



OS DESAFIOS À NEUTRALIDADE DA REDE: O MODELO REGULATÓRIO EUROPEU E NORTE-AMERICANO EM CONFRONTO COM O MARCO CIVIL DA INTERNET BRASILEIRO

Cíntia Rosa Pereira de Lima*

RESUMO

O princípio da neutralidade da rede é um design principle segundo o qual os provedores de acesso à internet devem tratar isonomicamente os pacotes de dados, independentemente da origem, do destino, do conteúdo, serviço, terminal ou aplicação. O artigo enfrenta os desafios desse tema, que está na ordem do dia, principalmente após a mudança de posicionamento da agência norte-americana, FCC. Aplicando os métodos indutivo-dedutivo, sob perspectiva comparatista, a questão é enfrentada tendo em vista diversos modelos regulatórios para verificar se e em que medida podem dialogar com o modelo regulatório brasileiro, estabelecido a partir do Marco Civil da Internet.

Palavras-chaves: tratamento isonômico; proteção à privacidade; liberdade de expressão.

THE CHALLENGES FACED BY NET NEUTRALITY: THE EUROPEAN AND NORTH AMERICAN REGULATORY MODELS COMPARED TO THE BRAZILIAN INTERNET CIVIL RIGHTS FRAMEWORK

ABSTRACT

The net neutrality principle is a design principle where ISPs must deal with data packages irrespective of source, destination, content, service, terminal or application. The article faces the challenges of this topic, which is highlighted worldwide, especially after the change of position of the US FCC. Applying the inductive-deductive methods, from a comparative perspective, the issue is faced in view of several regulatory models to verify if and to what extent they can dialogue with the Brazilian regulatory model, established from the Internet Civil Framework.

Keywords: isonomic treatment; privacy protection; freedom of expression.

1 INTRODUÇÃO

O tema “neutralidade da rede” tem chamado a atenção de toda a comunidade jurídica, em razão dos desafios que apresenta à legislação e sua eficácia tendo em vista o

* Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP com estágio na *Ottawa University* (Canadá) com bolsa CAPES - PDEE - Doutorado Sanduíche e livre-docência em Direito Civil Existencial e Patrimonial pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP). Pós Doutora em Direito Civil na *Università degli Studi di Camerino* (Itália) com fomento FAPESP e CAPES. Líder do Grupo de Pesquisa: Tutela jurídica dos dados pessoais na internet (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/4485179444454399>) e do Grupo de Pesquisa: Observatório do Marco Civil da Internet no Brasil (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2215582162179038>).





caráter global da internet. O primeiro deles está na própria definição de neutralidade da rede, cujo núcleo é a garantia de que os Provedores de Serviços de Internet (*ISPs*) tratem todo conteúdo e todas as aplicações igualmente, sem nenhum privilégio, desvantagem na prestação dos serviços ou priorização com base na fonte do conteúdo, no seu proprietário ou destinatário.

Essa expressão foi utilizada pela vez primeira por Tim Wu (2011), professor da *Columbia Law School*, a quem é creditada a criação do termo.¹ O autor destaca que a neutralidade da rede é um “princípio desenho” (*design principle*) que requer que a rede mundial de computadores seja pública, isto é, que “trate todo conteúdo, sites e plataformas igualmente”². Para tanto, estabeleceu-se uma regra fundamental de atuação dos provedores de acesso à internet, qual seja, a de tratar sem discriminação e/ou preferência o tráfego de dados.

No entanto, há muitos interesses em choque, *e. g.*, interesses econômicos, políticos, tecnológicos, além da necessária proteção do consumidor e dos direitos e garantias fundamentais, notadamente a privacidade e proteção dos dados pessoais.³

Os provedores de internet argumentam, frequentemente, que eles são apenas intermediários, viabilizando o acesso dos usuários à internet, ou seja, não administram o conteúdo que circula na rede, *i. e.* o denominado “*end-to-end approach*” (GEIST, 2015, p. 641). Além disso, como eles oferecem serviços de telefone e internet competitivos, *download* de músicas, e outros conteúdos de valor agregado, há uma tentativa óbvia de criar um ambiente que favoreça o seu próprio *network*.

Outros desafios são levantados no contexto da neutralidade da rede. Uma questão problemática diz respeito aos riscos de se favorecer uma “*internet dualista*” (“*two-tier Internet*”). Isto porque os provedores investem muitos recursos financeiros na melhoria de redes e serviços para que sejam cada vez mais velozes, portanto se acredita que a eles interessa a flexibilidade da neutralidade da rede para buscarem uma compensação adicional

¹ Nessa matéria publicada na Revista Forbes Tim Wu foi apontado como o criador da expressão “neutralidade da rede” – FORBES. *Net Neutrality Star Tim Wu Joins Federal Trade Commission as Senior Policy Advisor*. In: *Forbes* (2 de outubro de 2011). Disponível em: <<http://www.forbes.com/>>, último acesso em 01/04/2018.

² WU, Tim. *Network Neutrality FAQ*, disponível em <<http://timwu.org>>, último acesso em 01/04/2018.

³ Cf. *e.g.*, REED, David P.; SALTZER, Jerome H.; CLARK, David D. Active Networking and End-To-End Arguments. In: *IEEE Network*, vol. 12 (3), p. 69-71, maio - junho de 1998. LEMLEY, Mark A.; LESSIG, Lawrence Lessig. The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era. In: *UCLA Law Review*, Vol. 48, p. 925 - 988, 2001. CLARK, David Clark; BLUMENTHAL, Marjory. Rethinking the Design of the Internet: The End to End Arguments vs. the Brave New World. In: *The Center for Internet and Society*, disponível em: <<http://cyberlaw.stanford.edu/>>, último acesso em 01/04/2018.





para inserir determinado conteúdo na “*linha rápida*” (“*fast lane*”) e deixar aqueles que não se dispuseram a pagar na linha lenta.

Consequentemente, outra questão problemática, a partir dessa estrutura dualista da internet, é a grave ameaça à livre concorrência. Por exemplo, grandes empresas de programas de televisão e grandes produtores de cinema poderão entregar seu conteúdo aos consumidores de forma mais veloz porque estas empresas pagaram um extra pela “*linha rápida*” (ou porque os *ISPs* são os próprios proprietários de tais empresas); enquanto o conteúdo de pequenas empresas e o conteúdo gerado pelos usuários arrastar-se-ão na “*linha lenta*”. Este inconveniente à justa concorrência está intrinsecamente relacionado à expansão da economia digital.

Para evitar tais efeitos adversos na economia informacional, a internet foi desenhada para ser pública, fazendo-se uma analogia à televisão aberta. Contrária a isso, a “internet dualista” iria estabelecer uma internet pública, com velocidade e transmissão mais lentas; e uma internet “paga” a depender das aplicações e do conteúdo contratado, como ocorre com a televisão a cabo.

Outras questões e temores relacionados à neutralidade da rede emergem do direito fundamental à privacidade e proteção dos dados pessoais dos usuários e a sua liberdade de expressão. Nesse sentido, a possibilidade de os *ISPs* bloquear ou prejudicar o acesso a determinado conteúdo ou a determinadas aplicações viola direitos e garantias fundamentais, tais como privacidade (art. 5º, inc. X da Constituição Federal de 1988 - CF/88) e liberdade de expressão (art. 5º, inc. IX da CF/88). Esses riscos se agravam na medida em que falta transparência no denominado “*traffic shaping*” (“modulação do tráfego de dados”), ou seja, os provedores de acesso à internet não informam e nem justificam a redução de velocidade para a transmissão de determinado conteúdo em detrimento de outros.

Por fim, fragilizar a neutralidade da rede pode diretamente prejudicar os direitos dos consumidores, contrariando o princípio da transparência que deve nortear as relações de consumo nos termos do *caput* do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor – CDC, além da qualidade na prestação dos serviços, que é um direito básico dos consumidores (art. 6º, inc. III do CDC).

Assim, esse artigo tem por objetivo principal delimitar parâmetros para o conceito de neutralidade da rede, destacando suas funções para o bom funcionamento da internet e a proteção de direitos e garantias fundamentais. Para tanto, como objetivos secundários,





pretende analisar o estado da arte em alguns países para que se possa ter uma compreensão mais ampla do tema. Ao final, a presente pesquisa destaca a regulação da matéria no Brasil, a partir do Marco Civil da Internet (Lei n. 12. 965, de 23 de abril de 2014), bem como sua regulação a partir do Decreto n. 8.771, de 11 de maio de 2018. E, então, responder a uma questão problema qual seja: se a recente decisão da *Federal Communication Commission – FCC* norte americana, que flexibilizou a neutralidade da rede, pode mitigar esse princípio e direito básico dos usuários da internet no Brasil?

Diante da incontestável relevância desse princípio basilar da arquitetura da internet, muitos países regularam a matéria, com destaque para o Canadá, o Brasil e a União Europeia. Conseqüentemente, haja vista o caráter global e transfronteiriço da internet, essa investigação mostra-se útil por oferecer possibilidades de diagnóstico da neutralidade da rede e as principais tendências em sua regulação.

Para tanto, utilizam-se os métodos: - indutivo e dedutivo para a elaboração das conclusões desta pesquisa, posto que tais conclusões terão como ponto de partida premissas particulares obtidas por meio do marco teórico, com destaque para as obras de Tim Wu (2006), Lawrence Lessig (2001) e Michael Geist (2015), além de outras referências teóricas exploradas no artigo; - sob uma perspectiva dialética para proporcionar o confronto dos dados teóricos, obtidos por meio da análise crítica da pesquisa bibliográfica, com a finalidade de alcançar os objetivos propostos; - comparativo para auxiliar no desenvolvimento do tema, especialmente no contexto transfronteiriço da internet.

Sobre essa característica da internet, que desconhece limites geográficos, muitas vezes um padrão regulatório adotado em determinado país acaba sendo replicado em outros. Assim, a decisão da agência norte-americana, que atua na regulação dos serviços de telecomunicações, *Federal Communication Commission – FCC*, mudou o posicionamento para viabilizar algumas regras sobre discriminação de pacotes de dados, mitigando a neutralidade da rede.⁴ Portanto, essa decisão de 14 de dezembro de 2017 desencadeou um temor de que tal conduta pudesse espelhar a regulação sobre o tema em outros países. Conseqüentemente, esse artigo pretende demonstrar os riscos que tal decisão representa e a afronta ao art. 9º do Marco Civil da Internet, regulamentado pelo Decreto n. 8.771, de 11 de maio de 2016.

⁴ Cf. disponível: <<https://www.fcc.gov/restoring-internet-freedom>>, último acesso em 02 de abril de 2018.





Em suma, esse artigo pretende contribuir ao avanço do tema sobre neutralidade da rede, esclarecendo o conceito e ressaltando as funções da *net neutrality* para a garantia de uma internet aberta e democrática, exemplificando a regulação do tema em alguns países. Nesse ponto, destaca-se o pioneirismo do Brasil que no Marco Civil da Internet já elencou a neutralidade da rede entre os princípios do uso da internet (art. 3º, inc. IV da Lei n. 12.965/2014), impondo no art. 9º o dever de tratar de maneira isonômica o fluxo de quaisquer pacotes de dados, "sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação". O próprio Marco Civil da Internet destacou a necessidade de a matéria ser regulada por decreto, ouvido o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, o que veio com o Decreto n. 8.771, de 11 de maio de 2016. Assim, eventual discriminação ou degradação do tráfego de dados na internet somente será admissível quando satisfizer os requisitos estabelecidos no decreto regulamentador.

2 NEUTRALIDADE DA REDE: ORIGEM, CONCEITO E FUNÇÃO

A neutralidade da rede é um valor estrutural da arquitetura da internet. Assim, Lawrence Lessig (2006, p. 33) explica que a internet surgiu em um ambiente acadêmico cuja estrutura foi idealizada para não haver controle sobre o conteúdo dos pacotes de dados, garantindo a plena liberdade de expressão, que é fundamental ao avanço científico. Também, tutela-se o anonimato, não sendo necessária a identificação dos usuários.

Jonathan Zittrain (2008, pp. 28-30) destaca que a internet surgiu para estar disponível publicamente e de forma livre, sendo um mecanismo bem diverso das redes de propriedade de grandes *players* da telecomunicação. O autor conclui que a internet “was a network that no one in particular owned and that anyone could join”.

Portanto, como explicam Jack Goldsmith e Tim Wu (2006, p. 23), a arquitetura da internet não tem precedentes porque foi estruturada de forma aberta, minimalista e neutra. A internet deve ser aberta a fim de conectar o maior número de computadores e *networks*. Ademais, é minimalista porque não se requer muito dos computadores para que possam integrar a rede mundial de computadores. E, por fim, a internet deve ser neutra quanto ao tráfego de pacote de dados e de aplicações. Por isso, o autor conclui que a internet deve tratar





e-mail, *download* e qualquer outro tipo de aplicação de maneira isonômica para o desenvolvimento e a melhoria da rede.

Assim, o conceito de neutralidade da rede pode ser estabelecido a partir de quatro premissas, quais sejam: a) arquitetura da rede, ou seja, a internet foi idealizada *ab initio* como uma ferramenta de comunicação plural e pública, devendo ser mantida assim; b) interesses econômicos, no sentido que esse princípio impõe a igualdade no tratamento dos pacotes de dados favorecendo as regras da justa concorrência; c) proteção dos direitos e garantias fundamentais dos usuários, em especial, o direito à privacidade (para que seus dados não sejam acessados) e direito à informação (para que saibam que tipo de controle está sendo feito pelos provedores); e d) finalidade pública ou social, isto é, algumas hipóteses de discriminação de pacotes de dados são admissíveis quando assim o exigir o interesse público e a ordem social.

Em síntese, neutralidade da rede é um princípio da arquitetura da rede que orienta os provedores de acesso à internet a não realizarem nenhuma forma de discriminação, seja em razão da origem, seja em razão do conteúdo, ressalvadas hipóteses técnicas e de interesse público e relevância social, a serem previamente definidos pelos órgãos competentes, no caso, o Comitê Gestor de Internet do Brasil (CGI.br) e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

O Comitê Gestor da Internet do Brasil (CGI), por meio da Resolução CGI.br/RES/003⁵, definiu neutralidade de rede como a diretriz segundo a qual “Filtragem ou privilégios de tráfego devem respeitar apenas critérios técnicos e éticos, não sendo admissíveis motivos políticos, comerciais, religiosos, culturais, ou qualquer outra forma de discriminação ou favorecimento.”

Michael Geist (2015, p. 644) afirma que “network neutrality [...] at its core is the commitment to ensuring that Internet Service Providers (ISPs) treat all content and applications equally, with no privileges, degrading of service or prioritization based on the content’s source, ownership or destination.”

Nesse sentido, a expressão “neutralidade da rede” (*net neutrality*) foi construída por Tim Wu (2003, p. 146), que partiu do argumento *end-to-end*, segundo o qual não se deve

⁵ BRASIL, Ministério das Comunicações e Ministério da Ciência e Tecnologia, Comitê Gestor da Internet no Brasil, CGI. Resolução CGI.br/RES/2009/003/P de 15 de junho de 2009. In: *Resoluções, 2009*. Disponível em: <<https://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>>, último acesso em 15 de agosto de 2017.





favorecer ou restringir nenhum serviço, característica ou conteúdo que circula na rede, porque cada usuário sabe o que procura na internet e o que quer disponibilizar, da mesma forma as aplicações e os serviços são disponibilizados conforme as suas respectivas características. O autor conclui que a internet pode ser entendida como uma plataforma na qual há uma competição constante entre os provedores de conteúdo e de aplicação pela atenção dos usuários. Nesse sentido, e-mail, aplicações do tipo *streaming* e outras “are in a battle for the attention and interest of end-users. It is therefore important that the platform be neutral to ensure the competition remains meritocratic”.

Portanto, para garantir um ambiente em que se garanta a justa concorrência, deve-se evitar qualquer forma de discriminação e/ou preferência de conteúdo ou aplicação na internet, deixando para os usuários a livre escolha ao acessar tais conteúdos ou aplicações, bem como aos provedores de conteúdo e de aplicações quanto ao desenvolvimento destes.

Importante destacar as três formas de discriminação de conteúdo na internet (RAMOS, 2015, pp. 138 – 139), quais sejam: o bloqueio, a redução de velocidade ou a cobrança diferenciada pelo acesso ao conteúdo. Um exemplo de bloqueio, que seria a forma mais rigorosa de discriminação é o que ocorre na China, em que o Governo proíbe que os cidadãos acessem determinados *sites*. Nesse caso, o provedor de acesso à internet identifica o site ou a aplicação buscada pelo usuário, e impede o acesso por meio de ferramentas tecnológicas de filtragem de conteúdo ou de aplicação.

A outra forma, redução de velocidade, ocorre quando o provedor de acesso à internet identifica o pacote de dados, como por exemplo, serviços VoIP, que são carregados de maneira bem mais lenta do que os demais, geralmente para desestimular o usuário a utilizar esse tipo de aplicação. Via de regra, são serviços concorrentes aos oferecidos pelos provedores de acesso à internet ou aplicações pesadas (tais como vídeos ou *streaming*, e. g. *Netflix*), que congestionam a rede, podendo, em última análise, prejudicar o fluxo de conteúdo e de aplicações.

Por fim, uma terceira possibilidade de discriminação é a partir de cobrança diferenciada para acessar determinado conteúdo ou certas aplicações. Nessa hipótese, os provedores de acesso à internet identificariam o conteúdo ou a aplicação a ser acessada pelo usuário para verificar se ele ou ela pagou para isso ou não. À semelhança da televisão a cabo, a internet deixaria de ser livre e pública, em que todos poderiam acessar os mais variados





sites, bem como serviços de valor agregado, para se transformar em um acesso seletivo a depender das condições financeiras de cada usuário.

A neutralidade da rede impõe o tratamento isonômico seja qual for o conteúdo ou a aplicação, sendo, portanto, fundamental para manter a internet aberta, ou seja, para que os usuários possam acessar qualquer tipo de conteúdo sem enfrentar nenhum tipo de discriminação; nem tão pouco para direcionar o usuário a algum conteúdo ou a alguma aplicação com privilégios, violando as regras da justa concorrência.

Conseqüentemente, podem-se identificar importantes funções do princípio da neutralidade da rede, a saber: - função interpretativa (*adjuvandi*), na medida em que as leis, as resoluções das agências reguladoras dos serviços de telecomunicações, bem como os contratos de concessão devem ser interpretados de maneira a garantir uma internet neutra e pública; - função integrativa (*suplendi*), pois em caso de lacuna dessas leis, resoluções ou contratos de concessões, deve-se levar em consideração a proibição de condutas discriminatórias quanto ao tráfego de arquivos que transitam na internet; e, por fim, - função corretiva (*corrigendi*), isto é, havendo previsão em lei, resoluções das agências competentes ou mesmo nos contratos de concessão que permita algum tipo de tratamento diferenciado aos pacotes de dados, deve-se retificar para assegurar o tratamento isonômico desse conteúdo e dessas aplicações.

Em suma, os objetivos almejados pela concreta aplicação do princípio da neutralidade da rede são: - proteção de direitos e garantias fundamentais, notadamente, o direito à intimidade e à privacidade dos usuários para que não seja permitido identificar qual tipo de conteúdo ou de aplicação acessada por eles; - além da liberdade de expressão, para que a busca pela informação e sua disponibilização não sofra nenhum tipo de controle se aplicado um tratamento discriminatório no tráfego desses dados; - proteção de direitos dos consumidores, que tem direito à qualidade na prestação de serviços, à informação e à transparência, quanto à velocidade no acesso a qualquer que seja o conteúdo ou a aplicação na internet; e – garantir a justa concorrência, evitando que alguns provedores de conteúdo ou de aplicação sejam favorecidos em detrimento de outros.

Considerando o surgimento da internet, sua arquitetura, bem como as relevantes funções do princípio da neutralidade da rede, os acadêmicos (como WU, 2003, p. 158) reafirmam a necessidade de regular esse princípio, o que foi feito no Brasil, em 2014, com a promulgação do Marco Civil da Internet, considerado o pioneiro na regulação da neutralidade





da rede. Entretanto, haja vista a porosidade das fronteiras na rede mundial de computadores, importante analisar o modelo regulatório sobre neutralidade da rede em outros países.

3 ANÁLISE DA REGULAÇÃO DA NEUTRALIDADE DA REDE EM ALGUNS PAÍSES

A neutralidade da rede sendo um princípio estruturante da internet deve ser tutelado com atenção pelo legislador. No entanto, cada país tem garantida a sua soberania para legislar sobre os serviços de telecomunicações. Um questionamento preliminar sobre o tema diz respeito à eficácia do modelo regulatório no espaço virtual. Para tanto, deve-se distinguir três camadas (CASTELLS, 200, p. 328). A primeira camada é composta por empresas que fornecem a infraestrutura para a internet, por exemplo, as empresas de telecomunicações, os provedores de conexão à internet, as empresas que mantêm os *backbones*, e empresas que fornecem os *hardwares* para os usuários finais, como *Compaq*, *Qwest*, *Corning*, *Mindspring*, etc. A segunda camada engloba os provedores de aplicações de internet, isto é, os *softwares* que são utilizados na web (conteúdo), as indústrias desta camada mais conhecidas são *Oracle*, *Microsoft*, *Netscape* e *Adobe*. Por fim, a terceira camada revela um setor inovador da economia informacional, porque o lucro destas empresas não está diretamente relacionado ao negócio oferecido por elas, mas sim da publicidade, de taxas de adesão ou comissões. As empresas mais conhecidas dessa camada são *Facebook* e *Google*.

Assim, todo o modelo regulatório deverá levar em consideração as especificidades de cada uma dessas camadas. Não acreditamos na corrente que defende a ausência de regulação (*Cyberlibertarianism*) como defendeu John Perry Barlow⁶, porque o ciberespaço deveria ser governado pela “*golden rule*”, ou seja, agir conforme se gostaria que os demais agissem consigo.

Diferentemente, Joel Reidenberg (1996, p. 911) propõe alternativas considerando novos modelos regulatórios em que se garanta a participação multissetorial (Estado, setor privado, técnicos e cidadãos), estimulando acordos entre todos os *players*. O autor, em outra oportunidade (1997, pp. 553-554) defendeu a necessidade da regulação do espaço digital em

⁶ Cf. Declaração de Independência do Ciberespaço. Disponível em: <<https://www.eff.org/pt-br/cyberspace-independence>>, Davos (Suíça), 08/02/1996, último acesso em 17/03/2018.





sua obra *The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, afirmando ser a formação de regulação no espaço digital tão importante aos seus usuários quanto foi a *Lex Mercatoria* aos mercadores: a confiança como viés à previsibilidade e estabilidade do sistema. O autor ainda ressaltou que o tratamento do conteúdo no espaço digital, o tratamento dos dados pessoais e a preservação dos direitos de propriedade são situações que denotam os conflitos entre os países e a falta de harmonização entre as fronteiras, para que haja a plenitude da liberdade.

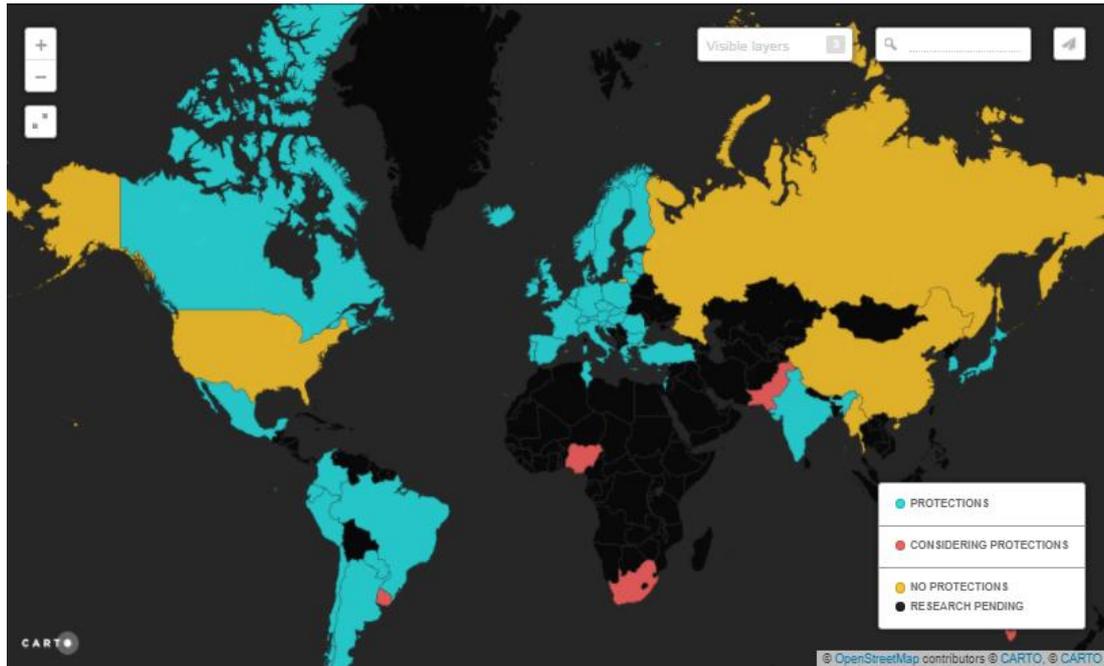
Portanto, parece-nos mais adequada a garantia da neutralidade da rede como um padrão regulatório do ciberespaço. Mas esse modelo não tem sido adotado de maneira uniforme, havendo divergência entre alguns países que, admitem, algum tipo de acordo entre provedores de acesso à internet e de aplicação, quanto ao tráfego de pacotes de dados na internet. Esse tema ficou em evidência após a decisão da *FCC* norte-americana, que na decisão de 14 de dezembro de 2017, passou a admitir, em tese, esses tipos de acordo.

Em suma, nesse tópico pretende-se apresentar um panorama geral sobre alguns modelos regulatórios sobre neutralidade da rede, para verificar as tendências globais sobre o tema a fim de se chegar a uma conclusão sobre a adoção desse princípio e em que medida tem sido colocado em prática por alguns países.

O gráfico⁷ *infra* ilustra em que medida a neutralidade da rede é adotada por alguns países, os países em azul garantem esse princípio; os coloridos em vermelho estão debatendo algumas propostas; e os em amarelo, não garantem a neutralidade da rede:

⁷ Disponível em: < <https://www.thisisnetneutrality.org/>>, último acesso em 17 de março de 2018.





Para a completa compreensão desse gráfico, importante analisar o debate em alguns desses países, tais como Canadá, permitindo a denúncia pelos usuários de violação à neutralidade da rede desde 2009; o Brasil, que foi pioneiro na regulamentação detalhada da matéria pelo Marco Civil da Internet (2014), regulamentado pelo Decreto n. 8.771/2016; União Europeia que estabeleceu diretrizes para o tratamento isonômico dos pacotes de dados em 2015; e os Estados Unidos, que durante o Governo Obama, a *FCC* entendeu o princípio como obrigatório por ser a internet pública e plural; recentemente, alteraram a posição a partir da recente decisão da *FCC* em sua nova composição no Governo Trump.

3.1 Canadá

A experiência canadense sobre neutralidade da rede delineou uma constante preocupação dos consumidores e empresas principalmente depois dos incidentes decorrentes do bloqueio do acesso de uma associação de trabalhadores, durante uma ação trabalhista, pela empresa *Telus* (e bloqueio de mais de 600 outros *sites*) e da má prestação de serviços da empresa *Rogers* de determinadas aplicações, como *BitTorrent* (GEIST, 2015, p. 642).





A Lei sobre Telecomunicações (*Telecommunications Act, SC 1993, c. 38*) é também relevante no que diz respeito à neutralidade da rede quanto a duas provisões repetidas que surgiram nos procedimentos regulatórios. A primeira, seção 27(2) proíbe discriminações injustificadas na prestação de serviços de telecomunicações. Esta seção é preliminarmente aplicável a serviços concorrentes, porém o bloqueio de sites pode-se incluir nesta definição. A segunda, seção 36 desta lei estabelece que “[s]alvo quando a Comissão [*i. e.* CRTC] disponha de outra maneira, uma empresa canadense não deve controlar o conteúdo ou influenciar o significado e objetivo das telecomunicações prestadas por estas empresas ao público em geral.”⁸

Em resposta a esta demanda de uma fórmula regulatória maior, o Painel de Revisão das políticas públicas sobre telecomunicações de 2006⁹ resultou em um relatório que demandava novas disposições legislativas para assegurar padrões de proteção à neutralidade da rede ou um “*open access provision*”. Dentre as recomendações do painel estavam as seguintes:¹⁰

The Telecommunications Act should be amended to confirm the right of Canadian consumers to access publicly available Internet applications and

⁸ Ironicamente, o bloqueio feito pela empresa Telus estabeleceu um precedente crucial para a neutralidade da rede no Canadá, em 2001, com base na seção 36 para fundamentar a noção de que os ISPs respondem de forma limitada desde que atuem como intermediários, ou seja, sem controle ou influencia sobre o conteúdo que transita em seus sistemas. No pedido feito pelos Provedores de Serviços de Internet feito ao Governo sobre políticas públicas em direitos autorais, eles expõem que “um ISP não inicia a transmissão de uma informação, e nem seleciona os destinatários da transmissão, nem seleciona, controla, influencia ou modifica a informação contida na transmissão.” [Telus Communications Inc, “Submission to the Departments Industry Canada and Canadian Heritage: Resposta à consulta sobre questões relacionadas a Direito Autoral Digital (14 de Setembro de 2001). *Industry Canada*, disponível em: <<http://strategis.ic.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/eng/home>>]. De fato, em face dos benefícios aos internautas, a neutralidade da rede desempenhou um importante papel para que os ISPs aumentassem seus consumidores e investissem pesado em inovação de infraestrutura e estimulassem maior competição e inovação. Por isso, pesquisa demonstra que “o incentivo para os provedores de serviços de banda larga expandirem de acordo com a neutralidade da rede é sem dúvida alguma maior do que de acordo com um regime de neutralidade da rede. Isto vai de encontro com a afirmação de que os provedores de services de banda larga de acordo com a neutralidade da rede, tem um incentivo limitado para expandir seus serviços.” CHENG, Hsing K Cheng; BANDYOPADHYAY, Subhajyoti; GUO, Hong. The debate on net neutrality: A policy perspective. In: *Information systems research* 22 (1), 60-82, 2011.

⁹ O Painel de Revisão das políticas públicas sobre telecomunicações foi estabelecido em 11 de abril de 2005. Gerri Sinclair, Hank Intven e André Tremblay foram indicados pela Industria Canadense para conduzir a revisão das políticas públicas e quadro regulatório sobre as telecomunicações no país. Também foi exigido do painel que fizessem recomendações para a indústria de telecomunicações internacional no Canadá. Enquanto as recomendações do Painel foram genericamente orientadas pelas regras de mercado, o Relatório identificou vários aspectos importantes relacionados aos interesses dos consumidores, incluindo neutralidade da rede, acesso simultâneo a banda larga, privacidade, spam e proteção do consumidor.

¹⁰ CANADÁ. Telecommunications Policy Review Panel. In: *Final Report 2006*, Ottawa: Industry Canada, 2006. pp. 6 -18.





content of their choice by means of all public telecommunications networks providing access to the Internet. This amendment should

- (a) authorize the CRTC to administer and enforce these consumer access rights,
- (b) take into account any reasonable technical constraints and efficiency considerations related to providing such access, and
- (c) be subject to legal constraints on such access, such as those established in criminal, copyright and broadcasting laws.

O Painel não concordou com companhias de telecomunicações, que argumentavam que não haveria necessidade de uma legislação sobre neutralidade da rede. O Painel concluiu que *“open access is of such overriding importance that its protection justifies giving the regulator the power to review cases involving blocking access to applications and content and significant, deliberate degradation of service.”* (GEIST, 2015, p. 648)

3.2 Brasil

No Brasil, a neutralidade da rede está garantida em lei, o Marco Civil da Internet estabeleceu como um princípio da rede no art. 3º: “A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...] IV - preservação e garantia da neutralidade de rede”. Além disso, o art. 9º determina o tratamento isonômico de quaisquer pacotes de dados:

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

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

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

II - priorização de serviços de emergência.

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

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

II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;

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





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

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

Entretanto, o próprio artigo menciona a necessidade de regulamentação do princípio da neutralidade da rede, o que veio no Decreto n. 8.771, de 11 de maio de 2016. De fato, a discriminação ou degradação do tráfego pode ser feita de maneira excepcional, quando, por requisitos técnicos, tal conduta seja necessária para a adequada prestação dos serviços e das aplicações. Esse padrão tecnológico não será definido pelos provedores, ao contrário, o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações que definirão tais requisitos nos termos do art. 6º do Decreto. Nesse sentido, o art. 5º do mesmo decreto estabelece:

Art. 5º Os requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações devem ser observados pelo responsável de atividades de transmissão, de comutação ou de roteamento, no âmbito de sua respectiva rede, e têm como objetivo manter sua estabilidade, segurança, integridade e funcionalidade.

§ 1º Os requisitos técnicos indispensáveis apontados no caput são aqueles decorrentes de:

I - tratamento de questões de segurança de redes, tais como restrição ao envio de mensagens em massa (spam) e controle de ataques de negação de serviço; e

II - tratamento de situações excepcionais de congestionamento de redes, tais como rotas alternativas em casos de interrupções da rota principal e em situações de emergência.

Cabe à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) a fiscalização e a apuração de infrações quanto aos requisitos técnicos *supra* mencionados, levando em consideração as diretrizes estabelecidas pelo Comitê Gestor da Internet (CGI.br), consoante o art. 5º, § 2º do Decreto n. 8.771/2016.

Quanto à segunda possibilidade, ou seja, a discriminação ou degradação do tráfego de dados em decorrência de emergência, também está regulado no Decreto. Essa hipótese deve ser caracterizada com cautela, porque apenas situações excepcionais podem justificar a mitigação do princípio da neutralidade da rede, que é estrutural e essencial ao bom funcionamento da internet, o que também está sob o crivo da Anatel e do CGI.br:





Art. 8º A degradação ou a discriminação decorrente da priorização de serviços de emergência somente poderá decorrer de:

I - comunicações destinadas aos prestadores dos serviços de emergência, ou comunicação entre eles, conforme previsto na regulamentação da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel; ou

II - comunicações necessárias para informar a população em situações de risco de desastre, de emergência ou de estado de calamidade pública.

Parágrafo único. A transmissão de dados nos casos elencados neste artigo será gratuita.

Por fim, o Decreto Regulamentador afirma, no art. 10, que a internet é única e de natureza aberta, plural e diversa, para que a internet promova o “desenvolvimento humano, econômico, social e cultural, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória.”

Observe-se que o Brasil é considerado pioneiro por ter estabelecido a neutralidade da rede como um princípio legalmente definido, além de seu detalhamento em regulamentação. Ademais, o modelo regulatório brasileiro leva em consideração o caráter dinâmico da internet, por isso, permite-se a atuação casuística pela Anatel e pelo CGI.br.

3.3 União Europeia

Na União Europeia, o Regulamento (UE) 2015/2120, também, assegurou a neutralidade da rede, dispondo-se das exceções relacionadas às necessidades técnicas, como prevê o artigo 3º, § 1º do Regulamento:

O primeiro parágrafo não obsta a que os prestadores de serviços de acesso à Internet apliquem medidas razoáveis de gestão do tráfego. Para que possam ser consideradas razoáveis, essas medidas devem ser transparentes, não discriminatórias e proporcionadas, e não podem basear-se em questões de ordem comercial, mas sim na qualidade técnica objetivamente diferente dos requisitos de serviço de categorias específicas de tráfego. Essas medidas não podem ter por objeto o controle de conteúdos específicos, nem podem ser mantidas por mais tempo do que o necessário.

A prática do gerenciamento do tráfego dos pacotes de dados implica na discriminação dos conteúdos acessados pelos usuários. Como preceitua Michael Geist (2015, p. 642), a relação entre a discriminação dos pacotes de dados e a privacidade pode não ser tão





aparente, em *prima facie*. Porém, a discriminação dos conteúdos e das aplicações implica no conhecimento, pelo provedor de acesso à internet, dos conteúdos acessados pelos usuários.

O Regulamento (EU) 2015/2120 da União Europeia impôs a publicidade dos impactos sobre a privacidade pelos provedores de acesso à internet, para que tenham o conhecimento prévio da mitigação da privacidade e da proteção de seus dados pessoais, em favor do gerenciamento de seus pacotes de dados, como dispõe a *consideranda* 18 do diploma:

Os prestadores de serviços de acesso à Internet deverão informar claramente os utilizadores finais sobre o impacto potencial que as práticas de gestão do tráfego implantadas podem ter na qualidade dos serviços de acesso à Internet, na privacidade dos utilizadores finais e na proteção de dados pessoais, bem como sobre o possível impacto de serviços que não os serviços de acesso à Internet por eles subscritos na qualidade e disponibilidade dos respetivos serviços de acesso à Internet [...].

3.4 Estados Unidos

Durante o Governo Obama, a internet foi declarada como serviço de utilidade pública, garantindo a neutralidade da rede para garantir a natureza plural e diversa da rede, além de sua relevância pública para o desenvolvimento humano.¹¹

Entretanto, atualmente, no Governo Trump, a nova composição da *FCC* reabriu o debate sobre neutralidade da rede. No final de 2017, a agência definiu que não é obrigatória a neutralidade da rede, os provedores de conexão e os provedores das aplicações podem negociar um tráfego de dados mais vantajoso.¹²

Os problemas da mitigação da neutralidade da rede são: - ameaça à liberdade de expressão e direito à informação; - mitiga a qualidade dos produtos e serviços; e - viola regras da livre concorrência.

Após ter reaberto o debate sobre neutralidade da rede nos Estados Unidos, alastrou-se o temor sobre o impacto dessa decisão em outros países, inclusive, na sociedade brasileira.

¹¹ Cf. FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, "Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet over Wireline Facilities". Disponível em: < https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf>, último acesso em 01 de abril de 2018.

¹² Cf. FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, "FCC chief plans to ditch U.S. 'net neutrality' rules". 22 November 2017. Disponível em: < <https://www.reuters.com/article/us-usa-internet-exclusive/fcc-chief-plans-to-ditch-u-s-net-neutrality-rules-idUSKBN1DL21A>>, último acesso em 01/04/2018.





4 O IMPACTO DOS MODELOS REGULATÓRIOS SOBRE NEUTRALIDADE DA REDE NO BRASIL

Não é admissível o entendimento atual da *FCC* norte-americana no Brasil, pois a neutralidade da rede é garantida em lei, já devidamente regulamentada pelo decreto como se esclareceu anteriormente. Assim, nos termos do art. 9º do Marco Civil da Internet, não é admissível nenhuma discriminação ou privilégio no tráfego de pacotes de dados, salvo em situações técnicas previamente definidas pela Anatel segundo as diretrizes do CGI.br; e situação de emergência.

O receio de que eventuais acordos de provedores de acesso à internet norte-americanos e provedores de conteúdo ou de aplicações podem ser replicados no Brasil não se pode concretizar. Recordando-se a estrutura em camadas da internet, o acesso à internet é um serviço de telecomunicação, cuja regulação é feita por cada país, bem como as respectivas agências reguladoras.

Ademais, entendemos que a neutralidade da rede estabelecida em lei ordinária no Brasil, tem *status* constitucional na medida em que esse princípio é fundamental para a efetiva garantia do direito à liberdade de expressão (art. 5º, inc. X da CF/88), proteção à intimidade e à privacidade (art. 5º, inc. IX da CF/88), proteção do consumidor (art. 5º, inc. XXXII da CF/88) e efetivação da justa concorrência nos termos do art. 170, inc. IV da CF/88.

5 CONCLUSÃO

A neutralidade da rede é a pedra angular para uma internet livre de discriminação e para a promoção da cultura e desenvolvimento humano. Nesse sentido, a internet é considerada como um serviço de caráter público e de natureza plural e diversa. Para tanto, o princípio da neutralidade da rede deve ser assegurado para obrigar que os provedores de acesso à internet tratem quaisquer pacotes de dados de maneira isonômica.

Alguns desafios e algumas controvérsias cercam o tema. Quanto aos desafios, ficou demonstrada a dificuldade em se estabelecer um conceito de neutralidade da rede. No entanto,





essa ideia está diretamente ligada à estrutura da internet, ou seja, o argumento "*end-to-end*" determina que os intermediários não devem influenciar o conteúdo que circula na rede. Ao contrário, os usuários que estão na ponta dessa relação que determinam o conteúdo que acessarão e quais as características desses conteúdos e das aplicações que disponibilizarão.

Por isso, muitas vezes esse princípio "*end-to-end*" é entendido como precursor do princípio da neutralidade da rede. Em linhas gerais, esse princípio pode ser compreendido como a circulação de maneira isonômica dos pacotes de dados. Em outras palavras, os provedores de acesso à internet não podem discriminar ou privilegiar determinado conteúdo ou certas aplicações.

Nos termos do art. 9º do Marco Civil da Internet, regulamentado pelo Decreto n. 8.771/2016, a neutralidade da rede somente pode ser mitigada por razões técnicas definidas pela Anatel segundo as diretrizes do CGI.br; ou em caso de emergência, que impõe um tratamento prioritário de determinado conteúdo. Importante destacar que essas questões técnicas, bem como as situações de emergência, não são definidas pelos provedores de acesso à internet, mas pela agência reguladora que ouvirá o Comitê Gestor da Internet no Brasil.

O debate sobre neutralidade da rede está na ordem do dia, ainda mais depois da recente decisão da FCC norte-americana, que permite acordo entre alguns provedores de conteúdo ou de aplicações e os provedores de acesso à internet.

No entanto, ficou demonstrado no artigo que a neutralidade da rede tem sido um valor marcante em vários países que regulamentam a matéria, em especial, Canadá e os Estados membros da União Europeia. O Brasil é considerado o pioneiro ao regulamentar de maneira tão detalhada o tema, com a atuação integrada da agência reguladora (Anatel) e do CGI.br, que tem a missão de fiscalizar o cumprimento da neutralidade da rede assegurada no Marco Civil da Internet e no Decreto Regulamentador (n. 8.771/2016).

Conclui-se que o princípio da neutralidade da rede no Brasil tem fundamento constitucional na medida em que é uma *conditio sine qua non* para a tutela efetiva de direitos e garantias fundamentais, tais como direito à intimidade e à privacidade; proteção ao consumidor e à livre concorrência. Isto porque para prejudicar, tornando mais lenta a velocidade na transmissão ou cobrando um valor a mais por ela, o provedor de acesso, fatalmente, irá conhecer o conteúdo acessado pelo usuário; o que nem sempre será informado de modo cristalino aos usuários que ficarão à mercê dos provedores de acesso à internet; e, por fim, esses acordos com finalidades econômicas representarão prejuízos concretos à livre





concorrência, pois um provedor de conteúdo ou de aplicação será beneficiado em detrimento de outros de pequeno porte e economicamente mais fraco. O resultado será uma internet cada vez mais elitizada, ignorando sua missão primordial, qual seja, o pleno desenvolvimento humano.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARLOW, John Perry. *Declaração de Independência do Ciberespaço*. Disponível em: <<https://www.eff.org/pt-br/cyberspace-independence>>, Davos (Suíça), 08/02/1996, último acesso em 17/03/2018.

BRASIL, Ministério das Comunicações e Ministério da Ciência e Tecnologia, Comitê Gestor da Internet no Brasil, CGI. *Resolução CGI.br/RES/2009/003/P de 15 de junho de 2009*. In: Resoluções, 2009. Disponível em: <<https://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>>, último acesso em 15 de agosto de 2017.

CANADÁ. Telecommunications Policy Review Panel. In: *Final Report 2006*, Ottawa: Industry Canada, 2006. pp. 6 -18.

CASTELLS, Manuel. Vol. I: *The rise of the network society: the information age: economy, society and culture*. Cornwall: Blackwell Publishers, 2000.

CLARK, David Clark; BLUMENTHAL, Marjory. Rethinking the Design of the Internet: The End to End Arguments vs. the Brave New World. In: *The Center for Internet and Society*, disponível em: <<http://cyberlaw.stanford.edu/>>, último acesso em 01/04/2018.

CONWAY, Carol Elizabeth. Livre concorrência e Internet: a importância da neutralidade da rede para o contínuo desenvolvimento da web. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Direito & Internet*. Vol. III: Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015. Pp. 88 – 108.





DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Direito & Internet*. Vol. III: Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ESTADOS UNIDOS. Federal Communications Commission. Disponível em: <<https://www.fcc.gov/restoring-internet-freedom>>, último acesso em 02 de abril de 2018.

_____. *Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet over Wireline Facilities*. Disponível em: < https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf>, último acesso em 01 de abril de 2018.

_____. *FCC chief plans to ditch U.S. 'net neutrality' rules*. 22 November 2017. Disponível em: < <https://www.reuters.com/article/us-usa-internet-exclusive/fcc-chief-plans-to-ditch-u-s-net-neutrality-rules-idUSKBN1DL21A>>, último acesso em 01/04/2018.

FORBES. *Net Neutrality Star Tim Wu Joins Federal Trade Commission as Senior Policy Advisor*. In: *Forbes* (2 de outubro de 2011). Disponível em: <<http://www.forbes.com/>>, último acesso em 01/04/2018.

FORGIONI, Paula A.; MIURA, Maira Yuriko Rocha. O princípio da neutralidade e o Marco Civil da Internet no Brasil. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Direito & Internet*. Vol. III: Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015. Pp. 109 – 136.

CHENG, Hsing K Cheng; BANDYOPADHYAY, Subhajyoti; GUO, Hong. The debate on net neutrality: A policy perspective. In: *Information systems research*, vol. 22 (1), pp. 60-82, 2011.

LEMLEY, Mark A.; LESSIG, Lawrence Lessig. The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era. In: *UCLA Law Review*, Vol. 48, p. 925 - 988, 2001.

LESSIG, Lawrence. *Code Version 2.0*. Nova Iorque: Basic Books, 2006.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. O Marco Civil e a importância da neutralidade da rede: evidências empíricas no Brasil. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Direito & Internet*. Vol. III: Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015. Pp. 137 – 154.

REED, David P.; SALTZER, Jerome H.; CLARK, David D. Active Networking and End-To-End Arguments. In: *IEEE Network*, vol. 12 (3), p. 69-71, maio - junho de 1998.





REIDENBERG, Joel. Governing Newtworks and Rule-Making in Cyberspace. *In: Emory Law Journal*, vol. 45, p. 911-930, 1996.

_____. *Lex Informatica: The Formation of Information Policy Rules Throught Technology*. *In: Texas Law Review*, vol. 76, p. 553-593, 1998.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2015.

WU, Tim. *Network Neutrality FAQ*, disponível em <<http://timwu.org>>, último acesso em 01/04/2018.

_____. "Network Neutrality, Broadband Discrimination". *In: Journal on telecom and high tech law*, vol. 02, pp. 141 -179, 05 de junho de 2003.

_____; GOLDSMITH, Jack. *Who controls the internet: illusions of a borderless world*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006.

ZITTRAIN, Jonathan. *The future of the internet and how to stop it*. New Haven & London: Yale University Press, 2008.

