

Contribuição de alunos da disciplina “Lógica e Metodologia Jurídica”, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com proposta de texto de decreto para regulamentação do tema “neutralidade da rede” no âmbito do Marco Civil da Internet.

Colaboradores:

André Tunes do Nascimento (Graduando da Faculdade de Direito da USP)

Cainan Gea (Graduando da Faculdade de Direito da USP)

Daniel Morimitsu Tokumoto (Graduando da Faculdade de Direito da USP)

Danilo Soares Oliveira (Graduando da Faculdade de Direito da USP)

Supervisores:

Juliano Souza de Albuquerque Maranhão (Professor Associado da Faculdade de Direito da USP)

Bruna de Bem Esteves (Mestranda da Faculdade de Direito da USP)

ÍNDICE SUMÁRIO

1. DA NEUTRALIDADE DA REDE.....	3
2. ANÁLISE CRÍTICA DA LEI 12.965-MARCO CIVIL DA INTERNET.....	3
2.1 .DO TRATAMENTO ISONÔMICO E SUAS EXCEÇÕES.....	5
2.2 DAS CONDIÇÕES DA DISCRIMINAÇÃO.....	7
2.3 PROTEÇÃO AO CONTEÚDO DOS PACOTES DE DADOS.....	9
3.1 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL- BRASIL.....	9
3.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL- COMISSÃO EUROPEIA.....	11
3.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL- ESTADOS UNIDOS.....	14
4. PROPOSTA DE MUDANÇA DO ARTIGO 9º DO MARCO CIVIL- SOBRE OS POSSÍVEIS PONTOS A SEREM TRATADOS NO DECRETO REGULAMENTAR.....	15
4.1 DA INCLUSÃO DA ILICITUDE COMO CAUSA DE AFASTAMENTO DA NEUTRALIDADE DA REDE.....	16
5. MUDANÇAS POSSÍVEIS NO ARTIGO 9º: COMO O ARTIGO PODERIA TER SIDO REDIGIDO.....	19
6. SUGESTÃO DE DECRETO REGULAMENTAR.....	21

1. DA NEUTRALIDADE DA REDE

Antes de realizar análise pormenorizada do artigo 9º do Marco Civil da Internet, faz-se necessária brevíssima introdução ao tema que consiste no cerne da pesquisa a ser realizada: neutralidade da rede.

Pode-se afirmar, com alguma cautela, que a neutralidade da rede equivale-se, no ambiente virtual, ao artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal ao prever igualdade perante a lei entre todos, sem distinção. Cautela se faz necessária para tecer essa analogia justamente porque o princípio da neutralidade da rede não versa apenas sobre um modo de tratamento, mas como a rede mundial de computadores deve ser construída efetivamente. Há, portanto, uma exigência técnica intrínseca ao termo.

Compreende-se, por fim, que o princípio da neutralidade da rede é um “princípio de arquitetura de rede que endereça aos provedores de acesso o dever de tratar os pacotes de dados que trafegam em suas redes de forma isonômica”¹. O efeito prático de se postular como ideal uma rede neutra é privilegiar uma estrutura *end-to-end* ao máximo em detrimento de um modelo *core-centred* na internet. Ou seja, se privilegia a autonomia dos agentes nas “pontas” da rede, limitando a imposição de decisões pelo Estado ou grandes empresas.

2. ANÁLISE CRÍTICA DA LEI 12.965-MARCO CIVIL DA INTERNET

Nesse tópico, será realizada uma avaliação do conteúdo deontológico do artigo 9º da lei 12.965 utilizando-se como método a construção de matrizes lógicas pautadas nos fatores relevantes os quais o legislador considerou para redigir a norma. A análise será dividida para simplificar a abordagem em três subtópicos abstraídos da própria norma: *caput* e parágrafo primeiro; parágrafo segundo; parágrafo terceiro.

CAPÍTULO III

DA PROVISÃO DE CONEXÃO E DE APLICAÇÕES DE INTERNET

¹ RAMOS, Pedro Henrique Soares. “O que é neutralidade da rede ? Neutralidade da Rede um guia para discussão, 2014.

Seção I
Da Neutralidade de Rede

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

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

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

II - priorização de serviços de emergência.

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

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

II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;

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

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

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

2.1 DO TRATAMENTO ISONÔMICO E SUAS EXCEÇÕES

No *caput*, em redação objetiva, o legislador obriga ao “administrador”- comutador, roteador ou transmissor de pacote de dados – equidade em sua atuação. Apesar da clareza do dispositivo, duas questões emergem para análise.

A- O que o legislador entende por isonomia?

B- Seriam as características trazidas pelo legislador, em que é obrigatório tratamento isonômico, expressas em rol taxativo ou apenas exemplificativo?

A- Há duas maneiras de interpretar o conceito de isonomia que o legislador poderia ter aplicado. Um tratamento isonômico equivalente ao conceito de igualdade formal, ou seja, rigidamente iguais serão tratados os pacotes de dados sendo irrelevantes suas dessemelhanças. Ou um tratamento isonômico próximo ao conceito aristotélico da clássica expressão “tratar os desiguais na medida de sua desigualdade”. Se o *caput* não tivesse sido complementado pelas previsões de exceção I e II do parágrafo 1º, poder-se-ia sustentar a primeira acepção, mais rígida por meio do termo “quaisquer pacotes de dados”. Todavia, justamente pelo legislador considerar possível tratamento não isonômico, a isonomia da qual versa o dispositivo se aproxima a igualdade “material”. De qualquer forma, as características de pacotes de dados são, *apriori*, equivalentes, conteúdo (C), origem (O), serviço (S), destino (D), terminal (T) e aplicação (A) não justificam tratamento não isonômico (permitida a não-isonomia, $P \sim i$) sendo a todos obrigatória a isonomia(O_i).

Se $C \leftrightarrow O \leftrightarrow S \leftrightarrow D \leftrightarrow T \leftrightarrow A$, logo, O_i

Portanto, disso se entende que, para as hipóteses em I e II, as características dos pacotes de dados serão eventualmente não equivalentes e a discriminação será permitida ($P \sim i$).

Se nas hipóteses I e II, $\sim(C \leftrightarrow O \leftrightarrow S \leftrightarrow D \leftrightarrow T \leftrightarrow A)$, logo, $P \sim i$

B- O legislador, visivelmente, buscou ampliar ao máximo as características pelas quais não se pode fazer distinção, isso se vê não apenas pelo número de fatores os quais não justificam a discriminação, (6), como também pela generalidade de alguns termos, como “conteúdo” e ainda pela própria ideia de isonomia, que em si, costuma ser dado um caráter universalizante, pedindo uma aplicação extensiva, que vale para todo o universo (U) de fatores passíveis de discriminação. Considerando o rol exemplificativo:

$$U \rightarrow O_i$$

Aventando-se a hipótese de que outro fator, não previsto, seja alvo de discriminação, como o operador do direito deverá proceder? Se o rol for exemplificativo como na interpretação acima dada, não haverá problemas; a discriminação será proibida (O_i). Todavia, se o fator discriminado não previsto também não estiver inserido nas hipóteses de exceção I e II, e se entender o rol expresso pelo legislador como taxativo, há um problema em potencial para a aplicação da norma.

$$O_i \rightarrow C \wedge O \wedge S \wedge D \wedge T \wedge A$$

Percebe-se que, nessa interpretação, transmissor, comutador ou roteador poderia discriminar pacotes de dados com base em um eventual fator de distinção X, desconhecido. Sugestão para enfrentar esse problema será oferecida na conclusão desse trabalho.

Quanto ao parágrafo 1º, que trabalha as exceções, ou seja, eventos que justificariam tratamento discriminatório percebe-se preocupação do legislador em sua posterior regulamentação. Preocupação justificada já que tanto nas hipóteses I e II não estão claros os conceitos de: I- “prestação adequada” e II- “serviços de emergência”.

A matriz deôntica que se obtém de I e II é:

Matriz A

Em que R é o proibitivo ou permissivo.

Da leitura do uma interpretação mais considerada a palavra “e” do

E	A	R
1	0	$P \sim i$
0	1	$P \sim i$
1	1	$P \sim i$
0	0	Oi

“resultado”, parecer

dispositivo percebe-se que restritiva seria possível se dispositivo não como uma

conjunção alternativa, mas como conjunção aditiva. Assim a discriminação somente decorreria quando I e II fossem presentes; quando as duas situações “prestação adequada” e “priorização de serviços de emergência” se conjugassem, gerando a seguinte matriz:

Matriz B

E	A	R
1	0	Oi
0	1	Oi
1	1	$P \sim i$
0	0	Oi

A interpretação expressa na matriz 2 apesar de possível não parece consoante à proposta do legislador. Conceitualmente I e II são situações autônomas que podem acontecer simultaneamente, mas não necessariamente. Entende-se, portanto, que as hipóteses de discriminação são mais amplas, de acordo com a matriz 1.

2.2 DAS CONDIÇÕES DA DISCRIMINAÇÃO

O parágrafo 2º do artigo 9º revela o receio do legislador de que as situações de exceção I e II sejam justificativas para intervenções arbitrárias na rede. Busca então a norma abordar o modo como se dará a intervenção permitida no artigo e ainda se certificar que os objetivos da intervenção não sejam distorcidos de maneira a favorecer práticas anticoncorrenciais ou danosas por exemplo. Da apreensão dos fatores relevantes

expressos nos incisos I, II, III, IV e da simplificação de seu conteúdo normativo se tem uma matriz de cinco colunas.

Matriz C

D	I	C	P	R
1	1	1	1	Oi
1	1	1	0	Oi
1	1	0	0	Oi
1	0	0	0	Oi
0	0	0	0	Oi
0	1	1	1	Oi
0	0	1	1	Oi
0	0	0	1	Oi
0	1	0	0	Oi
0	0	1	0	Oi
1	1	0	1	Oi
1	0	1	1	Oi
0	1	1	0	Oi
1	0	0	1	Oi
0	1	0	1	P~i
1	0	1	0	Oi

A partir da matriz denota-se que a ocorrência ou não de dano (D), a exigência de informação prévia (I), a prática de conduta anticoncorrencial ou oferta de serviços em condições comerciais discriminatórias (C) e a intervenção proporcional, transparente e isonômica (P) são espécies de condições que atuam na legitimação das situações previstas em 1º, I e II. Assim, por exemplo, ainda que a intervenção se dê na priorização de serviços de emergência, esta será como que proibida e volta a vigor a obrigação de isonomia do *caput*:

$$P \sim i \rightarrow \sim D \wedge I \wedge \sim C \wedge P$$

A sentença em linguagem lógica acima só é encontrada na linha 16 da matriz 3. Das 16 possibilidades - 2^4 - apenas uma torna a intervenção discriminatória na rede possível.

Em vermelho está o resultado da linha 10 porque comentário especial a ela está reservado. O resultado (R) da linha 10 evidencia a teoria de que o conceito de isonomia utilizado pelo legislador ao redigir a norma foi aquele da igualdade material, em que se trata desigualmente os desiguais. Afinal, complementado pelo conceito de proporcionalidade o inciso II do parágrafo 2º nos mostra que o legislador tenta evitar intervenção que, justificada seja, no entanto, desarrazoada, fora de padrões aceitáveis. Vai de encontro essa ideia à noção clássica do tratamento desigual dos desiguais *na medida de sua desigualdade*.

Salienta-se por último que todos os fatores são efetivamente relevantes, ou seja, capazes de modificar o conteúdo prescritivo. Reflexo da relevância de todos os fatores é a raridade de $P \sim i$, possibilidade de 1/16.

2.3 PROTEÇÃO AO CONTEÚDO DOS PACOTES DE DADOS

O parágrafo 3º é, em parte, apenas um reforço à defesa do tratamento isonômico dado aos pacotes de dados com especial relevo ao conteúdo destes. A reiteração é perceptível nos verbos “bloquear”(B) e “filtrar”(F) afinal, se “na provisão de conexão à internet”, houver bloqueio de determinados conteúdos, pode-se afirmar que bloquear, no caso, é tratamento não isonômico *per se*; sendo “filtrar”, apenas uma espécie de bloqueio parcial, para o qual valem as mesmas proibições.

Não se trata de reiteração os verbos “monitorar”(M) ou “analisar”(N) o conteúdo do pacote de dados. Os núcleos verbais evidenciam aqui o encontro do princípio da neutralidade da rede com o princípio da privacidade da rede. Contudo, tanto monitorar e analisar, quanto bloquear e filtrar são possíveis “respeitado o disposto neste artigo”, ou seja, desde que na previsão das linhas 1, 2 e 3 da matriz A e da linha 16 da matriz B.

Em linguagem lógica:

$$(E \wedge A) \vee (E \vee A) \wedge \sim D \wedge I \wedge \sim C \wedge P \rightarrow B \wedge F \wedge M \wedge N \text{ sendo } P \sim i$$

3.1 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL- BRASIL

Primeiramente, deve-se ressaltar que a jurisprudência sobre o Marco Civil da Internet é bastante escassa, seja por ser uma lei recentemente aprovada, seja por haver muitas questões a serem regulamentados. Em alguns casos, destaca-se que a lei suprarreferida é invocada para demonstrar a existência de determinados princípios. No caso do TJ-MA_AI_0367772014_d1096, o desembargador Marcelo Carvalho Silva destaca a existência do “princípio da neutralidade”, presente no art. 9º da Lei 12.965/14, para afirmar que a provedora de serviço de internet não poderia realizar censura prévia no conteúdo de suas publicações. Segue esse entendimento, a Ação Civil Pública 001540506.2015.8.17.0001 (PE), afirmando que o fornecedor dos serviços de internet não poderia filtrar o que o seu usuário acessa.

O único caso nacional que contribui para a regulamentação da neutralidade de rede, presente no art. 9º do Marco Civil da Internet, é a decisão da APELAÇÃO Nº 4007479-71.2013.8.26.0114 (TJ/SP). No referido julgado, é destacado que a neutralidade de rede não pode se sobrepor a ilicitude, seja de natureza civil, seja de natureza penal. Logo, existindo a probabilidade de ilícito, mesmo que apenas civil, de lesão ou dano experimentado por alguém no ambiente da internet ou com o emprego das ferramentas eletrônicas correlatas, a responsabilidade jurídica pelos atos praticados permite que, através de ordem judicial, o acesso aos dados de identificação do usuário ou do terminal do qual partiu a conduta geradora da lesão. Em síntese, em casos de condutas ilícitas ou lesivas, as empresas provedoras de conexão ou de simples guardas de registro, dados pessoais e comunicações privadas tem o dever de informar todos os dados possíveis.

Cabe destacar que a posição referida acima já vinha sendo adotada pelo STJ. No Recurso Especial Nº 1.417.641/RJ, apontou-se que, após o ajuizamento da ação e da pretensão nela contida, o provedor do conteúdo deveria evitar que as informações capazes de identificar o usuário se perdessem. Além disso, afirma-se que o provedor deveria armazenar as informações necessárias à identificação do usuário por um prazo mínimo de três anos.

Portanto, ressaltando a falta jurisprudência clara sobre o tema em tela, pode-se montar uma matriz com os únicos fatores relevantes apontados até o presente momento (ilicitude, lesão ou dano).

Matriz D

LESÃO	ILICITUDE	DANO	RESULTADO
1	1	1	Of
1	1	0	Of
1	0	0	Of
0	1	1	Of
0	0	1	Of
0	1	0	Of
1	0	1	Of
0	0	0	O~f

Obs.: “Of” significa obrigatório informar, enquanto “O~f” significa obrigatório não informar.

Por fim, cabe destacar que o texto original do projeto do Marco Civil afirmava que os provedores de internet deveriam dar tratamento igualitário de acesso e velocidade a todos os sites, a não ser por aspectos técnicos. Já no projeto do relator, Alessandro Molon, destacava-se que a neutralidade poderia ser rompida para priorizar emergências (Segurança pública, por exemplo). A regulamentação ocorreria por decreto presidencial, após consulta ao Comitê Gestor da Internet (CGI). O texto aprovado, em contrapartida, dispunha que, além da CGI, a Anatel deveria ser consultada.

3.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL- COMISSÃO EUROPEIA

O pacote das telecomunicações da União Europeia, criado no ano de 2009, cria o “Organismo dos Reguladores Europeus das Comunicações Eletrônicas” (*Body of European Regulators of Eletronic Communications* – Sigla: BEREC). Esse órgão tem como principal objetivo o reforço da cooperação entre as autoridades reguladoras da União Europeia. Ele é consultado nos projetos cujas medidas estejam relacionadas à

regulação dos mercados de telecomunicações a partir das autoridades citadas acima, mas, também, da Comissão Europeia. Ressalta-se, por fim, que o órgão também participa na elaboração de lei sobre telecomunicações da União Europeia.

Desde 2009, a Comissão Europeia, o Parlamento Europeu e o Organismo dos Reguladores Europeus das Comunicações Eletrônicas realizam consultas públicas e produzem relatórios sobre quanto o seguinte tema: Internet aberta e a neutralidade da rede na Europa.

No dia 3 de Abril de 2014, o Parlamento Europeu aprovou uma proposta proibindo que servidores de Internet restringissem ou intensificassem serviços para determinados usuários. O objetivo da lei era o tratamento igualitário entre todos os contratantes, tornando ilegal o bloqueio, a diminuição ou a preferência de tratamento para determinadas aplicações e serviços, independentemente da razão alegada. Além disso, o Parlamento proibiu a cobrança de roaming para usuários de telefone celular que viajassem em países da União Europeia. Destaca-se que o projeto ainda precisa da aprovação dos governos nacionais.

O projeto supracitado prevê que os provedores de internet terão permissão para bloquear ou dificultar o acesso à internet somente nos seguintes casos: 1) Execução de ordem judicial; 2) Preservar a segurança da rede; 3) Prevenir congestionamentos temporários da rede. Mesmo nos seguintes casos, as medidas devem ser: 1) Transparentes, não discriminatórias e proporcionais; 2) Não devem durar mais do que o necessário.

Fonte: <http://goo.gl/Pdxz2r>

A partir destas informações, pode-se montar uma matriz sobre os fatores relevantes destacado no projeto europeu:

Matriz E

Execução	Preservação	Prevenção	Transparência [...]	Tempo necessário	Resultado
1	1	1	0	0	Pa

1	1	0	0	0	Pa
1	0	0	0	0	Pa
0	1	1	0	0	Pa
0	1	0	0	0	Pa
0	0	1	1	0	Pa
0	0	1	0	0	Pa
1	0	1	0	0	Pa
1	1	0	1	0	O~a
1	1	0	0	1	O~a
0	1	1	1	0	O~a
0	1	0	0	1	O~a
0	1	0	1	0	O~a
1	0	0	1	0	O~a
1	0	0	0	1	O~a
0	1	0	1	0	O~a
0	1	0	0	1	O~a
0	1	0	1	1	O~a
0	1	0	1	1	O~a
1	0	1	0	1	O~a
1	0	1	1	0	O~a
0	1	1	0	1	O~a
1	1	0	1	0	O~a
1	1	1	0	0	O~a
0	0	1	1	1	O~a
0	1	1	1	1	O~a
1	0	1	1	1	O~a
1	1	0	1	1	O~a
1	1	1	0	1	O~a
1	1	1	1	0	O~a
1	1	1	1	1	O~a
0	0	0	0	0	O~a

Legenda: “Pa” significa que a atuação dos provedores é permitida, enquanto “O~a” significa que a atuação dos provedores é proibida

3.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL- ESTADOS UNIDOS

Nos EUA, a Comissão Federal de Comunicações (“Federal Communications Commission” – Sigla: FCC), equivalente à ANATEL, optou por enquadrar o acesso à internet em alta taxa de transferência (banda larga) no Segundo Capítulo II (“*Title II*”) da lei americana de telecomunicações (“*Communications Act of 1934*”). Destaca-se que as regras de internet aberta, criadas pela FCC, são válidas tanto para serviços de banda larga móvel fixo quanto móvel.

As três principais regras sobre o assunto são:

- a) Proibição de bloqueio (“*no blocking*”): Provedores de banda larga não podem bloquear o acesso a conteúdo, aplicações, serviços e dispositivos que sejam lícitos e não causem dano;
- b) Proibição de retardos intencionais (“*no throttling*”): Provedores de banda larga não podem prejudicar ou reduzir tráfego de Internet com base em conteúdo, aplicações, serviços ou dispositivos que não causem dano à rede. Em outras palavras, o FCC dispõe que os servidores não poderão alterar o tráfego de internet com base em que manda, para onde vai e qual o seu conteúdo;
- c) Proibição de priorização paga (“*no paid prioritization*”): Provedores de banda larga não podem favorecer algum conteúdo lícito em detrimento de outro conteúdo lícito por qualquer motivo. Em síntese, estão proibidas as vias rápidas (“*no fast lanes*”);

Com estes dados, pode-se formar a seguinte matriz:

Matriz F

Priorização de bloqueio	Retardos intencionais	Priorização paga	Resultado
-------------------------	-----------------------	------------------	-----------

1	1	1	O~a
1	1	0	O~a
1	0	0	O~a
0	1	1	O~a
0	0	1	O~a
0	1	0	O~a
1	0	1	O~a
0	0	0	Oa

Fonte: <http://goo.gl/K4Jl8S>

Legenda: “O~a” significa ação proibida, enquanto “Oa” significa ação obrigatória

4. PROPOSTA DE MUDANÇA DO ARTIGO 9º DO MARCO CIVIL-SOBRE OS POSSÍVEIS PONTOS A SEREM TRATADOS NO DECRETO REGULAMENTAR

Dada a situação de o Brasil ser um país de grande território, é esperado que a sua infraestrutura seja heterogênea e apresente disparidade na disponibilidade das possibilidades de comunicação via internet. É razoável supor a existência de regiões em que a infraestrutura da rede seja tão precária que a acessibilidade de toda a população local seja comprometida caso se mantenha o fluxo de transmissão de dados igual à média observada nas localidades mais estruturadas.

Neste caso, seria possível viabilizar políticas públicas como a “Internet 0800” em que determinadas localidades possam ter acesso gratuito a certos sites de utilidade pública. Ressalta-se que a prestação adequada de serviços descrita na legislação remete aos aspectos relacionados a acessibilidade.

Portanto, sob as hipóteses de precariedade da infraestrutura (Prec) e a existência de projetos (Proj) devidamente aprovados pelo órgão estatal competente, as características dos pacotes de dados serão eventualmente não equivalentes e a discriminação será permitida (P~i). A matriz deontica que se obtém é:

Matriz G

Proj	Prec	R
0	1	Oi

1	0	O _i
1	1	P _i
0	0	O _i

4.1 DA INCLUSÃO DA ILICITUDE COMO CAUSA DE AFASTAMENTO DA NEUTRALIDADE DA REDE

A redação atual adotada pelo legislador quando da edição da Lei 12.965 de 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet, busca enfatizar a neutralidade da rede e suprimir qualquer forma de discriminação de dados que possa ser feita pelos responsáveis pela transmissão, comutação ou roteamento dos serviços de internet. Para tanto, elenca em seu artigo 9º os raros casos em que está permitida a discriminação de pacotes de dados, tornando regra a não-discriminação. Em seus incisos I e II do parágrafo 1º, tal lei ressalta as duas hipóteses em que é aceito o rompimento da neutralidade da rede. Contudo, há de ser observada a ausência de situações diversas que não estão abarcadas pela redação adotada, notadamente a relacionada a atos ilícitos.

Tais atos, quando cometidos por meio de utilização da rede mundial de computadores, não possuem motivação aparente para a manutenção de seu tratamento igualitário com relação aos demais. A transferência ilegal de pacotes de dados que infringe direitos autorais é recorrente, não só pela facilidade de transmissão de dados, posto que não há qualquer restrição de conteúdo adotada pelas empresas fornecedoras dos serviços de internet, como pela ausência de fiscalização sobre as atividades ilegais no ramo virtual. Neste exemplo específico, cite-se o compartilhamento ilegal de músicas, filmes e demais meios audiovisuais. Ato que ocupa de sobremaneira a capacidade dos provedores de acesso, reduzindo a qualidade da internet para usuários de atividades lícitas, que são penalizados pela omissão do legislador neste caso específico.

Quando da defesa de uma posição contrária à promulgação do Marco Civil da Internet, empresas e personalidades políticas elencam a redução da qualidade da internet como um dos grandes fatores problemáticos da neutralidade da rede, pois, se por um lado permite um tratamento isonômico entre os diferentes tipos de pacotes de dados, penaliza os usuários de mecanismos simples e virtualmente leves, pois aqueles que utilizam transmissão de vídeos, músicas e ligações, elementos que exigem maior volume de banda,

acabam por ocupar espaço no sistema que poderia ser destinado para outras funcionalidades.

Esse argumento, de fato relevante, não é tão importante quanto às possibilidades trazidas pela implementação de uma *web* isonômica, que promova o acesso de modo igualitários aos diferentes tipos de usuários e não repita em um ambiente virtual as dissonâncias que possuímos do campo fático social. Contudo, ao se tratar de atos ilícitos, não há que se falar em promoção de segregação social. A permissão do tratamento desigual se torna necessária a fim de coibir práticas ilegais e não punir usuários que utilizam o sistema de modo adequado, à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Ao analisar o caso sob a perspectiva de inferências deônticas, nota-se que, diferentemente do apresentado na Matriz C, uma nova situação e permissividade do tratamento não isonômico surge: Aquela em que não há dano aos demais usuários ($\sim D$), não há a prática de condutas anticoncorrenciais ($\sim C$), há a proporcionalidade (P), mas não é necessário aviso prévio ($\sim A$). Assim, a ilegalidade do ato (I) é um fator relevante e que deve ser considerado, quando da redação do artigo que trata da neutralidade da rede.

Da apreensão desses fatores, obtém-se a seguinte matriz:

Matriz H

D	A	C	P	I	R
1	1	1	1	0	Oi
1	1	1	0	0	Oi
1	1	0	0	0	Oi
1	0	0	0	0	Oi
0	0	0	0	0	Oi
0	1	1	1	0	Oi
0	0	1	1	0	Oi
0	0	0	1	0	Oi
0	1	0	0	0	Oi
0	0	1	0	0	Oi

1	1	0	1	0	Oi
1	0	1	1	0	Oi
1	0	0	1	0	Oi
0	1	1	0	0	Oi
1	0	1	0	0	Oi
0	1	0	1	0	P~i
1	1	1	1	1	Oi
1	1	1	0	1	Oi
1	1	0	0	1	Oi
1	0	0	0	1	Oi
0	0	0	0	1	Oi
0	1	1	1	1	Oi
0	0	1	1	1	Oi
0	0	0	1	1	P~i
0	1	0	0	1	Oi
0	0	1	0	1	Oi
1	1	0	1	1	Oi
1	0	1	1	1	Oi
1	0	0	1	1	Oi
0	1	1	0	1	Oi
1	0	1	0	1	Oi
0	1	0	1	1	P~i

Assim, resta claro que, caso haja situação de ilegalidade na atividade do usuário, independentemente do fator aviso prévio (A), os provedores podem intervir e limitar o acesso à banda. Contudo, nos casos que em não se verifica ilegalidade manifesta, este fator volta a ter relevância.

Em linguagem lógica:

$$P \sim i \rightarrow [\sim D \wedge \sim C \wedge P \wedge I] \vee [\sim D \wedge A \wedge \sim C \wedge P]$$

5. MUDANÇAS POSSÍVEIS NO ARTIGO 9º: COMO O ARTIGO PODERIA TER SIDO REDIGIDO

Em vermelho, destacadas os termos que poderiam ter sido considerados pelo legislador na redação do artigo, com base na análise feita:

CAPÍTULO III *DA PROVISÃO DE CONEXÃO E DE APLICAÇÕES DE INTERNET*

Seção I *Da Neutralidade de Rede*

Art. 9º O responsável pela administração, 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, ou por qualquer outro motivo que fira os termos dessa lei.

§ 1º A discriminação ou degradação do tráfego somente poderá decorrer de:

I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações, como quando da ocorrência de congestionamentos temporários na rede; ou

II - priorização de serviços de emergência; ou

III - ordem judicial, por constatação de ato ilícito; ou

IV – programa governamental de acesso à rede, havendo precariedade estrutural a ser compensada e respeitado o disposto neste diploma.

§ 2º Na situação prevista pelo inciso III ficará o administrador, transmissor, comutador ou roteador obrigado a armazenar, por tempo estipulado pelo juiz, os dados que identifiquem o usuário autor de conduta ilícita.

§ 3º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 1º, o responsável mencionado no caput deve:

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

II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;

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

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

V – abster-se de criar linhas preferenciais de transmissão de pacotes de dados injustificadamente, nos termos deste artigo.

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

Parágrafo único. Fica, para os fins pretendidos por esse artigo, isonomia entendida como o tratamento igualitário ou tratamento desigual conforme necessário, em obediência às situações previstas nos incisos I, II e III, respeitados os deveres do responsável mencionado no caput.

6. SUGESTÃO DE DECRETO REGULAMENTAR

Considerando o exposto até este momento, propomos uma redação de decreto regulamentar capaz de especificar conceitos, dando maior clareza ao artigo 9º da Lei 12.965 e possibilitando, assim, sua aplicação.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, caput, inciso IV, da Constituição, DECRETA:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a discriminação ou degradação do tráfego, conforme disposto no § 1º do art. 9º da Lei nº 12.965, de 23 de Abril de 2015.

Art. 2º Entende-se por requisitos técnicos indispensáveis os requisitos relacionados à priorização de pacotes de dados e os requisitos relacionados à segurança da rede.

§1º A priorização de pacotes será baseada somente em critérios técnicos indispensáveis para a preservação da qualidade de experiência do usuário durante período de congestão na rede ou em situação de latência.

I - A latência será baseada no tipo de pacote de dados, que podem ser diferenciados somente pela sua natureza técnica;

II – Caso não haja congestão na rede ou não haja condições adversas, o administrador de rede deverá tratar todos os pacotes de maneira isonômica;

III – A priorização de pacotes em casos é legítima desde que os critérios sejam transparentes e a política seja informada ao usuário;

IV – A priorização de pacotes deve ser não discriminatória sempre que for possível;

V - Se a priorização é estritamente necessária, a prática adotada:

a) Não deve priorizar aplicações específicas em detrimento de outras aplicações semelhantes;

b) Poderá priorizar classes de aplicações mais sensíveis à latência, desde que baseada em critérios técnicos ou em escolha dos usuários, definida no roteamento local ou na contratação.

c) Deve observar os requisitos de validade previstos no art. 9º, § 2º.

§2º Nos casos em que envolvam ameaça à segurança da rede ou ameaça à proteção dos usuários, os provedores de acesso estão autorizados a discriminar o pacote de dados.

I – São consideradas ameaças à segurança da rede, atos como:

a) Ataques distribuídos de negação de serviço (DDoS);

b) Softwares maliciosos;

c) Spam.

II – No caso de intervenção do provedor, deve-se observar:

a) As recomendações adotadas por organizações internacionais de padronização de protocolos e de governança da internet;

b) Os requisitos de validade previstos no art. 9, §2º.

§3º As práticas de priorização que não se baseiem em critérios estritamente técnicos devem ser alocadas apenas ao usuário em sua rede doméstica ou empresarial, e não podem isentar os provedores de cumprirem níveis mínimos de qualidade de serviço, estabelecidos em contrato ou em regulação específica.

Art. 3º Entende-se por serviços de emergência os serviços de transmissão, comutação ou roteamento de dados, que deverão ser priorizados em casos de emergência e de interesse nacional crítico. As situações que ensejam essa discriminação são:

I- desastre, entendido como resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais;

II- situação de emergência, entendida como situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;

III- estado de calamidade, decretado por autoridade competente nos termos do artigo 7º do decreto nº7257, de 4 de agosto de 2010;

IV- mitigação de ataque cibernético, em que o provedor de conexão poderá adotar medidas de filtragem ou bloqueio de pacotes relacionados ao ataque a fim de garantir confidencialidade, integridade e disponibilidade do serviço;

V- guerra externa, nos termos da competência privativa da Presidência da República expressos no artigo 84, inciso XIX, se do conflito resultar comprometimento parcial da rede danoso a órgãos da Defesa Civil ou Forças Armadas.

§1º Será justificada a discriminação entre pacotes de dados se em regime de urgência, e em consonância com o inciso II, artigo 9º da Lei 12.965; tiverem o objetivo de viabilizar:

I- ações de socorro entendidas como ações imediatas de resposta aos desastres com o objetivo de socorrer a população atingida, nos termos do decreto nº7257, de 4 de agosto de 2010;

II - ações de assistência às vítimas entendidas como ações imediatas destinadas a garantir condições de incolumidade e cidadania aos atingidos, nos termos do decreto nº7257, de 4 de agosto de 2010;

III - ações de restabelecimento de serviços essenciais entendidas como ações de caráter emergencial destinadas ao restabelecimento das condições de segurança e habitabilidade da área atingida pelo desastre, nos termos do decreto nº7257, de 4 de agosto de 2010.

Art. 4º Consideram-se condutas anticoncorrenciais, no âmbito da Lei 12. 965, qualquer tipo de análise do conteúdo, bloqueio, monitoramento ou filtragem de pacotes de dados; condutas essas exercidas pelo provedor de internet ou pelo responsável na transmissão, comutação ou roteamento com o intuito de realizar as infrações previstas no Capítulo II, artigo 36 da Lei 12529 ou de fomentar, por qualquer razão, a conquista ilícita de mercado por grupo econômico.