



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**Frederico Augusto Borges Carvalho**

**NEUTRALIDADE DE REDE E TARIFA ZERO:**

**Conceitos (in) conciliáveis após a promulgação da Lei n.º. 12.965/2014 e do Decreto n.º.  
8.771/2016**

Brasília

2017

**Frederico Augusto Borges Carvalho**

**NEUTRALIDADE DE REDE E TARIFA ZERO:**

**Conceitos (in) conciliáveis após a promulgação da Lei n°. 12.965/2014 e do Decreto n°. 8.771/2016**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Kehrig Veronese Aguiar

Brasília

2017

**Frederico Augusto Borges Carvalho**

**NEUTRALIDADE DE REDE E TARIFA ZERO:**

**Conceitos (in)conciliáveis após a promulgação da Lei n.º 12.965/2014 e do Decreto n.º 8.771/2016**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

O candidato foi considerado aprovado pela banca examinadora. Aprovado em 06 de julho de 2017.

---

Professor Doutor Alexandre Kehrig Veronese Aguiar  
Orientador

---

Mestre Jeizon Allen Silverio Lopes  
Membro

---

Professor Especialista João Paulo Coelho Soares  
Membro

---

Advogado Especialista Rodrigo Marçal Rocha  
Membro Suplente

Brasília, 6 de Julho de 2017

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais e irmãos, pela aprendizagem de profundos valores que guiam toda minha conduta acadêmica, profissional e pessoal, assim como por todo o apoio dado durante toda minha vida acadêmica. Agradecimento especial a minha irmã, que por meio de conversas, broncas e jantares, possibilitou a redação da presente obra, auxiliando da maneira mais extraordinária em momentos que eu mais precisei.

Quanto aos demais familiares, eu gostaria de realizar agradecimento especial aos meus primos Leandro e Gustavo, cujas conversas me possibilitaram vislumbrar a necessidade de meu desenvolvimento acadêmico e profissional.

A Jeizon e João Paulo, agradeço a gentileza de aceitar o convite de participar da banca, agradeço desde já todas as contribuições.

Agradeço a minha (agora) namorada Júlia Batistella pela parceria, compreensão, carinho e principalmente paciência para superação dessa etapa final.

Agradecimento especial à Julia Araújo, por ter me acompanhado por todos os momentos por praticamente meu período de graduação, auxiliando em meu desenvolvimento pessoal e emocional.

Aos colegas de turma Renato Sanches, Artur Pires, Fernanda Souto, João Marcos, Luis Felipe, Átalo, Paulo Vitor e Pedro Bittencourt, por todos os maravilhosos momentos que garantiram que minha vivência na universidade tenha ocorrido de maneira única.

Ao meu grande amigo Matheus Severiano, por todas as noites de descontração ocorridas em sua casa.

Aos meus chefes, cuja experiência e aprendizado transformaram minha capacidade acadêmica e profissional.

Por fim, agradeço ainda aos colegas Giovanni Simão, Tiago Dâmaso, Gabriel Parente e ao memorável Antônio, cujo auxílio dado durante toda minha permanência na Universidade de Brasília possibilitou a manutenção de minha sanidade.



## **RESUMO**

O foco da presente obra será a análise da situação regulatória vivenciada no Brasil após a edição da Lei n. 12.965/2014 e o Decreto n. 8.771/2016, cujas disposições transformaram toda a disposição regulatória então praticada no âmbito da internet brasileira.

Tais regramentos legais, ao disporem a respeito de uma diversidade de princípios e regras atinentes às práticas da internet, objetivando seu pleno desenvolvimento e de modo a propiciar a criação de um ambiente aberto, plural, inovador e competitivo, buscaram também assinalar a necessidade da imposição da regra da neutralidade de rede no tratamento de dados da internet.

Neste contexto, práticas como a "Tarifa Zero" e o oferecimento de serviços especializados poderiam, em última análise, violar a neutralidade de rede imposta na internet, visto que suas disposições, mesmo aparentemente possibilitando práticas comerciais inicialmente benéficas aos consumidores, acabariam por fulminar o ambiente de competição e a inovação tão necessárias ao desenvolvimento da internet mundial.

Assim, expondo discussões regulatórias e doutrinárias ocorridas no âmbito dos Estados Unidos da América, é possível contrapor os benefícios e os malefícios advindos da imposição do princípio da neutralidade de rede no mercado de telecomunicações, sobretudo seus efeitos atinentes à competição e as inovações de mercado

**PALAVRAS-CHAVE:** Regulação, neutralidade de rede, princípios, medidas regulatórias, tarifa zero, Lei n. 12.965/2014, Decreto n. 8.771/2016, Marco Civil da Internet, competição, inovação.

## **ABSTRACT**

The focus of this work is the analysis of the regulatory situation experienced after the approval of Federal Statute 12.965 / 2014 and Presidential Decree no. 8.771 / 2016, which provisions draws impact all over the practises within the Brazilian Internet.

These legal regulations, which provide a diversity of principles and rules pertaining the Internet practices, aiming at their full development and in order to create an open, plural, innovative and competitive environment, also sought to point out the need to impose the rule of net neutrality in the processing of internet data.

In this context, practices such as the "Zero Rating" and the provision of specialized services could ultimately violate the net neutrality imposed on the Internet, since its dispositions, even if such practises initially seem beneficial to consumers, they would endanger the enviroment of competition and innovation so necessary to the development of the global internet.

In conclusion, with the exposition of the regulatory and legal debates within the United States of America, it is possible to balance the benefits and risks arising from the imposition of the principle of net neutrality in the telecommunications market, especially its effects on competition and innovations.

**KEY WORDS:** Regulation, net neutrality, principles, regulatory measures, zero rating, Federal Statute 12.965/2014, Presidential Decree 8.771/2016, Brazilian Internet Civil Rights Bill, competition, innovation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO 1 — O MARCO CIVIL DA INTERNET NO CONTEXTO BRASILEIRO</b> .....	12
1.1 — Da necessidade da atuação regulatória.....	12
1.2 — O Marco Civil da Internet.....	15
1.3 — A neutralidade de rede.....	19
1.4 — O "Zero Rating".....	24
1.5 — A regulamentação do Marco Civil da Internet por meio do Decreto n.º 8.771/2016.....	27
<b>CAPÍTULO 2 — A DISCUSSÃO REGULATÓRIA NO ÂMBITO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA</b> .....	32
2.1 — Cenário geral acerca da atividade regulatória norte-americana.....	32
2.2 — O <i>Policy Statement</i> (2005) instituído pelo FCC.....	34
2.3 — A instauração do <i>Open Internet Order</i> (2010).....	37
2.3.1 — A regra relativa à transparência.....	40
2.3.2 — A regra relativa ao não bloqueio.....	42
2.3.3 — Da regra de não discriminação desarrazoada.....	41
2.4 — Do acompanhamento realizado pela FCC relativo aos serviços especializados.....	45
2.5 — Da competência da FCC em impôr medidas regulatórias.....	47
2.6 — O debate judicial na Corte de Apelação do Distrito de Columbia: FCC x Verizon (2014).....	51
2.6.1 — Da competência conferida à FCC em impor medidas regulatórias.....	52
2.6.2 — A nulidade das regras de não bloqueio e não discriminação desarrazoável ...	56
2.6.3 — Da decisão final da demanda .....	62
2.7 — A releitura das regras do <i>Internet Open Order</i> após a reclassificação dos serviços de banda larga como serviços de telecomunicações.....	63



<b>CAPÍTULO 3 — A DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA A RESPEITO DO PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE DE REDE NO CONTEXTO NORTE AMERICANO .....</b>	<b>68</b>
3.1 — O princípio da neutralidade de rede segundo Tim Wu.....	68
3.2 — O debate realizado entre Tim Wu e Christopher Yoo .....	72
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>78</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>81</b>

## INTRODUÇÃO

A presente obra buscará realizar uma pesquisa no campo do direito regulatório, mais especificamente no campo da neutralidade de rede imposta em decorrência da promulgação da Lei nº. 12.965/2014 – o Marco Civil da Internet.

Após a promulgação da referida lei, criou-se um campo amplamente nebuloso nas relações de tratamento de dados pelas operadoras de telecomunicações, situação a qual não se dissipou até mesmo após sua regulamentação por meio do Decreto Federal nº. 8771/2016. Mesmo sendo uma temática bastante discutida há certos anos, o Marco Civil da Internet acabou por inserir tal debate no campo central do direito regulatório brasileiro, sendo necessário, portanto, contextualizar a atual situação do ordenamento jurídico brasileiro a respeito de tal temática no capítulo inaugural da presente obra.

Entretanto, tal contexto não se restringe ao caso brasileiro. Assim como no Brasil, no qual somente no ano de 2016 foi decretada a regulamentação do Marco Civil da Internet, podemos inserir uma diversidade de outros exemplos em que se discute a regulamentação a respeito das atividades exercidas pelas empresas provedoras de conexão de internet móvel e local, tal como o caso dos Estados Unidos da América, no qual existe uma comissão específica que trata a respeito de tais questões (Federal Communications Commission), sendo tal ponto abordado especificamente no capítulo 2 do presente trabalho.

Dentro de ambos os contextos, podemos inserir uma problemática discussão a respeito da regulamentação da chamada “Tarifa zero” (Zero Rating) tanto por proeminentes doutrinadores norte-americanos e também por meio dos órgãos reguladores estatais de ambos os países, sendo esta uma política que poderia ser adotada por algumas empresas de telecomunicação que buscariam determinar a isenção de determinados pacotes de dados, principalmente quando se refere ao acesso a determinados aplicativos ou acessos a determinados sítios na internet, de qualquer cobrança, visto que tal ato poderia acabar em incorrer no benefício aos próprios consumidores.

Entretanto, pelas próprias disposições legais impostas na Lei nº. 12.965/2014 e na sua posterior regulamentação por meio do Decreto nº. 8.771/2016, a neutralidade de rede no oferecimento de pacote de dados não poderia, a princípio, ser discriminada pelos provedores de conexão, argumento o qual poderia, em suma, impossibilitar a concessão da “Tarifa Zero” aos consumidores pelos provedores, mesmo que, a primeira vista, tal ato buscasse garantir apenas benefícios aos consumidores, já que muitos destes acabariam por se verem

possibilitados de usufruírem de tais serviços que antes não seriam “atingíveis” pelos seus padrões econômicos, assim como a possibilidade da concessão de serviços "especializados" dos provedores de internet que poderiam, em última análise, encontrar brecha na regulamentação legal a respeito da neutralidade de rede para usufruir da mencionada "tarifa zero".

Além disso, será necessário expor, em tal oportunidade, determinados conceitos técnicos intrínsecos ao oferecimento dos serviços de internet móvel e fixa, tal como o conceito de provedor de acesso, representado aqui pelas empresas de telecomunicações, e pacotes de dados, que se adequaria propriamente no modo em que os dados e informações seriam transmitidos por estas empresas.

Assim, utilizando-se o exemplo de casos análogos, principalmente no direito internacional, os quais serão representados por exemplos trazidos dos Estados Unidos da América, buscar-se-a contrapor os benefícios e os malefícios advindos da legalização da chamada “Tarifa Zero” em território brasileiro, assim como criticar a "liberação" dos serviços chamados especializados no Decreto n.º. 8.771/2016, possibilitando assim a análise da real situação que seria oferecida e concretizada por meio deste mesmo pelos provedores de conexão.

## **CAPITULO 1 — O MARCO CIVIL DA INTERNET NO CONTEXTO BRASILEIRO**

### **1.1 Da necessidade da atuação regulatória**

Em recente estudo publicado na 11ª edição da pesquisa TIC Domicílios 2015, entidade a qual realiza análises relativas ao uso, o acesso, a posse e os hábitos dos brasileiros relativos aos meios de tecnologias de informação e de comunicação, constatou-se que aproximadamente 58% da população brasileira utiliza a internet, representando, assim, 102 milhões de usuários mensais da mencionada rede de computador.

Tal número, inclusive, tem vindo a crescer ano após ano, acompanhando a tendência mundial do gradativo crescimento do acesso de meios eletrônicos pela população em geral dos mais diversos meios de informação.

A internet, cujo surgimento remonta aos anos de 1960 e popularizou-se durante a década de 90, constitui-se por ser uma diversas redes de computadores interligados em escala mundial, na qual a troca de informações e dados entre seus usuários, concebida inicialmente como pública e irrestrita, permite que seus usuários tenham seu acesso em qualquer localidade no mundo, fazendo com que cada vez mais pessoas tenham acesso e desenvolvam, por conta própria, informações, aplicações e o próprio conteúdo virtual.

Uma de suas características básicas, formuladas desde seus primórdios, dá-se pela liberdade de expressão entre seus usuários e no próprio ambiente virtual, haja vista que o acesso, conforme se constatou, de seus mais diversos conteúdos de forma irrestrita e pública auxiliou a propagação e a própria popularização dos mais diversos conteúdos virtuais, permitindo que qualquer pessoa ao redor do globo possa requisitar o auxílio de seus serviços mediante o aparecimento das mais infinitas possibilidades encontradas em sua estrutura.

O papel da internet, neste contexto, acaba por incentivar que as manifestações de seus mais diversos usuários espalhados pelo mundo, diante a criação de um ambiente propício à propagação de ideias e debates, estimulando, por conseguinte, a livre circulação de ideias e informações.

Atualmente, vislumbra-se ainda a proliferação de espaços ainda mais propícios à esta expansão da livre circulação de ideias, sobretudo pela evolução das redes sociais, tão comumente utilizado por grande parte da população mundial, visto que o oferecimento e desenvolvimento destes espaços acaba por criar praticamente ambientes públicos aptos ao

pleno exercício do princípio da liberdade de expressão de seus usuários, levando em conta que insere diversos agentes num mesmo espaço de discussão e desenvolvimento.

Nota-se, portanto, que a própria internet, no oferecimento de seus mais diversos serviços e aplicações, poderia, idealmente, até mesmo auxiliar a plena concretização da democracia nos ambientes sociais, conforme pontuado por Newton de Lucca, Adalberto Simão Filho e Cíntia Pereira de Lima, em sua obra "Direito & Internet III: Marco Civil da Internet:

"Sua capacidade de "amplificar" o alcance das manifestações individuais é frequentemente apontada como um estímulo à livre circulação das ideias. As redes sociais, por exemplo, estariam, no dizer de muitos teóricos da tecnologia, criando um novo espaço público, onde a livre manifestação de opiniões tender a alcançar níveis quase arcadianos. A internet representaria, assim, uma renovada esperança de realização da democracia, com a criação de um ambiente plenamente aberto às discussões éticas, culturais, políticas e de outras tantas espécies." (2015, p. 278-279)

Entretanto, da análise da real situação vivenciada pelos mais diversos agentes no ambiente virtual manifestam um ambiente sumariamente contrário ao apontado.

Ao contrário da situação acima exposta, vislumbra-se, em verdade, nos mais diversos ambientes virtuais, a propagação de imensas formas de abuso da liberdade de expressão pelos seus usuários, porventura até mesmo pela falta de interesse destes mesmos agentes em criar um ambiente propício ao debate e troca de informações.

Cria-se, na realidade, um ambiente altamente tóxico em que os usuários, ignorando a ideológica situação de propagação de ideais, tão somente manifestam sua opinião que muitas vezes em nada contribuem ao debate, ante a ausência de interesse destes agentes na sua participação, dirigindo sua opinião unilateralmente no espaço virtual sem qualquer impedimento ou constrangimento.

É incontroverso que o público da internet, por ser dos mais variados, visto englobar usuários nos mais variados locais do planeta, não busca necessariamente contruir de fato este ambiente de debate, fazendo com que o ambiente virtual muitas vezes seja tão somente um meio de seus usuários em manifestar despretensiosamente sua opinião, não dirigindo, necessariamente, esta a qualquer tipo de público. Busca-se, na realidade, o reconhecimento geral de sua capacidade argumentatória para uma infinidade de usuários que, igualmente, buscam se afirmar perante a sociedade utilizando a internet.

Resta claro, portanto, que a ideia inicial em criar uma diversidade de ambientes virtuais aptos a promover a democracia, por meio de intenso debate de ideias e informações, acaba por ser frustrada pela atuação dos próprios usuários da internet, que egoisticamente

buscam se autopromover mediante a manifestação de suas ideias pessoais, anulando praticamente toda a efetividade da promoção da democracia e propiciando que a própria internet acabe, por fim, promovendo a manutenção da situação ordinária da população.

O princípio da liberdade de expressão, portanto, acaba por se ver frustrado pela atuação de seus próprios titulares, que, ao invés de efetivamente usufruir deste ambiente propício ao diálogo, acabam por fomentar a formação de posicionamentos muitas vezes extremistas em relação aos mais diversos fatos, visto que o já informado "diálogo unilateral" acaba por cimentar os mais diversos posicionamentos, sobretudo pela atual proliferação dos mais variados discursos de ódio que permeiam a política e a sociedade.

A expansão dos meios de comunicação e troca de informações virtuais, ao contrário de possibilitar a emancipação social dos mais diversos indivíduos, acaba por limitar fortemente o pleno usufruto do princípio da liberdade de expressão nas redes conectadas, haja vista que acaba por limitar a própria exposição pessoal diante uma grande rede de usuários que acabam por abusar de seu direito de manifestação perante a internet, visto que as manifestações muitas vezes tóxicas aos usuários frequentemente encontra "respaldo" na natureza livre e pública da internet, ante a reiterada ausência de atividade regulamentar e normativa a respeito das atividades patrocinadas junto à rede.

Isto também acaba por prejudicar a sociedade como um todo, tendo em vista que praticamente toda a sociedade mundial hoje encontra-se necessariamente conectada à rede mundial de computadores para exercer a mais simples das atividades. Usuários que frequentemente se encontram em situações de abuso tampouco podem se afastar da rede, a julgar que ao se colocar em tal situação, acabaria por se inserir num espaço evidentemente marginalizado perante o restante da sociedade, que atua ativamente junto à rede.

Esta marginalização não seria a resposta adequada para frear eventuais abusos cometidos pelos usuários da internet, mesmo que, aparentemente, fosse este o caminho menos danoso individualmente aos usuários, visto que fatalmente acabaria por inserir tais indivíduos em contextos de exclusão, sem a mínima possibilidade de se manifestar a respeito de qualquer temática social.

E é neste exato sentido que mostra-se verdadeiramente necessária a atuação estatal a fim de regular as relações alavancadas junto à rede, de forma a, por fim, garantir que todos os usuários e agentes possam plenamente usufruir de seus direitos na rede, freando eventuais abusos cometidos pelos mais diversos usuários. Faz-se necessário que as vozes individuais possam ser ouvidas perante a rede, fazendo com que o ambiente virtual possa enfim

concretizar a liberdade de expressão de seus usuários, impossibilitando que o direito de determinados usuários se sobreponha de outros.

Além disso, há de se apontar que a internet não possui, em seu atual cenário, o intuito principal de criar um utópico campo de debates entre usuários, tendo ela transcendido, na realidade, a um caráter profundamente mercantil. Os mais diversos agentes que atuam neste "novo" mercado, tal como Google, Facebook e Apple, acabam por se mostrar entre as maiores empresas do mundo, movimentando vultuosas somas monetárias em suas atividades, mesmo que muitas vezes suas atividades se resumam a tal somente um "site de relacionamento" ou qualquer outra inofensiva atividade que tão frequentemente permeiam nosso cotidiano.

Estes agentes, portanto, além de controlarem grande parte do conteúdo acessível à população em geral, também se mostram como enormes conglomerados mercantis, o que frequentemente acaba por os inserir em uma posição privilegiada em relação aos usuários "normais" da rede, pela sua ampla capacidade econômica e até mesmo decisória a respeito da internet.

Neste contexto, é de uma clareza solar que mostrou-se sumariamente necessária a atuação normativa a respeito da atuação dos mais diversos agentes na área da internet, integrando, desta forma, tanto usuários quanto provedores de conteúdo e de acesso, visto que a ausência de atividade normativa em tal área acabaria por simplesmente entregar todo o ambiente virtual a usuários que insistentemente acabam por ferir seus direitos e deveres, tanto quando agem de forma abusiva em relação ao seu direito de liberdade de expressão quanto no momento em que as grandes empresas, por possuírem capacidade econômica e de influência infinitamente superior aos usuários "normais", acabam por ditar os rumos que a internet por fim seguiria, seguindo, assim, seus próprios interesses empresariais, fatos que incontrovertidamente acabariam por simplesmente anular toda a liberdade de rede que sempre permeou o campo virtual.

Neste contexto, inserem-se as legislações brasileiras a respeito do tema, tanto a Lei n. 12.965/2014 - o Marco Civil da Internet -, quanto sua posterior regulamentação, editada por meio do Decreto n. 8.771/2016.

## **1.2 O Marco Civil da Internet**

No dia 23 de abril de 2014, foi promulgada, pela então Presidente Dilma Rousseff, a Lei n. 12.965/2014, a qual estabeleceu os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso

da internet no Brasil, assim como dispôs a respeito das diretrizes que guiariam a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios a respeito de tal tema.

É notório, pela análise de seus primeiros artigos, que o referido regramento legal preocupou-se grandemente em assinalar especificamente uma diversidade de fundamentos, princípios e também os objetivos do Marco Civil da Internet com o objetivo de disciplinar a internet no Brasil, evitando, assim, que os frequentes abusos de direito acima assinalados se perpetuassem.

Dentre os fundamentos e objetivos assinalados no referido regramento legal, disciplinado em seus artigos 2º e 4º, podemos assinalar que houve de fato uma profunda preocupação legal em garantir que a internet brasileira pudesse se desenvolver em um ambiente de reconhecida pluralidade e diversidade, com o viés de garantir aos seus agentes o respeito à livre iniciativa, à livre concorrência e à defesa do consumidor, de modo a promover o acesso à rede a toda a população brasileira à internet, possibilitando o desenvolvimento do ambiente virtual em sua plenitude, promovendo a inovação e fomentando a expansão de novos meios de tecnologia que eventualmente decorram desta atividade. Veja-se:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

- I - o reconhecimento da escala mundial da rede;
- II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;
- III - a pluralidade e a diversidade;
- IV - a abertura e a colaboração;
- V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- VI - a finalidade social da rede.

Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:

- I - do direito de acesso à internet a todos;
- II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;
- III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e
- IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

Resta nítido, portanto, que houve também grande apreço a garantia à liberdade de expressão dos agentes atuantes no ambiente virtual, visto que uma das características basilares que o Marco Civil da Internet buscou assinalar foi a garantia da liberdade de acesso dos usuários em se conectarem um com os outros, independentemente do acesso de determinadas aplicações ou conteúdos, garantindo, ao final, a preservação de um ambiente democrático de



acesso à informações essenciais ao próprio desenvolvimento social, cultural e político de suas forças atuantes.

Entretanto, grande mérito da redação da Lei n.º 12.965/2014 deu-se pelo apontamento de um de seus princípios, mais especificamente encontrado em seu art. 3º, inciso IV, no que diz respeito à neutralidade de rede imposta na rede virtual brasileira. Transcreve-se, a seguir, o mencionado dispositivo legal:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:  
I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;  
II - proteção da privacidade;  
III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;  
**IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;**  
V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;  
VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;  
VII - preservação da natureza participativa da rede;  
VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.  
Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (grifou-se)

Há de se apontar que a discussão a respeito da inserção de dispositivo legal diretamente relacionado à imposição da neutralidade de rede no contexto brasileiro permeou toda a discussão legislativa direcionada a promulgação do Marco Civil da Internet, sendo inclusive tema específico de três audiências públicas no momento de formação de seu texto. Houve, inclusive, sérias críticas a respeito da redação do referido regramento legal no que diz respeito à sua aplicação somente mediante "regulamentação", fazendo com que a neutralidade de rede imposta no Marco Civil tenha se inserido em campo nebuloso de discussões a respeito de sua aplicação até mesmo em momento posterior a sua efetiva regulamentação, realizada por meio do Decreto n.º 8.771/2016.

Por meio das disposições contidas no Marco Civil da Internet, buscou-se garantir o respeito a uma diversidade de direitos constitucionais, tais como a liberdade de expressão, os direitos humanos, da cidadania, pluralidade e diversidade, livre concorrência e a defesa do próprio consumidor. Além disso, ao tratar especificamente em seu texto a respeito da neutralidade, estabelecendo esta como uma regra, instaurou-se que a neutralidade da rede e governança da internet como interesse público positivado, decorrente da própria Constituição Brasileira. (DRUMOND, 2015, p. 83)

Em meio a discussão legislativa do Marco Civil, papel importantíssimo foi desempenhado pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) por meio da realização de diversas Chamadas Públicas que buscavam discutir exatamente a instituição da neutralidade de rede no ambiente virtual brasileiro, no qual podemos apontar especificamente a Chamada Pública n.º 8<sup>1</sup>, chamadas estas que trouxeram ao debate representantes da sociedade civil e especialistas que buscaram exatamente conjugar uma diversidade de posicionamentos decorrente dos possíveis benefícios e malefícios que cada um dos modelos regulatórios assinalados no Marco Civil poderiam culminar.

Em geral, foi possível assinalar que os provedores de acesso alinharam seu posicionamento a fim de instituir a rejeição de uma regra geral relativa a neutralidade de rede, enquanto os provedores de conteúdo e os representantes da sociedade civil assinalaram o posicionamento de apoiar à edificação da neutralidade de rede no caso brasileiro. Ambas as partes, entretanto, concordaram à vedação da prática decorrente do bloqueio de aplicações e conteúdos, o qual efetivamente acabou por ser vedado no texto final do Marco Civil da Internet.

Desta forma, vislumbra-se que a neutralidade de rede sempre teve papel de destaque em toda a discussão legislativa a respeito do Marco Civil da Internet, visto que a neutralidade de rede também possuiria evidentes responsabilidades no que diz respeito aos mais diversos fundamentos, objetivos e liberdades assinaladas em seu próprio texto legal, sobretudo a liberdade de expressão e o acesso pleno e irrestrito de conteúdos por parte de seus usuários.

Em decorrência de toda a discussão legislativa acima exposta, foi instituída, junto ao art. 9º da Lei n.º 12.965/2014, as disposições específicas a garantirem o respeito a neutralidade de rede no contexto virtual brasileiro. Confere-se:

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;

---

<sup>1</sup> Disponível em <http://goo.gl/TBWLH5> (Acesso em 19 de junho de 2017)

- 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.**  
(destacou-se)

Nota-se que a atuação legislativa no caso em apreço preocupou-se em efetivamente instituir que o ambiente virtual brasileiro fosse permeado pela mais ampla neutralidade de seus elementos, impondo, conforme se vê pela análise do regramento legal acima exposto, a obrigação direcionada aos responsáveis pela transmissão, comutação ou roteamento dos pacotes de dados de maneira isonômica.

Entretanto, o princípio da neutralidade de rede não possui caráter absoluto, haja vista que a própria previsão legal acima exposta permitiu que em determinados casos fossem permitidas a discriminação e a degradação do tráfego, segundo os termos estituídos em sua posterior regulamentação, podendo somente incidir sobre situações específicas, conforme será demonstrado mais profundamente adiante.

No entanto, pode-se ver que o § 3º não instituiu qualquer exceção quanto ao bloqueio de aplicações no contexto virtual brasileiro, seguindo o consenso que se chegou entre os representantes da sociedade civil e dos provedores de acesso, assinalou-se também a vedação quanto ao monitoramento, filtro ou análise de eventuais conteúdos dos pacotes de dados que porventura trafegassem na rede.

Exposto o contexto legal em que foi inserida a ideia de neutralidade de rede no contexto brasileiro, faz-se necessário, neste momento, esclarecer determinados fundamentos e características da mencionada regra, com o intuito de clarificar eventuais dúvidas resultantes da mesma.

### **1.3 A neutralidade de rede**

O termo neutralidade de rede foi sempre permeado por intenso debate acadêmico, sendo ele inicialmente formulado pelo renomado doutrinador Tim Wu<sup>2</sup>, não havendo, no entanto, consenso no que se refere a uma única definição para a respectiva expressão.

---

<sup>2</sup> Neste sentido, ver WU, Tim. Network Neutrality, Broadband Discrimination (Journal of Telecommunications and High Technology Law, v. 2, p. 141, 2003).

Entretanto, para fins de compreensão e de modo estabelecer um conceito basilar na presente obra, utilizaremos a definição estabelecida por Pedro Henrique Soares Ramos, em obra destinada a aprofundar os estudos a respeito da neutralidade de rede<sup>3</sup>, que dispôs que "*a neutralidade da rede é um princípio de arquitetura de rede que endereça aos provedores de acesso o dever de tratar os pacotes de dados que trafegam em suas redes de forma isonômica, não os discriminando em razão de seu conteúdo ou origem*".

Por meio de tal instituto, derivam certos princípios e conceitos que buscam garantir a não discriminação do tráfego da rede, criando assim um ambiente mais democrático na internet e culminando assim na criação de um ambiente inovador para os usuários, os quais se vêem possibilitados de conferirem conteúdos inéditos.

Além de tal conceito inicial, a fim de consolidar um arcabouço teórico e prático a fim de defender a implantação e defesa da neutralidade de rede nas mais diversas situações, faz-se necessário traçar determinados conceitos e definições de artigos e expressões cujos significados seriam imprescindíveis a fim de facilitar o entendimento da problemática objeto da presente obra, sobretudo por expressões como provedores de conexão e provedores de aplicações e/ou conteúdos e até mesmo a definição de usuários (DRUMOND, 2015, p. 66-67).

Inicialmente, entende-se como provedores de conexão as empresas incubentes de ofertar e realizar eventuais manutenções a respeito dos serviços destinados ao acesso à internet, sobretudo de banda larga e de internet móvel. Tais empresas, inclusive, também são responsáveis pela eventual correção e desenvolvimento da infraestrutura de rede que alicerça os serviços destinados a internet, possuindo, desta forma, grande interesse e responsabilidade em qualquer atividade ou situação em que a internet encontra-se imersa, envolvendo-se profundamente, portanto, na discussão a respeito da neutralidade de rede no contexto brasileiro.

Em segundo lugar, os provedores de aplicações e/ou conteúdos são todos os indivíduos, podendo ser tanto indivíduos físicos ou jurídicos, a oferecerem e disponibilizarem serviços, conteúdos e até mesmo aplicativos aos usuários finais, os quais, em regra, seriam os indivíduos consumidores das atividades propostas pelos provedores de conteúdo e de conexão, sendo importante ressaltar que os provedores de conteúdo também usufruem das atividades desenvolvidas pelas operadoras, criando assim uma ampla rede de oferecimento de serviços tanto para usuários que buscam a informações e também para aqueles que as fornecem (DRUMOND, 2015, p. 67)

---

<sup>3</sup> RAMOS, Pedro Henrique Soares, Uma Questão de Escolhas - o debate sobre a regulação da neutralidade da rede no Marco Civil da internet, Anais do XXII CONPEDI, 2013.

Assim sendo, definidos os conceitos basilares tanto a respeito da neutralidade de rede quanto de termos que mandatoriamente serão utilizados na presente obra, mesmo que a própria definição de neutralidade de rede possua uma ampla gama de discussões teóricas e divergências, podemos assinalar uma diversidade de características e fundamentos comuns identificados como inerentes à ambientes de neutralidade, conforme exposto por uma diversidade de autores sobre o tema<sup>4</sup>.

Neste sentido, reconhece-se que o princípio da neutralidade de rede impede com que os provedores de acesso acabem por impor qualquer empecilho no acesso dos usuários a qualquer tipo de conteúdo ou aplicações, fazendo com que os usuários tenham acesso amplo e irrestrito em todo o conteúdo acessível no ambiente virtual, assim como sejam os provedores de acesso da mesma maneira impossibilitados em reduzir arbitrariamente a velocidade de acesso e até mesmo o próprio acesso a conteúdos e aplicativos específicos (RAMOS, 2014). A impossibilidade da imposição de eventuais bloqueios ou obstáculos no acesso a conteúdos e aplicações, conforme se viu, inseriu-se no texto legal imposto no Marco Civil da Internet, reconhecendo, portanto, que esta premissa foi assinalada no momento da formulação e posterior promulgação do referido regramento legal,

Além de tal fator, aponta-se da mesma forma que a neutralidade de rede também resulta na impossibilidade da realização de cobranças diferenciadas mediante a utilização ou o acesso a determinados aplicações e conteúdos, haja vista que tal ato incorreria na inequívoca concessão de privilégios destes mencionados conteúdos e aplicações, mesmo que seja permitida que os provedores de acesso, diante a utilização exacerbada ou intensiva da banda exigida da internet, instituem tarifas que correspondam a esta utilização diferenciada.

Por fim, característica também em comum identificada referente ao princípio da neutralidade de rede resulta da obrigação também imposta aos provedores de acesso em praticarem e manterem determinados atos que resultem em práticas transparentes no desenvolvimentos das atividades junto ao ambiente virtual e sua estrutura, sobretudo no que se refere aos padrões técnicos de gerenciamento de tráfego (RAMOS, 2014).

Desta forma, identificadas as características em comum do princípio da neutralidade de rede entre seus teóricos, pode-se também apontar que existem três maneiras de praticar a discriminação de dados no ambiente virtual, exemplificados pela atuação de agentes públicos e privados ao redor do globo.

---

<sup>4</sup> Ver WU, *Tim*, *Network Neutrality FAQ*, disponível em [http://www.timwu.org/network\\_neutrality.html](http://www.timwu.org/network_neutrality.html) (acesso em 18 de junho de 2017) e VAN SCHEWICK, Barbara, *Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation*, *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, v. 5, 2007.

O primeiro e talvez a mais óbvia prática resultante da discriminação de dados na rede, o bloqueio resulta no impedimento ao acesso de eventuais conteúdos e aplicações por parte de seus administradores. Exemplo célebre da ocorrência de bloqueio ao acesso de determinados conteúdos ou aplicações pode ser apontada ao Governo da China, que impõe o bloqueio ao acesso da ferramenta de busca Google e a rede social Facebook.

Além das práticas de bloqueio, pode-se também apontar que realizar tratamento discriminatório de dados por meio da limitação de velocidade ao acesso de determinados conteúdos e aplicações. Esta limitação pode ser negativa, na qual a velocidade de acesso a determinado conteúdo ou aplicativo é reduzida ao usuário em detrimento ao acesso de conteúdos diversos, ou positiva, no qual determinados conteúdos podem receber tratamento privilegiado no momento em que se confere ao usuário velocidade superior de acesso aos mesmos, quando compara-se a velocidade entre conteúdos semelhantes.

Por fim, há de se apontar também a discriminação mediante a imposição de tarifa de preços diferenciadas, podendo esta discriminação igualmente ocorrer também de maneira negativa, em que é cobrada tarifa superior ao acesso a conteúdo ou aplicação estipulada, ou positiva, em que esta cobrança é feita de maneira mais acessível ao usuários.

Posto todas estas informações, faz-se necessário expor, neste momento, que o debate a respeito da neutralidade de rede contrapõe duas posições antagonistas, sobretudo no ambiente acadêmico.

Por um lado, há defensores, tal como Robert Hahn e Jonathan Krim, que assinalam que os casos que envolvem a discriminação de dados demandam uma análise sob uma moldura antitruste, sobretudo por apontar que a questão central a ser tratada em relação a mencionada temática diz respeito às condições de mercado de telecomunicações, visto que esta é permeada por altas barreiras de entrada, além de profunda integração vertical e a alta concentração econômica, demandando assim que sejam introduzidos elementos que fomentem a competitividade do setor e que sejam diminuídos os entraves regulatórios com o intuito de permitir o pleno desenvolvimento do setor, garantindo um amplo acesso à internet mediante a apresentação de um serviço aprimorado e com menores entraves de tráfego (RAMOS, 2014).

Neste situação, seria conferida aos provedores de acesso a oportunidade de fomentar suas próprias decisões a respeito da maneira em que ofereceriam suas políticas de acesso, de velocidade e conteúdo, de modo a permitir que eventuais análises de mercado acabem por otimizar os seus serviços ofertados.

Por outro lado, os defensores da neutralidade de rede, cujo pensamento será aprofundado em capítulo próprio, defendem que o pensamento acima exposto simplifica em demasia a discussão do tema, sobretudo por incluir diversos outros fatores que se relacionam diretamente com o desenvolvimento do ambiente virtual na sociedade, tal como eficiência de mercado, incentivos à inovação, crescimento econômico, educação e participação cultural e política (RAMOS, 2014).

Mesmo reconhecendo que o mercado de telecomunicações de fato possui uma grande verticalização de seu mercado, assim como ampla concentração de mercado em determinadas empresas, os defensores da neutralidade de rede assinalam que a regulação não deve se centrar tão somente num cenário concorrencial, mas efetivamente influir sobre o próprio desenvolvimento técnico e estrutural da rede. Tal fato decorre do fato de que mesmo que o mercado fosse caracterizado por ser um espaço que garanta a competitividade entre seus atores, eventuais adversidades atinentes à discriminação ainda ocorreria.

Neste sentido, a instituição da neutralidade de rede nos ambientes de mercado teria como objetivo próprio a instauração da abertura de rede, estabelecendo uma arquitetura aberta da internet, de modo a permitir o desenvolvimento e induzir as inovações do setor, por parte de seus provedores de conteúdo e aplicações, visto que caso fosse centralizado este desenvolvimento no papel dos provedores de acesso, ter-se-ia um grande favorecimento de conteúdos que sigam os interesses destes grandes atores, muitos dos quais não necessariamente poderiam ser benéficos aos usuários finais do serviço.

Além disso, tal instituição também poderia acarretar numa maior autonomia de escolha dos usuários dos serviços contratados perante os provedores de acesso. Defende Pedro Henrique Soares Ramos, em sua obra "Neutralidade de Rede e o Marco Civil da Internet: Um guia para interpretação", a seguinte assertiva:

"a heterogeneidade de agentes de comunicação possibilitada pela arquitetura da rede, em contraponto ao modelo unidirecional e controlador prevalecente nos meios de comunicação tradicionais, pauta-se essencialmente na capacidade de intervenção dos seus usuários e nas infinitas possibilidades de interação desses com os serviços e aplicações disponibilizadas, provocando o surgimento de novos símbolos de riqueza desmaterializados, baseados em atividades, conhecimentos, direitos e ideias, sendo fator essencial para que a internet seja considerada um dos principais instrumentos para o exercício de liberdades substantivas dos indivíduos." (2014, p. 4-5)

Por fim, a neutralidade de rede também auxilia a defesa da capacidade dos usuários em usufruírem do princípio da liberdade de expressão, visto que seu principal objetivo é, afinal de contas, permitir que estes usuários se conectem livremente com os mais diversos

conteúdos, aplicações e até mesmo com outros indivíduos, permitindo assim a criação de um ambiente acessível e amplo para o exercício de liberdades políticas e discursos sociais (RAMOS, 2014).

Por fim, é necessário expor também que o princípio da neutralidade de rede acaba por atingir diretamente o mercado de telecomunicações, haja vista que ao impor a impossibilidade de discriminação desenfreada de dados por parte dos provedores de acesso, acaba por também limitar a capacidade destes agentes em fomentar instrumentos de mercado no intuito de controlar a oferta e a demanda de seus serviços, podendo, em consequência, influir diretamente nos ganhos econômicos advindos de suas atividades, a própria eficiência do seu oferecimento e a implementação de incentivos que permitam o desenvolvimento do setor (RAMOS, 2014).

Além de atingir diretamente os grandes provedores de acesso, os provedores de aplicação também poderiam se ver impedidos de realizar acordos para o oferecimento de seus serviços de maneira diferenciada aos usuários, mediante, por exemplo, a priorização da rede ao oferecimento de determinados conteúdos e aplicações, mesmo que tal ato possa ao final incentivar que tais atores acabem por buscar saídas por meio de inovações de mercado que possibilitem a manutenção de seu papel hegemônico no mercado.

Um grande exemplo do oferecimento diferenciado de aplicações por estes atores dá-se pelo chamado "*zero rating*", na qual os grandes provedores de acesso buscam acordar, junto aos provedores de acesso, a utilização e acesso de determinadas aplicações ou conteúdos de forma gratuita aos usuários, possibilitando assim que sua já profunda presença de mercado torne praticamente impossível a entrada de qualquer outro agente neste campo, que pequenos provedores de conteúdo/aplicação acabam por se verem impossibilitados de adentrarem um mercado já dominado por agente com grande capacidade financeira, técnica e estrutural.

#### **1.4 O "*Zero Rating*"**

Prosseguindo na discussão a respeito da imposição do princípio da neutralidade de rede no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário expor uma prática que tem vindo a ser adotada entre os provedores de acesso, de conteúdo e aplicações, chamada "*Zero rating*", ou "*Tarifa Zero*", conforme tem vindo a ser assinalado no contexto de mercado brasileiro. A mencionada prática constitui no acordo comercial entre os agentes referenciados objetificando o oferecimento gratuito na transmissão de dados no que diz respeito a determinados conteúdos e aplicações (Erhardt, 2015).



Este meio de patrocínio ou a concessão do acesso de maneira livre de taxaço, a princípio, auxilia no oferecimento destes conteúdos e aplicações, de modo a propiciar tal acesso de uma maneira mais ampla e acessível, sobretudo quando leva-se em conta que a utilização da rede ainda encontra sérios obstáculos econômicos nas camadas mais humildes da população.

Entretanto, mesmo que tais acordos comerciais se mostrem como verdadeiros meios de acesso à rede, há de se apontar também que a longo prazo tal ato pode causar irreversíveis danos ao ambiente concorrencial e inovador da internet, haja vista que o mercado de telecomunicações, conforme já mencionado, é permeado por grande concentração econômica e estrutural em determinadas empresas, fazendo com que estas empresas, aptas a realizem tais negócios, acabem por praticamente monopolizar o mercado pelo oferecimento gratuito de seus serviços.

Isto é caracterizado observando que parte das maiores empresas atuantes no ramo de tecnologia atualmente, tal como Facebook, Google e Twitter, cuja atuação não se restringe a tão somente por serem redes sociais ou mecanismos de busca, foram primordialmente as primeiras empresas a buscarem estabelecer tais acordos comerciais com os provedores de acesso, ofertando, por exemplo, a gratuidade da utilização de determinados serviços por eles oferecidos, tal como ocorrido até mesmo no contexto brasileiro<sup>5</sup>.

O oferecimento do "Zero Rating" pelas prestadores de telecomunicação pode-se dar por diversas formas, sendo que a própria prestadora pode determinar o aplicativo ou conteúdo cuja tarifação incidente sobre a transmissão de dados não ocorreria, a isenção tarifária de determinados conteúdos ou aplicações de interesse público ou sem interesses comerciais ou até mesmo mediante o patrocínio, por parte dos responsáveis pelo oferecimento destes serviços (provedores de conteúdo e/ou de aplicação), da tarifação que seria exigido dos usuários diretamente com a prestadora de acesso (Erhardt, 2015).

A Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, analisando o oferecimento destes acordos comerciais referentes ao "Zero Rating" estabeleceu, na já mencionada Chamada Pública n. 8, que a exaustiva regulamentação a respeito do mencionado tema poderia tornar obsoletas as regras impostas por tal órgão regulador, ante a constante

---

<sup>5</sup> Foi acordado, no ano de 2015, o pacto comercial entre os administradores do aplicativo Whatsapp, de propriedade da gigante Facebook, com a empresa de telecomunicações TIM (Telecom Itália), que estabelecia a gratuidade no oferecimento do mencionado aplicativo por tal empresa de maneira gratuita, caracterizando a aplicação do "Zero Rating" no mercado brasileiro. Tal acordo, inclusive, foi alvo de inquérito por parte do Ministério Público do estado da Bahia, a fim de apurar o eventual à neutralidade de rede imposta na Lei n. 12.965/2014, conforme noticiado pela mídia (disponível em <http://www.valor.com.br/empresas/3879902/tarifa-zero-oferecida-pela-tim-para-whatsapp-e-alvo-de-inquerito>).

mutabilidade do contexto tecnológico e estrutural da rede, conforme foi reiteradamente observado na experiência regulatórias de vários outros países, incluindo Colômbia, Chile e os Estados Unidos da América.

Mesmo que o oferecimento deste tipo de "promoção" aos usuários tenha como objetivo de captar cada vez mais usuários aos serviços oferecidos pelos provedores de conteúdo e de aplicações, haja vista que aumentará gradativamente a utilização de seus produtos, assim como a maior adesão aos provedores de acesso, que poderão vislumbrar um drástico aumento da utilização de sua banda de dados por estes usuários, de modo a futuramente utilizar de serviços diversos àqueles servidos mediante o "Zero Rating", uma análise inicial das estipulações contidas no Marco Civil da Internet acabariam por restringir o oferecimento destes planos, observando a clara ocorrência de discriminação de dados pelos provedores responsáveis tanto pelo conteúdo quanto do acesso à rede.

Entretanto, diante a lacuna regulamentar a respeito da neutralidade de rede no contexto brasileiro até o ano de 2016, diversas manifestações se dirigiram no sentido de entender pela adequação do oferecimento dos planos "Zero Rating" com a neutralidade de rede imposta na mencionada legislação.

Isto porque, da análise das regras estabelecidas em tal regramento legal, o oferecimento deste tipo de produto, ao buscar angariar cada vez mais clientes aos provedores de acesso, conteúdo e aplicações a longo prazo, poderia também se adequar aos princípios por ele estabelecidos, haja vista que acabaria por fomentar o mercado de telecomunicações, sobretudo quando leva-se em conta a necessidade da proteção aos princípios dos direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais, conforme estabelecido junto ao seu artigo 3º, inciso II (Erhardt, 2015).

Além disso, a "legalização" do "zero rating" no contexto brasileiro permitiria também a crescente abertura de mercado, ao contemplar cada vez mais usuários ao acesso à rede, o que acabaria por permitir, por consequência, o aprofundamento das inovações inerentes à atividade virtual, inovações estas que partiriam dos agentes que eventualmente contratassem os serviços livres de tarifa, de modo a cumprir também aos demais princípios estabelecidos junto ao dispositivo legal mencionado, tal como os princípios da livre concorrência, livre iniciativa, defesa do consumidor e a finalidade social da rede.

Por outro lado, houve também defensores da impossibilidade da disposição deste tipo de plano de serviço no contexto brasileiro, visto que o art. 9º do do marco civil da internet pregou situações específicas em que tal discriminação ocorreria, sendo esta permitida tão

somente a discriminação técnica e por motivos de urgência, impossibilitando que eventuais discriminações decorrentes de critérios comerciais eventualmente ocorressem.

Esta lacuna regulamentar, que inseriu este debate quase que exclusivamente em caráter acadêmico e junto à Anatel, perdurou por aproximadamente 2 anos, até a edição do Decreto n.º 8.771/2016 por fim dispôs as situações que ensejariam a discriminação de dados por critérios técnicos ou por motivos de urgência, tendo em vista o disposto em seu capítulo II, o qual será mais profundamente analisado adiante.

### **1.5 A regulamentação do Marco Civil da Internet por meio do Decreto n.º 8.771/2016**

Conforme exposto acima, o Marco Civil da Internet dispôs que somente mediante regulamentação seriam definidos os critérios técnicos ou por motivos de urgência que permitiriam a discriminação de dados na rede brasileira.

Entretanto, até a edição do Decreto n.º 8.771/2016, criou-se um campo nebuloso a respeito da aplicação das disposições contidas na Lei n.º 12.965/2014, sobretudo pela indefinição relativa a possível discriminação de dados por parte dos provedores de acesso, conteúdo e de aplicação.

A insegurança jurídica advinda da então ausência de regulamentação acabou por resultar em consequências negativas no mercado de telecomunicações brasileiro, sobretudo diante a indefinição aos provedores de acesso, conteúdo e de aplicações a respeito da possível oferecimento de serviços diferenciados ou especializados, assim como no desenvolvimento de políticas de desenvolvimento estrutural e técnico da rede. A inexistência de previsão legal acabou por afastar possíveis investimentos em inovações que poderiam potencialmente virem a infringir as definições estabelecidas no marco civil da internet, tal como ferramentas de otimização de tráfego de dados, ou até mesmo o estabelecimento de acordos comerciais como o "zero rating" exposto acima.

Além disso, esta insegurança também poderia potencialmente aumentar absurdamente os custos de desenvolvimento de questões técnicas - o chamado Custo Regulatório (RAMOS, 2014)-, visto que a definição a respeito da legalidade das ações a serem adotados pelos provedores dependeria de outorga judicial a fim de restringir potenciais riscos em seus negócios, sendo que a atuação judicial, neste caso, demandaria vultuosas quantias financeiras até o seu deslinde, que frequentemente leva incontáveis anos num mercado tão volátil como o da internet, privilegiando, ao final, os grandes *players* da área

tecnológica, prejudicando desta forma pequenas *startups* e eventuais usuários que frequentemente se aventuram no desenvolvimento de técnicas inovadoras nesta área.

A fim de finalmente extinguir esta insegurança jurídica, foi editada, no ano de 2016, o Decreto n.º 8.771, que dispôs, junto ao seu capítulo II, a definição dos critérios técnicos que poderiam ensejar a discriminação de dados pelos provedores de acesso, assim como as situações em que seriam permitidas discriminações de dados em momentos de urgência.

Pela leitura das disposições contidas no decreto, pode-se perceber que a regulamentação do marco civil da internet preocupou-se novamente em delinear o caráter irrestrito e público da rede brasileira, mencionando ainda, utilizando a orientação definida junto ao marco civil a fim de apontar mais uma vez que a eventual discriminação de dados que trafeguem na rede é medida excepcional, conforme se denota pela análise de seus artigos 3º e 4º:

Art. 3º A exigência de tratamento isonômico de que trata o art. 9º da Lei nº 12.965, de 2014, deve garantir a preservação do caráter público e irrestrito do acesso à internet e os fundamentos, princípios e objetivos do uso da internet no País, conforme previsto na Lei nº 12.965, de 2014.

Art. 4º A discriminação ou a degradação de tráfego são medidas excepcionais, na medida em que somente poderão 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.

Há de se apontar, também, que foram assinalados os casos em que seria permitida a ocorrência de discriminação de dados no tráfego de dados brasileiro, no que diz respeito aos requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações ofertados (art. 5º, §1º) ou a priorização do oferecimento dos serviços de emergência (art. 8º), sendo que caberia à Anatel atuar na fiscalização e na apuração de eventuais infrações cometidas nos casos excepcionais que permitiriam esta discriminação, seguindo, ainda, as diretrizes assentadas pelo Comitê Gestor da Internet (art. 5º, §2º).

Entretanto, para os fins tratados na presente obra, há de se apontar que a disposição contida no art. 9º apresentou-se como verdadeira reviravolta no mercado de telecomunicações brasileira, sobretudo por estipular vedação específica de condutas unilaterais ou acordos comerciais entre o responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento e os provedores de aplicação. Veja-se:

Art. 9º Ficam vedadas condutas unilaterais ou acordos entre o responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento e os provedores de aplicação que:

- I - comprometam o caráter público e irrestrito do acesso à internet e os fundamentos, os princípios e os objetivos do uso da internet no País;
- II - **priorizem pacotes de dados em razão de arranjos comerciais;** ou
- III - privilegiem aplicações ofertadas pelo próprio responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento ou por empresas integrantes de seu grupo econômico. (grifou-se)

É de uma clareza solar, portanto, que a regulamentação do marco civil da internet acabou por vedar expressamente, em seu texto, a prática de determinados acordos comerciais entre os agentes participantes do mercado de telecomunicações a fim de privilegiar o oferecimento de determinados conteúdos ou aplicações, não sendo possível, a princípio, que sejam acordados por tais agentes, por exemplo, o oferecimento de aplicativos de *streaming* ou de redes sociais de forma gratuita aos usuários, evitando assim que estes agentes (provedores de acesso, conteúdo e de aplicações) acabem por privilegiar ou estabelecer praticamente o monopólio de determinado conteúdo ou aplicação no mercado, possibilitando assim a ascensão das inovações que tão frequentemente permeiam a internet.

Nota-se, portanto, que a princípio, o oferecimento de acordos como o "zero rating" restaram especificamente vedados pela regulamentação acima exposta, visto que o oferecimento destes planos de acesso de dados seriam resultantes de acordos comerciais entre os provedores de acesso, conteúdo e de aplicações.

Entretanto, este mesmo regramento legal também inseriu um polêmico ponto em seu conteúdo, ao dispor que o mencionado decreto não seria aplicado no oferecimento de serviços especializados. Confere-se:

Art. 2º O disposto neste Decreto se destina aos responsáveis pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento e aos provedores de conexão e de aplicações de internet, definida nos termos do inciso I do caput do art. 5º da Lei nº 12.965, de 2014.

Parágrafo único. O disposto neste Decreto não se aplica:

I - aos serviços de telecomunicações que não se destinem ao provimento de conexão de internet; e

**II - aos serviços especializados, entendidos como serviços otimizados por sua qualidade assegurada de serviço, de velocidade ou de segurança, ainda que utilizem protocolos lógicos TCP/IP ou equivalentes, desde que:**

**a) não configurem substituto à internet em seu caráter público e irrestrito; e**

**b) sejam destinados a grupos específicos de usuários com controle estrito de admissão.** (grifou-se)

Tal dispositivo, ao especificar a inaplicabilidade das disposições tratadas no teor do decreto, acabam por novamente criar situação obscura no ordenamento jurídico brasileiro, seguindo, assim, a atuação do Marco Civil da internet, conforme exposto acima, haja vista que poderia permitir que eventuais serviços direcionados ao oferecimento de conteúdo

especializados no mercado não tivesse obrigatoriamente que seguir as limitações definidas pela neutralidade de rede imposta.

Esta exceção, inclusive, poderia incentivar que os provedores de acesso, de conteúdo e de aplicações buscassem fomentar o oferecimento de "serviços especializados" direcionados especificamente a burlar a neutralidade de rede imposta, tal como o caso do oferecimento dos serviços da "Internet.org"<sup>6</sup>, de iniciativa da gigante Facebook no mercado.

A "Internet.org" constitui-se por ser uma parceria global entre a empresa Facebook e diversas empresas líderes de mercado de tecnologia, tal como Ericsson, MediaTek, Opera, Samsung, Nokia e Qualcomm, que conjuntamente buscam oferecer o acesso gratuito à internet a dois terços da população mundial que ainda não a possuem, mediante o compartilhamento de ferramentas, recursos e oportunidades, de modo a explorar soluções nas áreas de eficiência, modelos de negócio e de viabilidade<sup>7</sup>.

Segundo defendido pelos criadores do "Internet.org", o oferecimento do acesso à internet a todas as pessoas do mundo é uma questão que extrapola a capacidade de empresas, companhias ou governos em resolverem sozinhos, motivando a conjunção destas gigantes da área tecnológica a fim de possibilitar a concretização de seus objetivos, sobretudo no que se refere ao acesso global da população mundial à internet, haja vista que ainda existem várias áreas ao redor do globo, principalmente em países subdesenvolvidos, que não apresentam a mínima capacidade estrutural e técnica no oferecimento do acesso amplo dos serviços de rede aos seus cidadãos.

O oferecimento do "Internet.org", por exemplo, já pode ser encontrada em diversos países da América Latina, como Colômbia<sup>8</sup> e Bolívia<sup>9</sup>, possuindo sua presença assegurada em diversos outros países espalhados ao redor do globo.

Dentre os serviços ofertados pelo mencionado aplicativo, podemos incluir o acesso gratuito a diversos sítios eletrônicos, tal como Wikipedia, Wikihow, Dictionary.com, Bing Procura e coincidentemente a próprio rede social Facebook.

---

<sup>6</sup> Para mais informações, acessar o sítio eletrônico do mencionado serviço, disponível em <https://info.internet.org/pt/>.

<sup>7</sup> Detalhes da companhia podem ser encontrados em "<https://www.crunchbase.com/organization/internet-org#/entity>"

<sup>8</sup> Neste sentido, conferir "<https://info.internet.org/pt/blog/2015/01/14/internet-org-app-launches-in-colombia/>" e "[https://thenextweb.com/apps/2015/01/14/facebooks-internet-org-app-launches-colombia/#.tnw\\_3NECOusU](https://thenextweb.com/apps/2015/01/14/facebooks-internet-org-app-launches-colombia/#.tnw_3NECOusU)".

<sup>9</sup> O oferecimento do "Internet.org" no mencionado país foi noticiado pelo próprio Mark Zuckerberg, criador do Facebook, em sua página oficial da mencionada rede social, conforme se vê em "<https://www.facebook.com/photo.php?fbid=10102188427191161&set=a.529237706231.2034669.4&type=1&theater>"

Posto tais informações, diante a atual indefinição a respeito da aplicabilidade da exceção imposta no art. 2º no contexto brasileiro, passa-se a apontar a experiência norte-americana a respeito da regulação da internet, visto que esta atuação causou inequívoca influência no contexto brasileiro na definição da neutralidade de rede assentada pelo Marco Civil da Internet.

## **CAPÍTULO 2 — A DISCUSSÃO REGULATÓRIA NO ÂMBITO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**

### **2.1 Cenário geral acerca da atividade regulatória norte-americana**

Conforme informado, a internet, desde seu surgimento, desenvolveu tamanha importância que acabou por se tornar um dos elementos essenciais para a sociedade em geral, sobretudo pela utilização dos seus mais diversos serviços e todas as comodidades advindas de sua utilização.

As frequentes inovações ocorridas no ambiente virtual, reiteradamente mencionadas anteriormente, decorrentes da cada vez mais rápida evolução tecnológica vislumbrada neste setor tanto no desenvolvimento de sua estrutura como na sua própria presença entre a sociedade, acabam por incitar um profundo desafio na seara regulatória, desafio este que necessita ser sanado a fim de resguardar os interesses da coletividade advindos das necessidades decorrentes da prestação dos serviços de internet pelos seus agentes.

A atividade regulatória, neste sentido, acaba por incentivar que determinadas áreas do mercado, dentre as quais incluem-se os serviços de banda larga fixa e móvel, atraíam grande interesse estatal, sobretudo quando se observa que os serviços prestados junto à internet ligam-se diretamente aos interesses dos próprios cidadãos, resguardados por meio do desenvolvimento de políticas públicas aptas a defenderem os direitos subjetivos destes agentes, que diariamente utilizam os serviços de internet para os mais diversos fins, seja por interesses profissionais, desenvolvimento social ou até econômico.

Neste contexto, faz-se necessário expor de que forma os Estados Unidos da América, ao vislumbrarem a importância em que a internet teria adquirido perante a sociedade, definiu uma atuação regulatória capaz de garantir a defesa de características basilares da internet, tal como seu caráter público e irrestrito, a garantia da definição de um ambiente concorrencial saudável e a criação de um ambiente propício às inovações tão necessárias no ambiente tecnológico da internet.

Esta atuação regulatória, que centrou-se basicamente no oferecimento de serviços de banda larga e no próprio funcionamento da internet (FIRMEZA, 2016, p. 58), iniciou-se em período muito anterior à promulgação do Marco Civil da Internet brasileiro, sendo que poder-se-á apontar uma diversidade de semelhanças entre as definições alavancadas junto à atividade regulatória norte-americana com o caso brasileiro.

Entretanto, antes de adentrarmos na discussão regulatória propriamente dita, faz-se necessário expor a diferenciação legal norte-americana quanto os serviços de



telecomunicações e os serviços de informação, visto que tal diferenciação acabará por transformar quase que completamente a discussão a respeito da atividade regulatória norte-americana ora em análise no presente capítulo, sendo estes definidos junto ao *Communication Act* de 1996, regramento legal do mencionado setor.

Em primeiro lugar, em relação aos serviços de telecomunicações, necessário expor que estes são considerados *common carriers* no contexto norte-americano, atraindo, desta forma, as obrigações regulatórias contidas no Título II do regramento legal acima mencionado (FIRMEZA, 2016, p. 59).

Já em relação aos serviços de informações, necessário expor que estes não se submetem às referidas obrigações, visto ter sido reservado tratamento aduzido junto ao título I do *Communication Act*.

A fim de consolidar as definições de ambos os termos acima expostos, transcreve-se, a seguir, as definições contidas no *Communication Act* a respeito dos serviços de telecomunicações, telecomunicações propriamente dita e serviços de informações:

*(41) INFORMATION SERVICE- The term 'information service' means the offering of a capability for generating, acquiring, storing, transforming, processing, retrieving, utilizing, or making available information via telecommunications, and includes electronic publishing, but does not include any use of any such capability for the management, control, or operation of a telecommunications system or the management of a telecommunications service.*

*(...)*

*(48) TELECOMMUNICATIONS- The term 'telecommunications' means the transmission, between or among points specified by the user, of information of the user's choosing, without change in the form or content of the information as sent and received.*

*(...)*

*(51) TELECOMMUNICATIONS SERVICE- The term 'telecommunications service' means the offering of telecommunications for a fee directly to the public, or to such classes of users as to be effectively available directly to the public, regardless of the facilities used.<sup>10</sup>*

Denota-se, pela análise das definições acima expostas, que o serviço de informações significa o oferecimento da capacidade de geração, aquisição, armazenamento, transformação,

---

<sup>10</sup> Em tradução livre: (41) Serviços de informação – o termo ‘serviços de informação’ significa o oferecimento da capacidade de geração, adquirir, armazenamento, transformação, processamento, recuperação, utilização, ou tornar disponível informação via telecomunicações, e incluem publicação eletrônica, mas não incluem o uso da capacidade de gerenciamento, controle ou operação de sistemas de telecomunicação ou o gerenciamento de serviços de telecomunicações.

(48) Telecomunicações: o termo “telecomunicações” significa a transmissão, entre pontos específicos por usuários, de informações de escolhas do usuário, sem que ocorresse a mudança de sua forma ou do conteúdo da informação da forma que foi enviado ou recebido.

(51) Serviços de telecomunicações – o termo “serviços de telecomunicações” significa o oferecimento de telecomunicações por uma tarifa diretamente ao público, ou direcionado a uma classe direcionada de usuários que torne efetivamente disponível diretamente aos usuários, independente das instâncias usadas.

processamento e diversos outros atos aptos a tornarem disponíveis as informações via telecomunicações, excluindo de sua definição, entretanto, a capacidade de gerenciamento, controle ou a própria operação dos sistemas de telecomunicações.

O termo telecomunicações propriamente dita significa a própria transmissão de informações entre pontos específicos entre usuários, informações estas de escolha dos próprios usuários, sem que estas informações sejam alteradas em sua forma ou conteúdo da maneira em que foram enviadas ou recebidas por tais agentes.

Por fim, os serviços de telecomunicações significam o oferecimento deste tipo de serviço por uma tarifa cobrada diretamente aos seus usuários.

Mostra-se, portanto, que as atividades desenvolvidas no mencionado setor são divididas em serviços de informação e serviços de telecomunicações, atraindo cada uma destas regramentos legais próprios, sendo que os serviços de telecomunicações regularmente passam por medidas regulatórias definidas pela legislação e pela *Federal Communications Commission* - FCC, órgão regulador do setor de telecomunicações norte-americano.

Neste sentido, será exposta o debate jurídico a respeito da atuação do FCC em impor medidas regulatórias sobre uma atividade econômica formalmente classificada por ela como serviço de informações (FIRMEZA, 2016. p. 60), atraindo, desta forma, uma discussão a respeito da própria competência e dos limites do mencionado órgão regulador em definir suas medidas regulatórias, sobretudo quando leva-se em conta que a própria legislação norte-americana instituiu competência à FCC em classificar as atividades econômicas do setor de telecomunicações às classificações acima expostas, possibilitando a reclassificação do serviço de banda larga, historicamente considerada um serviço de informação, como serviço de telecomunicações, de modo a definir justicadamente um modelo regulatório que corresponda a então situação vivenciada pelo setor de telecomunicações norte-americano e atrair também as obrigações regulatórias próprias dos *common carriers*, cuja atuação regulatória é mais profunda quando comparada aos serviços de informações.

## **2.2 O *Policy Statement* (2005) instituído pelo FCC**

No ano de 2005, o FCC, acompanhando o desenvolvimento e gradativa importância que a internet estaria impactando na vida dos cidadãos norte-americanos, assinalou, por meio

do *Policy Statement*<sup>11</sup>, uma série de princípios que deveriam nortear todo o funcionamento e desenvolvimento da internet, a fim de garantir a manutenção de suas características basilares.

A fim de fundamentar esta política declaratória de direitos e obrigações, assinalou-se que o desenvolvimento da internet deveria se dar de modo a preservar um ambiente competitivo e de livre mercado, assim como propiciar que o acesso aos serviços de banda larga fossem gradativamente assegurados a todos os cidadãos americanos (FCC 05-151, p. 02).

A atividade regulatória desenvolvida nesta situação, portanto, teria como objetivo garantir o desenvolvimento saudável do ambiente virtual norte-americano, visto que a ausência de regulação poderia trazer prejuízos ao setor e aos seus usuários (FIRMEZA, 2016, p. 62).

Pela sua própria natureza, os *common carriers*, enquadrados formalmente como serviço de telecomunicações, são afetados mais diretamente com a atividade regulatória do FCC, mesmo que os serviços de informações, nos quais a banda larga então se inseria e que são regidos pelo Título I do *Communication Act*, também seriam passíveis de obrigações regulatórias, haja vista a existência de competência na regulação de comunicações estrangeiras e interestaduais. Os serviços de banda larga, por terem como objetivo a transmissão de dados e informações por todo os Estados Unidos, acabaria por se sujeitar a atividade regulatória embasada em tal premissa, justificando, ao final, a adoção de determinados atos aptos a garantirem que as prestadoras de banda larga transmitissem estes dados e informações de maneira a respeitar os princípios delineados no *Policy Statement*, sobretudo quando leva-se em conta o princípio da neutralidade de rede já exposto anteriormente (FCC 05-151, p. 03).

Assim, ao estabelecer a mencionada premissa e a fim de garantir que as redes de banda larga pudessem se desenvolver de modo a assegurar o regular funcionamento dos princípios basilares atinentes à internet, quais sejam, seu cunho público e irrestrito, assim como promover o crescimento do acesso à internet à população de maneira eficiente e com tarifas adequadas, a FCC instituiu princípios básicos aos agentes envolvidos no ambiente de oferecimento e usufruto da internet, assim como a adoção de posteriores medidas regulatórias no setor (FCC 05-151, p. 03):

---

<sup>11</sup> Disponível em [https://apps.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf](https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf). Acesso em 02 de julho de 2017.

*To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public Internet, consumers are entitled to access the lawful Internet content of their choice.*

*To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public Internet, consumers are entitled to run applications and use services of their choice, subject to the needs of law enforcement.*

*To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public Internet, consumers are entitled to connect their choice of legal devices that do not harm the network*

*To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public Internet, consumers are entitled to competition among network providers, application and service providers, and content providers.<sup>12</sup>*

Resta claro, portanto, que a fim de garantir um ambiente público e irrestrito da internet, a FCC acabou por assinalar direitos e obrigações no ambiente virtual, de modo a garantir que seus usuários pudessem acessar todo tipo de conteúdo lícito, aplicações e serviços na internet, permitindo que os provedores de conteúdo e aplicações possuíssem a capacidade de oferecer seus serviços de modo eficaz aos usuários.

Conforme já definido anteriormente, ao instituir a impossibilidade de vedação ao acesso de determinados conteúdos ou aplicações no ambiente virtual, a FCC acaba por propiciar um ambiente apto a desenvolver um ambiente mais democrático na internet, haja vista que seria garantido aos seus usuários a possibilidade de acesso aos mais diversos conteúdos ou informações, sem que houvesse qualquer tipo de impedimento ou bloqueio. Ao garantir o direito à informação aos usuários, a FCC também assegura que a internet se concretize, diante o contexto de plena expansão nos anos 2000, como uma das fontes mais importantes de informação a serem encontradas pelo globo.

Há de se apontar que a FCC, ao estabelecer estes princípios, buscou assegurar que o ambiente virtual norte-americano fosse revestido pelo já mencionado princípio da neutralidade de rede, sobretudo quando leva-se em conta todo o contexto regulatório que se deu até o ano de 2015, em que finalmente o serviço de banda larga foi reinserido formalmente

---

<sup>12</sup> Em tradução livre: “Para encorajar o oferecimento de banda larga e preservar e promover a natureza aberta e interconectada da Internet público, os consumidores têm direito ao acesso de todo o conteúdo lícito da internet de sua escolha.

Para encorajar o oferecimento de banda larga e preservar e promover a natureza aberta e interconectada da Internet público, os consumidores têm direito a executar aplicativos e a utilização de serviços de sua escolha, sujeito a eventuais perseguições legais.

Para encorajar o oferecimento de banda larga e preservar e promover a natureza aberta e interconectada da Internet público, os consumidores têm direito a conectar os dispositivos legais de sua escolha que não causem danos à rede.

Para encorajar o oferecimento de banda larga e preservar e promover a natureza aberta e interconectada da Internet público, os consumidores têm direito à competição entre os provedores de rede, aplicações e provedores de serviço e de conteúdo.”

como um serviço de telecomunicações. Sua atuação foi marcada pelo íntimo acompanhamento realizado por tal órgão regulador do desenvolvimento da internet, indicando, assim, um norte a ser seguido pelos agentes regulados na evolução deste segmento do mercado tecnológico.

Mesmo que o estabelecimento dos vociferados princípios não tenha sido formalmente uma medida regulatória efetivamente disposta no marco legal do setor, há de se apontar o *Policy Statement* possui grande valor ao impor aos agentes envolvidos, tanto provedores quanto usuários, os valores que deveriam permear o desenvolvimento e a utilização da internet, sobretudo quando leva-se em conta a franca expansão que a internet vivenciava naquele período.

Foram instituídos, portanto, uma diversidade de valores que permeariam o desenvolvimento e a utilização dos serviços de internet no contexto norte-americano, visto que por um lado impôs determinados elementos que deveriam guiar as práticas de mercado adotadas pelos provedores, assim como assinalou os direitos garantidos aos usuários na utilização da internet.

Assim sendo, ao estabelecer, inicialmente, a garantia ao princípio da neutralidade de rede no âmbito do mercado de internet norte-americano, a FCC acabou por garantir também que o ambiente virtual também permanecesse aberto, favorecendo a inovação, a liberdade de expressão de seus usuários e a criação de um ambiente profundamente competitivo entre seus agentes, impedindo que discricionariamente os provedores de acesso pudessem interferir no direito de acesso de determinados conteúdos e aplicações pelos usuários.

### **2.3 A instauração do *Open Internet Order* (2010)**

Assinalados os princípios norteadores das políticas reguladoras e das obrigações e direitos dos provedores e dos usuários por meio do *Policy Statement*, a FCC, no ano de 2010, assentou novo posicionamento a respeito da política regulatória da internet, de modo a mais uma vez garantir seu desenvolvimento como ambiente propício à inovação, investimento, criação de emprego e liberdade de expressão (FCC 10-201, p. 02), visto que constatou-se que o sucesso no desenvolvimento da internet deu-se pela garantia de seu caráter público e irrestrito, tendo a liberdade conferida aos usuários no acesso aos conteúdos auxiliado profundamente o desenvolvimento da rede.

Esta nova decisão, chamada *Open Internet Order* (2010), assinalou regras de transparência, a impossibilidade de bloqueio e a proibição da discriminação desarrazoada de conteúdos existentes na rede (FCC 10-201, p. 02). Confere-se:

- i. Transparency. Fixed and mobile broadband providers must disclose the network management practices, performance characteristics, and terms and conditions of their broadband services;*
- ii. No blocking. Fixed broadband providers may not block lawful content, applications, services, or non-harmful devices; mobile broadband providers may not block lawful websites, or block applications that compete with their voice or video telephony services; and*
- iii. No unreasonable discrimination. Fixed broadband providers may not unreasonably discriminate in transmitting lawful network traffic.*<sup>13</sup>

Estas regras, conjuntamente ao estabelecido previamente por meio dos fundamentos acima expostos, buscaram novamente assegurar o pleno desenvolvimento da internet, buscando assinalar, por meio de regramentos regulatórios propriamente ditos, disposições que impedissem de forma expressa a discriminação desarrazoada ou o eventual bloqueio de conteúdos por parte de seus agentes, permitindo assim que a internet, neste momento um elemento praticamente básico na vida de grande parte da população norte-americana e mundial, continuasse se desenvolvendo por meio de investimentos e pelas diversas inovações que floresciam em seu âmbito.

A própria FCC constatou, por meio de debate público, que o desenvolvimento da internet teria plenamente florescido diante seu caráter público e irrestrito, em decorrência do apreço à neutralidade de rede inicialmente imposta no *Policy Statement*, visto ter este impedido o bloqueio no acesso de eventuais conteúdos pelos seus usuários, que possuíam, por derradeiro, plena liberdade no acesso de conteúdos lícitos na internet, impossibilitando que qualquer agente econômico com influência suficiente pudesse impedir o acesso ou dar preferência ao acesso a determinados conteúdos aos usuários. Além disso, não necessitariam os usuários de qualquer permissão para utilizar e acessar os mais diversos conteúdos propiciados pelos serviços de banda larga oferecidos pelos provedores de acesso, possuindo

---

<sup>13</sup> Em tradução livre: “*Transparência*: Os provedores de banda larga fixas e móveis devem divulgar as práticas de gerenciamento de rede, as características de desempenho e os termos e condições dos serviços de banda larga; *Não bloqueio*: Os provedores de banda larga fixa não podem bloquear conteúdos legais, aplicativos, serviços ou dispositivos não prejudiciais; Os provedores de banda larga móvel não podem bloquear o acesso a sites de conteúdo ou bloquear aplicativos que competem com seus serviços de voz ou telefonia de telefonia; *Não discriminação desarrazoada*: Os provedores de banda larga fixa não podem discriminar injustificadamente a transmissão no tráfego de rede lícita.”

deles plena liberdade no acesso aos mais diversos conteúdos da internet (FCC 10-201, p. 03-05).

Há de se apontar, ainda, que tais regras possuem naturezas distintas, visto que se por um lado as regras de transparência e de não bloqueio possuem uma natureza de certa forma objetiva, visto demandarem uma atuação mais transparente nas práticas de gerenciamento e na performance das rede de telecomunicações e também nos casos de bloqueio no acesso de eventuais conteúdos, aplicações e serviços lícitos (FIRMEZA, 2016, p. 67), por outro a regra a respeito da vedação da discriminação desarrazoada possui caracter evidentemente subjetivo, vez que seu próprio conceito jurídico, referente a razoabilidade da aplicação da mencionada regra, é indeterminado, demandando a análise das peculiaridades do caso a fim de enfim concretizarem sua aplicação, atraindo a competência da própria FCC em analisar os casos em que a eventual discriminação injustificada ocorreria.

A FCC, como órgão setorial, teria a prerrogativa e a capacidade em analisar eventuais violações as regras instituídas no *Open Internet Order*, tendo também competência em analisar e acompanhar os movimentos do mercado, visto que a atuação de tal órgão regulador consubstancia fenômeno conjuntual dos elementos que se apresentassem por meio da atuação dos agentes de mercado (FIRMEZA, 2016, p. 68). O mercado de telecomunicações, por estar em constante transformação, atrairia desta forma uma atuação próxima de sua agência reguladora a fim de evitar a atuação eventualmente abusiva por parte dos agentes inseridos no mercado, garantindo, por fim, uma política pública direcionada a proteção do ambiente da internet, assim como os direitos intrínsecos aos seus agentes, em especial os consumidores.

Constatada a atuação abusiva por parte dos provedores de acesso, possuiria a FCC a competência para frear esta atuação de modo a novamente inserir o mercado de telecomunicações nos eixos impostos pelos marcos regulatórios aqui expostos, visto que tais agentes teriam plenas condições técnicas e econômicas para, por exemplo, impor bloqueio no acesso de determinados conteúdos aos usuários, assim como poderiam eventualmente discriminar o tráfego de dados segundo seus próprios interesses.

A grande preocupação no sentido de se implementar as regras em evidência, no sentido de garantir que a internet, pelo menos no contexto norte-americano, respeitasse plenamente o princípio da neutralidade de rede, extrapola questões meramente de telecomunicações, haja vista que a implementação de um ambiente propício ao desenvolvimento e a plena utilização da internet pelos seus usuários contempla diversos

valores intrínsecos à sociedade mundial, sobretudo pelo pluralismo da mídia, a liberdade de expressão e o próprio desenvolvimento pessoal e econômico de seus usuários.

Conforme já defendido anteriormente, caso não seja garantido o princípio em evidência, poderiam os usuários serem prejudicados pela escolha discricionária do acesso de determinados conteúdos e aplicações por agentes de mercado que possuem uma capacidade econômica e de influência infinitamente maior que usuários comuns, podendo interferir, ao final, em direitos fundamentalmente garantidos aos usuários que ficariam a merce das escolhas destes grandes agentes de mercado, tal como sua liberdade de expressão.

Assim, argumentou a FCC que a imposição das regras previstas em tal marco regulatório não desestimularia o investimento em banda larga, haja vista que ao impor um ambiente de neutralidade de rede no contexto dos Estados Unidos, haveria, na realidade, o favorecimento de iniciativas inovadoras, assim como no investimento em infraestrutura da área, acabando por gerar benefícios a todos os agentes envolvidos no setor de telecomunicações, sobretudo no que se refere a estabilidade regulatória e a segurança de atuação dos prestadores de acesso, conteúdo e de aplicações (FCC 10-201, p. 24-26).

Assinalado um contexto geral a respeito da imposição destas regras pela FCC, passasse, a seguir, a análise das regras impostas no *open internet*.

### **2.3.1 A regra relativa à transparência**

Em primeiro lugar, a FCC dispôs que a instauração da regra de transparência nas práticas de gerenciamento, performance e de acordo comercial de redes dos prestadores de acesso de banda larga culminariam na promoção de cinco situações distintas que acarretariam na promoção da competição no setor, assim como promoveriam a inovação e investimentos, além de alavancar o leque de opções conferidas aos usuários dos serviços por eles contratados.

Por meio de tal regra, os usuários, por deterem maiores informações acerca do que estão contratando, possuiriam maior capacidade de entendimento dos serviços por eles usufruídos, o que poderia impedir que práticas anticoncorrenciais que porventura fossem adotadas pelos provedores de acesso fossem efetivamente aplicadas no mercado.

Além disso, tendo os usuários maior confiança nos serviços contratados, diante as informações prestadas pelos provedores no momento da efetivação de tal ato, aumentaria a banda de rede que seria utilizada para o acesso à internet, o que obrigaria, pela demanda, que



os detentores da infraestrutura da rede promovessem maiores investimentos no setor, alinhando-se, por consequência, ao objetivo setorial imposto pela FCC.

Haveria, da mesma forma, o incentivo, investimento e competição por parte dos provedores de acesso, conteúdo e aplicações, visto que um ambiente transparente permitiria que novas empresas (*startups*) adentrassem no mercado diante a existência de um campo apto no desenvolvimento de suas atividades, assim como permitiria que eventuais ofensas às regras estipuladas no *open internet* fosse sanadas caso fossem cometidas pelos agentes de mercado.

Por fim, a transparência nos atos praticados pelos agentes de mercado poderia também auxiliar a FCC com informações atinentes às práticas de mercado adotadas pelos seus agentes e usuários, de modo a permitir a adoção de novas regras setoriais, visto a já informada necessidade do acompanhamento do fenômeno setorial com a realidade vivenciada pelo mercado de telecomunicações (FCC 10-201, p. 32-33).

Nesta toada, foi também publicada uma pequena descrição a respeito dos detalhes aptos a serem passíveis de publicidade e transparência, dentre as quais podemos mencionar: (i) práticas de rede (*network practises*): descrição do gerenciamento de congestionamento de rede, comportamento de determinadas aplicações, regras de conexão para dispositivos, práticas de segurança; (ii) características de performance (*performance characteristics*): descrição dos serviços oferecidos e o impacto de serviços especializados; (iii) condições comerciais (*commercial terms*): política tarifária, políticas de privacidade e práticas de solução de problemas que atingissem usuários e provedores (FCC 10-201, p. 34-35).

Tais medidas de transparência permite que os agentes envolvidos no mercado de telecomunicações e que não são detentores da infraestrutura da rede possam "vigiar" a prática de eventuais atos abusivos no gerenciamento da rede pelos seus responsáveis, vigilância esta que poderá prevenir a adoção de eventuais atos que fulminariam o ambiente competitivo e inovador da internet.

### **2.3.2 A regra relativa ao não bloqueio**

Entretanto, segundo a FCC, a transparência dos atos adotados pelos agentes do mercado de telecomunicações não possui a capacidade de impedir a adoção de atos que atentem contra a abertura da internet norte-americana, sendo necessária a adoção de duas outras regras a fim de coibir a adoção de tais atos.

A regra relativa ao não bloqueio de conteúdos e aplicações mostra-se como essencial para o pleno desenvolvimento do ambiente virtual, visto que a possibilidade do recebimento e envio de conteúdos lícitos sem receio de eventuais bloqueios pelos provedores de acesso fomentaria a competição no mercado, ante a impossibilidade de criação de um ambiente monopolista. Foi definida, portanto, a seguinte regra a respeito da vedação do bloqueio de conteúdos e aplicações (FCC 10-201, p. 38):

*A person engaged in the provision of fixed broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not block lawful content, applications, services, or nonharmful devices, subject to reasonable network management.*<sup>14</sup>

A mencionada regra englobaria todo o conteúdo lícito utilizado pelos usuários nos serviços de banda larga, sejam estes advindos ou dirigidos a estes, não sendo aplicável, por óbvio, à conteúdo ilícito, sendo que a FCC também afirma que a mencionada regra insere-se também na degradação do tráfego de dados, mediante a redução da qualidade de sua transmissão (FCC 10-201, p. 39).

### **2.3.3 Da regra de não discriminação desarrazoada**

Por fim, foi também assinalada a impossibilidade da discriminação desarrazoada de dados pelos provedores de acesso, conforme se confere a seguir (FCC 10-201, p. 40):

*A person engaged in the provision of fixed broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not unreasonably discriminate in transmitting lawful network traffic over a consumer's broadband Internet access service. Reasonable network management shall not constitute unreasonable discrimination.*<sup>15</sup>

A mencionada regra busca distinguir entre o tipo de discriminação desarrazoada que acabaria por prejudicar o desenvolvimento da internet e a discriminação que, pelas suas circunstâncias, poderia ser justa e até mesmo necessária.

Novamente, diante o conceito jurídico indeterminado a respeito de tal regra, dispôs a FCC determinados critérios que deveriam nortear a aplicação da mencionada regra. São eles: (i) a transparência de sua implementação, segundo a qual a discriminação somente poderia ser

---

<sup>14</sup> Em tradução livre: “Um agente envolvido na prestação de serviços de acesso à Internet de banda larga fixa, na medida em que esse agente esteja envolvido, não deve bloquear conteúdos legais, aplicativos, serviços ou dispositivos não prejudiciais, sujeitos a um gerenciamento de rede razoável.”

<sup>15</sup> Em tradução livre: “Um agente envolvida na prestação de serviços de banda larga fixa no acesso à Internet, na medida em que esse agente esteja envolvido, não deve discriminar de forma injustificada a transmissão de tráfego dados lícitos no acesso à Internet de banda larga por um consumidor. O gerenciamento de rede justificável não constitui discriminação desarrazoada.”

razoável caso fosse informado previamente e de forma transparente aos usuários, haja vista que os prestadores de acesso, pelas condições técnicas que a rede se apresenta, poderiam adotar atos de discriminação de dados ante o desconhecimento dos usuários quanto a tais práticas, fazendo com que a clareza da aplicação desta discriminação tenda a ser coibida pelo conhecimento prévio dos usuários de sua ocorrência desarrazoada; (ii) controle do usuário final a respeito do acesso à internet, não sendo razoável se permitir que as provedores de acesso possam definir, por conta própria, mediante o oferecimento de incentivos ou favorecimentos, dos conteúdos que seriam acessados pelos usuários; (iii) justificativas aptas a jurificarem a específica discriminação de dados, segundo o qual seria plenamente cabível a promoção de discriminação de dados para grupos específicos, conferidas suas peculiaridades, de forma a não serem praticadas injustiças no oferecimento dos serviços de internet aos usuários; (iv) a própria atuação de mercado, visto que a discriminação somente seria razoável caso fosse auferida sua compatibilidade com as condições de mercado, sobretudo no que se refere as práticas e técnicas de engenharia e organização, por exemplo, impossibilitando a atuação regulatória excessiva de tal órgão regulador (FCC 10-201, p. 40-42).

Pode-se resumir a regra de não discriminação desarrazoada na seguinte manifestação da FCC (FCC 10-201, p. 42):

*75. In evaluating unreasonable discrimination, the types of practices we would be concerned about include, but are not limited to, discrimination that harms an actual or potential competitor to the broadband provider (such as by degrading VoIP applications or services when the broadband provider offers telephone service), that harms end users (such as by inhibiting end users from accessing the content, applications, services, or devices of their choice), or that impairs free expression (such as by slowing traffic from a particular blog because the broadband provider disagrees with the blogger's message).<sup>16</sup>*

Por fim, assinalou a FCC diversos motivos para impedir a interferência no tráfego de dados mediante acordos comerciais, resultando na impossibilidade da realização de acordos entre as prestadoras de acesso de banda larga com provedores de conteúdo ou de aplicações

---

<sup>16</sup> Em tradução livre: “Na avaliação da discriminação desarrazoada, os tipos de práticas que nos preocupam incluem, mas não se limitam, a discriminação que prejudica um ambiente concorrencial efetivo ou potencial aos provedores de banda larga (por exemplo, degradando aplicativos ou serviços de VoIP quando o provedor de banda larga oferece serviços telefônicos), que prejudica os usuários finais (como ao inibir os usuários finais de acessar o conteúdo, aplicativos, serviços ou dispositivos de sua escolha), ou que prejudica liberdade de expressão (como ao diminuir o tráfego de rede de um blog específico porque o provedor de banda larga discorda da mensagem do blogger).

de modo a favorecer o acesso à determinados serviços ofertados por estes últimos, visto que tal ato poderia obstar a entrada de novos competidores no mercado de telecomunicações, impedindo assim a criação de ambiente propício à inovação e eventuais investimentos, podendo prejudicar até mesmo o consumidor final que se recusar a aderir a tais planos e a utilização não comercial da internet, tal como ocorre em escolas e bibliotecas públicas, por exemplo. Transcreve-se, a seguir, os exatos motivos que impediram a realização dos acordos comerciais vociferados (FCC 10-201, p. 43-44):

*76. For a number of reasons, including those discussed above in Part II.B, a commercial arrangement between a broadband provider and a third party to directly or indirectly favor some traffic over other traffic in the broadband Internet access service connection to a subscriber of the broadband provider (i.e., “pay for priority”) would raise significant cause for concern. First, pay for priority would represent a significant departure from historical and current practice. Since the beginning of the Internet, Internet access providers have typically not charged particular content or application providers fees to reach the providers’ retail service end users or struck pay-for-priority deals, and the record does not contain evidence that U.S. broadband providers currently engage in such arrangements. Second this departure from longstanding norms could cause great harm to innovation and investment in and on the Internet. As discussed above, pay-for-priority arrangements could raise barriers to entry on the Internet by requiring fees from edge providers, as well as transaction costs arising from the need to reach agreements with one or more broadband providers to access a critical mass of potential end users. Fees imposed on edge providers may be excessive because few edge providers have the ability to bargain for lesser fees, and because no broadband provider internalizes the full costs of reduced innovation and the exit of edge providers from the market. Third, pay-for-priority arrangements may particularly harm non-commercial end users, including individual bloggers, libraries, schools, advocacy organizations, and other speakers, especially those who communicate through video or other content sensitive to network congestion. Even open Internet skeptics acknowledge that pay for priority may disadvantage non-commercial uses of the network, which are typically less able to pay for priority, and for which the Internet is a uniquely important platform. Fourth, broadband providers that sought to offer pay-for-priority services would have an incentive to limit the quality of service provided to non-prioritized traffic. In light of each of these concerns, as a general matter, it is unlikely that pay for priority would satisfy the “no unreasonable discrimination” standard. The practice of a broadband Internet access service provider prioritizing its own content, applications, or services, or those of its affiliates, would raise the same significant concerns and would be subject to the same standards and considerations in evaluating reasonableness as third-party pay-for-priority arrangements.<sup>17</sup>*

---

<sup>17</sup> Em tradução livre: “Por vários motivos, incluindo os discutidos acima na Parte II.B, um acordo comercial entre um provedor de banda larga e um terceiro a fim de favorecer, direta ou indiretamente, determinado tráfego sobre o outro na conexão do serviços de banda larga no acesso à Internet a um assinante dos serviços de um provedores de acesso de banda larga (por exemplo, nos serviços de pagamento pela prioridade) levaria importantes pontos de preocupação. Primeiro, pagamento por prioridade representaria uma divergência significativa da prática histórica e atual. Desde o início da Internet, os provedores de acesso à Internet geralmente não cobravam taxas específicas ao acesso de determinados conteúdos ou impusessem tarifas aos provedores de aplicativos para alcançar os usuários finais no oferecimento dos serviços ou impusessem acordos de pagamento por prioridade, e o registros não contêm evidências de que os provedores de banda larga dos EUA

É de uma clareza solar que o intuito de se instituir tal regra seria a manutenção do caráter público e irrestrito da internet, de modo a permitir que a transmissão de dados na conexão entre o usuário e o emissor e receptor de sinal seja feita de forma livre e igualitária, fazendo com que o gerenciamento de rede no caso em análise se restrinja, conforme aponta Paulo Firmeza Soares, "a situações que garantam o funcionamento da rede justamente com transparência, isonomia e qualidade aos envolvidos, como a previsão de os usuários, dentro de sua liberdade, incluírem ou excluírem determinados tipos de conteúdo, e a adoção de medidas voltadas a, num cenário de congestionamento, impedir que usuários com grande consumo de dados prejudique a fruição do serviço pelos demais usuários." (FIRMEZA, 2016, p. 83).

#### **2.4 Do acompanhamento realizado pela FCC relativo aos serviços especializados**

Prosseguindo, além de definir as regras relativas ao funcionamento e a vedação de determinadas práticas no desenvolvimento das atividades no mercado de telecomunicações, reconheceu também a FCC a existência de determinadas práticas a serem adotadas pelos provedores de acesso no sentido de oferecer serviços que se diferenciam da oferta ordinária dos serviços de internet, chamados de "serviços especializados" (*specialized services*). Alguns exemplos do oferecimento deste tipo de serviços pode ser

O oferecimento destes serviços diferenciados poderia, em análise inicial, permitir um nível de investimento privado maior no setor de telecomunicações e conferiria aos usuários finais valiosos serviços que se distinguiriam dos ordinários serviços ofertados na

---

atualmente empreendessem tais arranjos. Em segundo lugar, a orientação de prolongadas normas poderia gerar grandes danos à inovação dentro e ao investimento dentro e sob a internet. Conforme discutido acima, os acordos de pagamento por prioridade podem aumentar as barreiras à entrada na Internet, exigindo taxas provedores, bem como o aumento dos custos de transação decorrentes da necessidade de alcançar acordos com um ou mais provedores de banda larga para acessar potenciais novos usuários finais. As taxas impostas aos provedores podem ser excessivas porque poucos destes têm a capacidade de negociar taxas menores, e porque nenhum provedor de banda larga internaliza os custos totais decorrentes de um ambiente de inovação enfraquecida e a saída de provedores do mercado. Em terceiro lugar, os acordos de pagamento por prioridade podem prejudicar os usuários finais que não possuem interesse comercial, incluindo blogueiros individuais, bibliotecas, escolas, companhias de advocacia e outros interlocutores, especialmente aqueles que se comunicam através de vídeo ou por outros conteúdos sensíveis ao congestionamento da rede. Mesmo os céticos à abertura da Internet reconhecem que o pagamento da prioridade pode prejudicar os usos não comerciais da rede, que geralmente são menos capazes de pagar por prioridade e para os quais a Internet é uma plataforma de importância única. Em quarto lugar, os provedores de banda larga que procuraram oferecer serviços de pagamento por prioridade teriam um incentivo para limitar a qualidade dos serviços prestados no tráfego não priorizado. À luz de cada uma dessas preocupações, como uma questão geral, é improvável que o pagamento por prioridade satisfaça a regra de "não discriminação desarrazoável". A prática de um provedor de serviços de acesso de banda larga à Internet que priorize seu próprio conteúdo, aplicativos ou serviços, ou aqueles de suas afiliadas, levantaria as mesmas significativas preocupações e estaria sujeita às mesmas regras e considerações ao avaliar a razoabilidade do acordo de pagamento por prioridade a terceiros.

generalidade do âmbito virtual, suplementando, desta forma, os benefícios advindos do acesso ampla e irrestrito da internet (FCC 10-201, p. 61). Confere-se:

*These "specialized services," such as some broadband providers' existing facilities-based VoIP and Internet Protocol-video offerings, differ from broadband Internet access service and may drive additional private investment in broadband networks and provide end users valued services, supplementing the benefits of the open Internet.<sup>18</sup>*

Entretanto, a própria FCC também prega ressalvas no oferecimento destes tipos de serviço, haja vista que estes também poderiam permitir, em última análise, transpassar os limites e proteções impostos no *Open Internet*, sobretudo quando leva-se em conta todos os elementos advindos da neutralidade de rede que buscou-se assentar por meio dos marcos regulatórios aqui expostos, possibilitando a adoção, por parte dos provedores de acesso, de condutas anticompetitivas que acabariam por ferir todo o mercado de telecomunicações. Isto ocorreria, por exemplo, caso as proteções impostas no *Open Internet* fossem fragilizadas casos os provedores de acesso começassem a oferecer serviços especializados que em muito se identificariam com os serviços de internet propriamente ditos, não sendo aplicáveis a estes serviços especializados as proteções impostas aos consumidores no oferecimento normal de serviços de banda larga.

Além disso, o próprio desenvolvimento da infraestrutura de rede poderia vir a ser comprometido caso o florescimento dos serviços especializados se alastrasse pelo mercado, haja vista que haveria a possibilidade dos detentores de rede buscassem incrementar os investimento nesta área em detrimento ao oferecimento dos serviços considerados "normais" no oferecimento de banda larga à população. O oferecimento deste tipo de serviço, portanto, poderia funcionar até mesmo como uma válvula de escape dos provedores de acesso e os responsáveis pelo gerenciamento de rede às regras impostas no *Open Internet*, visto ter esta buscado assegurar uma diversidade de direitos fundamentais aos usuários e obrigações regulatórias no oferecimento de banda larga no mercado norte-americano. Esta situação poderia fulminar, ao final, todo o caráter aberto e irrestrito no oferecimento de serviços de internet norte-americano, prejudicando às inovações e investimentos no setor e a liberdade de expressão de seus usuários que restariam praticamente impossibilitados em acessar a rede

---

<sup>18</sup> Em tradução livre: "Esses "serviços especializados", tal como as ofertas de serviços de VoIP e protocolos de vídeos na internet, baseados em instalações de vários provedores de banda larga, diferem do serviço de acesso à Internet de banda larga e podem gerar investimentos privados adicionais na infraestrutura de banda larga e fornecer serviços de grande valia aos usuários finais, suplementando os benefícios da internet aberta.

virtual, haja vista a então escassa possibilidade de escolha dos usuários em definirem seu provedor de rede (FCC 10-201, p. 61).

Entretanto, mesmo observando este perigoso cenário, estabeleceu a FCC em tão somente exercer sua autoridade no sentido de fiscalizar e monitorar os serviços especializados que surgirem no mercado, deixando de adotar medidas regulatórias específicas a fim de regulamentar o oferecimento deste tipo de serviço.

O mencionado órgão regulador buscava cuidadosamente observar o desenvolvimento do mercado a fim de averiguar se os serviços especializados disponibilizados promoveriam investimentos, inovações, competição entre os agentes de mercado e trariam benefícios os usuários finais sem que houvessem violações às regras do *Open Internet*, sobretudo no pleno desenvolvimento que a FCC buscava garantir da internet, sendo esperado, da mesma forma, que o oferecimento destes serviços especializados acabassem por permitir a franca expansão da infraestrutura da rede, tendo em vista que o aparecimento destes novos serviços deveriam ser acomodados na infraestrutura existente, a qual poderia se mostrar inicialmente insuficiente (FCC 10-201, p. 62).

Além disso, seria também esperado que os provedores de acesso fornecessem dados transparentes dos impactos de mercado e sociais que os serviços especializados cometeriam, de forma a analisar a própria performance destes serviços no mercado de telecomunicações norte-americano.

Por fim, seriam também fiscalizados os potenciais nocivos dos serviços especializados, sobretudo no que se refere a criação de ambientes anticompetitivos, visto que eventuais acordos comerciais firmados entre os provedores de acesso com terceiros poderiam causar inequívocos danos ao mercado.

## **2.5 Da competência da FCC em impôr medidas regulatórias**

Estabelecidas as regras previstas no *Open Internet Order*, assim como a fiscalização realizada pela FCC a respeito dos serviços especializados que porventura fossem oferecidos no mercado norte-americano, buscou tal órgão regulador definir o embasamento jurídico a fim de demonstra sua competência em assinalar as medidas regulatórias acima expostas referentes aos serviços de banda larga, sob a ótica que, na época de sua então atuação, este tipo de serviço ainda se encontrava classificado como serviço de informação.

Conforme defendido, a seção 706 do *Communication Act* conferiu à FCC a competência para adotar as medidas regulatórias adequadas ao gerenciamento dos serviços de

banda larga, haja vista que tal órgão regulador seria também incumbente em realizar medidas com o intuito de promover a competição, inovação e investimentos nos mercados de voz, vídeo e áudio, assim como promover a proteção aos usuários que usufruam dos serviços ofertados nestes mercados, assim como ser competente também por defender o interesse público na utilização de espectros de radiofrequência, tendo os serviços de banda larga adquirida tamanha importância que demandaria uma íntima atuação da FCC na imposição de medidas regulatórias mesmo não sendo este tipo de serviço classificado como de telecomunicações (FIRMEZA, 2016, p. 89).

Segundo a FCC, suas incumbências atrairiam a aplicação de uma ampla gama de seções das legislações atinentes ao trato do setor de telecomunicações, visando garantir que a atuação de tal órgão regulador buscasse assegurar uma ambiente apto a favorecer a competitividade, investimento, transparência e todas as regras impostas no Open Internet Order. A fim de embasar tal entendimento, acaba por salientar que o US Code, no seu Título 47, destinado ao tratamento do setor de telecomunicações, assinalou a competência deste órgão regulador na promoção interestadual e estrangeira do comércio relativo a comunicações via rádio e radiofrequência (FIRMEZA, 2016, p. 89), de modo a assegurar que os serviços de internet fossem disponibilizados a todos os cidadãos norte-americanos com qualidade e eficiente. Confere-se, a seguir, a disposição alavancada junto ao § 151 do 47 US Code:

*For the purpose of regulating interstate and foreign commerce in communication by wire and radio so as to make available, so far as possible, to all the people of the United States, without discrimination on the basis of race, color, religion, national origin, or sex, a rapid, efficient, Nation-wide, and world-wide wire and radio communication service with adequate facilities at reasonable charges, for the purpose of the national defense, for the purpose of promoting safety of life and property through the use of wire and radio communications, and for the purpose of securing a more effective execution of this policy by centralizing authority heretofore granted by law to several agencies and by granting additional authority with respect to interstate and foreign commerce in wire and radio communication, there is created a commission to be known as the "Federal Communications Commission", which shall be constituted as hereinafter provided, and which shall execute and enforce the provisions of this chapter.<sup>19</sup>*

---

<sup>19</sup> Em tradução livre: "Com o objetivo de regular o comércio interestadual e estrangeiro na comunicação por fio e por radiofrequência, de modo a disponibilizar, na medida do possível, a todos os povos dos Estados Unidos, sem discriminação com base na raça, cor, religião, origem nacional ou sexo, um serviço de comunicação de radiofrequência e fio rápido, eficiente e em nível nacional e mundial, com instalações adequadas e taxas razoáveis, para fins de defesa nacional, com o objetivo de promover a segurança da vida e da propriedade através do uso de comunicações por rádio e fio, assim como o objetivo de assegurar uma execução mais efetiva desta política por meio da centralização da autoridade até agora concedida por lei a várias agências e concedendo autoridade adicional no que diz respeito ao comércio interestadual e estrangeiro de comunicação por fio e radiofrequência, criou-se uma comissão que será conhecido como a "Comissão Federal de Comunicações", que será constituída conforme previsto a seguir, e que executará e executará os dispositivos deste capítulo."



Foi também apontado pelo órgão regulador que os §§ 230 e 254 do Título 47 do *US Code*, reconhecendo a importância da internet para a modernização das comunicações interestaduais, estabeleceram como política pública do país a adoção de medidas que assegurem o contínuo desenvolvimento da internet e de tecnologias aptas a possibilitar o crescente controle dos usuários a respeito das informações e conteúdos por eles acessados, assim como assegurar um mercado plenamente competitivo no mercado da internet e possibilitar que novas tecnologias que ingressem neste mercado possam ser acessadas em todo o país, sobretudo em ambientes públicos como escolas e bibliotecas.

Ao final, também aponta que a mesma seção 706 já mencionada acaba por possibilitar a atuação da FCC no sentido de garantir a promoção do próprio desenvolvimento das telecomunicações norte-americanas, possibilitando o desenvolvimento e a oferta de novas tecnologias aos usuários, observando, neste caso, o então contexto de mercado de telecomunicações, de modo a justificar sua atuação por meio da análise do contexto fático em que se inserisse o mencionado setor. Neste caso, no caso em que a FCC vislumbrasse o descompasso entre a atuação regulatória com a realidade, teria ela a competência em realinhar as atuações de mercado a fim de garantir a competitividade, investimentos e o respeito das regras impostas no *Open Internet Order* no mercado de telecomunicações, tendo ela assinalado que durante o ano de 2010 concluiu-se que o desenvolvimento da banda larga não estaria se dando de forma satisfatória, fazendo com que a disposição contida na seção 706(b) do *Telecommunication Act* possibilitasse sua atuação no sentido de assegurar o ambiente competitivo e promover investimentos no setor (FCC 10-201, p. 68). Neste sentido:

*SEC. 706. ADVANCED TELECOMMUNICATIONS INCENTIVES.*

*(a) IN GENERAL - The Commission and each State commission with regulatory jurisdiction over telecommunications services shall encourage the deployment on a reasonable and timely basis of advanced telecommunications capability to all Americans (including, in particular, elementary and secondary schools and classrooms) by utilizing, in a manner consistent with the public interest, convenience, and necessity, price cap regulation, regulatory forbearance, measures that promote competition in the local telecommunications market, or other regulating methods that remove barriers to infrastructure investment.*

*(b) INQUIRY - The Commission shall, within 30 months after the date of enactment of this Act, and regularly thereafter, initiate a notice of inquiry concerning the availability of advanced telecommunications capability to all Americans (including, in particular, elementary and secondary schools and classrooms) and shall complete the inquiry within 180 days after its initiation. In the inquiry, the Commission shall determine whether advanced telecommunications capability is being deployed to all Americans in a reasonable and timely fashion. If the Commission's determination is negative, it shall take immediate action to accelerate deployment of such*

*capability by removing barriers to infrastructure investment and by promoting competition in the telecommunications market. (grifou-se)<sup>20</sup>*

Em decorrência do dispositivo legal legal acima transcrito, buscou a FCC incluir o serviço de banda larga como um componente de "capacidade avançada de telecomunicações" (advanced telecommunications capability), o que atrairia sua competência regulatória a respeito de tal segmento de serviço, assim como destacou "a amplitude das medidas aptas de serem adotadas decorrentes de expressões normativas principiológicas, como as que determinam que sejam utilizados meios compatíveis com o interesse público, bem como outros que contribuam para a redução às barreiras ao investimento em infraestrutura (FCC 10-201, p. 64)." (FIRMEZA, 2016, p. 92).

Assim, buscaria tal órgão regulador adotar medidas aptas a assegurar a promoção e o desenvolvimento da rede do setor de telecomunicações norte-americano, observando que a internet possuiria, já naquela época, grande relevância social, devendo tal órgão regulador resguardar um ambiente propício ao desenvolvimento e acesso da rede à população, sobretudo pelas suas naturezas de efetiva competitividade, inovação, investimentos e proteção aos usuários.

Entretanto, a competência assinalada na seção 706(a) não possuiria aplicação ilimitada, haja vista que, conforme dicção legal, sua atuação se restringiria a tão somente a promoção interestadual e estrangeira do comércio relativo a comunicações via rádio e radiofrequência, assim como as medidas que poderiam ser adotadas pela FCC deveriam se direcionar com o intuito de promover o acesso de avançados meios tecnológicos de redes de telecomunicações a todos os cidadãos americanos, sendo que estas medidas deveriam se alinhar ao interesse público, mediante, por exemplo, a promoção de medidas competitivas no

---

<sup>20</sup> Em tradução livre: "SEC. 706. INCENTIVOS AVANÇADOS DE TELECOMUNICAÇÕES.

(A) EM GERAL - A Comissão e cada comissão estadual com jurisdição reguladora sobre os serviços de telecomunicações devem encorajar a implantação, em tempo razoável e justificado, de capacidades de telecomunicações avançadas para todos os americanos (incluindo, em particular, escolas primárias e secundárias e salas de aula), pela utilização, de forma consistente com o interesse público, conveniência e necessidade, a regulamentação dos limites de preços, a tolerância regulatória, as medidas que promovem a concorrência no mercado local de telecomunicações ou outros métodos reguladores que eliminam os obstáculos ao investimento em infra-estrutura.

(B) INQUÉRITO - A Comissão deve, no prazo de 30 meses após a data de promulgação desta Lei, e regurmente após tal prazo, iniciar um aviso sobre a disponibilidade de capacidade avançada de telecomunicações para todos os americanos (incluindo, em particular, escolas primárias e secundárias e salas de aula) e deve completar o inquérito no prazo de 180 dias após a sua iniciação. No inquérito, a Comissão deve determinar se a capacidade avançada de telecomunicações está sendo implantada a todos os americanos de forma razoável e justificada. Se a conclusão da Comissão for negativa, deve-se tomar medidas imediatas para acelerar a implantação dessa capacidade, eliminando os obstáculos ao investimento em infra-estrutura e promovendo a concorrência no mercado de telecomunicações."

mercado de telecomunicações local e outros meios regulatórios que removam incentivos a investimentos em infraestrutura. Eventuais medidas adotadas pelos agentes de mercado não fossem revestidos por estas características acabariam por ser desautorizadas pela seção 706(a) já mencionado (FCC 10-201, p. 66).

Por outro lado, possuiria também a FCC a competência em assinalar critérios de transparência no mercado decorrente de seu dever anual em reportar ao Congresso norte-americano a respeito do cumprimento de suas atribuições, mediante a apresentação de informações relevantes do mercado de telecomunicações, assim como eventuais sugestões legislativas que se mostrassem necessárias ao desenvolvimento do setor. Nota-se, assim, que somente mediante a implementação de um ambiente plenamente transparente que tais informações poderiam ser indiscriminadamente obtidas pelo órgão regulador, auxiliando o pleno cumprimento de suas atribuições legais.

Em suma, vislumbrou-se que a FCC preocupou-se fortemente em legitimar sua atuação regulatória no caso em apreço embasando em premissas legais, de modo a enfim concretizar suas atribuições e enfim concretizar o resguardo do mercado de telecomunicações norte-americano, visto que a utilização e desenvolvimento da internet foram inseridas como uma marco de interesse social a respeito do tema.

## **2.6 O debate judicial na Corte de Apelação do Distrito de Columbia: FCC x Verizon (2014)**

Em decorrência da decisão estipulada pela FCC, estipulada por meio do *Open Internet Order*, foi apresentada ação judicial, pela empresa Verizon, prestadora de serviços de telecomunicações norte-americana, visto ter as medidas apresentadas pela FCC limitaram os interesses comerciais da mencionada empresa no desenvolvimento de suas atividades de telecomunicação, visto que ela pretendia explorar seus serviços por meio do oferecimento de tratamento diferenciado de dados mediante o pagamento flutuante de tarifas, sujeitas à utilização da banda de internet.

A mencionada discussão judicial acabou por decidir que a FCC não poderia impor medidas regulatórias por meio da *Open Internet Order* sem a devida reclassificação dos serviços de banda larga como serviços de telecomunicações, visto que mesmo entendendo pela adequação das justificativas apresentadas pelo órgão regulador para aplicar tais medidas, merecendo tais medidas, inclusive, aplausos, foi assentada a impossibilidade da imposição de obrigações típicas de *common carriers* a prestadoras de serviço de informações, incluindo,

desta forma, os agentes que então exploravam serviços de banda larga, de modo que somente poderiam ser assinaladas as regras já expostas mediante a reclassificação vociferada.

Assim, mesmo entendendo a Corte de Apelação do Distrito de Columbia que a FCC teria se utilizado de interpretação razoável para assinalar as regras previstas no *Open Internet Order*, embasado na previsão contida na seção 706 do *Telecommunication Act*, de forma a realmente assegurar a criação de um ambiente propício ao rápido desenvolvimento da internet e de sua infraestrutura, não poderia tal órgão regulador assinalar medidas regulatórias que contrariassem dispositivos legais, visto não ser possível conferir tratamento de *common carriers* aos prestadores de serviços de informação e, portanto, os prestadores de banda larga, haja vista não estarem estes condicionados ao tratamento conferido a referida categoria de prestador de serviço. Diante tal cenário, foi assinalada a impossibilidade da manutenção das regras a respeito do não bloqueio e não discriminação desarrazoada de dados, sendo mantida tão somente a regra de transparência.

A seguir, serão aprofundadas algumas dos motivos que levaram a decisão judicial vociferada, que dividiu-se em quatro diferentes tópicos, sendo eles: (i) análise do funcionamento e do mercado da internet; (ii) a competência atribuída à FCC em impor as medidas regulatórias discutidas, sobretudo sob a ótica da seção 706 do *Telecommunication Act*; (iii) a impossibilidade da adoção das regras de não bloqueio e de não discriminação desarrazoada de dados; e por fim (iv) a conclusão do julgado, sendo que para fins de contribuição para a presente obra, serão tão somente abordados os três últimos tópicos.

### **2.6.1 Da competência conferida à FCC em impor medidas regulatória**

Conforme já informado, a Corte de Apelação do Distrito de Columbia destinou parte de sua decisão à análise da competência da FCC em definir medidas regulatórias específicas ao desenvolvimento dos serviços de banda larga no caso em apreço, sendo tal competência embasada na Seção 706 do *Telecommunication Act* de 1996, já anteriormente transcrito na presente obra.

De início, a decisão judicial vociferada efetivamente reconheceu que tal dispositivo legal efetivamente conferiria à FCC a competência em impor medidas regulatória aos serviços de banda larga, contrariando a linha argumentativa defendida pela Verizon no sentido de informar que a seção legal mencionada constituiria-se por ser tão somente declaração diretiva do Poder Legislativo (FIRMEZA, 2016, p. 119), e a impossibilidade da utilização do referido

marco legal a fim de implementar medidas tão severas quanto impostas no *Open Internet Order*.

Segundo o estipulado na Seção 706(a), entendeu a decisão judicial pela ocorrência, diante o crescimento da importância dada aos serviços de banda larga no contexto norte-americano, a necessidade da atuação reguladora mais profunda por parte da FCC, fazendo com que o dispositivo legal mencionado conferisse à FCC competência regulatória suficiente para assinalar medidas adequadas ao pleno desenvolvimento do setor de telecomunicações, mediante a análise da situação fática que o mercado se apresentasse.

Entretanto, a própria decisão também impôs limites a mencionada competência regulatória, de modo a impedir eventuais abusos cometidos pelo órgão regulador a respeito das competências reguladoras a ela conferidas. Registrou, desta forma, que o próprio órgão regulador definiu, junto ao *Open Internet Order*, as limitações de sua atuação, já expostas acima, quais sejam, sua atuação se restringiria somente a promoção interestadual e estrangeira do comércio relativo a comunicações via rádio e radiofrequência, assim como as medidas que poderiam ser adotadas pela FCC deveriam se direcionar com o intuito de promover o acesso de avançados meios tecnológicos de redes de telecomunicações a todos os cidadãos americanos.

Já em relação à Seção 706(b) do *Telecommunications Act*, registrou-se que jamais houve a necessidade da FCC em embasar sua atuação regulatória a respeito de tal dispositivo, haja vista que a adoção de medidas direcionadas ao desenvolvimento do setor demandaria o reconhecimento, por parte do órgão regulador, que as tecnologias presentes no setor seriam insuficientes à disponibilização da internet para seus usuários (No. 11-1355, p. 27-28).

Desta forma, tendo a FCC reconhecido que o desenvolvimento dos serviços de banda larga norte-americano não estava sendo oferecido aos usuários de forma adequada, poderia tal órgão regulador atuar, de maneira setorial e embasado no respectivo regramento legal, mediante a imposição de medidas regulatórias que possibilitassem o direcionamento do setor a um ambiente mais propício ao seu desenvolvimento. Há de se apontar que a decisão judicial ora apontada, ao salientar tal posicionamento, acaba por inserir o pressuposto que o órgão regulador, analisando o contexto fático em que estava inserido o mercado de telecomunicações, poderia de fato manejar determinadas medidas a fim de assegurar o pleno progresso do ambiente virtual norte-americano, com o intuito, por óbvio, de assegurar a efetiva evolução dos serviços de banda larga ofertados no mercado.

Além disso, há de se apontar que a competência regulatória imposta na Seção 706(b) do *Telecommunication Act* deve ser percebido de maneira razoável, de modo a justificar a atuação setorial do mencionado órgão regulador, que, analisando o mercado, impôs a necessidade do direcionamento do mercado com o objetivo de assegurar seu pleno desenvolvimento e a efetivação do oferecimento dos serviços de banda larga aos usuários. O contexto em que se insere o desenvolvimento dos serviços da internet, neste caso, demandariam a atuação setorial mais íntima da FCC, incentivando a adoção de medidas voltadas à aceleração da banda larga americana (FIRMEZA, 2016, p. 124).

Desta forma, resta evidente que a decisão judicial em apreço reconheceu que as disposições contidas na Seção 706 do *Communication Act* confeririam à FCC o respaldo necessário à adoção de medidas necessárias ao desenvolvimento do ambiente de telecomunicações, a fim de concretizar os objetivos assinalados pelo órgão regulador, sobretudo por garantir a criação de um ambiente concorrencial saudável, propício à investimentos e incentivando inovações no setor, dando respaldo jurídico à atuação da FCC em concretizar eventuais políticas públicas definidas com o objetivo de assegurar o oferecimento de serviços de internet a toda a população.

Superada tal questão, estabeleceu a decisão ora em análise, contrariando o defendido pela Verizon, que o mérito das regras impostas pela FCC teriam plena fundamentação, haja vista que as regras mencionadas teriam como escopo a criação de um ambiente propício ao desenvolvimento da infraestrutura e da própria internet.

Ao contrário do defendido pela Verizon, que buscou assinalar que as regras do *Open Internet Order* seriam insuficientes para o cumprimento de suas finalidades, teria a FCC fundamentado, de maneira razoável, a implementação das regras impostas no mencionado marco regulatório, possuindo o órgão regulador fundamentação suficiente apta a embasar sua atuação setorial no caso, haja vista que ao contrário da FCC, não teria a Verizon apresentado qualquer elemento apto a comprovar que a atuação regulatória ocorrida no caso teria sido arbitrária ou até mesmo abusiva, tendo, na realidade, tal órgão regulador agido de maneira a concretizar as políticas públicas definidas no ordenamento jurídico norte-americano, possibilitando, ao final, o desenvolvimento dos serviços de banda larga ofertados aos usuários.

Inclusive, a própria decisão ressalta que a FCC aponta que a garantia de um ambiente propenso à inovações e a diversidade de agentes no âmbito dos provedores de conteúdo e aplicações permitiria o desenvolvimento da rede de infraestrutura da internet, assim como

permitiria o pleno desenvolvimento econômico dos Estados Unidos da América. Confere-se, a seguir, parte integrante da decisão judicial que reconhece tal premissa (No. 11-1355, p. 34):

(...)

*When assessing the reasonableness of the Commission's conclusions, we must be careful not to simply "substitute [our] judgment for that of the agency," especially when the "agency's predictive judgments about the likely economic effects of a rule" are at issue. National Telephone Cooperative Ass'n v. FCC, 563 F.3d 536, 541 (D.C. Cir. 2009) (quoting State Farm, 463 U.S. at 43). Under these standards, the Commission's prediction that the Open Internet Order regulations will encourage broadband deployment is, in our view, both rational and supported by substantial evidence.*

*To begin with, the Commission has more than adequately supported and explained its conclusion that edge-provider innovation leads to the expansion and improvement of broadband infrastructure. The Internet, the Commission observed in the Open Internet Order, is, "[l]ike electricity and the computer," a "general purpose technology" that enables new methods of production that have a major impact on the entire economy."<sup>21</sup>*

É evidente, portanto, que a própria decisão judicial vociferada, mesmo não adentrando no mérito do impacto regulatório que decorreriam das regras impostas pela FCC, entendeu como suficientemente fundamentadas as explicações conferidas por tal órgão regulador a fim de instituí-las no âmbito do ordenamento jurídico norte-americano, de modo a justificar sua atuação setorial.

A definição dos objetivos regulatórios assinalados pela FCC, por meio das regras impostas no *Open Internet Order*, acabariam por resultar na diminuição dos obstáculos de entrada existentes no mercado de telecomunicações, fato que poderia culminar no crescimento da taxa de inovação do setor. Isto porque, garantido um ambiente inovador e competitivo, seria também possível que novos agentes do mercado, tal como *startups* defensoras de serviços e conteúdos inovadores e inexplorados, os oferecessem junto ao mercado, o que poderia eventualmente aumentar a demanda pela utilização da banda de rede e culminar no necessário desenvolvimento infraestrutural da rede de banda larga norte-americana.

---

<sup>21</sup> Em tradução livre: "Ao avaliar a razoabilidade das conclusões da Comissão, devemos ter cuidado para não simplesmente "substituir [o nosso] juízo pelo daquela agência", especialmente quanto aos "julgamentos preditivos da agência sobre os prováveis efeitos econômicos de uma regra" estão em causa. National Telephone Cooperative Ass'n v. FCC, 563 F.3d 536, 541 (D.C. Cir. 2009) (citando State Farm, 463 EUA em 43). De acordo com estes padrões, a previsão da Comissão de que os regulamentos da Ordem da Internet Aberta incentivará a implantação de banda larga é, a nosso ver, racional e apoiada por evidências substanciais.

Para começar, a Comissão apoiou mais do que adequadamente e explicou sua conclusão de que a inovação por provedores leva à expansão e melhoria da infraestrutura de banda larga. A Internet, observou a Comissão na *Open Internet Order*, é "a energia elétrica e o computador", uma "tecnologia de propósito geral" que permite novos métodos de produção que têm um grande impacto em toda a economia."

Por óbvio, diante a capacidade econômica infinitamente inferior quando comparadas aos grandes provedores de conteúdo e de aplicações, a inexistência de presença reguladora a fim de garantir este ambiente inovador e concorrencial tornariam praticamente impossíveis o ingresso destas *startups* no mercado, visto que todo o mercado já estaria sendo controlado por estes grandes agentes no mercado, não sendo razoável permitir que estes novos conteúdos possam ser oferecidos em condições precárias quando se comparado aos serviços já presentes e consolidados no mercado, sobretudo quando leva-se em conta critérios de qualidade e velocidade, por exemplo.

Portanto, os fundamentos assinalados pela FCC ao assinalar as regras em evidência possuiriam plena plausibilidade e razoabilidade, fundamentos estes que foram anteriormente expostos em tópico específico na presente obra, fazendo com que a inexistência destas pudesse acarretar na criação de um ambiente hostil para o próprio desenvolvimento dos serviços de banda larga, tanto em critérios de infraestrutura quanto no oferecimento aos usuários em geral.

Assim sendo, restou evidente que a decisão judicial da Corte de Apelação do Distrito de Colombia, ao analisar o caso em que lhe foi exposto, acabou por entender que existiriam elementos jurídico e legais que confeririam a competência regulatória da FCC em assinalar as regras em apreço, tendo em vista o disposto na Seção 706(a) e 706(b) do *Telecommunication Act* norte-americano, de modo a permitir a concretização de políticas públicas aptas a desenvolverem os serviços de banda larga, assim como reconheceu a plausibilidade dos fundamentos alavancados pela FCC em impor as regras do *Open Internet Order*, de modo a favorecer o desenvolvimento da internet.

### **2.6.2 A nulidade das regras de não bloqueio e não discriminação desarrazoável**

Tendo sido reconhecida a competência da FCC em impôr as regras previstas no *Open Internet Order*, assim como a existência de embasamento suficiente apto a assinalar tais regras, passou a decisão judicial em comento à análise do eventual ferimento dos limites legais impostos a atividade reguladora no caso em apreço, sobretudo quando leva-se em conta se estas medidas regulatórias teriam acabado por conferir o tratamento inerentes a *common carriers*, exclusivo no oferecimento de serviços de telecomunicações e de serviços comerciais, aos prestadores de banda larga (FIRMEZA, 2016. p. 133).

Conforme defendeu a Verizon, as regras impostas pelo não bloqueio e a não discriminação desarrazoada impostas no *Open Internet Order* teriam conferido tratamento de



*common carriers* aos prestadores de banda larga, incluindo, desta forma, o próprio requerente, mesmo que naquela época os serviços de banda larga ainda se encontrassem classificados como serviços de informação.

Neste sentido, efetivamente reconheceu a decisão judicial vociferada que a FCC, ao persistir classificando os serviços de banda larga como serviços de informação, não poderia conferir tratamento inerente à *common carriers* aos prestadores de banda larga, impedindo, desta forma, a aplicação das regras regulatórias impostas pelas medidas regulatórias por ela proferidas. Reconhece, para tanto, que somente poderia ser conferido o tratamento conferido aos *common carriers* em relação aos provedores de banda larga na hipótese de comercialização de serviços de telecomunicações, não sendo passível o mesmo tratamento a serviços de informação, dentre as quais ainda se incluíam os serviços de banda larga, sob pena de ofender o item 51 da Seção 153 do 47 *US Code* (No. 11-1355, p. 45). Veja-se:

(51) *Telecommunications carrier*  
The term "telecommunications carrier" means any provider of telecommunications services, except that such term does not include aggregators of telecommunications services (as defined in section 226 of this title). **A telecommunications carrier shall be treated as a common carrier under this chapter only to the extent that it is engaged in providing telecommunications services, except that the Commission shall determine whether the provision of fixed and mobile satellite service shall be treated as common carriage.**<sup>22</sup> (grifou-se)

A fim de tornar inaplicável a violação ao dispositivo do 47 *US Code*, apontou a FCC, conforme reconhecido junto à decisão, que tal dispositivo somente seria aplicável no contexto do *Communication Act* de 1934, fazendo com que sua atuação, embasada na previsão contida na Seção 706 do *Communication Act* de 1996, pudesse conferir às prestadoras de banda larga tratamento condizente aos *common carriers*. Entretanto, conforme se concluiu, a previsão contida na Seção 706 reproduziu as disposições contidas no item 51 da Seção 153 do 47 *US Code*, tendo aquela substituído a legislação anterior para todos os efeitos, impossibilitando o tratamento de serviços classificados como serviços de informação como *common carriers*.

Prosseguindo, passou-se a análise questionando se as regras imposta no *Open Internet Order* teriam sujeitado as empresas de banda larga a regulamentação conferida e

---

<sup>22</sup> Em tradução livre: "(51) Incubentes de telecomunicações: O termo "incubentes de telecomunicações" significa qualquer provedor de serviços de telecomunicações, exceto que esse termo não inclui agregadores de serviços de telecomunicações (conforme definido na seção 226 deste título). Um incubente de telecomunicações deve ser tratado como uma transportadora comum ao disposto deste capítulo apenas na medida em que se dedica a prestar serviços de telecomunicações, exceto se a comissão determinar se o fornecimento de serviços por satélite fixos e móveis deve ser tratado como uma incubente comum."

destinada a *common carriers*, a fim de eventualmente anular, caso fosse reconhecida sua ocorrência, das regras regulatórias impostas, de modo que o Poder Judiciário norte-americano, no cumprimento de suas atribuições, acabou por judicializar políticas públicas definidas pela FCC que tinham como objetivo o desenvolvimento dos serviços de banda larga.

Nesta seara, interpretou a decisão que o caso em apreço deveria ser analisado à luz do item item 51 da Seção 153 do 47 *US Code*, que nos traz a definição de *common carriers*, conforme se vê adiante:

*11) Common carrier*

*The term "common carrier" or "carrier" means any person engaged as a common carrier for hire, in interstate or foreign communication by wire or radio or interstate or foreign radio transmission of energy, except where reference is made to common carriers not subject to this chapter; but a person engaged in radio broadcasting shall not, insofar as such person is so engaged, be deemed a common carrier.*<sup>23</sup>

A fim de entender o significado da expressão "*any person engaged as a common carrier for hire*", buscaram tanto a decisão judicial analisada quanto a FCC interpretar tal regra em elementos historicamente assentados em casos concretos já decididos nos tribunais, decorrente das bases do *common law* norte-americano.

Esses elementos interpretativos, conforme salienta Paulo Firmeza Soares, acabaram por definir que empresas ligadas aos setores de transporte e de telecomunicações tivessem a incumbência de ofertar indiscriminadamente seus serviços a todas as pessoas que buscassem sua contratação mediante a cobrança de preços razoáveis. Confere-se, a seguir, os elementos interpretativos que foram assinalados por tal autor:

*"Descreve a Corte, então, que já no século XIX o Poder Judiciário começou a impor determinadas obrigações a empresas do setor de transportes e de comunicações, destacando que, no caso Interstate Commerce Commission v. Baltimore & Ohio Railroad Co., 145 U.S. 263, 275 (1892), a Suprema Corte havia dito que a condição de common carrier de um transportador implicaria sua obrigação de – mas não apenas de – transportar todas as pessoas – e mercadorias – que tenham interesse de ser transportadas a preços razoáveis. Ou seja, a ideia é que, a partir do momento em que uma empresa se posicione no mercado oferecendo seus serviços, ela não possa agir de forma discriminatória, devendo permitir que todos os interessados contratem seus serviços. E para que a possibilidade de contratação seja efetiva, os preços praticados também devem ser igualitários e razoáveis. Trata-se, pois, da democratização do acesso a serviços e insumos*

---

<sup>23</sup> Em tradução livre: "11) Incubente comum: O termo "incubente comum" ou "incubente" significa qualquer pessoa contratada como incubente comum para servir, na comunicação interestadual ou estrangeira de transmissão de energia por fio ou rádiofrequência ou interestadual ou estrangeira, exceto quando é feita referência a incubentes comuns não sujeitas a este capítulo; Mas uma pessoa envolvida na radiodifusão não deve, na medida em que essa pessoa esteja envolvida, ser considerada uma incubente comum."

*considerados importantes do ponto de vista socioeconômico, ofertados indistintamente ao público em geral, dando azo a um amplo dirigismo contratual, que se revela, como afirma Calixto Salomão Filho (2008, p. 77), “tanto na obrigação contratual como no conteúdo da contratação”. (FIRMEZA, 2016, p. 137)*

Tal questão, inclusive, deve ser analisada sob a ótica da doutrina do “*essential facility*”, que define a limitação ao direito da propriedade, de modo a permitir o pleno acesso à infraestruturas essenciais ao desenvolvimento de determinadas atividades econômicas (FIRMEZA, 2016, p. 137), como forma de garantir um ambiente concorrencial no setor. Por meio deste compartilhamento de infraestrutura, enfraquecem-se as barreiras de entrada no mercado, visto que os responsáveis pelo gerenciamento da infraestrutura do setor são obrigados a compartilhar a infraestrutura já existente no mercado aos novos competidores, criando assim um ambiente justo e não discriminatório no mercado.

Neste sentido, as prestadoras de serviços caracterizados como *common carriers* restam obrigadas a oferecerem seus serviços ao público sem que houvesse discriminação relativa ao seu oferecimento ou não, visto que a individualização do oferecimento de serviços, seguindo, assim, condições particulares, deixar-se-ia de se considerar o serviço como *common carrier* para ser considerado como um *private carrier*, não sendo estes passíveis de regulamentação segundo os critérios adotados aos *common carriers*, que possuiriam, diante a maneira que são ofertadas ao público, natureza quase pública, haja vista que não poderiam seus responsáveis ofertarem estes serviços de forma discriminatória, não possuindo também a possibilidade de se negociar eventuais cláusulas contratuais relativas a sua contratação (No. 11-1355, p. 48).

Prestadas estas considerações iniciais, a decisão passou a analisar detidamente se as regras impostas no *Open Internet Order* teriam conferido às prestadoras de banda larga as regulamentações atinentes e aplicáveis tão somente aos prestadores de serviço configurados como *common carriers*.

Conforme argumentou a FCC, as regras impostas no *Open Internet Order* destinariam-se a regular a relação entre os prestadores de acesso de banda larga e os prestadores de conteúdo e/ou aplicações, sendo que tal relação resultaria num tratamento não característico dos *common carriers* em relação a estes. Assim, sendo os usuários os consumidores finais dos serviços prestados pelos mencionados prestadores de acesso, seria reservada aos prestadores de acesso a oportunidade de ofertar de maneira individualizada a oferta de seus serviços a tais usuários, não sendo possível se conferir, diante esta individualização, do tratamento dos *common carriers* em tal situação. Segundo tal órgão

regulador, somente no caso em que fosse imposta a obrigação às prestadoras de acesso de banda larga em ofertarem seus serviços de maneira indiscriminada perante os usuários que seria possível conferir tratamento de *common carrier* nesta relação. Neste sentido, assinalou a decisão judicial a respeito do argumento empossado pela FCC (No. 11-1355, p. 50-51):

*“The Commission’s explanation in the Open Internet Order for why the regulations do not constitute common carrier obligations and its defense of those regulations here largely rest on its belief that, with respect to edge providers, broadband providers are not “carriers” at all. Stating that an entity is not a common carrier if it may decide on an individualized basis “whether and on what terms to deal” with potential customers,” the Commission asserted in the Order that “[t]he customers at issue here are the end users who subscribe to broadband Internet access services.” Open Internet Order, 25 F.C.C.R. at 17950–51 ¶ 79 (quoting NARUC I, 525 F.2d at 641) (emphasis added). It explained that because broadband providers would remain able to make “individualized decisions” in determining on what terms to deal with end users, the Order permitted the providers the “flexibility to customize service arrangements for a particular customer [that] is the hallmark of private carriage.” Id. at 17951 ¶ 79. Here, the Commission reiterates that “as long as [a broadband provider] is not required to serve end users indiscriminately, rules regarding blocking or charging edge providers do not create common carriage.” Commission’s Br. 61. We disagree.”<sup>24</sup>*

Entretanto, ao contrário do defendido pela FCC, a Corte entendeu que mesmo sendo os usuários os consumidores finais dos serviços de banda larga, tal situação não impediria que tais provedores de acesso fossem também considerados como “*carriers*” perante os provedores de conteúdo e/ou de aplicação. Nesse contexto, restando óbvio que os provedores de acesso de fato podem ofertar seus serviços perante os provedores de conteúdo, poderia culminar o comportamento de *common carriers* na relação entre tais agentes de mercado.

Entretanto, a análise que deveria se realizar a respeito das regras impostas no *Open Internet Order* não decorreriam tão somente diante a possibilidade da ocorrência deste comportamento, mas caso tais regras estipulariam obrigações que evidenciarium o

---

<sup>24</sup> Em tradução livre: " A explicação da Comissão no *Open Internet Order* para o motivo pelo qual os regulamentos não constituem obrigações comuns de incubentes e sua defesa desses regulamentos aqui em grande parte depende da sua convicção de que, no que diz respeito aos provedores de conteúdo, os provedores de banda larga não são "incubentes". Declarando que uma entidade não é uma incubente comum se puder decidir individualmente "se, e em que condições negociar" com potenciais clientes, a Comissão afirmou na Ordem que "[os] clientes em questão aqui são os usuários finais que contrararam os serviços de acesso à Internet de banda larga. "Open Internet Order, 25 FCCR Em 17950-51 ¶ 79 (citando NARUC I, 525 F.2d em 641) (ênfase adicionada). Explicou que, uma vez que os provedores de banda larga continuariam capazes de tomar "decisões individualizadas" na determinação dos termos para lidar com os usuários finais, a Ordem permitia aos provedores "flexibilidade para personalizar os arranjos de serviços para um cliente específico [que] é a marca registrada da incubência privada. "Id. Em 17951 ¶ 79. Aqui, a Comissão reitera que "desde que [um fornecedor de banda larga] não seja obrigado a servir os usuários finais de forma indiscriminada, as regras relativas ao bloqueio ou cobrança de provedores de conteúdo não criam incubência comum". 61. Não concordamos."

comportamento de *common carrier* entre os provedores de acesso de banda larga e os provedores de conteúdo e/ou aplicações (No. 11-1355, p. 51-52).

Mesmo que realmente inexistia, a princípio, a requisição do fornecimento de determinado serviço por parte dos provedores de acesso em relação aos provedores de acesso, ante a aparente inexistente relação entre tais agentes, a caracterização das condições próprias de *common carriers* decorrem, conforme já explicitado, do pedido do fornecimento de determinado serviço cujo atendimento seja praticado mediante a adoção de condições razoáveis e sem discriminação pelos seus responsáveis.

Independente da eventual inexistência de relação contratual entre os prestadores de acesso e os prestadores de conteúdo e/ou de aplicações, visto que normalmente tal relação se dá entre os provedores de acesso de banda larga e os consumidores finais, entendeu a Corte que independente dos provedores de acesso não cobrarem dos provedores de conteúdo tarifas específicas que os permitam oferecer seus serviços com privilégios ou até mesmo pela transmissão normal de dados, visto que as regras impostas no *Open Internet Order* buscaram exatamente impedir este tratamento discriminatório perante os provedores de acesso, impedindo, assim, que os provedores de acesso pudessem adotar determinadas condições na rede a fim de tornar necessário o pagamento pelo tráfego de dados por parte dos provedores de conteúdo, tornando também inaplicável a fundamentação alavancada pela FCC no sentido de não conferir tratamento típico a *common carriers* diante a implantação das medidas regulatórias em análise tão somente diante seu oferecimento numa relação comercial gratuita, haja vista a possível inexistente relação direta entre os provedores de acesso e de conteúdo (No. 11-1355, p. 52-53).

Por fim, a decisão judicial ora em análise, fazendo uma comparação com os casos *Midwest Video I* e *Midwest Video II*, que trataram a respeito de medidas regulatórias impostas à prestadores de TV a cabo que as obrigaram a fornecer conteúdos de terceiros sem a possibilidade de realização do bloqueio do oferecimento destes conteúdos segundo seus interesses comerciais, mesmo que, em situação análoga ao tratado no mercado de telecomunicações, fossem também os usuários que efetivamente compartilhassem laços contratuais dos serviços ofertados por estas prestadoras. Nesta situação, foi reconhecido que estas prestadoras de TV a cabo também agiram como *carriers* em relação aos indivíduos terceiros cujos conteúdos lhe foram obrigados a publicar.

Por serem ambas as situações expostas possuírem evidentes similaridades, reconheceu-se que sua aplicação por analogia às medidas regulatórias impostas no *Open*

*internet Order*, assinalando a decisão judicial objetificada que teriam tais medidas impostas regras que conferiram tratamento de *common carrier* aos prestadores de serviços de banda larga, visto que elas, ao obrigarem que o tratamento conferido aos prestadores de conteúdo fosse dada sem discriminação desarrazoada, obriga tais prestadoras a oferecerem seus serviços de maneira indiscriminada perante os usuários, configurando, portanto, o tratamento de *common carrier* no caso em análise. Além disso, a impossibilidade da realização de acordos comerciais entre provedores de acesso e provedores de conteúdo e/ou aplicações, de modo a permitir eventuais privilégios no oferecimento dos serviços destes últimos no mercado, acaba por obrigar que os provedores de acesso acabem por também oferecer seus serviços aos provedores de conteúdo de maneira gratuita, inexistindo individualização na contratação de serviços entre tais agentes, o que também conferiria o mesmo tratamento neste casos, mesmo diante a impossibilidade da aplicação de medidas regulatórias próprias de *common carriers* aos serviços de informação, tal como eram ainda classificados os serviços de banda larga.

Ainda, estabeleceu-se que não restaria tão clara a configuração de tratamento conferido à *common carriers* no caso da regra de não bloqueio. Entretanto, de fato este tipo de tratamento também seria vislumbrado neste caso, haja vista que seria necessário que fosse conferido tratamento igualitário na relação de tráfego de dados entre provedores de acesso e os provedores de conteúdo, de modo que cada um destes agentes receba exatamente o mesmo tratamento, caracterizando assim a relação de *common carrier* decorrente desta regra.

Em última análise, em relação às regras de publicidade, a própria Verizon, requerente no pleito judicial ora apresentado, não foi capaz de demonstrar a caracterização de relação de *common carrier* em decorrência da mencionada regra, tendo tão somente buscar anular tal regra em decorrência da nulidade das demais regras impostas no *Open Internet Order*, mesmo que a Corte tenha infirmado o entendimento que a FCC teria exposto o entendimento que todas as regras impostas operavam de forma independente, impossibilitando a decretação de sua nulidade.

### **2.6.3 Da decisão final da demanda**

Conforme exposto, o pleito judicial analisado reconheceu a nulidade das regras de não bloqueio e não discriminação desarrazoada, tendo estabelecido que mesmo possuindo a FCC a competência em assinalar tais medidas regulatórias, teriam elas impostas tratamento de

*common carrier* a um serviço formalmente classificado como serviço de informações, existindo vedação legal para tal ocorrência. Confere-se:

*For the forgoing reasons, although we reject Verizon's challenge to the Open Internet Order's disclosure rules, we vacate both the anti-discrimination and the anti-blocking rules. See Northern Air Cargo v. U.S. Postal Service, 674 F.3d 852, 860–61 (D.C. Cir. 2012) (appropriateness of vacatur dependent on whether "(1) the agency's decision is so deficient as to raise serious doubts whether the agency can adequately justify its decision at all; and (2) vacatur would be seriously disruptive or costly"); Comcast, 600 F.3d at 661 (vacating the Comcast Order). We remand the case to the Commission for further proceedings consistent with this opinion.*<sup>25</sup>

Ao estabelecer tal posicionamento, o Poder Judiciário norte-americano chancela a possibilidade da atuação regulatória da FCC em adotar as medidas necessárias ao desenvolvimento de seu setor de incidência, mesmo que tenha vedado, a princípio, a atuação regulatória em análise em primeiro momento, haja vista ter duas regras impostas no *Open Internet Order* conferido tratamento característico de *common carriers* a serviços de informação, fato que, conforme se demonstrou, era vedado pelo ordenamento jurídico norte-americano. Tal posicionamento, inclusive, induziu a posterior atuação da FCC em reclassificar formalmente os serviços de banda larga como serviços de telecomunicações, possibilitando, assim, a adoção de medidas regulatórias condizentes ao pleno desenvolvimento do mercado.

## **2.7 A releitura das regras do *Internet Open Order* após a reclassificação dos serviços de banda larga como serviços de telecomunicações**

Após a decisão judicial que declarou a nulidade das regras impostas na *Internet Open Order* pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia, a FCC exagorou, em 12 de março de 2015, nova decisão reclassificando formalmente os serviços de banda larga como serviços de telecomunicações, a fim de enfim concretizar as políticas públicas impostas na decisão anteriormente proferida a fim de criar um ambiente saudável ao desenvolvimento dos serviços de banda larga nos Estados Unidos da América.

---

<sup>25</sup> Em tradução livre: "Pelos motivos expostos, embora rejeitemos o desafio da Verizon às regras de transparência da *Open Internet Order*, nós abdicamos as regras anti-discriminação e anti-bloqueio. Ver North Air Cargo v. US Postal Service, 674 F.3d 852, 860-61 (DC Cir. 2012) (adequação da abdicância dependente se "(1) a decisão da agência é tão deficiente quanto para levantar dúvidas sérias se a agência pôde justificar adequadamente a sua decisão, e (2) abdicção seria seriamente perturbador ou dispendioso "); Comcast, 600 F.3d em 661 (desocupando o Comcast Order). Reenvindamos o caso à Comissão para outros procedimentos compatíveis com esta opinião."

Entretanto, ainda mais importante que a própria reclassificação em comento foram as estipulações alavancadas pela FCC a respeito das regras novamente definidas, dando nova leitura as medidas regulatórias anteriormente assentadas a fim de possibilitar, além do desenvolvimento da rede, o próprio desenvolvimento da economia norte-americana, visto ter a internet adquirido tamanha importância que acabou por se inserir no cotidiano de praticamente toda a população norte-americana e mundial, promovendo grandes movimentações comerciais e em áreas como educação e entretenimento, por exemplo (FCC 15-24, p. 03).

Conforme se constatou, durante a vigência das regras impostas na *Internet Open Order*, as regras então impostas teriam promovido grande crescimento nos investimentos destinados à infraestrutura da rede de banda larga, tornando mandatório, mais uma vez, a definição de regras preocupadas em novamente inserir o princípio da neutralidade de rede no contexto regulatório norte-americano. Da mesma forma, a evolução tecnológica vivenciada entre 2010 e 2015 ficou visível, tornando os serviços de banda larga com tamanha essencialidade e importância que transmutou a abordagem regulatórias adotada pela FCC a respeito do tema, a fim de novamente assegurar o desenvolvimento setorial em benefício da coletividade.

Neste sentido, buscou assinalar o mencionado órgão regulador regras que melhor refletissem as necessidades do desenvolvimento da banda larga no contexto norte-americano, mesmo que sua fundamentação, em geral, permanecessem praticamente as mesmas daquelas dadas durante a publicação do *Open Internet Order*, mesmo que estas novas regras, condizendo com a nova realidade do mercado, tenham se direcionado mais especificamente a respeito de determinadas práticas adotadas pelos provedores de acesso e de conteúdo, sendo igualmente assinaladas tanto aos serviços de banda larga fixa e móvel.

Conjuntamente com a regra de transparência, cuja nulidade não foi reconhecida perante a Corte de Apelação do Distrito de Columbia, foram estabelecidos quatro diferentes regras, quais sejam: (i) não bloqueio; (ii) não degradação no tráfego de dados; (iii) impossibilidade de acordos comerciais que buscassem assinalar tratamento prioritário de determinados conteúdos na rede; e (iv) impossibilidade de interferência desarrazoada ou tratamento prejudicial desarrazoado em relação aos consumidores e provedores de conteúdo (FIRMEZA, 2016, p. 152).

A respeito da regra de não bloqueio, dispôs tal órgão regulatório a continuidade da regra anteriormente prevista no sentido de tornar indisponíveis bloqueio ao acesso de



conteúdos lícitos por parte dos provedores de acesso, possibilitando pleno acesso aos usuários ao ambiente virtual. Confere-se (FCC 15-24, p. 07):

*No Blocking. Consumers who subscribe to a retail broadband Internet access service must get what they have paid for—access to all (lawful) destinations on the Internet. This essential and well-accepted principle has long been a tenet of Commission policy, stretching back to its landmark decision in Carterfone, which protected a customer's right to connect a telephone to the monopoly telephone network. 16 Thus, this Order adopts a straightforward ban: A person engaged in the provision of broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not block lawful content, applications, services, or nonharmful devices, subject to reasonable network management.<sup>26</sup> (grifou-se)*

Já quanto a regra da impossibilidade de degradação no tráfego de dados, assinalou a FCC que novamente, ao instituir tal regra, buscou este órgão regulador impor uma regra separada específica no tratamento de dados conferidos aos usuários, de modo atender os anseios buscados por tais agentes na contratação e utilização de conteúdo lícito da rede, de modo a impedir que eventuais bloqueios manejados pelos responsáveis pelo tráfego de rede possam interferir na acesso dos mais diversos conteúdos presentes na internet, reconhecendo novamente a impossibilidade da ocorrência deste ato. Veja-se (FCC 15-24, p. 07):

*No Throttling. The 2010 open Internet rule against blocking contained an ancillary prohibition against the degradation of lawful content, applications, services, and devices, on the ground that such degradation would be tantamount to blocking. This Order creates a separate rule to guard against degradation targeted at specific uses of a customer's broadband connection: A person engaged in the provision of broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not impair or degrade lawful Internet traffic on the basis of Internet content, application, or service, or use of a non-harmful device, subject to reasonable network management.<sup>27</sup> (grifou-se)*

---

<sup>26</sup> Em tradução livre: "Não bloqueio. Os consumidores que contratem um serviço de acesso à Internet de banda larga de varejo devem obter pelo o que pagaram o acesso a todos os destinos (legais) na Internet. Este princípio essencial e bem aceito tem sido um princípio da política da Comissão, que remonta a sua decisão histórica na Carterfone, que protegeu o direito de um cliente para conectar um telefone à rede telefônica monopolista. 16 Assim, esta Ordem adota uma proibição direta: uma pessoa envolvida na prestação de serviços de acesso à Internet de banda larga, na medida em que essa pessoa esteja envolvida, não deve bloquear conteúdos legais, aplicativos, serviços ou dispositivos não-prejudiciais, sujeito a um gerenciamento de rede razoável"

<sup>27</sup> Em tradução livre: "Sem limitação. A regra aberta da Internet de 2010 contra o bloqueio continha uma proibição auxiliar contra a degradação de conteúdos, aplicativos, serviços e dispositivos legítimos, com o fundamento de que tal degradação equivaleria ao bloqueio. Esta Ordem cria uma regra separada para se proteger contra a degradação direcionada a usos específicos da conexão de banda larga de um cliente: uma pessoa envolvida no fornecimento de serviço de acesso à Internet de banda larga, na medida em que essa pessoa esteja envolvida, não deve prejudicar ou degradar o tráfego legal da base da internet a respeito do conteúdo, aplicação ou serviço da Internet, ou uso de um dispositivo não prejudicial, sujeito a um gerenciamento de rede razoável."

Nesta mesma seara, apontou a FCC que seria também necessário tornar indisponíveis eventuais acordos econômicos com o intuito de promover o tratamento privilegiado de dados na rede por parte dos provedores de acesso, mediante o acesso privilegiado de determinados conteúdos, aplicações, serviços ou aparelhos. A respeito de tal regra, manifestou-se o mencionado órgão regulador (FCC 15-24, p. 07-08):

*No Paid Prioritization. Paid prioritization occurs when a broadband provider accepts payment (monetary or otherwise) to manage its network in a way that benefits particular content, applications, services, or devices. To protect against “fast lanes,” this Order adopts a rule that establishes that: A person engaged in the provision of broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not engage in paid prioritization. “Paid prioritization” refers to the management of a broadband provider’s network to directly or indirectly favor some traffic over other traffic, including through use of techniques such as traffic shaping, prioritization, resource reservation, or other forms of preferential traffic management, either (a) in exchange for consideration (monetary or otherwise) from a third party, or (b) to benefit an affiliated entity.<sup>28</sup> (grifou-se)*

Por fim, a instituição da regra da interferência desarrazoada ou imposição de desvantagens desarrazoadas perante os consumidores ou provedores de conteúdo buscou, conjuntamente com as regras acima expostas, possibilitar a manutenção de um ambiente propício a investimentos e inovações, de modo que impossibilitar que a adoção de determinados atos técnicos que porventura atingissem de maneira nociva os consumidores e os provedores de acesso deveria também servir como proteção à criação de um ambiente de plena liberdade de expressão aos usuários e os provedores de conteúdo. Neste sentido (FCC 15-24, p. 08-09):

*21. The bright-line bans on blocking, throttling, and paid prioritization will go a long way to preserve the virtuous cycle. But not all the way. Gatekeeper power can be exercised through a variety of technical and economic means, and without a catch-all standard, it would be that, as Benjamin Franklin said, “a little neglect may breed great mischief.”<sup>24</sup> Thus, the Order adopts the following standard:*

*Any person engaged in the provision of broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not unreasonably interfere with*

---

<sup>28</sup> Em tradução livre: " Não pagamento prioritário. A priorização paga ocorre quando um provedor de banda larga aceita pagamento (monetário ou não) para gerenciar sua rede de forma a beneficiar conteúdo, aplicativos, serviços ou dispositivos específicos. Para proteger contra "pistas rápidas", esta Ordem adota uma regra que estabelece que: Uma pessoa envolvida no fornecimento de serviço de acesso à Internet de banda larga, na medida em que essa pessoa esteja envolvida, não deve se engajar em prioridade paga.

A "prioridade paga" refere-se ao gerenciamento da rede de um provedor de banda larga para favorecer, direta ou indiretamente, algum tráfego em relação a outro, inclusive através do uso de técnicas como modelagem de tráfego, priorização, reserva de recursos ou outras formas de gerenciamento de tráfego preferencial, (a) Em troca de consideração (monetária ou não) de um terceiro, ou (b) para beneficiar uma entidade afiliada.

or unreasonably disadvantage (i) end users' ability to select, access, and use broadband Internet access service or the lawful Internet content, applications, services, or devices of their choice, or (ii) edge providers' ability to make lawful content, applications, services, or devices available to end users. Reasonable network management shall not be considered a violation of this rule.

22. This "no unreasonable interference/disadvantage" standard protects free expression, thus fulfilling the congressional policy that "the Internet offer[s] a forum for a true diversity of political discourse, unique opportunities for cultural development, and myriad avenues for intellectual activity."<sup>25</sup> And the standard will permit considerations of asserted benefits of innovation as well as threatened harm to end users and edge providers.<sup>29</sup> (grifou-se)

Portanto, a atuação regulatória adotada pelo FCC, mais uma vez com o intuito de criar um ambiente propício a garantia à liberdade de expressão dos usuários, assim como pela crescente preocupação na garantia de um ambiente que respeite a neutralidade de rede a ser adotada no ordenamento jurídico norte-americano, buscou assinalar novamente as regras que já havia sido até mesmo aplaudidas pela decisão judicial proferida pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia, de modo a atender e efetivamente cumprir as políticas públicas previstas pelo Congresso americano, a fim de assegurar o pleno desenvolvimento da infraestrutura e do próprio ambiente virtual da internet.

Será exposto, a seguir, uma mais profunda análise a respeito do princípio da neutralidade de rede, princípio este foi inicialmente cunhado por autor norte-americano, assim como expor o debate da literatura norte-americana sobre o tema.

---

<sup>29</sup> Em tradução livre: "21. O ideal na proibições do bloqueio, limitações e prioridade paga farão um longo caminho para preservar o ciclo virtuoso. Mas não todo o caminho. O poder do guardião pode ser exercido através de uma variedade de meios técnicos e econômicos, e sem um padrão geral, seria assim, como Benjamin Franklin disse, "um pouco de negligência pode gerar grandes prejuízos" .<sup>24</sup> Assim, a Ordem adota o seguinte padrão: Qualquer pessoa que se dedica à prestação de serviços de acesso à Internet de banda larga, na medida em que essa pessoa esteja envolvida, não deve interferir injustificadamente ou mediante a desvantagem injustificada na (i) capacidade dos usuários finais de selecionar, acessar e usar o serviço de acesso à Internet de banda larga ou a conteúdo legal da Internet, aplicativos, serviços ou dispositivos de sua escolha, ou (ii) habilitar os provedores a disponibilizar conteúdos legais, aplicativos, serviços ou dispositivos disponíveis ao usuários finais. O gerenciamento de rede razoável não deve ser considerado uma violação desta regra.

22. Este padrão de "não interferência / desvantagem desarrazoável" protege a liberdade de expressão, cumprindo assim a política do Congresso de que "a Internet oferece um fórum para uma verdadeira diversidade de discurso político, oportunidades únicas para o desenvolvimento cultural e inúmeras avenidas para a atividade intelectual. "25 E o padrão permitirá considerações de benefícios a respeito da inovação, bem como eventuais ameaças danosas aos usuários finais e provedores de conteúdo.

## CAPÍTULO 3 — A DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA A RESPEITO DO PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE DE REDE NO CONTEXTO NORTE AMERICANO

### 3.1 O princípio da neutralidade de rede segundo Tim Wu

Conforme exposto na parte inicial do presente trabalho, o princípio da neutralidade de rede foi inicialmente cunhado pelo autor Tim Wu (WUU, 2003), professor de direito da Universidade de Columbia, que estabeleceu que a inserção do mencionado princípio no mercado de telecomunicações teria como objetivo criar uma medida concreta a fim de estabelecer um ambiente competitivo e de plena inovação num ambiente concorrencial tão acirrado quanto o da internet, no qual seus agentes frequentemente brigam para aprofundar sua participação no mercado pelo oferecimento dos mais diversos serviços. A respeito disso, defendeu o mencionado autor (WU, 2003, p. 146):

*A communications network like the Internet can be seen as a platform for a competition among application developers. Email, the web, and streaming applications 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.*

*For these reasons, Internet Darwinians argue that their innovation theory is embodied in the “end-to-end” design argument, which in essence suggests that networks should be neutral as among applications.<sup>30</sup>*

Este princípio de rede, buscando dar tratamento igualitário a todo conteúdo, sítios eletrônicos e plataformas que eventualmente são ofertados no ambiente da internet, acaba por assegurar um ambiente inovador da internet, tendo sido esta uma de suas características basilares desde seu aparecimento.

Segundo tal autor, a fim de vislumbrar os benefícios que poderiam ser conferidos ao setor de comunicações seria analisar seu impacto em outros setores da economia, tal como o setor de energia elétrica, no qual sua construção foi implicitamente definida seguindo as orientações definidas mediante um ambiente neutro. O propósito geral em assinalar esta natureza neutra da rede de energia elétrica é uma de suas características mais marcantes e que possibilitaram seu oferecimento de maneira mais eficiente e geral, visto que a neutralidade

---

<sup>30</sup> Em tradução livre: " Uma rede de comunicações como a Internet pode ser vista como uma plataforma para a competição entre desenvolvedores de aplicativos. Os aplicativos de e-mail, web e streaming estão em uma luta pela atenção e interesse dos usuários finais. Por isso, é importante que a plataforma seja neutra, a fim de garantir que a concorrência permaneça meritocrática. Por estas razões, darwinistas da internet argumentam que sua teoria da inovação é incorporada no argumento de design "de ponta a ponta" da internet, que, em essência, sugere que as redes deveriam ser neutras como entre as aplicações

presente na rede de energia elétrica não difere a utilização por parte de seus usuários mediante a adoção de determinados critérios ou produtos, sendo irrelevante se levar em consideração se o usuário eventualmente utilizou a energia elétrica para utilizar uma torradeira ou um computador para fins de fornecimento do mencionado produto, que é ofertado de maneira pública e indiscriminada.

Esta característica foi um dos principais pontos que permitiram que o mercado de energia elétrica perpassasse foi imensas ondas de inovação e desenvolvimento, permitindo a utilização deste modelo de neutralidade na seara de telecomunicações para fins de justificar a imposição da neutralidade também no oferecimento da internet.

A teoria por trás do princípio da neutralidade de rede na internet se reveste pelo ideal que o oferecimento dos serviços no ambiente virtual devem ser entregues de maneira mais eficiente no mercado, de forma a se retirar todo os proveitos advindos da utilização do ambiente virtual nos mais diversos mercados, ante a grande importância que a internet adquiriu desde sua popularização. Tal fim, entretanto, somente poderia ser assegurado mediante a criação de mecanismos aptos a impor uma plataforma revestida por inovações, assim como permitir que seu desenvolvimento pudesse, ao final, ser ofertado à população em geral de maneira pública e irrestrita, possibilitando a troca de informações e conteúdos entre seus usuários.

Grande questão a ser levada em conta na implantação do princípio da neutralidade de rede imposta no ambiente de telecomunicações é a grande concentração de mercado existente no mencionado setor. Se por um lado a inexistência de regras que visem garantir a neutralidade de rede possam ao final gerar maiores ganhos aos provedores de acesso e de conteúdo, há de se também considerar que esse ganho também pode gerar inequívocos malefícios ao mercado, sobretudo por criar um ambiente de evidente ausência de competitividade e por desestimular a inovação por parte dos grandes agentes que já estão inseridos no mercado. Os gerentes de rede, frequentemente, buscam se utilizar de sua capacidade econômica e presença de mercado a fim de resguardar sua posição dominante no mercado, sendo que a discriminação no oferecimento de seus serviços um dos atos primordiais a fim de assegurar sua presença de mercado dominante. É o que defende Tim Wu, em sua obra "*Network Neutrality: Competition, Innovation, and Nondiscriminatory Access*", conforme se vê adiante:

*"Letting the internet or any infrastructure become discriminatory may offer marginally more profit for operators. But it does so at the cost of a tax on*

*network competition and innovation. Whether it's a nation's ports, roads, canals, or information networks, discrimination comes at a price to the activities that depend on the infrastructure*

(...)

*Problems of network discrimination are nothing new. Network owners with market power have always been tempted to use their gatekeeper position to discriminate between favored and disfavored uses.*<sup>31</sup> (WU, 2006, p. 02)

Neste exato sentido foi que se verificou que a atividade regulatória adotada pelos mais diversos governos em assegurarem um mínimo de neutralidade em campos setoriais sensíveis, conforme se viu pela imposição de medidas que assegurassem tal características nos setores de energia elétrica, conforme exposto, assim como de ferrovias e, atualmente, na seara da internet.

No setor de internet, a discussão a respeito da imposição de regras aptas a conferirem um ambiente de neutralidade iniciou-se a partir das possíveis ameaças de uma das concepções iniciais da internet, qual seja, seu princípio *end-to-end*, que sempre impôs que a conexão e o compartilhamento de dados entre provedores e os usuários se pautava em uma tráfego livre e igualitário, inexistindo, em sua essência, qualquer interferência na distribuição e acesso à informações. Isto porque, no contexto norte-americano, a grande concentração de mercado dos detetores de gerenciamento da rede de infraestrutura de telecomunicações e sua relação com os escassos provedores de acesso inseridos no mercado poderia resultar na adoção de uma série de medidas que buscassem ferir tal princípio, resultando, ao final, no aprofundamento da concentração de um mercado já caracterizado por uma grande verticalização de seus agentes. Este perigoso cenário, já verificado em diversos outros mercados de caráter público, poderia por fulminar princípios fundamentais inseridos em tais mercado, tal como a livre concorrência e as inovações necessárias em tal setor, assim como poderiam acabar por restringir fortemente a livre iniciativa dos usuários em escolherem que tipos de serviços poderiam vir a contratar.

Em decorrência da possível discriminação da infraestrutura e do oferecimento díspar de serviços por parte dos provedores de acesso, apontou o autor vociferado que tais atos resultariam em inequívoco ferimento à competitividade de mercado e as inovações inerentes ao setor de comunicações. Em suas palavras:

---

<sup>31</sup> Em tradução livre: "Permitir que a Internet ou qualquer infra-estrutura se tornem discriminatórias podem oferecer marginalmente mais lucro para os operadores. Mas isso acontece mediante o custo de um ônus sobre competição e inovação de redes. Se é um porto, estradas, canais ou redes de informação de uma nação, a discriminação vem pelo preço das atividades que dependem da infra-estrutura (...) Problemas de discriminação de rede não são nada de novo. Os proprietários de redes com poder de mercado sempre foram tentados a usar sua posição de guardião para discriminar entre usos favorecidos e desfavorecidos ".

*"It is inevitable that a discriminatory infrastructure will affect competition and innovation in the markets that depend on it. Imagine, for a moment, that private American highway companies reserved a lane for Ford cars. That would be good for Ford, but obviously would affect competition as between Ford and General Motors. It would also slow innovation—for it would no longer be the best car than wins, but the one that signs the best deals and slows down their competitors. The race is no longer to build a better car, but to fight for a better deal with the highway company."<sup>32</sup> (WU, 2006, p. 04-05)*

A concentração de mercado, conjuntamente com a discriminação praticada pelos agentes de mercado, poderia resultar, portanto, no ferimento de todo o ambiente aberto e irrestrito da internet, de forma a impedir que eventuais agentes ingressantes no mercado, tal como ocorre com *startups*, restem impossibilitados em adentrarem o inchado nicho de serviços e produtos inseridos no mercado.

O princípio da neutralidade de rede, portanto, muito se assemelha com o tratamento concedido aos *common carriers* expostos no capítulo anterior, visto que da mesma forma que os serviços conferidos aos *common carriers* devem ser tratados de forma pública e indiscriminada, a imposição da regra de neutralidade de rede acaba por também assinalar que o desenvolvimento setorial demanda o oferecimento dos serviços da internet de forma aberta e indiscriminada, visto que, conforme se demonstrou, somente desta forma poderia o mercado de telecomunicações se desenvolver de forma saudável e com apreço à inovações e mediante o crescente investimento no mercado.

Há de se apontar, por fim, que o próprio autor também aponta diversos atos que poderiam ser adotados pelos agentes de mercado, sendo eles: (i) meios de bloqueio ao acesso a determinados conteúdos na internet; (ii) o monopólio na definição das tarifas a serem exigidas por parte dos provedores de acesso; (iii) favorecimento de determinados conteúdos; e (iv) fracasso de práticas transparentes no mercado.

Em primeiro lugar, quanto ao possível bloqueio de conteúdos por parte dos provedores de acesso do mercado, aponta o autor que este tipo de ato resultaria no óbvio ferimento ao princípio da neutralidade de rede, haja vista que poderia resultar na distorção das condições de mercado aos agentes inseridos no setor, sobretudo quando confere tratamentos diferenciados a empresas que tiveram seus produtos, conteúdos e serviços bloqueados.

---

<sup>32</sup> Em tradução livre: "É inevitável que uma infra-estrutura discriminatória afete a concorrência e a inovação nos mercados que dependem dela. Imagine, por um momento, que as empresas de rodovias americanas privadas reservaram uma pista para carros da Ford. Isso seria bom para a Ford, mas, obviamente, afetaria a concorrência entre a Ford e a General Motors. Isso também retardaria a inovação - haja vista que já não seria o melhor carro que ganharia, mas aquele que dispõe as melhores ofertas e retarda seus concorrentes. A corrida não é mais para construir um carro melhor, mas para lutar por um melhor acordo com as empresas rodoviárias."

Já em relação ao monopólio na definição das tarifas a serem exigidas por parte dos administradores da infraestrutura de rede, é necessário apontar que os provedores de acesso a banda larga, por possuírem o monopólio relativo a definição da política tarifária a ser adotada no mercado no usufruto dos serviços de internet, poderiam acabar por exigir cobrança diferenciada de provedores de conteúdo, por exemplo, para atingir determinadas camadas de usuários, impedindo assim que o oferecimento dos serviços no mercado fosse manifestada de maneira indiscriminada também em relação aos provedores de conteúdo.

Continuando, poderiam também os provedores de acesso firmar acordos comerciais com os provedores de acesso a fim de garantir o favorecimento da oferta de determinados conteúdos, criando assim clara distorção no mercado, visto que os demais serviços ofertados no setor, por não possuírem este "privilégio", acabariam por serem prejudicados no mercado pela inexistência da possibilidade de criação de um ambiente concorrencial saudável.

Nesta toada, as deficientes práticas de transparência no mercado poderia criar também distorção no mercado de telecomunicações, visto que impossibilitaria, em primeira análise, que os usuários recebessem claramente informações a respeito dos serviços que estão contratando, impedindo a análise de eventuais práticas anticoncorreciais adotadas pelos provedores de acesso, assim como impediria a criação de um ambiente propício ao investimento.

Nota-se, neste momento, que o defendido pelo autor a respeito do princípio da neutralidade de rede influenciou fortemente as disposições alavancadas pela FCC na política regulatória dos Estados Unidos da América, tendo a discussão a respeito da neutralidade de rede se iniciado mais profundamente em paralelo com a publicação dos princípios que guiarão o setor de telecomunicações previstos no *Policy Statment* no ano de 2005, posteriormente também garantindo que as medidas regulatórias impostas no *Open Internet Order* fossem também caracterizadas pelo apreço à criação de um ambiente que prezasse pela neutralidade de rede no contexto norte-americano.

### **3.2 O debate realizado entre Tim Wu e Christopher Yoo**

Diante o contexto da política regulatória defendida por Tim Wu a respeito da neutralidade de rede norte-americana, no ano de 2006 foi promovido debate entre dois autores de grande importância para o debate regulatório atinente à implementação do princípio da



neutralidade no mercado de telecomunicações norte-americano<sup>33</sup>, debate este que transpareceu discursos antagonistas entre estes autores.

Por um lado, o professor Christopher S. Yoo, reconhecendo que o debate a respeito da neutralidade de rede tenha se mostrado como uma das questões mais controversas nas políticas adotadas no ambiente da internet, aponta que eventuais desvios da neutralidade de rede não necessariamente causariam prejuízos aos consumidores e às inovações de mercado. Pelo contrário, a ausência da imposição da neutralidade de rede imposta no mercado de telecomunicações poderia, em última análise, promover a competição e as inovações no setor, tendo em vista que tanto os provedores de acesso quanto os provedores de conteúdo, ao adotarem um caráter mais diversificado no tratamento da rede de telecomunicações, poderiam buscar adotar diferentes abordagens para a consecução de seus fins comerciais.

Para simplificar, os atos que eventualmente fossem adotados que se desviassem dos princípios e regras impostas decorrentes do princípio da neutralidade de rede poderiam fazer com que os provedores, neste caso, buscassem maneiras de satisfazer os heterogêneos anseios propostos pelos consumidores. Neste caso, caso fosse permitido, por exemplo a discriminação justificável do tráfego de dados, poderiam os provedores de acesso priorizar o tráfego de dados, por exemplo, no oferecimento de determinados serviços que melhor se adequassem aos anseios buscados pelos consumidores finais do mercado. Nas palavras do autor:

*"I am not convinced that deviations from network neutrality will necessarily harm consumers and innovation. On the contrary, competition and innovation might be better served if policymakers embraced a "network diversity" principle that would allow different network owners to pursue different approaches to routing traffic. Simply put, deviations from network neutrality may represent nothing more than network owners' attempts to satisfy the increasingly intense and heterogeneous demands imposed by end-users."*<sup>34</sup>(WU e YOO, 2007, p. 575-576)

A imposição de regras voltadas à garantia de um ambiente de neutralidade de rede, em contraste, ameaçaria impossibilitar a adoção destas medidas que melhor aproveitariam os serviços ofertados pelos provedores de acesso e de conteúdo, forçando que tais agentes

---

<sup>33</sup> Neste sentido, ver WU, Tim. Network Neutrality, Broadband Discrimination (Journal of Telecommunications and High Technology Law, v. 2, p. 141, 2003)

<sup>34</sup> Em tradução livre: "Não estou convencido de que os desvios da neutralidade da rede prejudiquem necessariamente os consumidores e a inovação. Pelo contrário, a concorrência e a inovação podem ser melhor atendidas se os formuladores de políticas adotarem um princípio de "diversidade de rede" que permita que diferentes proprietários de redes busquem abordagens diferentes para rotear o tráfego. Simplificando, os desvios da neutralidade da rede podem representar nada mais do que as tentativas dos proprietários de redes de satisfazer as demandas cada vez mais intensas e heterogêneas impostas pelos usuários finais."

competissem tão somente mediante utilização de critérios de preço e tamanho de rede, características as quais favorecem os grandes jogadores de mercado.

Nesta toada, diante a impossibilidade de definição da melhor arquitetura de rede que possa ser ofertada no mercado de telecomunicações, ou até mesmo quais práticas que podem promover ou frear um mercado competitivo, defende o mencionado autor que a política mais aceitável a ser adotada seria conferir a permissão aos agentes de mercado em adotarem as mais diversas práticas até que se vislumbre o eventual ferimento dos direitos dos consumidores decorrentes destas práticas. A atuação restritiva de medidas regulatórias daria espaço aos experimentos de mercado que pudessem ser adotados pelos provedores, ensejando assim um ambiente concorrencial saudável entre os agentes de mercado.

Em contraposição ao defendido, Tim Wu aborda que há diferentes maneiras de se impor medidas visando a garantia da neutralidade de rede no espaço regulatório norte-americano.

De fato, defende que o mais adequado modelo regulatório a ser adotado não seria o banimento completo da discriminação de dados do mercado, mas realizar uma análise de quais modelos de discriminação seriam mais adequadas a fim de garantir o desenvolvimento e resguardo dos direitos dos consumidores diante as práticas de mercado adotados pelas companhias.

Entretanto, assinala este autor que diversas formas de discriminação, tal como o bloqueio de acesso a determinados conteúdos no ambiente virtual, poderiam de fato causar nefastos danos ao desenvolvimento do ambiente da internet no mercado, haja vista que poderia impedir que eventuais novos produtos possam ingressar de maneira eficiente no mercado de maneira equânime em relação àqueles que já estão inseridos e consolidados, de forma que a adoção de medidas regulatórias que impeçam sua ocorrência mostrem-se mandatórias.

Em resposta a tal questão, Christopher S. Yoo afirma que o debate a respeito dos malefícios causados por atos que atentem contra a neutralidade de rede concentram-se primariamente no nivelamento de acesso à rede, tal como poderia ocorrer com a cobrança, por parte dos provedores de acesso, ao acesso de determinados conteúdos de maneira privilegiada, tal como ocorre quando há a discriminação de velocidade neste acesso.

Entretanto, diante a indagação a respeito dos eventuais benefícios e malefícios que poderiam advir deste nivelamento do acesso à rede, expõe o autor que a Suprema Corte norte-americana infirmou o entendimento, por meio de sua jurisprudência antitruste, em que se

verifica, caso a caso, os efeitos que tais medidas causariam. Neste caso, caso inexista a comprovação de demonstrativos econômicos de práticas nocivas ao mercado, as medidas adotadas pelos agentes do mercado deveriam ser permitidas. Assim, seria permitido que os agentes de mercado praticassem medidas comerciais em seus serviços com o intuito de promover o desenvolvimento da internet, assim como promover melhorias nos seus serviços, somente sendo tais práticas vedadas caso restassem comprovadas que tais práticas atentariam contra os direitos dos consumidores e do mercado.

Comentando também a prática de bloqueio de conteúdos no mercado, afirma que até mesmo tal ato, a princípio, poderia não causar tantos danos como alega seu "opponente", visto que um dos principais aspectos a respeito das políticas concorrenciais centra-se no fato de possuírem os provedores de acesso e os detentores da infraestrutura da rede poderosos incentivos para maximizar o valor das aplicações e conteúdos entregues em suas redes, fazendo com que a exclusividade possa promover uma forma de diferenciação que pode aumentar o número de provedores que possam sobreviver ao mercado. Nas palavras deste autor:

*"Even Web site or port blocking may not be as problematic as may appear at first glance. One of the central insights of competition policy is that network owners have powerful incentives to maximize the value of applications and content delivered through their networks. As suggested in my earlier post, exclusivity can provide a form of differentiation that can increase the number of providers who can survive."<sup>35</sup> (WU e YOO, 2007, p. 580)*

Neste caso, até mesmo a medida regulatória mais criticada por Tim Wu poderia ensejar ganhos ao mercado, visto que até mesmo neste contexto poder-se-ia definir um modelo de negócios que poderia trazer benefícios de grande valor aos consumidores finais. Mesmo que esta situação trouxesse malefícios ao mercado, poderia o próprio mercado, ajustando as práticas de mercado, acabariam por fulminar atos que atentariam contra o mercado, visto que poderiam reprimir a adoção destes atos por conta própria.

Prosseguindo nesta discussão, aponta Tim Wu que a visão abordada por Christopher S. Yoo poderia ser inocente, haja vista que este autor define que incubentes presentes no mercado raramente adotariam medidas para atentar contra as inovações alavancadas no mercado.

---

<sup>35</sup> Em tradução livre: "Mesmo o bloqueio de site ou porta podem não ser tão problemáticos quanto aparente a primeira vista. Uma das idéias centrais da política concorrencial é que os proprietários de redes têm incentivos poderosos para maximizar o valor das aplicações e do conteúdo entregue através de suas redes. Como sugerido em minha publicação anterior, a exclusividade pode fornecer uma forma de diferenciação que pode aumentar o número de provedores que podem sobreviver."

Tal visão é vista com ceticismo por tal autor, visto que os incumbentes, principalmente aqueles em situação de virtual monopólio no mercado, tem grandes incentivos em bloquear a entrada no mercado de competidores ou de tecnologias inovadoras que possam ameaçar sua dominância de mercado.

Segundo ele, o crescimento econômico é dirigido pela possibilidade de ingresso no mercado pelos mais diversos agentes, fazendo com que eventuais políticas governamentais devam ser atraídas pela preocupação em controlar as barreiras de entrada no mercado que os incumbentes eventualmente assinalem. Eventuais medidas regulatórias, portanto, deveriam barrar eventuais abusos cometidos por tais agentes sem parar de incentivar o ingresso de novos provedores no mercado. Conforme ele assinala, o posicionamento de Christopher S. Yoo é de simplesmente esquecer postergar eventuais problemas que apareçam no mercado, sendo irreal as práticas de mercado que alega tal autor a fim de resguardar um ambiente saudável no setor de telecomunicações.

Em segundo lugar, práticas de nivelamento de acesso à rede poderiam culminar também em desestímulos às inovações de mercado, visto que a cobrança no oferecimento de determinados conteúdos em face dos provedores de conteúdo a fim de alcançar os consumidores ao invés de realizar cobranças de acesso à rede poderia misturar os incentivos praticados, de modo que provedores de acesso pudessem ganhar um incentivo em manter níveis de escassez de mercado que a receita dos provedores, não necessariamente gerando, desta forma, novas formas de inovação. O risco criado nesta situação seria a criar um mercado em que grande partes das companhias definam a maneira em que as inovações apareçam, não definindo segundo critérios concorrenciais.

Por derradeiro, a fim de encerrar o debate atinente ao objeto da presente obra, Christopher S. Yoo, define, então, que o setor de telecomunicações, por ser permeado por grande verticalização de mercado, é um dos cerne da questão tratadas pelos defensores da neutralidade de rede no mercado. Entretanto, a própria cultura jurídica norte-americana, conforme aponta tal autor, defende que a verticalização de mercado simplesmente representa um meio de organização da forma de explorar o mercado, possuindo esta característica totais condições em produzirem efeitos benéficos ao mercado. Neste caso, políticas concorrenciais nos ensinam que qualquer corrente de verticalização dos meios de produção será tão eficiente quanto seu elo menos competitivo.

No caso da neutralidade de rede, são propostas medidas que visem preservar um ambiente competitivo em relação às aplicações e conteúdos, mesmo que sejam estas as

porções do mercado que possuem maiores níveis de competitividade e ínfimas proteções em face de políticas de ingresso no mercado. De fato, o cerne da questão que deveria ser tratada deveria ser o impacto que a regulação com o intuito de impor o princípio da neutralidade de rede seria a criação de um ambiente competitivo no desenvolvimento da infraestrutura doméstica das redes, visto que tal ambiente competitivo poderia trazer os mesmo benefícios da neutralidade de rede sem os problemas associados com as medidas regulatórias impostas.

Em relação a esta temática, afirma Tim Wu que as grandes despesas que seriam necessárias para o investimento neste tipo de desenvolvimento estrutural acabariam por tornar inefetivo as medidas adotadas em prol de tal fim.

Desta forma, possibilitar a discriminação embasado tão somente no possível desenvolvimento da rede estrutural da rede poderia causar, por fim, danos ao mercado, haja vista que inexisteriam garantias que assegurassem o efetivo desenvolvimento do setor de telecomunicações no caso em apreço.

Assim sendo, o debate em questão propôs um embate de dois pensamentos completamente distintos a respeito da atividade regulatória a respeito da neutralidade de rede norte-americana.

Se por um lado Tim Wu buscou afirmar seu ideias relativos a necessidade da implantação da neutralidade de rede no contexto regulatório dos Estados Unidos, assinalou Christopher S. Yoo posicionamento diametralmente oposto a esta tentativa regulatória, visto ter este autor confiança no mercado em definir condutas próprias que pudessem trazer benefícios aos usuários mediante iniciativa das empresas privadas, sem interferência reguladora, de modo a permitir que experimentos fossem adotados por tais empresas até que fossem vislumbrados eventuais danos ao mercado e aos consumidores.

## CONCLUSÃO

Por todo o exposto na presente obra, pode-se perceber de que forma tanto o Brasil como os Estados Unidos da América buscaram pautar sua atuação regulatória no âmbito do controle do mercado de telecomunicações, de forma a promover a criação de um ambiente propício ao desenvolvimento da internet em seus respectivos contextos.

Se por um lado a atividade regulatória brasileira no setor de telecomunicações tenha se pautado tanto na Lei n. 12.965/2014 - o Marco Civil da Internet-, quanto na sua posterior regulamentação, editada por meio do Decreto n. 8.771/2016, pode-se perceber que houve grande apreço na definição de diversos princípios e objetivos que deveriam ser garantidos a fim de assegurar o pleno desenvolvimento do ambiente virtual brasileira, assim como defender que direitos constitucionalmente garantidos, tal como a liberdade de expressão advinda da utilização aberta e irrestrita da internet aos usuários, os direitos humanos, da cidadania, pluralidade e diversidade, livre concorrência e a defesa do próprio consumidor.

Além disso, ao inserir o princípio da neutralidade de rede no ordenamento jurídico brasileiro, buscou o legislador enfim garantir que o tratamento conferido ao tráfego de dados no mercado fosse dado de maneira indiscriminada, a fim de garantir que os princípios basilares à internet fossem mais uma vez perpetuados. Entretanto, conforme se assinalou, a obscuridade legislativa a respeito da aplicação deste princípio no mercado brasileiro criou situação de evidente fragilidade no mercado brasileiro, haja vista que a insegurança jurídica advinda da então ausência de regulamentação acabou por resultar em consequências negativas no mercado de telecomunicações brasileiro, sobretudo diante a indefinição aos provedores de acesso, conteúdo e de aplicações a respeito da possível oferecimento de serviços diferenciados ou especializados, assim como no desenvolvimento de políticas de desenvolvimento estrutural e técnico da rede.

Mesmo após a regulamentação dos dispositivos contidos no Marco Civil da Internet, mediante a edição do Decreto n. 8.771/2016, vislumbra-se que as disposições previstas no capítulo II do mencionado regramento legal, insistindo em assinalar posição de incerteza quanto sua plena aplicação, acabam por novamente criar situação obscura no ordenamento jurídico brasileiro, seguindo, assim, a atuação do Marco Civil da internet, conforme exposto acima, haja vista que poderia permitir que eventuais serviços direcionados ao oferecimento de conteúdo especializados no mercado não tivesse obrigatoriamente que seguir as limitações definidas pela neutralidade de rede imposta.

Esta exceção poderia incentivar, conforme já assinalado, que os provedores de acesso, de conteúdo e de aplicações buscassem fomentar o oferecimento de "serviços especializados" direcionados especificamente a burlar a neutralidade de rede imposta, tal como o caso do oferecimento dos serviços da "Internet.org", de iniciativa da gigante Facebook no mercado.

É neste exato sentido que se analisou se o possível oferecimento de serviços como o "Internet.org", ofertado por gigantes do mercado tecnológico mundial, poderiam adentrar na exceção prevista na mencionada regulamentação para se enquadrar como serviço especializado, destinado ao oferecimento gratuito de conteúdos próprios da internet a grupos específicos de usuários que neste momento ainda se encontrassem impossibilitados de acessarem a rede mundial de computadores.

Este tipo de serviço, normalmente oferecido por gigantes da área de tecnologia, poderiam ao final materializar a sua já dominância de mercado perante outros tipos de serviço que buscassem adentrar no mercado, criando situações de manifesto monopólio por parte destas grandes empresas no oferecimento dos mais diversos conteúdos e aplicações no mercado.

Desta forma, mesmo restando manifesto que todos os princípios e obrigações impostas no Marco Civil da Internet tenham logrado em buscar assinalar um ambiente propício ao desenvolvimento do setor de telecomunicações no caso em apreço, a indefinição relativa a incidência das exceções destinadas aos serviços especializados poderiam culminar ao final em malefícios ao pleno desenvolvimento do ambiente virtual brasileiro, visto que mais uma vez abriu margem para que empresas detentoras de grande poder econômico possam adotar determinados atos a fim de assentar seu caráter dominante no mercado de telecomunicações.

A insegurança regulatória advinda desta obscura atuação legislativa se agrava quando levamos em conta que as disposições do Decreto 8.771/2016 tão somente apontaram a competência da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL em fiscalizar as eventuais infrações relativas aos critérios técnicos indispensáveis que possibilitariam a discriminação de dados na rede brasileira, não sendo apontada sua competência em fiscalizar ou até mesmo definir critérios que ensejassem a classificação dos serviços como especializados, ao contrário do ocorrido no contexto norte-americano, em que se reconheceu a competência de seu respectivo órgão regulador em averiguar eventuais ferimentos aos

princípios da rede e as medidas regulatórias impostas no caso de oferecimento de serviços especializados por seus agentes.

Já em relação à análise da atuação regulatória norte-americana, vislumbrou-se que grande parte dos princípios e medidas regulatórias adotadas em seu âmbito também influenciaram a imposição das medidas regulatórias impostas no contexto brasileiro.

Regras como a impossibilidade da discriminação e bloqueio do acesso a determinados conteúdos e aplicações, assim como regras que determinassem a adoção de atos de transparência por parte dos provedores de acesso e conteúdo, acabaram por também serem assinalados na legislação brasileira que dispôs sobre o tema. Há de se apontar, inclusive, que o debate acadêmico realizado por Tim Wu e Christopher Yoo relativo aos efeitos que decorreriam da imposição de um ambiente de neutralidade de rede no setor de telecomunicações influenciou fortemente a atividade regulatória tanto dos Estados Unidos da América tanto quanto do Brasil, visto que a iniciativa a respeito da imposição de regras que pudessem assegurar a criação de um ambiente neutro foi facilmente percebida na atuação regulatória de ambos os países.

Por fim, há de se apontar que deverá o Poder Judiciário brasileiro, assim como realizado no contexto norte-americano, verificar, na análise dos casos concretos, a efetiva violação das regras decorrentes do princípio da neutralidade de rede que porventura decorreriam do oferecimento de serviços especializados pelos agentes de mercado, ante a inexistência de definição quanto ao órgão competente para atuar como fiscal de sua ocorrência.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Márcio Iório. Direito das Telecomunicações – Histórico normativo e conceitos fundamentais. London: Laccademia Publishing, 2015<sup>a</sup>.

\_\_\_\_\_. Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direitos Regulatórios. London: Laccademia Publishing, 2015b.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Neutralidade de Rede: Proposta de consulta pública à sociedade sobre a regulamentação prevista no marco civil da internet. Publicado em março de 2015. Disponível em: [http://www.anatel.gov.br/Portal/documentos/sala\\_imprensa/31-3-2015--8h36min8s-Proposta%20CP\\_regulamenta%C3%A7%C3%A3oMCI\\_CP\\_v01.pdf](http://www.anatel.gov.br/Portal/documentos/sala_imprensa/31-3-2015--8h36min8s-Proposta%20CP_regulamenta%C3%A7%C3%A3oMCI_CP_v01.pdf). Acesso em: 04 de julho de 2017.

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

DRUMOND, I. Neutralidade de rede: finalidade, eficácia, efetividade e eficiência. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 1, n. 1, p. 65-73 e 84-92, maio 2015. Disponível em: <<http://www.ndsr.org/SEER/index.php?journal=rdsr&page=article&op=view&path%5B%5D=116&path%5B%5D=98>>. Acesso em: 24 mai. 2015.

ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. Verizon x Federal Communications Commission. No. 11-1355. Publicado em 14 jan 2014. Disponível em: [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3af8b4d938cdeea685257c6000532062/\\$file/11-1355-1474943.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3af8b4d938cdeea685257c6000532062/$file/11-1355-1474943.pdf). Acesso em: 4 de julho de 2017

\_\_\_\_\_. Federal Communications Commission. Policy Statement. FCC 05-151. Publicado em 23 set 2005. Disponível em: [https://apps.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf](https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf). Acesso em: 04 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. Federal Communications Commission. Open Internet Order. FCC 10-201. Publicado em 23 dez 2010. Disponível em: [https://apps.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/FCC-10-201A1.pdf](https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1.pdf). Acesso em: 04 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. Federal Communications Commission. Classification of Broadband Internet Access Service. FCC 15-24. Publicado em 12 mar 2015. Disponível em: [https://apps.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/FCC-15-24A1.pdf](https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-24A1.pdf). Acesso em: 04 de julho de 2017.

ERHARDT, A. A prática do Zero Rating e o Princípio da Neutralidade de Rede previsto na Lei nº 12.965/14: reflexões sobre o fenômeno da inclusão digital e o desenvolvimento de novas tecnologias. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 193-208, maio 2016.

FERNADNES, Victor Oliveira. Neutralidade de redes entre regulação e concorrência: Uma análise da literatura especializada a partir da teoria das Múltiplas funcionalidades do direito. *Revista de defesa da Concorrência*, Brasília, v.4, n. 2, p. 161-182, novembro 2016. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/260>. Acesso em 06 de julho de 2017.

RAMOS, Pedro Henrique Soares, Neutralidade Da Rede e o Marco Civil da Internet: um guia para Interpretação (Net Neutrality in Brazil: A Guide to Understanding Marco Civil) (Publicado em 14 de Setembro de 2014). Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2496076> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2496076>. Acesso em: 04 de julho de 2017

SOARES, Paulo Firmeza. A regulação diante da evolução da essencialidade do serviço público: a reclassificação da banda larga como serviço de telecomunicações nos Estados Unidos. 2016. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

VAN SCHEWICK, Barbara, Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation. *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 5, pp. 329-391, 2007. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=812991>. Acesso em: 04 de julho de 2017

WU, Tim, Network Neutrality, Broadband Discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, p. 141, 2003. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=388863> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.388863>. Acesso em: 04 de julho de 2017

\_\_\_\_\_, Network Neutrality: Competition, Innovation, and Nondiscriminatory Access (Publicado em 24 de abril de 2006). Disponível em

SSRN: <https://ssrn.com/abstract=903118> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.903118>. Acesso em: 04 de julho de 2017

WU, Tim e YOO, Christopher (2007) "Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate," *Federal Communications Law Journal*: Vol. 59: Iss. 3, Article 6. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol59/iss3/6>. Acesso em: 04 de julho de 2017

YOO, Christopher S., *Network Neutrality and the Economics of Congestion*. *Georgetown Law Journal*, Vol. 94, June 2006; *Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 05-28*; *Vanderbilt Public Law Research Paper No. 05-33*. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=825669>. Acesso em: 04 de julho de 2017