso do telefone móvel. A oferta de banda larga pelas operadoras móveis possui agora os elementos necessários para ser substituída da banda larga fixa tradicional. As empresas de telefonia móvel são, portanto, entrantes e dispõem dos meios para contestar futuramente a concentração deste mercado. Ressalto, entretanto, que o diferencial de preço entre a banda larga móvel e a fixa é significativo e o novo serviço ainda está no início de sua implementação. Do total de 8,1 milhões de acessos em 2007, segundo as Requerentes, 602 mil correspondem a clientes em banda larga móvel (7% do total de acessos)" (p. 11-12 do voto).

47 Em recente parecer proferido pela SDE nos autos da Averiguação Preliminar n. 08012.003055/2009-91 (Representante: Ministério Público Federal no Estado de São Paulo – MPF/SP – e Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas – TELCOMP; Representadas: Telefônica e Oi/Telemar Norte e Leste Participações S.A.), a SDE definiu o mercado relevante do ponto de vista geográfico "como sendo cada um dos municípios nos quais as Representadas atuam como prestadoras

3.3.2 O segundo lado: provimento de conteúdo e aplicativos a provedores de acesso

A definição de mercado relevante para o segundo lado difere bastante daquele esboçado anteriormente. Do ponto de vista do produto, o provimento de conteúdo e aplicativos é extremamente abrangente, havendo inúmeros produtos substitutos entre si, independentemente de onde sejam produzidos. Desse modo, há incontáveis produtores de conteúdo ou desenvolvimento de aplicativos que são oferecidos aos consumidores finais por meio das redes contratadas. A concorrência é entendida como extremamente acirrada se estiverem ausentes barreiras artificiais à sua manutenção no mercado.

Por essa razão, também do ponto de vista geográfico, portanto, a abrangência do mercado seria nacional, ou mesmo internacional. Assim, num ambiente onde não há fechamento de mercado, a concorrência seria extremamente intensa e haveria incentivos à inovação.

3.4 Análise concorrencial e aplicação da teoria de relações verticais

Conforme definimos anteriormente, atualmente provedores de acesso por meio de ADSL e *cable modem* no Brasil respondem por aproximadamente 95% dos acessos à internet banda larga. Os operadores com maior parcela de mercado seriam: Oi, com 36,2%, por meio de ADSL; NET, com 25,3%, por meio de cabo; e Telefônica, com 23,8%, por meio de ADSL (ver Tabela 2). Uma fotografia da atual configuração de mercado sugeriria, portanto, que os três maiores *players* deteriam poder de mercado na atividade que exercem.⁴⁸

Assim como apontado antes (ver subseção 3.2, *supra*), para que haja riscos ao ambiente concorrencial na integração entre mercados a montante e a jusante, ambos os mercados envolvidos devem ser concentrados e protegidos por altas barreiras à entrada. Ainda que se entenda que a contestação ao mercado *upstream* – detenção de rede para provimento de acesso à internet banda larga – não seja suficiente para imaginar um mercado menos concentrado num futuro próximo, o mercado secundário – de produção de conteúdo e aplicativos –, no entanto, não seria concentrado e tampouco estaria protegido por barreiras à entrada.

Se analisássemos o mercado apenas sob esse prisma, concluiríamos, *a priori*, que não haveria riscos de prejuízo à concorrência nas relações verticais existentes entre detentores de rede e provedores de conteúdo e aplicativos. Havendo inúmeros provedores de conteúdo e aplicativos, portanto, a prática de discriminação em face de

de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM)" nos estados que compreendem suas respectivas regiões de outorga.

Yoo (2007, p. 512) também assume que o mercado a jusante (*downstream*), em que usuários finais contratam com provedores de acesso, seria claramente local.

48 Lei n. 8.884/1994, art. 20, § 3º: "A posição dominante [...] é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia".

alguns deles não causaria grande prejuízo à sociedade em geral.⁴⁹ Eventuais estruturas verticais estariam, portanto, mais focadas em atingir eficiências do que em prejudicar a concorrência no mercado adjacente.

Conforme aponta Yoo (2006, p. 1888-1889), a abertura da rede por seu detentor seria um instinto natural, pois oferecer mais conteúdo e aplicativos ao usuário maximizaria o valor da rede. Modelos como o da AOL, da CompuServe e da Prodigy seriam exemplos sólidos de que arquiteturas fechadas seriam menos atrativas ao consumidor. Em sua visão, os interesses de detentores de rede e inovadores em conteúdo e aplicativos estariam alinhados: ambos estariam preocupados em maximizar suas vendas e, portanto, seus lucros.⁵⁰

Do ponto de vista de inovadores em conteúdo e aplicativos, no entanto, a discriminação por detentores de rede com grande parcela do mercado pode efetivamente funcionar como um fato gerador de desincentivos ao investimento.

A análise da relação entre provedores de acesso à internet, de um lado, e produtores de conteúdo e de aplicativos, de outro, não é tão simples quanto parece. O provimento de acesso, como apontado, é marcado por grandes e constantes transformações tecnológicas. Apesar da definição de mercado relevante ser *local* para o provimento de acesso a usuários, mais decisiva é a amplitude das relações verticais existentes, isto é, um provedor pode, por meio de assinatura de contrato vertical, optar por favorecer um aplicativo de vídeo em *toda* sua cobertura, transcendendo, assim, a definição de mercado relevante verificada para a contratação do acesso. Não para o usuário, mas sim para o provedor de conteúdo ou aplicativo, o fechamento do mercado em tal amplitude seria extremamente relevante, pois reduziria em grande parcela a possibilidade de distribuição do produto.

Um contraponto à existência de incentivos para discriminação seria a existência de tecnologias alternativas ao provimento de acesso. Diante da ameaça enfrentada por essas plataformas, o provedor de acesso de ADSL e *cable modem* possivelmente concluiria ser menos atrativo impor restrições ao uso de sua rede em face da existência de concorrência efetiva ou potencial se comparasse essa situação a um cenário em que não vislumbrasse contestação à sua participação no mercado.

Vale retomar que, a despeito de operadores de ADSL e *cable modem* hoje serem responsáveis por grande parcela dos acessos à internet banda larga, essas tecnologias alternativas têm efetivamente ganhado *share* de mercado e atingido localidades hoje não cobertas pelas plataformas mais tradicionais. Assim, num mercado em que a contestação por tecnologias ainda menos presentes já é uma realidade e tende a crescer, a pergunta que se faz é: haveria incentivos para que operadores de ADSL e *cable modem* restringissem o acesso a determinados conteúdos e aplicativos?

49 YOO (2007, p. 513). A afirmação é feita no sentido de que, dependendo da abrangência da restrição imposta aos provedores de conteúdo e aplicativos pelo detentor da última milha, as consequências seriam limitadas.

50 YOO (2006, p. 1888-1889).

Nos dias atuais, sendo a concorrência mais *potencial* do que *efetiva*, muito provavelmente o reconhecimento de que há contestação no mercado primário não seja elemento decisivo para que os detentores de rede eliminem por completo a possibilidade de adotar estratégias discriminatórias para favorecer produto de sua propriedade ou mesmo produtos de terceiros em razão da assinatura de acordos prioritários.

Sabendo que a imposição de restrições ao uso da rede tende a reduzir o valor do serviço ao usuário,⁵¹ é razoável imaginar que os provedores de acesso privilegiariam um conteúdo sobre outro ou facilitariam o processamento de determinado aplicativo em face de outros similares? Num primeiro momento, talvez a resposta fosse “não”.

Todavia, além de passar por constantes transformações tecnológicas, o mercado em análise é marcado também por forte *assimetria de informação*, isto é, se o usuário consegue facilmente perceber a existência de restrições ao seu serviço quando se vê impossibilitado de utilizar a rede como VPN (*Virtual Private Network*) ou *home networking*, nem sempre, ou muito dificilmente, consegue identificar com a mesma clareza que determinado aplicativo de *peer-to-peer* está sendo priorizado em detrimento de um concorrente. E é justamente em razão desse poderoso desequilíbrio entre provedor de acesso e usuário que a mera análise do mercado com base na teoria antitruste não é suficiente para acalantar as preocupações de estudiosos do tema e do governo. A assimetria de informação poderia funcionar como um vetor para a adoção desse tipo de prática.

A experiência empírica ajuda-nos a compreender qual o tipo de prática ou configuração estrutural que tem sido alvo de análise de autoridades regulatórias e quais os receios de adoção de um quadro normativo para disciplinar a atuação dos agentes participantes do universo da internet.

4 A experiência empírica

Diante da ausência de precedentes brasileiros a respeito do tema, serão estudados casos norte-americanos como *proxy* para a pesquisa. Assim como no Brasil, o mercado de provimento de acesso à banda larga é oligopolizado e especialmente focado em tecnologias de ADSL e *cable modem*, daí o valor real de sua utilização para este estudo. Três casos de natureza e resultado diversos foram estudados em profundidade como forma de apresentar a origem das preocupações de estudiosos do tema.

51 Nesse sentido, ver Wu (2006, p. 156): “As a baseline, the attractiveness of broadband service is a function of the applications it offers the consumer. Hence, any restriction on use will lower the value of the service, and consequently either the price the operator can charge or the number of customers who will sign up (assuming a negative demand curve)”. No mesmo sentido, ver Federal Communications Commission (2005).

4.1 Caso Comcast

Em 2008, a Comcast,⁵² segunda maior provedora de acesso à internet banda larga nos EUA à época das investigações, foi condenada pela FCC após a realização de uma investigação cujo objetivo era determinar se práticas adotadas pela empresa estariam ou não em linha com o gerenciamento de rede razoável (*reasonable network management*).⁵³ A conduta consistia em utilizar um equipamento em sua rede capaz de monitorar conexões de TCP (*Transmission Control Protocol*) e interferir na utilização de aplicativos *peer-to-peer* pelos usuários da rede. Sob o pretexto de que estaria praticando gerenciamento de rede, a Comcast enviava às partes da transmissão um pacote RST (*Reset Packet*), indicando que a conexão havia sido interrompida.⁵⁴

A investigação foi motivada por denúncias feitas pela Free Press⁵⁵ e pela Public Knowledge.⁵⁶ Na visão da FCC, a Comcast estaria em verdade *bloqueando* o uso de uma classe de aplicativos, e não meramente gerenciando o uso de sua rede com base na identificação de usuários que estivessem fazendo uso excessivo de banda e em vizinhanças ou horários do dia em que fosse identificado tráfego intenso. A empresa estaria realizando uma seleção direcionada e impedindo conexões de *upload* através de aplicativos *peer-to-peer* utilizados por seus consumidores, conduta que teria impedido de forma significativa a habilidade dos usuários de acessar conteúdo e utilizar aplicativos de sua escolha,⁵⁷ contrariando os princípios previstos no *Internet Policy Statement*.

O ponto central da análise deste caso está no fato de que o conteúdo veiculado pela Comcast como operadora de televisão a cabo competiria com conteúdos distribuídos através de aplicativos *peer-to-peer* por empresas tais como Vuze, Inc., CBS, Twentieth Century Fox, Sports Illustrated, entre outros.⁵⁸ Distribuidores de conteúdo

52 FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION (2008).

53 Por meio do *Internet Policy Statement*, a FCC determinou que os princípios estabelecidos estariam sujeitos ao *gerenciamento de rede razoável* (*reasonable network management*).

54 Decisão Comcast, parágrafo 41, do original: "*Comcast has deployed equipment across its networks that monitors its customers' TCP connections using deep packet inspection to determine how many connections are peer-to-peer uploads. When Comcast judges that there are too many peer-to-peer uploads in a given area, Comcast's equipment terminates some of those connections by sending RST packets. In other words, Comcast determines how it will route some connections based not on their destinations but on their contents; in laymen's terms, Comcast opens its customers' mail because it wants to deliver mail not based on the address or type of stamp on the envelope but on the type of letter contained therein*".

55 A Free Press é uma organização norte-americana, não partidária e sem fins lucrativos que atua, em linhas gerais, para reformar os meios de comunicação (ver <http://www.freepress.net/about_us>. Acesso em: 17/06/2010). A entidade apresentou à FCC uma *Formal Complaint* em razão das práticas adotadas pela Comcast por degradar o uso de aplicativos *peer-to-peer* conjugado a um pedido de uma *Declaratory Ruling* – espécie de pedido de elaboração de norma – indicando que degradar aplicativos de internet violaria o *Internet Policy Statement* e não configuraria exceção de gerenciamento razoável de rede (*reasonable network management*).

56 O Public Knowledge é um grupo baseado em Washington DC que atua na defesa de direitos dos cidadãos em meio à cultura digital emergente (ver <<http://www.publicknowledge.org/about>>. Acesso em: 17/06/2010).

57 Decisão Comcast, parágrafo 44, do original: "*Comcast selectively targeted and terminated the upload connections of its customers' peer-to-peer applications and that this conduct significantly impeded consumers' ability to Access the content and use the applications of their choice*".

58 De forma independente, a Vuze Inc. apresentou à FCC uma *petition for rulemaking* (pedido de elaboração e implementação de norma) sugerindo que a autoridade adotasse regras razoáveis que impedissem que operadores de rede adotassem práticas de discriminação a determinados aplicativos, conteúdo ou tecnologias utilizadas para uso da internet (FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, 2007).

on-line contariam com a eficiência da distribuição via *peer-to-peer* para veicular seus produtos. A FCC reconheceu que esses aplicativos se teriam tornado uma ameaça real aos operadores de cabo na medida em que usuários passaram a utilizá-los para assistir a vídeos de alta qualidade, vídeos os quais assistiriam (e pagariam por) através de TV a cabo. Em especial, o *peer-to-peer* concorreria diretamente com um produto da Comcast denominado VDO (*video-on-demand*), por meio do qual os usuários de internet poderiam fazer *download* ou *streaming* de produtos selecionados sem a necessidade de respeitar determinado horário de veiculação ou transmissão contínua.

O grande incentivo para que a Comcast se engajasse nesse tipo de prática discriminatória residiria, portanto, no fato de que seu *core business* concorreria com conteúdos distribuídos *on-line*, daí uma das razões da dificuldade de se alegar que as condutas buscariam apenas minimizar o congestionamento de rede. Uma injeção de concorrência no mercado resultaria em pressão para que preços pagos pela utilização de TV a cabo fossem reduzidos.

Em linha com a FCC, diversos especialistas no tema ao redor dos EUA declararam que a conduta adotada pela Comcast seria *desarrazoada*, em diferentes termos: (i) um “possível caso de fraude ao consumidor” (professor Jon Peha, Carnegie Mellon University); (ii) a imposição de um julgamento de valor ao consumidor, transformando-o em um “inimigo” (professor David Clark, Massachusetts Institute of Technology); (iii) mais do que gerenciamento, seria uma “forma de censura e filtragem” (professor Tim Wu, Columbia Law School); (iv) o “mais danoso para a inovação de aplicativos e escolha do consumidor” (professora Barbara Van Scherwick, Stanford Law School).⁵⁹

De acordo com a FCC, ao selecionar determinados aplicativos a serem bloqueados, a prática da Comcast teria efetivamente apresentado riscos ao ambiente competitivo.⁶⁰ Declinou o argumento de que as práticas seriam destinadas a minimizar efeitos decorrentes do congestionamento de rede com base em três pontos principais: (i) a conduta poderia afetar consumidores que estivessem usando pouca banda simplesmente por utilizarem um aplicativo desfavorecido; (ii) o tratamento dado aos aplicativos desfavorecidos não estaria sendo adotado unicamente em momentos do dia em que o congestionamento de rede fosse acentuado, mas de forma indiscriminada; e (iii) o equipamento não parecia ser direcionado a redondezas que apresentassem nós congestionados, ou seja, não seria esse o critério de discriminação.

A FCC afirmou ainda que, de certo ponto de vista, a prática seria pouco inclusiva, pois um usuário poderia usar um montante extraordinário de banda durante períodos de congestionamento de rede e ainda assim não seria nada afetado pelo gerenciamento, desde que não estivesse usando aplicativos desfavorecidos.⁶¹ A FCC

59 Decisão Comcast, parágrafo 46.

60 Decisão Comcast, parágrafo 47: “Comcast’s practice selectively block[ed] and impede[d] the use of particular applications, and [...] such disparate treatment pose[d] significant risks of anticompetitive abuse”.

61 Decisão Comcast, parágrafos 48-49.

concluiu, por fim, que a Comcast teria outras alternativas que não a prática de discriminação se a ideia era realmente gerenciar a rede.⁶²

Como forma de identificar quais tipos de prática seriam enquadrados em *gerenciamento de rede razoável*, a FCC sugeriu que deve haver uma relação estreita entre a prática adotada e seu respectivo objetivo. Nesse sentido, ela determinou que a prática deveria ser capaz de endereçar um interesse importantíssimo (*critically important interest*) e ser cuidadosamente desenhada para servir a esse interesse específico.⁶³

Ainda que a Comcast tenha deixado de demonstrar que minimizar o congestionamento de rede tenha sido seu principal objetivo ao interferir no processamento de aplicativos *peer-to-peer*, é importante mencionar que a FCC reconheceu expressamente que a intenção alegada poderia ser classificada como de “interesse importantíssimo”.

Contrapondo os argumentos apresentados pela Comcast de que a agência não teria competência para regular a matéria, um dos apontamentos feitos pela FCC encontra-se em linha com as ideias propagadas pelos defensores mais tradicionais da neutralidade de rede. De acordo com a FCC, contravenções aos padrões de protocolo original da rede e práticas discriminatórias imporiam barreiras à entrada ao desenvolvimento de conteúdo e aplicativos que não existiriam caso esse tipo de conduta não fosse adotada. Em sua visão, exercer seu poder sobre a Comcast impediria que a empresa prejudicasse a entrada de empreendedores e pequenas empresas nos mercados de telecomunicações e serviços de informação (Seção 257, *Telecommunications Act* de 1996). O controle sobre a atuação da empresa investigada também promoveria políticas adotadas pelo *Telecommunications Act* de diversidade de mídias de voz e avanço tecnológico.

Naquela oportunidade, a Comissão foi extremamente transparente ao se declarar contrária ao estabelecimento de um quadro regulatório rígido que indicasse formas aceitáveis ou não de gerenciar a rede. Em que pese ter concordado com a necessidade de gerenciar a rede de alguma forma (por exemplo, proibindo a veiculação de conteúdo ilícito), alertou que “na medida [...] em que provedores [de rede] adotem práticas não neutras sobre aplicativos ou conteúdo, o risco de ameaça ao ambiente

62 Dentre as formas para gerenciar o tráfego da rede, a FCC mencionou: (i) o estabelecimento de um teto na capacidade de uso de banda e então cobrança adicional para usuários que desejassem utilizar mais banda; (ii) diminuição da velocidade das conexões de *heavy-users* (ao invés de regular qualquer usuário que utilizar aplicativos *peer-to-peer*, independentemente de sua frequência); ou (iii) negociação direta entre Comcast e empresas produtoras de aplicativos. A FCC salienta de forma expressa não endossar uma ou outra medida, mas entende serem hipoteticamente muito mais apropriadas do que aquela adotada pela Comcast, se a ideia era mesmo gerenciar a rede.

A respeito do gerenciamento de rede, Lessig (2008, p. 9) entende que cobrar preços diferenciados por uso de banda a usuários finais seria compreensível. No entanto, afirma que negociações com provedores de conteúdo ou aplicativos para uso favorecido da rede distorceriam o mercado do ponto de vista de incentivo à inovação na medida em que provedores com mais capacidade financeira de pagar por um serviço favorecido acabariam prevalecendo.

63 Decisão Comcast, parágrafo 47, do original: “*To the extent that a provider argues that such highly questionable conduct constitutes “reasonable network management,” there must be a tight fit between its chosen practices and a significant goal. Accordingly, for Comcast’s practice to qualify as reasonable network management, the company’s justification for its practice must clear a high threshold. Its practice should further a critically important interest and be narrowly or carefully tailored to serve that interest*” (sem grifos no original).

aberto da internet é crítico, e o perigo de que o gerenciamento de rede seja utilizado de maneira anticompetitiva é grande”.⁶⁴ Por essa razão, afirmou ser seu dever ficar alerta para esse tipo de prática.

Por essas razões, a FCC concluiu que as práticas realizadas não poderiam ser caracterizadas como *gerenciamento de rede razoável*, e sim seriam contrárias aos padrões da indústria e teriam impedido de forma significativa que os usuários de internet usassem aplicativos e acessassem conteúdo de sua escolha. As práticas seriam, portanto, incompatíveis com o objetivo alegado pela empresa de que desejava combater o congestionamento de rede.⁶⁵

Conforme apontamos antes (ver subseção 3.3.2, *supra*), um dos problemas inerentes ao mercado em análise reside na assimetria de informação existente entre as medidas adotadas pelo detentor da rede e os usuários contratantes do serviço. A FCC reconheceu no fato de a Comcast ter deixado de informar aos seus usuários as práticas que vinha adotando um fator relevante. Em sua visão, “o dano ao ambiente competitivo perpetuado pelas práticas discriminatórias de gerenciamento de rede é claramente intensificado em razão da não abertura aos consumidores”.⁶⁶ Nesse sentido, muitos consumidores que encontrassem dificuldade em utilizar determinados aplicativos não culpariam provedores de acesso à internet – os verdadeiros responsáveis pelo fato –, mas sim os próprios aplicativos, passando a desfavorecê-los em face dos demais. A autoridade aponta ainda que a abertura para os consumidores de “inteligência ordinária” das práticas que estão sendo utilizadas para gerenciamento de rede contribuiria para um ambiente de mercado livre, vibrante e competitivo para a internet e serviços relacionados, porque permitiria ao consumidor comparar práticas envidadas por diferentes provedores de rede.⁶⁷

A FCC entendeu que nem os usuários mais informados infeririam que aplicativos *peer-to-peer* seriam desfavorecidos em razão de práticas adotadas pela Comcast. Em sua visão, um indicador da razoabilidade da adoção de determinada prática estaria justamente no fato de uma empresa tornar públicas suas práticas.

Como forma de remediar a conduta adotada pela Comcast, foi firmado compromisso com a FCC de que a primeira cessaria a prática até o final daquele ano (2008) e adotaria um protocolo não discriminatório de gerenciamento de rede. A fim de possibilitar o monitoramento do cumprimento da decisão pela autoridade, a empresa

64 Decisão Comcast, parágrafo 50, tradução livre de: “*To the extent, however, that providers choose to utilize practices that are not application or content neutral, the risk to the open nature of the Internet is particularly acute and the danger of network management practices being used to further anticompetitive ends is strong*”.

65 Decisão Comcast, parágrafo 50, do original: “*Comcast’s practices contravene industry standards and have significantly impeded Internet users’ ability to use applications and access content of their choice. [...] [T]he practices employed by Comcast [were] ill-tailored to the company’s professed goal of combating network congestion*”.

66 Decisão Comcast, parágrafo 50, tradução livre de: “*The anticompetitive harm perpetuated by discriminatory network management practices is clearly compounded by failing to disclose such practices to consumers*”.

67 Faz-se referência ao testemunho de Barbara van Schewick (2008), segundo o qual informações abertas devem oferecer aos consumidores informações suficientes para que tomem uma decisão consciente e contribuam para o estabelecimento de ajustes em seu comportamento.

comprometeu-se a (i) informar contornos precisos e detalhados das práticas adotadas; (ii) apresentar um programa de *compliance* que descrevesse o período de transição; e (iii) apresentar à FCC e ao público detalhes das práticas de gerenciamento de rede que pretendesse adotar ao término do período de transição, incluindo eventuais limitações ao uso de banda. A autoridade sugeriu também que a Free Press e o público em geral mantivessem um olho atento sobre as condutas da Comcast enquanto perdurasse o compromisso de alterá-las.⁶⁸

4.2 Caso Madison River

Um caso que chamou menos atenção das autoridades à época se comparado ao Caso Comcast – possivelmente em razão de seu desfecho –, mas que também contribuiu para alargar a discussão em torno da neutralidade de rede e da possibilidade de se adotar discriminação com cunho anticompetitivo, se refere à investigação pela FCC, em 2005, de que a operadora Madison River Communications, LLC (“Madison River”) – parte de grupo que compreende diversos serviços de telecomunicações nas Regiões Sudeste e Meio-Oeste dos EUA – estaria bloqueando o uso de aplicativos de VoIP (*Voice over Internet Protocol*), e assim afetando o processamento desse tipo de serviço pelos usuários de internet.⁶⁹

Como detentora de rede para provimento de internet banda larga, a Madison River estaria impedindo o uso do VoIP, aplicativo que concorre com os serviços de telefonia fixa também oferecidos pelo grupo do qual faz parte. A investigação iniciada pela FCC não foi levada adiante em razão da assinatura de um acordo (*Consent Decree*) com a empresa.⁷⁰ Por meio do acordo, foi recolhida contribuição pecuniária irrisória

68 Nosso foco neste estudo não é analisar de quem seria a competência para regular a internet e a verificação de eventuais ameaças sobre um ambiente livre e ilimitado sobre seu uso. No entanto, como forma de mostrar que ainda prevalece um ambiente de muita incerteza sobre a competência para regular a matéria e em que termos isso seria eventualmente realizado, vale mencionar que em abril de 2010 a *U.S. Court of Appeals* do Distrito de Columbia decidiu em decisão unânime em favor da Comcast ao afirmar que a FCC não teria autoridade para regular o gerenciamento de rede.

Em linhas gerais, a Corte entendeu que a FCC não apresentou precedentes que a legitimassem a exercer autoridade com base no Título 1 do *Communications Act* de 1934 sobre as práticas de gerenciamento de rede adotadas pela Comcast. O Título 1 seria aplicado a linhas intraestados e radiofrequência. O dispositivo dá à FCC autoridade para elaborar normas “razoavelmente ancilares para a *performance* eficiente das diversas responsabilidades da comissão” (tradução livre de: “*reasonably ancillary to the effective performance of the commission’s various responsibilities*”).

A decisão da Corte deve-se em especial ao fato de em 2002 a FCC ter retirado serviços de banda larga do Título 2 do *Communications Act* de 1934 (*common carrier regulations*), o que passou a dificultar sua atuação sobre esse mercado. Por essa razão, atualmente a FCC precisa invocar “autoridade ancilar” sempre que pretende endereçar questões relacionadas ao provimento de acesso à internet banda larga.

Em face da decisão, a FCC respondeu dizendo estar comprometida na promoção de uma internet aberta e de políticas que trarão benefícios em banda larga para os norte-americanos. Políticas serão desenvolvidas para fomento de inovação e investimento para a proteção de consumidores por meio de base legal sólida.

A Corte não discordou com a importância de se preservar uma internet livre e aberta, mas declarou que a FCC não teria demonstrado ter competência para adotar medidas que intervissem em gerenciamento de rede.

Nessa oportunidade, também a Federal Trade Commission (FTC) sugeriu que regulação antitruste pode ser a melhor forma de assegurar que operadoras de cabo e internet em alta velocidade promovam acesso aberto à rede (2010).

69 FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION (2005).

70 O instrumento de *acordo* não importa adjudicação de mérito ou de fatos. As partes simplesmente acordam em finalizar a inves-

(USD 15.000) pela empresa e esta se comprometeu a não mais bloquear aplicativos VoIP ou de alguma forma impedir que usuários de sua rede os utilizassem.

Ainda que não se tenha realizado uma análise detalhada da conduta adotada pela Madison River por força do acordo firmado com a FCC, o caso continua sendo mencionado nos debates acalorados acerca de eventual adoção de quadro regulatório para disciplina da internet. Trata-se efetivamente de um caso em que a empresa detentora da última milha no provimento de acesso à internet discriminou o uso de aplicativo que concorria com outro serviço por ela prestado.

4.3 Caso AOL/Time Warner

Em 2000, a FTC aprovou a fusão entre a Time Warner e a AOL. No entanto, sujeitou a aprovação a condições de natureza diversa. À época, a Time Warner – conglomerado de serviços de mídia – provia TV a cabo a aproximadamente 20% das residências norte-americanas, uma gama de redes de programas de TV a cabo, atuava em editoração e gravação de filmes, entre outras atividades relacionadas. A AOL era o maior ISP (*Internet Service Provider*) dos EUA, e diante disso se receava que a combinação entre detenção de rede de acesso (pela Time Warner) ao provimento de serviços de internet (pela AOL) seria deletéria ao ambiente competitivo.

Para formalizar as condições impostas pela FTC, foi assinada uma *Consent Order*⁷¹ entre as partes e a autoridade. De acordo com o documento, a empresa resultante da fusão: (i) deveria abrir seu sistema de cabo para ISP competidor; (ii) estaria proibida de interferir na transmissão de conteúdo através de banda contratada por ISPs não afiliados (isto é, não verticalizados) e na interação de provedores de oferecimento de TV interativa não afiliados com sinais interativos ou conteúdo que a AOL/Time Warner concordasse em transmitir; (iii) estaria impedida de discriminar transmissão de conteúdo em razão de não afiliação ou ainda de estabelecer acordos de exclusividade com companhias de cabo em relação a serviços de internet ou de TV interativa; e (iv) estaria obrigada a comercializar serviços DSL da AOL a assinantes de cabo da Time Warner em áreas onde serviço afiliado de internet banda larga via cabo estivesse disponível, em condições de preço similares àquelas verificadas em áreas onde o serviço não estivesse disponível.

Na visão do então *chairman* da FTC, Robert Pitofsky, a preocupação da Comissão residia no fato de que a fusão entre essas duas empresas “poderosas” pudesse impedir o acesso de competidores a essa nova e “incrível” tecnologia de banda larga. As medidas condicionantes teriam por objetivo assegurar que essa nova mídia, carac-

tigação acreditando que a assinatura do acordo constitui, para a administração, a possibilidade de evitar o dispêndio de gastos públicos e ver as práticas supostamente danosas serem encerradas e, do ponto de vista do administrado, o não prolongamento da instrução e a segurança jurídica de que os fatos que ensejaram o início da investigação não sejam usados para eventual condenação posterior.

71 Um *Consent Agreement* é assinado apenas para fins do acordo e não constitui reconhecimento de violação da lei. Quando é assinada uma *Consent Order* definitiva, esta passa a ter força de lei, e eventual violação ao acordo está sujeita a pena pecuniária.

terizada por sua abertura, diversidade e liberdade, não fosse ameaçada em razão da aprovação da operação.⁷²

A análise do caso AOL/Time Warner deve ser feita com algum cuidado no contexto atual, aproximadamente uma década após seu julgamento, tendo em vista que tanto o mercado de acesso à banda larga como aquele de serviços em geral relacionados à internet passaram por mudanças significativas. No mercado de provimento de acesso, foram desenvolvidas novas tecnologias capazes de oferecer serviços similares (ver subseção 3.3.1, *supra*) e no mercado de serviços de internet foram lançados inúmeros produtos capazes de competir entre si.

Como se vê, as preocupações esboçadas pela FTC referem-se tanto à garantia de acesso (e de eventual tratamento discriminatório de preços) – tema que não é tratado de forma detalhada neste estudo – como à eventual discriminação na transmissão de conteúdo ou interferência em sinais de serviços relacionados à televisão, este sim relevante do ponto de vista da neutralidade de rede. Naquele momento, acreditava-se que a imposição de que a empresa abrisse sua rede de cabo para ISPs competidores da AOL asseguraria, de alguma forma, que os usuários da internet teriam acesso a uma gama de serviços que não seria alcançada se essa obrigação não fosse imposta. Por meio da obrigação de contratação com ISPs, portanto, entendia-se que seriam prevenidos riscos de discriminação existentes em razão da verticalização na empresa resultante da operação.

No entanto, sabemos que a concorrência em serviços de internet (produção de conteúdo, desenvolvimento de aplicativos, etc.) é extremamente acirrada e abundante, e em especial independente da existência de empresas como a AOL, de forma que atualmente seria desnecessária, se não inócua, a imposição de obrigação dessa natureza no cenário atual. O conteúdo é hoje veiculado através de portais, blogs, *sites* de relacionamento social ou profissional, *sites* de vídeo e música, entre muitos outros. Se de um lado seria plausível imaginar que a empresa encontraria incentivos para discriminar conteúdo ou aplicativos em favor de seus afiliados, de outro seria irracional imaginar que se limitaria a veicular conteúdo produzido internamente ou processar aplicativos por ela desenvolvidos, pois o valor de sua rede ficaria extremamente reduzido.

Se a medida adotada naquela época talvez não fosse pertinente para os tempos atuais, a preocupação de que a AOL/Time Warner discriminasse transmissão de conteúdo e interferisse em especial em sinais de TV interativa em favor de empresa verticalmente integrada seria ainda hoje perfeitamente compreensível. E é justamente em razão desse receio que se impôs que um ISP não afiliado deveria ter acesso ao mesmo ponto de conexão que ISPs afiliados, de modo que a Time Warner ficaria impedida de oferecer um ponto de conexão menos favorecido a um concorrente da AOL. Nessa linha, a Time Warner também ficaria proibida de bloquear a transmissão de sinais de TV interativa a produtos semelhantes aos da AOL e já utilizados por seus assinantes.

72 FEDERAL TRADE COMMISSION (2000).

Acreditando na premissa de que a AOL/Time Warner seria efetivamente um *player* capaz de causar prejuízos resultantes de sua atuação, a FTC impediu também que a empresa resultante da fusão firmasse acordos com outras operadoras de cabo que interferissem em negociações entre essas empresas e outros ISPs ou provedores de ITV (por exemplo, acordos de exclusividade).⁷³ Essa última obrigação, no entanto, também não faria muito sentido atualmente, uma vez que se destinou a assegurar que não houvesse fechamento no mercado de produção de conteúdo, o que, como vimos, está longe de acontecer dados os inúmeros *players* que atuam no mercado e a inexistência de incentivos para que detentores de rede adotem medidas dessa natureza.

Anos depois, uma conclusão é inegável: prever o futuro é, sem dúvidas, em especial em mercados de natureza dinâmica, uma tarefa impossível. Estudiosos do tema acreditavam que a fusão criaria uma potência intransponível da internet; a combinação entre conteúdo da AOL e capacidade de transmissão via cabo da Time Warner por si só criaria desincentivos à inovação. As previsões não se materializaram, pois o modelo vertical provou ser um verdadeiro insucesso, e um modelo de arquitetura fechado não se mostrou atrativo aos consumidores.⁷⁴ O caso ilustra o quão difícil é antecipar resultados com base em uma determinada configuração ou conduta e seus impactos sobre o bem-estar social.

4.4 Conclusões com base na experiência empírica

Os três casos apresentados anteriormente dão uma ideia clara de qual a origem das preocupações esboçadas por autoridades e estudiosos do tema da neutralidade de rede. O receio de que detentores de rede encontrem incentivos para discriminar a transmissão de conteúdo ou processamento de aplicativos encontra respaldo na experiência empírica. Afinal, Comcast e Madison River adotaram práticas de discriminação numa tentativa de (ao menos) reduzir a concorrência em seus mercados principais de atuação: TV a cabo e telefonia, respectivamente. Se a concorrência potencial no mercado de provimento de acesso à internet banda larga poderia funcionar como um contrapeso aos incentivos existentes à discriminação, ainda não é possível dizer que seja suficiente para deter os *players* atuantes no mercado a que discriminem em favor de um produto próprio no mercado *downstream*, sendo ou não seu *core business*.

Interferências ao *fluxo natural* da rede, tais como as percebidas nas condutas dessas empresas, não apenas violariam o conceito mais tradicional de neutralidade de rede – o que, por si só, não seria necessariamente danoso –, mas também seriam capazes, de fato, de ameaçar o investimento em aplicativos semelhantes àqueles discriminados caso as práticas não houvessem sido, de alguma forma, censuradas.

73 Determinou-se adicionalmente que a AOL Time Warner informaria a FCC a respeito de reclamações recebidas em razão de não provimento de conteúdo de ISPs banda larga ou de falhas em transmitir sinais ou conteúdo de TV interativa. Ainda assim, é difícil, senão impossível, imaginar que a própria companhia deliberadamente exporia à autoridade encarregada de punir por condutas de tal natureza reclamações recebidas de entes prejudicados.

74 YOO (2006, p. 1851). Nesse sentido, o autor ressalta: "In the absence of some reason to believe that policymakers will be able to anticipate which architecture will ultimately emerge as optimal, mandating one architecture over another has the unfortunate effect of foreclosing exploration of the potential benefits of alternative approaches".

A análise dos casos Comcast e Madison River foi feita de modo retrospectivo, ou seja, apenas quando já implementadas pelas operadoras as condutas passaram a ser alvo das autoridades a partir do entendimento de que poderiam resultar em danos ao mercado. No caso AOL/Time Warner, no entanto, por se tratar de controle de estrutura (e não de conduta), a análise foi feita como *condição* à aprovação da operação, portanto, de modo prospectivo.

As condições impostas à AOL/Time Warner no que se refere às preocupações de fechamento de mercado no provimento de conteúdo, porém, não se verificaram. Justamente o contrário: o usuário da rede reconheceu o valor de uma rede mais aberta e com menos restrições ao uso, de modo que a própria companhia passou a não ter incentivos para limitar de forma drástica a utilização de sua rede a partir da verticalização existente. Condições a que a empresa não discriminasse a transmissão de sinais de TV interativa entre produtos afiliados ou não, no entanto, ainda hoje fariam mais sentido.

A menos que se criasse um mecanismo por meio do qual os provedores de conteúdo e aplicativos optassem por pagar um valor competitivo para ter seu tráfego priorizado (isto é, num cenário em que a conduta seria adotada com critérios claros), a discriminação teria cunho claramente anticompetitivo e, diante do possível desconhecimento da prática, o produto da empresa não afiliada seria prejudicado e tornar-se-ia incapaz de concorrer com aquele oferecido pela detentora de rede.

Se os casos que ilustram o tema não necessariamente sugerem que o mercado deva ser regulamentado, pois representam um número não expressivo, ao menos trazem elementos robustos de que os comportamentos adotados pelos agentes que nele atuam devem ser observados com cautela.

5 Há necessidade de intervenção regulatória?

Como visto a partir da introdução do tema, da teoria e da experiência empírica, o debate acerca da neutralidade de rede gira em torno do impasse entre deixar que a internet prossiga num ambiente livre e desregulado, sem interferência governamental, ou impor a esse mercado um quadro normativo a ser observado. A discussão a respeito da necessidade de regulação no mercado passa por diferentes temas: desde sua imposição como garantia de manutenção de incentivos à inovação até a obrigação de sua observância como impedimento da verificação de danos ao ambiente concorrencial no provimento de conteúdo e aplicativos.

Lessig (2008, p. 1) é um dos estudiosos do tema que clama pela imposição de regulação *ex ante* como forma de simplificar a discussão. Por meio de audiências realizadas no Senado norte-americano, seminários e produção acadêmica, tem-se buscado demonstrar que o regulador deveria impor aos operadores de rede um modelo de negócios de *abundância* e *neutralidade*. Em sua visão, caso o Congresso deixe perfeitamente claro (por meio de princípios de neutralidade, de lei, etc.) que a FCC tem

competência para regular a matéria, assegurando que detentores da infraestrutura necessária para prestar o serviço o fariam de forma abundante e neutra, as empresas atuantes no mercado alinhar-se-iam a tal comportamento. Isto é, no longo prazo, mais do que um mandamento, o autor entende que a neutralidade seria naturalmente incorporada às relações negociais e à execução de serviços de internet.

No entanto, em que pese o estudioso clamar pela necessidade de regulação *ex ante*, este entende que o órgão regulador deveria atuar de maneira cuidadosa e limitada, intervindo apenas quando necessário e como forma de “convencer” os agentes econômicos de que a política eleita pelo Congresso será alcançada. Acredita ele, por meio disso, que seria atingido um nível economicamente ótimo no provimento de banda larga.

Ainda assim, apesar de ser claramente a favor da manutenção da neutralidade de rede e acreditando que sua abertura é capaz de resultar em aumento de inovação e competitividade, Lessig reconhece que algum tipo de discriminação pode ser eventualmente realizado, não a discriminação de aplicativos e conteúdo, mas sim a elaboração de uma política de diferenciação de preços aos usuários finais, isto é, aos usuários que desejassem obter acesso mais rápido e de maior qualidade seriam cobrados valores de acesso superiores àqueles consumidores que optassem por um serviço mais lento e de menor qualidade.

O autor supracitado salienta, porém, que o mesmo tipo de política não poderia ser aplicado aos produtores de conteúdo ou de aplicativos disponíveis na internet. A seu ver, a diferenciação poderia ser praticada para usuários de internet, mas não para aqueles que produzem conteúdo ou desenvolvem aplicativos.⁷⁵ Nesse sentido, Lessig entende que a prática poderia criar incentivos a que provedores de internet favorecessem determinados *players* do mercado em detrimento de outros. Um exemplo seria: se o Google pudesse comprar uma determinada modalidade de acesso para seu conteúdo de vídeo e a iFilm não tivesse essa possibilidade, a primeira poderia explorar essa vantagem criando uma desvantagem ainda maior aos seus concorrentes. Desse modo, seria intuitivo imaginar que os provedores de rede sustentariam essa desvantagem apenas se o serviço não privilegiado fosse inferior ao serviço privilegiado.⁷⁶

Contrariamente ao que defende Lessig, entende-se que a possibilidade de cobrar de provedores de conteúdo e aplicativos diferentes valores pelo serviço prestado (por exemplo, pela velocidade de transmissão e, em última linha, pela qualidade do serviço) poderia funcionar não como um fator de desincentivo à inovação, mas sim como um critério claro de diferenciação. Ainda que essa possibilidade signifique uma violação à neutralidade de rede, na medida em que não estaria tratando produtos

75 Em outras palavras, sugere que o *access tiering* – uma prática que consiste na cobrança diferenciada para conteúdo e aplicativo dependendo do nível de serviço que merecem receber – pode ser visto como eventual restrição a ideias inovadoras e ao ambiente competitivo. Nesse sentido, Lessig (2008, p. 9).

76 Ainda segundo o autor, as vias rápidas (*fast lanes*) seriam valiosas apenas se as vias lentas (*slow lanes*) fossem realmente lentas. Isso porque, dependendo do mercado, o fato poderia criar incentivos perversos para que provedores de rede não construíssem a rede mais rápida possível.

similares de maneira semelhante, o fato de se pagar pelo acesso prioritário passaria simplesmente a fazer parte da dinâmica do mercado.

Essa situação constituiria “simplesmente” uma nova configuração de mercado em que os agentes que nele atuam passariam a dispor de mais um instrumento (isto é, o pagamento pelo serviço diferenciado) para competir de forma acirrada no mercado. Essa posição também encontra apoio de *players* atuantes no mercado que pretendem ver a rede de sua propriedade utilizada da melhor forma possível, minimizando problemas decorrentes de congestionamento de rede e eventualmente reduzindo incentivos existentes à adoção de práticas discriminatórias desconhecidas dos usuários finais do serviço.

Se do ponto de vista da inovação essa medida poderia ser, em um primeiro momento, deletéria ao mercado, na medida em que os custos para entrada na atividade poderiam ser elevados, o tratamento dado aos conteúdos transmitidos e aos aplicativos processados tenderia a sair dessa zona cinzenta em que se encontra atualmente. Uma vez imposto ao provedor de conteúdo ou aplicativo uma taxa competitiva para utilizar a rede de banda larga e sendo essa prática usual, muito possivelmente problemas decorrentes de assimetria informacional – que tanto preocupam inovadores, estudiosos e autoridades – seriam reduzidos.

Nesse sentido, a visão de Wu (2003, p. 149) é especialmente esclarecedora. De seu ponto de vista, o conceito de neutralidade em si seria muito particular e dependeria inteiramente de qual o conjunto de elementos dentre os quais se escolhe ser neutro. Em sua percepção, determinada política que pareça neutra num certo período pode perder seu caráter neutro em um momento posterior, quando a gama de elementos é ampliada.⁷⁷ Ou seja, na medida em que a possibilidade de se pagar por acesso prioritário ou de melhor qualidade seja introduzida no mercado, o próprio conceito de neutralidade de rede passaria a ser tratado de forma diversa. Não se está a dizer que o conceito de neutralidade deixaria de existir, mas sim que passaria a conviver com novos artifícios de tráfego de rede, estes já incorporados a essa nova configuração de mercado.

Em desfavor da imposição de regulação sobre o mercado, seja porque acredita que desvios à neutralidade são necessários, seja por entender que a configuração de mercado hoje existente não sugere que o órgão regulador deva interferir na atividade (em razão do reconhecimento de que há concorrência tanto nos mercados de provimento de acesso, como no de provimento de conteúdo e aplicativos), Yoo (2006, p. 1899) coloca que “por mais importante que a inovação na internet possa ser considerada, a redução de inovação não consistiria em um tipo catastrófico de dano que

⁷⁷ WU (2003, p.149): “Neutrality, as a concept, is finicky, and depends entirely on what set of subjects you choose to be neutral among. A policy that appears neutral in a certain time period [...] may lose its neutrality in a later time period, when the range of subjects is enlarged”.

justificasse a intervenção regulatória sem que seja provado prejuízo concreto ao ambiente concorrencial”.⁷⁸

Na mesma linha de que a imposição de regulação rígida não seria a melhor resposta para o ambiente de incertezas que permeia a internet, Wu (2003, p. 156) sugere que a ameaça de haver regulação ou uma política ampla de antidiscriminação pode ter uma função educativa eficaz na medida em que obrigaria que operadores de banda larga considerassem se as restrições que impõem à rede coincidem com seus interesses de longo prazo. Wu acredita que na ausência de lei os detentores de última milha podem acabar adotando um comportamento que preserve a neutralidade de rede em longo prazo.⁷⁹ O autor embasa o argumento no fato de que tanto a Comcast quanto a Cox Communications repudiaram antigas práticas de banir o uso de VPNs e apresentaram documentos formais ao FCC nesse sentido.

Como já vimos, a interação entre os mercados de provimento de banda larga, de um lado, e o provimento de conteúdo e aplicativos, de outro, vive um momento incerto. Assim como tratado ao longo do texto, o mercado de internet e de serviços relacionados é marcado por sua natureza dinâmica – constantes transformações tecnológicas e desenvolvimento de novos produtos que alteram as configurações de mercado.

A grande preocupação por trás do debate está na concentração de mercado entre poucos agentes na detenção da última milha. No entanto, se atualmente as tecnologias *cable modem* e ADSL são dominantes no oferecimento de banda larga, vimos neste estudo que plataformas 3G, Wi-Max, fibra ótica, entre outras, têm apresentado crescimento significativo e, em um intervalo não longo de tempo, passarão a representar *market share* mais significativo no mercado, podendo contestar cada vez mais a posição dos *players* já existentes. Se não como um elemento impeditivo, o reconhecimento de que o mercado vem passando por transformações muito rápidas funciona ao menos como um freio para a implementação de regulação estrita no mercado. As condições de concorrência não estão definidas, e a regulação pode acabar representando um instrumento de redução de bem-estar social.

A própria posição das autoridades não é linear. Quando do julgamento do caso Comcast, a FCC demonstrava uma posição extremamente cautelosa em adotar qualquer tipo de entendimento categórico e definitivo a respeito de imposição de regulação sobre a internet. Seriam três as principais razões pelas quais adotava postura dessa natureza. Inicialmente, a internet seria um meio de comunicação ainda novo, e questões relacionadas ao gerenciamento de rede seriam ainda novidade. Em segundo lugar, não apenas a internet seria nova e dinâmica, mas também redes de provimento de acesso à internet seriam complexas e diversas entre si, de forma que a imposição de uma regra geral para disciplinar as diferentes tecnologias talvez não fosse apropriada. Por último, a FCC entendia que uma análise casuística (abordagem de *adjudication*)

78 YOO (2006, p. 1899). Tradução livre de: “As important as innovation on the Internet is, reduced innovation does not constitute the type of catastrophic harm that would justify regulatory intervention in the absence of a concrete showing of competitive harm”.

79 WU (2003, p. 156).

estaria em linha com direcionamentos dados pelo Congresso e com precedentes da própria agência. A política federal adotada seria a de preservação de mercado livre, vibrante e competitivo (*vibrant and competitive free market*) para internet e serviços relacionados, e a FCC já teria reconhecido, inclusive, que serviços de internet deveriam existir em um ambiente de regulação mínima, capaz de promover investimento e competição.⁸⁰

Em 2009, no entanto, como vimos (subseção 2.2.1, *supra*), a FCC lançou uma NPRM com base em evidências de que detentores de rede estariam impedindo que seus usuários acessassem conteúdo lícito e processassem aplicativos de sua escolha, como visto nos casos Comcast e Madison River. Ou seja, mais do que estabelecer princípios de uso da rede e direitos que deveriam ser garantidos aos usuários, tal como feito no *Internet Policy Statement* em 2005, a FCC está avançando em direção à elaboração de uma política de antidiscriminação, ainda que estabelecida de maneira geral, possivelmente aplicando tecnologias distintas entre si.

A regulamentação proposta, no entanto, não parece sugerir que detentores de rede não possam experimentar novos modelos de negócio ou modalidades de gerenciamento de rede, mas sim buscar aumentar a transparência da atividade (isto é, obrigando que provedores de acesso tornem públicas as medidas que estejam sendo adotadas para gerenciamento de rede) e impedir a discriminação de conteúdo e aplicativos. A proposta de norma ainda se encontra em discussão.

No Brasil, também como já apontado, as discussões são muito incipientes. Ainda que se esteja discutindo a imposição de neutralidade de rede por meio do Marco Civil da Internet e que a Anatel tenha imposto como condição à anuência previa da operação BrT-Oi a observação desse princípio, muito pouco foi debatido acerca do que se poderia entender como *neutralidade de rede* e de quem seria a competência para tal. Não há ainda perspectivas de adoção de uma política regulatória delimitada para a interação entre detentores de rede de acesso à banda larga e provedores de conteúdo e de aplicativos.

A Anatel conta, ainda assim, com o suporte da regulamentação de SCM, que garante “o uso das redes de suporte do SCM para provimento de serviços de valor adicionado (SVA), de maneira não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis” (art. 7º), devendo as prestadoras de SCM “possibilitar o uso de suas redes ou de elementos dessas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis” (art. 8º, parágrafo único).⁸¹

80 Decisão Comcast, parágrafos 29-32. No texto, faz-se referência ao Federal Communications Commission (2002).

Ao julgar o Caso Comcast, a FCC expressamente afirmou: “*Deciding to establish policy through adjudicating particular disputes rather than imposing broad, prophylactic rules comports with our policy of proceeding with restraint in this area at this time*”. E justificou: “*Our adjudicatory approach allows us to minimize government intervention in the broadband market without wholly forsaking our responsibility to enforce the other federal policies of section 230(b) of the [Telecommunications] Act*”.

81 AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia – SCM (2001).

Como vimos, tanto em jurisdições mais maduras, por exemplo, os EUA, como no Brasil, que ainda engatinha no tema da neutralidade de rede, o que se vê é que as autoridades não encontraram elementos robustos para justificar a necessidade de imposição de regulamentação rígida aos detentores de rede no provimento de internet banda larga. Sendo um ambiente em constante transformação, não havendo um número suficiente de casos em que os agentes do mercado *upstream* tenham envidado práticas deletérias ao mercado *dowstream*, e, principalmente, existindo a possibilidade de realização de controle *ex post* (isto é, via política de defesa da concorrência), entende-se ser esta última a melhor forma de lidar com a questão atualmente.

A elaboração de normas tais como aquela proposta pela FCC ao final de 2009 pode ser um instrumento eficaz para que práticas anticoncorrenciais não sejam adotadas, seja em razão da ameaça de uma regulamentação mais estrita, conforme sugere Wu (2003, p. 156), seja para que os detentores de rede reflitam acerca de seus verdadeiros interesses de longo prazo.

A proibição irrestrita de adoção de determinadas condutas, decorrentes da implementação de regulação, poderia ser contraproducente. Num ambiente recheado de incerteza, há a necessidade de se observar o comportamento dos agentes, em especial considerando as experiências já vividas, passando, então, a distinguir quais seriam as formas de discriminação proibidas – que distorcem mercados secundários – e permitidas – necessárias para o funcionamento da rede.⁸²

Não se pode dizer, no entanto, que as autoridades regulatórias estejam inertes à questão da neutralidade de rede ou da ameaça que os detentores de rede possam impor sobre o conteúdo veiculado ou aplicativos processados. Discussões estão sendo efetivamente realizadas, seja em jurisdições mais maduras seja em países cujas agências regulatórias são mais jovens. Nesse sentido, a própria falta de imposição de normas regulatórias representa uma opção adotada pelos órgãos responsáveis por sua elaboração. A *não ação* seria, portanto, uma iniciativa regulatória conscientemente eleita pelas autoridades.

Se essa posição de inércia, ou mesmo de cautela, é a mais adequada, ainda não se sabe. E é justamente em razão da incerteza quanto ao futuro da internet e Dos agentes que a tornam um instrumento de comunicação tão eficaz que as autoridades têm optado por dar passos curtos e lentos em direção a um modelo de intervenção do Estado nessas relações econômicas.

Nesse meio tempo, enquanto não se chega a conclusões mais incisivas quanto à disciplina da internet, normas regulatórias de antidiscriminação e a política de defesa da concorrência podem funcionar como bons parâmetros para a atuação das autoridades e a preservação de um ambiente competitivo.

82 Nesse sentido, ver Wu (2003, p. 170).

6 Conclusão

O estudo feito buscou introduzir o princípio da neutralidade de rede e a discussão a respeito de práticas de discriminação de conteúdo e aplicativos por detentores de rede de acesso à internet banda larga como possíveis violadoras do *end-to-end*. Como visto, a configuração inicial da rede de internet, em que não havia como distinguir pacotes transmitidos entre si, já não existe mais. Hoje os detentores de rede dispõem de artifícios que lhes permitem gerenciar a rede. Se de um lado há justificativas plausíveis para adoção de tal comportamento, tal como o gerenciamento de rede, emergem daí também preocupações de natureza concorrencial e de inovação no mercado *dowstream* – o provimento de conteúdo e aplicativos.

A análise da teoria antitruste a respeito de relações verticais não sugere por si só que integrações societárias ou contratos verticais devam ser uma preocupação no ambiente de internet, visto que o mercado primário – de provimento de acesso à rede –, ainda que oligopolizado e concentrado em ADSL e *cable modem*, vem sofrendo contestação de tecnologias alternativas, por exemplo 3G e Wi-Max; e o mercado secundário – de provimento de conteúdo e aplicativos – é extremamente competitivo e não caracterizado por altas barreiras à entrada. No entanto, características tais como a assimetria de informação e dificuldade de identificação de práticas discriminatórias pelos usuários finais e pelos provedores de conteúdo e aplicativos fazem com que preocupações de natureza concorrencial apareçam e sejam confirmadas pela experiência empírica (por exemplo, Casos Comcast e Madison River).

Autoridades regulatórias e estudiosos do tema vêm analisando a possibilidade de se adotar alguma forma de regulação *ex ante* que extrapole a mera imposição de normas gerais de antidiscriminação na conduta de detentores da última milha no provimento de internet banda larga, garantindo o incentivo à inovação e a concorrência intensa no mercado a jusante.

Sendo o mercado extremamente dinâmico, marcado por grandes e constantes transformações tecnológicas, entende-se acertada a posição até o momento adotada pelas autoridades em não estabelecer normas regulatórias incisivas que impeçam detentores de rede de experimentar modelos de negócio alternativos, até que seja efetivamente comprovado dano à concorrência ou redução de bem-estar social. Diante da incerteza a respeito da necessidade e da plausibilidade em aumentar a capacidade da rede, o mais adequado parece ser manter o tema no radar de autoridades, estudiosos e partes interessadas e monitorar a conduta de agentes hoje atuantes no mercado. Nesse sentido, a política antitruste funcionaria como um instrumento válido e hoje comparativamente mais adequado para lidar com a questão aqui abordada.

Considerando as rápidas mudanças verificadas no contexto atual, talvez o próprio conceito de neutralidade de rede deva ser revisto, passando a dar lugar a uma nova definição que reconheça serem a dinâmica do mercado e a arquitetura da rede hoje muito distintas daquela configuração que deu origem ao *end-to-end*. Um novo modelo sugeriria a adoção de critérios claros de gerenciamento de rede, de dis-

criminação legítima, razoável e transparente, podendo a rede ser utilizada em nível socialmente ótimo e não prejudicial ao ambiente concorrencial, reduzindo os riscos de desincentivo ao processo de inovação.

Referências

- AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Ato n. 7.828, de 19 de dezembro de 2008, Anexo, item 4.1.
- _____. *Estudo técnico para atualização da regulamentação das telecomunicações no Brasil*. Brasília, 2008. p. 127.
- _____. Termo de Autorização para Exploração de Serviço Móvel Pessoal (SMP), parte da Licitação n. 002/2007/SPV – Anatel, referente às radiofrequências para tecnologia 3G.
- _____. Proposta de Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil (PGR), Anexo à Consulta Pública n. 22, de 16 de junho de 2008.
- _____. Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) aprovado pela Resolução n. 272, de 9 de agosto de 2001.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Ato de Concentração n. 53500.022515/2006. Voto proferido pelo Conselheiro Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, de 4 de junho de 2008.
- _____. Recursos Voluntários n. 08700.006461/2008-76 e n. 08700.006492/2008-27. Parecer n. 842/2008/Pg/Cade, proferido pela Procuradoria-Geral do Cade (ProCade), de 8 de dezembro de 2008.
- DIRECTOR, Aaron; LEVI, Edward H. *Law and the future: trade regulation*, 51 Nw. U.L.Rev. 281, 290 (1956) apud YOO, Christopher S., *What can antitrust contribute to the network neutrality debate?* p. 504.
- ECONOMIDES, Nicholas. *Net Neutrality. Non-discrimination and digital distribution of content through the internet* (May 2007). NET Institute Working Paper n. 07-03; NYU Law and Economics Research Paper n. 07-13; NYU Stern School of Business EC-07-09. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=977096>>.
- ECONOMIDES, Nicholas; TÁG, Joacim. *Net neutrality on the internet: a two-sided market analysis* (May 2009). NET Institute Working Paper n. 07-45; NYU Law and Economics Research Paper 07-40; NYU Working Paper n. 2451/26057. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1019121>>.
- FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION (FCC). *Appropriate framework for broadband access to the internet over wireline facilities* – 20 FC.C.R. 14853, 14904 96 (2005).
- _____. *Memorandum Opinion and Order*. Adopted: August 1, 2008. Released August 20, 2008. File No. EB-08-IH-1518; WC Docket n. 07-52 (Caso Comcast).

_____. Vuze Inc. *Petition to establish rules governing network management practices by broadband network operator*, 14/11/2007. Disponível em: <http://www.fcc.gov/broadband_network_management/>. Acesso em: 19/03/2010.

_____. Consent Decree. File n. EB-05-IH 0110 Acct. n. FRN: 0004334082 (Caso Madison River).

_____. *Internet policy statement*, 20 F.C.C.R. 14986 (2005).

_____. *Broadband Industry Practices, Notice of Inquiry*, 22 F.C.C.R. 7894 (2007).

_____. *Notice of Proposed Rulemaking. In the matter of Preserving the Open Internet and Broadband Industry Practices*. 22/10/2009. FCC 09-93. Disponível em: <<http://www.fcc.gov/headlines2009.html>>. Acesso em: 02/06/2010.

_____. *News release*. 22/10/2009. Disponível em: <<http://www.fcc.gov/headlines2009.html>>. Acesso em: 02/06/2010.

_____. *Wireline Broadband Access Order*, N.R. 48, em 14892-94.

_____. *Cable Modem Declaratory Ruling*. 17 FCC Red em 4802, para. 5.

FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). *America On-Line, Inc., Decision and Order*, Docket n. C-3989, 2001 WL 410712 (F.T.C. Apr. 17, 2001); *Applications for Consent to the Transfer of Control of Licenses and Section 214 Authorizations by Time Warner, Inc. and America On-Line, Inc., Transferors, to AOL Time Warner Inc., Transferee, Memorandum Opinion and Order*, 16 F.C.C.R. 6547, 6590 96 (2001).

_____. *Internet Access Task Force. Broadband Connectivity Competition Policy: A Federal Trade Commission Staff Report*, 06/2007. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/reports/broadband/v070000report.pdf>>. Acesso em: 02/06/2010.

_____. *FTC approves AOL/Time Warner merger with conditions*. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/opa/2000/12/aol.shtm>>. Acesso em: 01/06/2010.

GLOBAL COMPETITION REVIEW. *FCC looks ahead after internet neutrality loss*. 07/04/2010. Disponível em: <http://www.globalcompetitionreview.com/news/article/28215/fcc-looks-ahead-internet-neutrality-loss/>. Acesso em: 28/05/2010.

LEMLEY, Mark A.; LESSIG, Lawrence. *The end of end-to-end: preserving the architecture of the internet in the broadband era* (Oct. 2000). UC Berkeley Law & Econ Research Paper n. 2000-19; Stanford Law & Economics Olin Working Paper n. 207; UC Berkeley Public Law Research Paper n. 37. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=247737> or doi:10.2139/ssrn.247737>.

LESSIG, Lawrence; MCCHESENEY, Robert. W. *No tolls on the internet*. *The Washington Post*, 8 June 2006. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2006/06/07/AR2006060702108.html>>. Acesso em: 19/03/2010.

LESSIG, Lawrence. *The future of the internet*. Testemunho realizado no U.S. Senate Committee on Commerce, Science and Transportation, 22/04/2008. Disponível em: <<http://www.lessig.org/>>. Acesso em: 19/03/2010.

MAJORAS, Deborah Platt. *Chairman, FTC, Luncheon Address at the Progress & Freedom Foundation's Aspen Summit: The Federal Trade Commission in the On-Line World – Promoting Competition and Protecting Consumers* 14, 15, 21/08/2006. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/opa/2006/08/neutralty.shtm>>. Acesso em: 02/06/2010.

MARCO CIVIL DA INTERNET. Disponível em: <<http://culturadigital.br/marcocivil/sobre/>>. Acesso em: 03/06/2010.

MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. New York: Cambridge University Press, 2004. p. 377-378.

RAMOS, Marcelo de Matos. Neutralidade de redes: o futuro da internet e o mix institucional. *Documento de Trabalho*, n. 41, dez. 2006. Secretaria de Acompanhamento Econômico – Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2006-1>. Acesso em: 20/04/2010.

ROSON, Roberto. Two-Sided Markets: A Tentative Survey. 2005. *Review of Network Economics*, 4:2, p. 142-160. Disponível em: <<http://www.bepress.com/rne/vol4/iss2/3>>. Acesso em: 16/06/2010.

SALTZER, J. H.; CLARK, David; REED, David. *End-to-end arguments in system design*. 1984. Disponível em: <<http://web.mit.edu/Saltzer/www/publications/endtoend/endtoend.pdf>>. Acesso em: 07/06/2010.

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO – MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Averiguação Preliminar n. 08012.003055/2009-91. Parecer SDE, de 24 de mar. de 2010.

TELEVISION BROADCAST. *Comcast strikes a blow against net neutrality*. Disponível em: <<http://www.televisionbroadcast.com/article/97888>>. Acesso em: 28/05/2010.

U.S. THE LIBRARY OF CONGRESS. *Internet Freedom and Nondiscrimination Act of 2006*. Disponível em: <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d109:HR05417:@@L&summ2=m&>>. Acesso em: 02/06/2010.

U.S. SENATE COMMITTEE ON COMMERCE, SCIENCE, AND TRANSPORTATION. Disponível em: <<http://commerce.senate.gov/public/>>. Acesso em: 02/06/2010.

U.S. SUPREME COURT. *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* (433 U.S. 36) , julgado em 1977.

VAN SCHEWICK, Barbara. Testemunho – *Second Public En Banc Hearing on Broadband Network Management Practices*, Stanford Law School (2008). Disponível em <http://cyberlaw.stanford.edu/node/5729>. Acesso em: 02/06/2010.

WU, Tim. Network Neutrality, Broadband Discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, v. 2, p. 141, 2003. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=388863> ou doi:10.2139/ssrn.388863>. Acesso em: 19/03/2010.

WU, Tim. *Network neutrality: competition, innovation, and nondiscriminatory access*. April 24, 2006. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=903118>>. Acesso em: 19/03/2010.

WU, Tim; YOO, Christopher S. Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate”. *Federal Communications Law Journal*, v. 59, n. 3, 2007; Vanderbilt Public Law Research Paper n. 06-27; Vanderbilt Law and Economics Working Paper n. 06-30; Columbia Law and Economics Working Paper n. 310. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=953989>>. Acesso em: 19/03/2010.

YOO, Christopher S. Network neutrality and the economics of congestion. *Georgetown Law Journal*, v. 94, June 2006; Vanderbilt Law and Economics Research Paper n. 05-28; Vanderbilt Public Law Research Paper n. 05-33. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=825669>>. Acesso em: 19/03/2010.

_____. What can antitrust contribute to the network neutrality debate?. U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper n. 07-11; U of Penn Law School, Public Law Research Paper n. 07-25; *International Journal of Communication*, v. 1, 2007. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=992837>>. Acesso em: 20/05/2010.

_____. Network neutrality, consumers, and innovation. *University of Chicago Legal Forum*, v. 25, p. 179, 2008; U of Penn Law School, Public Law Research Paper n. 08-40; U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper n. 08-23. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1262845>>. Acesso em: 19/03/2010.