

COMENTÁRIOS DO FACEBOOK – REGULAMENTAÇÃO DO MARCO CIVIL

29 DE FEVEREIRO DE 2016

CONSULTA PÚBLICA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

COMENTÁRIOS ESPECÍFICOS À PROPOSTA DE REGULAMENTO DO MARCO CIVIL

Preâmbulo

O Facebook parabeniza a iniciativa do Ministério da Justiça de promover um debate aberto e democrático sobre as regras para a implementação do Marco Civil da Internet, uma referência global de legislação sobre os direitos dos usuários da Internet.

O Facebook é um defensor da neutralidade de rede e acredita que ela é fundamental para a expansão contínua e dinâmica da Internet. A regra de neutralidade de rede trazida no Marco Civil é fundamentada pela ideia de que todos os pacotes de dados devem ser tratados com isonomia, a menos que exista um requisito de natureza técnica indispensável para a adequada fruição do serviço ou da aplicação (ou no caso de se tratar de serviço de emergência).

A justificativa da regra de neutralidade de rede contida no artigo 9º do Marco Civil é, de um lado, que as atividades empresariais não podem prejudicar os consumidores e, do outro lado, que a inovação não pode ser ofuscada por práticas que aumentariam as barreiras de ingresso de novas empresas no mercado. Isso pode ser entendido, por exemplo, a partir da explicação apresentada no voto do relator do MCI na Câmara dos Deputados, deputado Alessandro Molon [1] ao comentar o artigo 9º, de que "*[o] que não pode ocorrer, sob o risco de se prejudicar a estrutura aberta da Internet, bem como a inovação e os consumidores, é aumentar o controle sobre o uso do meio, da infraestrutura física. [...] Assim, sob a ótica da produção de conteúdo para consumo pela Internet, a proibição do tratamento discriminatório previsto no art. 9º busca impedir, entre outros, o aumento significativo dos custos de entrada no mercado. Isso porque a possibilidade de tratamento discriminatório leva, naturalmente, à possibilidade de que os provedores de serviço de rede cobrem dos produtores de conteúdo por esse tráfego*" (ver página 35).

A visão do Facebook é que programas experimentais que ofereçam práticas comerciais inovadoras para expandir o acesso a serviços na Internet devem ser fomentados desde que não impliquem na discriminação de tráfego nem tampouco priorizem os pacotes de dados. Entendemos que a leitura que deve ser feita do artigo 9º do Marco Civil é que a garantia do tratamento isonômico dos pacotes de

dados está em perfeita consonância com a flexibilidade de ofertas comerciais. O Facebook entende que é necessário que o Decreto considere a adoção de um ambiente regulatório flexível, o qual permita modelos comerciais inovadores, particularmente aqueles destinados a promover a conectividade e os benefícios associados ao acesso à Internet.

Abaixo oferecemos alguns comentários específicos sobre a regulamentação.

ARTIGO 4º

Art. 4º A discriminação ou degradação de tráfego somente poderá decorrer de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações ou da priorização de serviços de emergência, sendo necessário o cumprimento de todos os requisitos dispostos no art. 9º, §2º da Lei nº 12.965, de 2014.

Parágrafo único. As ofertas comerciais e modelos de cobrança de acesso à internet devem preservar uma internet única, de natureza aberta, plural e diversa, compreendida como um meio de desenvolvimento social e humano, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória.

O Marco Civil é uma legislação com fundamento em princípios, seu texto estabelece princípios e diretrizes que devem guiar o uso da Internet no país. O Decreto em discussão tem por objetivo apresentar novas regras que permitam a clara implementação do Marco Civil, e, dessa forma, não poderá inovar ou criar novas limitações além daquelas já incorporadas na própria legislação.

O artigo 9º garante o tratamento isonômico de pacotes de dados por provedores de conexão elencando as diversas formas de discriminação de tráfego proibidas. A leitura sistemática dos artigos 3º, inciso VIII e 4º, III, em conjunto com o artigo 9º nos leva à conclusão óbvia de que este artigo não teve por objetivo proibir a oferta de planos e arranjos comerciais flexíveis, desde que estes não importem em uma discriminação de tráfego. Se assim não fosse, todo e qualquer provedor de conexão seria obrigado a cobrar um valor único e fixo pelo acesso irrestrito à Internet.

O Marco Civil estabelece a liberdade dos modelos comerciais como um dos princípios para o uso da Internet no Brasil. Por conseguinte, quaisquer ressalvas não razoáveis às propostas comerciais e estruturas de receitas — ou seja, qualquer restrição ampla a acordos comerciais sem a prévia e clara demonstração de que eles prejudicam o consumidor e não promovem objetivos relevantes, como a expansão da conectividade — estabelecidas pelo Decreto seriam necessariamente consideradas ilegais face à prerrogativa mais ampla do próprio Marco Civil.

Ademais, um dos pontos principais das discussões sobre o Marco Civil e sobre as proteções de neutralidade de rede abraçadas pelo Marco Civil foi o direito dos consumidores de usar todas e quaisquer aplicações ou serviços de sua escolha.

Consequentemente, não seria possível que os órgãos reguladores fizessem essa escolha no lugar dos consumidores.

Portanto, é importante que este Decreto reafirme uma interpretação do artigo 9º do Marco Civil consoante com os fundamentos, princípios e objetivos da lei, dentre eles, a livre iniciativa, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a liberdade dos modelos de negócios promovidos na Internet, a preservação e garantia da neutralidade de rede, dentre outros. Em outras palavras, elemento-chave para a manutenção dos princípios norteadores do Marco Civil e o fomento da inovação no mercado brasileiro é a flexibilidade para ofertas comerciais conducentes à expansão do acesso à rede.

Diante do exposto acima, gostaríamos de recomendar que o parágrafo único do Artigo 4º do Decreto seja adaptado para evitar uma interpretação contrária ao espírito do Marco Civil — o que excederia o escopo regulamentar mais limitado próprio do decreto — e que possa anular o princípio da liberdade de modelos de negócio estabelecido pela lei. Para evitar eventuais ilegalidades, sugerimos que o parágrafo único tenha a seguinte redação:

Parágrafo único: Ofertas comerciais e modelos de cobrança de acesso à Internet devem preservar a natureza aberta, plural e diversificada da Internet, baseada na livre iniciativa e na liberdade de modelos de negócio, e entendida como um meio para o desenvolvimento social e humano, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória.

ARTIGO 8º

Art. 8º Acordos entre provedores de conexão e provedores de aplicação devem preservar o caráter público e irrestrito do acesso à Internet.

§ 1º São vedados os acordos de que trata o caput que importem na priorização discriminatória de pacotes de dados.

§ 2º Acordos entre provedores de conexão e provedores de aplicação estão sujeitos à avaliação do órgão competente, nos termos do Capítulo IV, deste Decreto.

Como mencionamos nos comentários ao Artigo 4º acima, é importante que o Decreto reafirme uma interpretação do princípio da neutralidade de rede que leve em consideração os fundamentos, princípios e objetivos do Marco Civil da Internet. Ao tratar da garantia do tratamento isonômico dos pacotes de dados, o Artigo 9º cuidou de não restringir de antemão a flexibilidade por parte das operadoras para realizar ofertas comerciais de planos de acesso à Internet.

Acreditamos que o Artigo 8º deve ser alterado de modo a certificar-se de que ele estimula a adoção de modelos que podem contribuir para a expansão da conectividade à Internet. A taxa de conectividade à Internet em todo o mundo ainda é baixa. Há, atualmente, 4 bilhões de pessoas no mundo que não têm acesso à Internet — isso equivale a aproximadamente 58% da população mundial. A fim de conectar a todos, é preciso que governos, empresas, sociedade civil e muitos outros, trabalhem conjuntamente em marcos regulatórios flexíveis, que permitam às partes interessadas inovar e experimentar modelos diversos, desde que tais modelos não comprometam a natureza aberta da Internet. Modelos que permitam que as pessoas explorem o poder da conectividade e, como consequência, percebam o seu valor, são os programas de tarifa zero.

Antes de considerar a regulamentação das ofertas de tarifa zero, existem alguns pontos-chave que devem ser considerados:

1. Tais programas vem sendo oferecidos há vários anos no Brasil e não existem evidências de que estes programas afetem negativamente o mercado ou a competitividade. Muito pelo contrário, vemos milhares de brasileiros se beneficiando de tais programas enquanto aproveitam da Internet como um todo.
2. Até a presente data não há qualquer evidência de que o programas de tarifa zero afetem negativamente a natureza aberta da Internet. As evidências apontam justamente o contrário (vejamos no próximo item sobre estudos de impacto de programas de tarifa zero). Consumidores que nunca se conectaram passaram a perceber o valor da conectividade e tão logo optaram por contratar serviços de acesso à Internet como um todo.
3. Reconhecendo os benefícios potenciais da flexibilidade na oferta de programas de tarifa zero, muitos países optaram por não proibi-los, garantindo, ao mesmo tempo, que os órgãos competentes tenham poderes para avaliar casos específicos. Nesse sentido, incluímos informações adicionais no anexo sobre como diferentes países endereçaram programas de tarifa zero.
4. Ofertas flexíveis de tarifa zero de um ou mais serviços são benéficas para os consumidores. Eles geralmente conseguem acessar a Internet como um todo, com a vantagem de conseguirem acessar ainda mais serviços e websites com os dados adicionais. Programas de tarifa zero não impedem que as pessoas escolham outros serviços e conteúdos online e podem ainda encorajá-las a fazê-lo através da expansão dos limites de dados contratados e provendo-lhes, com recursos limitados, a experiência de entender o valor da conectividade.
5. Com o intuito de garantir a continuidade nas soluções inovadoras para expansão da conectividade, o Decreto de regulamentação do Marco Civil deve ainda garantir que os critérios para avaliar tais programas permaneçam abertos, permitindo assim que os órgãos competentes os avaliem na medida em que a tecnologia e o mercado evoluam. O Marco Civil foi criado como um arcabouço principiológico básico, exatamente para que pudesse se manter

- atualizado e sobreviver aos avanços tecnológicos. A regulamentação que está sendo debatida para a implementação da lei deve seguir o mesmo raciocínio.
6. O Facebook vem experimentando diferentes variedades de modelos e parcerias com operadoras ao redor do mundo para garantir a disponibilidade de um número cada vez maior de serviços aos usuários através dos seus aparelhos celulares sem que isso acarrete cobranças de uso de dados. Até a presente data, iniciativas lideradas pelo Facebook permitiram que mais de 19 milhões de pessoas pudessem estar online [2].

Estudos sobre o impacto positivo dos programas de tarifa zero

Um estudo recente sobre os efeitos de mercado de programas de tarifa zero no Chile, nos Países Baixos e na Eslovênia, comparando dados do período em que tais planos estavam em uso e do período subsequente à opção dos respectivos reguladores de banir ou limitar o seu uso, concluiu que não havia evidências concretas de que os consumidores haviam limitado seu acesso aos conteúdos "zero-rated" ou que tais programas causaram qualquer efeito adverso nos respectivos mercados. Ao contrário disso, o estudo conclui que, na realidade, os consumidores foram prejudiciados pela decisão dos reguladores de banir os programas de tarifa zero [3]. De acordo com as autoras desse estudo, "não se pôde observar que os programas de tarifa zero reduziram a inovação em quaisquer desses países. Na realidade, as proibições é que mais prejudicaram os consumidores". Como se observou em outro estudo, "ao mesmo tempo em que as autoridades regulatórias devem estar vigilantes ao monitorar tais práticas, proibições ou restrições amplas a planos de tarifa zero têm muito mais potencial de prejudicar o bem-estar dos consumidores do que de contribuir para ele" [4].

Programas de tarifa zero estimulam o uso da Internet por pessoas que nunca a utilizaram [5] sem que haja qualquer indicação de que tais programas causem distorções de mercado. Ao contrário, planos de tarifa zero têm causado um impacto positivo ao ecossistema da Internet móvel e aos seus consumidores e usuários. Como apontado em um recente estudo, o acesso livre a sites populares estimula que mais pessoas assinem planos de dados e proporciona maior liberdade no uso dos dados disponíveis aos consumidores. A autora desse estudo também nota como planos de tarifa zero estimulam o desenvolvimento de conteúdos e do empreendedorismo locais: "o aumento na demanda por conteúdos locais estimula negócios e empreendedores locais a criar novos produtos e serviços online", como informações e aplicações sobre o surto de epidemias locais, desastres naturais, ou mesmo sobre o funcionamento de lojas e governos locais. Além disso, quanto maior a proporção da população conectada à Internet mais órgãos e serviços do governo tendem a ter uma presença online mais ativa, o que por sua vez encoraja mais pessoas e empresas a utilizarem o ecossistema da Internet. A autora conclui então que os programas de tarifa zero podem impulsionar um ciclo virtuoso que movimenta a economia local direcionado pela conectividade à Internet. [6]

Planos tradicionais de acesso à Internet podem ser muito caros para parcelas significativas da população de certos países em que metade da população ainda não tem acesso à Internet. Face a esse cenário, ofertas de tarifa zero podem funcionar como uma porta de entrada para a Internet como um todo. Em última análise, quanto maior a proporção da população que tem acesso ao ecossistema da Internet maiores são os efeitos sociais e econômicos que ela pode gerar para os países. [7].

Planos de tarifa zero têm sido oferecidos há alguns anos no Brasil e milhões de brasileiros têm tido acesso a serviços que não são descontados dos seus planos de dados. Três das quatro maiores operadoras operado no Brasil — Claro, TIM e Oi — estão oferecendo ou já ofereceram planos de tarifa zero . Isso traz enormes benefícios para os consumidores brasileiros, que além de continuar podendo acessar a Internet como um todo, ainda podem visitar e utilizar ainda mais conteúdos e serviços de sua escolha com os dados extras dos seus pacotes. Na realidade, por meio de acordos específicos para não cobrar os consumidores pelo uso de determinados serviços, operadores e provedores de serviços online têm simbioticamente colaborado para a expansão na conectividade à Internet no Brasil. A popularidade, proliferação e amplitude dos provedores de serviços online têm aumentado consideravelmente o valor da Internet para os usuários finais, gerando, assim, mais demanda para os serviços de conexão à Internet e aumento na base de usuários, nas receitas e na margem de lucro das operadoras. [8]. Além disso, há inúmeras evidências de que as operadoras têm se beneficiado da ampla popularidade de alguns serviços online para fins de marketing, tal como através de estratégias de captação de clientes, publicidade e posicionamento de marca.

Assim, acreditamos que à medida que o acesso à Internet se expanda no país, novos e mais diversos conteúdos locais passarão a ser utilizados, criando uma demanda renovada pela sua produção. [9].

Sugestões para o Artigo 8º

Como mencionado anteriormente, o Marco Civil é uma legislação fundamentada em princípios e já estabelece os padrões, fundamentos e diretrizes que devem nortear o uso da Internet no Brasil. Entendemos que a criação de novos elementos estranhos tanto ao Marco Civil quanto à literatura sobre regulamentação da Internet já publicada até o momento importaria riscos e incertezas quanto à interpretação da lei.

Em consonância com a nossa proposta para o Artigo 4º e com o intuito de preservar a boa técnica jurídica, recomendamos que o Artigo 8º seja alterado como segue:

Art. 8º Acordos entre provedores de conexão e provedores de aplicação devem preservar a natureza aberta do acesso à Internet.

O parágrafo 2º do Artigo 8º, por sua vez, determina que os acordos entre

provedores de conexão e provedores de aplicação estão sujeitos à avaliação do órgão competente, nos termos do Capítulo IV do Decreto.

Como já mencionado anteriormente, o Marco Civil, em seu Artigo 4º, III, estabelece a liberdade de modelos de negócio como princípio fundamental para o uso da Internet no Brasil.

Além disso, a Constituição Federal também engloba o princípio da livre iniciativa em seu Artigo 170, de forma que seria ilegal qualquer tentativa por esse Decreto de impor obrigações aos órgãos regulatórios, sejam eles órgãos específicos da indústria ou qualquer outra entidade do Governo Federal, de revisão de acordos comerciais a ser celebrados entre um provedor de conexão e um provedor de aplicação.

Ademais, em um setor dinâmico como a Internet, com pouquíssimas barreiras ao ingresso de novos participantes, a intervenção ou controle *ex ante* muito provavelmente causaria um impacto negativo à expansão da conectividade e da inclusão digital. O controle e fiscalização regulatórios mais rígidos provavelmente prejudicariam a inovação e o desenvolvimento econômico que têm por base plataformas on-line.

Como regra de ouro para a intervenção regulatória, deveria ser necessário provar de antemão uma falha de mercado que deva ser corrigida pelo governo por meio de sua atuação regulatória. No caso dos acordos comerciais entre os provedores de conexão e os provedores de aplicação, não há qualquer evidência de falha intrínseca no mercado, exigindo uma fiscalização pela agência regulatória antes da efetiva celebração e implementação de acordos comerciais e de sua implementação, o que poderia potencialmente prejudicar os consumidores e a concorrência.

A ilicitude ou não da conduta seria melhor determinada sob o controle incidental regulatório, através do qual os fatos que permitem uma avaliação mais precisa da conduta, tais como, suas motivações para e impacto da prática, são conhecidos. [10]

Obviamente, as autoridades regulatórias específicas da indústria e/ou de defesa da concorrência devem estar aptas, no caso de detecção de abusos, ou suspeita de um acordo ou atividade prejudicial à concorrência ou aos usuários finais, e ter competência legal para analisar acordos comerciais dessa natureza e adotar as medidas punitivas em razão de potenciais prejuízos à concorrência e aos usuários. Para tanto, inúmeras proteções na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Geral de Telecomunicações já estão em vigor, permitindo a atuação por parte da autoridade pública e argumentos jurídicos para a punição de uma conduta prejudicial dessa natureza, em caráter *ex post*, seja pela Anatel (consoante o disposto no Artigo 61 da Lei Geral de Telecomunicações) ou pelo CADE (conforme previsto na Lei nº 12.529/2011, a qual estabelece o Regime Brasileiro de Defesa da Concorrência).

Recomendamos, portanto, a alteração do Parágrafo 2º do Artigo 8º da redação final do Decreto, refletindo a intervenção *ex post* no caso de abuso ou prejuízos à concorrência, em consonância com as diretrizes do próprio Marco Civil:

§ 2º Acordos entre provedores de conexão e provedores de aplicação estão sujeitos à avaliação do órgão competente, conforme aplicável, caso detectadas evidências de prejuízo à concorrência ou aos consumidores.

ARTIGO 11

Art. 11. Os provedores de conexão e de acesso a aplicações devem, na guarda, armazenamento e tratamento de dados, observar as seguintes diretrizes sobre padrões de segurança:

I – estabelecimento de controle estrito sobre o acesso aos dados mediante a definição de responsabilidades das pessoas que terão possibilidade de acesso e de privilégios de acesso exclusivo para determinados usuários;

II – previsão de mecanismos de autenticação de acesso aos registros, usando, por exemplo, sistemas de autenticação dupla para assegurar a individualização do responsável pelo tratamento dos registros;

III – criação de inventário detalhado dos acessos aos registros de conexão e de acesso a aplicações, contendo o momento, a duração, a identidade do funcionário ou responsável pelo acesso e o arquivo acessado, inclusive para cumprimento do disposto no art. 11, §3º da Lei 12.965, de 2014;

IV – uso de soluções de gestão dos registros por meio de tecnologias de criptografia ou medidas de proteção equivalentes para garantir a integridade dos dados; e

V – separação lógica de outros sistemas de tratamento de dados para fins comerciais.

Um dos principais ativos que os provedores de aplicações on-line possuem é a confiança de seus usuários de que todas as informações serão usadas consciente e respeitosamente. Conseqüentemente, os provedores de aplicação, entre eles, o Facebook, têm um grande compromisso com a segurança dos serviços prestados aos seus usuários, e estão continuamente adotando padrões de segurança para o aperfeiçoamento dos padrões de segurança de seus serviços, um desafio que, a cada dia, aumenta com o desenvolvimento tecnológico. Honramos a confiança depositada pelos nossos usuários ao contratar nossos serviços.

Nessa linha, parabenizamos a preocupação que o Ministério da Justiça demonstrou na proposta de regulamento ora em análise, incorporando certas medidas e padrões de segurança, nomeadamente a criptografia, uma técnica que tem sido

historicamente utilizada para proteger as informações dos usuários. De fato, com a evolução da Internet, a criptografia se tornou uma importante técnica de segurança da informação dos usuários, seja no contexto de serviços bancários, empresas de cartões de crédito, e-commerce, serviços de mensagem e outros.

A adoção da criptografia para os serviços de mensagem, por exemplo, visa assegurar que, durante a transmissão dos pacotes de dados, o seu conteúdo não possa ser visualizado por qualquer terceiro, salvo pela parte legítima à qual o conteúdo seja endereçado. É uma maneira de garantir a segurança da comunicação contra terceiros que não seja o destinatário da mensagem e garantir a integridade dos dados.

De fato, acreditamos que, nos tempos modernos, uma rede de comunicações confiável e segura, protegida por criptografia em todos os dispositivos, servidores e empresas é um dos maiores bens públicos possíveis. Por esse motivo, é de suma importância que as empresas possam adotar medidas dessa natureza para garantir a privacidade que seus usuários esperam.

Conclusão

O tratamento a ser aplicado às discussões sobre as estratégias de neutralidade de rede envolve a responsabilidade de todos os participantes pelo crescimento da conectividade à Internet e do ecossistema da Internet, assegurando que toda a sociedade possa se beneficiar da inclusão digital.

A criação de incentivos para a existência dos programas de tarifa zero no Brasil é uma maneira inteligente e colaborativa, para que tanto o setor privado quanto o setor público exerçam sua parcela de responsabilidade social para levar a economia digital para aqueles que ainda não puderam se beneficiar desse gigantesco potencial.

Para a sua realização, é importante que sejam implementadas ações e políticas públicas encorajando o desenvolvimento de novos modelos comerciais, contribuindo para a expansão do acesso à Internet. Os programas de taxa zero são um dos meios pra a consecução desse objetivo, e para reduzir o custo do acesso à Internet e ainda aumentar a eficiência do tráfego de dados em aplicações de acesso móvel.

[1] Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1238721&filename=Tramitacao-PL+2126/2011

[2] Darrel M. West, "Digital divide: Improving Internet access in the developing world through affordable services and diverse content", 2015.

[3] Roslyn Layton e Silvia Calderwood, "Zero rating: do hard rules protect or harm consumers and competition? Evidence from Chile, Netherlands and Slovenia", 2015. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2587542

[4] Cf. Jeffrey Eisenach, "The economics of zero rating", 2015. Disponível em: <http://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2015/EconomicofZeroRating.pdf>. Cf. também "Declaration of Jeffrey Eisenach, Ph.D.", Telecom Regulatory Authority of India Consultation Paper n. 8/2015, 30 de dezembro de 2015

[5] A título de exemplo, metade das pessoas ao redor de todo o mundo que nunca haviam usado a Internet e que tiveram a chance de usar o Free Basics se tornaram consumidores de planos de dados e passaram a navegar pela Internet como um todo.

[6] Diana Carew, "Zero-Rating: kick-starting Internet ecosystems in developing countries", 2015. Disponível em: http://www.progressivepolicy.org/wp-content/uploads/2015/03/2015.03-Carew_Zero-Rating_Kick-Starting-Internet-Ecosystems-in-Developing-Countries.pdf

[7] Um estudo recente da consultoria Deloitte destacou o impacto que o aumento da conectividade pode ter em países em desenvolvimento. Segundo esse estudo, se a conectividade em países em desenvolvimento chegasse aos mesmos patamares do cenário dos países desenvolvidos, (a) mais de 140 milhões de novos empregos seriam criados e 160 milhões de pessoas sairiam da linha da pobreza extrema; (b) 640 milhões de crianças teriam acesso a materiais e recursos educativos a um valor acessível; (c) as vidas de 2,5 milhões de pessoas seriam salvas e a mortalidade infantil seria reduzida em 7%; (d) e um aumento de 10% na cobertura de telefonia de celular geraria ganhos de produtividade de 4,2% no longo prazo. Deloitte, "Value of connectivity: economic and social benefits of expanding Internet access", 2014. Disponível

em: https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ie/Documents/TechnologyMediaCommunications/2014_uk_tmt_value_of_connectivity_deloitte_ireland.pdf. Um estudo do Banco Mundial também mostrou o impacto inegável da conectividade à Internet no PIB per capita dos países (tanto desenvolvidos como em desenvolvimento). O resultado desse estudo demonstrou que o coeficiente de penetração média da banda larga para os países desenvolvidos era positivo e significativo e sugeriu um crescimento robusto do acesso à banda larga em países desenvolvidos, a saber, em uma economia de alta renda, considerando uma média de 10 assinantes de banda larga a cada 100 pessoas, ter-se-ia um aumento de 1,21 pontos percentuais no crescimento do PIB. Também demonstrou-se que o benefício do crescimento que a banda larga traz para os países em desenvolvimento é de magnitude semelhante ao das economias desenvolvidas: um aumento de cerca de 1,38 pontos percentuais para cada 10 por cento de aumento da penetração. Banco Mundial, "Information and Communications for Development: Extending Reach and Increasing Impact", 2009. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/2636>

[8] Conforme indicado em relatório da PWC de 2013, "melhor que procurar uma solução dentro da cadeia de valor e do modelo de negócio de telecom tradicional, as operadoras devem se perguntar como podem capturar uma fatia maior da cesta de valor atualmente sendo aberta por meio de novas tecnologias e modelos de negócio

em uma variedade de verticais da indústria. Dessa forma, elas precisam pensar cuidadosamente sobre o papel que melhor possam desempenhar neste espaço de rápida mudança". Disponível em: <http://pwc.to/1PvfZgs>.

[9] "Em uma situação de equilíbrio com alto índice de conectividade, as pessoas e empresas estão integradas online, e se retro-alimentam constantemente para criar novos conteúdos e serviços que melhoram o bem-estar do consumidor. O resultado é uma base sólida para o crescimento econômico e a prosperidade compartilhada". Diana Carew, "Zero-Rating: kick-starting Internet ecosystems in developing countries", 2015. Disponível em: http://www.progressivepolicy.org/wp-content/uploads/2015/03/2015.03-Carew_Zero-Rating_Kick-Starting-Internet-Ecosystems-in-Developing-Countries.pdf

[10] Nesse sentido, cf. Ilzkovitz and Dierx, "Ex-post economic evaluation of competition policy enforcement: A review of the literature", European Commission, 2015.

APÊNDICE I

EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL REGIMES DE NEUTRALIDADE DA REDE E SUA APLICAÇÃO À TARIFA ZERO

1. Introdução

A tarifa zero é a prática de fornecer gratuitamente acesso a determinados conteúdos ou serviços online (tais como um aplicativo móvel ou um website). Este documento oferece um panorama da situação atual de regras sobre a neutralidade da rede em certas jurisdições ao redor do mundo. A lista abaixo não é exaustiva, mas visa a mostrar como a esmagadora maioria dos países que adotaram normas de neutralidade de rede adotaram posturas permissivas à ofertas comerciais flexíveis de acesso ou a programas de tarifa zero.

Seguem abaixo notas sobre determinados programas regulatórios fora do Brasil:

- Os regimes de neutralidade da rede são, de maneira geral, recém-implementados no cenário internacional. *Os países que adotaram regras sobre a neutralidade da rede têm entendido, em geral, que os planos de tarifa zero podem ser permitidos sob essas regras. Ao mesmo tempo que permitem que as ofertas de tarifa zero sejam julgadas caso a caso, esses regimes regulatórios não barram de maneira categórica a tarifa zero.*
- De modo geral, a neutralidade da rede garante que os provedores de acesso à Internet não desempenhem qualquer papel que possam bloquear e de outra maneira discriminar conteúdo sem justificativa.
- Isso, certamente, é verdade nos termos das regras adotadas pelo Federal Communications Commission (FCC) dos Estados Unidos e pelo recente Regulamento sobre a Neutralidade da Rede (Regulamento (UE) 2015/2120) da União Europeia. O FCC julgou em favor da revisão caso a caso de planos de tarifa zero, rejeitando uma proibição total. Desse modo, o Regulamento da Neutralidade da UE adotou um regime que permite a tarifa zero. A Holanda e a Eslovênia (os dois têm legislação compreensiva sobre a neutralidade da rede) levantaram preocupações de que suas regras nacionais, sob as quais os reguladores desses países já haviam proibido ofertas individuais de tarifa zero, iriam violar o tratamento da tarifa zero designado pelo novo Regulamento da Neutralidade da

Rede. Respondendo às preocupações da Holanda e da Eslovênia, o legislativo da UE indicou que a legislação nacional nesses países deveria ser interpretada em linha com o Regulamento da Neutralidade da Rede. Na prática, isso significa que qualquer política nacional ampla que categoricamente proíba ofertas de tarifa zero não será permitida sob o novo Regulamento da Neutralidade da Rede. Ao tomar a decisão positiva de não proibir automaticamente a tarifa zero, o legislativo da UE reconheceu que em várias fases as ofertas de tarifa zero podem ser pró-concorrenciais, e que uma proibição automática também sufocaria a inovação.

- Em outras regiões geográficas, como por exemplo a América Latina (“LATAM”), os países que adotaram regimes de neutralidade da rede o fizeram com base em princípios fundamentais para proibir práticas como bloquear, estrangular e/ou desacelerar o tráfego. Na maioria dos casos, esses regimes não contêm proibições totais de ofertas de tarifa zero, e muitas ofertas de tarifa zero existem nesses mercados.
- A maioria esmagadora de países não adotou regimes específicos de neutralidade da rede, pois os regimes jurídicos existentes proporcionam proteção suficiente contra condutas comprovadamente distorcidas das operadoras, sem sufocar ofertas inovadoras que permitam aos concorrentes menores entrarem neste mercado. Esta é, com certeza, a tendência na maioria dos países africanos e é alcançada, por exemplo, por meio de uma combinação de disposições gerais não discriminatórias, tetos de preços, obrigações de serviço universal e/ou regimes anti-trust que buscam identificar condutas verdadeiramente abusivas que não se justificariam de outra maneira.
- Em comparação, existem apenas algumas poucas jurisdições (ex. Chile, Holanda e Eslovênia) que, em algum momento, proibiram as ofertas de tarifa zero. Conforme será apresentado mais adiante, até nestes três países, as proibições de tarifa zero parecem estar fora de harmonia e incompatíveis com normas subsequentes e as práticas de aplicação da lei.

2. Visão Geral de regimes-chave de Neutralidade de Rede:

2.1 **EUA**

Sob as novas regras sobre a neutralidade da rede adotadas no início deste ano, a tarifa zero não é proibida e é analisada caso a caso. O FCC determinou que a garantia da neutralidade da rede não implica na proibição da tarifa zero e expressamente recusou-se a proibir tais práticas nos EUA. O FCC resolveu não barrar essas práticas de forma automática com base, em parte, nos benefícios que os programas de tarifa

zero trazem tanto para a concorrência quanto para os consumidores – sobretudo aqueles que usam serviços móveis. Na sua decisão, a FCC também citou argumentos de que os modelos de tarifa zero aumentam a escolha e baixam os custos para os consumidores.

Da mesma maneira, o FCC analisa as práticas de tarifa zero caso a caso, sob um critério de “não-razoável interferência / desvantagem”. Nessa base, as práticas de tarifa zero são permitidas desde que, de maneira razoável, não interfiram ou criem desvantagem na habilidade dos consumidores de acessarem os serviços ou conteúdos da internet que desejam, ou dos provedores de conteúdo (“*edge providers*”) de atingirem consumidores através da internet.

2.2 UE

O Regulamento da Neutralidade da Rede da UE também não proíbe a prática de tarifa zero. Conforme mencionado acima no parágrafo 1.1, a tarifa zero foi debatida como parte do desenvolvimento legislativo do Regulamento, e a proibição total foi expressamente rejeitada pelo Parlamento Europeu. De forma semelhante à abordagem dos EUA, uma regra de razoabilidade deveria ser seguida para evitar o estrangulamento da inovação e concorrência. As ofertas de tarifa zero podem ser analisadas caso a caso, mas somente quando esse tipo de prática comercial de tarifa zero – isto é, levando um número de fatores em consideração, incluindo a escala de tais ofertas no mercado e outros fatores mercadológicos – leva a uma situação onde a seleção para os usuários finais fica, na prática, reduzida. Uma proibição automática e categórica de ofertas de tarifa zero por estados membros individuais, tais como a Holanda e a Eslovênia, não será mais permitida sob o Regulamento da Neutralidade da Rede. Além disso, o legislativo da UE reconheceu que as ofertas de tarifa zero podem trazer benefícios para a concorrência e a inovação (ex. carros conectados, e-Saúde/telemedicina, etc.). As ofertas de tarifa zero fazem parte inerente da vida cotidiana em toda a UE. Quase todas as operadoras de redes móveis, ISPs, provedores de cabo e satélite vêm, já há bastante tempo, oferecendo algum tipo de oferta de tarifa zero no mercado.

2.3 América Latina

Vários países da América Latina adotaram regras de neutralidade da rede. Porém, as regras não proíbem especificamente ofertas de tarifa zero. Por exemplo, esse é o nosso entendimento em relação ao seguintes cenários regulatórios:

2.3.1 Argentina

A Lei Argentina Digital (2014) exige que conteúdo, apps e serviços sejam fornecidos a todos os usuários sem restrição, discriminação ou bloqueio. Embora tenhamos conhecimento do fato de que a Argentina está atualmente considerando outros regulamentos nessa área, hoje entendemos que as disposições sobre a neutralidade

da rede na Lei Argentina Digital significam que os preços não deveriam ser determinados com base no conteúdo (i.e., sem discriminação nos preços). Não temos conhecimento de quaisquer exemplos dos reguladores tendo proibido ofertas de tarifa zero no mercado das operadoras de redes moveis (ex. a oferta da Claro, lançada em maio de 2015, que permite que os usuários enviem SMS e usem dados depois que o pacote voz/internet tenha esgotado).[2]

2.3.2 Bolívia

As regras pertinentes simplesmente contêm um princípio abrangente de neutralidade tecnológica e não são aplicáveis a ofertas de tarifa zero.

2.3.3 Colômbia

Enquanto a legislação pertinente sobre a neutralidade da rede (Lei 1450 de 2011) proíbe o bloqueio completo de conteúdo, esta não se aplica às ofertas de tarifa zero. Entendemos que as ofertas de tarifa zero existem no mercado tanto na base categórica (ex. todos os serviços de mídia social ou todos os websites de encontros) quanto na base de aplicação individual (serviço específico).

2.3.4 Chile

Apesar das reportagens iniciais na mídia, o Chile não banuiu totalmente a tarifa zero. Em abril de 2014, os reguladores emitiram uma circular que cita o Artigo 8.2 do regulamento sobre a neutralidade da rede proibindo discriminação arbitrária, e definiu como sendo “*arbitrária*” qualquer priorização ou discriminação que afete conteúdos ou aplicativos de “*natureza parecida*”. Isso estabelece que os provedores de acesso à internet não podem discriminar entre conteúdos e aplicativos que fornecem serviços parecidos (por exemplo, aplicar a tarifa zero para uma mídia social sem aplicar a tarifa zero aos outros), mas isso não se trata de uma proibição de tarifa zero. De fato, em esclarecimento subsequente, os reguladores disseram que a intenção da circular foi de ser aplicada aos pacotes de mídia social com planos de voz e dados, e não de cunho generalizado para os outros serviços. Enquanto isso, as operadoras continuaram oferecendo a tarifa zero e ofertas especiais promocionais. Várias ofertas de tarifa zero ainda existem no mercado e foram desenvolvidas junto com os reguladores de modo que as ofertas não discriminam entre apps específicos, mas se estendem a todos os apps parecidos.

2.3.5 México

A disposição pertinente na legislação mexicana (Lei das Telecomunicações) é de não discriminação. Embora a autoridade mexicana de telecomunicações esteja atualmente desenvolvendo regulamentos para implementar as disposições sobre a neutralidade da rede na Lei das Telecomunicações mexicana, isso ainda não ocorreu

e, até o presente momento, nenhuma diretriz ou orientação específica sobre tarifa zero foi emitida.

2.3.6 Peru

Legislação sobre a neutralidade da rede deve ser adotada em breve. A estrutura da legislação diferencia de forma generalizada entre três categorias de medidas: (i) medidas claramente arbitrárias, tais como o bloqueio e estrangulamento (*throttling*), (ii) medidas claramente não arbitrárias, e (iii) medidas que, dependendo de sua aplicação, podem ter o potencial de ser arbitrárias. A tarifa zero não é categorizada como claramente arbitrário. A OSPITEL destaca no relatório que instruiu o projeto de lei (No. 347-GPRC/2015) que vários países onde a neutralidade da rede foi adotada, como no Brasil, Colômbia, Chile, Equador e México, a tarifa zero não foi proibida, e que várias operadoras nesses países têm ofertas de tarifa zero. O relatório da OSPITEL também afirma que os planos tipo tarifa zero vem beneficiando os clientes e a concorrência.

2.4 África / Oriente Médio

Conforme mencionado acima, não temos conhecimento de qualquer país africano que achou necessário adotar regras específicas sobre a neutralidade da rede. O lançamento de serviços / ofertas inovadores vem florescendo na África, em países como **Quênia, Nigéria, Tanzânia e Zâmbia**, que representam algumas das nações interconectadas com crescimento mais rápido do continente africano. Esses mercados têm várias ofertas de tarifa zero (ex. a oferta recente de novembro da South African OpenWeb onde dados gratuitos moveis são fornecidos com certos pacotes de ADSL banda larga, e a parceria atual do provedor nigeriano Kaymu com a rede MTN para permitir que usuários façam compras por meio de seu app móvel, sem incorrer custos por dados. Segundo a Kaymu, *“altos custos para dados são uma barreira à entrada no espaço de e-comércio,”* e *“a decisão de ter a tarifa zero para uso de dados na aplicação móvel da Kaymu foi necessária para impulsionar uso da internet e educação.”*

2.5 Ásia

A habilidade em oferecer serviços gratuitos inovadores tem sido um fator importante para a abertura de certas economias na Ásia, impulsionando o crescimento. Por exemplo, os consumidores nepaleses expressaram uma clara preferência por serviços gratuitos disponíveis da NCell, que poderia motivar as outras operadoras como a NTC de oferecerem pacotes mais competitivos. A Telenor, em Bangladesh, vem experimentando grande adesão ao seu serviço WowBox – parte do programa “internet para todos” que faz parte da estratégia corporativa da Telenor – com adoção desse app específico alcançando 1,5 milhões de usuários no final de outubro/início de novembro. Outra jurisdição interessante é Mianmar, onde a habilidade dos usuários de acessar serviços gratuitos online vem levando a

benefícios tangíveis em vários setores (ex. turismo, e crescimento da economia de mercado em geral).