

Neutralidade de Rede: o caso Comcast v. Netflix e o Marco Civil da Internet

Net Neutrality: Netflix vs. Comcast's Case and the Brazilian Internet Civil Mark

Submetido(submitted): 31/12/2014

Parecer(revised): 30/01/2015

Aceito(accepted): 12/08/2015

Maria Eduarda Cintra *

Resumo

Propósito – O artigo pretende fazer uma reflexão sobre como o Estado brasileiro avançou quanto à defesa do princípio da neutralidade de rede. Para essa análise, será utilizado o caso Comcast vs. Netflix como exemplo para comparar as ações do Estados Unidos e do Brasil sobre o tema.

Metodologia/abordagem/design – O texto segue o método de abordagem de análise de problema para poder tirar conclusões sobre as práticas adotadas pelos Estados Unidos e pelo Brasil.

Resultados – Foi constatado que o Brasil está na vanguarda sobre governança da internet, especialmente por zelar pela neutralidade de rede.

Implicações práticas – O artigo serve para compreensão da discussão sobre neutralidade de rede e, especialmente, sobre o processo do Marco Civil da Internet no Brasil.

Originalidade/relevância do texto – O artigo, ao fornecer uma perspectiva comparada entre o Estado americano e brasileiro, mostra como esse bem público, qual seja o da internet neutra e aberta, tem sido preservado.

Palavras-chave: neutralidade de rede, Netflix, Comcast, Marco Civil da Internet.

Abstract

Purpose – The main goal of the article is to address how Brazil has progressed in favor of net neutrality. Comcast vs. Netflix case is used as an example to compare the actions took by the United States and Brazil concerning this theme.

Methodology/approach/design – The text follows the problem-driven approach to infer some conclusions about the practices that has been adopted by the United States and Brazil.

Findings – It has been verified that Brazil is on the vanguard of internet governance as far as net neutrality is concerned.

Practical implications – The article can allow for a vast comprehension about net neutrality on par with the Brazilian Internet Civil Mark.

Keywords: Net Neutrality, Netflix, Comcast, Internet Civil Mark.

* Coordenadora de Elaboração Normativa da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. Email: dudacintra@gmail.com.

1. Introdução

A neutralidade de rede é cada vez mais discutida em nossa sociedade, na medida em que o tratamento não isonômico de pacote de dados se torna uma realidade. Um exemplo muito debatido sobre tratamento diferenciado de pacote de dados foi o caso americano da Netflix v. Comcast, no qual o provedor de rede, a Comcast, limitava a velocidade do provedor de conteúdo, o Netflix. Diante dessa situação, faz-se necessário uma reflexão sobre como o Estado Regulador pode produzir normas voltadas às determinações de políticas, diretrizes de desempenho com o escopo de garantir prestações materiais para fruição pelos cidadãos de direitos de maneira igualitária.

Atualmente, apesar dos inúmeros debates que são feitos em prol da neutralidade, não há dispositivos legais, nos Estados Unidos, que assegurem a neutralidade de rede. Mostraremos como o Estado brasileiro maturou a discussão sobre neutralidade no processo de construção do Marco Civil da Internet e como, apesar da não-regulamentação das exceções técnicas desse princípio tão importante nos dias atuais, o Brasil saiu na frente em termos de governança da Internet ao definir e tornar vigente a neutralidade de rede no país.

Buscar-se-á demonstrar como o caso objeto de análise, Comcast v. Netflix, não ocorreria no Brasil, em razão da existência do marco legal que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no país.

Inicialmente, a análise terá como foco o princípio da neutralidade de rede e o seu impacto no tratamento isonômico de pacotes de dados. Em seguida, será abordado o litígio da Netflix com a Comcast. Após a apresentação do caso, a reflexão será sobre o papel do Estado Regulador para a boa prestação de serviços de internet. Diante desse cenário, a parte final do artigo consistirá nas medidas que o Estado brasileiro tem adotado para garantir a neutralidade, com base na Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet.

Buscarse-ão os pontos de contato entre o caso Netflix v. Comcast e o Marco Civil da Internet sob o enfoque do Estado Regulador e da teoria do interesse público.

Inicialmente, faz-se necessário definir determinados conceitos, não com o objetivo de exauri-los, mas para que seja possível uma compreensão básica sobre o temas que perpassarão o artigo.

O primeiro conceito é de provedor de rede ou conexão, que são as empresas que fornecem acesso à internet, seja usando uma linha telefônica, conhecida como *dial-up*, seja por meio de conexão de banda larga, que pode ser cabo ou DSL. Vale notar que essas empresas são responsáveis pela criação, manutenção e expansão da infraestrutura da rede. Essas empresas são conhecidas como operadoras.

O segundo conceito essencial para o artigo é o de provedor de conteúdos ou de aplicações, que são empresas ou pessoas físicas que disponibilizam determinados conteúdos, serviços ou aplicativos para os usuários da internet.

O último conceito necessário é o de usuários da internet, que se refere às pessoas se utilizam dos serviços dos provedores de rede e/ou dos serviços de provedores de conteúdo.

Outros conceitos que se façam necessários para a compreensão do tema serão explanados ao longo do texto. Os conceitos utilizados são os que refletem a regra geral da lógica de funcionamento da internet. Há algumas exceções e problematizações que, por não serem necessárias à compreensão do tema, não serão trabalhadas.

2. Neutralidade de rede

Um dos principais temas sobre governança de internet é o da neutralidade. Antes de adentrarmos no conceito de neutralidade, faz-se necessário uma breve explicação sobre como é feito o tratamento de pacotes de dados na internet. O modelo inicialmente adotado foi o de *best efforts*, que trata os pacotes de dados de maneira igualitária, não os diferenciando seja por conteúdo ou terminal, e os enviando de acordo com uma regra cronológica, ou seja, o primeiro que chega é o primeiro que sai (*first in, first served*).

Como o desenvolvimento da internet e com o avanço de técnicas capazes de gerenciar a rede e, conseqüentemente, o conteúdo por ela transmitido, algumas empresas começaram a implementar a diferenciação na transmissão dos pacotes de dados de acordo com o cabeçalho que identifica qual tipo de dado está sendo transmitido. A partir dessa capacidade de leitura de qual tipo de dado – o termo técnico mais adequado é datagrama – e de diferenciação do tratamento a ele dado é que advém uma definição inicial do termo neutralidade.

Apesar de não haver um consenso sobre a definição de neutralidade, é possível identificar uma noção de neutralidade, qual seja a de um princípio segundo o qual os provedores de serviço não devem discriminar, restringir, privilegiar determinados pacotes de dados em detrimento de outros dados.

Esse termo foi inicialmente cunhado em um artigo do professor de Columbia, Tim Wu, no ano de 2003.¹ Ao longo dessa década muito foi debatido sobre o que o conceito abarca ou não. De acordo com Wu, a neutralidade é um princípio que deve ser utilizado quando houver a elaboração de uma rede. O princípio traz consigo a concepção de que todas as informações que trafegam na

¹Para maior conhecimento das ideias iniciais cunhadas por Wu, vide: <http://ssrn.com/abstract=388863>. Acessado em 08/02/2015.

rede devem ser tratadas de maneira igualitária.

Para melhor compreensão da rede sem neutralidade, duas metáforas são utilizadas com maior frequência. A primeira, de que a internet contaria com a presença de porteiros, os chamados *gatekeepers*, no caso os operadores de rede ou provedores de banda larga, com poderes de deliberar sobre as condições, o tipo de conteúdo e a velocidade do conteúdo que deverá ser entregue aos usuários. A segunda, que enxerga a ausência de neutralidade como uma estrada pedagiada o que pressuporia que várias cabines, para cobrar pedágios, poderiam ser colocadas ao longo da rede ou da *estrada* para exigir que determinados fornecedores de conteúdo ou aplicativos pagassem a mais para que os seus usuários possam usufruir de um determinado serviço (ALMEIDA, 2007).

Nesse segundo caso, há um gerenciamento de tráfego que decorre de razões puramente econômicas, e não eminentemente técnica, que é utilizada para possibilitar serviços que demandam uma estrutura mais complexa e sofisticada. Essa ideia de estrada pedagiada explica muito bem o conflito ocorrido entre a Netflix e a Comcast que será abordado mais adiante.

A competição de mercado no setor tecnológico é impactado com a adoção desse tipo de prática discriminatória em razão da criação de uma entrada de barreira ao segmento e da afetação sobre o conteúdo disponibilizado para o consumidor. Restringe-se, portanto, a liberdade de acesso a determinados conteúdos e, conseqüentemente, as redes *peer-to-peer* (ALMEIDA, 2007).

As redes *peer-to-peer* são uma forma de arquitetura da rede de computadores que permite que cada um dos pontos ou nós funcione como cliente/usuário e servidor, o que possibilita um compartilhamento de dados e de serviços sem exigir a presença de um servidor central. Outra possível definição é compreender *peer-to-peer* como uma forma de dinâmica relacional baseada na equipotência de seus participantes.² Isso permite o acesso entre os pares, assegura um melhor desempenho econômico, já que os recursos são distribuídos de maneira mais igualitária, não sobrecarregando um possível nó central, que seria o grande servidor.

Por não ter um conceito fechado e contar com definições vagas, o conceito de neutralidade tem recebido inúmeras interpretações. A neutralidade aqui será compreendida através de quatro elementos configuradores defendidos pelo *Center for Democracy and Technology*, quais sejam: o roteamento não discriminatório, que significa a não diferenciação dos dados que trafegam em razão de seu conteúdo; a abertura ou inovação, que é a possibilidade de criação e

²Para maior problematização do conceito, vide: http://p2pfoundation.net/Defining_P2P_as_the_relational_dynamic_of_distributed_networks. Acessado em 10/02/2015

uso de novos serviços, aplicações, protocolos e dispositivos; a liberdade de conexão e a interconexão, que são as conexões em bases abertas para que usuários de distintas operadoras possam se comunicar.

Sendo assim, deve-se levar em conta essas características sempre que se fizer referência à neutralidade.

3. O Litígio Netflix v. Comcast

A Netflix, Inc. é uma provedora de conteúdo de vídeo por demanda através de *streaming* na internet. A empresa foi fundada em 1997, na Califórnia, por Reed Hastings e por seu amigo Marc Randolph, dois engenheiros de softwares.³

O website foi lançado em 1997 para o aluguel do modelo tradicional de *pay-per-rental*, onde era possível realizar a locação individual de filmes por meio da internet. Em 1999, foi introduzido o conceito de subscrição mensal, o que fez a empresa abandonar a lógica do modelo de locação individual. A partir de então, a empresa ficou conhecida pelo seu modelo de negócio, qual seja o de locação ilimitada, aonde o cliente poderia escolher até oito filmes por vez no site e ele receberia o filme por meio do correio.⁴

Em 2007, houve uma mudança na lógica de negócio para introduzir o conceito que é atualmente utilizado, qual seja o de vídeo por demanda via internet. Em 2010, essa nova lógica de negócio adotada pela empresa foi ampliada de maneira tão rápida que a companhia deixou de ser a maior consumidora dos serviços postais americano para ser a maior fonte de tráfego na internet norte americana no período da tarde.

Em razão desse enorme crescimento pelos vídeos em *streaming* fornecidos pela Netflix, a infraestrutura da rede americana passou a ser demandada acima da sua capacidade máxima de tráfego de dados, de acordo com os provedores de rede, AT&T, Comcast e Verizon.

Apesar de todos os provedores alegarem essa demanda superior,⁵ focar-se-á no litígio entre a Netflix e a Comcast. A Comcast Corporation é a maior

³Para compreensão da linha do tempo da empresa, vide: <https://pr.netflix.com/WebClient/loginPageSalesNetWorksAction.do?contentGroupId=10477>. Acessado em 10/02/2015.

⁴Para maior detalhamento do modelo de negócio adotado pela Netflix, vide: <http://mundodasmarcas.blogspot.com.br/2007/05/netflix-best-way-to-rent-movies.html>. Acessado em 10/02/2015.

⁵Maiores informações em: <http://arstechnica.com/information-technology/2014/10/study-comcast-and-verizon-connections-to-cogent-dropped-below-0-5mbps/> e <http://www.extremetech.com/computing/177073-why-netflix-streaming-is-getting-slower-and-probably-wont-get-better-any-time-soon>. Acessado em 10/02/2015.

provedora de internet nos Estados Unidos e terceira maior empresa provedora de serviços de telecomunicações desse país. A empresa, que inicialmente era chamada de American Cable Systems, foi adquirida em 1963. Apenas em 1969, após a incorporação da empresa na Pennsylvania, recebeu o nome de Comcast.

A maior parte da empresa é chamada de Comcast Cable, que é a provedora de serviços de televisão a cabo, internet, e telefonia. Ademais, integra a empresa a NBCUniversal, que contém inúmeros canais de televisão locais e nacionais com produção de conteúdo.

O litígio estabelecido entre a Netflix e esses três grandes provedores de rede ocorreu quando a velocidade do *streaming* de vídeo da Netflix caiu de maneira considerável, no segundo semestre de 2013, fazendo com que os usuários reclamassem do serviço prestado pela provedora de conteúdo. O gráfico abaixo demonstra essa queda drástica da velocidade.

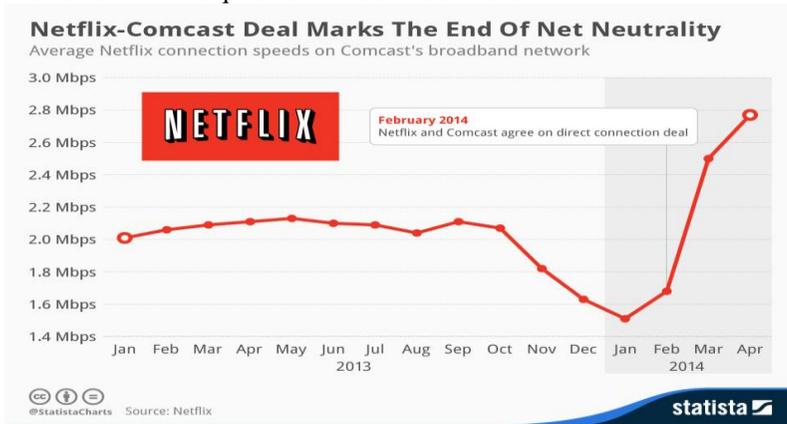


Gráfico 1 - Velocidade de download da Netflix desde janeiro de 2013⁶

A culpa pela lentidão foi atribuída a ambas as partes. A Netflix alegava que o tráfego de dados foi diminuído de maneira intencional, o que significaria uma violação ao princípio da neutralidade. Já as operadoras acusaram a Netflix de sobrecarregar a rede com o seu tráfego intenso de dados para conseguir prover o seu serviço.

No caso especial da Comcast, que também é dona da National Broadcasting Company (NBC), ainda recai o questionamento sobre a possível ação para deixar mais lento os *streams* de seus programas rivais e aumentar a

⁶Disponível em: <http://www.statista.com/chart/2255/netflix-comcast-deal/>. Acessado em 03/03/2015.

velocidade para os programas produzidos pela NBC,⁷ o que significaria uma outra ofensa à neutralidade. A primeira é a discriminação sob a alegação de que a rede não suportaria esse tráfego de dados e a segunda é a discriminação em razão de seu conteúdo, já que a empresa também conta com um provedor de conteúdo próprio.

No início de 2014, a Netflix e a Comcast chegaram a um acordo no qual a Netflix pagaria um valor a mais para se conectar diretamente ao serviço de rede oferecido pela Comcast. Acordos semelhantes foram firmados com as operadoras Verizon⁸ e AT&T,⁹ depois que o acordo com a Comcast foi firmado.

Após ter realizado os acordos, o CEO da Netflix reclamou contra o que ele chamou de “taxa arbitrária”¹⁰ para prestação de um serviço melhor a seus clientes. O gráfico acima demonstra que logo após a assinatura do acordo, no início de 2014, a velocidade disponibilizada pela Comcast para a Netflix cresceu de maneira exponencial, o que deixou claro que não era um problema de congestão da rede, mas sim uma degradação proposital feita pela Comcast.

O CEO da Netflix, ademais, dirigiu seu apelo para a Federal Communications Commission (FCC) incluir esse tipo de acordo, os chamados *paid-peering*, nas regras sobre neutralidade que estavam sendo desenvolvidas pelo órgão regulador americano.

Esse acordo resolveu, no curto prazo, o problema de lentidão enfrentado pelos usuários da Comcast que utilizam o serviço da Netflix. Há quem alegue que isso diminuirá os congestionamentos no tráfego de dados não só relacionados à Netflix.

Após o pagamento do acordo com a Comcast, a Netflix se pronunciou sobre a velocidade do serviço oferecido pela Comcast, afirmando que ela havia aumentado em quase 65%, saindo de 1,51 Mbps para 2,5 Mbps em apenas dois meses.¹¹ O acordo firmado com a Verizon, entretanto, parece não ter surtido o mesmo efeito. A Verizon continua atribuindo a culpa à Netflix, que estaria deliberadamente sobrecarregando determinadas linhas de tráfego da Verizon.¹²

O problema é que esses acordos específicos levantam outras questões. Uma delas é se esse tipo de acordo ficará restrito à Netflix, um provedor de

⁷Cf.: http://mediadecoder.blogs.nytimes.com/2010/11/29/netflix-partner-says-comcast-toll-threatens-online-video-delivery/?_r=0. Acessado em 25/12/2014.

⁸Cf.: <http://www.businessweek.com/articles/2014-04-29/netflix-unhappily-signs-another-deal-for-faster-access-to-verizons-broadband-customers>. Acessado em 27/12/2014.

⁹Cf.: <http://time.com/3059431/netflix-att-peering/>. Acessado em 27/12/2014.

¹⁰Cf.: <http://time.com/80192/netflix-verizon-paid-peering-agreement/>. Acessado em 28/12/2014.

¹¹<http://time.com/62903/netflix-comcast-speed-boost/>. Acessado em 28/12/2014.

¹²Cf.: <http://www.extremetech.com/computing/186576-verizon-caught-throttling-netflix-traffic-even-after-its-pays-for-more-bandwidth>. Acessado em 28/12/2014.

conteúdo que demanda um alto volume de tráfego de dados ou isso será um modelo geral adotado pela empresa provedora de rede que solicitará aos provedores de conteúdo um pagamento específico para obter uma interconexão direta com a rede e, caso esses provedores de conteúdo não queiram pagar, eles serão relegados a uma conexão mais lenta proposital?

Se a direção adotada for esta última, na qual os provedores de conteúdo necessitarem de uma interconexão específica para oferecer os seus serviços, essa forma de interconexão significará uma nova barreira de entrada para os pequenos e novos competidores que surgirem e que não serão capazes de pagar a mais por esse serviço. Para além da barreira de entrada que haverá para as empresas, ao se permitir a diferenciação do tipo de conteúdo para fins não eminentemente técnicos de gerenciamento de tráfego, pode-se criar uma internet com conteúdos diferenciados para quem está disposto a pagar mais; uma espécie de TV a cabo da internet.

A ausência de transparência nesses acordos também é um fator que deve ser levado em consideração. Se não houver critérios claros e específicos, as operadoras terão total controle sobre o tipo de conteúdo que será oferecido para os usuários.

Ora, se a conexão é muito lenta para determinado provedor de conteúdo, provavelmente as pessoas deixarão de acessar esse conteúdo, já que sempre haverá um provedor que ofertará conteúdo semelhante e que poderá pagar pela interconexão mais rápida.

Essas questões só podem ser respondidas se o Estado assumir um papel regulatório, que será discutido a seguir.

4. O Papel do Estado Regulador

Tim Wu (2005) apontou que os reguladores de comunicações gastariam parte de seu tempo para tentar solucionar conflitos entre os interesses privados dos provedores de banda larga e os interesses públicos no competitivo ambiente que é a internet. Wu explicou que, como essas questões são relacionadas às concepções mais básicas de uma política pública de comunicação, os problemas iriam surgir nas mais variadas formas.

Embora alguns apontem dificuldades para uma possível regulação da internet por se tratar de um ambiente fluido, vale notar que o acesso à rede é fornecido por um número pequeno de empresas que estão dispostas a eliminar ou dificultar possíveis concorrentes que com elas tentem competir. As operadoras querem assegurar o maior lucro possível para manter a viabilidade econômica da infraestrutura atrelada à rede (ALMEIDA, 2007).

Wu (2005) afirma que o desafio que se impõe sobre a promoção de uma justa competição em um setor privado, seja de telefonia ou de uma loja de

revenda, não é distinto da promoção da neutralidade de rede. A regulação governamental nesses casos serve para assegurar que os interesses a curto prazo de um provedor não impeçam que os melhores produtos ou aplicativos se tornem disponíveis para os usuários de uma rede.

Ao analisar três distintas abordagens de regulação para os provedores de banda larga, quais sejam a de remédios estruturais, regime de não discriminação e a auto/não regulação, ele defende que o mais adequado para garantir a neutralidade de rede é a renúncia aos remédios estruturais para um escrutínio direto da discriminação dos provedores. O princípio por trás da ideia de não discriminação é o de dar aos usuários o poder de utilizar de maneira não prejudicial aplicações e arquivos e de dar aos inovadores a liberdade correspondente de alimentar isso (WU, 2005).

A teoria econômica básica sugere que os operadores – os provedores de rede – têm interesse coincidente com o interesse público a longo prazo. Ou seja, ambos têm interesse em uma plataforma neutra que seja propícia ao surgimento de melhores aplicações. Entretanto, as evidências sugerem que os operadores prestam pouca atenção à esse interesse de longo prazo. Os operadores tendem a focar nos interesses de curto prazo (WU, 2005).

A FCC, como órgão regulador americano na área de telecomunicações e radiodifusão, expediu ato, em 2010, para garantia de uma internet aberta: o chamado Open Internet Order.¹³ Entretanto, esse ato, que contribuiria para um dos elementos configuradores da neutralidade de rede, ao ser questionado judicialmente pela Verizon, foi julgado como uma extrapolação da competência da FCC pela Corte do Distrito de Columbia.¹⁴

Atualmente, nos Estados Unidos, as operadoras têm implementado limitações contratuais e arquiteturas para determinadas classes de aplicações. Há uma tendência dos operadores de tentar banir novas aplicações muitas vezes por um interesse de discriminação de preço, ou seja, por interesse econômico para firmar contratos que prevejam a priorização do tráfego de determinados dados.

O problema é que isso tende a distorcer o mercado e o futuro do desenvolvimento de aplicações. Por essa razão, Wu questiona a eficácia da auto-

¹³Para maior compreensão do conteúdo, vide: https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1_Rcd.pdf. Acessado em 02/03/2015.

¹⁴Para leitura e compreensão da decisão da corte de Columbia, vide: [http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3AF8B4D938CDEEA685257C6000532062/\\$file/11-1355-1474943.pdf](http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3AF8B4D938CDEEA685257C6000532062/$file/11-1355-1474943.pdf) e <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304049704579320500441593462>. Acessado em 15/02/2015.

regulação ou não regulação para essa área.

Diante dessas claras discriminações e da comoção pública gerada sobre o tema, a agência reguladora norte americana lançou uma consulta pública, em maio de 2014,¹⁵ para que a sociedade americana se manifestasse sobre a neutralidade de rede e sobre a concepção de internet aberta. O foco era debater sobre a inserção das operadoras de banda larga no regime do *Communications Act* de 1934 e estabelecer regras e princípios para que a neutralidade de rede seja respeitada.

Em novembro de 2014, o presidente norte-americano, Barack Obama, se manifestou pró-neutralidade,¹⁶ rogando para que a agência americana, a FCC, implemente regras mais fortes quanto ao respeito à neutralidade de rede.

Obama defendeu um plano que envolve quatro passos para os provedores de rede, quais sejam: *no blocking*; *no throttling*; *increased transparency*; *no paid prioritization*. O primeiro diz respeito ao não bloqueio de acesso a um website ou serviço, caso o conteúdo seja legal. O segundo repudia a diminuição intencional na velocidade de determinado conteúdo, assim como o aumento intencional na velocidade de outro conteúdo. O terceiro ponto roga por uma maior transparência entre a conexão que é feita com o consumidor final. Já o quarto ponto rechaça o pagamento para priorização de um determinado serviço.¹⁷

Assim como Obama, grandes provedores de conteúdo já fizeram esse apelo pró-neutralidade, como Netflix, Google, Facebook, entre outros. A maior resistência vem, é claro, dos grandes provedores de rede que argumentam ser válidos os seus direitos de cobrança para priorizar determinados serviços via as chamadas *fastlanes*.

Wu (2005) argumenta que a neutralidade de rede deve ser entendida como uma expressão concreta de um sistema de crença sobre inovação. Ao se realizar uma discriminação de preços, alguns consumidores são favorecidos e outros prejudicados. O problema é que essa discriminação pode ter efeitos externos no processo de inovação e competição entre os aplicativos. Apesar de não ser tão problemático de uma perspectiva estática, qual seja a relação dos

¹⁵Para maiores informações sobre os objetivos da consulta pública, vide: <http://www.fcc.gov/document/fcc-launches-broad-rulemaking-protect-and-promote-open-internet>. Acessado em 20/02/2015.

¹⁶Para assistir o discurso do presidente americano Obama, vide: <https://www.youtube.com/watch?v=uKcjQPVwfDk>.

¹⁷Para maiores informações sobre esse plano do Obama, vide: <http://www.whitehouse.gov/blog/2014/11/10/president-obama-urges-fcc-implement-stronger-net-neutrality-rules> e <http://www.whitehouse.gov/net-neutrality>.

consumidores/produtores, ela pode trazer grandes impactos da perspectiva dinâmica para o desenvolvimento competitivo de novos aplicativos. Ademais, um tratamento desigual significaria aumento nos custos de comunicação como um todo para os usuários e fortalecimento de poderes monopolísticos.

Há quem questione a real necessidade de uma regulação para conseguir promover a competitividade entre os provedores de rede e, especialmente, de conteúdo. Um dos mais fervorosos acadêmicos contra a neutralidade, Christopher Yoo argumentou que a neutralidade causaria danos à lógica competitiva, especialmente nas redes de última milha, que estão mais próximas do consumidor final. Ele defende que uma discriminação no preço é a melhor forma de para utilizar de maneira eficiente os recursos. Ademais, ele argumenta que a neutralidade restringiria o desenvolvimento de serviços de rede que não são relacionados à internet (YOO, 2006). Dessa maneira, as pessoas contrárias à neutralidade argumentam que a melhor maneira para lidar com os possíveis problemas derivados de um exercício de poder duvidoso por parte dos provedores deva ser por corrigi-lo após o fato, *ex post*, por meio de uma legislação antitruste e não por meio de uma regulação anterior (RAMOS, 2006).

Já Wu afirma que a não neutralidade significa uma barreira, como já foi dito, à inovação. Ele, ao contrário de Yoo, acredita que grandes provedores de rede, como a AT&T ou a Comcast irão ameaçar a inovação com uma certa frequência. Wu é cético e acredita que, diante dessa posição monopolista existente no mercado, essas empresas provedoras têm um forte incentivo à bloquear qualquer inovação tecnológica que ameace possivelmente o seu modelo de mercado. Como ponto de defesa para essa visão, pode-se argumentar que foi o modelo vigente, que não conta com interferências dos meios de acesso, que possibilitou a onda de inovações de internet que se conhece atualmente.

Do ponto de vista social o problema de uma não regulação e, por consequência, a existência de uma rede não neutra, diante das práticas que se têm adotado nos últimos anos, é a de diminuição das chamadas externalidade positivas propiciadas pela internet.

De acordo com Almeida (2007), as tecnologias da informação e comunicação forneceram ferramentas com baixo custo capazes de produzir um grande conteúdo informacional, o que aliado ao também baixo custo para distribuir esse conteúdo, aumentou significativamente o nível mundial de conhecimento disponível aos usuários. É inegável o valor gerado pelas produções individuais e colaborativas que a internet proporcionou. Caso haja essa discriminação nos pacotes de dados a serem ofertados, isso poderia acabar com essa grande externalidade positiva proporcionada pela internet. Haverá uma grande perda ao bem público caso a neutralidade não exista.

Ademais, Almeida (2007) argumenta que o fim da neutralidade poderia levar à uma fragmentação da internet, já que outras redes que não se comunicam

com a internet atualmente conhecida poderiam ser criadas em razão da fragmentação do conteúdo disponível aos usuários.

Como se pode perceber, a internet tem a natureza de um bem público, de um recurso público e, por isso, a neutralidade deve ser analisada levando esse fato em consideração. Não assegurar o tratamento isonômico de acesso aos dados levaria a uma modificação desse bem público que conhecemos hoje, portanto, faz-se necessário adotar regras para a regulação dessa área para assegurar princípios tão caros ao seu funcionamento atual.

Mike Feintuck (2010) defende que há certos campos em que a regulação deve incorporar e dar ênfase à certos valores que vão além dos valores estritamente de mercado. Por isso, faz-se necessário uma visão que parta do interesse público e não estritamente do interesse privado. Feintuck se vale de exemplos da regulação ambiental. Um dos princípios norteadores dessa regulação é o da precaução, que serve como uma orientação de uma ação proativa para prevenir danos que sejam irreversíveis ao meio ambiente. Esse princípio exemplifica muito bem as tentativas de se preservar um bem público e o interesse público ao invés de se adotar medidas que visam preservar determinados interesses individuais.

A internet neutra e aberta deve ser compreendida como esse bem público que deve ser preservado e contar com princípios e regras que contribuam para essa tarefa.

A seguir, veremos o que o Estado brasileiro fez e tem feito para tratar desse bem público. Analisar-se-á todo o processo de maturação do Marco Civil da Internet, a opção pela regulação *ex ante* adotada no Brasil e o modelo distinto idealizado pelo Estado norte americano, que optou pelo modelo *ex post*, por meio da atuação do seu órgão regulador, a FCC.

5. O Marco Civil da Internet Brasileiro

A internet foi concebida na Guerra Fria como uma rede para fins militares (ARPAnet), mas acabou sendo utilizada nos anos 70 e 80 como uma forma de comunicação entre as universidades para facilitar discussões na academia, e popularizada em 1990, alcançando e afetando inúmeras relações sociais (PAPP, 2014).

Em 1996, John Perry Barlow publicou, em Davos, a chamada Declaração de Independência do Ciberespaço,¹⁸ um documento vindo do futuro, do

¹⁸Para uma leitura completa da “Declaration of the Independence of Cyberspace”, o texto encontra-se em: <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>. Há uma versão em português disponível em: <http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm>.

ciberspaço, solicitando aos governos do mundo industrial que os deixassem em paz.

Na declaração, afirma que, nesse espaço, nenhum governo foi eleito e que eles não estão propensos a ter um governo. Afirma que os governos desconhecem a cultura e a ética que regem aquele espaço. Diz que o que está sendo criado é um mundo em que qualquer um, em qualquer lugar possa expressar suas crenças, não interessando o quão particulares sejam e sem o receio de sofrer coerção para permanecer em silêncio ou em conformidade.

Como bem apontou Almeida (2014),¹⁹ como essa concepção de ciberspaço não contém um caráter material, não haveria uma subordinação à lógica de Estado e à lógica de fronteira que advém da concepção de soberania estatal. Por essa razão, não haveria uma legitimidade de os governos, que estão inseridos nessa perspectiva industrial, regulamentarem a internet.

Com inspiração na Declaração de Independência americana, datada de 1976, Barlow buscava declarar independência ao “*Cyberspace, the new home of Mind*”. A declaração foi uma das maneiras encontradas por Barlow para criticar o Capítulo V da Lei de Reforma Americana de Telecomunicações, o chamado “*The Telecommunications Act of 1996*”,²⁰ conhecida como a primeira grande reforma no direito de telecomunicações americano em mais de 60 anos.

O capítulo V, conhecido como Lei de Decência nas Telecomunicações, foi a primeira tentativa do Congresso americano de regular materiais pornográficos na internet. Apesar de conter boas intenções, ou pelo menos assim ter sido justificado, ao regular e impor determinadas sanções, o capítulo acabava por ameaçar o fluxo livre de informações e ideias e, por tabela, a existência da rede como um todo.

No Brasil, na mesma época que se discutiam as reformas que seriam realizadas no setor telecomunicações, o Ministro das Comunicações, por meio da edição da Norma nº 04/1995,²¹ iniciou a regulação do “uso dos meios da rede pública de telecomunicações para o provimento e utilização dos serviços de conexão à Internet”. Eram, como bem explicitou Almeida (2014), os primeiros passos da internet comercial no país.

¹⁹ ALMEIDA, Guilherme. Marco Civil da Internet: antecedentes, formulação colaborativa e resultados alcançados. Nova York, 2014. Mimeo.

²⁰ A Lei americana de Telecomunicações de 1996 fez uma grande reforma nesse setor. A parte que versava sobre as sanções previstas no Capítulo V foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte. Para maior compreensão das mudanças gerais trazidas pela Lei, veja: <http://transition.fcc.gov/telecom.html>

²¹ Disponível

em:

http://www.anatel.gov.br/hotsites/Direito_Telecomunicacoes/TextoIntegral/ANE/prt/mini_com_19950531_148.pdf.

A norma trazia importantes definições, como internet, serviço de conexão, provedor de serviço de conexão, entre outros conceitos essenciais para estruturação do tema. Ademais, acabou com o monopólio estatal no provimento de serviços de conexão à internet.

No mesmo ano da edição da norma, foi criado o Comitê Gestor da Internet (CGI), por meio da Portaria Interministerial nº 147, de 1995²² e depois por decreto presidencial. Entre as principais atribuições do CGI, podemos destacar o acompanhamento da disponibilização de serviços de internet, as recomendações que por ele deveriam ser emitidas com relação à estratégia de implantação e interconexão, procedimentos operacionais e técnicos. Como o CGI não é uma agência reguladora, não possui competência para formulação de normas, mas apenas de princípios norteadores da internet (PAPP, 2014).

Ainda em 1995, começaram a surgir projetos de lei no Congresso brasileiro que versavam sobre ações relacionadas à palavra informática. No final de 1995, foi proposto o Projeto de Lei nº 1.070, de 1995²³ buscava criminalizar divulgação de materiais pornográficos através de computadores. Vale notar que essa primeira proposição nem mencionava o termo internet. No ano seguinte surgiram outros projetos que já se valiam do termo, boa parte buscando criminalizar condutas ou preocupados com a autenticação eletrônica de documentos. Muito desses projetos eram meras traduções ou adaptações de normas internacionais (ALEMEIDA, 2014; PAPP, 2014).

Entre os projetos que tramitavam, merece destaque o Projeto de Lei nº 84, de 1999,²⁴ de autoria do deputado Luiz Piauhylo. O Projeto teve várias outras proposições apensadas a ele para que a tramitação ocorresse de maneira conjunta, em razão da semelhança dos objetos das proposições.

O Projeto pretendia inserir na Seção V do Capítulo VI do Código Penal tipos penais contra a inviolabilidade dos sistemas informatizados. Ao total, nove condutas delituosas foram inseridas: acesso indevido a meio eletrônico; manipulação indevida de informação eletrônica; dano eletrônico; pornografia infantil; atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública; interrupção ou perturbação de serviço telegráfico e telefônico; falsificação de cartão de

²²Disponível em: <http://www.cgi.br/portarias/numero/147>.

²³Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD04NOV1995.pdf#page=17>. Acessado em 10/02/2015.

²⁴ Para maiores informações e melhor compreensão do processo legislativo ao qual esse Projeto de Lei foi submetido, veja: Na Câmara dos Deputados: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15028>; No Senado Federal: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=63967.

crédito; falsificação de telefone celular; divulgação de informações pessoais ou empresariais.

Como se pode notar, o Projeto de Lei inicial já contava com um grande número de tipificações penais. Não bastasse a proposição inicial, na Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal, o Projeto recebeu um substitutivo que expandiu as condutas penais presentes na proposição inicial. Entre as que causaram maior assombro, pode-se citar a alteração do art. 154-F, que passou a exigir identificação e autenticação de usuário, quando do acesso ou uso da rede de computadores, sob pena de detenção de um a dois anos e multa. Além disso, ele criminalizava a manutenção de rede *wifi* aberta e exigia a guarda de registro de conexão e acesso por um prazo de 5 anos. Esse substitutivo gerou uma mobilização e um claro descontentamento dos setores que se relacionavam à sociedade da informação (ALMEIDA, 2014) já que continha uma redação questionável e transformava condutas comuns em crimes (PAPP, 2014).

A sociedade civil se organizou para combater o substitutivo proposto pelo Senador Eduardo Azeredo. Criou-se uma campanha na internet para criticar o Projeto e as ameaças ao funcionamento da rede que ele trazia. Essa mobilização passou a se referir ao Projeto de Lei como “AI-5 Digital”,²⁵ analogia clara à censura que ele representaria para a internet caso prosseguisse com a redação proposta. Setores sociais apontavam o perigo de se aprovar o Projeto de Lei dos Cibercrimes. Afirmavam que o Projeto criaria um estado de exceção permanente na internet, que controlaria e puniria os usuários e que ele significava um vigilantismo na comunicação em rede.

A Proposição gerou questionamentos sobre a necessidade de um marco regulatório civil que contivesse de uma maneira clara as regras e responsabilidades dos usuários e das empresas antes mesmo de um marco criminalizador, como o que estava sendo proposto com o substitutivo de Azeredo. Um desses questionamentos veio do advogado Ronaldo Lemos, que além de criticar o substitutivo de Azeredo, já falava da necessidade de um marco civil regulatório da internet para só depois se estabelecer um criminal²⁶ (ALMEIDA, 2014).

As manifestações contrárias ao Projeto continuaram movimentando a sociedade civil para concentrar esforços contra a sua aprovação. O movimento

²⁵O AI-5, Ato Institucional nº 5, foi o quinto decreto emanado pelo regime militar brasileiro em 1968. Tratava-se do ato mais repressivo de então e concedia poderes antes inimagináveis ao Presidente da República. Representou o maior ato de censura na história brasileira. Vide: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm.

²⁶Artigo disponível em: <http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>. Acessado em 08/02/2015.

que ganhou mais espaço foi o “MegaNão”. Em seu sítio eletrônico, o movimento definiu o que era objeto de combate: “combatemos o PL 84/99, defendido com unhas e dentes pelo Senador Eduardo Azeredo, e que tem diversos problemas graves conforme estudo colaborativo desenvolvido por diversos ciberativistas”. Ao final de sua página conclamavam as pessoas a assinarem uma petição contra o Projeto.²⁷ O blog serviu para agregar manifestos online a catalisar protestos de maneira presencial (PAPP, 2014).

A partir de um discurso feito pelo então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 2009,²⁸ no 10º Fórum Internacional de Software Livre, no qual criticou o PL nº 84, de 1999, afirmando que objetivo do projeto era de censurar e não corrigir abuso de internet, coube ao Ministério da Justiça iniciar a elaboração uma proposta de lei que assegurasse direitos e garantias no âmbito da internet (ALMEIDA, 2014).

O processo de construção do Projeto de Lei do Marco Civil da Internet ocorreu de maneira colaborativa por meio de um debate aberto. Até então, apesar de o Decreto nº 4.176, de 2002,²⁹ ter colocado como possibilidade entre as competências da Casa Civil da Presidência da República a divulgação do texto básico de um projeto ou ato normativo por meio da Rede Mundial de Computadores, isso ocorria de maneira estática por meio do envio de colaborações a um determinado endereço sem possibilidade real de interação, ou seja de maneira unilateral, com barreiras de participação, entre outros problemas, como se pode notar em algumas consultas públicas feitas pela Agência Nacional de Telecomunicações.

Muito embora o Projeto do Marco Civil não tenha inovado por completo o sistema de possibilidade de consultas públicas, pois já existiam outros mecanismos de consulta pública por meio da internet, ele inovou ao adotar uma plataforma que permitia um debate não somente unidirecional, mas sim uma maior interação, além de não se restringir somente a um determinado público (ALMEIDA, 2014).

O Ministério da Justiça, especificamente a Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), foi responsável por conduzir esse processo colaborativo e criar possibilidades ao Projeto de Crimes Cibernéticos. Escolheu-se hospedar a consulta pública no portal Culturadigital.br.

²⁷Para ver todas as críticas feitas pelo Movimento MegaNão ao Projeto de Lei, vide: <http://meganao.wordpress.com/o-mega-nao/o-que-combatemos/>

²⁸Integra do discurso: <http://softwarelivre.org/porta/fisl/veja-escute-e-leia-na-integra-o-discurso-do-presidente-lula-no-fisl-10>.

²⁹Para maior compreensão sobre o decreto que estabelece normas e diretrizes para o processo de elaboração como um todo de projetos de atos normativos, vide: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4176.htm

A plataforma, que foi criada e lançada pelo Ministério da Cultura em conjunto com a Rede Nacional de Pesquisa, em 2009, permitia a construção colaborativa de uma política pública digital. Além da parceria com o portal Culturadigital.br, firmou-se uma parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Esse Centro foi fundamental para a estruturação da consulta, ao colaborar desde as hipóteses de redação dos artigos até a organização de eventos sobre o tema (ALMEIDA, 2014).

A consulta foi estruturada em duas fases. Na página inicial, explicitou-se como funcionariam as regras de participação, o que era aquela consulta, o que se objetivava do marco civil a ser elaborado. A partir desse instrumento, buscava-se, por meio da participação social, debater e melhorar o texto normativo inicialmente proposto.

A primeira fase da consulta, que ocorreu entre 29 de outubro e 17 de dezembro de 2009, foi estruturada em três grandes eixos: um sobre direitos individuais e coletivos; o segundo sobre responsabilidade dos atores; e o terceiro sobre diretrizes governamentais.

O primeiro eixo buscava identificar direitos individuais e coletivos ainda não previstos de maneira explícita no ordenamento nacional. Questionava-se então se a ausência de previsão legal específica, mesmo que esses direitos derivassem de princípios constitucionais, não poderia prejudicar a efetiva tutela e exercício. Esse eixo foi estruturado em três grandes tópicos: privacidade, liberdade de expressão e direito de acesso.

O segundo eixo, mais diretamente relacionado ao objeto de análise do artigo, versava sobre a responsabilidade dos diversos atores que compõem a internet, dentro os quais se incluem os provedores de acesso, de conteúdo, aplicativos, hospedagem, usuários, acesso, enfim, de todos que participam da comunicação em rede. A ausência de legislação específica sobre a responsabilidade desses atores foi questionada, afirmando-se que, diante desse vácuo, era aplicada a responsabilidade objetiva aos provedores de serviços. De acordo com essa responsabilização, há a necessidade de comprovação da existência de um dano e da relação de causa e feito. Diferentemente de responsabilidade subjetiva, que demanda, para além desses dois elementos, a existência de uma conduta culposa do agente, o que significa que deve ocorrer uma ação ou omissão voluntária, imprudência ou negligência.

O principal questionamento consistiu no fato de que a responsabilidade objetiva é, de uma certa maneira, imprevisível quanto à reponsabilidade de atuação dos provedores de serviço, o que não contribui para a inovação tecnológica e cultural, o que acaba por ignorar o caráter inovador da internet, já que demandaria dos provedores de serviços um controle sobre os seus usuários e sobre as atividades que eles realizam na internet para que possam ser

demandados quando houver uma ação judicial sobre alguma conduta do usuário. Isso gera uma incerteza jurídica enorme, o que aumenta os custos do serviço e não é propício para a inovação. Dentro desse eixo foram discutidos mecanismos de salvaguarda e procedimentos administrativos e extrajudiciais para evitar que ações sejam propostas ao Poder Judiciário todas as vezes que ocorrer algum ilícito na internet.

O tópico que é mais pertinente para este artigo e que estava presente dentro desse segundo eixo, foi o 2.2, chamado de não discriminação de conteúdos ou neutralidade. A introdução para o tema continha a seguinte afirmação:³⁰

“A internet desenvolveu-se até seu estágio atual, dentre outros aspectos, por conta de sua natureza aberta e não discriminatória. Os protocolos de comunicação que permitem o envio de dados de um canto a outro, sob a forma de pacotes ou datagramas, foram planejados para que permitissem um tráfego livre e igualitário, independentemente da forma ou da natureza de seu conteúdo.

No entanto, este princípio não legislado – que afirma que a internet deve permanecer neutra com relação às suas inúmeras possibilidades de uso, sem sofrer limitação ou controle na transmissão, recepção ou emissão de dados – nem sempre é obedecido pelos diversos intermediários do processo de comunicação virtual. Isto fere a própria lógica da internet, no sentido de que suas aplicações e controles devem ficar nas pontas (o chamado princípio “end-to-end”), ou seja, nas mãos dos seus usuários.”

Restou clara a intenção e a necessidade sobre a inclusão desse tópico na consulta. Não se demandou a chamada neutralidade absoluta de rede. A introdução sobre o tema já havia deixado claro que isso é impossível, pois sempre haverá critérios de ordem técnica que privilegiam determinado tipo de tráfego com a finalidade de aprimorar o gerenciamento da rede. Entretanto, isso não deveria significar a permissão de favorecimento ou discriminação de um determinado conteúdo por motivos alheios aos técnicos, quais sejam, políticos, religiosos, comerciais, econômicos e culturais. O escopo do tópico era, portanto, de impedir que filtragens indevidas sobre os dados ocorressem na rede.

O terceiro eixo presente nessa primeira fase da discussão versava sobre as diretrizes que deveriam servir como referência para a formulação de políticas públicas relacionadas à internet e para a regulamentação, já infralegal, desse mecanismo. O escopo do eixo era o de atualizar as diretrizes já existentes sobre

³⁰Para acesso à primeira fase completa da consulta pública, vide: <http://culturadigital.br/marcocivil/consulta/>

o tema. Tanto a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997), quanto a Política Nacional de Informática (Lei 7.232/1984) já continham diretrizes gerais.

O eixo foi estruturado em três tópicos: o primeiro deles sobre abertura para assegurar a interoperabilidade das distintas formas de acessar a rede; o segundo, sobre a infraestrutura, em que se colocou a necessidade de ampliação da rede para todo o território nacional e, para além disso, a qualidade e velocidade, elementos essenciais ao pleno funcionamento e acesso à internet. Ademais, como último tópico do eixo, foi levantada a discussão sobre a chamada capacitação, assim justificada como uma visão não determinista sobre a tecnologia. O debate partiu do pressuposto de que a internet, por si só, não promove desenvolvimento social, democracia e justiça social. Deve haver uma capacitação educacional sobre como essa ferramenta pode, e deve ser utilizada para esses fins. Para tanto, buscou-se elaboração de diretrizes para políticas públicas voltadas a esse fim e para o desenvolvimento, promoção da cultura, educação e ciência.

Como resultado da primeira fase de consulta, um relatório com 580 páginas contendo todos os comentários propostos pelos participantes foi elaborado. A partir daí esse material foi transformado em um anteprojeto de lei.

Após a sistematização e tradução do material coletado em uma minuta de projeto de lei e após a validação do texto perante outros órgãos de governo, foi dado início à segunda fase do debate (ALMEIDA, 2014).

A preocupação com a neutralidade foi tão grande que ela foi inserida como um princípio no inciso IV, no art. 2º, dentro do capítulo sobre disposições preliminares:

A disciplina do uso da Internet no Brasil tem como fundamentos o reconhecimento da escala mundial da rede, o exercício da cidadania em meios digitais, os direitos humanos, a pluralidade, a diversidade, a abertura, a livre iniciativa, a livre concorrência e a colaboração, e observará os seguintes princípios:

(...)

IV – preservação e garantia da neutralidade da rede;

Somente este inciso recebeu 15 comentários, que variaram desde a contrariedade à neutralidade de rede, sob o argumento de que a rede é sim valorativa e que os agentes que a ela recorrem também necessitam dessa valorização, até argumentos favoráveis, com explicações sobre o significado de neutralidade utilizado em textos referenciais sobre o tema, como o de Tim Wu, esclarecendo que a neutralidade deveria ser entendida como proibição por parte dos provedores de filtrar ou impedir o tráfego de dados em razão da sua origem.

Na Seção II sobre o tráfego de dados, que constava dentro do Capítulo III intitulado de “A Provisão de Conexão e de Serviços de Internet”, encontrava-se o art. 12, que versava sobre o tratamento isonômico de pacotes de dados, com a

seguinte redação:³¹

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

Alguns dos 17 comentários propostos para esse artigo remetiam ao disposto no inciso IV, art. 2º, que versava sobre o princípio. Apontou-se como preocupação a parte final do artigo, que abriu margem para exceção decorrente de requisitos técnicos cuja finalidade seja a de preservar a qualidade do serviço que foi contratado. Parte dos comentários afirmou que essa exceção permitiria o *traffic shaping*. Um participante chegou a comentar sobre a não possibilidade do usuário comprovar uma ação desse tipo, o que inviabilizaria uma denúncia, cabendo, portanto, ao estado a fiscalização desse tipo de conduta.

Inúmeros comentários foram feitos à minuta de projeto de lei, que passou por consolidação semelhante à ocorrida na primeira fase do debate público. Como bem ressaltado por Almeida (2014), o processo do debate teve como escopo o auxílio na tomada de decisão do Presidente da República. Não houve supressão da competência desse representante de encaminhar o projeto de lei ao congresso, muito menos de condicionar a deliberação do Presidente sobre os comentários feitos na consulta pública.

Após a sistematização desse material, submeteu-se a minuta à chancela dos ministérios competentes sobre o tema, quais sejam, o do Planejamento, Orçamento e Gestão, o das Comunicações e o da Ciência e Tecnologia. Depois que todas essas chancelas e respectivos pareceres jurídicos foram recebidas, o texto foi encaminhado à Casa Civil da Presidência da República em 2010, no final do governo Lula, em um *timing* ingrato (PAPP, 2014).

O Projeto somente foi para apreciação da Presidente Dilma Rousseff em 2011, que, por sua vez, encaminhou o Projeto ao Congresso Nacional, tendo sido recebido na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 2.126, de 2011.³²

Na Câmara dos Deputados, foi criada uma Comissão Especial para analisar o Projeto. O Deputado Alessandro Molon foi eleito o relator da proposição. O Projeto contou com a realização de audiências públicas e eventos para debater seu conteúdo em inúmeras cidades. Houve a manutenção do

³¹Para a minuta completa do projeto de lei debatida na segunda fase da consulta, vide: <http://culturadigital.br/marcocivil/debate/>.

³²Para melhor conhecer o trâmite do Projeto, vide: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>.

processo participativo de construção do texto, por meio do portal e-Democracia, o que permitiu a mobilização social e comentários acerca do substitutivo apresentado pelo relator.

Em 12 de fevereiro de 2012, o relator propôs o substitutivo, que continha, dentro do Capítulo III, sobre provisão de conexão e de aplicações de internet, e Seção I, intitulada Da Neutralidade de Rede, o seguinte:

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 por Decreto 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 do Código Civil;

II – agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;

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

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

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

Antes de ser votado o relatório proposto, foi aprovado o Projeto de Lei nº 2.793, de 2011, que visava criminalizar condutas cibernéticas em razão da situação de exposição sofrida pela atriz Carolina Dieckmann, que teve seu computador pessoal invadido e fotos de sua intimidade divulgada. A aprovação desse Projeto e sua conversão em lei após sanção presidencial, conhecida popularmente pelo nome da atriz, Lei nº 12.737 de 2012,³³ acabou por iniciar a regulação da internet por condutas criminosas e não por um marco civil

³³Para maior compreensão, vide: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm Acessado em 20/02/2015.

regulatório que explicitasse direitos e deveres dos usuários.

A aprovação de uma lei que versava sobre cibercrimes esvaziou as forças que visavam aprovar o Projeto do Marco Civil, que acabou sem acordo para realizar a votação até meados de 2013 (ALMEIDA, 2014). Somente com o surgimento da denúncia sobre os sistemas de vigilância global da Agência de Segurança Nacional norte-americana (NSA) por Edward Snowden³⁴ houve uma alteração desse cenário. Em razão dessa denúncia de espionagem e com o surgimento de documentos comprovando que até a Presidente Dilma Rousseff estaria sendo espionada, em resposta à atitude do governo norte-americano, a Chefe de Estado brasileira adiou a sua visita oficial que seria realizada na segunda quinzena de outubro de 2013. A visita presidencial só ocorreria quando uma “solução satisfatória para o Brasil”³⁵ fosse alcançada.

Essa ação concreta fez com que o Brasil assumisse a liderança global em torno das discussões sobre governança da internet (ALMEIDA, 2014). Além da decisão de realizar um evento focado em governança da internet, feito inédito, a Presidente, ao proferir discurso,³⁶ em setembro de 2013, na abertura do Debate Geral da 68ª Assembleia-Geral das Nações Unidas, em Nova Iorque, nos Estados Unidos, repudiou as ações de interceptação realizadas pelo governo americano, afirmou a importância de se regular o comportamento nesse mundo tecnológico para contribuir para a construção da democracia no mundo.

Nesse discurso ela disse que o Brasil apresentaria propostas para estabelecer “um marco civil multilateral para a governança e uso da internet e medidas que garantam uma efetiva proteção dos dados que por ela trafegam” (ROUSSEFF, 2013). Ressaltou que determinados princípios deveriam ser garantidos, tais como a liberdade de expressão, privacidade e respeito aos direitos humanos, a governança democrática, multilateral e aberta, a universalidade, a diversidade cultural e, finalmente, a neutralidade de rede, para tornar “inadmissível restrições por motivos políticos, comerciais, religiosos ou de qualquer outra natureza” (ROUSSEFF, 2013).

³⁴Para melhor conhecimento do caso, vide: http://pt.wikipedia.org/wiki/Edward_Snowden e <http://g1.globo.com/topico/edward-snowden> Acessado em: 20/12/2014

³⁵Afirmção feita pela Presidente Dilma Rousseff em entrevista sobre o tema: <http://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2013/09/17/em-primeira-reacao-concreta-a-espionagem-dilma-adia-visita-oficial-aos-eua.htm> Acessado em: 20/12/2014.

³⁶A íntegra do discurso pode ser lida em: <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-o-planalto/discursos/discursos-da-presidenta/discurso-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-na-abertura-do-debate-geral-da-68a-assembleia-geral-das-nacoes-unidas-nova-iorque-eua> e visualizada em: https://www.youtube.com/watch?v=7TqNk5fMd_8. Acessado em: 20/12/2014.

Ainda em setembro de 2013,³⁷ dias antes de proferir o discurso na Assembleia da ONU, o pedido de regime de urgência constitucional para o Projeto de Lei do Marco Civil foi publicado no Diário Oficial da União.

Após muitas pressões e forte lobby para alterar determinados artigos do Projeto, várias entidades se manifestaram favoravelmente ao Marco Civil e demandaram que três princípios fundamentais não fossem alterados: o de neutralidade da rede; privacidade; e liberdade de expressão. Molon afirmou que neutralidade era o “coração” do Marco Civil e que isso não iria ser alterado, mesmo que isso afetasse o lucro das operadoras de telecomunicações (PAPP, 2014)

Em 25 de março de 2014, após meses do Projeto trancar a pauta da Casa, ocorreu, finalmente, a votação da proposição no Plenário da Câmara. A redação final proposta que foi votada teve pequenas alterações de técnica legislativa, mas a principal mudança versou sobre a inserção sobre quem exerceria a competência de regulamentar o que é a discriminação ou degradação do tráfego para deixar claro que seria por meio de decreto presidencial com auxílio dos órgãos competentes, conforme redação abaixo:

§ 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 – 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;

Após a aprovação na Câmara dos Deputados, a matéria foi encaminhada ao Senado Federal para apreciação. As discussões no Senado foram muito mais breves do que as da Câmara e o governo conseguiu impedir que qualquer alteração fosse feita no texto.

Em abril de 2014 ocorreu o evento NETMundial,³⁸ que representou um processo de junção de variados atores dos mais distintos setores envolvidos sobre o tema em prol do debate sobre governança da internet no Brasil. Como havia a intenção de que o Marco Civil fosse sancionado no evento do

³⁷Mensagem presidencial solicitando o regime de urgência: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1132586&fileame=Tramitacao-PL+2126/2011 e matéria veiculada sobre o regime de urgência constitucional do Marco Civil: <http://www.justica.gov.br/noticias/marco-civil-na-internet-sera-votado-em-regime-de-urgencia-na-camara>.

³⁸Todas as informações sobre o evento podem ser vistas em: <http://netmundial.br>.

NETMundial, o Projeto foi aprovado no Senado no dia 22 de abril e a Presidente Dilma Rousseff sancionou a proposição durante a abertura do evento da NETMundial, no dia 23 de abril,³⁹ um dia após a sua aprovação na Casa Revisora; feito reputado grandioso para demonstrar para o mundo que o Brasil havia cumprido o compromisso firmado em 2013 diante da Assembleia Geral da ONU.

Como produto final do evento, uma carta, chamada de NETMundial Multistakeholder Statement⁴⁰ foi assinada por todos os atores e representantes de países presentes. Nela a neutralidade de rede foi apontada como um ponto que foi muito produtivo e rico em discussões, mas que, como não houve um consenso entre as visões dos países acerca do tema – o Brasil apareceu como principal defensor do tópico, que contou com a oposição forte dos Estados Unidos e da União Europeia –, não foi definida uma posição, mas foi firmado o compromisso de que a questão seria inserida entre os pontos que merecem futura discussão para além do NETMundial.

Assim o Brasil encerrou o mês de abril de 2014 com o protagonismo sobre a discussão de neutralidade, apontando a necessidade de ações concretas por parte dos governos para que a internet possa permanecer aberta e neutra.

6. Conclusão

Diante do apresentado, pode-se concluir que há, no Brasil, um grande esforço por parte do governo brasileiro, especialmente quando se observa o longo processo que ocorreu em prol da aprovação do Marco Civil, de assegurar a neutralidade de rede, de tentar regular práticas que preservem esse bem público, em uma lógica de regulação *ex ante*.

O Marco Civil da Internet, espécie de Constituição da Internet, já que estabelece “princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”, assegurou, em seu artigo 3º, a “preservação e garantia da neutralidade de rede”, além de dispor, de maneira específica no capítulo III do dispositivo legal, as únicas possibilidades em que a discriminação ou degradação de tráfego podem ocorrer.

Muito embora o Brasil esteja na vanguarda por ter assegurado esse princípio, ainda se faz necessário a regulamentação específica sobre o tema para elencar as exceções técnicas à neutralidade, cuja competência é privativa da

³⁹Sobre a sanção presidencial no evento: <http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2014/04/dilma-sanciona-marco-civil-da-internet-durante-o-net-mundial-em-sao-paulo.html>. Acessado em: 28/12/2014.

⁴⁰Para leitura completa do Statement, vide: <http://netmundial.br/wp-content/uploads/2014/04/NETmundial-Multistakeholder-Document.pdf>.

Presidência da República.

Os Estados Unidos, por sua vez, apesar de debaterem o tema há alguns anos e já terem tentado listar como princípios não vinculantes o bloqueio, a discriminação e a proibição de dispositivos em rede, não obteve completo êxito com o seu propósito, já que houve questionamentos judiciais. Somente no primeiro semestre de 2014, eles lançaram uma consulta pública, por meio da FCC, para regulamentar o tema, optando-se por uma regulação *ex post* da agência.

Apenas no final de fevereiro de 2015,⁴¹ a FCC aprovou o Open Internet Order,⁴² que implementa regras sobre neutralidade de rede, não sendo aceitável o bloqueio, a degradação de tráfego e a priorização paga de tráfego. Essas regras são um grande avanço e uma vitória para a neutralidade de rede nos Estados Unidos. Entretanto, vale notar que essas regras ainda são passíveis de questionamento judicial.

Quanto à regulamentação do Marco Civil brasileiro, a primeira fase da regulamentação foi lançada pelo Ministério da Justiça por meio de um debate público no dia 28 de janeiro de 2015.⁴³ Assim como na primeira fase do debate público implementado para o então anteprojeto de Lei do Marco Civil, o debate foi dividido em eixos, quais sejam, neutralidade, privacidade na rede, registro de acesso e outros temas e considerações.

O eixo sobre neutralidade é iniciado como a afirmação de que a neutralidade já está vigente no país e que apenas serão discutidas as exceções específicas que se limitam aos “requisitos técnicos indispensáveis para a prestação adequada de serviços e aplicações e priorização de serviços de emergência”. O decreto regulamentador poderá, caso haja necessidade, esclarecer definições elencadas na lei. Ademais, o eixo demanda “contribuições relativas à apuração de infrações e da fiscalização sobre o cumprimento das regras” que dizem respeito à neutralidade.

Ainda não há uma definição sobre qual órgão será competente para realizar o *enforcement* das disposições presentes no Marco Civil. Quanto à

⁴¹A votação na Comissão sobre o tema foi apertada (3x2), mas o plano de uma internet aberta e determinada alteração sobre a classificação do tipo de serviço prestado pelas empresas de telecomunicações foram aprovados. Cf.: <http://www.theverge.com/2015/2/26/8114265/fcc-ruling-net-neutrality-victory-internet-title-ii>. Acessado em 26/02/2015. Entretanto, a as alterações realizadas pela FCC já foram questionadas.

⁴²Para ver todos os pontos da regra sobre Open Internet aprovada pela FCC, vide: <http://www.fcc.gov/document/fcc-adopts-strong-sustainable-rules-protect-open-internet>. Acessado em 28/02/2015.

⁴³Para acompanhar e participar do debate, acesse: <http://participacao.mj.gov.br/marcocivil/>. Acessado em 8/02/2015.

neutralidade, a ANATEL, por meio da Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013, resolução publicada um ano antes da aprovação da Lei, dispõe em seu art. 75, a necessidade de respeito à neutralidade, o que atribuiria à ANATEL a competência para fiscalizar a neutralidade. Vale acompanhar como a questão será definida em decreto.

A despeito da competência para a regulamentação ser presidencial, o Comitê Gestor da Internet (CGI) e a Agência Nacional de Telecomunicações serão ouvidos nesse processo, que é de fundamental importância para assegurar que esse princípio da neutralidade seja assegurado em todo o país.

Ante a demora ministerial em iniciar um debate público sobre o tema, o CGI abriu, em 19 de dezembro de 2014, uma chamada para contribuições sobre os temas de regulamentação, convidando distintos setores para contribuir. A neutralidade de rede é uma dessas áreas temáticas, assim como as definições técnicas de termos relevantes, a proteção de registros, dados pessoais e comunicações privadas, guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, entre outros aspectos. As contribuições contaram com formulário próprio⁴⁴ para envio ao CGI. Além do CGI, a ANATEL abriu uma consulta pública sobre o tema em janeiro de 2015.

O debate iniciado pelo Ministério da Justiça teve a sua primeira fase encerrada em abril de 2015. Da mesma forma que ocorreu com o então Anteprojeto de Lei do Marco Civil da Internet, a minuta de decreto que regulamentará a Lei contará com duas fases de participação social. A primeira fase do debate realizado pelo Ministério contou com mais de 48.823 visitas, tendo como tema mais comentado o da neutralidade de rede. Ao todo, 98 pautas foram criadas para debater o conceito.

Entre as discussões mais acaloradas sobre o tema, pode-se listar a discussão da abrangência da neutralidade, o *zero rating* e a priorização paga.

A primeira discussão versa sobre a aplicação da neutralidade a todas as camadas da internet, quais sejam a física (*i.e.* cabos), a lógica (*i.e.* TCP/IP) e a de conteúdo. Defende-se aqui o posicionamento apresentado pela academia especializada e pela sociedade civil, que sustentam que a neutralidade se aplica sobre todas as camadas, justamente para manter o caráter aberto da internet. As empresas de telecomunicações que apresentaram posicionamento no debate defendem que a neutralidade só se aplica às camadas física e lógica.

A segunda discussão, sobre *zero rating*, que nada mais é do que o provimento gratuito de determinados tipos de aplicação também suscitou grandes questões. Alguns defenderam que a prática nada mais é do que um modelo de negócio, não devendo, portanto, ser proibida. Outros, entretanto,

⁴⁴Cf.: <http://marcocivil.cgi.br/formulario/>. Acessado em 29/12/2014.

afirmaram que essa prática pode representar uma segmentação da internet, além de gerarem efeitos negativos sobre a concorrência e inovação.

O terceiro ponto muito debatido versou sobre a possibilidade de priorização paga – as chamadas *fast lanes* –, com base em acordos comerciais, do tipo Netflix e Comcast que já foi discutido ao longo deste artigo. Apesar da entrada em vigor da Lei, há alguns atores que buscam reabrir na minuta de decreto alguns conceitos que já estão nela consolidados.

Até o fechamento deste artigo, o Ministério da Justiça prometia a segunda fase sobre a minuta de decreto para ser lançada em setembro deste ano, no portal de participação do Projeto Pensando o Direito.

Como se pode perceber, parte do desafio quanto à neutralidade foi vencido, mas ainda há alguns conceitos em disputa no Brasil. As discriminações implementadas pelas grandes provedoras de rede americanas, do modo que ocorreram, não seriam admitidas no Brasil em uma leitura mais atenta do Marco Civil. Resta agora aguardar por uma regulamentação que defina as exceções e garanta o *enforcement* dos dispositivos previstos no Marco Civil da Internet, para garantir ao Brasil a vanguarda da governança da internet mundial.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. **Neutralidade de rede e o desenvolvimento: o caso brasileiro**. Diplo Foundation, 2007.

_____. **Marco Civil da Internet – antecedentes, formulação colaborativa e resultados alcançados**, 2014.

CROLEY, Steven P. *Regulation and Public Interests*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

HORWITZ, Robert Britt. *The irony of regulatory reform: the deregulation of American telecommunications*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1989.

FEINTUCK, Mike. *Regulatory Rationales Beyond the Economic: In Search of the Public Interest*. p. 39-63. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (org.). *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

FERREIRA, J. N. *Building the Marco Civil: A Brief Review of Brazil's Internet Regulation History*. In: *Stakes are High: Essays on Brazil and the Future of the Global Internet*, 2014. Disponível em: http://globalnetpolicy.org/wpcontent/uploads/2014/04/StakesAreHigh_BrazilNETmundial_final.pdf#juliananolasco: 30-34.

PAPP, Ana Carolina. **Em nome da internet: os bastidores da construção coletiva do Marco Civil**. Monografia de final de curso de graduação em Jornalismo. Escola de Comunicações e Artes. Universidade de São Paulo. 2014.

RAMOS, Marcelo de Matos. **Neutralidade de Redes: o futuro da Internet e o mix institucional**, 2006. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2006/DT_41.pdf.

STIGLITZ, Joseph E. *Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation*. In: BALLEISEN, Edward; MOSS, David (ed.). **Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation**. New York, NY: Cambridge University Press, 2009.

WILSON, Ernst J. *The Information Revolution and Developing Countries*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2006.

WU, Tim. *Network Neutrality, Broadband Discrimination*. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, p. 141-179, 2005.

_____. *A Proposal for Network Neutrality*. Charlottesville: University of Virginia, 2002.

_____. *Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement If Innovation Mattered Most*. 78(2) *Antitrust Law Journal*, 2012.

_____. *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires*. New York: Atlantic Books, 2010.

YOO, C. and WU, T. *Keeping the Internet neutral? Christopher S. Yoo and Timothy Wu debate* [online]. *Vanderbilt Public Law Research Paper*, p. 6-27, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=953989>.

YOO, Christopher S. *Network Neutrality and the Economics of Congestion*. 94 *Georgetown Law Journal*, Vanderbilt Law and Economics Research Paper no. 05-28, 2006.

_____. *Beyond Network Neutrality*. 19 *Harvard Journal of Law and Technology*, 2005.