

O princípio da neutralidade de rede na Internet: uma análise regulatória e concorrencial

Guilherme Pereira Pinheiro¹

Resumo

Em um ambiente de intensa regulação sobre os meios de comunicação eletrônica principalmente por meio dos serviços e redes de telecomunicações que distribuem o conteúdo eletrônico, a Internet surge como um baluarte ainda inexpugnável a essa influência reguladora. Nesse contexto, e dentro da perspectiva jurídica do livre acesso à informação eclode agora a possibilidade de o regulador impor às empresas *incumbents* regras de gerenciamento da rede e de tratamentos de pacotes e aplicativos: é o que se chama neutralidade de rede. Esse modelo de controle já nasce com aparente caráter de ser uma solução e também um problema para a Internet. Como deverá o regulador posicionar-se sobre a questão? Breve será o momento em que o Brasil se posicionará sobre o tema, já que a neutralidade de rede está prevista dentro das metas do Plano Geral de Atualização da Regulamentação do setor de telecomunicações.

Palavras-chave: Regulação. Internet. Neutralidade de rede. Telecomunicações. Informação eletrônica.

1 Introdução

Este trabalho tem o objetivo de investigar o princípio da neutralidade de rede como regra válida para a Internet, tomando como pressuposto o conflito entre o direito à livre concorrência e os pressupostos de livre circulação de informações na rede mundial de computadores. Adotamos aqui o termo neutralidade de rede como

¹ Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília - Uniceub. Mestrando (LL.M) pela Columbia University em Nova York. membro do grupo de estudos de pesquisa em Direito Internacional Econômico em Sistemas Regionais de Integração - GIDE, orientado pelo professor Dr. Paulo Roberto de Almeida. Email: gppinheiro@uol.com.br

tradução de *network neutrality* que, conforme o entendimento de Yoo,² consiste no princípio de *design* da rede de comunicações, segundo o qual esta rede, ou quem a opera, seja em que nível for, deve ser neutra em relação aos pacotes de conteúdo que por ela transitam. A análise proposta pretende verificar de que forma o princípio da neutralidade de rede pretende resolver problemas de condutas discriminatórias em relação aos pacotes e aplicativos de empresas concorrentes, por parte de empresas que detêm propriedade da rede. Da mesma maneira, examinaremos de que forma a adoção do princípio em comento pode ensejar prejuízos à livre circulação de informações na Internet e ao direito à livre manifestação do pensamento.

Para tanto, estudaremos primeiro o modelo regulatório sobre o qual se sustenta a Internet e procuraremos cotejá-lo com outros modelos de comunicação eletrônica, de modo a identificar as características singulares da rede mundial de computadores que justifiquem o tratamento diferenciado e mais livre dado à Internet. Em seguida, avaliaremos de que forma o modelo regulatório competitivo pode ser beneficiado ou prejudicado por meio da adoção do princípio da neutralidade de rede, levando em conta outras iniciativas de tratamento do assunto no Brasil.

A análise do assunto desenvolver-se-á em torno do debate travado nos Estados Unidos, já que é o país onde o tema mais se encontra em discussão, tanto na arena jurídica quanto política, tendo havido inclusive, recentemente, decisão do *Federal Communications Commission* – FCC sobre a questão.

2 O caráter único da Internet como meio de comunicação

A Internet constitui um meio de comunicação eletrônica de massa que permite a busca, *download* de informação, e a interlocução entre as pessoas a ela conectadas, e que, geralmente, se dispõem a pagar pelo acesso. Esse conceito de Internet foi construído a partir de uma análise do livro *Who Controls the Internet*, de Tim Wu e Jack Goldsmith.³

² YOO, Christopher. Would Mandating Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment on the End-to-end Debate. *Journal of Telecommunications and High Technology*, [S.l.] 2004.

³ WU, Tim; GOLDSMITH, Jack. *Who controls the internet? illusions of a borderless world*. New York: Oxford University Press, 2006.

Diferentemente de outras mídias, é imperioso notarmos que a Internet não possui uma administração centralizada, mas constitui um esforço comum de inúmeras organizações, governos e empresas privadas para sua operacionalização. Atualmente, ainda não existe uma regulação internacional, ou mesmo nacional, sistematizada e geral para a rede mundial de computadores⁴. Essa observação é válida tanto para a regulação que estabelece as condições ou pressupostos para que as redes operem de forma eficiente, como em relação ao próprio conteúdo a ser transmitido. Mais ainda, vale dizer que a Internet possui natureza jurídica múltipla, mesclando elementos dos direitos reais, pessoais, intelectuais e obrigacionais dentro de uma perspectiva totalmente nova.

Além disso, a Internet detém várias características que fazem dela uma mídia única, destacando-se, dentre outras, aquelas apontadas no caso *Janet Reno vs American Civil Liberties Union – ACLU*⁵ e no *paper* sobre a Internet de Joseph Farrel e Philip Weiser.⁶ Vamos a elas:

(i) A primeira característica diz respeito à facilidade que se tem para acessar o sistema de Internet, tanto do ponto de vista do usuário, sem intuito de lucro, como do ponto de vista daquele que explora a Internet comercialmente. Isto é, existem muito poucas restrições ou barreiras que limitam física ou tecnologicamente a exploração do ciberespaço por qualquer pessoa que seja.

(ii) Em segundo lugar, há uma espécie de identidade de barreiras que se colocam tanto para aqueles que mandam como para aqueles que recebem informações na rede. Ou seja, com a mesma facilidade com que uma pessoa pode enviar material com determinado conteúdo através da rede, o receptor poderá ter acesso a essa mesma informação.

(iii) Como terceira qualidade inerente à rede, temos que, devido à imensa facilidade com que pessoas expõem, enviam, buscam e recebem informações por meio da Internet, existe uma quantidade diversificada e incomensurável de conteúdo disponível na Internet.

⁴ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e responsabilidade nos meios de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵ Para mais detalhes ver: *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

⁶ FARRELL, Joseph; WEISER Philip. *Modularity, Vertical Integration and Open Access Policies: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in the Internet Age*. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 17, n. 1, 2003.

(iv) Por último, a Internet disponibiliza acesso significativo a quase totalidade daqueles que desejam utilizar-se de seus serviços, criando, ainda, uma relativa paridade entre todos os usuários.

Com isso, constatamos que as características singulares da Internet em relação a outras mídias têm o condão de tornar a aplicabilidade, seja por analogia, seja pela transposição direta ou indireta, das restrições ou regulamentos dessas mídias à Internet, uma tarefa extremamente difícil, senão impossível, de ser implementada. Tentativas nesse sentido têm se mostrado ineficientes ou mesmo arriscadas para os fins a que se propõem, atentando comumente contra os valores e preceitos da liberdade de expressão e do direito de acesso à informação.⁷

Dessa forma, mesmo que um mesmo conteúdo eletrônico seja veiculado na Internet, e na TV aberta, esse conteúdo, por óbvio não deve receber o mesmo tratamento regulatório daquele veiculado na TV aberta. O fato de uma tela de computador reproduzir um mesmo conteúdo de uma TV a cabo não implica a existência da prestação do mesmo serviço. Tais interpretações não se sustentam e somente servem a grupos e a interesses que propugnam o exercício de maior controle sobre a rede mundial.

A Internet difere, por exemplo, da radiodifusão, que é a TV aberta, pelas seguintes razões e características, dentre outras, segundo Helberger:⁸

(i) Seu conteúdo não é definido por um (nem por uns poucos) agente, mas por milhões de usuários. Na radiodifusão, o conteúdo é definido pelo radiodifusor;

(ii) Não existe grade de programação na Internet;

(iii) O conteúdo é hospedado ou armazenado em provedores de conteúdo e o internauta vai buscar o conteúdo que lhe interessa; o conteúdo não é enviado ao internauta, nem, muito menos, difundido simultaneamente a todos os internautas. O conteúdo que o radiodifusor difunde é o mesmo para todos os telespectadores, que apenas têm a opção de ligar o aparelho de TV e ver o programa, ou não ligar e não vê-lo;

⁷ SPARROW, Andrew. *The law of internet & mobile communication: the EU and US contrasted*. Malta: Gutenberg Press, 2004. p. 36.

⁸ HELBERGER, Natali. *Controlling access to content: regulating conditional access in digital broadcasting*. Hague: Kluwer Law International, 2005. p. 38.

(iv) A Internet não é obrigada a transmitir programas oficiais do Governo (propaganda eleitoral gratuita; cadeias nacionais ou regionais requisitadas pelo Governo; programa de informação dos Poderes da República, no caso do Rádio);

(v) A Internet é um serviço bidirecional e implica forte interatividade, enquanto a radiodifusão é um serviço unidirecional; não há interatividade nem canal de retorno;

(vi) Na Internet, não há um número mínimo de horas a se “transmitir” diariamente nem um limite máximo ao tempo de propaganda comercial veiculada;

(vii) Na Internet, os meios de transmissão não são de propriedade dos emissores ou controladores de conteúdo, como na radiodifusão;

(viii) O usuário, como regra geral, muitas vezes paga pelo acesso aos serviços de Internet e nada paga, necessariamente, para receber o serviço de radiodifusão;

(ix) Na Internet, pode haver contrato entre o explorador do serviço e o usuário/assinante; a recepção da radiodifusão é livre e direta;

(x) A remuneração do prestador de serviço pode advir do contrato com o usuário ou de propaganda, enquanto a fonte de recursos dos radiodifusores provém unicamente de veiculação de comerciais;

(xi) Sempre se sabe ou se pode saber, no ambiente Internet, quando um usuário (ou quando certo equipamento) está acessando a rede. O radiodifusor não sabe quem está recebendo sua programação;

(xii) A acesso à Internet se dá por qualquer meio técnico ou tecnológico (par de fios, cabo, fibra, wireless); a radiodifusão é sempre pelo ar; e

(xiii) À pró-atividade de um usuário da Internet, que interage na rede e busca o que quer, na hora que quer, contrapõe-se a relativa passividade de um telespectador de radiodifusão, que recebe o programa de TV distribuído pelo radiodifusor.

Essas diferenças entre a Internet e a radiodifusão podem ser construídas também em relação aos outros serviços que distribuem conteúdo eletrônico e servem para mostrar que a Internet constitui meio de comunicação bastante diferenciado em relação aos meios de comunicação eletrônica mais tradicionais.

3 A concorrência no marco regulatório de telecomunicações e o conteúdo eletrônico

A pluralidade de fontes de conteúdo eletrônico só pode prevalecer dentro de um panorama no qual viceje a liberdade de iniciativa e a liberdade econômica, sustentáculos e princípios constitucionais da ordem econômica. O princípio da eficiência da administração pública impele não apenas o aperfeiçoamento na prestação de serviços pelo Estado como também na prescrição dos contratos de gestão firmados entre ela e os órgãos da administração direta e indireta. De fato, conforme aduz Spitzcovisk,⁹ “a administração pública não pode prescindir, no campo do direito administrativo econômico, dos princípios que regem a própria administração pública”.

E a ação da administração pública deve levar em conta o interesse público no setor de comunicação social eletrônico. A melhor forma de garantir essa multiplicidade de fontes de informação é a proteção da ordem econômica, que deve ser posta em ação diante de casos de monopolização abusiva ou condutas anticompetitivas. Os meios de comunicação eletrônica, e em especial a Internet, não devem ter seu conteúdo, em si, regulado. Contudo, a infraestrutura de redes de telecomunicações que transporta e distribui o conteúdo da rede mundial pode e deve ser sim objeto de regulação. Em outras palavras, é com as redes de telecomunicações, que transportam o conteúdo eletrônico aos usuários ou telespectadores finais, que a administração pública deve se preocupar. A possibilidade de acesso a essas redes é, em um primeiro momento, capaz de diversificar os canais e ampliar os próprios meios de comunicação social eletrônica.

A Lei Geral de Telecomunicações, Lei n.º 9.472/1997, não entendeu diferente. Ela dispõe em seu art. 2º que o Poder Público tem o dever de adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços de telecomunicações. Os arts. 5º e 6º do mesmo diploma normativo recuperam os princípios constitucionais de liberdade econômica e os torna aplicáveis, como se de resto não fossem, ao setor de telecomunicações. Vale apontar, outrossim, para o art. 155, que prescreve que em prol do desenvolvimento econômico,

⁹ SPITZCOVISK, Celso. Princípios do direito administrativo econômico. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopez; SANTOS, Márcia Walquíria Bastista dos (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 71.

as empresas de telecomunicações deverão, nos casos e condições fixadas pela Anatel, tornar disponíveis suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo. O que deve ser feito é estruturar o mercado de modo que este tenha condições de garantir a concorrência. A evolução tecnológica tornou essa realidade possível¹⁰. A concorrência entre redes fixas e móveis permite a introdução de um novo paradigma competitivo no cenário das telecomunicações e prepara o terreno para a multiplicação dos meios de comunicação social eletrônica.¹¹

Vale notar que o atual marco regulatório não dispõe sobre questões relacionadas ao conteúdo propriamente dito, apenas sobre as redes de telecomunicações que dão suporte e distribuem esse conteúdo. De fato, o poder público deve atuar segundo a regra que atende à observância da exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que a liberdade será a regra e as interferências e restrições impostas pelo Poder Público, a exceção, conforme estabelece o artigo 128 da Lei Geral de Telecomunicações. Ou seja, a intervenção do Poder Público, ainda mais em relação a questões de conteúdo eletrônico, deve ser o mais restrita possível, levando em consideração, inclusive, os preceitos constitucionais da liberdade de manifestação do pensamento, expressão e informação, sob qualquer forma, processo e veículo. A Internet, por óbvio, não constitui exceção a essa regra.

4 A livre circulação do conteúdo eletrônico e o princípio da neutralidade de rede

4.1 Vantagens e desvantagens da neutralidade de rede

No contexto da defesa da concorrência e no pressuposto do direito à livre circulação da informação eletrônica, nasceu o princípio da neutralidade de rede, que é tema ainda bastante incipiente no Brasil, mas que, diante de sua ligação umbilical com a comunicação eletrônica, entendemos que se tornará objeto de

¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica, princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 126.

¹¹ DUESTERBERG, Thomas; GORDON, Kenneth. *Competition and regulation in telecommunication: the case for a new paradigm*. Indianapolis: Hudson Institute, 1997. p. 43.

debates jurídicos, políticos e sociais muito em breve¹². Não obstante a escassez de literatura pátria sobre o tema, sua importância nos impele a analisá-lo sob o prisma do país que mais longamente, e de modo mais consistente, vem tratando do assunto: os Estados Unidos.

Com esse intuito, iremos esclarecer, em primeiro lugar, o que se entende por neutralidade de rede para, em seguida, destacar os argumentos mais cogentes, tanto favoráveis quanto contrários a princípio de mesmo nome. Descreveremos, outrossim, as últimas disputas legais e regulatórias ocorridas a respeito nos Estados Unidos, e que certamente trazem argumentos que terão impacto na construção de uma futura regulação brasileira sobre o assunto.

A conceituação de neutralidade de redes é importante para distingui-la de outras figuras similares, como a não discriminação de acesso à rede, conceitos esses que são, por vezes, confundidos no Brasil. Pode-se entender a neutralidade de rede como um princípio de *design* da rede, segundo o qual a rede (ou quem a opera, seja em que nível for) deve ser neutra em relação aos pacotes de conteúdo que por ela transitam¹³. Talvez se possa entender melhor o conceito por meio de uma comparação que se faz correntemente. Vamos a ela.

A rede elétrica é construída, mesmo que implicitamente, sobre um princípio de neutralidade de rede. Assim, a rede elétrica é neutra em relação ao aparelho que alguém conecta a ela. Pode-se conectar, da mesma forma, uma geladeira ou um *laptop* à rede elétrica, e ela não irá diferenciar a corrente elétrica por causa da diferenciação de aparelho. Da mesma forma, se uma rede pública de telecomunicações for neutra, ela não irá distinguir o conteúdo que a percorre: seja voz ou dados,

¹² Vale lembrar que o Ministério das Comunicações aprovou, em 17.10.2008, texto de Consulta Pública acerca de temas relativos às políticas públicas para o setor de telecomunicações, e que trata, na pergunta 18, sobre a possibilidade de regulamentação da neutralidade de redes.

¹³ Interessante notar que em seu trabalho “Would Mandating Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment on the End-to-end Debate”, Christopher Yoo procura determinar se as empresas proprietárias da rede de telecomunicações têm incentivos econômicos para discriminar conteúdos de provedores que não sejam afiliados a elas. O referido autor alcança a conclusão de que quase sempre, esses incentivos econômicos inexistem. YOO, Christopher. Would mandating network neutrality help or hurt competition? A comment on the end-to-end debate. *Journal of Telecommunications and High Technology*, p. 36, 2004.

todos os tipos de informação serão tratados da mesma forma.¹⁴ Seja esse conteúdo de origem de empresa competidora, seja de pessoas ideologicamente contrárias à filosofia da empresa, ele não pode ser discriminado e ou desfavorecido frente aos outros conteúdos em trânsito pela rede.

Com isso em mente, podemos entender melhor a importância do debate sobre a neutralidade de redes. Se a rede for neutra, um provedor de acesso banda larga não pode discriminar entre pesados pacotes de vídeos e pacotes de e-mails com apenas uma linha escrita. A rede deve tratar esses pacotes da mesma forma, sem priorizar de forma arbitrária nenhum deles. Também não pode discriminar quanto à origem dos pacotes, como é comum quando eles se originam na rede de um concorrente. Esse comportamento é fundamental para a livre circulação do conteúdo eletrônico¹⁵. Por outro lado, é também fundamental definir a neutralidade negativamente; ou seja, mostrar o que a neutralidade de rede não é. A neutralidade de rede não implica obrigação de interconexão, não implica regulação de preços e não se confunde com a adoção de protocolos de interface padronizados como TCP/IP.

Esse debate é, então, fundamental para se saber qual o futuro da Internet. Por isso, é importante conhecer os argumentos apresentados tanto a favor da imposição regulatória da neutralidade de redes quanto aqueles contrários a essa imposição.

Existem vários argumentos que propugnam a implementação da neutralidade de redes, que são exemplarmente expostos por Schewick¹⁶. O principal motivo, e que permeia os demais, consiste na hipótese de que, na ausência de uma regulação, é possível que os controladores da rede possam discriminar contra aplicações independentes e que tal discriminação possa gerar redução na capacidade de inovação da indústria em detrimento da sociedade.

¹⁴ FRISCHMANN, Brett. An economic theory of infrastructure and commons management. *Minesotta Law Review*, [S.l.], v. 89, p. 917-1030, 2005.

¹⁵ FCC. *Memorandum opinion and order*. AT&T Inc. and BellSouth Corporation: Application for Transfer of Control. Washington, 26 Mar. 2008.

¹⁶ VAN SCHEWICK, Barbara. Towards an economic framework for network neutrality. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, p. 332, 2007.

Defensores dessa posição, entre eles, Van Schewick¹⁷, contendem que:

- (i) Há incentivos econômicos para os controladores de rede discriminarem contra provedores de conteúdo por eles não controlados ou a eles não afiliados¹⁸;
- (ii) Existe a criação de desincentivos para produtores de novos aplicativos inovarem, já que seus aplicativos poderão ser discriminados em favor de outros pertencentes aos controladores da rede;
- (iii) Há impacto relevante no bem-estar social dos usuários que terão um menor número de opções e tecnologias de aplicativos disponíveis e, portanto, estarão sujeitos a abuso de poder econômico por parte dos controladores da rede ou incumbents.

Com relação aos argumentos contrários à implementação de uma política de neutralidade de redes, temos, entre outros, os seguintes¹⁹:

- (i) Há várias eficiências econômicas resultantes de uma integração vertical entre os controladores da rede e provedores de conteúdo afiliados, que podem ser repassadas ao usuário final;
- (ii) Mesmo em casos onde houve essa integração, provedores de conteúdo não afiliados a controladores de rede preferiram conectar-se ao backbone dos controladores de rede do que construir uma rede totalmente nova. Foi o caso da fusão AOL com a Time Warner²⁰;
- (iii) Caso os operadores de rede não possam auferir uma vantagem mínima no fato de serem detentores da rede, não mais investirão na ampliação ou em *upgrades* tecnológicos dessa mesma rede; e

¹⁷ VAN SCHEWICK, Barbara. Towards an economic framework for network neutrality. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, p. 332, 2007.

¹⁸ Já existem hoje tecnologias disponíveis que capacitam operadores de rede e provedores de Internet de promover uma distinção entre diferentes aplicações utilizando para tanto a rede para controlar essa execução. Disponível em <www.cisco.com/en/US/products/ps6350/products_configuration_guide_cahpther09186a0080455985.html> Acesso em 20.9.2008.

¹⁹ Para argumentos contrários à neutralidade de rede, ver a obra. YOO, Christopher. Would Mandating Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment on the End-to-end Debate. *Journal of Telecommunications and High Technology*, 2004. Interessante notarmos que o debate sobre a questão do chamado *network neutrality* mobiliza não apenas o corpo regulatório, mas também a academia nos Estados Unidos.

²⁰ FAULHABER, Gerald R. Bottlenecks and Bandwagons: Access Policy in the New Telecommunications. In: HANDBOOK of telecommunications and Economics. Technology Evolution and the Internet. Amsterdam: Elsevier North-Holland, 2005. p. 514.

(iii) O custo da imposição de uma nova regulação tem duas vertentes ruins: aumenta o custo operacional como um todo, o que é sempre repassado aos usuários, e também aumenta o custo da máquina governamental administrativa para gerenciar, controlar e pôr em prática essas novas políticas.

4.2 Contexto histórico e o caso Comcast

Em 5 de agosto de 2005, a FCC publicou um *Policy Statement* que deitou as bases para a abordagem da Comissão sobre o tema²¹. Após mencionar a importância da Internet no contexto norte-americano, a FCC adotou a política de que os consumidores, a fim de encorajar a implantação de banda larga e preservar e promover a natureza aberta e interconectada da Internet pública tem direito: de acessar o conteúdo lícito da Internet de sua escolha; a processar aplicativos e usar os serviços de sua escolha, sujeitando-se às necessidades da fiscalização; de conectar à rede os aparelhos lícitos que não a danifiquem; e à competição entre provedores de rede, aplicativos e provedores de serviço, e entre provedores de conteúdo.

Entretanto, as diretrizes contidas neste *Policy Statement* são apenas isso: diretrizes - e não normas legais que não podem ser desobedecidas sob pena de sanção. A nota n.º 15 do referido documento afirma: “Portanto, não adotamos regras nesta declaração de política. Os princípios que adotamos estão sujeitos a um gerenciamento razoável da rede”. Ora, nesta nota encontra-se todo o cerne da disputa atual. No fundo, não há nenhum juízo firme da autoridade reguladora sobre a questão, apenas um indicativo da direção que poderia tomar no futuro. Em segundo lugar, ao afirmar que os princípios enunciados devem conviver com o gerenciamento razoável de rede, sem explicitar de que forma se daria esse gerenciamento, a FCC terminou deixando aberta a discussão sobre a neutralidade de redes de um modo geral.

Assim, em novembro do ano passado, várias empresas que defendem a neutralidade de rede entraram com uma petição contra a empresa Comcast, depois de descobrir que ela estaria, aparentemente, limitando a largura de banda disponível

²¹ FCC. *Policy statement*. Disponível em: <<http://www.techlawjournal.com/topstories/2005/20050805.asp>>. Acesso em 3 ago. 2008.

para usuários de serviços *peer to peer*²², como MSN. Várias empresas prejudicadas com esse tipo de prática logo se uniram e peticionaram junto ao FCC. A Sony, por exemplo, posicionou-se contra a Comcast, afirmando que esta empresa estava entrando no mercado de distribuição de vídeo pela Internet e essa prática afetaria diretamente suas intenções comerciais. Até mesmo corretores de imóveis que passaram a mandar vídeos sobre imóveis a clientes interessados reclamaram da prática que tornava muito lenta a visualização dos referidos vídeos.

Entretanto, segundo a Comcast e outras empresas prestadores de serviço de acesso banda larga à Internet, a prática é legítima porque, além de ser bastante restrita, visa apenas a garantir que os usuários de serviços *peer to peer* não monopolizem o tráfego da Internet e tais práticas estariam dentro de um gerenciamento razoável da rede²³. Assim, os prestadores de acesso à Internet teriam o direito de gerenciar a quantidade de banda que esses usuários consomem para que todos os outros também pudessem utilizar, adequadamente, a Internet.

O problema tornou-se sério justamente com as aplicações providas pela Bit Torrent. A Comcast implantou equipamento na rede para monitorar as conexões TCP de seus usuários, usando “inspeção em profundidade de pacotes”, o chamado *deep packet inspection*, para determinar quantas conexões são *uploads peer-to-peer*. Os internautas que usavam o protocolo de aplicações *peer-to-peer* associado à Bit Torrent passaram a sentir lentidão e queda na conexão. Em algumas comunidades, a Comcast interferiu, assim, em 40% e até em 75 % das conexões. No entanto, 20% das conexões derrubadas não conseguiam ser restabelecidas dentro de um minuto²⁴.

A questão diante da FCC era se a Comcast, um provedor de acesso banda larga à Internet, podia, de forma seletiva, interferir sobre aplicações em conexões

²² As comunicações *peer-to-peer* são comunicações entre duas entidades que operam com o mesmo sistema de protocolo subjacente. Ver NEWTON, Harry. *Newton's Telecom Dictionary*. 18. ed. New York: COM Books, 2002. p. 561.

²³ COMCAST. *Memorando Opinion and Order*. Before the Federal Communications Commission. Washington, D.C, 20554, Docket n.º 07-52, 1 ago. 2008.

²⁴ *Ibidem*.

peer-to-peer, usando *deep packet inspection*²⁵ e injetando um protocolo de *reset*, i.e., derrubando a conexão, da maneira que fez. Apesar de a Comcast alegar que sua conduta era necessária para aliviar o congestionamento da rede, a FCC concluiu que sua prática discriminatória e arbitrária não constitui gerenciamento razoável da rede²⁶. O fato de a Comcast não ter claramente aberto para os usuários quais são exatamente suas práticas de gerenciamento da rede foi tomado como circunstância agravante. A FCC considera que a marca de uma prática razoável é justamente a transparência e abertura clara dessa prática para os usuários.

Em fevereiro de 2008, o Deputado pelo Estado de Massachussets, Edward Markey, apresentou um projeto de Lei chamado “Lei da Preservação da Liberdade da Internet”, em que adota, agora com *status* legal, os princípios expostos na *Policy Statement* da FCC e ordena que a FCC conduza investigações para averiguar se as empresas estão bloqueando conteúdo de forma inconsistente com esses princípios²⁷.

Ao que tudo indica, mesmo que algumas empresas solucionem o problema por meio do consenso privado, tendo em vista que já existe um Projeto de Lei no congresso americano que trata do tema, e que diminuam o número de disputas acerca do gerenciamento de tráfego na Internet, é de se supor que a FCC se pronunciará em breve sobre o assunto, mesmo que seja para dizer que não irá regular a neutralidade de redes²⁸. A FCC abriu uma portinhola sobre a, até hoje, intocada fortaleza da Internet: a grande pergunta é se isso indica uma tendência para um

²⁵ O Deep Packet Inspection é uma tecnologia capaz de identificar e bloquear determinados tipos de conteúdo ou pacotes de dados, permitindo, portanto, a discriminação entre determinadas espécies de conteúdo. Disponível em: <<http://arstechnica.com/articles/culture/Deep-packet-inspection-meets-net-neutrality.ars>>. Acesso em: 13 ago. 2008

²⁶ A FCC deixou bastante claro que está julgando apenas e tão somente o caso da Comcast. E o fez pelo processo de *adjudication* (em que trata de um caso específico, *ad hoc*), ao invés de *rulemaking* (em que estabelece um regulamento geral, válido para todos). A FCC não tratou de preços, de *unbundling*, ou qualquer outra regulação econômica. Também não impôs um padrão de gerenciamento de congestionamento de rede, deixando as empresas livres para agirem como achem apropriado. E isso é um problema, pois a FCC disse que não aceita uma determinada prática, mas não se sabem os exatos limites disso.

²⁷ O texto original do Projeto pode ser visto. Disponível em: <<http://markey.house.gov/docs/telecomm/hr5353.pdf>>. Acesso em 14 maio 2008.

²⁸ Vários autores ainda acreditam que a posição da Agência americana em relação à *network neutrality* deve ser a “*wait and see approach*”. LEMLEY, Mark. *The End-to-End: preserving the architecture of the Internet in the Broadband Era*. Stanford Law School. John M. Olin Program in Law and Economics. 2000. (Working paper n.º 207).

novo paradigma ou se se trata apenas de punição para um abuso localizado e específico. A resposta a essa pergunta contém duas visões de mundo totalmente distintas: o mundo *hands off* Internet ou o mundo de certa regulação, inclusive com componentes ideológicas²⁹.

Se no Brasil as tentativas de se implantarem mecanismos de controle do conteúdo eletrônico na Internet continuam incisivas neste momento, são possíveis maiores danos pelos reflexos da posição americana, de ampla influência nas telecomunicações pátrias, e que podem apontar um novo rumo de governança da Internet e, portanto, de controle sobre o conteúdo eletrônico. A nosso ver, políticas de neutralidade de rede são boas para evitarem o abuso por parte das *incumbents*, mas descortinam um horizonte de possibilidades que podem diminuir a liberdade de circulação de informações na Internet e pôr em cheque seu modelo de sucesso. A questão deve ser observada com cuidado e mereceria estudo mais detido.

5 Liberdade e controle na Internet

A questão da adoção de maiores controles no ambiente da rede mundial de computadores não é recente. Várias abordagens legislativas têm sido elaboradas nesse sentido. A primeira delas, e que o fez de maneira bastante ampla, foi a do Anteprojeto de Lei que criava a Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual – Ancinav. Não obstante fracassado, o aludido anteprojeto, por inverossímil que pareça, pretendia impor a todos os meios de comunicação eletrônica³⁰, as restrições ao capital estrangeiro da radiodifusão, ou seja, que a propriedade dessas empresas fosse privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras em que pelo menos 70% do capital total e votante pertencesse a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos. Ademais, a gestão das atividades e o estabelecimento do conteúdo de todas essas

²⁹ O Congresso americano, na seção 230(b) e 706(a) do *Communications Act* emendado, descreve sua política nacional para a Internet, que consiste em preservar vibrante e competitivo livre mercado que hoje existe para a Internet, promover o contínuo desenvolvimento da Internet, e encorajar a implantação em tempo oportuno e bases razoáveis de banda larga para todos os americanos.

³⁰ Nesse conjunto, estavam incluídos, além de todo o conteúdo da Internet, e-mails, telas de comerciais em *shopping centers*, elevadores ou aeroportos, etc.

empresas deveriam ser feitos por brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos. Igualmente, a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada também deveriam ser privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos.³¹ Nesse contexto, é possível vislumbrar o efeito deletério que a adoção de tais políticas traria para a livre circulação de conteúdo na Internet.

Em seguida, houve também, no âmbito do Legislativo, o Projeto de Lei n.º 4.209/2004 e a Proposta de Emenda Constitucional n.º 55/2004, que tiveram objetos idênticos e claramente complementares ao da Ancinav, perfazendo a mesma intenção de “pacote” regulatório. Tais proposições pretenderam, em suma, estender a todos os setores da economia que tenham como objeto a difusão de informação as limitações societárias que hoje recaem exclusivamente às empresas jornalísticas e radiodifusoras. Tal medida, é provável, teria um efeito devastador na economia nacional, provocando forte concentração econômica, vez que todas as empresas de publicidade, de provimento de acesso à Internet, cinematográficas, bem como todas as congêneres, que de algum modo utilizam plataformas tecnológicas digitais para difundir informação, teriam que transferir ao menos 70% de seu capital social a brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos.

O debate sobre os mecanismos de controle do conteúdo eletrônico na Internet perpassa pela necessária ponderação entre os valores antagônicos da liberdade de expressão e do controle estatal sobre os meios de comunicação.³²

De um lado, para que a atividade de comunicação logre êxito em atingir um número significativo de pessoas, há uma série de valores constitucionais, todos eles vinculados à ideia básica de liberdade. Assim é que se podem enunciar as espécies de liberdades constitucionalmente garantidas na atividade de comunicação: liberdade de expressão, informação, livre iniciativa, concorrência, dentre outras. A liberdade de expressão é um princípio reconhecido mundialmente, tanto que consta expressamente no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “todos

³¹ O teor das restrições reproduz o art. 220 e parágrafos da Constituição Federal, que se aplicam, hoje, somente a empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens e a empresas jornalísticas.

³² CORDOVIL, Leonor Augusta Giovane. *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 44.

têm o direito à liberdade de ter uma opinião e à expressão. Este direito inclui a liberdade de se ter uma opinião sem interferência e, de buscar, receber e distribuir informação e idéias através de qualquer meio e sem fronteiras”.

Ensina Faria³³ que o direito fundamental concernente à livre e pública divulgação dos pensamentos e de notícias é composto de duas liberdades: a liberdade de expressão e a liberdade de comunicação. O jurista em comentário explica que a liberdade de expressão tem como objeto a manifestação de pensamentos, ideias e opiniões, crenças e juízos de valor. A liberdade de comunicação tem como objeto a difusão de fatos ou notícias. Tal divisão corresponde ao que comumente é designado por liberdade de opinar e liberdade de informar.

De outro lado, porém, algum grau de controle sobre o conteúdo que transita na Internet é necessário. Eventuais crimes contra a segurança dos sistemas informatizados, os estelionatos eletrônicos, a inserção ou difusão de código malicioso, o chamado vírus, e outras práticas ilegais na Internet constituem justificativa para uma atuação mais intrusiva e reguladora da rede mundial de computadores.

Essa sempre presente tensão entre a liberdade e a coação necessária para manter a ordem e resguardar os direitos dos indivíduos deve ser resolvida, no caso da Internet, com bastante cuidado pelo Estado, pelas próprias características únicas desse meio de comunicação eletrônica. Países democráticos como o Brasil devem pôr a salvo o direito à liberdade de expressão em todas as suas formas, procurando sempre evitar que conceitos mal-formulados tornem possível uma espécie de censura no meio virtual.

No que se refere à adoção do princípio da neutralidade de rede no Brasil, cumpre observar que o Ministério das Comunicações aprovou, em 17.10.2008, texto de Consulta Pública acerca de temas relativos às políticas públicas para o setor de telecomunicações, e que trata, na pergunta 18, sobre a possibilidade de regulamentação da neutralidade de redes. A intenção declarada da referida pasta na Consulta Pública foi apenas extrair da sociedade contribuições acerca do tema e não entrou em detalhes sobre a questão. Outra referência à neutralidade de rede foi feita pelo Plano Geral de Atualização da Regulamentação, proposta pela Anatel, e que pretende avaliar a questão

³³ FARIA, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 55.

da neutralidade de rede sob a ótica das “condições a serem estabelecidas a grupos que detenham poder de mercado significativo sobre as redes de telecomunicações, com o objetivo de assegurar tratamento isonômico e não discriminatório ao tráfego cursado em suas redes”.

Não é difícil antever, dessa forma, que a discussão da neutralidade de redes muito em breve entrará no contexto do debate nacional sobre as políticas públicas de telecomunicações e de controle sobre o conteúdo da Internet.

6 Considerações Finais

A neutralidade de rede aparece como princípio que pode, aparentemente, resolver problemas de condutas discriminatórias, por parte de empresas que detém propriedade da rede, em relação a pacotes e aplicativos de empresas concorrentes. Ao mesmo tempo, se adotado, pode significar o ponto de partida de uma atuação mais interventora do Estado na Internet, abrindo o caminho para ditames e regras sobre o próprio conteúdo eletrônico.

Nesse sentido, o regulador brasileiro deve proceder com bastante prudência, evitando a adoção do princípio de maneira genérica e inconsequente. A Internet permanece ainda como um dos poucos redutos da comunicação eletrônica onde a regulação é pouco intensa. A própria condição de supranacionalidade, de uma natureza jurídica de direitos universais, de sua história de desenvolvimento sem um controle central ou restrição na transmissão de conteúdos, representa um dos maiores baluartes da democracia ao redor do mundo, colocando em pé de igualdade diferentes povos, possibilitando a integração de nações e de pessoas das mais diversas etnias, culturas e religiões, aproximando os homens com fóruns de discussão, espalhando a educação por meio de cursos a distância, e informando, em tempo real, milhões de pessoas sobre os acontecimentos em toda parte do globo. São incomensuráveis os benefícios providos da Internet.

Ao mesmo tempo em que é necessário proteger a competição e evitar condutas criminosas na Internet, é cogente fazê-lo sem destruir pelo caminho o modelo livre da rede mundial de computadores. O princípio da neutralidade de rede é econômica e juridicamente justificável, mas deve ser aplicado de maneira seletiva, de modo que,

simultaneamente, proteja a competição e livre circulação de conteúdo na Internet, resguarde possibilidade razoável de gerenciamento da rede pela *incumbent* e impeça a manipulação do conteúdo pelos poderes estatais.

A pergunta que se coloca é: o que é melhor para o Brasil, uma liberdade imperfeita, *hands off*, ou um controle bem intencionado, mas potencialmente desastroso? Se para se evitar um mal maior, que é o Estado entremear-se definitivamente na administração da Internet, é necessário se tolerar um mal menor, que é a discriminação, às vezes injusta, de pacotes de dados de usuários por certas empresas; é quase sempre mais sábio escolher o mal menor.

The network neutrality principle at Internet: a regulatory analysis

Abstract

In an environment of intense regulation over the electronic mass communications industry, specially concerning the network as well as the telecommunications services that distribute this communications, the Internet has emerged as an impregnable fortress for this regulation trend. In this context, and through the legal perspective and in light of the freedom of information access principle, the regulator has been given the possibility to impose over the Internet network proprietors, a new rule to manage applications and data that flows over the its network: the network neutrality principle. This control standard arises as both a solution and a problem to the data flow of the Internet. Before soon, Brazil will be required to make a stand on this issue, since the network neutrality principle is contemplated in the directives of the new General Plan to Update the Telecommunications's Industry Regulation.

Keywords: Regulation. Internet. Network neutrality. Telecommunications. Electronic information.

Referências

COMCAST. *Memorando opinion and order*. Before the Federal Communications Commission, Washington, D.C., 20554, Docket nº 07-52, 1 ago. 2008. CORDOVIL, Leonor Augusta Giovane. *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DUESTERBERG, Thomas; GORDON, Kenneth. *Competition and regulation in telecommunication: the case for a new paradigm*. Indianapolis: Hudson Institute, 1997.

FARIA, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FARRELL, Joseph; WEISER Philip. Modularity, Vertical Integration and Open Access Policies: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in the Internet Age. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 17, n. 1, fall 2003.

FAULHABER, Gerald R. Bottlenecks and Bandwagons: Access Policy in the New Telecommunications. In HANDBOOK of telecommunications and Economics. Technology Evolution and the Internet. Amsterdam: Elsevier North-Holland, 2005.

FCC. *Memorandum opinion and order*. AT&T Inc. and BellSouth Corporation: Application for Transfer of Control. FCC, Washington, 26 mar. 2008.

FRISCHMANN, Brett. An economic theory of infrastructure and commons management. *Minnesota Law Review*, [S.l.], v. 89, p. 917-1030, 2005.

HELBERGER, Natali. *Controlling access to content: regulating conditional access in digital broadcasting*. Hague: Kluwer Law International, 2005.

LEMLEY, Mark. *The end-to-end: preserving the architecture of the internet in the broadband era*. Stanford Law School. John M. Olin Program in Law and Economics. Working paper, n.º 207, 2000. Revisado em 2007.

NEWTON, Harry. *Newton's telecom dictionary*. 18. ed New York: CPM Books, 2002.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e responsabilidade nos meios de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RENO, V. *American Civil Liberties Union*. [S.l.: s.n.], 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica, princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SPARROW, Andrew. *The law of internet & mobile communication: the EU and US contrasted*. Malta: Gutenberg Press, 2004.

SPITZCOVISK, Celso. Princípios do direito administrativo econômico. In. CARDOZO, José Eduardo; QUEIROZ, João Eduardo Lopez Martins; SANTOS, Márcia Walquíria Bastista dos (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VAN SCHEWICK, Barbara. Towards an economic framework for network neutrality. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, 2007.

YOO, Christopher. Would Mandating Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment on the End-to-end Debate. *Journal of Telecommunications and High Technology*, [S.l], 2004.

WU, Tim; Goldsmith, Jack. *Who controls the internet? Ilusions of a Borderless World*. New York: Oxford University Press, 2006.