

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE – SP**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**ANÁLISE LEGAL DO SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET: DA
NEUTRALIDADE DE REDE À FRANQUIA DE DADOS**

Américo Ribeiro Magro

Presidente Prudente/SP
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE - SP**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**ANÁLISE LEGAL DO SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET: DA
NEUTRALIDADE DE REDE À FRANQUIA DE DADOS**

Américo Ribeiro Magro

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso de Pós-Graduação para obtenção do título de Especialista em Interesses Difusos e Coletivos sob a orientação do Prof. Me. Landolfo Andrade de Souza.

Presidente Prudente/SP
2017

ANÁLISE LEGAL DO SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET: DA NEUTRALIDADE DE REDE À FRANQUIA DE DADOS

Monografia aprovada como requisito
parcial para a obtenção do grau de
Especialista em Interesses Difusos e
Coletivos

Landolfo Andrade de Souza
Orientador e Presidente da Banca Examinadora

João Emílio Zola Júnior
Examinador

Jefferson Fernandes Negri
Examinador

Presidente Prudente,

de 2017

“Aproxima-se a hora insigne, histórica, em que o primeiro INTEGRAL se levantará no espaço cósmico. Há mil anos, os nossos heroicos antepassados submeteram todo o globo terrestre ao domínio do Estado Único. Hoje assistiremos a um feito ainda mais glorioso: a integração, por meio do INTEGRAL, feito de vidro, elétrico, ígneo, da eterna igualização de tudo o que existe. Ficarão sujeitos ao benéfico jugo da razão todos os seres desconhecidos, os habitantes doutros planetas que porventura vivam ainda no estado selvagem de liberdade. Se acaso não percebem que nós lhes levamos a felicidade matemática e exata, é nosso dever forçá-los a serem felizes. Mas, antes de puxarmos das armas, tentaremos recorrer à palavra”.

Yevgeny Zamyatin, *Nós* (1924)

Dedico este trabalho a meus pais, Jefferson e Lindinalva, para quem muito pedi, mas que me deram muito mais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, e não poderia deixar de fazê-lo, meus pais, Jefferson e Lindinalva, a quem devo minhas realizações, porque sei que elas também lhes pertencem. São eles os timoneiros da minha vida, a quem sigo, ouço e devo.

Agradeço também ao meu valoroso orientador, Professor Landolfo Andrade de Souza, que muito pacientemente suportou os atrasos de quem escreve sob a pressão do tempo e foi parceiro de intensos debates políticos e acadêmicos (um mais que o outro), sempre com a compreensão que lhe apetece.

Agradeço também o Dr. João Emílio Zola Júnior, eterno e exemplar *batonnier* desta 29ª Subseção da OAB de Presidente Prudente, com quem hoje tenho o prazer de trabalhar e que, apesar de conviver recentemente, se converteu em um grande amigo.

Agradeço ainda o Professor Jefferson Fernandes Negri, a quem credito as bases de minha formação profissional e foi de indispensável auxílio nas primeiras e necessárias lições.

Não poderia esquecer os amigos que, com generosidade e paciência, me ajudaram a chegar até aqui (afinal, um homem é senão o amálgama daquilo que ouviu), como os estimados Hugo Crivilim, Guilherme Bohac, Wesley Cottini, Deborah Zola, e o maior de todos eles: Deus, que a despeito das irregularidades desta Sua criatura, abençoou-me além da medida que merecia.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a realizar uma análise dos principais institutos e princípios que norteiam os serviços de conexão à internet no Brasil, a partir de uma ótica legal, jurisprudencial e regulamentar. Partindo, então, de subsídios extraídos no plano interno e também no plano internacional para desafiar a validade da adoção eventual de um sistema de franquia de dados para as conexões de banda larga fixa no Brasil, como pretendem os provedores nacionais que controlam o mercado e certo beneplácito da parte dos entes reguladores em operação. Expõe-se, ainda, o que se cognominou de caráter especial do direito de acesso à internet, porquanto, ao mesmo tempo, um direito humano, essencial e de finalidade social, além do evidente caráter público da prestação deste serviço.

Palavras chave: Internet. Serviço de Conexão à Internet. Marco Civil da Internet. Neutralidade de Rede. Franquia de Dados.

ABSTRACT

The present work performs an analysis regarding the main institutes and principles that guide Internet connection services in Brazil, from a legal, jurisprudential and regulatory perspective; basing, so on, on subsidies, extracted internally and also internationally, to challenge the validity of the eventual adoption of a data franking system for fixed broadband connections in Brazil, as intended by the national providers that control the market and certain regulators in operation. It was also exposed what was known as the special character of right of access to the Internet, because, at the same time, a human right, essential and with social purpose, besides the evident public character of the provision of such active.

Key Words: Internet. Internet Connection Service. Civil Internet Landmarck. Network Neutrality. Data Franchise.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACPA – *Anticybersquatting Consumer Protection Act*

AGU – Advocacia Geral da União

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ARPAnet – *Advanced Research Projects Agency Network*

BEREC – *Body of European Regulators of Electronic Communications*

CERN – *Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire* (Organização Europeia para a Pesquisa Nuclear)

CGI.br – Comitê Gestor da Internet no Brasil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DARPA – *Defense Advanced Research Projects Agency*

DMCA – *Digital Millenium Copyright Act*

DOD – *US Department of Defense* (Departamento de Defesa dos Estados Unidos)

EEPST – Entidades Exploradoras de Serviços Públicos de Telecomunicações

FCC – *Federal Communications Commission*

FTP – *File Transfer Protocol*

HTML – *HyperText Markup Language* (Linguagem de Marcação de Hipertexto)

HTTP – *Hypertext Transfer Protocol* (Protocolo de Transferência de Hipertexto)

LGT – Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997)

MCI – Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)

MINICOM – Ministério de Estado das Comunicações

MIT – *Massachussets Institute of Technology*

NCSA – *National Center for Supercomputing Applications*

OTT – Serviços *over-the-top*

PSCI – Provedor de Serviço de Conexão à Internet

RAND – *Research and Development Corporation*

SCI – Serviço de Conexão à Internet

SCM – Serviço de Comunicação Multimídia

STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado

SRTT – Serviço de Transporte de Telecomunicações

SVA – Serviço de Valor Adicionado

TCP/IP – *Transmission Control/Internet Protocol*

TLD – *Top Level Domain*

URL – *Uniform Resource Locator* (Localizador Uniforme de Recursos)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 INTERNET: CONCEITOS FUNDAMENTAIS	15
2.1 Primórdios do conceito de rede: técnica e literatura.....	16
2.2 Aspectos operacionais da internet	22
2.2.1 Linguagem HTML e <i>Browser</i>	22
2.2.2 <i>Cookies</i>	24
2.2.3 Site, domínio e <i>cybersequatting</i>	30
2.3 Agentes da relação jurídica virtual	33
2.3.1 Provedores de serviços de internet	33
2.3.1.1 Das esferas de responsabilização dos provedores de serviço	36
2.3.1.2 Provedores de Backbone	38
2.3.1.3 Provedor de acesso ou conexão	38
2.3.1.4 “Provedor” de informação e provedor de conteúdo	40
2.3.1.5 Provedor de hospedagem	41
2.3.1.6 Provedor de correio eletrônico	42
3 A DISCIPLINA LEGAL E REGULAMENTAR DA INTERNET.....	43
3.1 O problema da regulação da internet	43
3.1.1 Regulação e agências reguladoras	44
3.1.2 A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)	45
3.1.3 A questão da natureza do serviço de conexão à internet.....	47
3.1.4 O Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br).....	53
3.2 O Marco Civil da Internet e seus princípios informadores	54
3.2.1 Neutralidade de rede: princípio e garantia do usuário	58
3.2.1.1 A Neutralidade de Rede no modelo brasileiro	62
3.2.1.2 A Neutralidade de Rede no modelo europeu	64
3.2.1.3 A Neutralidade de Rede no modelo norte-americano	67
4 A INVALIDADE DO SISTEMA DE FRANQUIA DE DADOS PARA A BANDA LARGA FIXA EM FACE DO CARÁTER ESPECIAL DO SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET	72

4.1 O problema: a adoção do sistema de franquia de dados para a conexão de banda larga fixa/SCM.....	73
4.1.1 Caracterização da conexão à internet em banda larga/Serviço de Conexão Multimídia.....	73
4.1.2 O sistema de franquia de dados.....	74
4.2 A hipótese I: Da ilegitimidade social e técnica da Anatel	76
4.2.1 Da ilegitimidade técnica da Anatel	77
4.2.2 Da ilegitimidade decorrente da captura pelos entes regulados	82
4.3 A hipótese II: o acesso à internet é direito humano, essencial e de finalidade social	85
5 CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	95

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa que se propõe se escudará em uma análise sistêmica de temas caros à disciplina do Direito Constitucional, Direito do Consumidor, Direito Eletrônico e direitos humanos, sem se descurar de analisar o desenvolvimento dos institutos a serem abordados na ordem interna e as influências externas que os moldou.

Especificamente, pretende-se realizar uma abordagem geral dos conceitos jurídicos que toca o serviço de acesso à internet.

Para isto, porém, procedeu-se, inicialmente, a explicações de ordem técnica acerca das implicações tecnológicas da rede – desde os seus primórdios históricos – até as modalidades de prestação deste serviço.

Em seguida, passou-se, em organização tipológica, a classificar os agentes envolvidos na prestação de serviços de internet e as específicas atividades que cada qual desempenha da conexão do usuário ao acesso final à informação que pretende. Nesta etapa, abordou-se a problemática questão da natureza jurídica dos serviços de internet e sua ainda vigente diferenciação dos serviços de telecomunicação, assim como as dificuldades da jurisprudência brasileira na individualização da responsabilidade das diferentes espécies provedores acerca de atos ilícitos praticados em ambiente virtual.

Após, passou-se a destacar a disciplina legal e regulamentar da internet do Brasil, isto é, no plano da lei posta – nomeadamente pelo recente Marco Civil da Internet – e no plano dos regulamentos normativos infralegais, bem como, nesse último ponto, a questão tormentosa da atuação da Agência Nacional de Telecomunicações na regulação dos serviços de internet.

Em capítulo próprio, ressaltou-se a importância do princípio da neutralidade rede, informador do Marco Civil, para a universalização do acesso à internet no Brasil, destacando, comparativamente, iniciativas semelhantes no plano alienígena, especificamente na União Europeia e nos Estados Unidos da América.

Após, pretendeu-se demonstrar que o livre acesso à internet deve ser encarada como corolário do correspondente direito subjetivo à informação e à manifestação, que independe de positivação expressa. Contudo, como ocorre com qualquer outro direito, tal direito de não tem contornos absolutos, mas sua relativização também corresponde a direito subjetivo natural de outros (mais precisamente da coletividade).

Aliás, destacou-se que tal é o caráter humanístico desta garantia que a Organização das Nações Unidas, mediante Relatório sobre a Promoção e Proteção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão (2011), reconhece o direito de acesso à internet é um autêntico direito humano e sua restrição constitui um crime e uma violação ao Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, adotado em 1966 por sua Assembleia Geral. No mesmo sentido se pautam também outras organizações internacionais curadoras dos direitos humanos, como é o caso da Organização dos Estados Americanos.

Por fim, passou-se a tratar da questão da adoção do sistema de franquia de dados para a internet banda larga nacional, como pretendem as empresas do setor e, inicialmente, a própria Anatel, posteriormente recuada perante pressão dos usuários. Neste capítulo se pretendeu demonstrar a invalidade da prática em face do que prevê o Marco Civil, bem como em razão da própria natureza do direito de acesso à internet, destacando, quanto a este último, o tratamento internacional e decisões de tribunais estrangeiros. Não se descurou também de enfatizar potencial ilegitimidade da Anatel para eventualmente encampar o projeto, dada a natureza dos serviços de internet.

Quanto à metodologia utilizada – considerando que método se traduz na observação sistemática dos fenômenos da realidade, mediante sucessão de passos, orientados por conhecimentos teóricos, objetivando explicar a causa, correlações e aspectos não-revelados desses fenômenos – empregou-se, no presente trabalho os seguintes métodos de pesquisa:

a) método histórico, mediante exposição da evolução das tecnologias que circundam e levaram ao desenvolvimento da internet, bem como da legislação e regulamentos correlatos a seu funcionamento e disciplina, no âmbito nacional e externo;

b) método comparativo, através da conferição dos mecanismos de proteção ao acesso à internet no ordenamento jurídico pátrio com seus equiparados no direito comparado;

c) método dialético, através de um raciocínio lógico que, lastreado em princípios e teorias, partiu das garantias de acesso igualitário à internet decorrentes dos princípios que informam o Marco Civil da Internet e do tratamento internacional sobre o tema para deduzir o caráter essencial, humano e de interesse social de tal direito, a invalidar a eventual adoção de um sistema de franquia de dados para a conexão de alta velocidade fixa.

2 INTERNET: CONCEITOS FUNDAMENTAIS

A internet é hoje o grande *locus* das relações jurídicas pós-modernas; o novo ambiente que, a substituir o átrio outrora físico, concentra grande parte das interações em plano individual e coletivo, envolvam elas a manifestação de uma ideia, a transmissão de uma gama de informações ou a formalização de operações mercantis de variada ordem – e todas a ocasionar uma complexa onda de repercussões jurídicas que, de tão recentes, desafiam a sagacidade do operador, da doutrina e da jurisprudência em geral:

Com o advento da informática, no alvorecer do novo milênio, surge o Direito da Internet como um grande desafio para a ciência jurídica, por descortinar, como diz Huxley, ‘um admirável mundo novo’, diante do enorme clamor provocado ao levantar questões polêmicas de difícil solução. [...] Essa problemática gerada pelo Direito na Internet tem grande relevância na atualidade, não só pela sua complexidade, como também pela riqueza de seu conteúdo teórico-científico e pelo fato de não estar, normativa, jurisprudencial e doutrinariamente bem estruturada (LUCCA et al, 2001, p. 19/20).

Todavia, antes de pretender qualquer entendimento acerca das consequências jurídicas advindas das relações virtuais, convém – como o exige o rigor científico – perquirir a própria origem deste “admirável mundo novo” e tentar, com algum esforço etimológico, traçar uma definição que sirva como ponto de partida do trabalho.

Com efeito, de nada vale ao operador dedicar-se à apreciação metodológica de um tema sem antes discernir o estado de conhecimento em que se encontra e o que o levou a tanto; o que também colaborará para elaboração de um conceito mais adequado, visto que, para socorrer-se de Hart (2009, p. 17), “uma definição é, como a palavra sugere, principalmente uma questão de traçar linhas divisórias ou distinguir entre um e outro tipo de coisa, que a língua demarca pelo uso de palavras distintas”.

2.1 Primórdios do conceito de rede: técnica e literatura

Em 1984, William Gibson, um incipiente escritor canadense de ficção científica, desesperado por completar a encomenda do editor de uma revista do gênero, lançou aquela que é considerada a obra-prima originária do gênero *cyberpunk*¹.

O livro, “Neuromancer”, virou instantâneo sucesso no *underground* norte-americano, ganhou prêmios e reconhecimento internacionais, vendeu mais de seis milhões de cópias e hoje é reputado como um dos 100 maiores romances da Língua Inglesa. Entrará para a posteridade, porém, como a obra que introduziu a palavra *ciberespaço* e, com ela, antecipou o primordial conceito do que hoje conhecemos como a própria internet²:

O Ciberespaço. Uma alucinação consensual vivida diariamente por bilhões de operadores autorizados, em todas as nações, por crianças aprendendo altos conceitos matemáticos... Uma representação gráfica de dados abstraídos dos bancos de todos os computadores do sistema humano. Uma complexidade impensável. Linhas de luz abrangendo o não-espaço da mente; nebulosas e constelações infindáveis de dados. Como marés de luzes da cidade... (GIBSON, 2003, p. 67/68).

Da ficção para a realidade, a internet transformou a sociedade em que vivemos. Reputada, na companhia das demais conquistas civilizatórias, como um dos grandes marcos inventivos da humanidade, é parte indissociável da vida moderna e se amalgama a ela a tal ponto que influencia o próprio arquétipo de comportamento humano.

¹ Subgênero literário da ficção científica baseado num cenário de futuro com avanços tecnológicos e conquistas científicas – como as relativas à tecnologias da informação e cibernética –, justapostos a um ambiente de derrocada ou mudança radical na ordem social. O enredo deste tipo de literatura a rigor se desenvolve no conflito entre formas avançadas de inteligência artificial, hackers e megacorporações situadas num futuro relativamente próximo.

² Optou-se pela grafia do termo sem itálico e com letra minúscula, vez que já é de uso corrente da Língua Portuguesa e é desse modo encontrados nos léxicos de referência. Aliás, por aí não se vê o uso de letra maiúscula para designar outras invenções como, v.g., “o Avião” ou “a Lâmpada” – a internet já faz parte da vida diária para ser designada com tamanha ponderação.

Mas podemos definir esse titã, a internet? E, mais do que isso, será útil a conceituação de algo tornado tão comezinho quanto?

A resposta só pode ser positiva: definir é preciso. O conhecimento básico de certos institutos técnicos relativos à internet – estranho a massiva maioria dos operadores do Direito – é de valia para elucidar algumas confusões conceituais sobre o funcionamento da rede que acabam por não só prejudicar o rigor metodológico de quem se atreve ao tema, bem como, na prática, levar ao insucesso de demandas submetidas ao Judiciário ou ao equivocado julgamento delas – como sucede, constantemente, com a confusão entre a linha de responsabilidade entre usuário e provedores de serviços de internet a propósito da postagem de conteúdo ilícito.

É de se destacar, nesse particular, o próprio despreparo do magistrado médio brasileiro no enfrentamento de litígios que versam sobre interações praticadas no ou em virtude do ambiente virtual, o que leva, não raro, à aplicação de lei inadequada a tais casos – fica, aliás, a advertência de Karl Larenz acerca das limitações do silogismo jurídico: o juiz hodierno, na tarefa de dizer o direito aos casos concretos que lhe são submetidos, além de interpretar o Direito se vê obrigado a interpretar os próprios casos concretos (e ainda mais complexos).

Sem mais divagações, ao gênese da rede.

Historicamente, a origem da internet é atribuída à idealização, em 1969, por cientistas do Departamento de Defesa dos Estados Unidos (DOD) de um sistema de interligação entre bases de dados de diversos centros de pesquisa militares no país, visando a transmissão de informações e documentos – isto, é evidente, ao cabo de anos de paulatino aprimoramento dos sistemas de computação mecânica e eletromecânica (FONSECA FILHO, 1999, p. 106).

Criada no auge da Guerra Fria, esta rede de comunicações foi concebida – para além de sua evidente celeridade na transmissão de informações – de modo a resistir à eventualidade de um ataque nuclear da União Soviética que incapacitasse, total ou parcialmente, a habilidade de transmissão de ordens do governo dos Estados Unidos, sendo, portanto, baseada em um sistema descentralizado.

Esta noção de uma “rede” (*net*) baseada em um sistema descentralizado pode ser atribuída ao pesquisador Paul Baran – vinculado à “*Research and Development Corporation*” (*RAND*), entidade da Força Aérea dos EUA –, o qual, juntamente com outros teóricos vinculados a instituições envolvidas na pesquisa bélica, como J.C.R. Licklider (*Massachusetts Institute of Technology – MIT*), Leonard Kleinrock, Lawrence Roberts (*idem*), Donald Davies e Roger Scantlebury, são considerados os inventores do chamado “*packet switching*” – isto é, *comutação de pacotes* – e, portanto, um dos pioneiros da internet.

Aliás, o conceito de rede como representativo da estrutura de internet tem sua origem nesta concepção, em que a rede descentralizada é considerada como uma “teia de aranha” (*web*) – daí hoje se utilizar, como prefixo mundial, o “*WWW*”, a significar “*World Wide Web*”.

Pelo sistema de *comutação de pacotes* se concebeu que um dado conjunto de informações (dados) pudesse ser dividido em partes (pacotes, ou unidades de transferência de informação) e tais partes serem individualmente transmitidas (fluxo de dados) por caminhos diferentes (nós) de uma mesma rede de computadores, permitindo que cada parte (pacote) seja enviada pelo melhor caminho disponível, independentemente de outro pacote do fluxo de informações.

Para melhor compreensão, socorramo-nos de uma metáfora: imagine-se a malha ferroviária de uma dada região, com várias linhas férreas, todas com destino comum a uma mesma estação, mas algumas com percurso mais rápido do que outras em razão de diferenças na elevação do terreno. Nessa situação, tome-se uma locomotiva e a divida em várias vagonetes, cada uma seguindo por uma linha férrea diferente: todas chegarão ao mesmo destino, mas pode-se escolher as linhas mais rápidas e, ao final do percurso, elas se reunirão novamente compondo a locomotiva.

De todo modo, ao aplicar o conceito de comunicação em redes descentralizadas a “*Defense Advanced Research Projects Agency*” (*DARPA*)³, agência de pesquisa militar vinculada ao DOD, criou a *ARPAnet* (“*Advanced Research Projects Agency Network*”), a primeira rede primordial de computadores

³ Criada em 1958, o nome original da agência era ARPA (“*Advanced Research Projects Agency*”). A mudança de nome ocorreu em 1972, voltando em 1993 ao nome original e novamente modificando-se para DARPA em 1996, assim permanecendo até hoje.

Progressivamente desenvolvida, a rede operacional evoluiu ao longo da Guerra Fria ⁵ e além, com a criação de um sistema de correio eletrônico, em 1971, pelo engenheiro Ray Tomlinson, posteriormente aprimorado com o desenvolvimento, por Lawrence G. Roberts, de um aplicativo para leitura organizada das mensagens eletrônicas que são o antepassado do moderno e-mail e das atuais mensagens de texto.

Aproveitando-se desta nova dinâmica, universidades, laboratórios e institutos de pesquisas civis, nos EUA e em outros países de sua esfera aliada, criaram redes de computadores por comutação baseados no arquétipo da *ARPAnet*, tornando-se, então, necessário o estabelecimento de uma linguagem comum entre todos os sistemas, o que se deu com a criação do *protocolo TCP/IP* (“Transmission Control/Internet Protocol”) pelos cientistas Robert Kahn e Vint Cerf no final da década de 1970.

É o protocolo TCP/IP a “linguagem básica” da internet até os dias atuais, uma vez que permite que diferentes computadores se comuniquem entre si, bastando que transmitam informações através de pacotes de dados.

Com bastante didática, Marcel Leonardi assim explica o funcionamento do Protocolo TCP/IP (2012, p. 208):

[...] o Protocolo de Controle de Transmissão (TCP) divide os dados a ser transmitidos em pequenos pedaços chamados de pacotes e, após efetuada a transmissão, reúne-os para formar novamente os dados originariamente transmitidos. O Protocolo de Internet (IP) adiciona a cada pacote de dados o endereço do destinatário, de forma que eles alcancem o destino correto. Cada computador ou roteador participante do processo de transmissão de dados utiliza o endereço constante dos pacotes, de forma a saber para onde encaminhar a mensagem. Cada pacote de dados é enviado a seu destino pela melhor rota possível, a qual pode ou ter sido utilizado pelos demais. Com isso, ainda que os pacotes de informações não trafeguem pelos mesmos caminhos, todos chegarão ao mesmo destino, onde serão reunidos. É isso que faz com que a Internet seja eficiente e permite o acesso simultâneo de milhões de usuários, pois o tráfego de dados é automaticamente balanceado entre as rotas que se encontram disponíveis [...].

Um *obiter dictum* a este propósito: é justamente o citado balanceamento automático entre rotas de conexão em que toca a polêmica “neutralidade de rede”, de que trataremos em capítulo próprio. É a essencialidade

⁵ Sendo cindida, em 1970, entre uma rede de comunicação militar separada, chamada MILnet, e a própria ARPAnet, para uso civil.

desta dinâmica, que garante a eficiência da navegação da rede, que está em jogo com a discussão que testemunhamos hoje nos EUA.

De todo modo, prossegue o autor (LEONARDI, 2012, p. 210):

Os pacotes de dados contém os endereços IP do remetente e do destinatário dos dados. Um endereço IP identifica determinada conexão à Internet em um determinado momento. Toda vez que um usuário se conecta à rede, seu computador recebe automaticamente de seu provedor de acesso um endereço IP que é único durante aquela conexão. Sem conhecer tal endereço IP, um pacote de dados não tem como chegar a seu destino.

Atualmente, com a constante evolução da tecnologia, as principais formas de transmissão de informações pela rede são a “World Wide Web” (WWW), os mecanismos de busca (v.g., “Google Search”), e-mail, fóruns de discussão, servidores de notícias, servidores de FTP (“*File Transfer Protocol*”), sistemas “*peer-to-peer*”, execução remota via *telnet*, “*Internet Relay Chat*”, programas de mensagens instantâneas e de voz sobre IP e, mais recentemente (e principalmente), as redes sociais e os serviços de vídeo e áudio, dentre inúmeros outros (idem, p. 211).

A partir da década de 1990 a internet passou a ser empregada para fins comerciais, aberta ao público em geral, deixando, assim, de ser utilizada estritamente em ambientes militares e de pesquisa. Daí então, em razão da difusão do uso público, acrescido da aplicação das novas facilidades de acesso e transmissão – um e outro em retroalimentação constantes – sofreu um agudo processo de expansão.

Estabelecidas estas noções mui básicas sobre o tema ⁶, podemos, em suma, definir a internet como uma rede de computadores interligada em escala mundial para transmissão de dados de variada ordem entre e para usuários conectados entre si.

⁶ Com efeito, as breves linhas aqui tecidas sequer arranham tão complexo tema – e, aliás, se mais não é dito é porque competência especializada falta ao autor e, mesmo se o tivesse, pesaria sobremaneira o trabalho a longa explicação de aspectos técnicos bastante estranhos ao operador do Direito. De todo modo, para maiores informações sobre o tema, remete-se o leitor a sites especializados na matéria, como: <http://www.internetsociety.org>, <http://paginas.fe.up.pt/~mgi97018/historia.html>, dentre outros.

Doutrinariamente, ainda, emprestando a valiosa conceituação de Tarcísio Teixeira (2015, p. 25),

[...] a internet é a interligação de redes de computadores espalhadas pelo mundo, que passam a funcionar como uma só rede, possibilitando a transmissão de dados, sons e imagens de forma rápida. Essa interligação de redes pode ser feita por sistema telefônico de dados de cobre ou de fibras óticas por transmissão via ondas de rádio ou via satélite, por sistema de televisão a cabo etc.. O usuário a ela se conecta, geralmente, por intermédio de um aparelho conhecido por modem, associado à utilização de programas de computador com essa finalidade.

Por fim, mesmo o legislador pátrio procurou inserir definição própria no corpo do festejado Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), considerando internet como “o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes”.

2.2 Aspectos operacionais da internet

Antes de adentrar, especificamente, nos agentes que qualificam a relação jurídica virtual – os atores da rede, por assim dizer – convém, por questões de didática, brevemente alguns conceitos operacionais da internet que facilitarão a compreensão do tema aqui discutido. Considerando que o trabalho não pretende esmiuçar tecnicamente tais preceitos, limitou-se a uma breve divagação, no que se afigura essencial à exploração jurídica dos institutos tratados.

2.2.1 Linguagem HTML e *Browser*

Como explicado no item anterior, a internet é senão uma rede de terminais ⁷ conectados entre si mediante protocolos de comunicação (TCP/IP), que

⁷ Conforme o art. 5º, II do Marco Civil da Internet o conceito de terminal abrange o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet.

funcionam como uma “linguagem comum” a permitir a conexão e transmissão de dados entre sistemas computacionais, ligados entre si por meio de linhas telefônicas, estruturas de fibra ótica, ondas de rádio ou infravermelho ⁸.

A conexão de um dado terminal à rede pode ser feita de modo direto ou através de outro computador, denominado *servidor*, o qual, a seu turno, pode ser próprio ou, no caso dos provedores de acesso, de terceiros (PECK, 2013, p. 16).

Conectado, o usuário de dado dispositivo então navegará pela rede mundial de computadores mediante a utilização de um software denominado *browser* ou *navegador web*, isto é, um programa “usado para visualizar páginas disponíveis na rede, que intercepta as informações do website indicado, exibindo na tela do usuário textos, sons e imagens” (idem).

Basicamente, o navegador traduz as informações disponíveis na rede a um formato palatável pelo usuário.

Com efeito, as páginas web são construídas no formato de documentos que utilizam a chamada linguagem *HTML* (“*HyperText Markup Language*” ou “Linguagem de Marcação de Hipertexto”), a funcionar como uma “linguagem básica” da internet.

O HTML é composto por códigos que definem, por exemplo, a formatação do conteúdo da página (fonte de letra, tamanho, espaçamento, cor, orientação, etc.), sendo inseridos como comandos pelo construtor de uma página para desenvolver uma função específica.

Esta espécie de linguagem de marcação foi desenvolvida originariamente em 1991 por Tim Berners-Lee, então físico da “Organização Europeia para a Pesquisa Nuclear” (CERN ⁹), para permitir a comunicação e compartilhamento de dados entre instituições de pesquisa ¹⁰.

Naqueles idos a linguagem HTML era base do programa *ENQUIRE*, um sistema desenvolvido por Berners-Lee para uso e compartilhamento de documentos entre pesquisadores do CERN. O projeto foi, em instância última, um fracasso, porque não implementado pelo instituto, mas sua estrutura foi ultimamente

⁸ A rede se mantém, assim, porque os terminais utilizam os mesmos protocolos de comunicação, a funcionar, basicamente, como vulgata, isto é, um padrão comum de transmissão de dados.

⁹ Acrônimo para “Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire”.

¹⁰ Disponível em: <https://www.w3.org/History/1989/proposal.html>. Acesso em: 30/12/16.

aproveitada por Berners-Lee para desenvolver o primeiro navegador da internet: o “*WorldWideWeb*”, posteriormente rebatizado de “Nexus” ¹¹.

Aberta as portas da navegação por Berners-Lee, em 1992, estudantes da Universidade de Tecnologia de Helsinki, na Suécia, desenvolveram o browser *Erwise*, o qual, diferentemente do pioneiro *WorldWideWeb*, foi o primeiro navegador com “interface gráfica do usuário” – isto é, o design de páginas, softwares e sistemas de computador com o uso de elementos gráficos como ícones e interação mediante teclado e mouse, ao invés de uma simples interface de linha de comando.

Posteriormente, em 1993, Marc Andreessen e outros especialistas do “*National Center for Supercomputing Applications*” (NCSA), nos EUA, desenvolveram o navegador “*Mosaic*”, creditado como o primeiro browser de uso público e que foi responsável, em larga medida, pela expansão da internet na década de 90. Em 1994, Andreessen fundou sua própria companhia, a “Netscape”, e lançou o navegador web homônimo, então o mais popular de sua era.

Depois do Netscape sucedeu-se o desenvolvimento de outros browsers, tornando então competitivo o mercado de navegação na Web. É assim que temos, cronologicamente: a criação do “*Internet Explorer*” em 1995, pela Microsoft, que viria a substituir o Netscape como navegador mais popular; seguido, então, do “*Opera*”, em 1996; do “*Safari*” em 2003; do “*Firefox*”, em 2004; e, mais recentemente, do “*Google Chrome*”, hoje o navegador web mais utilizado no mundo ¹².

2.2.2 Cookies

Cookie é o nome dado a um dos mecanismos de captura de informações do usuário na internet.

¹¹ Tal a importância de Berners-Lee para o desenvolvimento da internet para uma escala mundial, e comercial, que o espaço abstrato de informações que hoje chamamos de “rede” deriva seu nome do navegador original (“World Wide Web” é senão “Teia” ou “Rede Mundial”). Para evitar confusão entre uma nomenclatura e outra é que Berners-Lee mudou o nome de seu navegador para *Nexus*.

¹² Disponível em: <http://gs.statcounter.com/browser-market-share>. Acesso em 30/12/16.

Três, basicamente, são as formas possíveis de captura de dados na internet: (I) pelo fornecimento voluntário do usuário – aqui se entendendo voluntariedade como a autorização espontânea do titular das informações, porque cômico do que faz ou mesmo porque dolosamente convencido por outrem da licitude da liberação de seus dados pessoais, quando o fim é fraudulento (v.g., e-mail golpe); (II) pela influência de um *software malicioso*, isto é, um vírus de computador, programado para captar informações de seu destinatário e remetê-las a um computador de origem ou, simplesmente, danificar a capacidade operacional de sua “vítima”; ou (III) por meio da captação dos chamados *cookies*, de que trataremos a seguir.

Pois bem. *Cookies* são “[...] pequenos arquivos de texto oriundos de um *website*, que são gravados no disco rígido de determinado computador e utilizados por seu programa navegador”, cujo objetivo primordial “[...] é tornar mais conveniente a utilização da internet, evitando que certos dados precisem ser fornecidos a cada vez que uma página é visitada, armazenando informações relativas às preferências um usuário” (SILVA et al, 2012, p. 127).

São, portanto, arquivos de texto enviados à primeira vez que o usuário visita um site/página e devidamente armazenados no disco rígido do computador deste até o fim de sua validade. Contêm, em seu interior, informações básicas de navegação do usuário, como endereço do IP, preferências sobre idiomas, cores, tamanho de texto ou, eventualmente, memorização do nome de usuário (login) e senha (v.g., no caso dos serviços de e-mail, sendo, porém, mecanismo a rigor optativo), para que tais configurações sejam automaticamente implementadas da próxima vez que se revise o mesmo site.

Em suma: tratam-se de “pequenos fragmentos de informação que se armazenam no disco rígido dos nossos computadores por meio do navegador Web a pedido do servidor da página”, os quais guardam dados de navegação ou sobre preferências que ficam armazenadas em nosso perfil e podem ser recuperadas pelo servidor em futuras visitas (Sanchez-Ocaña, 2012, p. 179).

Assim, à medida que um mesmo usuário revise um site já encontrado anteriormente, o seu navegador/*browser* remeterá o *cookie* salvo no computador para o sítio eletrônico a que estiver conectado, aplicando as configurações e preferências pessoais automaticamente.

Os *cookies*, porém, podem ter outras funções, como a de autenticação (“*authentication cookies*”), pelo qual servidores de um site conseguem verificar se o usuário está ou não conectado e em qual conta está “logado”¹³ – é o que ocorre, v.g., quando se visita um site de *streaming* (como é o caso do YouTube.com) o qual requer o “login”¹⁴ para assistir a vídeo com conteúdo não recomendado para menores. Pela mesma lógica, a página virtual, verificando que o usuário está conectado e traçando sua navegação anterior, consegue extrair qual o perfil de navegação, preferências e conteúdos favoritos e, através de algoritmos estruturados para esse fim, direcionar páginas ou informações que potencialmente tenha interesse, com base em seu histórico de uso anterior.

Tem-se, assim, a divisão entre as duas “funções básicas” dos *cookies*: a função passiva, através do armazenamento de informações para facilitar seu próximo acesso, sendo opcionais; e a função ativa, pela qual monitoram o comportamento do usuário, traçam seu histórico e, com isso, lhe direcionam informações específicas – publicidade em sua maioria – sendo, a rigor, clandestinos, porque atuam sem permissão, ou opção de declinação, do usuário.

Assim, se o discurso do “bom moço”, por assim dizer, é facilitar a navegação na internet, inconfessadamente os cookies se afiguram mecanismos de deliberado monitoramento à revelia do usuário, com finalidade mercantil disfarçada, inclusive mediante coleta não-consentida de informações privadas.

Não configuram, e isso não se nega, vírus de computador (até porque, por se tratarem de arquivos de texto, não permitem a inserção de softwares maliciosos), mas nem por isso existem para atender o bel prazer do usuário.

Pegue-se, à guisa de exemplo, o caso da “Google Inc.”, que se estima controlar e explorar nada menos que a espantosa fatia de 60 a 65% de toda a publicidade digital veiculada na internet com os serviços “AdSense” e “Adwords”¹⁵: o

¹³ Neologismo inculco derivado do termo de informática “login” (vide próxima nota).

¹⁴ Termo em inglês advindo da informática que equivale a obter acesso a determinada conta de e-mail, computador pessoal, plataforma celular ou qualquer outro serviço baseado em um sistema informático, a partir, a rigor, da inserção de um nome de usuário e senha cadastrados anterior. Derivado da justaposição das palavras inglesas “log” (registro) e “in” (dentro).

¹⁵ Tarefa impossível é saber o faturamento da Google Inc. e seu efetivo controle do mercado publicitário, uma vez que a própria companhia deliberadamente trata de ocultar tais dados. Ideia próxima nos fornece, porém, Alejandro Suárez Sanchez-Ocaña (2013, p. 177 e 178): “[...] O Google domina, de uma maneira insultante, o mercado publicitário global. Dispõe do Adwords e do AdSense, as ferramentas de publicidade na internet mais perfeitas e com mais penetração de mercado. E

controle do mercado publicitário, aliado ao fato de deter o maior buscador existente na rede, dá à companhia fonte sem precedentes para monitoramento estatístico das preferências de mercado, bastando fazer uso do histórico de pesquisas dos milhões de usuários que dia a dia usam o site homônimo ¹⁶.

Como explica Alejandro Suárez Sanchez-Ocaña (2012, p. 179/180):

O Google nos segue e armazena informação sobre nós com a ajuda dos cookies. [...] Os cookies do Google, que nos seguem e monitoram, têm data de vencimento: o ano de 2038. Em outras palavras, o Google poderá compilar e armazenar nossos dados pessoais até essa data, o que lhe permitirá dispor de um completo histórico de nossa atividade on-line. Por que o ano de 2038? A resposta é curiosa. O ano de 2038 é o fim do mundo para muitos sistemas de informática. Trata-se de um fenômeno parecido ao conhecido “efeito 2000”. Afeta o software que usa a representação do tempo baseada no sistema POSIX, que para medi-lo contabiliza os segundos transcorridos desde o dia 1º de janeiro de 1970. A maioria dos servidores da Internet baseados no sistema operacional de código livre UNIX usa esse sistema. A consequência disso é que, ao chegar a uma data específica, 19 de janeiro de 2038, onde está o último segundo registrável, os computadores vão achar que estão em 1970 ou 1901, dependendo de sua configuração. Dessa maneira, o cookie do Google está programado para poder nos seguir e acumular informação até ‘o fim do mundo’ da Internet.

E prossegue, com advertência assustadora, o autor (2012, p. 180/181):

Diante de inúmeras críticas vertidas pelos defensores da privacidade, o Google aceitou reduzir essa faixa de medição primeiro para 18 meses. Após a avalanche de críticas que continuavam considerando esse intervalo muito amplo, reduziu-o finalmente a 12 meses. Isso parecia tranquilizar algumas organizações de defesa da privacidade, mas, na realidade, é uma enganação. O cookie do Google caduca aos 12 meses de sua última leitura, e é lido cada vez que acessamos qualquer serviço da empresa. Em outras palavras, quando fazemos uma busca, quando lemos um e-mail do Google, quando utilizamos o Google Maps ou assistimos a um vídeo no YouTube.com, renovamos o famoso cookie por mais 12 meses. Isso nos

possui a Doubleclick, que tem uma importante penetração na publicidade de display, ou gráfica [...] Segundo um estudo da International Advertising Bureau, em 2010, foram investidos na Espanha cerca de 789 milhões de euros em publicidade na internet. Deles, calcula-se que 52,8% da publicidade é Search, ou seja, publicidade de busca. Nesse campo, o Google tem uma cota de mercado de 97%, de modo que pode ganhar cerca de 390 milhões de euros de forma direta. Embora seja difícil estimar, o Google leva, além de tudo, uma parte significativa dos restantes 399 milhões do mercado da publicidade gráfica e uma parte, mais significativa ainda, da publicidade em telefones celulares. Em poucas palavras, talvez – e digo “talvez” porque é impossível saber o faturamento da companhia na Espanha [...] – o Google esteja ganhando entre 60% e 65% do mercado publicitário espanhol. Espetacular, não é?”

¹⁶ Mesma capacidade de exploração tem hoje o Facebook, cuja base de usuários é monitorada a partir de “postagens” e “curtidas”, para daí extrair os gostos e preferências de consumo, posteriormente transformadas em diagnóstico preciso sobre o quê e como vender.

deixa um cenário real que mostra que o arquivo nos controla e espiona não vai caducar nem ser eliminado jamais.

O Google detém hoje uma capacidade de monitoramento de invejar governos e seus aparelhos autoritários; nem mesmo a famigerada “Stasi”, da República Democrática Alemã, sonharia em seus mais sangrentos anos por tamanha capacidade de vigilância. Os fins, evidentemente, são diversos, mas nem por isso há segurança em se saber monitorado à revelia; explorado a cada clique, qual uma seringueira de onde se extrair padrões de comportamento para rápido emprego mercantil.

De todo modo, estritamente falando, a prática é proscrita: o art. 10 do Marco Civil da Internet garante que a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas “devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas”. Em seguida, o art. 11 da mesma lei dispõe que “em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros”.

A violação, tanto a um quanto a outro preceito, pode acarretar a provedores de conexão e de aplicações de internet imposição, isolada ou cumulativa, de advertência (de difícil utilidade), multa de até 10% do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício ou suspensão temporária ou proibição das atividades (art. 12).

A abstração da previsão legal, porém, certamente dificulta a aplicação das sanções que se pretendeu desmotivadoras. O legislador pecou enormemente ao nada prever acerca do mecanismo de cookies, cujo funcionamento, na prática, desafia letra a letra a proteção que pretendeu conferir ao usuário.

E nem se venha argumentar que se trata de questão demasiado específica para ficar positivada em lei: além de configurar um mecanismo aplicado,

necessariamente, em qualquer forma de navegação pela internet, a cada conexão e por quanto tempo esta permanecer, testemunha-se no direito alienígena disciplina própria a esse respeito.

A União Europeia, por exemplo, aplica desde 2002 a Diretiva 2002/58/EC do Parlamento Europeu para questões de processamento de dados pessoais e proteção da privacidade no setor de comunicações eletrônicas, cujo art. 5, 3 expressamente prevê que:

3. Member States shall ensure that the use of electronic communications networks to store information or to gain access to information stored in the terminal equipment of a subscriber or user is only allowed on condition that the subscriber or user concerned is provided with clear and comprehensive information in accordance with Directive 95/46/EC, inter alia about the purposes of the processing, and is offered the right to refuse such processing by the data controller. This shall not prevent any technical storage or access for the sole purpose of carrying out or facilitating the transmission of a communication over an electronic communications network, or as strictly necessary in order to provide an information society service explicitly requested by the subscriber or user ¹⁷.

Sobre a questão, ainda, o item 25 das “considerandas” do dito regulamento é bastante elucidativo:

(25) [...] such devices, for instance so-called "cookies", can be a legitimate and useful tool, for example, in analysing the effectiveness of website design and advertising, and in verifying the identity of users engaged in on-line transactions. Where such devices, for instance cookies, are intended for a legitimate purpose, such as to facilitate the provision of information society services, their use should be allowed on condition that users are provided with clear and precise information in accordance with Directive 95/46/EC about the purposes of cookies or similar devices so as to ensure that users are made aware of information being placed on the terminal equipment they are using. Users should have the opportunity to refuse to have a cookie or similar device stored on their terminal equipment. This is particularly important where users other than the original user have access to the terminal equipment and thereby to any data containing privacy-sensitive information stored on such equipment. Information and the right to refuse

¹⁷ “Os estados-membros deverão garantir que o uso de comunicações eletrônicas para o armazenamento de informações ou para ganhar acesso a informações armazenadas no terminal de um usuário só é permitida na condição de que a este usuário seja fornecida clara e detalhada informação de acordo com a Diretiva 95/46/EC, nomeadamente sobre os propósitos do processamento, sendo também oferecido o direito de recusar tal processamento pelo controlador dos dados. Isto não obstará qualquer acesso técnico ou acesso para o único propósito de facilitar a transmissão de comunicações através de uma rede eletrônica de comunicações, ou se estritamente necessária para fornecer um serviço de informações explicitamente solicitado pelo usuário” (tradução livre).

*may be offered once for the use of various devices to be installed on the user's terminal equipment during the same connection and also covering any further use that may be made of those devices during subsequent connections. The methods for giving information, offering a right to refuse or requesting consent should be made as user-friendly as possible. Access to specific website content may still be made conditional on the well-informed acceptance of a cookie or similar device, if it is used for a legitimate purpose*¹⁸.

Senão boa vontade, faltou ao legislador maior tecnicidade na elaboração da legislação protetiva (além da evidente falta de didática que teima apetercer qualquer normatização brasileira). O teor demasiadamente abstrato do Marco Civil da Internet, aliado à recente falta de vontade dos entes reguladores nacionais, contribuem para o enfraquecimento da tutela do usuário da internet e a conversão de legislação que, na falta de neutra complementação regulatória, periga ficar apenas como “carta de boas intenções”.

2.2.3 Site, domínio e cybersequeatting

Um site ou um sítio eletrônico é “uma área dentre um servidor de internet que pode ser visitado por qualquer usuário conectado à rede”, sendo dotado de um nome (endereço eletrônico) pelo qual pode ser encontrado (ROVER, 2006, p. 36).

¹⁸ “Tais dispositivos, como os chamados ‘cookies’, podem ser uma ferramenta legítima e útil, por exemplo, na análise da eficácia do design e publicidade do site e na verificação da identidade dos utilizadores envolvidos em transações em linha. Sempre que esses dispositivos, como os “cookies”, se destinem a fins legítimos, de modo a facilitar a prestação de serviços da sociedade da informação, a sua utilização deve ser permitida desde que os utilizadores disponham de informações claras e precisas nos termos da Directiva 95/46 / CE sobre as finalidades dos cookies ou dispositivos similares de modo a garantir que os utilizadores sejam informados sobre as informações que são colocadas nos equipamentos terminais que estão a utilizar. Os usuários devem ter a oportunidade de se recusar a ter um cookie ou dispositivo semelhante armazenado em seus equipamentos terminais. Isto é particularmente importante quando os utilizadores que não o utilizador original têm acesso ao equipamento terminal e, por conseguinte, a quaisquer dados que contenham informações sensíveis à privacidade armazenados nesses equipamentos. A informação e o direito de recusar podem ser oferecidos uma vez para a utilização de vários dispositivos a serem instalados no equipamento terminal do usuário durante a mesma conexão e também cobrindo qualquer uso posterior que possa ser feito desses dispositivos durante conexões subsequentes. Os métodos para dar informações, oferecendo o direito de recusar ou solicitar o consentimento deve ser feito o mais fácil de usar possível. O acesso a conteúdo específico do site pode ainda ser condicionado à aceitação bem informada de um cookie ou dispositivo similar, se for usado para um propósito legítimo” (tradução).

De modo a ficarem disponíveis para acesso e pesquisa os sites devem ser hospedados em um *provedor de conteúdo*, o qual publica as páginas na web, tornando as informações disponíveis; assim, “ao indicar o endereço do site, a informação vai até o provedor, que procura o endereço solicitando”, encaminhando o usuário até às páginas respectivas (idem).

Do ponto de vista comercial, conforme sistematização proposta por Marco Aurélio Greco (apud DE LUCCA et al, 2001, p. 341/342), pode-se classificar os sites em três grupos distintos: a) *Meramente Passivos*: que se limitam a reproduzir informações relativas a pessoas, produtos ou serviços; b) *Canalizadores de Mensagens*: que, além de reproduzir as informações anteriores, permitem receber pedidos de aquisição de produtos ou serviços; e c) *Inteligentes*: os quais, além de possuírem as atribuições dos canalizadores de mensagens, são dotados de algoritmos que os permitem realizar operações complexas, como determinar ao usuário a disponibilidade de um produto e o prazo de entrega, bem como processar e receber pagamentos e autorizar downloads.

Um site terá seu endereço eletrônico identificável na internet a partir de seu *nome de domínio* ¹⁹, o qual está diretamente relacionado ao IP (*Internet Protocol*) ²⁰ do computador no qual tal site está sediado. Em suma: o nome de domínio “é uma designação/expressão que serve para localizar e identificar conjuntos de computadores e serviços na internet, a fim de evitar ter localizá-los por meio de seus números identificadores” (TEIXEIRA, 2014, p. 31).

O nome de domínio, enquanto endereço eletrônico, é constituído como URL (*Uniform Resource Locator*, ou Localizador Uniforme de Recursos).

Na internet, porém, o domínio tem aplicação mais profunda do que a de simples endereço eletrônico, na medida em que é também o nome pelo qual um site pode se tornar conhecido e facilmente encontrável pelos usuários – assim é que uma determinada empresa já estabelecida no mundo físico terá inegável interesse em que o nome de domínio de seu site seja o mais próximo possível do nome efetivo de sua marca.

¹⁹ No Brasil os nomes de domínio são registrados perante o “Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR” (NIC.BR).

²⁰ Endereço IP é a identificação numérica atribuída a cada dispositivo conectado a uma rede de computadores que usa este protocolo para comunicação.

Do outro lado, porém, uma empresa recentemente engajada na internet preferirá adotar nomes de domínio que sejam atrativos aos usuários e facilmente localizáveis por motores de busca (v.g., “comprelivros.com”, “trabalhoemcasa.com”, etc.); embora existam aqueles que pretendam adotar nomenclatura próxima a marcas de renome, de modo a fazer uso de uma “publicidade emprestada” e tomar proveito, indevidamente, da confusão do consumidor.

Este último é um fenômeno pernicioso do ponto de vista comercial que a literatura especializada categoriza, no geral, como *cybersequatting*, prática proscrita que pode ser das seguintes espécies: (I) *cybersequatting* propriamente dito, ou *domain squatting*, quando terceiro registra domínio igual ou próximo ao nome de uma marca de renome, seja para explorá-lo diretamente, seja para revendê-lo, a alto preço, para o detentor da marca ²¹; (II) *typosquatting* ou *URL hijacking*, quando se registra um nome de domínio próximo a um já existente (preferencialmente um *Top Level Domain – TLD*), porém, com pequeno erro de tipografia, obviamente proposital (ex.: “wikiepdia.org”, para confundir-se com o original “wikipedia.org”); (III) *brandjacking*, que sucede quando um terceiro se apropria da identidade digital de uma pessoa natural ou jurídica e por ela, ou seu representante, se passa, aproveitando-se, assim, do *brand equity* e/ou da influência que o original detém – é em razão dessa prática que, para ficar num exemplo representativo, o presidente recém-eleito dos EUA, Donald Trump, nomeia seu perfil na rede social *Twitter* de “@realDonaldTrump”, para diferenciar dos inúmeros perfis falsos que lá pululam.

Em termos legais, tais práticas são evidentemente ilegais, seja porque configuram práticas extorsivas, seja porque, no caso do *brandjacking*, possa ensejar consequências criminais como *falsidade ideológica* (art. 299, Código Penal).

De modo bastante específico – e necessário – os EUA aplicam desde 1999 o “Anticybersquatting Consumer Protection Act” (ACPA) ²², legislação, que, em seus próprios termos, responsabiliza civilmente perante o titular de uma marca, ou de um nome protegido como marca, toda pessoa que, sem considerar os bens e serviços das partes, (I) usar de má-fé o nome pessoal protegido como marca para

²¹ A Google Inc., por exemplo, detém registrados os nomes de domínio próximos ao do seu gigante motor de busca (“google.com”), como, por exemplo, “gogle.com”, “gooogle.com” e afins.

²² Classificado no “US Code” sob 15 U.S.C. § 1125(d). À guisa de explicação, o “United States Code” é o repositório consolidado e codificado por matéria das leis em vigor nos Estados Unidos.

dela extrair lucros, bem como (II) registrar, se apropriar ou usar um nome que é idêntico ou similar ao de uma marca original ²³.

Finalmente, não se descure que é também através do *cybersquatting* que “grileiros virtuais” e crackers praticam o chamado *phishing*, isto é, a clonagem, ou simples obtenção, de dados pessoais sensíveis como nomes de usuário, senha e informações de cartões de crédito para fins maliciosos, através do envio de comunicações eletrônicas (v.g., e-mail) que emulem o de uma marca real – é o que ocorre, por exemplo, com os e-mails falsos de pretensas instituições bancárias com aviso de “negativação” ou pedidos para atualização de cadastro, a configurar uma das práticas lesivas mais corriqueiras na rede.

2.3 Agentes da relação jurídica virtual

Verificados conceitos básicos da disciplina de Direito Digital, convém se debruçar sobre os agentes que qualificam as relações jurídicas desenvolvidas em ambiente virtual, o que, além de valia para o presente estudo, toca fulcralmente no atinente à disciplina da responsabilidade civil.

2.3.1 Provedores de serviços de internet

Abstratamente, o provedor de serviços da internet ²⁴ “é a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da internet,

²³ No original: “(d) Cyberpiracy prevention. (1)(A) A person shall be liable in a civil action by the owner of a mark, including a personal name which is protected as a mark under this section, if, without regard to the goods or services of the parties, that person- (i) has a bad faith intent to profit from that mark, including a personal name which is protected as a mark under this section; and (ii) registers, traffics in, or uses a domain name that- (I) in the case of a mark that is distinctive at the time of registration of the domain name, is identical or confusingly similar to that mark; (II) in the case of a famous mark that is famous at the time of registration of the domain name, is identical or confusingly similar to or dilutive of that mark; or (III) is a trademark, word, or name protected by reason of section 706 of title 18 or section 220506 of title 36.

²⁴ Nomenclatura derivada do original em Inglês: Internet Service Provider, popularmente conhecida pela sigla “ISP”.

ou por meio dela” (SILVA et al, 2012, p. 213); servindo, por assim dizer, como intermediário que franqueia o acesso do usuário final à internet.

À guisa de ilustração, histórica definição a respeito se encontra no *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA), lei pioneira adotada desde 1998 pelos Estados Unidos da América para proteção da propriedade intelectual no ambiente virtual. A DMCA trata apenas do que define como “provedor de serviço” (*service provider*), mas, dada a importância do diploma, vale destaque a seus termos:

(1) SERVICE PROVIDER.— (A) As used in subsection (a), the term ‘service provider’ means an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user’s choosing, without modification to the content of the material as sent or received. “(B) As used in this section, other than subsection (a), the term ‘service provider’ means a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor, and includes an entity described in subparagraph (A)”²⁵.

A denominação, contudo, é gênero da qual derivam as categorias de provedores que operam, cada qual, um específico serviço na conexão à rede²⁶. Conforme sistematização de Marcel Leonardi (2005, p. 37), são elas: *provedor de backbone*, *provedor de acesso*, *provedor de correio eletrônico*, *provedor de hospedagem* e *provedor de conteúdo*.

No entanto, em termos normativos o pátrio Marco Civil da Internet acabou por não contemplar conceitos específicos de provedores, limitando-se a classificá-los como sendo *de conexão* ou *de aplicação de internet*; daí que dada a omissão da lei brasileira, a adoção da terminologia mencionada se impõe com ainda mais vigor.

Saliente-se, também a título explicativo, que a atual categorização dos provedores de serviços de internet dada pela Lei de Telecomunicações (Lei nº

²⁵ “Provedor de Serviço – (A) Como usado na subseção (a), o termo ‘provedor de serviço’ significa uma entidade que oferece a transmissão, roteamento ou provisão de conexões para comunicações online, entre pontos especificados por um usuário, de material de escolha do usuário, sem modificação do conteúdo do material recebido ou enviado. (B) Como usado nesta seção, ao invés da subseção (a), o termo ‘provedor de serviço’ significa um provedor de serviço online ou conexão à rede ou o operador de facilidades desta ordem, e inclui qualquer entidade descrita nesta subseção” (tradução livre).

²⁶ Convém salientar, porém, que as atividades desempenhadas por cada espécie de provedor, embora diversas, podem ser oferecidas ao usuário por uma mesma empresa (é o caso, v.g., dos provedores de conteúdo que ofertam também serviço de e-mail) ou por diversas empresas, separadamente e cada qual com sua função no estabelecimento da conexão à rede.

9.472/1997) tende a defasar, porquanto classificados, no todo, como *serviço de valor adicionado* (SVA), isto é, “a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações” (art. 61); a qual, por isso, “não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição” (art. 61, § 1º) ²⁷.

Basicamente, a lei reputa como SVA qualquer serviço que, malgrado ligada às telecomunicações, não se relaciona precipuamente com transmissão de voz, mas que, agregando-se a este serviço básico, adicione-lhe novas funcionalidades, e novas fontes de receita. São encarados, basicamente, como serviços secundários.

A questão é que, com o incremento da tecnologia digital sobreveio relevante mudança do padrão de consumo de usuários, que, de modo crescente, dedicam-se mais à navegação virtual do que aos serviços básicos de telefonia.

É o que ocorre, à guisa de exemplo, com a telefonia celular, em que o cenário atual é de crescimento do tráfego de dados (3G e 4G) em detrimento do uso ligações. Tome-se, como demonstrativo, que a receita de tráfego de dados representa hoje 20% do faturamento das teles brasileiras, algo em torno de R\$ 1,33 bilhões (em países com maior conectividade, como o Japão, a receita atinge 50% do faturamento das operadoras) ²⁸, o que evidencia uma mudança no perfil do usuário.

Com isso, tem-se que, com o aumento das vendas de aparelhos smartphones e o incremento do tráfego de dados móveis, o que hoje se cognomina de serviço adicionado tende a se tornar serviço principal, tornando futuramente obsoleta a classificação.

²⁷ Definição anterior já se encontrava na vetusta Norma nº 004/1995 do Ministério das Comunicações, cujo art. 3º, “b” classifica o serviço de valor adicionado como aquele que “acrescenta a uma rede preexistente de um serviço de telecomunicações, meios ou recursos que criam novas utilidades específicas, ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações”.

²⁸ Disponível em: <http://blog.futurecom.com.br/voce-sabe-o-que-e-um-servico-de-valor-agregado-vas-ou-sva/>. Acesso em: 01/02/17.

2.3.1.1 Das esferas de responsabilização dos provedores de serviço

Antes, porém, de explicar, propriamente, as espécies de provedores, convém salientar a importância jurídica da distinção entre eles.

Ora, como cada categoria de provedor desempenha uma determinada espécie de serviço no longo caminho que permite a conexão do usuário à rede, o direcionamento de eventual responsabilização por danos causados ou crimes praticados no ambiente virtual variará conforme se verifique qual o provedor que, pela sua atividade, seja capaz de prevenir, afastar e/ou atestar a ocorrência de tais ilícitos.

Não por menos, conforme o art. 3º, VI do Marco Civil é princípio disciplinador do uso da internet no Brasil a “responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei”.

Relativamente aos provedores de acesso, por exemplo, Patrícia Peck (2013, p. 78) salienta que, dado se tratarem dos “grandes aglutinadores do mundo virtual”, porque responsáveis “pela abertura das portas de entrada dos usuários na rede”, muitas das “[...] soluções jurídicas para a proteção de valores sociais e das relações interpessoais na rede têm seu início nos provedores e podem ser mais bem controladas por meio deles”.

Em suma: a espécie de atividade e função desenvolvidas pelas categorias de provedores definirá o nível de responsabilidade deste agente virtual.

A despeito de certos percalços da jurisprudência, há de se fazerem prestar os devidos encômios ao Superior Tribunal de Justiça na análise da responsabilidade civil dos provedores de serviço de internet, na medida em que a Corte tem demonstrado maior rigor técnico quanto à distribuição do papel, e dos ônus, que cada um destes entes exerce na sua respectiva área de atuação.

É o que se extrai, dentre outros, do recente julgamento do REsp 1593873, relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no qual se afastou, no caso, pretensão de exercício do chamado “direito ao esquecimento” em desfavor do *Google Brasil* e seu famoso buscador homônimo:

O papel dos provedores de pesquisa se restringe à identificação de páginas na Internet onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Como afirmado acima, a recorrente não armazena as informações e imagens indicadas pela recorrida, de modo que não há como lhe imputar responsabilidade por elas.

Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a conseqüente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. Se a página possui conteúdo ilícito, cabe ao ofendido adotar medidas tendentes à sua própria supressão, com o que estarão, automaticamente, excluídas dos resultados de busca virtual dos sites de pesquisa.

Em razão das características dos provedores de aplicações de busca na Internet, acima resumidas, este Superior Tribunal de Justiça entendeu que os provedores de pesquisa: (i) não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas feitas por cada usuário; e (iii) não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão (REsp 1.316.921/RJ, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012) (STJ, AgInt no REsp nº 1.593.873 – SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 10/11/2016).

Sem embargo da já registrada reserva quanto ao poder pernicioso dos buscadores de busca, a decisão é digna de comemoração quanto à preocupação técnica dos institutos que permeiam as relações virtuais e a própria disciplina do Direito Digital.

Oportuno transcrever, ainda, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, por questão de especialidade na prestação do serviço, afastou a responsabilidade de um provedor de backbone quanto ao fornecimento de informações relativas à origem de e-mail:

CAUTELAR. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. INFORMAÇÃO. INTERNET. ORIGEM DE MENSAGEM ELETRÔNICA (E-MAIL). IDENTIFICAÇÃO DE USUÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. Pretendendo os autores, em cautelar preparatória, obter informações a respeito da origem de mensagens eletrônicas recebidas - e-mails -, a direcionarem futura ação indenizatória, não assume legitimidade a demandada que somente prestou serviço de transporte de telecomunicações - SRTT -, servindo tão somente de meio físico a interligar o usuário final ao provedor do serviço de conexão à Internet. Agravo provido (Agravo de Instrumento Nº 70003736659, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 09/05/2002)

Isto pontuado, à definição das diferentes categorias de provedores.

2.3.1.2 Provedores de Backbone

Backbone (do inglês, “espinha dorsal”) é o nome dado à estrutura pela qual os dados de todos os usuários da internet trafegam. É, basicamente, a rede central que liga as operadoras de internet aos servidores externos, onde se situam sites baseados fora do país; podendo-se falar, assim, em *backbones* nacionais, internacionais e intercontinentais, conectados entre si por cabamentos subterrâneos e suboceânicos compostos de fibras ópticas de alta velocidade (aproximadamente de 100 terabytes por segundo).

Nessa ordem de tráfego, o usuário se conecta a internet através da operadora e ao requisitar um determinado site, interno ou externo, esta se conecta e transmite a requisição ao respectivo *backbone* que, por sua vez, remeterá os dados solicitados.

Desse modo, tem-se que o provedor de *backbone* é, senão, a pessoa jurídica que controla a infraestrutura da rede e oferece conectividade, “vendendo acesso à sua infraestrutura a outras empresas que, por sua vez, fazem a revenda de acesso ou hospedagem para usuários finais, ou que simplesmente utilizam a rede diretamente” (SILVA et al, 2012, p. 22/23). Os usuários finais, de sua parte, se conectarão à rede através de um provedor de acesso ou hospedagem e, assim, não mantêm, por regra, uma relação jurídica direta com o provedor de *backbone*.

É o caso, por exemplo, da Embratel, principal provedor de *backbone* em operação no Brasil.

2.3.1.3 Provedor de acesso ou conexão

O provedor de acesso ou conexão à internet é o “[...] prestador de serviços que, valendo-se de diversos equipamentos e softwares, oferece aos seus clientes a possibilidade de acesso à internet”, o qual ocorre “[...] com o suporte de um sistema telefônico (ou de uma rede de cabo, por satélite, etc.), que conecta os clientes ao provedor e o provedor à rede” permitindo troca de informações na forma de mensagens, arquivos, programas e páginas de informação e entretenimento (CAMPOS et al, 2005, p. 24).

De sua parte, a Norma nº 004/1995 do Ministério das Comunicações tipifica tais empresas sob a rubrica de “Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI)”, a prestar “Serviço de Conexão à Internet” (SCI) (item 3, D), isto é, o “nome genérico que designa Serviço de Valor Adicionado, que possibilita o acesso à Internet a Usuários e Provedores de Serviços de Informações” (item 3, C).

O item 4 da mesma Norma define que o Serviço de Conexão a Internet constitui-se das seguintes “estruturas”:

- a) dos equipamentos necessários aos processos de roteamento, armazenamento e encaminhamento de informações, e dos "software" e "hardware" necessários para o provedor implementar os protocolos da Internet e gerenciar e administrar o serviço;
- b) das rotinas para a administração de conexões à Internet (senhas, endereços e domínios Internet);
- c) dos "softwares" dispostos pelo PSCI: aplicativos tais como - correio eletrônico, acesso a computadores remotos, transferência de arquivos, acesso a banco de dados, acesso a diretórios, e outros correlatos -, mecanismos de controle e segurança, e outros;
- d) dos arquivos de dados, cadastros e outras informações dispostas pelo PSCI;
- e) do "hardware" necessário para o provedor ofertar, manter, gerenciar e administrar os "softwares" e os arquivos especificados nas letras "b", "c" e "d" deste subitem;
- f) outros "hardwares" e "softwares" específicos, utilizados pelo PSCI.

Ainda relativamente a esta categoria de provedor o Marco Civil da Internet impõe, de modo inédito, que, na provisão de conexão à internet, o administrador do sistema autônomo – assim entendido como “a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento” (art. 5º, IV) – se encarregue do “dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano”.

De todo modo, os provedores de acesso se afiguram os mais relevantes do ponto de vista jurídico, porquanto, como já adiantado, agregam inúmeros serviços relacionados à conexão com à internet; daí apresentarem uma dúplice função, como bem ressalta Patrícia Peck (2013, p. 79): a primeira como “Operadores de Telecomunicações”, responsáveis pela transmissão de mensagens e conteúdos por meio da rede; e a segunda enquanto “Editores”, encarregados da hospedagem, publicação e inclusive produção de conteúdo na internet.

No Brasil, os provedores de conexão mais conhecidos são, dentre outros, Brasil Telecom, GVT, Net Virtua e as operadoras da telefonia celular, como Tim, Claro, Oi e Vivo.

2.3.1.4 “Provedor” de informação e provedor de conteúdo

Provedor de informação é, pura e simplesmente, o autor de uma informação disponível ou que será disponibilizada na internet.

O provedor de conteúdo, a seu turno, é toda pessoa natural ou jurídica que torna disponível na Internet “[...] as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem para armazená-las” (LEONARDI in CAMPOS et al, 2012, p. 221) ²⁹.

Vê-se que os conceitos são umbilicalmente interligados, e há larga margem para confusão.

Marcel Leonardi – e não há como deixar de citá-lo, na medida em que, na literatura brasileira disponível sobre o tema, é dos que operam com grande tecnicidade – bem alerta que as figuras (provedor de informação e provedor de conteúdo) não se confundem; daí entender “que se deve utilizar simplesmente ‘autor’ e não a expressão ‘provedor de informação’, evitando-se assim complexidade desnecessária” (idem).

²⁹ Trata-se da espécie de provedor mais comum, abrangendo desde blogs pessoais e de limitado alcance até grandes portais de notícias ou sites de revenda de produtos físicos e digitais.

O ilustre autor não poderia estar mais acertado. Basta ver, para confirmar sua cautela terminológica, que, na legislação norte-americana, a Seção 230 do polêmico “Communications Decency Act” qualifica como *Information Content Provider* (“provedor de informação e conteúdo”) “any person or entity that is responsible, in whole or in part, for the creation or development of information provided through the Internet or any other interactive computer service”; amalgamando, indevidamente, ambos os conceitos em só.

A diferenciação, portanto, é necessária. O ponto básico de ruptura entre o *provedor de conteúdo* e o *autor da informação* é que o primeiro detém controle editorial prévio sobre aquilo que pretende ou não divulgar, realizando um filtro preliminar sobre as informações produzidas pelos autores antes de liberá-las para seu acesso pelos usuários da rede. Aliás, é justamente este controle prévio que delimitará a esfera de responsabilização de tal categoria de provedor, o que se afigura de relevante valia para evitar as mistificações e confusões de ordem conceitual já alertadas alhures.

A propósito, tem-se que os famosos buscadores – como é o caso de Google, Yahoo e afins – se situam nesta categoria de provedores e assim devem ser eventualmente responsabilizados, como já teve ocasião de decidir o Superior Tribunal de Justiça:

Essa provedoria de pesquisa constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois esses sites não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. (STJ, REsp 1.316.921/RJ, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012).

No mesmo sentido destaque-se, também da Corte Cidadã, o já citado REsp 1593873, de que se tratou em item anterior e ao qual se reporta.

2.3.1.5 Provedor de hospedagem

O provedor de hospedagem é a pessoa jurídica que armazena dados em servidores de acesso remoto, permitindo seu acesso por terceiros de acordo com as condições estabelecidas para tanto pelo contratante de seus serviços de armazenamento. Presta, assim, duas espécies de serviço: (I) o armazenamento de arquivos em um servidor e (II) a possibilidade de acesso a tais arquivos de acordo com as condições estipuladas com o provedor de conteúdo responsável pela produção e/ou veiculação de tais informações, seja para franquear o acesso a quais usuário ou limitá-la a usuários determinados, mediante cadastro prévio, por exemplo (LEONARDI in SILVA et al, 2012, p. 220).

São provedores de hospedagem atuantes no Brasil, dentre outros, *HostGator, GoDaddy, Locaweb, Uol Host*, dentre outros.

2.3.1.6 Provedor de correio eletrônico

Categoria mais evidente, o provedor de correio eletrônico é a pessoa jurídica que presta serviço consistente no oferecimento de um estrutura para envio e recebimento de mensagens virtuais, bem como outras funcionalidades como seu armazenamento, classificação, assinatura própria, etc., todas acessáveis a partir da inserção de um login e senha previamente cadastrados e mantidos sob segurança criptográfica.

Como já adiantado, esta espécie de serviço pode ser oferecida exclusivamente ou conjuntamente por um provedor de conteúdo, como é o caso do UOL (*Universo Online*), que é provedor de acesso, conteúdo, hospedagem e de correio eletrônico, sendo o maior portal do Brasil atualmente em operação ³⁰.

São também exemplos de provedor de correio eletrônico o *Outlook/Hotmail, Gmail, Yahoo!*, dentre outros.

³⁰ Vide: <http://oglobo.globo.com/economia/uol-compra-digiweb-vira-terceiro-maior-provedor-de-hospedagem-do-pais-3625959>. Acesso em 02/02/17.

3 A DISCIPLINA LEGAL E REGULAMENTAR DA INTERNET

Ao contrário do que a grossa massa de usuários pode supor a internet, malgrado territorialmente ilimitada ³¹, não é “território livre” para propagação indisputada de informações e acesso indistinto a tudo o que nela consta. Já apregoa a Constituição da República que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (art. 5º, IV), mandamento que, de construção semântica tão dúctil, é perfeitamente aplicável ao mundo virtual.

Este “admirável mundo novo”, portanto, está sujeito a balizamentos de ordem normativa e legal propriamente dito, cuja aplicação concreta, porém, é fonte para controvérsia (em especial aos de ordem regulatória), dada a discussão que se amonta ao redor da problemática natureza jurídica dos serviços de internet.

3.1 O problema da regulação da internet

A questão da regulação dos serviços de conexão à internet (SCI) é controversa porque igualmente tormentosa é a natureza jurídica do serviço, motivo de acalorado debate entre associações de usuários, empresas do setor e entes reguladores.

Antes, porém, de enfrentar a controvérsia, convém, para melhor compreensão do objeto do estudo, empreender-se análise breve de conceitos

³¹ Tão virtualmente ilimitado é o ambiente virtual que hoje já se cogita que as estruturas que governam a expansão do universo, da internet e do próprio cérebro humano são regidas por leis universais comuns – é o que propuseram, em 2002, uma equipe de físicos liderada por Dmitri Krioukov em artigo publicado na Scientific Reports, denominado “Network Cosmology”.

elementares de regulação econômica no âmbito do Direito Administrativo, para só então perquirir se e de que modo aplicáveis aos serviços de internet.

3.1.1 Regulação e agências reguladoras

Tecnicamente falando, a *Regulação* consiste na “atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 637). Engloba, portanto, “[...] todas as formas de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia” (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 14).

A regulação a que se refere não se confunde com a *Regulamentação*, instituto de matiz diversa³².

Com efeito, a regulamentação se refere ao exercício pelo ente estatal do *Poder Regulamentar*, isto é, “a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação”, criando “[...] mecanismos de complementação das leis indispensáveis a sua efetiva aplicabilidade” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 60).

A distinção é assim resumida por Marcos Juruena Villela Souto (2008, p. 03),

A função regulatória é distinta da função regulamentar porque esta, nos termos da Constituição Brasileira, art. 84, IV, só pode ser exercida pelo Presidente da República. Embora muito se fale na existência, no âmbito das agências reguladoras, de um ‘poder regulamentar amplo’, essa não é a expressão adequada, posto que privativo do Chefe do Poder Executivo. Ademais, enquanto o regulamento é ato informado por critérios políticos de detalhamento da lei, a norma regulatória explicita conceitos jurídicos indeterminados, implícitos na lei.

³² A diferenciação é necessária, dado que, externando-se o Direito também como Ciência (Jurídica), os elementos que estuda devem se nominar por conceitos próprios e precisos, não se admitindo reconhecer de um modo aquilo que se identifica por outro – o que exige precisão no uso da linguagem, pois que, segundo o conhecido adágio de Ludwig Wittgenstein em seu *Tractatus Logico-Philosophicus*, “os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo”.

De todo modo, relativamente ao objeto em estudo, tem-se que os serviços de telecomunicações são *regulados* pela atuação normativa de um ente autárquico criado precipuamente para a ordenação desta atividade, isto é, a *Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel)*.

À guisa de explicação, tem-se que a *agência reguladora* – gênero do qual a Anatel compõe espécie – consiste em uma “autarquia³³ (de regime) especial, sujeita a regime jurídico que assegura a autonomia em face da Administração direta e que é investida de competência para a regulação setorial” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 664).

A referida competência regulatória setorial confere às agências reguladoras poder para editar normas abstratas infralegais, mediar conflitos em um dado setor econômico regulado (desde serviços públicos e/ou atividades econômicas propriamente ditas), bem como tomar decisões discricionárias que vinculam os setores estatais e não-estatais que exerçam atividades sob sua esfera de atuação, ressalvada eventual revisão pelo Poder Judiciário (JUSTEN FILHO, 2012, p. 665).

3.1.2 A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)

Criada pela Lei nº 9.472/1997, por sua vez regulamentada pelo Decreto nº 2.338/1997 e pelo Regimento Interno aprovado pela Resolução ANATEL nº 270/2001, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) encontra-se vinculada ao Ministério das Comunicações, com sede e foro no Distrito Federal.

Conforme Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 277), a ANATEL é a agência reguladora “que recebeu o arcabouço institucional mais apurado [...], prévio à desestatização do setor e com uma definida divisão de competências entre os diversos agentes e órgãos públicos com competências na área” (arts. 10, 18 e 19, Lei nº 9.472/1997).

A teor do art. 19 da Lei nº 9.472/1997, à ANATEL “compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o

³³ A palavra autarquia deriva do grego “*αυταρχία*”, de acepção econômica, que significa “bastar-se a si próprio” ou “comandar a si próprio”.

desenvolvimento das telecomunicações”, “atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente”:

- I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;
- II - representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações, sob a coordenação do Poder Executivo;
- III - elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, submetendo previamente a consulta pública as relativas aos incisos I a III;
- IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;
- V - editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público;
- VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;
- VII - controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;
- VIII - administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;
- IX - editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções;
- X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;
- XI - expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;
- XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;
- XIII - expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;
- XIV - expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;
- XV - realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência;
- XVI - deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;
- XVII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;
- XVIII - reprimir infrações dos direitos dos usuários;
- XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE;
- XX - propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministério das Comunicações, a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço no regime público;
- XXI - arrecadar e aplicar suas receitas;
- XXII - resolver quanto à celebração, alteração ou extinção de seus contratos, bem como quanto à nomeação, exoneração e demissão de servidores, realizando os procedimentos necessários, na forma em que dispuser o regulamento;
- XXIII - contratar pessoal por prazo determinado, de acordo com o disposto na Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993;
- XXIV - adquirir, administrar e alienar seus bens;

XXV - decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor;
XXVI - formular ao Ministério das Comunicações proposta de orçamento;
XXVII - aprovar o seu regimento interno;
XXVIII - elaborar relatório anual de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida nos termos do artigo anterior;
XXIX - enviar o relatório anual de suas atividades ao Ministério das Comunicações e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional;
XXX - rever, periodicamente, os planos enumerados nos incisos II e III do artigo anterior, submetendo-os, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, ao Presidente da República, para aprovação;
XXXI - promover interação com administrações de telecomunicações dos países do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, com vistas à consecução de objetivos de interesse comum.

Cuida, enfim, de ordenar, em prol da lei e do bem da coletividade, atividades que por sua própria natureza são de interesse coletivo, como é o caso das telecomunicações, qualificada expressamente como *serviço público*.

3.1.3 A questão da natureza do serviço de conexão à internet

Na tarimbada lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 687), contemporâneo mestre dos publicistas brasileiros, serviço público é

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

No caso dos serviços de telecomunicações, além das características imanentes a tal atividade já atribuí-la um caráter inerentemente público, a própria Constituição Federal expressamente a tipifica como tal, conforme se extrai de seu art. 21, inciso XI, a dispor que compete à União “explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”.

É o que esclarece, novamente, Bandeira de Mello (2008, p. 06):

Dentre os serviços apontados como da esfera da União - não dos particulares; não, portanto, como pertinentes à esfera de exploração de atividade econômica - estão os “serviços de telecomunicações”. Estes, pois, não apenas por sua índole (“existenciais à coletividade em um momento dado”) mas por uma decisão constitucional explícita (art. 21, XI) são incluídos no âmbito daquelas atividades que o Estado reputa de tal importância que ele mesmo pretendeu responsabilizar-se por elas e atribuir-lhes uma disciplina protetora de molde a resguardar os interesses dos usuários de tais serviços.

Os serviços de telecomunicações, portanto, são de natureza pública, o que se afigura ponto pacífico. Controvérsia pesa, todavia, em relação aos serviços de conexão à internet (SCI).

Como já adiantado no capítulo anterior, a chamada Norma 004/1995 do Ministério de Estado das Comunicações ³⁴ qualifica o SCI como um “serviço de valor adicionado” (SVA), isto é, aquele que “acrescenta a uma rede preexistente de um serviço de telecomunicações, meios ou recursos que criam novas utilidades específicas, ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações” (item 3, “b” e “c”).

O busílis é que conforme o art. 61, § 1º da Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472/1997), o “serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição”.

Assim, ao invés de prestadores de serviço de telecomunicações, os provedores de serviço conexão à internet (PSCI) seriam na verdade usuários daquele serviço, oferecidos, a seu turno, pelas “Entidades Exploradoras de Serviços Públicos de Telecomunicações” (EESPT). É o que extrai do item 5 da mesma Norma 004/1995, senão vejamos:

5. USO DE MEIOS DA REDE PÚBLICA DE TELECOMUNICAÇÕES POR PROVEDORES E USUÁRIOS DE SERVIÇOS DE CONEXÃO À INTERNET
5.1. O uso de meios da Rede Pública de Telecomunicações, para o provimento e utilização de Serviços de Conexão à Internet, far-se-á por

³⁴ Aprovada pela Portaria 148/1995 do Ministério de Estado das Comunicações.

intermédio dos Serviços de Telecomunicações prestados pelas Entidades Exploradoras de Serviços Públicos de Telecomunicações.

5.2. O Provedor de Serviço de Conexão à Internet pode, para constituir o seu serviço, utilizar a seu critério e escolha, quaisquer dos Serviços de Telecomunicações prestados pela EESPT.

5.3. Os meios da Rede Pública de Telecomunicações serão providos a todos os PSCIs que os solicitarem, sem exclusividade, em qualquer ponto do território nacional, observadas as condições técnicas e operacionais pertinentes e, também, poderão ser utilizados para:

- a) conectar SCIs à Internet, no exterior;
- b) interconectar SCIs de diferentes provedores.

5.4. As Entidades Exploradoras de Serviços Públicos de Telecomunicações não discriminarão os diversos PSCIs quando do provimento de meios da Rede Pública de Telecomunicações para a prestação de Serviços de Conexão à Internet. Os prazos, padrões de qualidade e atendimento, e os valores praticados serão os regularmente fixados na prestação do Serviço de Telecomunicações utilizado.

5.5. É facultado ao Usuário de Serviço de Conexão à Internet, o acesso ao SCI por quaisquer meios da Rede Pública de Telecomunicações à sua disposição.

Há, todavia, importante movimentação no setor para que os serviços de internet deixem de ser encarados como serviços de valor adicionado e se qualifiquem, juridicamente, como serviços de telecomunicações propriamente ditos, dado o avanço do processo de universalização do acesso à rede desde a edição da Norma 004/1995 e da LGT (deixando tento a tento de ser atividade secundária para que se tornar o foco principal da estrutura de telecomunicações).

Com efeito, há por parte do Ministério das Comunicações (Minicom) e da Advocacia Geral da União (AGU) crescente pressão sobre a Anatel pela extinção ou completa revisão da Norma 004/1995, de modo a incluir a atividade de conexão à internet como modalidade de serviço de telecomunicações.

Veja-se, nesse sentido, o Parecer nº 864/2011/ALM/CGNS/CONJUR-MC/CGU/AGU, de 26/07/2011, do Ministério das Comunicações, o qual partindo do pressuposto de que (1) “para o acesso a rede mundial de computadores não é tecnicamente necessária a intermediação do PSCI”, e (2) “se não existe mais necessidade da intermediação do Provedor do Serviço de Conexão à Internet (PSCI) para a conexão à internet em banda larga é porque o SCI confunde-se com o próprio Serviço de Comunicação Multimídia”, apresenta conclusão no seguinte sentido:

Competência da Anatel para revisar a Norma MC nº 04, de 1995, com respaldo dos arts. 69 e 214 da LGT, tendo em vista que é juridicamente possível a essa Agência incluir a atividade de conexão à Internet no conceito de uma modalidade de serviço de telecomunicações, fazendo com

que tal atividade automaticamente deixe de compreender a definição de SVA.

No mesmo sentido se pautou o Relatório Final nº 03/2010 da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Senado Federal sobre o uso da internet na prática de crimes de pedofilia, o qual recomendou à Anatel a “[...] realização de estudos com vistas a incluir, em suas atribuições, a fiscalização de empresas do setor de internet, notadamente em razão da tendência tecnológica de convergência entre os diversos meios de comunicação (‘convergência digital’)].”

Verdade seja dita, a Norma MC 04/1995 se afigura patentemente defasada no cenário atual de telecomunicações e de acesso à internet, demandando urgente revisão (até porque anterior à onda de privatizações do setor). Aliás, urge atualização do próprio marco regulatório introduzido pela LGT, que também reflete um ambiente tecnológico muito diferente do atual, onde a preocupação reinante era a universalização do acesso à telefonia – hoje, em comparação, a atenção se volta à universalização da banda larga, que não existia difundida à época do nascimento da lei.

O busílis é que no ambiente atual, mantendo-se os serviços de acesso à internet categorizados como SVA, a Anatel continua a não deter autoridade regulatória sobre tais provedores, os quais prescindem de autorização ou qualquer tipo de licença pela Agência para seu funcionamento.

Trocando em miúdos: a prevalecer a distinção entre serviços de telecomunicações e serviços de acesso à internet, a Anatel permanece desprovida de competência para regular, efetivamente, serviços prestados na ou em função da internet, incluindo os serviços over-the-top (OTT)³⁵ e questões específicas como franquia de banda larga fixa (da qual se tratou em capítulo próprio).

Assim é que embora a exploração do serviço de telecomunicações (incluindo os provedores de backbone e demais prestadores do Serviço de Transporte de Telecomunicações – SRTT) está condicionada ao licenciamento

³⁵ Serviço over-the-top é o nome dado à transmissão de conteúdo audiovisual e de outras mídias através da internet, independentemente da contratação de um operador de tevê a cabo ou via satélite. Dado o conteúdo transmitido, depende fortemente de conexão em internet de alta velocidade. É o caso, dentre outros, dos serviços de streaming como a Netflix, que com demais serviços OTT, já representam 47% da economia digital, um universo de 3,46 trilhões de dólares – vide: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-14/nao-incide-icms-servicos-over-the-top-iss-variavel>. Acesso em: 06/02/17.

prévio da Anatel, mediante concessão ou permissão ³⁶, a instalação de um PSCI (como é o caso dos provedores de acesso e de conteúdo), para ficar nesta modalidade de serviço, é virtualmente livre e independe de qualquer outorga pela agência.

Basicamente, qualquer pessoa, querendo, pode vender os serviços de um provedor, sem licença prévia.

Pois bem. Ante tais distinções, a questão que teima é: se os serviços de internet (conexão, acesso e conteúdo) não se confundem com os de telecomunicações, podem ser qualificados, no todo, como serviço público?

Vênia dada aos posicionamentos diversos, a resposta há de ser positiva.

Com efeito, malgrado prevaleça hoje a citada diferenciação, ela não afasta o caráter público do serviço prestado, especialmente no atinente à conexão à internet, porquanto esta depende, a princípio, dos Serviços de Telecomunicações prestados pelas Entidades Exploradoras de Serviços Públicos de Telecomunicações, as quais empreendem serviço público assim reputado pela Constituição Federal.

Quanto aos serviços de Comunicação multimídia (SCM) – do qual trataremos oportunamente – em que pese a Resolução nº 614/2013 da Anatel (*Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia*) autorizar sua conexão direta à internet, sem necessidade de intermediação por um provedor de conexão/acesso, também persiste o interesse coletivo sobre sua prestação, o que evidencia, de todo modo, seu caráter público.

No entanto, malgrado a lei, *em sentido estrito*, não tenha qualificado tais serviços como públicos (o que se deve mais a uma omissão do legislador do que tácita negativa), a regulamentação do Marco Civil da Internet (MCI) expressamente consagra tal condição.

Deveras, o Decreto nº 8.771/2016, que regulamenta o MCI, dispõe, acerca do princípio da neutralidade de rede garantida no art. 9º daquela lei, que a

³⁶ A propósito, tramita no Congresso Nacional o PL 3453/2015, do Deputado Daniel Vilela (PMDB/GO), que pretende alterar a LGT para permitir à Anatel “alterar a modalidade de licenciamento de serviço de telecomunicações de concessão para autorização”, que se afigura mais simplificada.

exigência de tratamento isonômico lá contido deve garantir a preservação do “**caráter público** e irrestrito do acesso à internet e os fundamentos e objetivos do uso da internet no país” (grifou-se).

Evidencia-se, portanto, que, por força deste decreto regulamentar, finalmente se inaugurou no Ordenamento Jurídico brasileiro previsão confessa e específica quanto à natureza pública do acesso à internet, o que, quer-se crer, abrange o serviço de acesso à rede em si.

Vale dizer: a lei, em sentido lato, não inclui os serviços de internet como de caráter público porque não teve oportunidade para fazê-lo e tampouco sofreu atualização substancial que lhe permitisse tratar do tema, então inexistente ao tempo da edição do chamado marco regulatório e dos demais atos normativos que se produziram em seu rumo. Todavia, com o advento do MCI e sua regulamentação, tal caráter está hoje expressamente assegurado.

Não se descure, ainda, da manifesta utilidade pública que circunda os serviços públicos prestados através da internet, os quais, além de ferramentas essenciais de comunicação e informação, têm inegável importância administrativa.

Nesse sentido se considere, dentre outros, iniciativas do Poder Público como a *Lei do Acesso à Informação* (Lei nº 12.527/2011) ³⁷, a *Lei da Transparência* (Lei Complementar nº 131/2009) ³⁸ e demais serviços públicos especificamente prestados em ambiente virtual, como os de “Delegacia Eletrônica”, submissão de reclamações a ouvidorias em geral (v.g., CNJ), emissão de certidões (v.g., DARF), plataforma para apuração e declaração de imposto de renda, consulta e cálculo de benefícios previdenciários (v.g., DATAPREV), inscrição e consulta ao Sistema de Seleção Unificada (Sisu), dentre outros. Anote-se também que o Governo Federal já mantém um portal de Governo Eletrônico (“www.governoeletronico.gov.br”), ainda em desenvolvimento, que pretende “a promoção do acesso às informações, a melhoria dos serviços públicos digitais e a ampliação da participação social” – o que reforça o caráter público e a importância administrativa dos serviços de internet.

³⁷ Obriga os órgãos e entidades públicas a divulgarem informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas em sítios oficiais da rede mundial de computadores (art. 8º, § 2º)

³⁸ Alterou a Lei de Responsabilidade Fiscal para obrigar aos entes federativos, suas autarquias e fundações a disponibilizar, na rede mundial, dos dados relativos à execução de atos de despesa e receita sobre o orçamento público.

Ademais, e para robustecer o argumento, veja-se que o Marco Civil da Internet, abordado no próximo capítulo, elege o acesso à internet como instrumento “essencial ao exercício da cidadania” (art. 7º), ressaltando a finalidade social da rede (arts. 2º, VI e 27), o que, evidenciando o interesse coletivo envolvido em sua prestação, também comprova com vigor o seu caráter público.

Enfim, o evidente interesse coletivo que hoje envolve os serviços de conexão e acesso à internet os qualifica, juridicamente, como de natureza e utilidade públicas; não se admitindo que a inação do legislador em atualizar o marco regulatório nacional para assim expressamente imputá-los obstrua tal reconhecimento; que mais do que a lei posta, decorre da própria natureza da atividade prestada e da importância que assume para a sociedade contemporânea.

3.1.4 O Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br)

Criado pela Portaria Interministerial nº 147/1995 do Ministério das Comunicações (alterada pelo Decreto Presidencial nº 4.826/2003) o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) é um ente multissetorial de função opinativa instituído com o objetivo de “assegurar qualidade e eficiência dos serviços ofertados, justa e livre competição entre provedores, e manutenção de padrões de conduta de usuários e provedores, e considerando a necessidade de coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços Internet no país”³⁹.

Conforme o art. 1º do Decreto Nº 4.829/2003, ao CGI são conferidas as seguintes atribuições em tese:

- I - estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da Internet no Brasil;
- II - estabelecer diretrizes para a organização das relações entre o Governo e a sociedade, na execução do registro de Nomes de Domínio, na alocação de Endereço IP (Internet Protocol) e na administração pertinente ao Domínio de Primeiro Nível (ccTLD - country code Top Level Domain), ".br", no interesse do desenvolvimento da Internet no País;
- III - propor programas de pesquisa e desenvolvimento relacionados à Internet, que permitam a manutenção do nível de qualidade técnica e inovação no uso, bem como estimular a sua disseminação em todo o

³⁹ Disponível em: <http://www.cgi.br/portarias/numero/147>. Acesso em: 11/02/2017.

território nacional, buscando oportunidades constantes de agregação de valor aos bens e serviços a ela vinculados;

IV - promover estudos e recomendar procedimentos, normas e padrões técnicos e operacionais, para a segurança das redes e serviços de Internet, bem assim para a sua crescente e adequada utilização pela sociedade;

V - articular as ações relativas à proposição de normas e procedimentos relativos à regulamentação das atividades inerentes à Internet;

VI - ser representado nos fóruns técnicos nacionais e internacionais relativos à Internet;

VII - adotar os procedimentos administrativos e operacionais necessários para que a gestão da Internet no Brasil se dê segundo os padrões internacionais aceitos pelos órgãos de cúpula da Internet, podendo, para tanto, celebrar acordo, convênio, ajuste ou instrumento congêneres;

VIII - deliberar sobre quaisquer questões a ele encaminhadas, relativamente aos serviços de Internet no País; e

IX - aprovar o seu regimento interno.

O CGI é composto por 21 membros e respectivos suplentes, egressos de órgãos e organizações envolvidos em seu plano de atuação, quais sejam: 09 representantes do Governo Federal; 04 representantes do setor empresarial; 04 representantes do terceiro setor; 03 representantes da comunidade científica e tecnológica; e 01 representante “de notório saber em assuntos de Internet” (art. 2º e ss., Decreto nº 4.829/03). Todos os membros do CGI são indicados pelos entes envolvidos para um mandato de 03 anos, admitida a recondução.

A despeito de sua louvável função, o CGI.br enfrentou nos últimos anos acentuada corrosão no desempenho de suas atividades, sobremaneira acentuada por um desgaste institucional com a ANATEL. Referida dissensão foi mais recentemente evidenciada pela aparente concordância da Agência relativamente à implantação de um sistema de franquia para a banda larga fixa (como abordaremos em capítulo próprio), medida totalmente confrontada pela maioria do Comitê Gestor – que, aliás, assim fazendo, comprovou sua preocupação com a universalização da internet no Brasil e os legítimos interesses dos usuários, como é de sua precípua função institucional.

3.2 O Marco Civil da Internet e seus princípios informadores

Nome dado à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet (MCI) é a legislação central que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Sua origem legislativa foi o Projeto de Lei nº 2.126/2011, de autoria da então Presidente da República, Dilma Rousseff, sendo apensado ao PL 5.403/2001, que tratava de forma rasa do tema. O anteprojeto em si foi elaborado em conjunto pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, com o objetivo de construir legislação que “estabelecesse princípios, garantias e direitos dos usuários de Internet”, delimitando “deveres e responsabilidades a serem exigidos dos prestadores de serviços” e definindo “o papel a ser exercido pelo poder público em relação ao desenvolvimento do potencial social da rede” (item 9 do anteprojeto).

Protocolada a proposição na Câmara dos Deputados em 24/10/2011 (em observância ao rito constitucional), sua votação foi adiada no total por 29 vezes (07 oportunidades em 2012, 10 vezes em 2013 e mais 12 em 2014), sendo finalmente aprovado pelo plenário da Casa em 25/03/14 e remetido ao Senado Federal no dia subsequente ⁴⁰. No Senado, o PL foi apreciado simultaneamente pelas comissões legislativas com afetação temática e, ante a urgência constitucional, foi aprovado em 23/04/2014, sendo enviada no mesmo dia para sanção presidencial. Aproveitando-se da publicidade gratuita daí advinda, a Presidente sancionou o projeto no próprio dia 23/04, durante a conferência NETMundial (Encontro Multissetorial Global Sobre o Futuro da Governança da Internet), realizada em São Paulo naquela data.

Pois bem. Elaborado no rumo do modelo de microssistema inaugurado pelo Código de Defesa do Consumidor, o MCI é sobretudo uma lei principiológica, porque estabelece princípios e vetores que informarão doravante a disciplina da internet em território nacional, quais sejam (art. 3º): garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento; proteção da privacidade; proteção dos dados pessoais; preservação e garantia da neutralidade de rede; preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede; responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; preservação da natureza participativa da rede; e liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet – os quais, em construção semelhante ao disposto no art. 5º, § 2º da CRFB,

⁴⁰ Em 11/09/2013, a Presidente da República, no rumo das denúncias de que seu gabinete fora alvo de espionagem eletrônica pelo Governo dos EUA, publicou no DOU mensagem de urgência para aprovação do projeto, no que não foi atendida; acarretando, entretanto, o trancamento da pauta.

“não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 3º, parágrafo único, MCI).

Todavia, diversamente dos microssistemas codificados, o MCI não pretendeu tratar, abundantemente, de regras específicas relativas ao comércio eletrônico, aos crimes de informática ou aos aspectos tributários que tocam as relações virtuais, legando sua regulamentação às respectivas legislações específicas. Não deixa, porém, de se tratar de lei multitemática, porquanto, além dos regulamentos gerais sobre conexão, acesso e guarda de informações do usuário, ostenta ligeiras disposições de ordem processual civil e penal relativas à requisição judicial de registros virtuais (art. 22/23).

Focou o legislador, doutro modo, em alinhar regras próprias aos agentes que integram a relação jurídica virtual, notadamente os provedores de acesso e conteúdo, garantindo direitos específicos aos usuários da internet que contra aqueles podem ser opostos.

Com efeito, um dos grandes méritos do MCI, dentre outros, é justamente a positivação de direitos e garantias específicas ao acesso à internet, as quais, até então, decorriam analogicamente de direitos expressos em legislações diversas que não tratavam detidamente da matéria, como é o caso do já citado Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, o art. 7º do Marco eleva, expressamente, o acesso à internet como pressuposto indispensável ao exercício da cidadania – o que encontra respaldo no tratamento internacional do tema, como se demonstrou adiante –, assegurando aos usuários da rede direitos que afiancem seu pleno ingresso em ambiente virtual. Senão vejamos:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;
III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;
IV - **não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;**

V - **manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;**

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

XII - **acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e**

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet (g.n.).

Oportuno observar que, por intenção expressa do legislador, o MCI integra-se voluntaria e confessadamente ao sistema legal de tutela dos interesses difusos e coletivos, conjuntamente ao CDC, à Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), ao Estatuto da Criança do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e ao Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) ⁴¹ – é o que se extrai do art. 30 do diploma, a dispor que “a defesa dos interesses e dos direitos estabelecidos nesta Lei poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma da lei”. Também nesse sentido se pauta o supracitado art. 7º, XIII, o qual, ao garantir a “aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet”, abre-se ao microsistema de tutela coletiva.

⁴¹ Acerca, especificamente, da inclusão das pessoas com deficiência, veja-se que o Marco Civil garante ao usuário informações claras sobre seus dados pessoais com o fim de garantir “acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei” (art. 7º, XII), remetendo-se, pelo que se vê, ao citado Estatuto, então *de lege ferenda*. No mesmo sentido o art. 25, II, citado no corpo do texto.

Ainda, ao impor diretrizes ao Poder Público, em todas as esferas federativas, para o desenvolvimento na internet no Brasil, extrai-se que o MCI também elege como objetivo teleológico a *universalização do acesso à rede*, encarada como ferramenta social que deve objetivar a promoção da inclusão digital, a atenuação das desigualdades e o fomento à produção e circulação de conteúdo nacional (art. 27).

A propósito, regulamenta por um novo prisma o dever geral de promoção da educação prevista no art. 205 da Carta Magna, ao rezar que “o cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico” (art. 26).

Motiva também a implantação de mecanismos de *e-governance* (governo eletrônico), impondo à Administração a dever de desenvolver aplicações de internet que, dentre outros, facilitem a prestação dos serviços públicos, ofereça acessibilidade a todos os interessados, independentemente de suas capacidades físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais, mentais, culturais e sociais, e fortaleçam a participação social nas políticas públicas (art. 25, MCI).

3.2.1 Neutralidade de rede: princípio e garantia do usuário

Neutralidade de rede é o princípio pelo qual os usuários de serviços de internet devem ser livres para acessar qualquer conteúdo ou serviço lá contido, independentemente da fonte, sem que provedores de acesso e de backbone sejam capazes de discriminar serviços online ou sites em específico. Em cruas palavras, é o princípio a garantir que provedores de serviços de internet não exerçam controle sobre o que o usuário faz ou acessa na internet, se afigurando, pois, uma máxima que norteia a navegação na rede desde os seus primórdios – isto é, a de que toda informação deve ser transmitida e tratada igualmente.

Como explica Tarcísio Teixeira (2015, p. 91):

A neutralidade (ou princípio da neutralidade) no uso da internet consiste no fato de que o acesso à internet pelo usuário pode dar-se de forma livre para quaisquer fins: realizar pesquisas ou compras, estabelecer comunicações, como por e-mail, utilizar redes sociais ou compras em geral, visualizar e postar textos, fotos e vídeos, etc.. Dessa forma, o tratamento deve ser neutro, não podendo haver diferenciação em razão do uso realizado pelo internauta, sendo possível apenas serem oferecidos pacotes com valores diversos para fins da velocidade na navegação. Assim, o usuário pode usar a conexão à internet para o fim que desejar (e-mails, blogs, etc.) sem precisar pagar valores distintos para tanto e sem estar sujeito à fiscalização do provedor.

Historicamente, a origem do princípio remonta aos primórdios da telefonia convencional, quando as ligações telefônicas dependiam da conexão intermediada por uma central de telefonistas, em que o operador recebia uma requisição de ligação de um ponto de origem e a direcionava, num sistema semi-manual, ao seu destinatário. De todo modo, conta-se, em quase tom de anedota, que havia certa telefonista responsável pela operação das linhas numa região dos Estados Unidos que “[...] ao receber o pedido de um usuário interessado em estabelecer contato telefônico com uma determinada funerária, redirecionava arditosamente a ligação para a funerária concorrente, pertencente a um parente ⁴²” (2014, p. 07).

Deste episódio representativo adveio a noção de que a operadora de uma linha deveria ser uma pessoa neutral imparcial, a se abster de direcionar as ligações de acordo com seu próprio interesse, conceito este que, com a evolução das formas de comunicação, evoluiu para se aplicar à rede mundial de computadores. O termo em si, como hoje se popularizou, foi cunhado em 2003 por Tim Wu, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Columbia, por ocasião de seu artigo “*Network Neutrality, Broadband Discrimination*”, em revista própria daquela instituição ⁴³.

De todo modo, a neutralidade de rede é um dos motores da dinamicidade da rede; tanto que dela desprovida, a navegação se tornaria amarrada aos interesses das grandes corporações que dominam os serviços de conectividade

⁴² Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-148-aspectos-principais-da-lei-no-12.965-de-2014-o-marco-civil-da-internet-subsidios-a-comunidade-juridica>. Acesso em: 11/02/2017.

⁴³ O artigo está disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863.

– um leviatã domado em nada semelhante à ideia incipiente que os pais da comutação de pacotes tinham do “ciberespaço” que deram vida ⁴⁴.

É o que explica Susan Crawford (2011, p. 255/256), referência da matéria na comunidade forense norte-americana, que usa interessante metáfora para demonstrar a nocividade da supressão da neutralidade no acesso e navegação à rede:

Net neutrality—that awful term that makes policymakers grab their foreheads in despair and exhaustion—is a tiny portion of the problem. (Net neutrality, again, is the idea that providers of “Internet access” should not unreasonably discriminate against Internet transmissions.) When there is only one pipe to most American homes, and when the pipe provider is essentially unconstrained in its power to label, price, slice, dice, monetize, and prioritize services, Internet access across that pipe becomes little more than an amusing alleyway in a giant well-planned theme park—something like the Washington Mews in Greenwich Village: a narrow, unusual, old-fashioned, and eccentric byway built for another time and another purpose. Everything will “look” like Internet access from the perspective of the end-user, but most of it will be burdened with zero regulatory obligations ⁴⁵.

Emprestando a figura de linguagem adotada pela ilustre professora, sem a garantia de neutralidade a internet se converte em um parque temático cujas atrações são determinadas pelos interesses das grandes companhias de telecomunicação (como as norte-americanas *Verizon* e *Comcast*, e nossa nacional *Telefônica Vivo*), no qual o usuário seria expropriado de sua liberdade para acessar a universalidade de informações que lá se armazenam em prol de conteúdos eminentemente publicitários e destinados à monetização sem fim. Neste terrível cenário, a internet deixa de ser um átrio aberto, uma biblioteca de infinitos

⁴⁴ Em entrevista ao NY Times, Tim Berners-Lee, criador da linguagem HTML e do primeiro navegador na internet (já tratados no capítulo inaugural deste trabalho), ao evidenciar a importância da neutralidade de rede, declarou que a supressão deste princípio é a maior ameaça ao desenvolvimento de APPs desde o nascimento da internet (vide: <https://mobile.nytimes.com/blogs/bits/2014/10/08/tim-berners-lee-web-creator-defends-net-neutrality/>. Acesso em: 11/02/17).

⁴⁵ “A neutralidade da rede - esse termo medonho que faz com que os legisladores esfreguem suas testas em desespero e exaustão - é uma pequena porção do problema. (Neutralidade da rede, novamente, é a ideia de que os provedores de ‘acesso à Internet’ não devem discriminar injustificadamente transmissões da Internet.). Quando há apenas uma via de acesso para a maioria dos lares americanos, e quando o fornecedor desta via de acesso está livre no seu poder para rotular, precificar, fatiar, monetizar e priorizar serviços, o acesso à Internet em toda essa via torna-se pouco mais do que um beco divertido em um parque temático gigante bem planejado – algo como o Washington Mews em Greenwich Village: um atalho estreito, incomum, à moda antiga e excêntrico construído para um outro tempo e uma outra finalidade. Tudo vai ‘parecer’ com acesso à Internet do ponto de vista do usuário final, mas a maior parte dela ficará sobrecarregada com obrigações completamente sem regulação” (tradução livre).

corredores, para se tornar um corredor estreito de outdoors e bancas de amostra grátis.

A descrição não é apocalíptica. Longe disso: considere que um usuário prefira por utilizar um serviço de streaming como o “Netflix”, onde pode determinar quais séries ou filmes prefira ver de acordo com seus gostos, sem se limitar à grade de programação de um canal de canal de TV convencional. Num ambiente de conectividade com neutralidade de rede, este usuário pode livremente de se utilizar do serviço, assim como de qualquer outro serviço *over-the-top*, de acordo com a velocidade que seu pacote de conexão contratado permitir, mas o acesso será livre de todo modo. Sem a garantia de neutralidade, porém, o provedor de acesso que serve tal usuário poderia dificultar sua conexão aos servidores da “Netflix”, independentemente da velocidade que tenha contratado, condicionando a plena liberação de acesso a um valor adicional.

Sem a neutralidade de rede, os provedores de backbone e de acesso privilegiarão com boa conexão apenas os serviços e sites que, literalmente, lhe interessem e de cujo acesso extraíam dividendos; discriminando, doutro modo, os serviços de internet prestados ou de algum modo relacionados à alguma companhia concorrente.

Em um cenário pior, sem a garantia de neutralidade os provedores poderiam, simplesmente, decidir por prejudicar a conectividade de uma dada organização civil, objetivando embaraçar, como represália, o seu funcionamento – tal qual a “Verizon Wireless” procedeu, em 2007, contra a “NARAL Pro-Choice America”, uma organização norte-americana que defende a descriminalização do aborto ⁴⁶.

É o que explicam Hal Abelson, Ken Ledeen e Harry Lewis (2008, p. 314/315):

Providers of Internet backbone services would benefit from providing different pricing and diferente service guarantees to preferred customers. After all, they might argue, even the Postal Service recognizes the advantages of providing better service to customers who are willing to pay more. But what if a movie studio buys an ISP, and then gets creative with its pricing and service structure? You might discover that your movie

⁴⁶ Em 2007, a Verizon Wireless, uma das maiores provedoras de backbone dos EUA, não permitiu que a Naral formasse um grupo de mensagens de texto para enviar alertas aos seus membros, sob o argumento de que tais mensagens poderiam conter conteúdo “controverso e desagradável”. Vide: <https://www.wsj.com/articles/SB119086739632741163>. Acesso em: 11/02/17.

downloads are far cheaper to watch, or arrive at your home looking and sounding much better, if they happen to be the product of the parent content company Or what if a service provider decides it just doesn't like a particular customer, as Verizon decided about Naral? Or what if an ISP finds that its customer is taking advantage of its service deal in ways that the provider did not anticipate? Are there any protections for the customer? ⁴⁷

A par dessas considerações, tem-se que a neutralidade de rede é o princípio mais consentâneo com o espírito da internet e que permite o pleno funcionamento de sua arquitetura original, pautada no modelo “end-to-end” (E2E); tanto assim que foi expressamente contemplada no texto do Marco Civil da Internet.

3.2.1.1 A Neutralidade de Rede no modelo brasileiro

O Marco Civil da Internet expressamente prestigia a neutralidade de rede como princípio informador da disciplina do uso da internet no Brasil (art. 3º), impondo que “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”.

Sendo a neutralidade a regra, o MCI só admite eventual degradação ou discriminação do tráfego da rede em hipóteses muito específicas e eventuais, só podendo decorrer de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações e priorização de serviços de emergência (art. 9º, § 1º).

No entanto, mesmo nas hipóteses autorizadas de degradação de tráfego, o provedor de serviços de internet responsável pela conexão deve abster-se de causar dano aos usuários (cf. art. 927 do Código Civil ⁴⁸), agir com

⁴⁷ “Os provedores de serviços backbone se beneficiariam com a prestação de preços diferentes e garantias de serviço diferentes para os clientes preferenciais. Afinal, eles podem argumentar, mesmo o Serviço Postal reconhece as vantagens de prestar um melhor serviço aos clientes que estão dispostos a pagar mais. Mas e se um estúdio de cinema compra um ISP (internet service provider – provedor de serviços de internet), e então fica criativo com sua estrutura de preços e serviços? Você pode descobrir que seus downloads de filmes são muito mais baratos de assistir, ou chegar à sua casa olhando e soando muito melhor, se acontecer de ser o produto da empresa de conteúdo parente Ou o que se um prestador de serviços decide que simplesmente não gosta de um Particular cliente, como Verizon decidiu sobre Naral? Ou o que acontece se um ISP descobrir que seu cliente está aproveitando seu negócio de serviços de maneiras que o provedor não antecipou? Existe alguma proteção para o cliente?” (tradução livre).

⁴⁸ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

proporcionalidade, transparência e isonomia, 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, oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais (§ 2º).

De todo modo, por determinação da lei, a discriminação ou degradação do tráfego pelos provedores só seria eficazmente admitida depois de regulamentada, em ato normativo próprio, pelo Presidente da República, no exercício de sua competência regulamentar (art. 84, IV, CRFB⁴⁹), ouvidos o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI) e a ANATEL (§ 2º).

A regulamentação adveio então sob a forma do Decreto nº 8.771/2016, o qual “trata das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indica procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, aponta medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelece parâmetros para fiscalização e apuração de infrações contidas na Lei nº 12.965”.

O Decreto, ressaltando a importância do princípio da neutralidade de rede, destaca, como já esclarecido em item anterior, que “a exigência de tratamento isonômico de que trata o art. 9º da Lei nº 12.965, de 2014, deve garantir a preservação do caráter público e irrestrito do acesso à internet e os fundamentos, princípios e objetivos do uso da internet no País”.

Acerca especificamente da degradação de tráfego, em observação ao art. 9º, § 1º do MCI, o regulamento especifica que só se admitem como “requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações” que justifiquem a degradação de tráfego aqueles decorrentes de tratamento de questões de segurança de redes, tais como “restrição ao envio de mensagens em massa (spam) e controle de ataques de negação de serviço”, bem como “tratamento de situações excepcionais de congestionamento de redes, tais como rotas alternativas

⁴⁹ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

em casos de interrupções da rota principal e em situações de emergência” (art. 5º, § 1º) – os quais ficarão sob fiscalização da Anatel (art. 5º, § 2º).

De sua parte, a degradação ou a discriminação decorrente da priorização de serviços de emergência somente poderá decorrer de “comunicações destinadas aos prestadores dos serviços de emergência, ou comunicação entre eles, conforme previsto na regulamentação da Agência Nacional de Telecomunicações” ou de “comunicações necessárias para informar a população em situações de risco de desastre, de emergência ou de estado de calamidade pública” (art. 8º), as quais, em ambos os casos, serão de transmissão gratuita (parágrafo único).

De todo modo, ao assegurar a neutralidade de rede como princípio informador de acesso à internet no Brasil, o MCI visa preservar o caráter inclusivo da rede enquanto meio facilitador de comunicação, de difusão de conhecimento e de acesso à informação. Não por menos apregoa o art. 10 do Decreto nº 8.771/16 que “as ofertas comerciais e os modelos de cobrança de acesso à internet devem preservar uma internet única, de natureza aberta, plural e diversa, compreendida como um meio para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória”.

3.2.1.2 A Neutralidade de Rede no modelo europeu

Em novembro de 2015, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia deram um primeiro passo no processo de afirmação da neutralidade de rede com a edição do Regulamento (EU) 2015/2120 que “estabelece regras comuns para garantir o tratamento equitativo e não discriminatório do tráfego na prestação de serviços de acesso à Internet, e os direitos conexos dos utilizadores finais” (art. 1º).

No que intitula de “garantia de acesso à internet aberta”, o Regulamento impõe aos provedores de acesso à internet obrigação de tratarem “equitativamente todo o tráfego, ao prestarem serviços de acesso à Internet, sem

discriminações, restrições ou interferências, e independentemente do emissor e do recetor, do conteúdo acedido ou distribuído, das aplicações ou serviços utilizados ou prestados, ou do equipamento terminal utilizado” (art. 3º, 3) – noção bastante próxima a de neutralidade, malgrado o diploma não empregue tal terminologia uma única vez.

Em fórmula bastante próxima à prevista ao que prevê o art. 9º, § 1º do MCI, o regulamento admite a degradação de tráfego em hipóteses restritas, e apenas pelo tempo que se afigurar necessário, estipuladas a par de seu art. 3º, 3, “a”:

Os prestadores de serviços de acesso à Internet [...] não podem bloquear, abrandar, alterar, restringir, ou degradar conteúdos, aplicações ou serviços específicos, ou categorias específicas dos mesmos, nem estabelecer discriminações entre eles ou neles interferir, exceto na medida do necessário, e apenas durante o tempo necessário, para:

- a) Dar cumprimento aos atos legislativos da União ou à legislação nacional conforme com o direito da União a que o prestador de serviços de acesso à Internet está sujeito, ou às medidas conformes com o direito da União que dão execução a esses atos legislativos da União ou a essa legislação nacional, incluindo decisões dos tribunais ou de autoridades públicas investidas de poderes relevantes;
- b) Preservar a integridade e a segurança da rede, dos serviços prestados através dela e dos equipamentos terminais dos utilizadores finais;
- c) Prevenir congestionamentos iminentes da rede e atenuar os efeitos de congestionamentos excepcionais ou temporários da rede, desde que categorias equivalentes de tráfego sejam tratadas equitativamente.

Também próximo ao que preveem os arts. 9º, § 2º do MCI e 7º do Decreto 8.771/2016, o regulamento europeu admite que os provedores apliquem “medidas razoáveis de gestão de tráfego”, as quais para assim serem reputadas, “devem ser transparentes, não discriminatórias e proporcionadas, e não podem basear-se em questões de ordem comercial, mas sim na qualidade técnica objetivamente diferente dos requisitos de serviço de categorias específicas de tráfego” (art. 3º, 3).

A despeito da iniciativa, o texto do regulamento europeu se afigura excessivamente vago, o que pode prejudicar a implantação prática das medidas ali contidas. Isso se agrava pelo fato de que a União Europeia não conta com um ente regulatório (nos moldes da Anatel ou da *Federal Communications Commission*) que

exerça autoridade, num plano mais alto, sobre toda a comunidade europeia de nações.

Na prática, a aplicação concreta do regulamento dependerá da atuação do Body of European Regulators of Electronic Communications (BEREC)⁵⁰, que, funcionando mais ou menos como um intermediador entre o Parlamento Europeu e os órgãos reguladores locais dos países da EU, elaborará diretrizes específicas que permitirão à estes entes, no plano palpável, avaliar se os provedores de serviços de internet estão ou não tratando o tráfego de forma equitativa.

Esta intermediação vertical tem grandes chances de tornar o regulamento “lei morta”, dado o vácuo de autoridade existente entre o BEREC e os reguladores locais. É o que observa, com fundado ceticismo, Susan Crawford⁵¹:

There is no equivalent to the FCC in Europe. There's no 'pan-European' regulator. BEREC is the only institution between the Parliament level and the individual national regulators, and its job is to guide those individual actors rather than instruct them. Result: slippage and gameplaying, influenced by the powers that need to be restrained.

BEREC has tried its best, attempting to deal in good faith with the reality that network providers are selling other stuff in addition to internet access. But its draft guidelines are also pretty vague. Now that it has finished receiving public comments, BEREC will finalize its work and send the resulting guidelines on to the national regulators—who will, in turn, have their own (predictably vague) interpretations of what BEREC told them to consider.

The whole enterprise provides a ton of opportunity for mischief by European network operators. The loopholes have loopholes. The operators will be just fine! The guidelines are unlikely to meaningfully constrain their activities⁵².

A despeito disso, mesmo a presença de um órgão regulador devidamente estabelecido não é garantia de proteção contra a discriminação de

⁵⁰ “Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas” (ORECE), em Português luso.

⁵¹ “The Limits of Net Neutrality”. Disponível em: <https://backchannel.com/net-neutrality-is-only-a-start-f2f539dd6e5a#.vt3d1bk1>. Acesso em: 12/02/17.

⁵² “Não existe um equivalente ao FCC na Europa. Não existe um regulador "pan-europeu". O BEREC é a única instituição entre o nível do Parlamento e os diferentes reguladores nacionais, e o seu trabalho consiste em orientar os atores individuais em vez de os instruir. Resultado: escorregamento e jogabilidade, influenciados pelos poderes que precisam ser restringidos. O BEREC tem tentado o seu melhor, tentando lidar de boa-fé com a realidade de que os fornecedores de rede estão vendendo outras coisas, além de acesso à Internet. Mas seu projeto de diretrizes também é bastante vago. Agora que terminou de receber comentários públicos, o BEREC finalizará o seu trabalho e enviará as orientações resultantes aos reguladores nacionais - que, por sua vez, terão suas próprias interpretações (previsivelmente vagas) do que o BEREC lhes disse para considerar. Toda a empresa fornece uma tonelada de oportunidades para o prejuízo pelos operadores de rede europeus. As lacunas têm lacunas. Os operadores vão ficar bem! É improvável que as orientações limitem significativamente as suas atividades”.

tráfego, como sucede, nos EUA, com a própria FCC e sua constante “queda de braço” com os provedores de acesso à internet que lá operam.

3.2.1.3 A Neutralidade de Rede no modelo norte-americano

Como dito, a neutralidade de rede é a razão de uma intensa disputa de forças, que remonta à década de 1990, entre a *Federal Communications Commission* (FCC) – agência independente ⁵³ do governo norte-americano responsável pela regulação das comunicações interestaduais via rádio, televisão, fio, satélite e cabo – e os grandes provedores de acesso à internet, capitaneados pela Comcast, Verizon e AT&T.

O mercado norte-americano de acesso à internet se encontra de há muito dominado por poucas companhias multibilionárias que, por intenso lobby no Congresso e vultosas doações de campanhas para ambos os partidos do espectro político dos EUA, barraram inúmeras proposições de lei que pretendiam impor a adoção da neutralidade de rede como princípio de tráfego.

São notórias as práticas de discriminação, degradação e mesmo bloqueio, de tráfego, pelas grandes corporações norte-americanas por interesses comerciais, visando prejudicar o acesso por seus usuários a determinados serviços over-the-top com os quais é concorrente (não se descure que muitos dos provedores de acesso são também provedores de serviço e de conteúdo) – à guisa de exemplo, em conhecido episódio dos idos de 2005, a FCC multou a *Madison River Communications*, um provedor de acesso situado na Carolina do Norte, por prejudicar a conexão e bloquear o acesso de seus usuários a um determinado

⁵³ No sistema norte-americano, “excluídos os três Poderes do Estado, todas as demais autoridades públicas constituem agências”, de sorte que, nesses termos, “falar em Administração Pública significa falar nas agências (*agencies*), excluída do conceito a própria Presidência da República”, ao contrário do que ocorre no Brasil, onde o Chefe do Poder Executivo a integra em seu ápice, dirigindo seu funcionamento (DI PIETRO, 2010, p. 463). No caso, a qualificação como agência independente decorre do regime jurídico dos ocupantes dos cargos de direção, que não podem ser livremente destituídos pelo Poder Executivo. Exercem normal função regulatória. Exemplos: *Civil Aeronautics Board* (CAB), *Federal Communications Commission* (FCC), *Federal Maritime Commission* (FMC), *Federal Trade Commission* (FTC), dentre outras.

serviço de telefonia VoIP que competia com serviços oferecidos pelo próprio provedor ⁵⁴.

Ao cabo de denúncias de associações de defesa do consumidor (como a “Public Knowledge”) e aproveitando o fôlego imprimido com a eleição de Barack Obama para seu primeiro mandato presidencial – o qual, enquanto candidato e depois como incumbente, defendeu a adoção da neutralidade de rede –, em 2010 a FCC editou a hoje célebre “Open Internet Order”, um conjunto de regulamentos que pretendeu “preservar a Internet como uma plataforma aberta que possibilite a escolha do consumidor, a liberdade de expressão, o controle pelo usuário final, a concorrência e a liberdade de inovar sem permissão” ⁵⁵; assentando, assim, as primeiras bases para estabelecimento da neutralidade de rede na gestão do tráfego nos EUA.

Referido ato normativo se pautou por 03 regras básicas baseadas em “normas da internet amplamente aceitas”, assim como em decisões anteriores da própria agência ⁵⁶:

i. Transparency. Fixed and mobile broadband providers must disclose the network management practices, performance characteristics, and terms and conditions of their broadband services;

ii. No blocking. Fixed broadband providers may not block lawful content, applications, services, or non-harmful devices; mobile broadband providers may not block lawful websites, or block applications that compete with their voice or video telephony services; and

⁵⁴ Hal Abelson, Ken Ledeen e Harry Lewis (2008, p. 315) descrevem outro episódio bastante alarmante de prática de discriminação de tráfego adotada em 2008 pela AT&T: “In early 2008, AT&T announced that it was considering a more direct violation of net neutrality: examining packets flowing through its networks to filter out illegal movie and music downloads. It was as though the electric utility announced it might cut off the power to your DVD player if it sensed that you were playing a bootleg movie. A content provider suggested that AT&T intended to make its content business more profitable by using its carrier service to enforce copyright restrictions. In other words, the idea was perhaps that people would be more likely to buy movies from AT&T the content company if AT&T the carrier refused to deliver illegally obtained movies. Of course, any technology designed to detect bits illegally flowing into private residences could be adapted, by either governments or the carriers, for many other purposes. Once the carriers inspect the bits you are receiving into your home, these private businesses could use that power in other ways: to conduct surveillance, enforce laws, and impose their morality on their customers. Just imagine Federal Express opening your mail in transit and deciding for itself which letters and parcels you should receive!”.

⁵⁵Original em Inglês: “The purpose of this Part is to preserve the Internet as an open platform enabling consumer choice, freedom of expression, end-user control, competition, and the freedom to innovate without permission”. Disponível em: https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1_Rcd.pdf. Acesso em 12/02/17.

⁵⁶ FCC 10-201 - REPORT AND ORDER. Disponível em: https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1_Rcd.pdf. Acesso em 12/02/17.

iii. No unreasonable discrimination. Fixed broadband providers may not unreasonably discriminate in transmitting lawful network traffic.

Como não poderia deixar de ser, as provedoras reagiram à ordem, e quase imediatamente à sua edição, a Verizon questionou-a perante a Corte de Apelações do Distrito de Columbia ⁵⁷, sob alegação de ilegitimidade da FCC para implementar o ato.

Em 2014, ao julgar o caso, autuado como “Verizon Communications Inc. v. Federal Communications Commission”, a Corte de Apelações derrubou as normas do “Open Internet Order”, sob fundamento um tanto quanto contraditório: de um lado, a Corte reconheceu a autoridade da FCC sobre os serviços prestados por provedores de banda larga por força do contido no Título 47, Capítulo 12, § 1302 do *Communications Act* ⁵⁸, bem como assentiu ao entendimento da agência de que abertura da internet é instrumental à proteção dos usuários e ao incentivo à inovação; do outro, entendeu que, como a agência classifica todo serviço de banda larga como “serviço de informação” sob o Título I do *Communications Act* de 1934, ao invés de um “serviço de telecomunicações” sob o Título II, careceria de competência para impor regras relativas ao acesso à internet em geral.

Confira-se o raciocínio empregado pelo tribunal, com a didática que apetece a jurisdição norte-americana (2014, p. 45/46):

We think it obvious that the Commission would violate the Communications Act were it to regulate broadband providers as common carriers. Given the Commission’s still-binding decision to classify broadband providers not as providers of “telecommunications services” but instead as providers of “information services,” see supra at 9–10, such treatment would run afoul of section 153(51): “A telecommunications carrier shall be treated as a common carrier under this [Act] only to the extent that it is engaged in providing telecommunications services.” 47 U.S.C. § 153(51); see also Wireless Broadband Order, 22 F.C.C.R. at 5919. 50 (concluding that a “service provider is to be treated as a common carrier for the

⁵⁷ “United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit”, informalmente chamada “D.C. Circuit”.

⁵⁸ “The Commission and each State commission with regulatory jurisdiction over telecommunications services shall encourage the deployment on a reasonable and timely basis of advanced telecommunications capability to all Americans (including, in particular, elementary and secondary schools and classrooms) by utilizing, in a manner consistent with the public interest, convenience, and necessity, price cap regulation, regulatory forbearance, measures that promote competition in the local telecommunications market, or other regulating methods that remove barriers to infrastructure investment”.

telecommunications services it provides, but it cannot be treated as a common carrier with respect to other, non-telecommunications services it may offer, including information services”). Likewise, because the Commission has classified mobile broadband service as a “private” mobile service, and not a “commercial” mobile service, see Wireless Broadband Order, 22 F.C.C.R. at 5921. 56, treatment of mobile broadband providers as common carriers would violate section 332: “A person engaged in the provision of a service that is a private mobile service shall not, insofar as such person is so engaged, be treated as a common carrier for any purpose under this [Act].” 47 U.S.C. § 332(c)(2); see Cellco, 700 F.3d at 538 (“[M]obile-data providers are statutorily immune, perhaps twice over, from treatment as common carriers.”).

Atendo-se estritamente à linha de julgamento adotada pela Corte de Apelações, o presidente da FCC, Tom Wheeler, propôs que a agência utilizasse a autoridade que lhe dá o Título II do *Communications Act* para implementar e reforçar as proteções à neutralidade de rede. Assim, em sessão de 26 de fevereiro de 2015, a agência, por três votos a dois, aprovou a Ordem FC 15-24, que obriga às provedoras de acesso à internet, móvel e fixa, a observarem o princípio da neutralidade de rede (ou *open internet*, como prefere a FCC) na gestão de tráfego nos EUA, reclassificando, para tanto, a internet banda larga como “serviço de telecomunicações”.

O regulamento, publicado em 12 de março de 2015, reconhece como ilícitas e veda três práticas específicas na prestação do serviço de acesso à internet banda larga, fixa e móvel: *Blocking* (bloqueio), *Throttling* (degradação) e *Paid Prioritization* (priorização paga).

Assim dispõe a Ordem FC 15-24, com uma breve explicação da conduta vedada, seguida dos termos da vedação dispositiva em si ⁵⁹:

*15. **No Blocking.** Consumers who subscribe to a retail broadband Internet access service get what they have paid for—access to all (lawful) destinations on the Internet. [...]*

16 Thus, this Order adopts a straightforward ban: A person engaged in the provision of broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not block lawful content, applications, services, or nonharmful devices, subject to reasonable network management.

*16. **No Throttling.** The 2010 open Internet rule against blocking contained an ancillary prohibition against the degradation of lawful content, applications, services, and devices, on the ground that such degradation would be tantamount to blocking. This Order creates a separate rule to*

⁵⁹ Disponível em: http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2015/db0312/FCC-15-24A1.pdf. Acesso em: 12/02/17.

guard against degradation targeted at specific uses of a customer's broadband connection: A person engaged in the provision of broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not impair or degrade lawful Internet traffic on the basis of Internet content, application, or service, or use of a non-harmful device, subject to reasonable network management.

[...]

18. No Paid Prioritization. *Paid prioritization occurs when a broadband provider accepts payment (monetary or otherwise) to manage its network in a way that benefits particular content, applications, services, or devices. To protect against "fast lanes," this Order adopts a rule that establishes that: A person engaged in the provision of broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not engage in paid prioritization*

⁶⁰.

Como era de se esperar, as provedoras de acesso reagiram em massa e com estardalhaço à decisão da FCC e questionaram o regulamento, novamente, perante a Corte de Apelações de Columbia, lideradas pela United States Telecom Association, associação que representa as empresas do setor – o caso “United States Telecom Association, et al. v. Federal Communications Commission” representou a terceira oportunidade em 07 anos que o tribunal apreciava uma reação ao esforço da FCC em garantir a neutralidade de rede.

Em um julgamento histórico, a Corte, em 14 de junho de 2016, decidiu em deferência à Ordem expedida pela agência, validando os regulamentos destinados à observação da neutralidade de rede/*open internet* e reconhecendo autoridade da FCC para implantá-las e fazê-las cumprir.

⁶⁰ “15. No blocking. Os consumidores que aderem a um serviço de acesso à Internet em banda larga de varejo devem receber o que pagaram, isto é, o acesso a todos os destinos (legais) na Internet. [...] Assim, esta Ordem adota uma proibição direta: Uma pessoa envolvida na prestação de serviço de acesso à Internet em banda larga, na medida em que essa pessoa esteja envolvida, não bloqueará conteúdos legais, aplicativos, serviços ou dispositivos não prejudiciais, sujeitos a uma gestão razoável da rede.

16. No Throttling. O regulamento da “Open Internet” de 2010 contra a prática de blocking continha uma proibição acessória contra a degradação de conteúdos legais, aplicações, serviços e dispositivos, sob o fundamento de que tal degradação seria equivalente ao bloqueio. Esta Ordem cria uma regra separada para prevenir a degradação, voltada para usos específicos da conexão de banda larga de um cliente: Uma pessoa envolvida na prestação de serviço de acesso à Internet de banda larga, na medida em que essa pessoa esteja envolvida, não deve prejudicar ou degradar o tráfego legal na Internet com base no conteúdo, aplicativo ou serviço utilizado, ou com base no uso de um dispositivo não prejudicial, sujeito a um gerenciamento de rede razoável.

[...]

18. No Paid Prioritization. A priorização paga ocorre quando um provedor de banda larga aceita pagamento (monetário ou de outra forma) para gerenciar sua rede de uma forma que beneficia determinados conteúdos, aplicativos, serviços ou dispositivos. Para se proteger contra “vias rápidas”, esta Ordem adota regra que estabelece que: Uma pessoa envolvida na prestação de serviços de acesso à Internet de banda larga, na medida em que essa pessoa esteja envolvida, não se engajará em priorização paga” (tradução livre).

4 A INVALIDADE DO SISTEMA DE FRANQUIA DE DADOS PARA A BANDA LARGA FIXA EM FACE DO CARÁTER ESPECIAL DO SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET

Como visto no capítulo anterior, o judiciário norte-americano, ao menos no que toca à Corte de Apelações do Distrito de Columbia, decidiu em deferência aos regulamentos da FCC que impõem a *neutralidade de rede* às prestadoras do serviço banda larga; sendo esta a mais recente etapa de uma longa luta pela não discriminação das conexões à internet de alta velocidade pela agência e por incansáveis associações de defesa do consumidor.

Esta decisão, evidentemente histórica, abre caminho para que os todopoderosos provedores de acesso à internet sejam fiscalizados doravante com maior rigor – tendência visualizada não apenas nos EUA, mas representativo de um esforço global contrário à monopolização do tráfego de rede, como se viu também no âmbito da União Europeia.

Entre nós, porém, o cenário não parece tão promissor.

Com efeito, seguindo caminho oposto a esta tendência internacional, a Agência Nacional de Telecomunicações tem adotado comportamento condescendente com as empresas do setor: tal qual amplamente divulgado pela mídia, testemunhou-se no início deste ano velada tentativa da agência em autorizar as operadoras de internet a implantarem indiscriminadamente para a banda larga fixa a sistemática de limite de franquia, como já é feito com a telefonia móvel.

4.1 O problema: a adoção do sistema de franquia de dados para a conexão de banda larga fixa/SCM

Antes de avaliar o mérito da discussão deste capítulo, convém uma ligeira análise acerca dos aspectos operacionais envolvidos, seguindo a toada já fixada neste estudo.

4.1.1 Caracterização da conexão à internet em banda larga/Serviço de Conexão Multimídia

No Brasil, a disciplina técnica dos serviços de conexão de internet em banda larga/alta velocidade confunde-se com *Serviço de Comunicação Multimídia* (SCM), que, desde a Resolução nº 614/2013 da Anatel, dispensa outorga da agência e pode viabilizar conexão direta, sem intermediação de um provedor de acesso. A resolução, aliás, foi editada no rumo de um processo de desregulamentação do serviço que a agência há alguns anos pretende implementar – movimento muito parecido ao empreendido pela FCC no âmbito dos EUA, posteriormente descontinuado no governo de Barack Obama.

De todo modo, diversamente de outros países, o Brasil não tem critério fixo quanto à velocidade mínima de troca de dados pela internet que caracteriza uma conexão em banda larga ou de alta velocidade.

Na hipótese, o critério mais comumente adotado é o fixado pela “Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômicos” (OCDE) ⁶¹, a definir como sendo de banda larga à conexão permanente à internet com velocidade de download igual ou superior a 256 Kbps ^{62 63}.

Além deste, outros critérios correntes de definição são: (I) o adotado pela “União Internacional de Telecomunicações” (UIT), que define a conexão de alta

⁶¹No original “Organisation for Economic Cooperation and Development”. Organização intergovernamental fundada em 1960 com o objetivo de estimular o progresso econômico e o comércio mundial. Conta com 35 países membros, dos quais não se inclui o Brasil.

⁶² Sigla representativa de “quilobit por segundo”, sendo esta uma unidade de transmissão de dados.

⁶³ OECD Broadband statistics. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Disponível em: <http://migre.me/3Lrsz>.

velocidade como aquela com capacidade de transmissão superior a 256 kbps, tanto para download quanto para upload; e (II) mais recentemente, o idealizado pela FCC, que qualifica como “banda larga básica” (“basic broadband service”) a conexão de internet com velocidades mínimas de 04 Mbps⁶⁴ para download e de 01 Mbps para upload⁶⁵ – o que evidencia a notável superioridade da infraestrutura norte-americana em termos de velocidade de tráfego, e, aliás, desarma comparações profundas entre o sistema nacional e o daquele país em termos de qualidade de acesso.

4.1.2 O sistema de franquia de dados

Pelo sistema de franquia de dados, ao usuário é estabelecido um limite de tráfego de navegação que, acaso ultrapassado, gera a redução da velocidade de acesso, a suspensão do serviço ou mesmo a cobrança adicional conforme o tráfego excedente. Trata-se, em suma, de limitador de tráfego conforme os dados feitos circular, por download ou upload, pelos usuários.

Como dito, a Anatel – aparentemente esquecida de sua tarefa fiscalizadora – tem apoiado, agora de forma tímida em face de reações massivas dos usuários, um plano escuso das provedoras de acesso à internet em operação no Brasil que visa a adoção do sistema de franquia de dados para internet fixa, como já acontece com a móvel.

O imbróglio todo se iniciou com uma desastrada declaração do então presidente da agência, João Rezende⁶⁶, em abril último no sentido de que o sistema de internet fixa no Brasil estaria esgotado além da capacidade, que “era da internet

⁶⁴ “Megabit por segundo”. 01 Mbps equivale a 1.000 kbps por segundo.

⁶⁵ Vide: <https://tecnoblog.net/32499/fcc-diz-que-menos-de-4-mbps-nao-e-banda-larga/>. Acesso em: 13/02/17.

⁶⁶ O dirigente, que ocupava o cargo desde 2011, renunciou ao cargo de presidente e de conselheiro da Agência em agosto último. O mandato de presidente, por força da LGT, é de 02 anos, mas Rezende foi sucessivamente reconduzido pelo governo da ocasião, dadas as boas relações com empresas do setor.

ilimitada havia chegado ao fim” e que, por tais razões, a adoção do modelo de franquia, com limite de acesso, “em algum momento aconteceria”⁶⁷.

A tal declaração sucedeu um autêntico pandemônio da comunidade virtual, que, em polvorosa com as declarações do presidente da Anatel, protestaram contra o projeto de limitação de acesso – dentre algumas mostras da má vontade dos usuários inclui-se um manifesto publicado no site *avaaz.com* com mais de 75 mil assinaturas que pediam a saída imediata do dirigente, bem como ataques de hacktivistas, em especial do grupo “Anonymous”, que retiraram do ar os sites da Anatel e do Ministério das Comunicações, além de intensa cobertura da própria imprensa⁶⁸.

Tal a reação negativa que a Superintendência da Anatel, mudando completamente o discurso (ao menos por ora), expediu o Despacho nº 1/2016/SEI/SRC, determinando, cautelarmente e *sine die*, que as empresas do setor “se abstenham de adotar, no âmbito das ofertas comerciais do Serviço de Comunicação Multimídia - SCM (banda larga fixa), práticas de redução de velocidade, suspensão de serviço ou de cobrança de tráfego excedente após o esgotamento da franquia, ainda que tais ações encontrem previsão em contrato de adesão ou em plano de serviço” (art. 1º), sob pena de multa de 150 mil a 10 milhões de reais em caso de descumprimento (art. 2º)⁶⁹.

O ato, todavia, foi emitido em caráter provisório e a Anatel já deu mostras de que descarta, no futuro, qualquer regulamentação ou controle sobre os planos das operadoras, justificando, para isso, que o serviço está sob regime privado, o que lhes garante liberdade na estruturação de seu modelo de negócios.

A prática, todavia, se aprovada pela agência não pode se manter, seja porque lhe falta legitimidade, seja porque contrária à neutralidade de rede apregoada pelo marco civil da internet e à própria natureza pública e essencial do serviço de conexão à internet, assim reconhecida no plano interno e internacional.

⁶⁷ Vide: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/04/anatel-proibe-operadoras-de-reduzir-internet-fixa-apos-fim-da-franquia.html>. Acesso em: 13/02/17.

⁶⁸ Vide: <https://www.tecmundo.com.br/anatel/108286-joao-rezende-polemico-presidente-anatel-renuncia-cargo.htm>. Acesso em: 13/02/17.

⁶⁹ Vide: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=18/04/2016&jornal=1&pagina=80&totalArquivos=144>. Acesso em: 13/02/17.

4.2 A hipótese I: Da ilegitimidade social e técnica da Anatel

Ao contrário do cenário pintado, mesmo após o Despacho nº 1/2016/SEI/SRC, nem a Anatel, e tampouco o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações (MCTI) desistiram de sua missão, em conluio com as teles, de cancelar práticas de redução de velocidade e de cobrança de tráfego excedente após o esgotamento da franquia – um baita “presentão” para os provedores de acesso.

Basta ver que em outra entrevista desastrada, o Ministro Gilberto Kassab, da pasta, afirmou peremptoriamente que o serviço de internet banda larga “não será ilimitado” e, segundo estimativas do Ministério, estaria regulamentado o sistema de franquias para tais conexões fixas até o segundo semestre de 2017, o que criaria um pretense “ponto de equilíbrio” (em favor das empresas do setor, evidentemente) ⁷⁰.

As declarações do ministro caíram tão mal entre a comunidade de usuários que, ato contínuo à publicação entrevista, sites do MCTI saíram novamente do ar e dados pessoais do próprio dirigente acabaram liberados na internet por mão de grupos de *hacktivistas*.

Acuado pela pressão negativa, o ministro Kassab voltou atrás e o MCTI emitiu uma nota, quase apologética, no sentido de que “não haverá mudanças no modelo atual de planos de banda larga fixa” ⁷¹ e que a pasta “reforça o compromisso do governo federal em atuar para que o direito do consumidor seja respeitado e garantido”.

A sintonia fina nos gabinetes de Brasília indica, porém, o oposto: a intenção do governo é favorecer, com beneplácito, as “teles”, que pressionam pela autorização do sistema de franquia de dados e usar a Anatel como ponta de lança

⁷⁰ Disponível em: <http://www.poder360.com.br/governo/banda-larga-fixa-tera-limite-de-dados-ate-o-fim-de-2017-diz-ministro/>. Acesso em: 14/02/17.

⁷¹ Disponível em: <http://www.mcti.gov.br/pagina-noticia/nota-ministerio-garante-que-nao-mudara-o-modelo-atual-de-planos-de-banda-larga-fixa>. Acesso em: 14/02/17.

desta operação obscura. As declarações do ministro, portanto, foram, no adágio clássico, para “jogar para a plateia”; o perigo ainda ronda as conexões brasileiras ⁷².

Todavia, seja do ponto de vista da técnica, seja por moralidade administrativa pura e simples, a Anatel carece de legitimidade para levar adiante a discussão, como pretende fazê-lo em favor dos provedores. Senão vejamos.

4.2.1 Da ilegitimidade técnica da Anatel

Como já se expôs em capítulo anterior, a Anatel foi instituída pela Lei nº 9.472/1997, no rumo do chamado “Plano Nacional de Desestatização” (PND) ⁷³ e da “Emenda da Reforma Administrativa” (EC 19/1998), com a função de “órgão regulador das telecomunicações” (art. 8º), competindo-lhe “adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras” (art. 18).

Veja-se, portanto, que a esfera de competências da Anatel restringe-se à regulamentação dos serviços de telecomunicações, entendida esta (telecomunicação), *de lege lata*, como “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza” (art. 60, § 1º, Lei 9.472/97).

O Decreto nº 2.338/1997, que aprova o regulamento da Agência, ainda mais específico, pauta-se no mesmo sentido, deferindo ao ente competências a serem exercidas estritamente “para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras”, conforme se extrai de seus arts. 16 e 17 – que apesar de extensos, convém sejam reproduzidos na íntegra à guisa de demonstração do estreitamento de seu objeto de atuação:

⁷² Vide: <http://computerworld.com.br/mctic-e-anatel-estudam-liberacao-de-franquias-para-banda-larga-fixa>. Acesso em: 14/02/17.

⁷³ Deflagrado pela Lei nº 8.031/1990 e depois disciplinada pela Lei nº 9.491/1997, o PND representa o processo através do qual o Estado brasileiro, por meio concessões e privatizações, intentou por abandonar o gigantismo do Estado Social, à custa de redução do aparato burocrático.

Art.16. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, e especialmente:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações fixada na Lei e nos decretos a que se refere o art. 18 da Lei no. 9.472, de 1997;

II - representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações, sob a coordenação do Poder Executivo;

III - elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do art. 18 da Lei no. 9.472, de 1997, submetendo previamente a consulta pública as relativas aos incisos I a III;

IV - rever, periodicamente, os planos geral de outorgas e de metas para universalização dos serviços prestados no regime público, submetendo-os, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, ao Presidente da República, para aprovação;

V - exercer o poder normativo relativamente às telecomunicações;

VI - editar atos de outorga e extinção do direito de exploração de serviço no regime público;

VII - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

VIII - controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas na Lei nº 9.472, de 1997, bem como homologar reajustes;

IX - administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas;

X - editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções;

XI - expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;

XII - expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;

XIII - expedir licenças de instalação e funcionamento das estações transmissoras de radiocomunicação, inclusive as empregadas na radiodifusão sonora e de sons e imagens ou em serviços ancilares e correlatos, fiscalizando-as permanentemente;

XIV - comunicar ao Ministério das Comunicações as infrações constatadas na fiscalização das estações de radiodifusão sonora e de sons e imagens ou em serviços ancilares e correlatos, encaminhando-lhe cópia dos autos de constatação, notificação, infração, lacração e apreensão;

XV - exercer as competências originalmente atribuídas ao Poder Executivo pela Lei no. 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e que lhe foram transferidas pelo art. 212 da Lei no. 9.472, de 1997;

XVI - realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência;

XVII - deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;

XVIII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações, inclusive arbitrando as condições de interconexão no caso do art. 153, § 2.º, da Lei no. 9.472, de 1997;

XIX - atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários, reprimindo as infrações e compondo ou arbitrando conflitos de interesses, observado o art. 19;

XX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, observado o art. 18;

XXI - propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministério das Comunicações, a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço de telecomunicações no regime público;

- XXII - arrecadar, aplicar e administrar suas receitas, inclusive as integrantes do FISTEL;
- XXIII- resolver quanto à celebração, alteração ou extinção de seus contratos, bem como quanto à nomeação, exoneração e demissão de servidores, realizando os procedimentos necessários, nos termos da legislação em vigor;
- XXIV - contratar pessoal por prazo determinado, de acordo com o disposto na Lei no. 8.745, de 1993;
- XXV - adquirir, administrar e alienar seus bens;
- XXVI - decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada;
- XXVII - submeter anualmente ao Ministério das Comunicações a proposta de seu orçamento, bem como a do FISTEL, que serão encaminhadas ao Ministério do Planejamento e Orçamento para inclusão no projeto da Lei Orçamentária Anual a que se refere o § 5o do art. 165 da Constituição Federal;
- XXVIII- aprovar o seu Regimento Interno;
- XXIX - elaborar relatório anual de suas atividades, nele destacando o cumprimento das políticas do setor, enviando-o ao Ministério das Comunicações e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional;
- XXX - promover interação com administrações de telecomunicações dos países do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, com vistas à consecução de objetivos de interesse comum;
- XXXI - requerer, aos órgãos reguladores dos prestadores de outros serviços de interesse público, de ofício ou por solicitação fundamentada de prestadora de serviço de telecomunicações que deferir, o estabelecimento de condições para utilização de postes, dutos, condutos e servidões que pertençam àqueles prestadores;
- XXXII - instituir e suprimir comitês, bem como unidades regionais e funcionais, observadas as disposições deste Regulamento.

Art.17. No exercício de seu poder normativo relativamente às telecomunicações, caberá à Agência disciplinar, entre outros aspectos, a outorga, prestação, a comercialização e o uso dos serviços, a implantação e o funcionamento das redes, a utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências.

Pois bem. Isto pontuado, tem-se, objetivamente, que a Anatel carece de competência para regulamentar os serviços de acesso à internet, não possuindo legitimidade técnica para, na hipótese, interceder ou favorecer a implantação de um sistema de franquia de dados para à conexão à internet em banda larga.

O busílis se acha na vetusta, e já abordada, Norma 004/1995, aprovada pela Portaria nº 148/1995 do então Ministério das Comunicações, bem como na própria LGT.

Com efeito, a par do item 3, “b” e “c” da Norma 004/95, o “serviço de conexão à internet” (SCI) é reputado como um “serviço de valor adicionado” (SVA) que “possibilita o acesso à Internet a Usuários e Provedores de Serviços de Informações”. De sua parte, o art. 61, *caput* e § 1º é peremptório ao definir que o

SVA não se confunde e não constitui, absolutamente, serviço de telecomunicações – fórmula que, aliás, repete mais de uma vez:

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte **e com o qual não se confunde**, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º **Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações**, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

A atuação, portanto, da Anatel se limitará, nos estritos termos da LGT, regulamentar apenas e tão somente a relação entre os provedores de acesso e as prestadoras de serviços de telecomunicações, as primeiras para utilizar as redes de telecomunicações mantidas pelas últimas à guisa de exploração do SCI (art. 61, § 2º) – em suma, o PSCI é, no vigente arcabouço regulamentar e legal, apenas um “usuário” da rede de telecomunicações.

Resta, pois, que no que toca à exploração do serviço de acesso à internet em si, a agência não goza, no plano da lei, de qualquer autorização ou competência – o que limita e proíbe sua atuação, considerando que, como autarquia de regime especial, está vinculada ao princípio de *legalidade estrita*, só podendo atuar nos limites do que a lei lhe permite.

Em quais hipóteses, então, poderia a agência gozar de autoridade e competência técnicas para regulamentar, especificamente, o SCI e seus PSCI?

A um, seria necessário a extinção da Norma 004/1995 ou sua completa remodelação, para inclusão do serviço de conexão à internet como serviço de telecomunicações e não como serviço de valor adicionado – como têm pressionado a AGU e o MINICOM – a Anatel deu um passo importante nessa direção com a edição do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), aprovado pela Resolução nº 614/2013, e que permite aos provedores de acesso de banda larga via tecnologia XDSL, bem como os de acesso via rádio e via cabo, a conexão

direta à internet sem a obrigatoriedade de contratação de um provedor de acesso (art. 3º⁷⁴).

A despeito disso, a Norma 4 continua em vigor – um vespeiro que a Agência teme em mexer. Isso se dá, porque, no modelo atual, a SCI, enquadrada como SVA, dispensa outorga da Anatel para sua exploração, o que é do primordial interesse das provedores em operação no Brasil, dado que tal regime autorizativo lhes afigura mais complexo, e custoso; além de impor um exercício fiscalizatório mais intenso, coisa que definitivamente, não lhes interessa.

A dois, poder-se-ia cogitar de uma alteração legislativa expressa na LGT que incluísse o SCI definitivamente como serviço de telecomunicações (o que esvaziaria de validade a Norma 4); ou, mais gravemente, uma revisão de maior escala na lei e no Decreto 2.338/97 que incluísse a regulação dos serviços de internet sob albergue da Anatel.

A propósito, se acha em tramitação no Congresso Nacional projeto de lei que visa alterar a LGT: trata-se do PL 3.453/2015, de autoria do Deputado Daniel Vilela (PMDB/GO) e que permite “à Anatel alterar a modalidade de licenciamento de serviço de telecomunicações de concessão para autorização”.

No entanto, a proposição, recentemente enviada à Presidência da República, não tratou sobre a questão da reclassificação dos SCI (a despeito de contar, todavia, com outros graves favoritismos às empresas de telefonia), não tendo ocorrido debate em qualquer das casas do Parlamento que permitissem a inclusão de dispositivo nesse sentido.

Uma terceira via seria a instituição de um arcabouço legal que conferisse ao “Comitê Gestor da Internet no Brasil” (CID.br) competência regulatória e normativa para regular os serviços de internet, convertendo-o de um órgão multiclasse meramente opinativo para uma autoridade administrativa independente sob a forma autarquia sob regime especial – em suma, uma agência reguladora. Dada a escala do esforço envolvido na tarefa, o que incluiria a edição de lei própria para reger suas atividades (em molde próximo à LGT) e considerável alteração nas

⁷⁴ Art. 3º O SCM é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, permitindo inclusive o provimento de conexão à internet, utilizando quaisquer meios, a Assinantes dentro de uma Área de Prestação de Serviço.

leis de informação em vigência (incluso o MCI), bem como a edição de atos regulamentares próprios, trata-se da alternativa menos viável e mais custosa.

De todo, à falta de quaisquer dessas medidas, persiste a Anatel sem legitimidade e suporte legal para pretender facilitar ou albergar a adoção do sistema de franquia de dados para a banda larga fixa. A discussão, que deve anteceder tão grave medida, contará certamente com sua prévia oitiva, mas não contará com sua direta atuação.

4.2.2 Da ilegitimidade decorrente da captura pelos entes regulados

A partir da narrativa apresentada nos itens anteriores se evidencia uma perturbadora condescendência da parte dos entes reguladores das telecomunicações, nomeadamente da Anatel, para com as empresas exploradoras deste serviço e as grandes provedoras de serviço de conexão da internet, que dominam, a mãos de ferro, o mercado nacional.

Conforme levantamento da consultoria “Teleco” realizado de 2013 ao último semestre de 2016, aproximadamente 82,4% das conexões à banda larga existentes no Brasil são fornecidas por apenas 03 empresas: “Grupo Claro”, “Vivo” e “Oi”⁷⁵ - as quais, juntas, dominam uma fatia de *marketshare* que comprova um autêntico oligopólio no mercado de internet fixa no país.

É o que extrai dos seguintes gráficos, de autoria da mesma consultoria:

⁷⁵ Market Share das Operadoras de Banda Larga Fixa no Brasil. Relatório Trimestral Consultoria Teleco – Inteligência em Telecomunicações. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/blarga.asp>. Acesso em: 14/02/17.

Figura 02: “Market Share das Operadoras de SCM” (Banda larga)

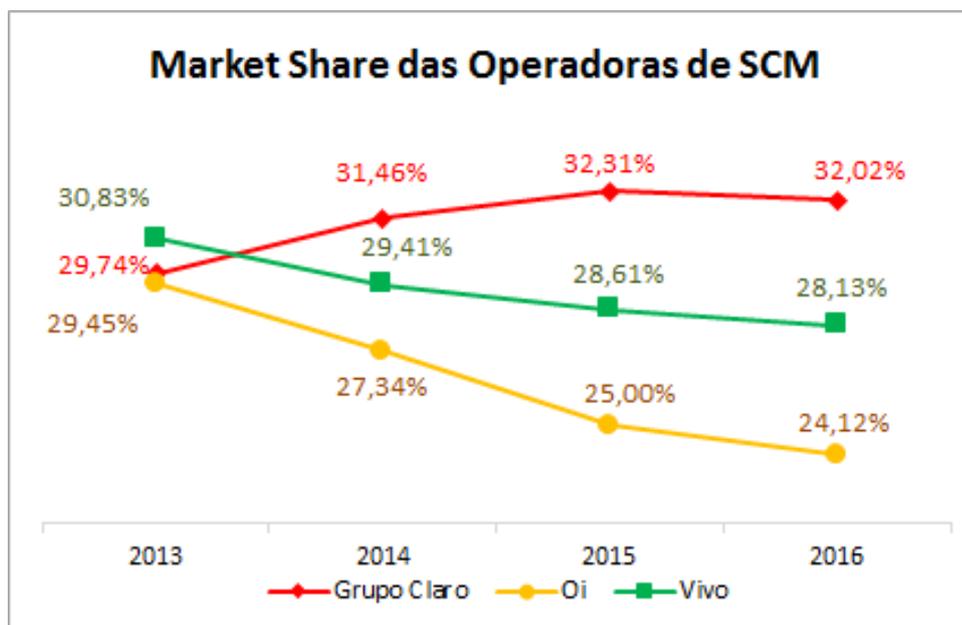
Fonte: Teleco ⁷⁶

Figura 3: “Market Share das Operadoras de Banda Larga Fixa”

Operadora	2013	2014	2015	1T16	2T16	3T16	Out/16	Nov/16	2016
Grupo Claro	29,7%	31,5%	32,3%	32,2%	32,1%	32,0%	32,0%	32,0%	32,0%
Vivo	30,8%	29,4%	28,6%	28,7%	28,4%	28,2%	28,0%	28,0%	28,1%
Oi	29,5%	27,3%	25,0%	24,7%	24,4%	24,1%	24,0%	24,0%	24,1%
Algar	1,8%	1,7%	1,8%	1,8%	1,8%	1,8%	1,8%	1,8%	1,9%
TIM	0,4%	0,6%	1,0%	1,1%	1,2%	1,2%	1,2%	1,2%	1,2%
Sky	0,1%	0,4%	1,0%	1,1%	1,2%	1,2%	1,2%	1,2%	1,2%
Sercomtel	0,6%	0,6%	0,6%	0,6%	0,6%	0,6%	0,6%	0,6%	0,6%
Outras	7,2%	8,4%	9,6%	9,8%	9,8%	10,8%	11,2%	11,2%	10,9%
Total	22.186	23.968	25.482	25.800	26.133	26.548	26.638	26.722	26.587

Fonte: Teleco ⁷⁷

Considere-se, ainda, que conforme dados divulgados pela *Abranet* (“Associação Brasileira de Internet”), associação que congrega provedores de

⁷⁶ Idem.⁷⁷ Ibidem.

acesso, serviços e informações no Brasil, as empresas de internet faturaram, juntas, mais de R\$ 144,7 bilhões em 2014, um aumento de 50,1% comparativamente ao rendimento computado entre 2012 e 2013 ⁷⁸.

Tais elementos demonstram, factualmente, uma óbvia concentração de mercado no setor de banda larga fixa, que favorece a que as empresas dominantes do setor, com rendimentos em aguda expansão, exerçam inegável influência sobre os entes reguladores da internet no Brasil, especialmente da Anatel – fenômeno que a doutrina norte-americana cognomina de “captura pelos agentes regulados” (ou, simplesmente, captura).

A *Capture Theory* parte do pressuposto de que os agentes privados, com influência e poder econômico diante de agentes reguladores com autonomia perante o Poder Público, implantam sem dificuldades um mecanismo de pressão que acaba por praticamente determinar o conteúdo da regulação a que irão ser submetidos, o que acaba por prejudicar consumidores e usuários de serviços em tese regulados, “emparedados por práticas comerciais abusivas não repelidas” (MENDES, 2000, p. 99).

Em suma: trata-se do desvirtuamento da missão regulatória: os agentes regulados “regulando” as autoridades reguladoras, numa retroalimentação inversa que torna perversa a autonomia que em tese as deveria caracterizar.

Tal fenômeno acabou por provocar uma guinada da jurisprudência norte-americana, notadamente pela Suprema Corte dos EUA, que “[...] passou a exigir ampla motivação dos atos da agência, a fim de se verificar a razoabilidade das decisões diante dos fatos, o que anteriormente não era exigido, por confiança na especialização das agências” (BRODBEKIER, 2003, p. 159).

Pois bem. No caso brasileiro, há da parte da Anatel, e não é de hoje, certo compadrio para com as empresas que atuam como provedores de acesso à internet, notadamente os três grandes que, como “hidra de lerna”, abocanham a quase totalidade do setor.

⁷⁸ Empresas de Internet faturam R\$ 144,7 bilhões e respondem por 1,6% da arrecadação de impostos – Abranet. Disponível em: [http://www.abranet.org.br/Noticias/Empresas-de-Internet-faturam-R\\$-144,7-bilhoes-e-respodem-por-1,6%25-da-arrecadacao-de-impostos-581.html#.WKOGafkrJpg](http://www.abranet.org.br/Noticias/Empresas-de-Internet-faturam-R$-144,7-bilhoes-e-respodem-por-1,6%25-da-arrecadacao-de-impostos-581.html#.WKOGafkrJpg). Acesso em: 14/02/17.

O comportamento condescendente da agência para com o projeto de implantação de um sistema de franquia de dados para a banda larga fixa – gestado, é óbvio, pelas empresas reguladas – é demonstrativo de que se a autarquia não foi totalmente capturada, ao menos neste particular está rendida.

A complacência da Anatel para com tal projeto – benéfico para todos, menos para o usuário – ofende, letra a letra, um dos objetivos precípuos da autarquia, e da Administração num todo: “adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários” (art. 2º, III, LGT) e “atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários” (art. 16, XIX, Decreto 2.338/1997).

Tal violação a seus deveres regulatórios causa à agência um déficit democrático que, bem evidenciado, furta-lhe legitimidade para conduzir o debate acerca da limitação de tráfego em desfavor do usuário.

4.3 A hipótese II: o acesso à internet é direito humano, essencial e de finalidade social

Além das ilegitimidades apontadas – a desqualificar a atuação proativa da Anatel em prol dos provedores de ADSL – colabora para sepultar a ideia da adoção de um sistema de franquia de dados para a banda larga fixa o que aqui se chama de *caráter especial do ato de acesso à internet*, do contrário violado a prosperar a invectiva das empresas controladoras do setor.

Diz-se especial, porque tem-se que o acesso a internet é um *direito topologicamente complexo*, porque (I) humano, (II) essencial e (III) de finalidade social.

O acesso à internet é um *direito humano*, porque assim reconhecido no plano internacional, nomeadamente no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), que assim o reconheceu por ocasião do “Relatório sobre a Promoção e Proteção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão”.

Conforme o Relatório, aprovado em 2011 pelo órgão, o direito de acesso à internet é um autêntico direito humano, cujo corte e/ou qualquer forma de restrição constitui um crime e uma violação ao Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos de 1966 – internalizado no Ordenamento Jurídico Brasileiro por força do Decreto nº 592/1992 –, cujo art. 19, §§ 2º e 3º assim garante:

ARTIGO 19

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

Mais especificamente, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas já deixou assim assentado em sessão de 29/06/2012:

1. Afirma que los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet, en particular la libertad de expresión, que es aplicable sin consideración de fronteras y por cualquier procedimiento que se elija, de conformidad con el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

2. Reconoce la naturaleza mundial y abierta de Internet como fuerza impulsora de la aceleración de los progresos hacia el desarrollo en sus distintas formas;

3. Exhorta a los Estados a que promuevan y faciliten el acceso a Internet y la cooperación internacional encaminada al desarrollo de los medios de comunicación y los servicios de información y comunicación en todos los países ⁷⁹.

No mesmo sentido, o Relatório Especial para a Liberdade de Expressão Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Comissão

⁷⁹ “1. Afirma que os direitos dos indivíduos também devem ser protegidos na Internet, em particular a liberdade de expressão, que é independentemente aplicável de fronteiras e por qualquer método é escolhido, de acordo com o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos;

2. Reconhece a natureza global e aberta da Internet como uma força motriz de aceleração do progresso rumo ao desenvolvimento nas suas diversas formas;

3. Exorta os Estados a promoverem e facilitarem o acesso à Internet e à cooperação internacional que visa o desenvolvimento dos meios de comunicação e serviços de informação e comunicação em todos os países” (tradução livre).

Interamericana de Direito Humanos (2013, p. 01) apregoa que o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – pelo qual se garante a toda pessoa a liberdade de expressão, o que compreende “a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha” – aplica-se “plenamente às comunicações, ideias e informações que são difundidas e acessadas pela internet”, porquanto “o meio online não só facilitou aos cidadãos a expressão de forma livre e aberta, mas também ofereceu condições insuperáveis para a inovação e o exercício de outros direitos fundamentais, como o direito à educação e à livre associação”.

O direito de acesso é também um direito e um serviço essencial, porquanto dele decorre uma urgência e necessidade em sua contínua prestação.

Nesse sentido, se destaca a já comentada decisão da Corte de Apelações do Distrito de Columbia no caso “United States Telecom Association, et al. v. Federal Communications Commission” (No. 15-1063), onde o tribunal deixou assentado que, dada a evolução tecnológica e crescente dependência dos cidadãos e das empresas norte-americanas aos aplicativos e facilidades virtuais para sua adequada comunicação e informação, o serviço de acesso à internet deve ser tido por essencial e não meramente supérfluo.

Conforme a Corte:

[...] given the tremendous impact third-party internet content has had on our society, it would be hard to deny its dominance in the broadband experience. Over the past two decades, this content has transformed nearly every aspect of our lives, from profound actions like choosing a leader, building a career, and falling in love to more quotidian ones like hailing a cab and watching a movie.⁸⁰

Semelhante entendimento teve o Tribunal Federal de Justiça da Alemanha, cuja divisão civil condenou uma empresa de telecomunicações a indenizar um cliente pela perda de sua conexão DSL por diversas semanas. O Tribunal entendeu que a acessibilidade a uma conexão de internet constitui um ativo cuja disponibilidade constante é de importância central para a adequada gestão do

⁸⁰ “Nas últimas duas décadas, este meio (a internet) transformou praticamente todos os aspectos de nossas vidas, desde atitudes graves como escolher um líder, construir uma carreira e se apaixonar, até atos cotidianos como chamar um táxi ou mesmo assistir um filme” (tradução livre).

setor privado e que constitui, ademais, um meio a influenciar decisivamente a formação de vida de uma grande parte da população, cujo fracasso é significativamente notável na vida cotidiana.

Eis o fundamento de decidir adotado pela Corte:

Die Nutzbarkeit des Internets ist ein Wirtschaftsgut, dessen ständige Verfügbarkeit seit längerer Zeit auch im privaten Bereich für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise von zentraler Bedeutung ist. Das Internet stellt weltweit umfassende Informationen in Form von Text-, Bild-, Video- und Audiodateien zur Verfügung. Dabei werden thematisch nahezu alle Bereiche abgedeckt und verschiedenste qualitative Ansprüche befriedigt. So sind etwa Dateien mit leichter Unterhaltung ebenso abrufbar wie Informationen zu Alltagsfragen bis hin zu hochwissenschaftlichen Themen. Dabei ersetzt das Internet wegen der leichten Verfügbarkeit der Informationen immer mehr andere Medien, wie zum Beispiel Lexika, Zeitschriften oder Fernsehen. Darüber hinaus ermöglicht es den weltweiten Austausch zwischen seinen Nutzern, etwa über E-Mails, Foren, Blogs und soziale Netzwerke. Zudem wird es zunehmend zur Anbahnung und zum Abschluss von Verträgen, zur Abwicklung von Rechtsgeschäften und zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten genutzt. Der überwiegende Teil der Einwohner Deutschlands bedient sich täglich des Internets. Damit hat es sich zu einem die Lebensgestaltung eines Großteils der Bevölkerung entscheidend mitprägenden Medium entwickelt, dessen Ausfall sich signifikant im Alltag bemerkbar macht ^{81 82}.

Merece destaque, ainda, o Projeto de Lei do Senado nº 431/2014, de autoria do então Senador Aníbal Diniz (PT-AC) e hoje Diretor da Anatel, que “reconhece a essencialidade do serviço de acesso à internet em banda larga” e altera a Lei Geral de Telecomunicações para “prever sua prestação em regime público”.

A proposição, assentada no pressuposto de que (I) “os serviços essenciais, como é o caso do acesso à internet em banda larga, por serem

⁸¹ “A acessibilidade à Internet é um ativo cuja disponibilidade constante tem sido, desde há muito tempo, de importância central para a autogestão no setor privado. A Internet fornece informações abrangentes na forma de arquivos de texto, imagem, vídeo e áudio em todo o mundo. Ao mesmo tempo, quase todas as áreas são cobertas e várias exigências de qualidade são satisfeitas. Por exemplo, arquivos para entretenimento fácil são tão acessíveis na rede quanto informações sobre questões cotidianas e até tópicos altamente científicos. Em razão fato de que a informação está prontamente disponível, a Internet cada vez mais substitui outras mídias como léxica, as revistas ou a televisão. Além disso, permite o intercâmbio mundial entre seus usuários, via e-mails, fóruns, blogs e redes sociais. Ademais, é cada vez mais utilizado para o início e conclusão de contratos, para liquidação de transações legais e cumprimento de obrigações de direito público. A maioria dos habitantes da Alemanha usa a internet todos os dias. Desta forma, desenvolveu-se em um meio que influencia decisivamente a formação de vida de uma grande parte da população, cujo fracasso é significativamente notável na vida cotidiana” (tradução livre).

⁸² Disponível em: http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&pm_nummer=0014/13. Acesso em: 14/02/17.

indispensáveis à normalidade das relações sociais, possuem natureza pública” e que (II) “a telefonia fixa e também o serviço de acesso à internet em banda larga são indispensáveis ao bem estar público” (2014, p. 03), pretende alterar o art. 64, parágrafo único da LGT, para que doravante conste:

Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

[...]

Parágrafo único. **Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado e do serviço de acesso à internet em banda larga, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral (g.n.).**

Merece encômios à proposição, na medida em que, como a LGT já reputa como essenciais as modalidades de serviço de interesse coletivo (art. 65, § 1º⁸³), semelhante relevância, por equidade, há de ser deferida aos serviços de conexão à internet, dada a crescente importância que exercem na contemporaneidade, em progressão a se tornarem o principal meio de comunicação e de acesso à informação do cidadão médio.

Por fim, resta o acesso à internet como um serviço de autêntica finalidade social, porque, com o advento do Marco Civil da Internet, é assim reconhecida pelo próprio Ordenamento brasileiro. Com efeito, a lei é clara ao reputar que a rede tem inerente finalidade social (art. 2º, VI) e enseja o fortalecimento da participação social na construção das políticas públicas (art. 25, V).

Ademais, a promoção da universalização do acesso à internet pelo Poder Público, conjuntamente ao fomento à cultura digital, passaram a ser reputadas pelo legislador como ferramentas sociais obrigatórias que visam promover a inclusão digital, a redução das desigualdades relativas acesso às tecnologias da informação e comunicação e o incentivo a produção e circulação de conteúdo nacional (art. 27).

Mais especificamente ainda, o MCI é patente ao impor aos intérpretes da lei que, para sua adequada aplicação, deverão levar em conta a importância da

⁸³ Art. 65, § 1º Não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização.

internet para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural (art. 6º), além de considerarem também sua natureza, usos e costumes particulares.

Esta fórmula é ainda mais reforçada no já citado art. 10 do Decreto nº 8.771/16, onde está devidamente correlacionada à adequada prestação dos serviços de conexão à internet e a preservação do adequado fundo social da rede. *In verbis*:

Art. 10. As ofertas comerciais e os modelos de cobrança de acesso à internet devem preservar uma internet única, de natureza aberta, plural e diversa, compreendida como um meio para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória.

No mesmo sentido se pauta a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, que, por força da Resolução AG/RES. 2702/2012 (“Utilización De las Telecomunicaciones/ Tecnologías de la Información y la Comunicación para crear una sociedad de la información integradora”), reconhece que (2012, p. 2):

Las telecomunicaciones/tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y sus aplicaciones son esenciales para el desarrollo político, económico, social y cultural, como también un factor esencial para la reducción de la pobreza, la creación de empleo, la protección ambiental y para la prevención y mitigación de catástrofes naturales ⁸⁴.

Resta, portanto, que o caráter especial do livre acesso à internet coage a que os prestadores deste serviço, o Poder Público e os entes reguladores encarregados de sua fiscalização zelem para razoável, adequada e ininterrupta conexão de seus usuários à rede, uma vez que, com o dinamismo imprimido pelas novas tecnologias de informação, encaminha-se este para ser o meio por excelência de comunicação, informação e expressão de seus cidadãos. Por essa precisa e valiosa razão, não se admite, portanto, que tal direito seja tolhido ou discriminado, como sucede com a lógica inerente do sistema de franquia de dados, que assim se afigura inválido.

⁸⁴ “As tecnologias de comunicação e informação e suas aplicações são essenciais para o desenvolvimento político, econômico, social e cultural como um fator essencial para a redução da pobreza, criação de emprego, a proteção ambiental e a prevenção e mitigação de desastres naturais” (tradução livre).

5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão e pelo quadro que se inferiu, algumas observações de ordem prática podem ser com algum custo extraídas.

Talvez pela crescente importância que este titã, a internet, vem tomando na caminhada diuturna da vida humana, o tema adotado despertou, senão uma autêntica curiosidade, uma irresignação de ordem acadêmica.

Não há como abordar com suficiência as implicações que a criação e o desenvolvimento da internet tem para esta jovem civilização – seria como tentar condensar toda a complexidade do universo que, infinito, não cabe em um número determinado de páginas. É ela, a internet a maior invenção do século XX que, entre o panteão de conquistas humanas – ornado desde instrumentos de salvação, como a penicilina, até instrumentos de pura destruição, como a bomba atômica – largou léguas e se tornou o pináculo da inventividade humana.

O homem, esta criatura que dependia de tão pouco para sobreviver, hoje não vive sem a internet. Vivemos conectados e as gerações vindouras assim nascerão e permanecerão até a lápide, enquanto não se avançar a tal ponto que o féretro se dispense por inutilidade.

A despeito de tal encantamento, a doutrina brasileira, tão sagaz e produtiva, ainda caminha a passos lentos em termos de estudos sobre as interações desenvolvidas na internet, seus agentes e as implicações jurídicas daí decorrentes. Convencionou-se utilizar denominações, nem sempre elegantes, como “Direito Digital”, “Direito Virtual”, “Direito Eletrônico”, “Direito de Internet”, mas, salvo algumas exceções, a bibliografia é pouca, é pobre e urge ser atualizada. Há espaço para todos, mas é preciso tenência.

Sobre o tema em si, e para mais não se divagar, o estudo que se fez dos elementos constitutivos da internet – com o perdão por alguma falta técnica que certamente se cometeu – permitiu extrair algumas necessárias conclusões acerca, especialmente, do sistema de franquia de dados para a banda larga fixa.

Nossos entes reguladores – com exceção dos poucos valentes que, mesmo nos píncaros da burocracia do estado, ainda tentam a defesa do usuário –,

se afiguram, ou ao menos disto dão mostra, de que estrangulados em processo de captura pelos agentes empresariais regulados que dominam, em quase oligopólio, o mercado da internet fixa no Brasil.

O sistema de franquia, como idealizado por tais agentes, é prejudicial a todos, menos para eles – e disto precisa ser exortada a Administração, para que, sóbria do “sorriso do lagarto” destas grandes corporações, delas não se permita seduzir.

É prejudicial pelas razões que alhures se expôs, e inválido em vista delas.

Ora, tal sistema é absolutamente incompatível com o princípio de neutralidade de rede positivado no Marco Civil da Internet – que merece encômios por já prever esta máxima indispensável ao processo de universalidade do acesso à internet, ao contrário dos EUA, por exemplo, onde grasse férreo debate entre os todo-poderosos provedores de acesso e a FCC, que resiste, não se sabe por quanto tempo, às negras pressões de Washington.

Não se concebe garantir conexão aberta, estável e razoável onde se admita ao provedor limitar o tráfego como bem entenda.

Com efeito, de pouco adianta garantir a essencialidade do serviço – com a proteção que tal circunstância acarreta – se sua prestação, em si, não é adequadamente garantida, de forma contínua, universal e efetiva. A mercê disso, o acesso à internet, prestado em velocidade irregular e insuficiente, desnatura a própria finalidade do serviço, que, aliada à funcionalidade da telefonia fixa e móvel, objetiva, sobretudo, a interação social e o encurtamento de barreiras de acesso a informações e serviços públicos e privados.

E nem se venha comparar o cenário nacional com o experimentado no exterior, ao repetir a fórmula, já envelhecida, de que “no resto do mundo prevalece o sistema de franquia”. Este tipo de mantra só seria válido se a internet de cá fosse igual ao resto do mundo; longe disso, porém: basta ver que nos EUA a velocidade mínima aceitável para a banda larga é de conexão com velocidades mínimas de 04 Mbps para download e de 01 Mbps para upload – medida que no Brasil só se consegue com pacotes custosos e fora das condições do usuário médio.

Não se dá, portanto, comparar “maças com laranjas”, para ficar no adágio yankee.

Ainda, o caráter especial do direito de acesso à internet, enquanto direito humano, essencial de utilidade social desafia a própria lógica que se imprime com o sistema de franquia, porquanto este representa um limitador, e um negro desafio, à afirmação de tal complexa natureza.

É ainda inválido o sistema de franquia porque, na internet fixa, acaba por representar inaceitável forma inversa de “Paid Prioritization” (priorização paga). Isso porque a sistemática de franquia de dados que se pretende implantar é, na verdade, uma tentativa de desmotivar a utilização dos chamados serviços over-the-top (OTT), como os serviços de streaming, por exemplo, que tantos clientes ceifaram da TV paga.

Os OTT, de fato, consomem banda; mas a intenção das operadoras, longe de preocupadas com a infraestrutura da rede, é mais represália pelo prejuízo que tais serviços causaram a modelos de negócio que também exploravam, como a TV a cabo/via satélite, acuada pela Netflix, ou a própria telefonia fixa, enfraquecida por aplicativos como Skype e congêneres.

Nesse .jaez, aliás, faltou técnica ao legislador ao redigir o Marco Civil da Internet e o Decreto 8.771/2016, na medida que demasiadamente vagos na previsão de condutas proibitivas que atentem contra a neutralidade de rede. Exemplo adequado a se utilizar como referência para futura complementação legal, assim sugere-se, seria a Ordem FC 15-24, ato normativo expedido pela FCC para assegurar de uma vez a neutralidade de rede (“open internet”), uma vez que tal regulamento especifica regras claras quanto a este princípio e tipifica, com adequado detalhe, condutas proscritas que contra ele se conflitam, como é o caso da própria “Paid Prioritization”, bem como de “Blocking” e “Throttling”.

Muito se avançou, portanto, em termos de proteção do acesso à internet no Brasil, sendo o MCI exemplo acabado e digno disto. Mais ainda, todavia, há de se avançar: os monopolistas de plantão, aqueles que, unidos em aliança argentária, cerram fileiras na trincheira pública e privada, estão planejando o ataque. Por agora se acuaram, mas tramam, na coxia do Poder, a volta, e contarão com o beneplácito de nossos próceres reguladores.

“Quis custodiet ipsos custodes?”, perguntavam os romanos. Quem regulará os reguladores? Há de ser o usuário a defender ele próprio?

Sim. E todo o poder aos usuários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELSON, Hal; LEDEEN, Hal; LEWIS, Harry. **Blown to bits: your life, liberty, and happiness after the digital explosion**. Boston: Addison-Wesley, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARRETTO, Ana Carolina Horta. **O direito e a internet**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BLUM, Renato Opice; BRUNO, Marcos Gomes da Silva; ABRUSIO, Juliana Canha (coord.). **Manual de direito eletrônico e internet**. São Paulo: LEX, Aduaneiras, 2006.

BRODBEKIER, Bruno. **Poder regulamentar da Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 233, jul./set. 2003.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1995.

BOVERO, Michelangelo. **Contro il governo del peggiori. Una grammatica della democrazia**. Roma: Laterza, 2000.

CALLEGARI, André Luis; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAMPOS, Ivan Luiz Sobral; MAIA, João Agripino. **Tributação dos Serviços Prestados pelos Provedores de Conteúdo e de Acesso à Internet** in ROCHA

FILHO, Valdir de Oliveira (coord.). **O direito e a internet**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Lisboa, 1997.

CANUT, Letícia. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico: uma questão de inteligência coletiva que ultrapassa o direito tradicional**. Curitiba: Juruá, 2007-2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de curso**. Presidente Prudente: Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo, 2015.

CRAWFORD, Susan. **The Communications Crisis in America**. In Harvard Law & Policy Review, Vol. 05, Cambridge, 2011.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Liberdade de expressão e internet**. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/2014>. Acesso em: 14/02/17.

DE LUCCA, Newton; ADALBERTO, Simão Filho (coord). **Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. **Verizon Communications Inc. v. Federal Communications Commission**. No. 11-1355. J. em 14/01/2014. Disponível em: <https://www.cadc.uscourts.gov>. Acesso em: 12/02/2016.

_____. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. **United States Telecom Association, et al. v. Federal Communications Commission**. No. 15-1063. J. em 14/06/2016. Disponível: em <https://www.cadc.uscourts.gov>. Acesso em: 12/02/2016

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 6ª Ed.. São Paulo: Atlas, 2002.

FONSECA FILHO, Clézio. **História da computação: teoria e tecnologia**. São Paulo: LTr, 1999.

GIBSON, Willian. **Neuromancer**. São Paulo: Aleph, 2003.

GOLDENBERG, Mirian. **A arte de pesquisar: como fazer pesquisa qualitativa em ciências sociais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GRÜN, Ernesto. **Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI**. Buenos Aires: LexisNexis, 2006.

HART, Hebert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HASSEMER, Winfried; CHIRINO, Alfredo. **El derecho a la determinación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales**. Buenos Aires: Del Puerto, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet**. 1. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2005.

LIMA, Rogério Montai de. **Relações contratuais na internet e proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Nelpa, 2008.

LUCCA, Newton de; ADALBERTO, Simão Filho (coord). **Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: EDIPRO, 2001.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo integral**. São Paulo: Nacional, 1941.

MARQUES, Christiani; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço Público e Telecomunicações**. In Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP, Vol. 01, São Paulo, 2008. Disponível na internet: <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/725/503>. Acesso em: 05/02/17.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão**, in SUNDFELD, Carlos Ai (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. **Promoção, proteção e gozo dos Direitos Humanos na Internet**. A/HRC/20/L.13. 29 de junho de 2012.

NUNES JÚNIOR, Vida Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de defesa do consumidor interpretado: doutrina e jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Aspectos Principais da Lei nº 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet: subsídios à comunidade jurídica**. Textos para discussão, Ed. 148. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resolucion De La Asamblea General De La OEA ag/res. 2702 (xlii-o/12) – “**Utilización De Las Telecomunicaciones/ Tecnologías De La Información Y La Comunicación Para Crear Una Sociedad De La Información Integradora**”. Disponível em: https://www.citel.oas.org/en/SiteAssets/About-Citel/Mandates/CO-1494_e.pdf. Acesso em: 15/02/17.

PECK, Patricia. **Direito digital**. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA FILHO, Valdir de Oliveira (coord.). **O Direito e a Internet**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

ROVER, José Aires (org.). **Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

SANCHEZ-OCAÑA, Alejandro Suárez. **A verdade por trás do Google**. Planeta: São Paulo, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SENADO FEDERAL. **Telecomunicações: Os caminhos para expandir a banda larga no Brasil**. Revista de Audiências Públicas do Senado Federal. Ano 2, Nº 6, Brasília, Fevereiro de 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). **Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação**. 2ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA; Regina Betriz Tavares da; SANTOS; Manoel J. Pereira dos (coord.). **Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação**. 2ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Função Regulatória**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, fevereiro/março/abril, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 31/01/2017.

SUNSTEIN, Cass R. **After the rights revolution: Reconceiving the Regulatory State**. London, Massachussets, Harvard: University Press, 1990.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de Direito e Processo Eletrônico: Doutrina, jurisprudência e prática**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

VANCIM, Adriano Roberto. **Direito & internet: contrato eletrônico e responsabilidade civil na web: jurisprudência selecionada e legislação internacional correlata**. Leme: Lemos & Cruz, 2011.

WU, Tim. **Network Neutrality, Broadband Discrimination**. Journal of Telecommunications and High Technology Law, Vol. 2, p. 141, 2003.