Revista Electrónica de Direito

O contrato de fornecimento de acesso à internet e o princípio da neutralidade da rede: contributo para a regulação do ciberespaço

Net neutrality and the internet access contract: contribution for the regulation of cyberspace

José Manuel Coelho Dias Fernandes

Analyst, Deloitte Consultores, Portugal

Fevereiro de 2017

RESUMO: O presente estudo tem por objeto a questão jurídica da neutralidade da internet. Partindo de uma análise de caráter geral à relação contratual que subjaz ao fornecimento de acesso à internet, são analisadas as coordenadas legais que disciplinam esta relação privada, cruzando, no plano do Direito da União, os quadros jurídicos da sociedade da informação e das redes e serviços de comunicações eletrónicas, e no plano nacional, a disciplina dos Serviços Públicos Essenciais e da legislação setorial específica do setor das comunicações.

A investigação recolhe, numa segunda fase, os principais contributos académicos – das áreas do Direito, da Economia e da Engenharia de Redes – para a compreensão do paradigma da neutralidade, com vista à formulação de um juízo de oportunidade em face da sua imposição jurídica. Segue-se uma apresentação crítica das soluções já conhecidas e aplicadas pelos vários estados e atores com vista a um determinado efeito sobre a neutralidade da internet, concedendo-se especial enfoque àquelas adotadas nos Estados Unidos da América e na União Europeia.

Finalmente, inclui-se uma resenha crítica em face dos principais problemas e possíveis soluções emergentes do ciberespaço, criando pontos de contacto entre Direito e Tecnologia na procura de uma internet mais livre, aberta e justa.

PALAVRAS-CHAVE: neutralidade da internet; neutralidade da rede; contrato; sociedade da informação; serviços públicos essenciais; fornecimento de acesso à internet; serviços de comunicações eletrónicas; lex informatica; Direito das Telecomunicações; Lei das Comunicações Eletrónicas; regulação da internet; Regulamento 2015/2120; internet aberta.

ABSTRACT: The present paper focuses on the legal matter of network neutrality. Starting from a Contract Law approach to the arrangement underlying the user's access to the internet, the analysis contemplates elements from both the European Union and Portuguese legal frameworks regarding information society services, electronic communications services and networks, and consumer law.

The investigation then collects the main academic contributions – from a legal, economical and engineering perspective – towards a position on the matter of imposing a network neutrality solution. Accordingly, there are presented the legal regimes adopted by states and other actors to preserve network neutrality with special attention to those adopted in the United States of America and in the European Union.

Furthermore, the matter of understanding what interactions can be drawn on the fields of law and technology is also addressed, bringing to light some of the major legal issues and solutions emerging from cyberspace.

KEY WORDS: network neutrality; internet neutrality; internet access provider; zero rate; telecommunications law; information society; internet governance; cyberlaw; IT law; online equivalence; free speech; open internet.

SUMÁRIO*:

Introdução

1. O contrato de fornecimento de acesso à internet.

1.1. Caracterização e aspetos gerais.

1.2. Serviços da sociedade da informação e comunicações electrónicas.

1.3. Utilizador, assinante, consumidor e utente: a proteção polimórfica da LSPE e da LCE.

1.4. A neutralidade enquanto limite ao conteúdo contratual.

2. O princípio da neutralidade da rede.

2.1. Primeira abordagem e sentidos: a 'neutralidade tecnológica'.

2.2. A arquitetura da rede.

2.2.1. O traçado original da internet.

a) O *end-to-end principle* e a *dumb network.*

b) A interoperabilidade.

2.2.2. A emergência de um novo modelo.

a) As *delay sensitive apps.*

b) A segurança e a integridade.

c) A *deep packet inspection.*

d) A gestão da rede.

2.3. Concorrência e inovação na internet.

2.3.1. Os *zero rate agreements.*

2.4. Liberdade de expressão e de informação: literacia e autodeterminação na internet.

2.5. A (ir)relevância da ilegalidade dos conteúdos.

3. A regulação da neutralidade.

3.1. Generalidades e valores em jogo.

3.2. A abordagem norte-americana.

3.2.1. Do *Communications Act* de 1934 ao *Telecommunications Act* de 1996: uma aproximação ao Direito das Telecomunicações nos EUA.

3.2.2. A desregulação da banda larga: *common carriers* e *information services* (2002-2005).

* O presente texto corresponde com pequenas correções formais à Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Porto com vista à obtenção do Grau de Mestre em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Civilísticas, realizada sob a orientação da Prof. Doutora Maria Raquel Guimarães (FDUP) e a coorientação do Prof. Doutor Luís Antunes (FCUP).

3.2.3. A *Internet Policy Statement* e o caso *Comcast* (2005-2010).

3.2.4. A FCC Obama e as *Open Internet Rules* (2010-2014).

3.2.5. *Verizon* v. FCC, a *Open Internet Order* e a promessa de uma internet livre (2014-2015).

3.3. A abordagem europeia.

3.3.1. Elementos gerais.

3.3.2. O Regulamento (UE) 2015/2120, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, e a "internet aberta".

Conclusão

Bibliografia

Legislação

Se realmente for comprovado esse divórcio definitivo entre o conhecimento (no sentido moderno de 'know-how') e o pensamento, então passaremos, sem dúvida, à condição de escravos indefesos, não tanto das nossas máquinas como do nosso 'know-how', criaturas desprovidas de raciocínio, à mercê de qualquer engenhoca tecnicamente possível, por mais mortífera que seja.

Hannah Arendt, 1958.

Introdução

A internet constitui uma das mais revolucionárias invenções do nosso tempo. Fruto de uma "encruzilhada insólita entre a ciência, a investigação militar e a cultura libertária"[1] a rede impôs-se – nas décadas seguintes à sua criação – ao Homem desestabilizando algumas das suas coordenadas existenciais mais óbvias, levando a que variáveis tidas por absolutas, como o tempo e o espaço[2], ou o público e o privado[3], perdessem no contexto das sociedades (tecnologicamente) mais desenvolvidas a centralidade de que beneficiavam enquanto realidades ontológicas. A mercantilização dos dados informáticos, parte de um processo maior de exponencial valorização do conhecimento e da informação, desenha-se hoje na já apelidada de Idade da Informação, epítome de um tempo marcado pela desmaterialização da riqueza, na qual a informação, *rectius* os dados, representam, hoje, o mais valioso dos recursos, unidade molecular do consumo massificado de produtos incorpóreos, transacionados e consumidos num espaço apátrida.

Uma "relação de exclusão recíproca"[4] entre Direito e Tecnologia, num primeiro momento algo convidativa[5], não subsistiria na internet, atenta a rápida assimilação da ferramenta pelas comunidades, o fenomenal incremento do acesso e os exponenciais ganhos económicos por ela potenciados – sobretudo aquando da proliferação do comércio eletrónico. Alguns dos principais temas que hoje marcam a tensão normativa na rede global opõem o caráter

[1] MANUEL CASTELLS, *A Galáxia Internet: Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade,* Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 34 *apud* JOSÉ PEDRO TEIXEIRA FERNANDES, "Da utopia da sociedade em rede à realidade da sociedade em risco" *in Análise Social,* n.º 207, vol. XLVIII (2.º), 2013, p. 265.

[2] Afirmando que "o nosso viver despacializou-se", JOSÉ DE FARIA COSTA, "A Globalização e o Direito Penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude)", in *Globalização e Direito – Studia Juridica, 73, Colloquia, 12,* Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 186, também referido por ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "Direito ciberespacial: 'soft law' ou 'hard law'?", *in* FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS E. M. MACHADO, JOÃO CARLOS LOUREIRO (organ.); *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume III - Direitos e Interconstitucionalidade: Entre Dignidade e Cosmopolitismo, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 689.

[3] Aplicando a teoria dos elementos inarticulados, *vide* DAVID CASACUBERTA & MAX SENGES; "Do we need rights in Cyberspace? Discussing the case of how to to define on-line privacy in an Internet Bill of Rights", *in Enrahonar: Quadernes de filosofía,* nº. 40/41, 2008, pp. 107-109. Lembrando a internet enquanto meio, simultaneamente, de comunicação privada e de comunicação social, e os desafios daí advindos, MARÍA LUISA FERNÁNDEZ ESTEBAN, "La regulación de la Libertad de Expresíon en internet en Estados Unidos y en la Union Europea", *in REP (nueva época*), n.º 103, 1999, p. 154, *apud* SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, *A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet,* Coimbra, Almedina, 2000, pp. 104-105. Por último, também em EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, "Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo", *in Estudos Avançados,* vol. 30, n.º 86, 2016, pp. 269-285, disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269 (última visita a 02/02/2016), pp. 269-272, se refere que "a internet transformou as distinções entre esses espaços (*esferas pública e privada)*" apontando-se o surgimento de uma "esfera virtual".

[4] ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "Direito ciberespacial: 'soft law' ou 'hard law'?", *cit.,* p. 691

[5] Por todos, *vide* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "O "Marco Civil da Internete": A Lei Brasileira n.º 12965, de 23 de Abril de 2014", *in Revista de Direito Intelectual,* n.º 2, 2015, Coimbra, Almedina, 2015, p. 275, afirmando que os "últimos anos do séc. XX trouxeram o golpe de realidade ao mito de um espaço alheio ao Direito".

privado das relações que o utilizador aí estabelece[6] à necessidade de proteção de bens jurídicos de natureza civilizacional, os quais podem, pelo menos em certos momentos, conflituar com os interesses, muitas vezes legítimos, de um "setor que passou da subsistência ao desenvolvimento"[7], assente numa filosofia de mercado para quem o contrato – enquanto instrumento de vontade – é princípio e fim. A ordenação do espaço digital, emancipada da ilusão anárquica de uma "zona livre de Direito" eternizada na sedutora Declaração de Independência do Ciberespaço de John Perry Barlow[8] de 1996, procura hoje respostas concretas às questões do anonimato, da criptografia, dos *big data*, da unidade de protocolos, numa tensão sobejamente conhecida dos juristas, quase sempre contrapondo liberdade – nas formas múltiplas que esta pode assumir de privacidade, autodeterminação, iniciativa económica – e segurança – vestida da tensão securitária que faz crer que as ameaças são todas e estão em toda a parte.

O trabalho que agora se apresenta pretende, em primeira linha, clarificar esta matéria, chamando a atenção para a problemática subjacente à discriminação dos dados em trânsito nas redes de comunicações eletrónicas, aproveitando a oportunidade para lançar um olhar crítico sobre aspetos diversos do contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, em especial no que respeita ao fornecimento de acesso à internet. A ordenação do ciberespaço[9] dentro dos conceitos e categorias já conhecidos da ciência jurídica é um imperativo da acomodação de novas e mais complexas realidades tecnológicas, e da construção de posições primárias de Direito que tenham em conta essas mesmas realidades e face às quais seja possível construir premissas jurídicas baseadas no sistema e nas valorações pré-existentes. No que diz respeito à interpretação jurídica dos novos fenómenos de comunicação global não convencem, por um lado, a visão segundo a qual a internet é mais um de muitos avanços, comparável à mala-posta ou ao telégrafo, nem uma perspetiva abrupta, face à qual a *web* tornou obsoletas formas milenares da ordenação como o contrato ou a responsabilidade civil[10]. A neutralidade da internet é uma de muitas matérias nas quais se defrontam um modelo de normatividade[11] assente sobretudo em expedientes de "direito autónomo"[12] e a necessidade de adoção de mecanismos formais de criação de Direito, cuja função passa, também, por "estabilizar as expectativas jurídicas da sociedade"[13].

---

[6] LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Reflexões sobre a governação e a regulação da internet, com especial consideração da ICANN", *in* DÁRIO MOURA VICENTE (coord.), *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão: 50 anos de vida universitária,* Coimbra, Almedina, 2005, p. 364, referindo o "caráter eminentemente privado da internet".

[7] PEDRO GONÇALVES, "Regulação das Comunicações Electrónicas em Portugal*", in Revista de Direito Público da Economia*, n.º 15, Belo Horizonte, 2006, pp. 120-121, disponível em http://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/534.PDF (última visita a 25/05/2016).

[8] *A Declaration of the Independence of Cyberspace,* 1996, disponível em http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html (última visita a 08/06/2016).

[9] Criticando a adoção do termo "ciberespaço" pela sua inadequação etimológica ao "espaço virtual" *vide* EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, "Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo", *cit.,* p. 283, nota 1.

[10] Referindo o ponto, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "Vinho Novo em Odres Velhos? A responsabilidade civil das "operadoras de Internet" e a doutrina comum da imputação dos danos", in *Revista da Ordem dos Advogados,* ano 59, vol. II, Lisboa, 1999, pp. 689-692.

[11] Relacionando normatividade e juridicidade, esclarecendo acerca da sua independência, *vide* ROLF H. WEBER "Future Design of Cyberspace Law", *in Journal of Politics and Law*, vol. 5, nº. 4, 2012, disponível em http://dx.doi.org/10.5539/jpl.v5n4p1 (última visita a 01/06/2016), p. 6.

[12] A expressão em língua portuguesa é de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Reflexões sobre a governação e a regulação da internet, com especial consideração da ICANN", *in* DÁRIO MOURA VICENTE (coord.), *Estudos de Direito*

O presente trabalho começa com a tentativa de depuração da relação contratual que permite ao utilizador (ou ao assinante?) a exploração do infinito mundo do ciberespaço. Cruzar-se-ão as abordagens, nem sempre coincidentes, do Direito da União e do legislador pátrio, em busca de um primeiro elemento que permita aferir da normatividade, e provável juridicidade, da neutralidade. Não se perde, ainda, a oportunidade para refletir sobre alguns pontos do quadro jurídico da sociedade da informação procurando o aprimoramento das coordenadas legislativas de tão crucial segmento do ordenamento jurídico.

Um segundo capítulo pretende dar resposta à questão de saber qual é, afinal, a natureza da premissa da neutralidade, suas origens, funções e clientelas servidas, procurando uma valoração crítica do seu conteúdo e da sua natureza enquanto putativa norma jurídica. Também aqui se tenta, nos limites do espaço e tempo consentidos a esta investigação, inserir o problema da neutralidade na questão mais ampla da regulação do ciberespaço em busca de pontes e dissonâncias, num terreno necessariamente interdisciplinar (Direito, Informática, Economia) e pluriestadual[14].

Reserva-se, no final do texto, uma incursão pelo espaço jurídico da neutralidade da internet, num sentido mais estrito, procurando nos entraves passados e nas soluções presentes, o futuro de uma ordem de sentido coerente e mais eficaz.

1. O contrato de fornecimento de acesso à internet

1.1. Caracterização e aspetos gerais

Em Portugal estima-se que no ano de 2015 quase 70% dos lares se encontrassem ligados à internet através de banda larga[15], num total de mais de 2,7 milhões de assinantes[16] de acesso à internet em 2014. Os números são o resultado de uma política comprometida com a universalização do acesso à rede[17], inserida no mais vasto objetivo de promover no país

Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão: 50 anos de vida universitária, Coimbra, Almedina, 2005, p. 370.

[13] ROLF H. WEBER, "Future Design of Cyberspace Law", *cit.,* p. 6.

[14] Evidenciando o desafio que a "inexistência de claros limites espaciais de aplicação normativa" sempre impõem ao Direito, *vide* LUÍSA NETO, "Informação e Liberdade de Expressão na Internet e Violação de Direitos Fundamentais: Um Conflito de (Im)possível Resolução", *in Informação e Liberdade de Expressão na Internet e a Violação de Direitos Fundamentais – Comentários em Meios Online, Textos do Colóquio na Procuradoria Geral da República,* Lisboa, INCM – Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2014, p. 29.

[15] PORDATA – BASE DE DADOS PORTUGAL CONTEMPORÂNEO, "Agregados domésticos privados com computador, com ligação à Internet e com ligação à Internet através de banda larga (%) em Portugal", 2015, disponível em http://www.pordata.pt/Portugal/Agregados+domésticos+privados+com+computador++com+ligação+à+Internet+e+com+ligação+à+Internet+através+de+banda+larga+(percentagem)-1158 (última visita a 04/06/2016).

[16] PORDATA – BASE DE DADOS PORTUGAL CONTEMPORÂNEO, "Assinantes do acesso à Internet em Portugal", 2016, disponível em http://www.pordata.pt/Portugal/Assinantes+do+acesso+à+Internet-2093 (última visita a 04/06/2016).

[17] Em 2005, a iniciativa *Ligar Portugal* assumia como meta para *Portugal Digital 2010* triplicar o número de agregados com ligação de banda larga à internet: 17% em 2004, para 50% de penetração até 2010. Os números de meados da década passada embaraçavam Portugal, colocando-o na cauda da União não só em termos de utilização da internet, mas também no que dizia respeito, por exemplo, a uso do computador pessoal. Não seria indiferente a constatação de um mercado de telecomunicações pouco competitivo. Sobre o estado da sociedade da informação àquela altura *vide* GOVERNO DA REPÚBLICA PORTUGUESA (XVII), *Ligar Portugal: um programa de ação integrado no Plano Tecnológico do XVII Governo: Mobilizar a Sociedade de Informação e*

uma cultura de uso diário das tecnologias de informação e comunicação: "A generalização do acesso à Internet e às Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) é crítica para o desenvolvimento da sociedade portuguesa"[18]. O investimento na criação de uma ambiciosa rede europeia de banda larga, acessível a 100% dos cidadãos, passou a integrar em 2010 a Agenda Digital para a Europa, promovida pela Comissão Europeia, tendo o objetivo sido atingido em 2013[19]. Independentemente do meio físico[20] pelo qual a informação viaja entre o dispositivo do utilizador e a rede propriamente dita, existe uma entidade intermediária responsável por inserir o dispositivo individual no esquema global da rede, o fornecedor de acesso à internet. O contrato de fornecimento de acesso à internet é assim o vínculo contratual necessário através do qual o utilizador acede à rede global, assim se tornando parte da sociedade da informação[21].

A designação *fornecimento de acesso à internet* ilustra mais corretamente a função e o sentido do contrato que vincula operador e assinante, contrapondo-o às variadíssimas prestações de serviços que o utilizador poderá contratar com entidades que, não fornecendo o acesso, atuam na rede – prestando espaço e conteúdos, vendendo bens e serviços variados. Em ordem a assegurar o rigor e a precisão da terminologia que se pretende utilizar no texto, designar-se-ão por fornecedores de acesso os *internet service providers* (ISP's), preferindo-se a designação prestadores de conteúdos, serviços e aplicações para indicar todos aqueles que utilizam a rede como meio de negociação ou meio de cumprimento dos contratos por si celebrados. Ambos se incluem numa categoria mais abrangente que aqui se designa por prestadores de serviços em rede, ou prestadores de serviços na internet, de resto coincidente com a maioria da literatura, sobretudo de origem anglo-saxónica, que divide os operadores na internet entre *network providers, access providers* e *content providers*[22] [23]. Os primeiros serão os proprietários ou exploradores da rede propriamente

---

do Conhecimento, 2005, disponível em http://www.ligarportugal.pt/pdf/ligarportugal.pdf (última visita a 03/04/2016).

[18] GOVERNO DA REPÚBLICA PORTUGUESA (XVII), *Ligar Portugal: um programa de ação integrado no Plano Tecnológico do XVII Governo (…)*, *cit.,* p. 4.

[19] COMISSÃO EUROPEIA, "Uma Agenda Digital para a Europa", *Compreender as Políticas da União Europeia,* Serviço das Publicações da União Europeia, 2014, disponível em http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/pt/digital_agenda_pt.pdf (última visita a 23/05/2016), p. 4.

[20] A ligação pode ocorrer através de uma linha de cobre, uma ligação cabo, fibra ótica, e ainda através de uma ligação sem fios, na qual o fornecimento de sinal é assegurado por um satélite ou por um conjunto de antenas, estas por sua vez novamente ligadas à rede através de cabo terrestre. A concretização da ligação física está naturalmente sujeita à pesquisa e desenvolvimento de novos e mais eficazes métodos de transmissão da informação. As especificidades técnicas das ligações podem condicionar o funcionamento da rede – em termos, nomeadamente, da qualidade oferecida ao utente –, mas serão irrelevantes no que toca aos traços gerais do contrato e das prestações envolvidas.

[21] Recupera-se a definição de sociedade da informação presente em MISSÃO PARA A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, *Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal,* 1997, disponível em http://purl.pt/239/2/ (última visita a 23/05/2016): "refere-se a um modo de desenvolvimento social e económico em que a aquisição, armazenamento, processamento, valorização, transmissão, distribuição e disseminação de informação conducente à criação de conhecimento e à satisfação das necessidades dos cidadãos e das empresas, desempenham um papel central na actividade económica, na criação de riqueza, na definição da qualidade de vidos dos cidadãos e das suas práticas culturais.", *apud* LUÍSA NETO, "Ciência da Informação e Direito: um novo paradigma de reconstrução do papel do Estado no contexto da sociedade global da informação" *in* FERNANDA RIBEIRO, LUÍSA NETO, RICARDO PERLINGEIRO (Coord.), *A informação jurídica na era digital,* Porto, Edições Afrontamento, 2012, p. 41. É por demais evidente o efeito altamente exclusivo que a privação de acesso à internet potencia nos cidadãos ditos "à margem" da sociedade da informação, também designados de infoexcluídos.

[22] Em termos literais, fornecedores de rede, fornecedores de acesso, e fornecedores de conteúdos. Conforme aponta DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *in International Journal of Law and Information Technology*, vol. 20, n. º 1, 2012, p. 61, os fornecedores de rede

dita[24], possibilitando aos segundos – sobretudo através da obrigação de interoperabilidade[25] – a prestação do serviço de fornecimento de acesso. O último grupo reúne toda e qualquer entidade que utiliza a internet para prestação de um serviço, conteúdo ou aplicação. A categoria muito ampla de *content providers* pode ainda ser alvo de várias subdivisões, em função precisamente dos diferentes serviços prestados na internet – pense-se num prestador de serviço de busca (comummente designado por motor de busca) ou numa qualquer loja *online*[26]. O *internet service provider* será, de qualquer das formas, o fornecedor do serviço de internet e não um fornecedor de serviços na internet[27] [28].

---

serão as mais das vezes também fornecedores de acesso, mas isso resulta da organização económica da atividade de fornecimento de acesso, nada impondo essa circunstância.

[23] A classificação que aqui se adota tem por critério determinante a função tecnológica que cada categoria de intervenientes desempenha, com especial enfoque na relação jurídica de fornecimento de acesso à internet. Isto não prejudica outras categorizações, sucessivas e não conflituantes, em função de outros problemas jurídicos que, em concreto, se apresentem para reflexão. Exemplo disso mesmo se colhe no estudo da responsabilidade civil na internet que autonomiza, dentro dos *content providers*, diferentes atores e intervenientes em função das especificidades de cada um – dois exemplos podem ser encontrados em LUÍS MENEZES LEITÃO, "A Responsabilidade Civil na Internet"*, in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, vol. 1, Lisboa, 2001, pp. 182-183, e em ANGELO PIAZZA, "La responsabilità civile dell'Internet Provider" *in Contratto e Impresa*, vol. 20, n.º 1, 2004, p. 1132, nota 6. O que aqui vai dito pretende alertar sobretudo para o facto de a ciência jurídica não poder ignorar as classificações tecnológicas predominantes, adulterando-lhe sentidos e ficcionando funções, sob pena de impossibilitar o diálogo Direito-Tecnologia.

[24] Assinale-se desde já uma grande diferença na estrutura do setor do fornecimento de acesso observada nos blocos europeu e norte-americano: enquanto na Europa as redes são maioritariamente fruto de investimento público, as quais podem ser utilizadas mediante certas contrapartidas pelos operadores de mercado – cfr. art. 26.º da Lei das Comunicações Eletrónicas (LCE) -, nos EUA a rede existe sobretudo à custa do esforço financeiro de companhias privadas. Deixamos o leitor com esta nota, de extrema importância na compreensão de uma qualquer solução jurídica de neutralidade, mas voltaremos ao ponto *infra* 2.3.

[25] A interoperabilidade das redes e serviços de comunicações eletrónicas constitui direito e dever destes prestadores. O direito a negociar a interligação e obter o acesso a outras empresas que ofereçam redes e serviços de comunicações eletrónicas (al. a), do art. 22.º da LCE), e a garantia de liberdade de negociação do (art. 62.º da LCE), encontram-se com a obrigação de negociar a interoperabilidade (n.º 2, do art. 64.º da LCE).

[26] O vendedor na internet presta, simultaneamente, um serviço da sociedade da informação. Sobre o ponto, *vide infra* 1.2.

[27] Não totalmente coincidente com esta designação *vide* SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, A *responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet, cit.*, p. 30. A autora faz coincidir a designação anglo-saxónica *internet service provider* com uma categoria mais abrangente de "fornecedores de serviços na internet". Salvo melhor interpretação, semelhante sentido não é predominante na terminologia da língua inglesa, tribuna da linguagem informática, que vê no ISP maioritariamente o fornecedor de acesso e já não outros prestadores de serviços na internet. Podem ainda incluir-se nesta categoria os chamados *host providers,* entidades que fornecem condições para que outras entidades disponibilizem *sites* na internet sem necessidade de manterem uma estrutura técnica própria e independente. O conceito é algo fluído e não utilizado com um só sentido especifico. Também PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, "Responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação", *in* MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, *Lei do Comércio Electrónico Anotada,* Coimbra Editora, 2005, p. 275, analisando a secção 4 da Diretiva sobre Comércio Electrónico (DCE), refere "um regime jurídico específico para a responsabilidade dos ISP (*internet service providers)*". Com o devido respeito, não são (somente) esses os destinatários do regime introduzido pelos art. 12.º a 15.º da DCE, conclusão à qual o lustre autor chega afirmando, logo de seguida, ali estar patente um regime para os "prestadores de serviços em rede". Estes e aqueles não representam os mesmos sujeitos, sendo estes últimos um grupo mais abrangente no qual se incluem os primeiros. A própria linguagem da Diretiva – e dos restantes atos legislativos da União aqui referidos –, embora pouco esclarecedora, nunca faz coincidir o ISP com a categoria abrangente de prestadores de serviços em rede, ou equivalentemente, prestadores de serviços na internet. A versão (em língua inglesa) da DCE, tratando não só a matéria da responsabilidade, mas pontuando as coordenadas gerais de um quadro jurídico da sociedade da informação, refere-se genericamente a *service providers* e *information society service providers*, termos traduzidos na (versão portuguesa do diploma) para os também vulgares prestadores de serviços e prestadores de serviços da sociedade da informação. Estes corresponderão, grosso modo, a todos os prestadores de serviços em rede, sujeitos que atuam na internet, e que a diretiva pretende, pelo menos em alguns aspetos, regular. Já no que diz respeito ao regime de responsabilidade previsto para certos prestadores na rede, constante da Secção 4 da DCE, o legislador da União criou um grupo de "prestadores de serviços intermediários" – *intermediary service providers*, na versão inglesa –, uma amálgama das três categorias aqui referidas como predominantes, à qual se dirigem essas normas. O legislador português, ao cabo da transposição para o direito interno, optou (e bem) por manter a designação da versão portuguesa da Diretiva de "prestadores intermediários de serviços" – capítulo III, artigos 12.º e seguintes da DCE –, inovando em relação ao texto a transpor, por incluir uma definição destes prestadores, descritos no n.º 5 do art. 4.º do RJCE como "os que prestam serviços técnicos para o acesso, disponibilização e utilização de informações ou serviços em linha independentes da geração da própria informação ou serviço".

O fornecimento de acesso é sem dúvida um "serviço de comunicações electrónicas"[29] encontrando-se expressamente previsto na Lei dos Serviços Públicos Essenciais (LSPE)[30] "em ordem à proteção do utente"[31], correspondendo à prestação de um serviço para o qual a lei depreende a existência de um contrato[32]. Estes acordos[33], normalmente reconduzidos a contratos de adesão[34] (concretizados em cláusulas contratuais gerais, ou não), são os instrumentos vinculativos pelos quais uma determinada entidade de mercado se compromete a fornecer ao a partir dali cliente condições de acesso à internet. Decantadas particularidades mais ou menos frequentes, que podem incluir o fornecimento de outros serviços de comunicações eletrónicas[35] [36] – como sejam serviços telefónicos fixo e/ou móvel – o contrato

---

[28] Cfr., exemplificativamente, ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *in Berkeley Technology Law Journal*, vol. 26, 2011, pp. 738-9, contrapondo ISP (fornecedor de acesso) a *provider* (prestadores de conteúdos, aplicações e serviços), e ainda RACHELLE CHONG, "The 31 Flavors of Net Neutrality: A Policymaker's View", *in Intellectual Property Bulletin,* vol. 12, 2007-2008, p. 150, e DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.*, pp. 59-60, ambos contrapondo ISP's e *content providers*. Sem margem para dúvidas *vide* JASPER P. SLUIJS, "From Competition to Freedom of Expression: Introducing Article 10 ECHR in the European Network Neutrality Debate", *in Human Rights Law Review,* vol. 12, n.º 3, 2012, p. 510.

[29] Também o legislador da União não uniformizou a designação dos fornecedores de acesso à internet, referindo-se-lhes como "fornecedores de internet" no considerando n.º 8 da Diretiva Serviço Universal – *providers of Internet connectivity* na versão inglesa –, ou ainda como "prestador de serviço de acesso à internet", desta feita em oposição a "fornecedor de conteúdos, aplicações ou serviços" – *vide* ao longo de todo o Regulamento da Internet Aberta.

[30] Art. 1.º, n.º 2, al. d).

[31] Art. 1.º, n.º 1, da LSPE. É inegável a aplicação do regime da LSPE independentemente de se tratar de fornecimento de acesso à internet fixo ou móvel, conforme apontam MARIANA PINHEIRO ALMEIDA e FERNANDO DIAS SIMÕES, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais – Anotada e Comentada,* Coimbra, Almedina, 2012, p. 38.

[32] Embora a LSPE seja omissa quanto à forma do acordo, a existência de contrato é pressuposto do diploma, que enfermando de nulidade as disposições limitadoras dos direitos dos utentes ali conferidos (art. 13.º, n.º 1), avança a possibilidade de, verificando-se a invalidade, o utente "optar pela manutenção do contrato" (art. 13.º, n.º 3). Neste mesmo sentido *vide* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Serviços Públicos, Contratos Privados", *in* RUI MANUEL DE MOURA RAMOS (organ.), *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, p. 122, e ainda, no sentido da opção, em favor do utente, pela redução do contrato em caso de nulidade, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2000, p. 341. O caráter injuntivo das disposições dirigidas à proteção do utente de serviços públicos é, apropriadamente, idêntico ao conferido às disposições da Lei de Defesa dos Consumidores (LDC) – art. 16.º da LDC. Sobre a exigência de contrato e forma para a fornecimento de serviços de comunicações eletrónicas *vide, infra,* 1.3.

[33] Este será um contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas na modalidade de objeto do acordo, adaptando a pioneira classificação de ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA**,** "Contratos de Telecomunicações: aspectos Jurídico-Contratuais da Regulação das Telecomunicações", *in Revista da ABPI*, n.º 71, 2004, p. 50.

[34] Como se deixará demonstrado a relação de fornecimento de acesso à internet convoca a aplicação de disposições legais de natureza diversa, oscilando entre a lei civil geral, a legislação de proteção dos consumidores e a regulamentação setorial específica da sociedade da informação e das comunicações eletrónicas. Importa, neste ponto, deixar clara a suscetibilidade de aplicação das disposições constantes do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, relativo à disciplina das Cláusulas Contratuais Gerais, verificadas que estejam as particularidades do processo negocial que levaram o legislador a prever um especial regime de proteção do aderente – sobre a proteção conferida pelo referido diploma no âmbito dos serviços públicos essenciais *vide* as pertinentes notas de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais", *cit.*, pp. 348-49. Ainda sobre as características da pré-disposição, unilateralidade, e rigidez que marcam o fenómeno dos contratos de adesão, *vide* ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais", *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62, vol. 1, Lsboa, 2002, pp. 112-118.

[35] Não se ignora, contudo, que o que aqui se designa por *contrato de fornecimento* consubstancia, em sentido técnico, uma prestação de serviços, nominada, e tendencialmente atípica. A designação *fornecimento* tem ainda a virtude de aproximar o contrato de fornecimento de acesso à internet do tradicional fornecimento de outros serviços públicos essenciais – *v.g.* água, energia elétrica, gás natural – de que a sua disciplina, pelo menos em parte, se aproxima. Não obstante o entendimento aqui perfilhado, refira-se que *o contrato de fornecimento* não tem, na doutrina portuguesa, um tratamento dogmático autónomo. ANA PRATA, *Dicionário Jurídico***,** vol. 1, 4.ª ed., 2015, p. 317*,* descreve como fornecimento "o contrato pelo qual uma das partes se obrigar a entregar à outra, durante um certo período, em momentos pré-fixados ou quando lhe forem exigidas, dadas quantidades de uma coisa móvel, contra remuneração", abrindo ainda a porta ao outro sentido reconduzível à designação, expressamente vertida na LSPE, para tratar os contratos nos quais se prevê o abastecimento de energia elétrica, água e gás. A designação é também utilizada por PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte Especial),* Coimbra, Almedina, 2000, p. 27, referindo-se a um "contrato de fornecimento de gás", e CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Serviços Públicos, Contratos Privados", *cit.*, pp. 123 e 126.

tem por objeto a constituição e manutenção de uma ligação, de quantidade e qualidade contratualmente definidas, que permita ao utente aceder à internet. A cargo deste último estará, primordialmente, a obrigação de pagamento de um preço convencionalmente fixado[37].

A doutrina que se debruça sobre o problema da qualificação dos contratos privados[38] que disciplinam a prestação de *serviços de interesse económico geral*[39] não autonomiza o contrato de fornecimento de acesso à internet[40] dos restantes fornecimentos de serviços públicos essenciais, fazendo variar a sua qualificação enquanto contrato de compra e venda[41], prestação de serviços[42], atípico[43], ou ainda contrato misto de compra e venda de

---

A clareza da terminologia é, neste campo, particularmente importante, tendo em conta a origem predominantemente estrangeira dos conceitos operativos, com genése na linguagem informática, despreocupada com a exatidão jurídica das designações, e menos ainda com a sua tradução para língua portuguesa.

[36] Em termos jurisprudenciais, a designação "contrato de fornecimento" é indistintamente utilizada para referir um contrato de compra e venda com prestações reiteradas ou periódicas, por exemplo para satisfação das necessidades de um estabelecimento comercial, *v.g.*, contrato de fornecimento de café – cfr. acórdãos do TRP de 27/05/2013 (M.ª ADELAIDE DOMINGOS), 03/03/2016 (A. RODRIGUES DE ALMEIDA), e de 30/11/2015 (CARLOS QUERIDO) – e um fornecimento de serviços públicos essenciais, por referência à LSPE. A alusão, no art. 1.º, n.º 2, al. d) do citado diploma, aos "serviços de comunicações eletrónicas" substituiu os "serviços de telefone" do texto original da Lei n.º 23/96, de 26-07 – sobre a evolução do teor do preceito *vide* MARIANA PINHEIRO ALMEIDA e FERNANDO DIAS SIMÕES, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais – Anotada e Comentada*, *cit.*, pp. 28 e ss. Mesmo depois da alteração operada pela Lei n.º 12/2008, de 26-02, os serviços a que se refere a al. d), do n.º 2, do art. 1.º, não são acompanhados da designação "fornecimento" utilizada nas alíneas precedentes daquela disposição legal. Por essa razão, a generalidade da jurisprudência refere, no que ao acesso à internet (e às comunicações eletrónicas em geral) diz respeito, uma prestação de serviços – cfr., não exaustivamente, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 14/11/2013 (JOÃO TRINDADE), do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 04/06/2013 (ROSA RIBEIRO COELHO), 05/06/2014 (M.ª DE DEUS CORREIA), e do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 16/09/2014 (HENRIQUE ARAÚJO), 24/02/2015 (M. PINTO DOS SANTOS), 07/05/2015 (LEONEL SERÔDIO), e 10/11/2015 (JOSÉ IGREJA MATOS). Crê-se que semelhante dualidade se encontra destituída de significado sendo, pelas razões já apontadas, perfeitamente ajustada a designação *fornecimento* também no âmbito dos serviços de comunicações eletrónicas. Atenção particular merecem os acórdãos do STJ de 04/06/2013 (JOÃO CAMILO), e do Tribunal da Relação de Guimarães (TRG) de 15/12/2009 (EVA ALMEIDA), o primeiro dos quais se refere "ao fornecedor de serviços de internet", e o último expressamente acolhendo o "contrato de fornecimento de comunicações electrónicas", somando-se vários outros arestos que, neste âmbito, indistintamente utilizam as designações fornecimento e prestação de serviços de comunicações eletrónicas/internet – cfr. os acórdãos do TRP de 26/06/2014 (Pedro Lima Costa), 26/05/2015 (João Diogo Rodrigues do Santos), do TRL de 08/03/2012 (Ferreira de Almeida), 30/05/2013 (Pedro Martins), do Tribunal da Relação de Évora de 01/03/2012 (José Lúcio), e do TRG de 11/09/2012 (Araújo de Barros).

[37] CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Serviços Públicos, Contratos Privados", *cit.*, p. 137. Como precisamente aponta JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo - Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo,* Coimbra, Almedina, 2012, p. 334: "o fornecimento resulta, em regra, de contratos de execução duradoura que têm por objeto uma prestação de execução continuada, a cargo do prestador de serviços (fornecimento permanente do bem ou do serviço), e uma prestação de execução periódica, a cargo do utente (pagamento do preço)".

[38] CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Serviços Públicos, Contratos Privados", *cit.*, p. 134, refere-se "aos contratos de fornecimento de serviços essenciais como contratos civis". Prefere-se a terminologia em texto, uma vez que nada impede que o fornecimento de serviços essenciais constitua um contrato (privado e) comercial sem que daí advenha a despromoção do utente-comerciante para efeitos da LPSE. A precisão é meramente terminológica tendo em conta que o ilustre autor chega a esta mesma conclusão *idem*, p. 124, em especial nota 30.

[39] CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Serviços Públicos, Contratos Privados", *cit.,* pp. 118, 119 e 143. A expressão resulta dos trabalhos legislativos da União Europeia em matéria de proteção dos utentes e consumidores que o legislador pátrio decidiu transformar em "serviços públicos essenciais", não isenta de críticas da própria Comissão Europeia e da doutrina nacional. As duas expressões podem, no entanto, não assumir um valor totalmente equivalente. *Vide,* para mais desenvolvimentos sobre o tema, JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, em especial, pp. 215-216, e 223-227.

[40] Não fazendo relevar as especificidades do acesso à internet o contrato será de fornecimento de comunicações eletrónicas, nos termos da al. d), do n.º 2, do art. 1.º da LSE

[41] ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I - Parte Geral. Coisas*, Tomo II, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 146-148, no que diz respeito à energia elétrica, tratando-a como coisa corpórea móvel, embora com ressalvas quanto ao regime aplicável.

[42] JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo - Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo, cit.,* pp. 334-335.

coisa genérica e de prestação de serviços[44]. Se no caso dos fornecimentos de água[45], energia elétrica[46] e gás natural[47] se compreendem as dúvidas emergentes da predominância ora de um *dare*, ora de um *facere,* o que consequentemente faria pender a classificação, respetivamente, para a compra e venda ou para a prestação de serviços[48], no caso do fornecimento de acesso à internet parece especialmente artificiosa a subsunção do acesso à internet enquanto prestação de *dare.* Assim é porquanto o contrato não transfere ou concretiza qualquer direito sobre a *coisa* internet, parecendo desajustada a ideia do fornecimento de acesso, ele próprio, enquanto *coisa* sujeita aos efeitos translativos característicos da compra e venda – na perspetiva em que o acesso não consistirá, mediata ou imediatamente, num *dare,* ou tão-pouco numa *coisa* em sentido técnico-jurídico que transita da esfera do vendedor para a esfera do comprador[49] [50]. A prestação de serviços[51],

---

[43] Com elementos dos contratos de albergaria e hospedagem, no entender de MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "Vinho Novo em Odres Velhos? A responsabilidade civil das "operadoras de Internet" e a doutrina comum da imputação dos danos", *cit.,* p. 678, posição com a qual não nos identificarmos. Na verdade, estas figuras contratuais parecem ser elucidativas na perspetiva do prestador de espaço e de outros prestadores intermediários, mas dificilmente do fornecedor de acesso, cuja função é pôr intervenientes em contacto, mais próximo, portanto, da figura do núncio.

[44] CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Serviços Públicos, Contratos Privados", *cit.*, p. 134, e ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "Contratos de Telecomunicações: aspectos Jurídico-Contratuais da Regulação das Telecomunicações", *cit.*, pp. 55 e 59, ainda que, à data do escrito, apenas se referindo à prestação de serviço telefónico.

[45] Art. 1.º, n.º 2, al. a) da LSPE.

[46] Art. 1.º, n.º 2, al. b) da LSPE.

[47] Art. 1.º, n.º 2, al. c) da LSPE.

[48] Tanto mais a falta de compromisso da lei portuguesa com um conceito corpóreo de coisa, não fracassando por isso a qualificação da energia elétrica enquanto objeto da compra e venda, conforme aponta ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I - Parte Geral. Coisas*, Tomo II, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 146-147.

[49] Também na prática jurídica italiana a qualificação deste contrato é controversa, contrapondo os tipos correspondentes ao *contratto di appalto* (arts. 1665.º e ss. do *Codice Civile*) e ao *contratto di somministrazione* (arts. 1559.º e ss. do *Cod. Civile),* em parte devido à não autonomização do contrato de fornecimento de acesso à internet dos restantes fornecimentos de serviços de interesse económico geral. O *contratto di appalto* consome, em traços largos, a empreitada do direito português – sobre os pontos dissonantes em face da especialidade do direito italiano, *vide* PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado,* vol. II, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 864-86; e ainda AA. VV., *Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Commerciale*, vol. I, Torino, UTET, 1999, pp. 167-168 –, muito embora coexista no sistema do *Cod. Civile* um *contratto d'opera* (arts. 2222.º e ss.) – sobre a distinção entre ambos *vide* JORGE DE BRITO PEREIRA, "Do conceito de obra no contrato de empreitada", *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54, vol. II, Lisboa, 1994, pp. 576-577, e nota 23. A *somministrazione* constitui, por sua vez, uma "soma de vendas" (AA. VV., *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Commerciale*, vol. XIV, Torino, UTET, 1999, p. 469). A causa deste contrato traduz-se na satisfação de uma necessidade reiterada e duradoura do comprador, dando origem a uma pluralidade/continuidade de prestações no seio de uma mesma e única relação jurídica de compra e venda. A distinção entre os dois contratos apresenta-se por vezes difícil convocando os critérios, conhecidos também na doutrina portuguesa, de distinção entre a compra e venda – e suas figuras afins – e a empreitada. É precisamente com base no argumento de que o *facere* prevalece, na estrutura das obrigações assumidas no fornecimento de eletricidade, sobre o *dare,* que parte da doutrina italiana qualifica este contrato como uma prestação de serviços (*appalto)*, ao invés da sua inclusão na categoria da compra e venda (*somministrazione)* – justificando a concorrência dos tipos *vide* os arts. 1570.º e 1677.º do Cod. Civile, e ainda o art. 814.º que expressamente qualifica como coisa móvel a energia natural com valor económico. Embora seja aceite a classificação do negócio de fornecimento de serviços de interesse económico geral como consubstanciando um *contratto di appalto di servizi* – explicitamente, AA. VV., *Enciclopedia Giuridica Treccani,* vol. II, Roma, Instituto Della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, 1998-2006, entrada: "Appalto:I", p. 3; ANGELO PIAZZA, "La responsabilità civile dell'Internet Provider" *in Contratto e Impresa*, vol. 20, n.º 1, 2004, p. 130, e ainda neste sentido, AA. VV*., Enciclopedia Del Diritto*, vol. II, Giufrrè Editore, 1990, p. 634 - alguma jurisprudência inclina-se para a sua qualificação enquanto *contratto di fornitura,* mais próximo, assim, do regime aplicável ao *contratto di somministrazione – vide, Enciclopedia Giuridica Treccani,*, (…), "Appalto:I", p. 3, e ainda, GIORGIO CIAN; ALBERTO TRABUCCH,; G. DE CRISTOFARO, et. al.; *Commentario Breve Al Codice Civile. Complemento Giurisprudenziale*, 7.ª Ed., Pádua (Itália), CEDAM, 2005, pp. 1911-1912, com referências da jurisprudência à *utenza di energia elettrica* e à *utenza telefonica*. A *somministrazione* será assim a figura tipicamente correspondente ao contrato que em momento anterior (nota 36) nos referimos através do exemplo do fornecimento de café – cfr. AA. VV., *Enciclopedia Del Diritto*, vol. XLII, Giufrrè Editore, 1990, p. 1271; e AA. VV., *Enciclopedia Giuridica Treccani,* vol. XXXIV-I, Roma, Instituto Della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, entrada: "Somministrazione:I", pp. 1-2.

[50] A internet constituirá, em princípio, coisa móvel composta, deixando-se maiores pormenores dessa indagação para uma mais oportuna investigação.

nominada e típica[52], parece assim a solução mais ajustada, em especial se atendermos à essência da obrigação a que o credor se vincula, empreendendo por sua conta e risco os meios[53] necessários – sobretudo técnicos e tecnológicos – para facultar o acesso do utente à rede global[54].

1.2. Serviços da sociedade da informação e comunicações electrónicas

A internet apresenta-se como um espaço de contratação muito variado. Para esses efeitos, a rede pode servir de mera plataforma que propicie o encontro de vontades, num acordo que uma vez eficaz se desenrolará no mundo *offline,* ou pode ela própria representar o espaço onde a execução contratual ganha vida, e as prestações (ou pelo menos uma delas) são cumpridas[55]. Independente deste esquema, o contrato de fornecimento de acesso à internet

---

[51] O n.º 1 do art. 47.º da LCE sustenta em certa medida esta tese prevendo a obrigação das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas publicarem informações adequadas, transparentes, comparáveis e atualizadas em matéria de acesso e utilização dos seus serviços "a quem manifeste a intenção de subscrever um contrato de prestação de serviços por elas prestado". O n.º 5 do art. 48.º da LCE utiliza também esta mesma designação.

[52] JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo - Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo, cit.*, p. 300, parece sugerir a qualificação da prestação de serviços públicos essenciais enquanto tipo autónomo (!). Apesar de semelhante qualificação ter por base um critério diferente daquele de que o legislador português se seviu para os tipos legais de contratos, a noção parece especialmente valiosa porquanto permite, ultrapassando a qualificação das prestações de serviços públicos essenciais enquanto compra e venda ou prestação de serviços atípica, conformar o tipo legal destes contratos com as normas presentes na LSPE. Muito embora seja sempre difícil a constatação da tipicidade legal em função da densidade de um determinado regime – vejam-se as precisosas notas de RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 42, e de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 210, invocadas por JORGE MORAIS CARVALHO, *ibidem*, p. 600 – não choca que as notas típicas presentes na LSPE façam dos negócios ali regulados, por si só, típicos. Chegar-se-á *a fortiori* a igual conclusão no que diz repeito ao caso específico da prestação de serviços de comunicações eletrónicas, tendo em conta a ainda maior densidade do regime constante na LCE. Na verdade, a disciplina hoje ali presente, estendendo-se, nomeadamente, às matérias da forma e duração do contrato, a que se somam disposições relativas ao incumprimento e à responsabilidade das partes, suspensão do serviço, entre várias outras, parecem fazer deste um negócio típico. Relembre-se ainda que o recurso do legislador à figura do utente, prevista no n.º 3 do art. 1.º da LSPE, reforça a constatação do tipo, uma vez que as normas ali constantes são – salvo raras exceções – de aplicação subjetiva universal. Note-se, no entanto, que se é verdade que várias das notas enformadoras do contrato de fornecimento de acesso à internet não abdicam de prescrições imperativas do legislador, boa parte da disciplina do contrato, em especial no que diz respeito ao seu enquadramento técnico e tecnológico, encontra-se acoberto da mais ampla autonomia das partes, podendo falar-se de uma situação de atipicidade tecnológica.

[53] Como veremos *infra* a questão da neutralidade da internet passa também pela admissibilidade da reconfiguração do fornecimento de acesso enquanto obrigação de resultado. Neste sentido *vide* GREGORY SIDAK, "What is Network Neutrality Debate Really About?", *in International Journal of Communication,* n.º 1, 2007, p. 379, para quem o fornecimento de acesso à internet corresponderia a uma obrigação de *best efforts* por parte do fornecedor de acesso, que diligentemente providenciaria pelo envio e receção dos dados nas condições contratadas (velocidade, limite de tráfego). A admissibilidade da priorização de certos pacotes de informação em detrimento dos restantes, aquando do seu tratamento pelo fornecedor de acesso, importaria uma diferente guarida contratual dos pacotes privilegiados que passariam a beneficiar de um estatuo obrigacional mais próximo da obrigação de resultado. No meio informático trata-se da passagem de uma abordagem baseada nos *best efforts* para dar lugar a uma determinada *Quality of Service (QoS). Vide, infra,* 2.2.1.2, e nota 172.

[54] Com posição semelhante, ANGELO PIAZZA, "La responsabilità civile dell'Internet Provider", *cit.*, pp. 130-31: "(...) *consistindo la prestazione contratuale del provider fornitore, nella organizzazione e gestione di un servizio con propria organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio*".

[55] Recupera-se assim, respetivamente, a distinção entre comércio eletrónico direto e indireto. Sobre as dificuldades de definição de um conceito unívoco de comércio eletrónico *vide* ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "A protecção do consumidor no quadro da Directiva sobre o comércio electrónico"*, in Estudos de Direito do Consumidor,* n.º 2, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2002, pp. 43-140.

não é necessariamente um contrato eletrónico[56]. Isto é, o objeto deste contrato não se confunde com um produto ou serviço, prestado ou negociado na internet, consistindo ao invés no próprio acesso à rede, e nesse sentido será sempre – porquanto a contratação eletrónica supõe uma ligação à internet – pressuposto desse método de contratação[57]. É bastante ilustrativa a comparação dos fornecedores de acesso com os prestadores de serviços postais[58]: ambos asseguram a comunicação entre dois determinados polos, emissor e recetor, servindo de meio de contacto entre dois intervenientes para fins e relações que lhes são alheios. Repete-se, o sentido da atuação dos fornecedores de acesso é tão-somente o de assegurarem a expedição e receção de pacotes entre remetente e destinatário[59]. O facto de poderem na sua estrutura empresarial agregar outros prestadores de serviços na internet, atuando aí já não como fornecedores de acesso[60], mas como prestadores de serviços, conteúdos e aplicações não pode depreciar a conduta isenta a que estão vinculados como meros transportadores da informação.

O fornecimento de acesso à internet constitui a prestação de um serviço de comunicações eletrónicas, nos termos da al. d), do art. 3.º da LCE, e cumulativamente um serviço público essencial por força da al. d), do n.º 2, do art. 1.º da LSPE. Desta feita, a disciplina jurídica desta relação há-de ser, em primeira linha, resultado da aplicação da legislação setorial específica das comunicações eletrónicas (de que a LCE é eixo central) e das normas destinadas à proteção do utente de serviços públicos essenciais[61], somando-se, quando

---

[56] Poderá revestir-se desta natureza se, e quando, celebrado por via eletrónica ou informática, nos termos do art. 24.º do Regime Jurídico do Comércio Eletrónico (RJCE), aplicando-se as disposições aí previstas. Mais frequentes parecem ser os casos de celebração deste contrato à distância ou fora do estabelecimento comercial, cabendo no âmbito de aplicação do DL n.º 24/2014, de 14-02.

[57] A afirmação pode parecer quase *lapalissiana*, mas tem o seu valor, uma vez que o facto do comércio eletrónico presumir esta relação de fornecimento de acesso – contratual e tecnológica – impõe ao fornecedor de acesso o dever de se abster de interferências na relação do utilizador com essas outros atores na rede, sob pena de favorecimento de certos prestadores de conteúdos, serviços e aplicações em detrimento de outros. O ponto será tratado *infra* com maior pormenor.

[58] TIM WU, CHRISTOPHER YOO; "Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate", in *Federal Communications Law Journal*, vol. 59, n.º 3, 2007, p. 578, e também RALF BENDRATH, MILTON MUELLER; "The end of the net as we know it? Deep packet inspection and internet governance", *in New Media & Society*, vol. 13, n.º 7, 2010, p. 1148.

[59] MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "Vinho Novo em Odres Velhos? A responsabilidade civil das "operadoras de Internet" e a doutrina comum da imputação dos danos", *cit.*, p. 677, especialmente referindo que no caso do "simples fornecedor de acesso não está em causa um contrato de informação verdadeiro e próprio – um contrato que tenha na prestação de informação o seu objecto – (…) a vinculação da operadora se esgota em proporcionar uma conexão à rede, onde o cliente há-de demandar ele próprio a informação que pretende". Também DAVID D. CLARK, "Network Neutrality: Words of Power and 800-Pound Gorillas", *in International Journal of Communication*, vol. 1, 2007, p. 702, refeindo que do "internet service provider that provides access to the consumer is just expected to carry the bits".

[60] Exemplo paradigmático no território português é dado pelo fornecedor de acesso *Sapo* que soma à atividade de fornecimento de acesso, outras de prestador de serviço de e-mail, motor de busca, entre outras. O mesmo sucede, hoje, nos EUA, com o gigante *Google*, que estando amplamente presente no mercado dos conteúdos e serviços na internet (e-mail, vídeo, pesquisa) iniciou, em 2015, nova entente, desta feita dirigida ao mercado do fornecimento de acesso – *vide, Google Fiber*, disponível em http://fiber.google.com/about (última visita a 03/05/2016), e ainda RYAN WHITWAM, "Why Google makes the perfect ISP", *extremetech.com,* julho de 2012, disponível em http://www.extremetech.com/extreme/133547-why-google-makes-the-perfect-isp (última visita a 21/05/2016). São várias as razões de preocupação pela cumulação das atividades de fornecimento de acesso e prestação de serviços na internet. Sobre o ponto *vide, infra,* 2.3.

[61] Estamos em crer que a LCE constitui, nos pontos conflituantes, lei especial em face da LSPE. A última compreende a disciplina geral dos serviços públicos essenciais, ao passo que que a primeira, na parte respeitante à relação contratual de fornecimento de acesso à internet, reflete as coordenadas do legislador ponderadas as especificidades dos serviços de comunicações eletrónicas. Note-se, ainda, que o n.º 3 do art. 2.º da LCE estabelece a prevalência das normas do diploma em caso de conflito com outra legislação setorial aplicável, ressalvando as disposições desses outros diplomas que resultem num "regime mais exigente para as empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas, caso em que será este o aplicável".

aplicáveis, a legislação de disciplina das Cláusulas Contratuais Gerais e a legislação de defesa dos consumidores[62].

O quadro jurídico da sociedade de informação[63] reflete esta distinção dos vários prestadores na internet e da natureza das suas funções. Na verdade, o "arquiteto principal da sociedade da informação"[64] autonomizou as normas dirigidas à disciplina das redes e serviços de comunicações eletrónicas do referido quadro jurídico, necessariamente mais amplo. É, assim, usual referir-se um quadro jurídico das comunicações eletrónicas[65] composto por "uma diretiva quadro e quatro diretivas específicas"[66] – respetivamente, a Diretivas Quadro, e as Diretivas Acesso, Autorização, Serviço Universal, e Privacidade no Setor das Telecomunicações[67]. A separação funcional entre regulação da transmissão e regulamentação dos conteúdos[68] foi expressamente assumida pelo legislador comunitário no n.º 3, do art. 1.º, da Diretiva Quadro[69]. Ainda assim, note-se que certos diplomas, estando incluídos indubitavelmente no quadro jurídico da sociedade da informação, mas já não no corpo regulatório específico das comunicações eletrónicas[70], são-lhes perfeitamente aplicáveis. Exemplo claro recolhe-se na Diretiva sobre Comércio Eletrónico (DCE), e muito especialmente no art. 12.º, relativo à responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços pelo simples transporte de informação, perfeitamente ajustado à atividade desempenhada pelo fornecedor de acesso[71].

---

[62] Constituindo o fornecimento de acesso à internet um serviço da sociedade da informação, a aplicação da legislação de defesa do consumidor encontra-se explicitamente salvaguardada pelo n.º 5 do art. 3.º do RJCE, bem como para os contratos de fornecimento de serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público pelo n.º 1 do art. 48.º da LCE. A semelhante conclusão quanto à sobreposição de regimes aplicáveis chega cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo - Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo, cit.,* pp. 328-329 e 333.

[63] As matérias relativas à sociedade da informação são, desde a década de 80 do século passado, fortemente intervencionadas pelo legislador comunitário conforme aponta PEDRO GONÇALVES, "Regulação das Comunicações Electrónicas em Portugal", *cit.,* p. 122, e nota 25. As razões deste monopólio legislativo prendem-se sobretudo com a perceção da internet enquanto "galinha dos ovos de ouro", na expressão de ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)", 2001, pp. 3-4 (numeração *ad hoc*), impondo-se assim a solução do domínio coordenado – cfr. considerando n.º 21 da DCE.

[64] Referindo-se ao legislador da União Europeia, ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "Direito ciberespacial: 'soft law' ou 'hard law'?", *cit.,* pp. 696–697.

[65] DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* pp. 59-60, ou, equivalentemente, Quadro Regulamentar das Comunicações Eletrónicas.

[66] PEDRO GONÇALVES, "Regulação das Comunicações Electrónicas em Portugal", *cit.,* p. 117, citando as coordenadas de política legislativa expressas no considerando n.º 5 da Diretiva Quadro.

[67] Dispensamos a identificação detalhada dos vários atos legislativos atenta a lista de legislação preliminar a esta exposição.

[68] PEDRO GONÇALVES, "Regulação das Comunicações Electrónicas em Portugal", *cit.,* p. 117. A noção de conteúdo será, para estes efeitos, uma noção ampla, abrangendo serviços e aplicações. Sobre o conceito de conteúdo na internet, com uma visão aparentemente mais restrita, *vide* JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na internet*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 21 e ss.

[69] Dispondo o seguinte: "A presente directiva e as directivas específicas não afectam as medidas tomadas a nível comunitário ou nacional, no respeito do direito comunitário, com vista a prosseguir objectivos de interesse geral, em especial relacionados com a regulamentação de conteúdos e a política audiovisual". É similar o disposto no n.º 4, do art. 1.º da LCE.

[70] O legislador português codificou as disposições – maioritariamente provenientes de Regulamentos e Diretivas da União – respeitantes ao um quadro jurídico das comunicações eletrónicas na Lei das Comunicações Eletrónicas. O resultado é um diploma multifacetado que desempenha várias funções que passam pela definição de um quadro para utilização do radio espectro, às várias funções e objetivos a que está adstrita a autoridade reguladora nacional (ARN), passando por normas de defesa dos consumidores, e mesmo limitações ao conteúdo dos contratos de fornecimento de serviços de comunicações eletrónicas.

[71] Sobre a responsabilidade civil do fornecedor de acesso veja-se o estudo de JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet*, *cit.,* em especial, pp. 99-101 e 121-123.

Elemento central a ter em conta diz respeito à definição de *serviço da sociedade da informação*, com assento no artigo 1.º da Diretiva 98/34/CE[72], que o caracteriza como "qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via electrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços"[73]. A Diretiva densifica ainda os elementos da definição entendendo-se à distância "um serviço prestado sem que as partes estejam simultaneamente presentes"; por via electrónica "um serviço enviado desde a origem e recebido no destino através de instrumentos electrónicos de processamento (incluindo a compressão digital) e de armazenamento de dados, que é inteiramente transmitido, encaminhado e recebido por cabo, rádio, meios ópticos ou outros meios electromagnéticos"; e mediante pedido individual como aquele "serviço fornecido por transmissão de dados mediante um pedido individual". Nesta definição, muitíssimo ampla, incluir-se-ão todos os prestadores que direta ou indiretamente intervêm nos processos de utilização e fruição da internet, sendo abarcados tanto os fornecedores de acesso como outros prestadores que, utilizando a rede, aí realizam as suas ofertas ou de alguma forma concluem a sua contratação[74] – numa palavra, todos os prestadores na rede.

Já assim não sucede com as definições de *rede de comunicações electrónicas* e de *serviço de comunicações electrónicas*, constantes respetivamente das alíneas a) e c) do artigo 2.º da Diretiva Quadro, transpostas para as alíneas dd) e ff) do art. 3.º da LCE. Estas definições, por sua vez, pretendem vincular em primeira linha os fornecedores de acesso, mas já não as entidades que prestam conteúdos, serviços e aplicações na rede[75], que ainda assim mantêm o estatuto de serviços da sociedade da informação. Esta clarificação é fulcral tendo em conta o âmbito dos poderes conferidos às autoridades reguladoras nacionais (ARN's) dos vários

[72] Na versão alterada pela Diretiva 98/48/CE, conhecida como Diretiva Melhor Regulação.

[73] A DCE, datada de 2000, foi transposta para o ordenamento jurídico português através do DL n.º 7/2004, de 07-01, com alterações posteriores, que institui o Regime Jurídico do Comércio Eletrónico (RJCE). No preâmbulo deste último diploma (n.º 2), o legislador português assume as dificuldades de organização do quadro jurídico da sociedade da informação, criticando a "linguagem generalizada, mas pouco precisa" dos "serviços da sociedade da informação", ao mesmo tempo que avança com uma definição destes no n.º 1, do art. 3.º. De assinalar que o DL n.º 58/2000, de 18/05, previa já um conceito de *serviço da sociedade da informação* – al. b) do art. 2º. – mais precisa do que a introduzida no RJCE – que pretende ser eixo regulador deste setor de atividade. Crê-se, pois, que o legislador português deveria, aquando da transposição da DCE, ter optado pela remissão para o diploma de 2000 – ou pela repetição do teor do mesmo – em favor da organização e clareza do já de si intrincado quadro jurídico da sociedade da informação. Isto mesmo resulta do considerando n.º 17 da DCE que expressamente referia a existência daquela definição na Diretiva 98/34/CE. A desorientação legislativa é confirmada pela remissão da al. a), do n.º 1, do art. 2.º da LCE (na versão original de 2004) para a definição constante do DL n.º 58/2000. Na doutrina, a existência de uma definição de *serviço da sociedade da informação,* ainda antes da transposição da DCE, era já apontada por ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "A liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno e a protecção do consumidor segundo a directiva sobre comércio electrónico", 2004, disponível em http://www.verbojuridico.net/doutrina/tecnologia/sociedadeinformacao_07.zip (última visita a 03/02/2016), pp. 2-3, nota 4. Para uma análise aprofundada dos elementos do conceito e da sua origem, *vide* ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "A protecção do consumidor no quadro da Directiva sobre o comércio electrónico", *cit.,* pp. 50-69. Ainda sobre a definição de 'serviços da sociedade da informação' *vide* as pioneiras notas de LUÍS MENEZES LEITÃO, "A Responsabilidade Civil na Internet", *cit.,* pp. 181-82.

[74] De resto, a definição de serviço da sociedade da informação é ponto central na regulação destas atividades, sendo aproveitada por outros inúmeros atos legislativos da União.

[75] A definição não se dirige exclusivamente aos fornecedores de acesso, mas serão estes os grandes visados tendo em conta que, pela já referida organização do mercado, os proprietários das redes de comunicação serão normalmente quem, na terminologia da Diretiva Quadro, "presta serviços de comunicações electrónicas". Resulta ainda da al. b), do n.º 1, do art. 2.º, da LCE, a exclusão do âmbito de aplicação do diploma dos "serviços da sociedade da informação (…) que não consistam total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações electrónicas". Demarca-se aqui um quadro jurídico para as redes e serviços de comunicações eletrónicas do mais abrangente quadro jurídico da sociedade da informação.

estados-membros[76], e que incidem precisamente sobre as várias classificações de intervenientes na rede, variando a intensidade da ação regulatória permitida[77]. Por exemplo, no que diz respeito às empresas que pretendem oferecer redes e serviços de comunicações eletrónicas, é-lhes aplicável o regime de autorização geral previsto nos arts. 21.º e seguintes da LCE, uma exceção ao princípio da liberdade de exercício previsto, em regra, para os serviços da sociedade da informação no art. 3.º do RJCE.

Bem vistas as coisas, o espaço em que se desenrola a atividade do fornecedor de acesso não é coincidente com a dos outros prestadores na rede, uma vez que do perfeito cumprimento da obrigação daquele depende o desenrolar da contratação e cumprimento das obrigações contratadas com estes. Diga-se que o plano da relação de fornecimento de acesso à internet é anterior a qualquer outro com origem na rede. Neste sentido, o fornecedor de acesso está vinculado, repete-se, a um especial dever de isenção[78], desde logo face a outras entidades que com escopo lucrativo utilizam a rede, concorrendo nos respetivos mercados, e em especial face aos utilizadores, que têm na internet uma oportunidade de consulta e interação – com outros utilizadores e prestadores – que não encontra semelhante nas outras ferramentas disponíveis. O contrato de fornecimento de acesso à internet é, assim, pressuposto da subsequente malha contratual de que o utilizador queira ser parte utilizando a rede.

O fornecedor de acesso será tipicamente uma sociedade comercial que profissionalmente proporciona aos seus clientes condições tecnológicas para o acesso à rede[79]. É esta, de

[76] A autoridade reguladora nacional é, em Portugal, a Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM), cujos estatutos se encontram anexos ao DL n.º 39/2015, de 16/03, embora a al. g) do art. 3.º da LCE mantenha a referência errónea ao pretérito ICP-ANACOM, e aos estatutos, entretanto revogados, anexos ao DL n.º 309/2001, de 07/12. A sua criação e funcionamento, nos moldes hoje conhecidos, derivam em primeira linha do art. 3.º da Diretiva Quadro. À entidade administrativa independente está acometido um conjunto muito vasto de atribuições (art. 8.º dos Estatutos da ANACOM) das quais destacamos a promoção da concorrência no setor das comunicaçõese a proteção do interesse dos consumidores e utilizadores finais. Especial referência merece ainda a vocação desta entidade para a resolução de conflitos emergentes no setor das comunicações, promovendo "acordos de cooperação com entidades que tenham por objeto assegurar mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos" ou constituído por sua iniciativa "entidade que tanha por objeto a resolução extrajudicial de conflitos de caráter especializado no setor das comunicação" em ambos os casos "tendo por fim promover a resolução e conflitos entre as entidades sujeitas à sua regulação e os consumidores e demais utilizadores finais de comunicações eletrónicas". Notamos assim a atribuição (novamente firmada na al. j) do n.º 1 do art. 8.º dos respetivos Estatutos) acometida à ANACOM de desjudicializar o setor das telecomunicações. Uma análise do âmbito das atribuições das entidades administrativas independentes com funções de regulação vai muito para além do objeto do nosso estudo, mas apenas notamos este conjunto de dados normativos em face da garantia de tutela jurisdicional efetiva prevista no art 20.º da CRP, muito embora a tutela jurisdicional esteja, em sede de recurso, sempre garantida pelo art. 51.º dos Estatutos – referindo uma vocação parajudicial das entidades administrativas independentes para a resolução de litígios *vide* JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, *cit.,* p. 176, e ainda sobre a reserva de jurisdição dos tribunais *idem, ibidem,* pp. 177 e ss. É que o âmbito muito amplo das atribuições desta entidade, inspirada nas figuras vigentes além-atlântico, depreende uma independência organizativa, na perspetiva dos recursos humanos e financeiros, que tornem a entidade apta a desempenhar, entre outras, funções parajudiciais. *Vide*, a propósito do regulador, PEDRO GONÇALVES, "Regulação das Comunicações Electrónicas em Portugal", *cit.,* pp. 139 e ss., e para maiores desenvolvimentos JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, *cit.,* pp. 119 e ss.

[77] DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* p. 65, chama a atenção para a relevância das duas definições na perspetiva das condutas a que as ARN's estão obrigadas a promover junto dos fornecedores de acesso, e já não, em princípio, dos prestadores de conteúdos.

[78] MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "Vinho Novo em Odres Velhos? A responsabilidade civil das "operadoras de Internet" e a doutrina comum da imputação dos danos", *cit.,* p. 684, fala de um dever de "não interferência" que pensamos corretamente reconduzir-se ao sentido aqui expresso em texto.

[79] Apontando a existência, nos serviços públicos essenciais em rede, não só de um mero dever de contratar – já apontado por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais", *cit.,* p. 343

resto, a visão vertida na Lei das Comunicações Electrónicas, quando na alínea x), do art. 3.º, define "operador" como "uma empresa que oferece ou está autorizada a oferecer uma rede de comunicações pública ou um recurso conexo". A função destes atores é, assim, a de assegurar a comunicação dos utilizadores com os seus pares e com os prestadores de conteúdos.

No que toca à LSPE não há dúvidas de que o fornecedor de acesso à internet se enquadra na definição de *prestador de serviços* vertida no n.º 4, do art. 1.º: "considera-se prestador dos serviços abrangidos pela presente lei toda a entidade pública ou privada que preste ao utente qualquer dos serviços referidos no n.º 2, independentemente da sua natureza jurídica, do título a que o faça ou da existência ou não de contrato de concessão". O propósito do normativo legal não é mais do que o de desconsiderar as vestes jurídicas do fornecedor colocando a tónica na natureza do serviço prestado[80].

1.3. Utilizador, assinante, consumidor e utente: a proteção polimórfica da LSPE e da LCE

A circunstância de o fornecimento de acesso constituir um serviço de comunicações eletrónicas, e por isso mesmo um serviço público essencial, resulta numa proteção alargada para o cidadão que contrata e utiliza estes serviços. Num primeiro plano, como refere Carlos Ferreira de Almeida[81], a LSPE, afirmando a proteção do utente (art. 1.º, n.º 1), alarga o âmbito subjetivo de aplicação do diploma desconsiderando o conceito técnico de consumidor - expressamente o teor do art. 1.º, n.º 3 da LSE, em confronto com o art. 2.º, n.º 1, da Lei de Defesa dos Consumidores (LDC) que define *consumidor* em sentido técnico-jurídico[82], esta última provavelmente a solução mais intuitiva. Não cabe aqui uma indagação aprofundada da razão de ser da proteção alargada conferida no âmbito destes serviços de interesse económico geral. Diga-se apenas que, para efeitos da proteção no fornecimento destes serviços, o facto de se contratar com um consumidor é, sob o prisma da LSPE, indiferente[83] [84]. Na mesma linha, o legislador da LSPE preteriu a natureza estritamente

–, mas também de um dever de instalar *vide* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Serviços Públicos, Contratos Privados", *cit.,* p. 131.

[80] Referindo a vastidão de modalidades jurídicas de que o fornecedor se pode revestir, e a sua irrelevância para efeitos da aplicação do diploma, cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, "Serviços públicos essenciais: alterações à Lei n.º 23/96 pelas Leis n.ºs 12/2008 e 24/2008", *cit.,* p. 171: "(…) empresa pública ou privada, sociedade anónima, sociedade unipessoal por quotas, entidade pública empresarial, concessionária, comercializadora licenciada, empresa municipal, empresa intermunicipal ou empresa metropolitana, etc., etc".

[81] CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Serviços Públicos, Contratos Privados", *cit.*, p. 117.

[82] É o seguinte o teor do art. 2.º, n.º 1, da LDC: "Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios". Note-se, no entanto, que o conceito de consumidor varia na ordem jurídica em função da concreta tutela em causa. Cfr. a este propósito o teor do art. 3.º, al. j), da LCE, e as notas de ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "A protecção do consumidor no quadro da Directiva sobre o comércio electrónico"*, cit.,* pp. 59-68.

[83] Neste sentido, igualmente JOÃO CALVÃO DA SILVA, "Serviços públicos essenciais: alterações à Lei n.º 23/96 pelas Leis n.ºs 12/2008 e 24/2008", *cit.,* p. 171. Mas esta indiferença, embora sob guarida da LSPE, é meramente eventual, nada impedido o legislador, no âmbito do mandato constitucional firmado na al. g), do art. 80.º da CRP, de adotar uma posição de maior proteção do consumidor, se e quando essa proteção se

privada da relação de fornecimento de serviços públicos essenciais para abraçar não uma contraparte, um aderente ou assinante, mas um *utente*. Parece assim que a LSPE optou por um meio caminho entre o cidadão com direito a estes serviços de interesse económico geral, de cariz universal, e a contraparte num contrato de prestação de serviços, erguendo um conceito de *utente* que encerra um contraente beneficiário de serviços públicos essenciais[85]. A solução da lei há-de resultar da ponderação de interesses entre uma relação privada de prestação de serviços, enformada pelo princípio da liberdade contratual, e da necessidade de acautelar um interesse coletivo no fornecimento dos mesmos, legitimadora de uma intervenção do estado-legislador.

A LCE, por sua vez, tratou de maneira diferente a natureza obrigacional da relação de fornecimento de acesso. Assim é uma vez que o legislador das comunicações eletrónicas parece ter autonomizado a relação contratual de prestação de serviços de comunicações eletrónicas da relação de utilização das redes e serviços propriamente dita[86]. No primeiro caso, o sujeito, parte do contrato, é designado por *assinante*, preferindo-se para a relação de utilização das redes e serviços as designações de *utilizador* e de *utilizador final*[87]. Desta forma, a prestação de serviços de comunicações eletrónicas é encarada como relação contratual privada, ainda que assente na referida lógica de um *utente* de serviços de interesse económico geral tendencialmente sem poder de imposição de um projeto contratual próprio e alvo de proteção especial[88], nomeadamente no que toca a

---

mostre necessária. A este propósito lembra-se o regime patente no DL n.º 230/96, de 29/11, relativo ao direito de acesso do consumidor, sem qualquer encargo, à faturação detalhada do serviço telefónico – regime este exclusivo do consumidor nos termos ali definidos, e já não de todo e qualquer utente, conforme nota ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais", *cit.,* pp. 346-347. O referido DL foi entretanto revogado com a publicação da LCE – art. 127.º, n.º 1, al. b), da Lei n.º 5/2004, de 10/02 – aí se passando a prever um direito à faturação detalhada dirigido a todo e qualquer assinante, independente da sua condição de consumidor, de acordo com o disposto na al. b), do n.º 2, do art. 39.º, da versão primitiva da LCE. Uma última precisão é devida: o art. 15.º da LSPE, prevendo um mecanismo de arbitragem necessária no âmbito dos litígios emergentes dos serviços públicos essenciais, é aplicável somente às relações de consumo.

[84] Note-se, no entanto, que quando o contrato de fornecimento de serviços públicos essenciais tenha por contraparte um consumidor passa a reconduzir-se à categoria de contrato de consumo, sendo-lhe aplicável a legislação vigente em matéria de proteção do contraente-consumidor. Neste sentido, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Serviços Públicos, Contratos Privados", *cit.,* p. 123.

[85] Não é indiferente a circunstância histórica de os serviços públicos essenciais estarem acometidos a um monopólio estadual, sendo relativamente recente a prestação dos mesmos em regime de mercado por entidades privadas.

[86] Semelhante conclusão encontra suporte expresso no art. 39.º da LCE, o qual nos vários n.ºs distingue direitos dos assinantes, dos utilizadores e dos utilizadores finais. A organização aí encontrada, prevendo um elenco distinto para cada classe de sujeitos, corresponde a uma inovação do legislador nacional não imposta pelo quadro Europeu, muito embora as diferentes designações advenham diretamente do art. 2.º da Diretiva Quadro – especificamente das als. h), k) e n).

[87] Acredita-se que do ponto de vista material há identidade entre as figuras do *utente* da LSPE e do *assinante* da LCE, com consequências não despiciendas como veremos. O mesmo não acontece com as figuras do *utilizador* e do *utilizador final,* específicas da LCE. Relacionando utente, aderente e consumidor, cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo - Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo, cit.,* p. 36.

[88] O âmbito do presente trabalho, cingindo-se à - já de si vasta - questão jurídica da neutralidade da internet, não se compadece com uma análise aprofundada da posição jurídica do assinante de serviços de comunicações eletrónicas. Como veremos *infra* a neutralidade é uma posição jurídica subjetiva titulada pelo utilizador e já não, em rigor, pelo assinante. Ainda assim, note-se que o art. 48.º da LCE é bastante incisivo nas limitações que impõe aos contratos por si disciplinados, nomeadamente, impondo limites à duração dos contratos, disciplinando a sua cessação, e exigindo, em fim, proporcionalidade e *correspetividade* nas prestações a cargo dos contraentes. Mas o art. 48.º tem ainda a peculiaridade de fazer do contrato de fornecimento de serviços de comunicações eletrónicas um contrato formal, preenchendo a ressalva da parte final do art. 219.º do Código Civil. A propósito da forma há que distinguir duas situações: no caso de contrato de consumo, celebrado à distância na aceção do n.º 3 do art. 48.º, a exigência de assinatura da proposta ou de consentimento escrito do consumidor resultam da referida norma, exceto no caso de o primeiro contacto telefónico com vista à celebração do contrato ter sido levado a cabo pelo próprio consumidor – com atenção ainda, no caso de

comportamentos arbitrários dos operadores, deveres de informação, prevenção do sobreendividamento, excessiva vinculação e garantia de um princípio de universalidade[89]. No que à disciplina contratual diz respeito, a LCE impõe um forte controlo à liberdade negocial de operadores e assinantes, prevendo desde logo um direito ao contrato, enunciado no art. 39.º, n.º 3, al. g), e confirmado pelo teor do n.º 1 do art. 48.º, norma essa sobretudo destinada a impor um conteúdo contratual rígido, que o legislador vai desenvolvendo no corpo do art. 48.º. Ao assinante a lei confere, entre outros, um direito ao serviço ininterrupto (art. 39.º, n.º 3, al. b)), à informação por escrito nos casos de suspensão do serviço e resolução do contrato por não pagamento de faturas (art. 39.º, n.º 3, al. a)) e à obtenção de faturação detalhada a pedido (art. 39.º, n.º 3, al. c)), a par de um conjunto bastante amplo de limitações ao conteúdo do contrato de fornecimento de acesso à internet.

Ponto central, em termos de análise sistemática, será a circunstância de a LCE abstrair da relação contratual entre o operador e o sujeito assinante, impondo ao primeiro um conjunto de comportamentos em face do *utilizador* e do *utilizador final* que podem, afinal, não ser a contraparte nas obrigações assumidas com o operador. A internet constitui, neste aspeto, uma construção muito peculiar, na medida em que, funcionando sobretudo através de infraestruturas e atores privados, convoca um feixe de posições subjetivas normalmente demandadas pelo cidadão ao Estado, como sejam as liberdades de expressão, comunicação, informação, e ainda o direito à educação e à livre formação da personalidade. Esta gama de posições jurídicas de caráter não patrimonial orbita em torno da relação contratual, mas ultrapassa-a, protegendo o utente-cidadão que necessita da relação privada para se manter à tona na sociedade da informação.

---

contrato celebrado à distância, em que o primeiro contacto seja efetuado pelo consumidor, da exigência de confirmação constante do do art. 6.º do DL n.º 24/2014, de 14/02. Em todos os restantes casos, porém, há-de se chegar à conclusão da exigência da forma escrita, atento o preceituado no n.º 1 do referido art. 48.º, na medida em que se alude a um "contrato, do qual devem obrigatoriamente constar, de forma clara, exaustiva e facilmente acessível" um conjunto muito assinalável de elementos, e ainda por força do n.º 2, o qual prevê "um suporte duradouro" para a "informação relativa à duração dos contratos, incluindo as condições da sua renovação e cessação" – no mesmo sentido, em função do teor do n.º 1 do art. 48.º, cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo - Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo, cit.,* p. 337. A Lei n.º 15/2016, de 17/06, alterou o art. 48.º impondo uma solução severa para o problema do abuso do regime de fidelização dos assinantes e da fraude na conclusão destes contratos, sobretudo quando utilizados serviços de *telemarketing,* especialmente votados a mascarar elementos menos atrativos da oferta dos operadores – muito embora fosse já aplicável a proteção conferida pelo n.º 7, do art. 5.º do DL n.º 24/2014, de 14-02, proteção essa que a alteração à LCE veio textualmente reproduzir. Um último ponto se apresenta pertinente: *quid iuris* quanto à violação das normas reguladoras da forma e conteúdo contratuais patentes no art. 48.º da LCE? A sanção mais imediata, por força, respetivamente, dos arts. 220.º e 294.º do Código Civil conduzir-nos-ia à nulidade (típica) do acordo, aplicando-se, coerentemente, o disposto no art. 286.º do Código Civil. Mas a solução parece algo desadequada, sobretudo se atendermos à finalidade destas imposições ao clausulado contratual, normas essas claramente destinadas à proteção do aderente do contrato, utente do serviço de comunicações eletrónicas. Como se deixa adivinhar, propugna-se por uma interpretação teleológica da disciplina contratual contida no art. 48.º, em especial no tocante às consequências da sua inobservância, razão pela qual se mostra mais adequada a aplicação da nulidade atípica do art. 13.º da LSPE, restringindo o direito de invocação ao utente-assinante e concedendo-lhe a possibilidade de optar pela redução do contrato. É que o âmbito subjetivo da proteção conferida pelos n.ºs 1 e 2 do art. 48.º da LCE assemelha-se ao detetável no grosso das disposições da LSPE, fazendo coincidir assinante e utente – cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo - Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo, cit.,* pp. 89 e 93-96.

[89] O Protocolo n.º 26, anexo ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), relativo aos serviços de interesse geral, concretizando os termos vagos do art. 12.º do TFUE, expressamente refere "um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores". Denota-se na LCE uma preocupação muito especial com os cidadãos portadores de deficiência. A este propósito cfr. arts. 5.º, n.º 2, al. a); 39.º, n.º 6; 40.º, n.ºs 1 e 2; e especialmente art. 91.º.

Entre o conceito de *utilizador* e *utilizador final* deteta-se a diferença de o primeiro sujeito poder utilizar o serviço de comunicações eletrónicas que lhe é oferecido para posteriormente, ele próprio, realizar também a sua oferta de redes de comunicações eletrónicas. O utilizador final, contrariamente, faz uso do serviço sem qualquer intenção de partilha da ligação, isto é, destinando-o a uso particular. Todos os utilizadores finais hão-se ser afinal utilizadores, pelo que as disposições destinadas somente aos primeiros são relativamente raras[90].

Tem ainda lugar um conceito de consumidor – art. 3.º, al. j) da LCE. A proteção, na LCE, deste conjunto especial de *aderentes* reconduz-se, em termos de atribuição de direitos, as mais das vezes, ora ao conceito de utilizador, ora ao de utilizador final[91]. Noutros casos, o legislador socorre-se do conceito para impor à ARN a obrigação de tomar em conta os interesses do consumidor, nomeadamente através de um direito de audição e participação das estruturas de defesa do consumidor nas tomadas de decisão pelo regulador[92]. Diferenças substanciais de regime podem, no entanto, ser encontradas em matéria de suspensão do serviço, previsto nos arts. 52.º e 52.º-A da LCE[93], e em matéria de vinculação do assinante-consumidor[94].

---

[90] Para além do elenco do art. 39/1º refiram-se, sem pretensão de completude, os arts. 31.º, n.º 3, al. a), 54-A.º e 72.º, n.º 2, al. a). O mero utilizador não beneficia, entre outras, da obrigação, a cargo das empresas de comunicações eletrónicas, de implementação de procedimentos adequados ao tratamento célere e harmonizado de reclamações (art. 48.º-A), e o reforço da possibilidade de recurso aos mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos (art. 48.º-B).

[91] Por expressa previsão do legislador. Assim, exemplificativamente, nos arts. 20.º, n.º 3; 31.º, n.º 3, al. a); 47.º, n.ºs 1 e 4; 92.º. Note-se que, conforme os conceitos se encontram articulados na LCE, nada impede a configuração simultânea de um utilizador (mesmo não constituindo utilizador final) enquanto consumidor. O conceito de consumidor, nos termos da lei, não se identifica com a partilha ou não da ligação disponibilizada, mas meramente com o caráter profissional de que o utilizador se serve da ligação. Isto dito, nada impede uma pessoa singular de partilhar a sua ligação, para efeitos diversos, sem que, no entanto, o faça título profissional, devendo ainda assim ser considerada consumidor.

[92] Assim, apontam-se algumas disposições genéricas como sejam os arts. 5.º, n.º 4, al. b) e n.º 5, als. c) e e), em matéria dos objetivos de regulação a prosseguir pela ARN, o art. 7.º, n.º 1, no que respeita à cooperação da ARN com outras entidades, e o art. 15.º, n.º 4, prevendo as coordenadas da política de gestão de frequências.

[93] A LCE derroga, no que ao fornecimento de serviços de comunicações eletrónicas diz respeito, o art. 5.º da LSPE, relativo à suspensão do fornecimento do serviço. O regime especial do art. 52.º-A da LCE, disciplinando a suspensão e extinção de serviços de comunicações eletrónicas prestados a consumidores, merece expressa remissão do legislador no n.º 5 do referido art. 5.º da LPSE. A remissão, introduzida em 2013, acompanhou o aditamento do art. 52.º-A da LCE, em ambos os casos através da Lei n.º 10/2013, de 28-01, que (entre outros) alterou ambos os diplomas. Já no que diz respeito a assinantes não consumidores a LCE prevê, desde a versão original de 2004, um regime especial, também em derrogação do art. 5.º da LSPE, presente no art. 52.º. É incompreensível a razão pela qual o legislador, na LSPE, faz expressa referência ao art. 52.º-A da LCE e omite a lógica referência ao regime, cronologicamente anterior, constante do art. 52.º. A falta de atenção não pode, contudo, implicar a inaplicabilidade daquela norma, conclusão franqueada pelo príncipio *lex specialis derogat legi generali,* e pelo disposto no art. 14.º da LSPE que expressamente ressalva "todas as disposições legais que, em concreto, se mostrem mais favoráveis ao utente" – corroborando, em abstrato, semelhante interpretação, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais", *cit.,* p. 341. Não cabe, nesta sede, uma análise pormenorizada dos traços distintivos do regime de suspensão de serviços consagrados em ambos os diplomas. Aponte-se, apenas, que as diferenças existem, nomeadamente quanto à previsão, em caso de suspensão do serviço por não pagamento de faturas, de um direito à sua manutenção para efeitos de acesso ao número único de emergência europeu (arts. 52.º, n.º 4, e 52.º-A, n.º 5 da LCE), e ainda quanto à proibição de extinção do serviço quando a dívida motivadora da suspensão do serviço não seja exigível (art. 52.º, n.º 5 da LCE) – por decurso do prazo de prescrição, por exemplo. Este último ponto suscita-nos as maiores dúvidas, porquanto a lei parece impor ao credor insatisfeito a subsistência de uma relação contratual que pode, em tese, ter sido dolosamente incumprida pelo devedor. Neste caso, a proteção do assinante já se encontrava suficientemente acautelada por força da previsão, no art. 10.º da LSPE, de prazos especialmente curtos (6 meses) de prescrição da obrigação de pagamento do preço devido pela prestação do serviço, e de caducidade do direito de ação. Restaria ao devedor, insatisfeito no seu crédito, a possibilidade de não manter a relação contratual com aquele assinante, extinguindo o serviço. Pasme-se, ainda, mediante a constatação de que o direito previsto no n.º 5 do art. 52.º da LCE não se encontra consagrado para o fornecimento de serviços de comunicações eletrónicas a consumidores, tendo o legislador expressamente previsto a distinção entre os dois tipos de assinantes – mais ainda que o art. 52.º-A da LCE em vários

1.4. A neutralidade enquanto limite ao conteúdo contratual

O quadro jurídico das redes e comunicações eletrónicas deixa plantados vários elementos que conduzem à constatação da neutralidade da rede como limite ao conteúdo da relação de fornecimento de acesso à internet. Embora a sua existência possa parecer inútil em função da solução hoje explicitamente consagrada pelo Regulamento da Internet Aberta, outros elementos normativos ajudam a concretizar a posição subjetiva encabeçada pelo utilizador, reconduzida ao direito a uma ligação à internet neutra[95]. Muito embora as consequências da conduta de desvio da neutralidade pelo fornecedor de acesso se repercutam na relação contratual com o assinante, a neutralidade é um direito subjetivo do utilizador, podendo, em tese, este e aquele nunca coincidir. Semelhante conclusão se retira desde logo do elemento literal assente no Regulamento da Internet Aberta, e na permanente referência aí constante ao utilizador, ao qual acresce um argumento lógico que se prende com a possibilidade de ao assinante dos serviços de comunicações eletrónicas não estar necessariamente associada a condição de utilizador – como será o caso, por exemplo, das pessoas coletivas, as quais podem num contrato figurar enquanto assinantes, permitindo o acesso de vários outros utilizadores que não, evidentemente, elas próprias. Conforme se deixará claro no próximo capítulo, o princípio da neutralidade está intimamente relacionado com a liberdade de

momentos remete para o preceito imediatamente anterior, omitindo qualquer referência ao n.º 5. Terá o legislador entendido que os serviços de comunicações eletrónicas prestados, por exemplo, a um sujeito comerciante eram merecedores de uma especial tutela em face dos prejuízos potencialmente causados pela sua extinção? Não se apresenta clara a resposta. Todavia, em face de tão evidente suporte literal e sistemático, parece difícil sustentar a aplicação daquela prerrogativa a uma relação de consumo, razão pela qual se conclui que, no caso concreto, o consumidor se encontra mais desprotegido do que o assinante não consumidor.

[94] A Lei n.º 15/2016, de 17-06, alterou a LCE com o objetivo anunciado da "proteção dos consumidores nos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas com período de fidelização". A verdade é que as alterações introduzidas à lei, em especial nos arts. 47.º-A e 48.º, não parecem dirigir-se somente ao consumidor, mas, grosso modo, a todos os assinantes destes contratos. Em matéria de relações de consumo prevê-se no n.º 5, do art. 48.º a proibição de um período de fidelização superior a 24 meses, muito próximo do previsto no n.º 3 da versão de 2011 do artigo, e que será somente aplicável aos negócios com consumidores. A inovação, com vista ao objetivo anunciado pela alteração legislativa, começaria no novo n.º 8 do referido art. 48.º que impõe a obrigatoriedade para as empresas que prestam serviços de comunicações eletrónicas de oferecerem "contratos sem qualquer tipo de fidelização, bem como contratos com 6 e 12 meses de período de fidelização". A oferta sem fidelização passa ainda a estar sujeita à obrigação de inclusão, nos mesmos suportes e de forma claramente legível, em que consta a oferta *fidelizadora* - al. b), do n.º 8 -, tal como a relação custo-benefício associada às diferentes ofertas, de modo a permitir a comparação das várias propostas, em função da presença do elemento *fidelizador*. Mantem-se, agora no n.º 10, a proibição de estabelecimento de condições contratuais desproporcionadas ou procedimentos de resolução dos contratos excessivamente onerosos, e desincentivadores da mudança de operador. O golpe final é dado com o travão aos pedidos indemnizatórios com fundamento no incumprimento do período de fidelização, prevendo-se que os encargos para o aderente não possam ultrapassar os custos que o fornecedor suportou com a instalação do serviço (n.º 11). Observando este limite à prestação por resolução do contrato, a lei proíbe ainda a sua determinação automática através da soma do valor das prestações vincendas (n.º 12), submetendo o *quantum* a um princípio de proporcionalidade, a achar entre as vantagens auferidas pelo assinante através da fidelização e o período de contrato já decorrido. Em suma, o legislador veio apertar o cerco aos operadores garantindo uma mais ampla proteção aos sujeitos contraentes, sobretudo através de um reforço do princípio da transparência. Mas quem são, afinal, os destinatários desta ampla gama de previsões? A resposta é particularmente difícil de encontrar dada a confusão em que o legislador faz o intérprete mergulhar, referindo-se aos sujeitos-parte destes contratos enquanto utilizadores (!) no n.º 8, consumidores na al. b) do n.º 8, e assinantes nos n.ºs 11 a 13. Não se crê que estas normas possam ter destinatários diferentes porquanto integram, no seu conjunto, um só regime, com a mesma finalidade. Em face de semelhante desnorte, e na esperança de um eventual esclarecimento em sede de revisão da lei, só pode advogar-se a aplicação deste conjunto de normas ao mais amplo grupo contido nos vários elementos literais, isto é, a todos os assinantes. Uma solução, porventura alicerçada no elemento literal e sistemático da Lei n.º 15/2016, no sentido deste corpo normativo ser somente aplicável às relações de consumo, implica uma interpretação corretiva dos n.ºs 11 a 14 em desfavor dos destinatários aí expressamente referidos, solução que veemente se repudia.

[95] Deixamos para um posterior desenvolvimento deste trabalho, *infra,* a análise com maior pormenor da solução de neutralidade vigente através do Regulamento da Internet Aberta. Ponto assente é que a violação da solução imposta pelos arts. 3.º e 4.º do Regulamento acarreta a nulidade, ainda que parcial, do contrato, nos termos do art. 294.º do Código Civil.

acesso, navegação e consulta de conteúdos na internet. Assim sendo, uma obrigação de não interferência do fornecedor de acesso na ligação disponibilizada ao utilizador contende com os parâmetros de qualidade do serviço impostos pela lei, tendo o legislador da União, a esse título, expressamente previsto no n.º 3 do art. 22.º da Diretiva Serviço Universal[96] a possibilidade de atuação das ARNs com vista a evitar a degradação, bloqueamento, e abrandamento do tráfego nas redes[97] - embora esta seja apenas uma das faces da neutralidade.

Especialmente na perspetiva da condição jurídica do utilizador, a al. g), do n.º 4, do art. 8.º da Diretiva Quadro[98], prevendo a ordenação dos princípios norteadores da atuação das ARN's, expressamente consagra, a partir da reforma introduzida pela Diretiva Melhor Regulação de 2009, a defesa dos interesses dos cidadãos "fomentado a capacidade dos utilizadores finais de acederem e distribuírem informação e de utilizarem as aplicações e os serviços à sua escolha"[99]. Embora a disposição não pareça constituir diretamente uma obrigação para os fornecedores de acesso, na perspetiva da limitação ao conteúdo dos contratos, afirma-se como um elemento determinante ao escrutínio das atividades destes operadores, ao mesmo tempo que concretiza a internet como espaço de consumo - e mais ainda de partilha - de conteúdos fundamentalmente condicionado à escolha do utilizador[100].

É ainda pertinente uma outra precisão na relação entre neutralidade e contrato. Servindo em primeira linha o utilizador da rede em concreto, uma determinada solução de neutralidade, ainda que com assento no contrato de fornecimento, não cumpre de forma adequada a sua função se cingida a um acordo em particular. Ao que parece, a previsão destas posições jurídicas ultrapassa o sujeito individual e projeta-se para a defesa de bens de natureza coletiva – a neutralidade no acesso de um é insignificante se o coletivo o não acompanha. Não choca a necessidade da ordenação coletiva de certos valores, especialmente num meio em rede, tendencialmente ubíquo e globalizado. Esta necessidade de proteção, pelo contrato, de bens jurídicos de natureza não estritamente privada[101] ganha especial importância na vigência de uma corrente dominante na qual "a liberdade contratual passou a ser vista, não apenas como manifestação da autodeterminação dos contraentes, mas também como

[96] Preceito que inspira a norma do n.º 4, do art. 40.º da LCE, precisamente relativa à qualidade do serviço.
[97] SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, "Mapa da Problemática Jurídica da Sociedade da Informação", *in* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (coord.), *Direito da Sociedade da Informação,* vol. IX, Coimbra Editora, 2010, p. 38, apontava o prelúdio desta base legal no âmbito da reforma da Diretiva Serviço Universal.
[98] Transposta, para a lei interna portuguesa, na al. g), do n.º 4, do art. 5.º da LCE.
[99] A mesma norma é referida por DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* p. 51. É sintomática a equivalência atribuída pelo legislador aos sujeitos *utilizador* e *cidadão*.
[100] A autodeterminação do utilizador é elemento revolucionário da internet quando comparada com outras ferramentas comunicacionais, conforme veremos *infra* 2.4.
[101] Recordam-se as palavras de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações,* 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 242-243: "A liberdade de fixação do conteúdo dos contratos move-se "dentro dos limites da lei" (art. 405.º, nº. 1), limites esses que visam a tutela de interesses das partes – nomeadamente a correcção e a justiça substancial nas suas relações –, ao lado dos valores coletivos – como sejam a salvaguarda de princípios de ordem pública (…). Postula-se modernamente uma concepção de contrato dominada por imperativos éticos e sociais", e ainda CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 78, referindo como fonte de Direito dos Contratos "a inexistência de normas ou princípios conflituantes". A confrontação do princípio da neutralidade com a cláusula da ordem pública parece, a esta altura, algo desnecessário tendo em conta a solução acolhida no Regulamento da Internet Aberta. Não deixa, contudo, de se notar, do ponto de vista dogmático, o interesse desse estudo.

princípio de ordenação da economia de mercado"[102], exigindo-se que tutele outras realidades que não a mera disciplina patrimonial das partes[103].

2. O princípio da neutralidade da rede

2.1. Primeira abordagem e sentidos: a 'neutralidade tecnológica'

A referência a um princípio da neutralidade (*neutrality principle*) na disciplina das novas tecnologias pode assumir vários sentidos. Invariavelmente presente está a ideia de indiferença do meio tecnológico face ao utilizador que a manuseia, às operações que realiza, ou aos periféricos que utiliza[104]. Numa palavra, neutralidade implica ausência de discriminação[105]. O conteúdo e sujeitos relativamente a quem – ou a que – se discrimina dependerão do concreto âmbito de análise, e dos interesses a que essa discriminação – digamos, violação da neutralidade – se dirige[106]. No universo jurídico[107], a noção de neutralidade tecnológica tem origem nos EUA[108], em 1968, quando no caso *Cartefone*[109], a *Federal Communications Comission* (FCC)[110] decidiu que qualquer dispositivo à escolha do

[102] JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Direito dos Contratos - Estudos,* Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 58, a que se acrescenta: "A desterritorialização da economia, resultante das novas tecnologias e da abertura de espaços transfronteiriços, com a correlativa perda de capacidade dirigística dos poderes estatais, bem como a dominância, à escala global, do paradigma do mercado, criaram as condições para uma convergência, em novos moldes, do direito contratual e do direito económico. Entre ambos os complexos processam-se permutas de valorações que possibilitam a complementação recíproca de soluções".

[103] Em especial em face da premente ameaça de um risco de "*hipereconomização* do jurídico", como nota JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Direito dos Contratos – Estudos*, *cit.,* p. 74.

[104] No limite, toda e qualquer diferenciação de conteúdos com base na informação recolhida sobre o utilizador (seja através da conta que utiliza, ou do dispositivo através do qual acede) representa um distanciamento da ideia de neutralidade. Assim, o facto, por exemplo, de dois utilizadores obterem mediante a mesma pesquisa, imagine-se por um serviço ou produto, resultados diferentes viola a neutralidade, já não da perspetiva do fornecedor de acesso, mas agora do prestador de conteúdos que permite o serviço de pesquisa. Conforme se deixa ilustrado no exemplo avançado, o desenvolvimento das tecnologias de informação e a sua crescente infiltração nas atividades mais simples do dia-a-dia humano apontam no sentido de uma mais profunda relação entre o homem e a máquina, só possível mediante um maior conhecimento pela máquina, do utilizador que serve. O ponto está em definir quando interessará ao utilizador ser tratado enquanto indivíduo particular e aquelas outras situações em que é preferível ser somente mais um.

[105] Assim, TIM WU, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *in Journal on Telecommunications and High Technology Law*, vol. 2, 2008, p. 150: "What is critical to the study of discrimination regimes is the existence of both justified and suspect bases of discrimination".

[106] Com eloquência, TIM WU, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *cit.,* p. 148: "Neutrality, as a concept, is finicky, and depends entirely on what set of subjects you choose to be neutral among".

[107] NELIA RODRIGUES DEL BIANCO, MARCELO MENDES BARBOSA; "O marco civil da internet e a neutralidade de rede: dilemas, debates e impasses relacionados a este princípio na tramitação do projeto de lei", *in Revista Eptic*, vol. 17, nº 1, 2015, disponível em www.seer.ufs.br/index.php/eptic/article/viewFile/3340/pdf (última visita a 02/02/2016), p. 8, refere-se ao problema da neutralidade como característico dos vários setores de atividade em monopólio natural, dando também o exemplo da rede de energia elétrica. Sobre o ponto *vide, infra,* 2.3.

[108] TIM WU, "Network neutrality, broadband discrimination", *cit.,* p. 142. Na decisão não se recorre explicitamente a esta exata expressão, mas o problema jurídico é o mesmo. *Vide* ainda FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION*, Protecting and Promoting the Open Internet ("Open Internet Order")*, 2015, disponível em https://www.federalregister.gov/documents/2015/04/13/2015-07841/protecting-and-promoting-the-open-internet (última visita a 09/05/2016), pp. 19747-19745, ¶ 61-62.

[109] O texto integral da decisão da FCC encontra-se disponível em http://myweb.uiowa.edu/johnson/FCCOps/1968/13F2-420.html (última visita em 21/03/2016). Em causa estava a possibilidade de os utilizadores se servirem de um dispositivo criado por Thomas Carter que permitia a interação entre a rede pública de telefone e a rede de rádio, à data uma enorme inovação, diretamente interferindo nos interesses da *AT&T*. Para uma análise da decisão e respetivas repercussões no hodierno Direito das Telecomunicações dos EUA, *vide* TIM WU, "Wireless Carterfone", *in International Journal of Communications,* vol. 1, 2007, pp. 389-426.

[110] A FCC havia já em 1956 iniciado o tratamento do tema no célebre caso *Hush-A-Phone Corp. v. United States, 238 F.2d 266 (D.C. Cir. 1956),* aí se discutindo a possibilidade de os utilizadores anexarem um pequeno

utilizador, independentemente do fabricante ou do concessionário da linha, poderia ser conectado à rede pública de telefones, no que ficou conhecido como o *Carterfone Principle*. Na decisão, o regulador norte-americano apenas exigia que o dispositivo escolhido pelo utilizador não pusesse em causa a estabilidade e segurança do sistema globalmente considerado[111]. Estava aberta a discussão que marcaria as décadas seguintes no setor das telecomunicações e anunciava um longo diálogo entre tecnologia e regulação por um lado, propriedade privada e inovação por outro[112].

No que ao fornecimento de acesso à internet diz respeito um princípio de neutralidade[113] só poderia dirigir-se ao tratamento dos dados[114] a cargo do fornecedor. A edificação de um princípio jurídico da neutralidade da internet[115] encontra no presente estudo três fundamentos essenciais[116]. O primeiro deles diz respeito à arquitetura da internet e à desvirtuação de certas características originais desta "rede de redes"[117] que se crê poderem ser decisivas na perpetuação da internet como a maior e mais universal ferramenta comunicacional criada pelo Homem[118].

---

dispositivo aos seus telefones – à data mercado monopolístico da *AT&T* – tendo em vista maiores garantias de segurança e inviolabilidade das chamadas. Na interpretação do *Communications Act de 1934* o *D.C. Circuit* afirmava um direito do utilizador a razoavelmente se servir do telefone nas várias formas que lhe fossem benéficas, desde que não houvesse detrimento público. Trata-se, ainda hoje, de um dos mais relevantes *landmark cases* em matéria de telecomunicações. Sobre o caso, *vide* TIM WU, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *cit.,* pp. 149 e 169, e *idem*, "Wireless Carterfone", *cit.*, pp. 395-398.

[111] À neutralidade tecnológica faz hoje referência o art. 16.º-A da LCE, na perspetiva da gestão do espetro de radiofrequências.

[112] ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "O "Marco Civil da Internet" e seus reflexos do Direito da União Europeia", *in Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 2, 2016, n.º 4, pp. 92-94, referencia os arts. 16.º-A e 35.º da LCE como as normas jurídicas vigentes no ordenamento português, de fonte interna, prescritivas da neutralidade tecnológica.

[113] O termo, na aceção aqui descrita, foi pela primeira vez utilizado por TIM WU, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *cit.,* pp. 141-176. Tanto quanto se apurou, a primeira definição de neutralidade da rede avançada em Portugal coube a SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, "Mapa da Problemática Jurídica da Sociedade da Informação", *cit.,* p. 35. Antes da referida obra, é devida uma referência muito particular de MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "Vinho Novo em Odres Velhos? A responsabilidade civil das "operadoras de Internet" e a doutrina comum da imputação dos danos", *cit.,* p. 684, para quem, referindo-se ao "simples fornecedor de acesso à rede", afirma "corresponder à natureza da sua actividade a neutralidade relativamente aos conteúdos emitidos e a não interferência neles". Pelo rigor e clareza da definição refira-se ainda o contributo de JOSÉ PEDRO TEIXEIRA FERNANDES, "Da utopia da sociedade em rede à realidade da sociedade em risco", *cit.,* p. 275, nota 34: "A neutralidade da rede, ou neutralidade da internet, significa que, por princípio, todas as informações que circulam na rede devem ser tratadas da mesma forma, sem interferências ou discriminações dos fornecedores de acesso à internet. Situações típicas de falta de neutralidade ocorrem quando, por razões comerciais, o acesso é deliberadamente limitado ou eliminado por bloqueio (restrição do acesso a determinados serviços ou sites) ou pelo estrangulamento (retardamento de certos tipos de tráfego afetando a velocidade e qualidade do acesso) favorecendo determinados sites em relação a outros. Note-se que estamos a excetuar desta questão os bloqueios ou restrições de acesso que resultam do cumprimento da legislação criminal pelos fornecedores de acesso à internet (por exemplo, por crimes de pirataria, pornografia infantil, etc.)". Por último, também JOÃO FACHANA, *A Responsabilidade Civil pelos Conteúdos Ilícitos colocados e difundidos na Internet*, *cit.,* p. 39, refere como característica do fornecedor de acesso, enquanto prestador de serviços intermediário "a sua posição neutra face aos conteúdos que transmite".

[114] Esta não é, no entanto, posição unânime. Referindo-se à dificuldade de consenso numa definição unívoca, e às consequências negativas das várias interpretações de um conceito de neutralidade, *vide* DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* p. 50.

[115] As expressões equivalentes são várias: *network neutrality*, *internet neutrality*, ou simplesmente NN. Da mesma forma, fazem-se equivaler as expressões "neutralidade da rede" e "neutralidade da internet".

[116] Um quarto fundamento resulta ainda da origem contratual da obrigação de fornecimento de acesso, e revela-se no nítido conflito entre a função do fornecedor de acesso e práticas que se distanciem de um especial dever de isenção. Este é, contudo, produto dos restantes, e foi alvo de tratamento no capítulo anterior.

[117] A expressão é amplamente utilizada e expressa a real natureza da internet. *Vide,* por todos, GRAHAM J. H. SMITH [et. al.], *Internet Law and Regulation*, 2nd Ed., Londres, FT Law & Tax, 1997, p. 1.

[118] Dados da União Internacional de Telecomunicações (UIT) apontam para um total de 3,2 mil milhões de utilizadores em 2015. Cfr. UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, *ICT Facts & Figures. The world in 2015*, Génova, 2015, p. 1 (numeração *ad hoc),* com importantes dados no que respeita à desigualdade no acesso à internet.

O segundo fundamento resulta do estatuto privilegiado que a internet granjeia junto do complexo normativo protetor da liberdade de expressão, informação e comunicação. Tratando-se de um verdadeiro e próprio bem civilizacional, desde logo pela exponencial capacidade de educação e literacia que potencia, a internet clama por uma intervenção jurídica[119] corretiva que sobreleve os interesses da comunidade aos estritos interesses particulares dos investidores e operadores da rede.

O terceiro, e último, fundamento prende-se com a organização económica da rede, ela própria descentralizada, e cuja extrema volatilidade evidencia um espaço de meritocracia[120] ao alcance de qualquer utilizador. A este propósito é essencial a constatação do *ciberespaço*[121] enquanto realidade especialmente votada à inovação, sobretudo pelos baixos custos de investimento e fracas barreiras entre investidores e público geral, responsável hoje por uma significativa parte da riqueza gerada nos países desenvolvidos[122].

Isto dito, torna-se mais clara a constatação de que a neutralidade tecnológica tem subjacente a concretização de outros objetivos ou propósitos a que ela própria se dirige – económicos, políticos, culturais. Nesta medida[123], a neutralidade da rede não constitui um bem (jurídico) autónomo, sendo ancilar de uma tábua mais ou menos extensa de finalidades que se tenham por concretizáveis na internet. Em última análise, ela protege todos quantos, efetiva ou potencialmente, pretendam desempenhar o papel de emissores ou recetores na rede – a título profissional ou particular – garantido uma condição de igualdade entre si, pelo menos na disponibilidade técnica de estarem *online,* aí consumindo ou partilhando conteúdos.

2.2. A arquitetura da rede

A arquitetura sobre a qual assenta o funcionamento da internet constitui argumento crucial no entendimento da neutralidade da internet[124] [125]. O modelo de desenvolvimento da

[119] Indiferentemente, de fonte autónoma, estadual ou supraestadual.
[120] TIM WU, "Network neutrality, broadband discrimination", *cit.,* p. 146.
[121] O termo foi cunhado por William Gibson, no romance *Neuromancer* de 1984 – *apud* ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA*, Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 322.
[122] Em 2014 o setor da internet representava 6% do Produto Interno Bruto (PIB) real norte-americano, superando todas as previsões de crescimento até então conhecidas, de acordo com STEPHEN E. SIWEK, "Measuring the U.S. Internet Sector", *Internet Association*, dezembro de 2015, p. 5. Algumas estimativas para a União Europeia previam um impacto aproximado de 5,7% do PIB a atingir em 2016 – cfr. DAVID DEAN, et. al., "The Internet Economy in the G-20", *The Boston Consulting Group,* 2012, p. 9 –, com a economia digital a crescer 12% ao ano na União – cfr. COMISSÃO EUROPEIA, "Uma Agenda Digital para a Europa", cit., p. 3.
[123] Repete-se, na perspetiva da indiferença do fornecedor de acesso em relação ao destino que os utilizadores dão à ligação por aquele disponibilizada.
[124] Múltiplas chamadas de atenção, oriundas das comunidades académica e técnica, a par da própria sociedade civil, têm sido erigidas quanto à preocupação com a alteração da natureza descomprometida que norteou a proliferação da internet nos seus primeiros anos. A título de exemplo, *vide* RALF BENDRATH, MILTON MUELLER; "The end of the net as we know it? Deep packet inspection and internet governance", *cit.,* p. 1142.
[125] Não cabe aqui uma exposição aprofundada sobre os meandros do funcionamento da internet. A exploração das características técnicas da rede funciona como pressuposto de facto à atuação do Direito.

internet, e as suas características têm hoje um valor não meramente técnico, mas também político, económico e até ideológico[126].

Pense-se na superioridade, em regra, da capacidade de *download* das redes face à sua capacidade de *upload*[127] e no significado desse simples traço[128] em função de uma visão desta ferramenta mais como local de retirada de informação do que de injeção[129], ou mesmo na generalizada desconfiança em relação às redes *peer-to-peer* (p2p), vistas como a sarjeta da internet na qual o crime abunda, ignorando o espaço revolucionário[130] que constituem sobretudo se pensarmos no modelo de partilha em comunidade que lhes subjaz. As características técnicas da internet deixaram há muito de constituir meras normas de ordenação asséticas, representando antes verdadeiras valorações sobre este ou aquele aspeto da comunicação, reclamando da comunidade jurídica uma aguçada capacidade de interpretação da realidade tecnológica, procurando imprimir também nessa realidade as coordenadas necessárias a uma justa e equilibrada composição de interesses.

A plasticidade da internet[131] e o seu desenvolvimento caótico têm de alguma forma sido mitigados pelos esforços da comunidade técnica[132], sobretudo organizados em torno do *Internet Engineering Task Force* (IETF)[133], um grupo voluntário constituído por engenheiros e representantes das várias áreas de atividade na internet, responsável pela emissão dos *request for comments* (RFC's), padrões técnicos de atualização dos protocolos e mecanismos estruturantes da internet, posteriormente adotados pelos múltiplos operadores da rede espalhados pelo globo. Mas a já apelidada de "ditadura dos *techies*"[134], juntamente com a

---

[126] *Vide* ANDREW J. FLANAGIN, CRAIG FLANAGIN, JON FLANAGIN; "Technical code and the social construction of the internet", *in New Media & Society,* vol 12, n. º 2, 2010, p. 182.

[127] RALF BENDRATH, MILTON MUELLER; "The end of the net as we know it? Deep packet inspection and internet governance", *cit.,* pp. 1151-52.

[128] RICHARD HILL, "The internet, its governance, and the multi-stakeholder model"*, in Info,* vol. 16, n.º 2, 2014, p. 25, pertinentemente observa como esta característica constitui também uma alteração ao paradigma vigente nas restantes tecnologias de comunicação, uma vez que impõe uma tarifação web, em regra, através da medição dos *downloads,* em aproximação a um princípio do destinatário-pagador.

[129] Esta é uma das características da internet em franca alteração. A proliferação da *Web 2.0*, na qual o utilizador deixa de ser mero consumidor passivo de informação para passar, ele próprio, a interferir na elaboração da informação dita o aumento, mesmo nas redes domésticas, da capacidade de *upload* dos utilizadores. Sobre o fenómeno da *Web 2.0*, ver, por exemplo, JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet*, *cit.,* pp. 22 e ss.

[130] Sobre os enormes avanços da perspetiva da comunicação e inovação que estas redes encerram *vide* M. CHRIS RILEY, BEN SCOTT; "Deep Packet Inspection: the end of the internet as we know it?", *cit.,* p. 8.

[131] Magistralmente descrita por LAWRENCE LESSIG, *Code v 2.0,* Nova Iorque, Basic Books Ed., 2005, p. 32: "*The possible architectures of something we would call "the net" are many, and the character of life within those diferente architectures is diverse. (…) Most of us haven't a clue about how networks work. (…) We are not trained to think about all the diferente ways technology could achieve the same ends through different means. That sort of training is what technologists get. Most of us are not technologists. (…) all of us must learn at least enough to see that technology is plastic. (…). Whether cyberspace can be regulated depends upon its architecture*".

[132] Salientando o fulcral papel "de entidades autónomas que assumiram a tarefa de garantir o seu funcionamento e desenvolvimento, em especial no que toca à definição de padrões relativos aos protocolos de comunicação e à atribuição de nomes de domínios e de endereços que permitem a identificação de computadores ligados à rede, em articulação com as autoridades dos EUA" *vide* LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Reflexões sobre a governação e a regulação da internet, com especial consideração da ICANN", *cit.,* p. 364.

[133] Uma "comunidade aberta em que participam voluntariamente técnicos, agentes económicos e outros interessados na evolução da internet que se encarrega das questões relativas aos protocolos e à arquitetura da rede", nas palavras de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Reflexões sobre a governação e a regulação da internet, com especial consideração da ICANN"*, cit.,* p. 367. Sobre a missão e procedimentos adotados pelo organismo *vide* http://ietf.org/about/ (última visita a 21/04/2016).

[134] Termo algo depreciativo com referência ao *diktat* da comunidade técnica responsável pela gestão tecnológica da internet, sem participação assinalável da comunidade jurídica.

crença, hoje abandonada, de uma internet proliferante através do desgoverno[135] descurou pontos importantes da ordenação do ciberespaço[136], deixando à mercê do código tecnológico a democratização do acesso. A "resposta para a máquina estaria na máquina"[137], os juristas seriam dispensáveis, questionando-se a sua habilidade para regular o ciberespaço, qual realidade paralela que impunha a lei e o Estado como fenómenos "obsoletos"[138].

2.2.1. O traçado original da internet

A origem militar da tecnologia subjacente à internet marca de forma indelével o funcionamento da rede[139] [140]. Fruto desta matriz podem ser apontadas, desde logo, duas características: a resiliência e o contacto extremo-a-extremo[141]. A primeira delas diz respeito à inexistência de uma estrutura estanque sobre a qual assenta o funcionamento da internet, concedendo-lhe maior robustez e uma mais difícil permeabilidade à desativação. A esta característica encontra-se ainda associada a possibilidade de qualquer dispositivo poder incorporar a rede, isto é, das possibilidades de crescimento serem, à partida, infindáveis, favorecendo igualmente a ideia de resiliência.

À parte da *camada física* que constitui a rede – traduzida em condutores de dados, e dispositivos que processam a informação em trânsito – a internet é titulada por um conjunto

---

[135] É sintomática a célebre *Declaration of the Independence of Cyberspace*, de JOHN PERRY BARLOW (1996), *cit.,* quando nela se proclama: "Governments of the Industrial World (…) On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignity where we gather. (…) Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are based on matter, and there is no matter here".

[136] LAWRENCE LESSIG, "The Path of Cyberlaw", *in Yale Law Journal,* vol. 104, 1995, p. 1749, chamando ainda a atenção (pp. 1747-48) para os efeitos de uma regulação totalmente entregue ao *diktat* eletrónico, despreocupada com os potenciais disruptivos que uma ou outra opção tecnológica possa implicar.

[137] ALEXANDRE DIAS PEREIRA, "Direito ciberespacial: 'soft law' ou 'hard law'?", *cit.,* pp. 686-687, por referência ao texto de Charles Clark, de 1996, intitulado "The Answer to the Machine is in the Machine".

[138] A síntese do argumento e a expressão são de ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 323. Lembram-se, a este propósito, as notas no final do século passado de PAULO MOTA PINTO, "Sobre alguns problemas jurídicos da Internet", in ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (coord.), *As telecomunicações e o Direito na sociedade de informação*, Coimbra, Instituto Jurídico da Comunicação, 1999, p. 365: "A meu ver, a Internet não será, de forma alguma, qualquer "espaço livre de Direito". Antes pelo contrário, uma realidade comunicativa com esta dimensão não pode certamente passar à margem do ordenamento jurídico".

[139] As origens da internet remontam aos finais da década de 60 do séc. XX com o desenvolvimento, pelo Departamento de Defesa dos EUA, de uma rede de comunicações que permitisse o contacto seguro entre a agência-mãe, em solo norte-americano, e as suas filiais espalhadas pelo globo no clima quente da Guerra Fria – enquadradando de forma perfeita o seu surgimento no contexto de conflito da época *vide* EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, "Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo", *cit.,* p. 269. A referida rede, um primeiro estádio do que mais tarde se tornaria a internet, ficou conhecida por *ARPANET* (*Advanced Research Projects Agency Network*), por referência à divisão do Departamento de Defesa norte-americano responsável pela sua criação, a *ARPA (Advanced Research Projects Agency).* O ponto é também referido por ALEXANDRE DIAS PEREIRA, "Direito ciberespacial: 'soft law' ou 'hard law'?", *cit.,* p. 689. Sobre a origem da internet e e seu desenvolvimento, *vide* BARRY M. LEINER, ET. AL., "Brief History of the Internet", *Internet Society,* disponível em http://www.internetsociety.org/internet/what-internet/history-internet/brief-history-internet (última visita a 21/05/2016), e ainda, em síntese, JOSÉ PEDRO TEIXEIRA FERNANDES, "Da utopia da sociedade em rede à realidade da sociedade em risco", *cit.,* pp. 262-264.

[140] Essa é, de resto, uma das razões pelas quais a internet permaneceu, nos primeiros anos de contacto público e comercial, como uma ferramenta dificilmente controlável pelos Estados, lembrando "um espaço livre de Direito".

[141] O contacto extremo-a-extremo, ou ponto-a-ponto, é, conforme já se referiu, normalmente designado por *end-to-end* (e2e), expressão que se prefere tendo em conta o âmbito transnacional da matéria em causa, à qual a língua inglesa empresta toda a terminologia.

de protocolos que lhe conferem as suas características próprias. Estes protocolos, ignorando fronteiras estaduais[142], têm por missão fazer chegar a informação entre remetentes e destinatários, atuando em *routers* espalhados pelo globo, com enfoque no tempo despendido, no espaço percorrido pela informação, e nos vários prestadores intermediários envolvidos no processo de transmissão[143].

Na verdade, o modelo de quatro camadas é bastante elucidativo quanto ao funcionamento da internet[144][145]. A circulação da informação traduz-se numa série de empacotamentos e encaminhamentos que se sucedem nas várias camadas da *net.*

Num contacto típico entre dois utilizadores (através por exemplo de um servidor de e-mail) é utilizado um protocolo da *camada aplicação*, que, no dispositivo de origem, cria o pacote de informação (*packet*) que viajará até ao dispositivo destinatário. Situamo-nos, portanto, na camada aplicação, digamos, sem sair do dispositivo emissor. A ligação entre o dispositivo que serve de plataforma, através por exemplo de um *browser*[146] utilizado para consultar a caixa de e-mail e o servidor daquela aplicação subsiste através de uma ligação lógica na *camada transporte*. Uma vez que a rede não retransmite a informação diretamente do dispositivo de origem ao dispositivo de chegada, mas sim através de vários "saltos" (*hops)* de *router* em *router*, um último protocolo é necessário para assegurar o seu correto encaminhamento na *camada rede*. Ora, a *camada transporte* usualmente apenas ligará dois polos da rede, reordenando no dispositivo de destino os pacotes em que a mensagem foi dividida durante a viagem na rede, funcionando como um canal lógico, sendo a *camada rede* a responsável pela chegada dos impulsos informativos ao longo da vasta constituição física da internet – que corresponde precisamente à denominada *camada física*. Os primeiros protocolos desenvolvidos foram precisamente o Protocolo TCP[147], operador na camada transporte, e o Protocolo IP[148], operador na *camada rede*, que juntamente com um conjunto

---

[142] RICHARD HILL, "The internet, its governance, and the multi-stakeholder model", *cit.,* p. 25, afirma: "the Internet is borderless", colocando a tónica na irrelevância do elemento nacionalidade para efeitos do trânsito (*routing)* da informação, e afirmando que esse constitui um dos traços que distinguem a internet das pretéritas redes de comunicações.

[143] As variáveis de que depende o trânsito dos dados são adaptáveis em função dos concretos protocolos em causa, e podem contemplar as relações comerciais que os vários fornecedores de acesso e *network providers* mantenham entre si, em ordem a diminuir o custo de transporte da informação. Ressalve-se que nos referimos aqui a acordos celebrados com fornecedores de acesso (e *network providers)* entre si, e não a qualquer relação entre fornecedores de acesso e prestadores de conteúdo. Os acordos para o trânsito de informação (*transit agreements)* visam, em princípio, estabelecer somente um modelo de orgaizaçã entre as empresas encarregues do transporte da informação do ponto de vista das ligações físicas entre si – por forma a agilizar o movimento dos pacotes de dados –, não discriminado em razão do utilizador, do prestador ou da natureza da informação. Sobre estes acordos, dos quais depende em absoluto a neutralidade da internet, *vide* ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* pp. 751-52.

[144] Acompanhamos nesta exposição ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* pp. 733 e ss., não só pela clareza aí expressa, mas sobretudo pela exploração adequada da argumentação técnica necessária ao tratamento jurídico do tema.

[145] O modelo de quatro camada, conhecido por modelo TCP, é o mais utilizado para tratar as questões jurídicas na internet, conforme nota CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment On The End-to-End Debate", in *Journal of Telecommunications and High Technology,* vol. 3, 2004, p. 48. Note-se, no entanto, que a engenharia informática maioritariamente utiliza nos seus trabalhos um modelo de sete camadas, denominado de modelo *OSI*. Um esquema visual interessante das várias camadas pode ser encontrado em TIM BERNERS-LEE, "Long Live the Web", *in Scientific American*, dezembro de 2010, disponível em http://www.scientificamerican.com/article/long-live-the-web/ (última visita a 03/04/2016).

[146] O *browser* servir-se-á do protocolo *http,* um dos vários predominantes na *camada aplicação*.

[147] Sigla para *Transmition Control Protocol*.

[148] Sigla para *Internet Protocol*.

crescente de outros melhorados protocolos, asseguram o empacotamento e encaminhamento da informação do dispositivo remetente ao seu destinatário. Eles são, digamos, "a alma da internet", conferindo-lhe as características da extrema operacionalidade e universalidade.

A *camada transporte*, por sua vez, está intimamente condicionada pelas relações contratuais que as entidades proprietárias da rede mantenham entre si, uma vez que destes acordos depende a partida e chegada da informação, e a sua circulação pelo globo. Conforme se referiu, estes protocolos são atualizados tendo em conta as designações do IETF e podem, para além de um mero encaminhamento dos dados que tenha por critérios os custos associados entre os vários fornecedores de acesso, o tempo que levará a ligação, ou a distância percorrida, passar a prever por exemplo, a prioridade de certo tráfego sobre o restante[149], com base em critérios estritamente comerciais[150]. O que importa deixar claro a este ponto é que a internet, desde a sua origem, se encontra desenvolvida como tecnologia de contacto e não de processamento. O cerne dos protocolos IP e TCP é neutro: ignora o utilizador remetente, o utilizador destinatário ou o conteúdo da mensagem[151] [152], preocupando-se com um eficaz encaminhamento da informação. É assim correto afirmar que a neutralidade, ao nível dos protocolos, corresponde a um "estado natureza" da internet.

a) O *end-to-end principle* e a *dumb network*

O princípio e2e[153] foi pela primeira vez descrito em 1984[154], transpondo a ideia da desnecessidade de inteligência no centro da rede para a verificação de erros na transferência de dados[155]. Inconscientemente estava tomada "a mais importante decisão no design da

[149] Veja-se o RFC 1058 do IETF, datado de 1988, alvo, entretanto, de posteriores atualizações.
[150] Não fica, de resto, afastada a possibilidade de a priorização dos dados em trânsito observar critérios de acentuada carga moral ou ideológica (!), porquanto a sua aplicação depende exclusivamente do conluio do setor, presentemente apenas moderado através do IETF. Embora se afigue um cenário algo inverosímil não se encontra minimamente acautelada essa possibilidade.
[151] As características, em especial do protocolo IP, permitem a navegação tendecialmente anónima na internet. Este tem sido um dos pontos de maior confronto entre o *design* da internet e a pressão de certeza e segurança impostas pela vida comunitária e muito especialmente fruto do advento do comércio eletrónico. Referindo-o na perspetiva da dificuldade de funcionamento de um sistema de responsabilidade LUÍS MENEZES LEITÃO, "A Responsabilidade Civil na Internet", *cit.,* p. 183, e JOÃO FACHANA, *A Responsabilidade Civil pelos Conteúdos Ilícitos colocados e difundidos na Internet, cit.,* pp. 82-83. *Vide,* ainda, LUÍSA NETO, "Informação e Liberdade de Expressão na Internet e Violação de Direitos Fundamentais: Um Conflito de (Im)possível Resolução", *cit.,* p. 47, para quem o anonimato "pode ser visto como corolário do direito à reserva da intimidade da vida privada" ainda que "há de ceder, como em qualquer outra situação de conflito ou colisão, perante outros direitos ou outros bens constitucionalmente protegidos – *maxime*, em caso de ilicitude", sustentando "a opção inelutável pela manutenção do anonimato como pressuposto da circulação de informação necessária à concretização de uma sociedade efetivamente democrática (…)". Uma reflexão sobre a arquitetura da internet e a tendencial necessidade de identificação dos sujeitos utilizadores pode ser encontrada em LAWRENCE LESSIG, *Code v2.0, cit.,* pp. 39 e ss.
[152] A este propósito, DAVID D. CLARK, "Network Neutrality: Words of Power and 800-Pound Gorillas", *cit.,* p. 705, afirma: "One of the so called virtues of the Internet is that "bits is bits", and all bits are equal".
[153] Equivalente a *end-to-end*, ou menos frequentemente, princípio extremo-a-extremo, igualmente estilizado como e2e. Na literatura informática o mesmo princípio é também referido enquanto "end-to-end argument(s)".
[154] JEROME SALTZER; DAVID REED; DAVID D. CLARK; "End-to-End Arguments in System Design", *in ACM Transactions on Computer Systems,* vol. 2, n.º 4, 1984, pp. 277-288, sendo por vezes referida uma primeira versão do artigo publicada em 1981.
[155] A conclusão principal do estudo daqueles autores resume-se ao seguinte: a existência de formas de inteligência no centro rede como método de assegurar a integridade do transporte da informação entre polos é

internet"[156], com repercussões muito para além da mera engenharia de sistemas. De facto, a inexistência de um núcleo inteligente, mediador do contacto entre utilizadores, configura o principal elemento caracterizador da comunicação na internet enquanto fenómeno revolucionário[157]; a possibilidade de difusão de conhecimento, ideias ou simples mensagens sem um interlocutor separa a internet dos restantes meios de comunicação. Trata-se, recorrendo a uma conhecida expressão do meio informático, de uma *dumb network,* na qual a inteligência se encontra concentrada nos polos. Essa é, primordialmente, a razão pela qual as últimas três décadas marcaram uma profunda revolução na quantidade de conteúdos e serviços disponíveis na internet, sem que a rede se tenha tornado drasticamente diferente[158]. A natureza da rede é passiva face aos conteúdos que nela transitam, valendo um princípio de indiferença em relação à concreta utilização da ligação – natureza em tudo consentânea com as características dos protocolos enunciados[159]. Não causa assim espanto a afirmação de que, respeitando o princípio e2e na sua formulação original, o resultado não possa ser outro senão a existência de uma rede neutra[160].

A possibilidade de "inovação pelo indivíduo sem necessidade de recurso a uma estrutura organizada"[161], introduziu uma nova forma de interação económica assente exclusivamente no domínio, pelo utilizador, das capacidades de desenvolvimento de um produto com interesse para a restante comunidade – *netizens* ou não. Esta possibilidade de acrescento económico e tecnológico com base na autodeterminação do indivíduo[162] é indissociável da flexibilidade técnica[163] característica de uma rede primacialmente pensada para o trânsito da informação. Rapidamente, aquela que havia sido pensada como uma simples regra de design informático destinada a facilitar a troca de informação, transformou-se numa "importante regra de concorrência na internet"[164], uma vez que estabeleceu, durante o desenvolvimento

redundante, uma vez que estes testes preliminares de integridade não dispensam a realização de uma verificação final, pelo que as verificações intermédias, a realizar fora dos polos emissor e recetor, são supérfluas Cfr. SALTZER ET. AL., "End-to-End Arguments in System Design", *cit.,* p. 281, reforçado por CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment On The End-to-End Debate", *cit.,* p. 43.

[156] ANDREW J. FLANAGIN, CRAIG FLANAGIN, JON FLANAGIN; "Technical code and the social construction of the internet", *cit.,* p. 182.

[157] Também se referindo "ao filtro" entre locutor e recetor esbatido na *net*, cfr. LUÍSA NETO, "Ciência da Informação e Direito: um novo paradigma de reconstrução do papel do Estado no contexto da sociedade global da informação", *cit.*, p. 54.

[158] Há, naturalmente, um aprimoramento da rede – até em função da crescente utilização – enquanto veículo de transmissão da informação, mas essas diferenças não encontram paralelo no formidável avanço verificado na camada dos conteúdos, serviços e aplicações.

[159] CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment On The End-to-End Debate", *cit.,* p. 41, resume da seguinte forma o princípio e2e*:* "the pipes that constitute the core of the network should be kept dumb and should focus solely on passing along packets as quickly as possible".

[160] A igual conclusão parece chegar DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* p. 49: "A network which follows this principle is, by design, neutral as there is no intelligence within the network to discriminate between traffic".

[161] ANDREW J. FLANAGIN, CRAIG FLANAGIN, JON FLANAGIN; "Technical code and the social construction of the internet", *cit.,* p. 184.

[162] Explicitamente, RALF BENDRATH, MILTON MUELLER; "The end of the net as we know it? Deep packet inspection and internet governance", *cit.,* p. 1147: "The internet protocols were designed to execute a relatively simple packet-forwarding function; all other functions are supposed to be performed at the end users' networks or computers (often referred to as 'the edges' of the network). The network layer of the protocol stack only cares about moving data packets from the sender to the receiver without regard to their content or security. The effect of this separation is to empower the edges or users of the internet".

[163] Conforme apontada por RALF BENDRATH, MILTON MUELLER; "The end of the net as we know it? Deep packet inspection and internet governance", *cit.,* p. 1147.

[164] Quem o afirma é ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 737.

de produtos e serviços que funcionam "em cima da internet", um padrão de funcionamento da rede, uniforme e não discriminatório.

Mas uma análise do princípio e2e colhe muito para além dos ganhos na inovação. A liberdade política[165], entendida como a falta de censor que escolhe e deprecia certo conteúdo informativo, encontra-se particularmente assegurada numa rede descentralizada, cujo núcleo é deixado tão simples quanto possível[166] [167], não fosse a internet, para além de negócio e riqueza, instrumento privilegiado de comunicação e propagação de conhecimento. O princípio e2e é assim uma espécie de garantia evolutiva[168] da internet, na media em que não compromete o utilizador, ou o criador de conteúdos, com um serviço ou produto concreto, apenas assegurando a disponibilidade do ciberespaço para o acolher e fazer chegar a todos quantos a ele pretendam aceder[169].

b) A interoperabilidade

De acordo com Christopher Marsden[170] a interoperabilidade foi num primeiro momento o ponto central no debate sobre neutralidade. Os fornecedores de acesso, em parte proprietários das redes físicas sobre as quais funciona a internet, perceberam que o facto de os protocolos originais (TCP/IP) imporem uma solução não discriminatória no encaminhamento dos dados representava um entrave à maximização dos lucros de exploração na rede. Estes protocolos originais, funcionando com base nas premissas *first come, first served*[171] e *best efforts*[172] não contemplam a possibilidade de se beneficiar um tráfego sobre outro – imagine-se o tráfego decorrente de uma chamada de voz, do tráfego

[165] RALF BENDRATH, MILTON MUELLER; "The end of the net as we know it? Deep packet inspection and internet governance", *cit.,* p. 1147.
[166] A afirmação é de LAWRENCE LESSIG, *Code v 2.0, cit.,* p. 44: "the core is kept as simple as possible".
[167] Dificilmente se reconduzem hoje as preocupações em manter internet livre das ameaças de controlo dos Estados, a uma infundada teoria da conspiração. À parte do caso chinês, o escândalo protagonizado por Edward Snowden, em 2013, é elucidativo dos perigos, na perspetiva do abuso dos poderes estaduais, da introdução de formas avançadas de inteligência no núcleo das redes transnacionais de informação. Sobre o esquema de vigilância global trazido a público pelo ex-agente dos serviços de inteligência norte-americanos *vide*, em síntese, LAWRENCE LESSIG, "Lawrence Lessig Interviews Edward Snowden", *Harvard Law School Channel,* 20/10/2014, disponível em http://www.youtube.com/watch?v=o_Sr96TFQQE (última visita a 14/04/2016).
[168] *Vide,* TIM WU, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *cit.,* p. 146, tentando uma aproximação da teoria *Darwiana* à internet apelidando-o de "evolutionary principle".
[169] Esta aparente bondade da rede é absolutamente volátil, e por isso se compreende a crescente preocupação com soluções legais que garantam que as características da internet valorizadas pela comunidade não sejam preteridas nomeadamente face aos interesses comerciais dos operadores na rede. Demonstrando esta especial volatilidade, TIM WU, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *cit.,* p. 156, afirmando que uma alteração tão simples como a extensão do endereço de *IP* permite adulterar radicalmente o manuseamento dos dados na rede.
[170] CHRISTOPHER MARSDEN, *Net Neutrality: Towards a Co-regulatory Solution,* Nova Iorque, Bloomsbury Academic, 2010, p. 5.
[171] CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment On The End-to-End Debate", *cit.,* p. 33.
[172] O primeiro diz respeito à prioridade da informação primeiramente remetida, independentemente das suas características específicas (emissor, destinatário, aplicação). O segundo traduz-se num verdadeiro princípio de diligência segundo o qual a rede globalmente considerada assume o compromisso técnico de remeter a informação o mais rapidamente possível, apenas descartando pacotes em caso de necessidade, e não se comprometendo com qualquer resultado. Estes princípios constituem normas universais, de origem consuetudinária, de funcionamento da internet e não assentam em qualquer instrumento vinculativo, sendo a sua adoção pela comunidade técnica perfeitamente voluntária. *Vide*, ainda, *supra,* nota 53.

oriundo de um servidor de e-mail, ou de um cliente disposto a pagar pela certeza de um serviço melhor. Estes condicionalismos técnicos têm ainda a virtualidade de proporcionarem uma tendencial igualdade de todos os utilizadores no processamento dos dados em trânsito, e de todos os prestadores de conteúdos, independentemente da sua origem, destino ou natureza. Do ponto de vista do fornecedor de acesso só seria possível negociar uma determinada velocidade de acesso e um volume de dados que aquele se obrigava a encaminhar por conta do assinante.

Este modelo protocolar, incluído numa visão da rede assente na facilidade de acesso e preocupado em impor diminutas barreiras ao acesso e ao trânsito dos dados está indissociavelmente ligado ao advento da internet[173]. É o design dos protocolos de internet TCP/IP que faz com que qualquer rede capaz de estabelecer uma conexão bidirecional possa acomodar tráfego da internet, fazendo parte dela[174]. A origem não comercial da rede, desimportada com o modelo de negócio subjacente ao fornecimento de acesso, explica esta falta de preocupação com escopo lucrativo do fornecimento de acesso[175].

A possibilidade de os fornecedores de acesso utilizarem protocolos privados poria em causa a unidade e universalidade da rede[176] [177], podendo, no limite, forçar o utilizador à opção de um fornecedor de acesso em função dos conteúdos que pretendesse aceder à semelhança do que acontece no fornecimento da televisão por cabo. Aí, o fornecedor por cabo contrata com determinados prestadores de conteúdos (canais de televisão, aplicações, serviços interativos) a sua presença no catálogo oferecido aos assinantes, cabendo a este último a opção por um determinado fornecedor de acesso em função, também, dos conteúdos que este pode oferecer[178]. Ora, este modelo "muralhado" de prestação de conteúdos é absolutamente contrário ao que encontramos na internet atual, e isso explica-se tão-somente pela existência dos protocolos abertos[179]. Desta feita, na internet, independentemente do fornecedor de acesso contratado, o utilizador sabe que um site, produto ou serviço está, em qualquer parte do globo, à distância de um *click*. A absoluta liberdade de acesso à informação, independente do local e da plataforma utilizado no aceso, constitui o elemento *sui generis* da *net* que deve, a todo o custo, ser preservado. Nesse

---

[173] Neste sentido *vide*, muito explicitamente, JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos (…)*, p. 23, *cit.,* para quem "A filosofia subjacente à Internet e à sua consistência tecnológica era imanente à sua natural evolução e expansão".

[174] ANDREW J. FLANAGIN, CRAIG FLANAGIN, JON FLANAGIN; "Technical code and the social construction of the internet", *cit.,* p. 183.

[175] Conforme refere CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition?", *cit.,* p. 35, só em 1995 a *National Science Foundation* se retirou por completo da atividade de fornecimento de acesso, tomando-se a data como ponto final na privatização da rede. Como o mesmo autor indica, este seria o ponto sem retorno na generalização e democratização do uso da internet nos EUA.

[176] PAULO MOTA PINTO, "Sobre alguns problemas jurídicos da Internet", *cit.,* pp. 363-64, refere a necessidade de manter abertos os standards técnicos da internet, sob pena de se favorecer um acesso desigual.

[177] O criador do *www,* TIM BERNERS-LEE, é perentório na afirmação: "The primary design principle underlying the Web's usefulness and growth is universality". *Vide* "Long Live the Web", *in Scientific American*, dezembro de 2010, disponível em http://www.scientificamerican.com/article/long-live-the-web/ (última visita a 03/04/2016).

[178] Voltar-se-à ao ponto, *infra*, 2.3.

[179] Contextualizando uma internet aberta, DAVID D. CLARK, "Network Neutrality: Words of Power and 800-Pound Gorillas", *cit.,* pp. 701-702: "*(…) open borders, open conversation, open countenance, open access, open markets, "Open" is good, "closed" is bad. The Internet, to a large extent by design, but also by happy accident, has a technical character that aligns with this larger set of value that equates, in the extreme, the power of democracy and freedom*".

sentido cumpre elevar os protocolos públicos de acesso à internet a um estatuto de "bens comunitários"[180].

2.2.2. A emergência de um novo modelo

O final dos anos 90 deixou clara a constatação de que a internet constituía a pedra final no templo do *brave new world* da globalização[181]. O intenso investimento na rede, patrocinado pelos Estados ocidentais já assustados com a possibilidade de verem o seu poderio industrial suplantado pelas novas potências emergentes, foi determinante no surgimento de uma panóplia imensa de novos serviços e produtos distantes do mero uso do e-mail e consulta de páginas *web*. O *streaming* vídeo, o *online gaming,* a proliferação das redes p2p, para referir alguns dos novos serviços existentes na internet, significaram um aumento acentuado do tráfego na internet e a necessidade de novas e melhoradas redes para acorrer à crescente, e mais exigente, procura[182]. A proliferação do comércio eletrónico, por outro lado, afirmou a demanda por uma rede mais segura e fiável, avessa à anonimidade característica do protocolo IP[183]*,* também relacionada com a necessidade sentida pelos Estados de estenderem os seus modelos de tributação[184] às relações cada vez mais lucrativas emergentes da internet. De facto, à data, os lucros crescentes do mercado de conteúdos, aplicações e serviços motivam cada vez mais os fornecedores de acesso a porem em causa as consequências económicas do modelo imposto pelo princípio do e2e, nomeadamente o facto de estarem arredados dos lucros emergentes da criação de novos serviços na rede. Em 1999, o então diretor-executivo da *AT&T*, Dan Somers, afirmava: "*We didn't spend $56 billion to get into cable business to have the blood sucked out of our veins*"[185], numa alusão clara à vontade do maior fornecedor de acesso à internet dos EUA em cobrar aos prestadores de conteúdos pelo acesso aos clientes.

A importância da internet, enquanto instrumento económico e político, indispensável ao funcionamento dos atuais padrões de interação da sociedade, ditou uma ainda maior inadmissibilidade face a falhas e colapsos da rede[186], impondo melhorados sistemas de

[180] A expressão é de ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 753.
[181] A par da vulgarização do transporte de pessoas e dos por isso prementes movimentos migratórios.
[182] CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment On The End-to-End Debate", *cit.,* pp. 35 e 43.
[183] CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment On The End-to-End Debate", *cit.,* p. 36. O argumento não é, no entanto, totalmente procedente, tendo em conta que a impossibilidade de identificação do contraente por via do protocolo IP pode ser ultrapassada – e de facto é – pela necessidade da identificação, por exemplo, no momento do pagamento dos produtos e serviços contratados.
[184] CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment On The End-to-End Debate", *cit.,* p. 37.
[185] LAWRENCE LESSIG, *The Future of Ideas*, Nova Iorque, Random House, Inc., 2001, p. 158.
[186] Uma referência particular merece ainda o chamado *honor system*, designando um conjunto de normas técnicas divulgadas pelo IETF que exprimem certos comportamentos que os serviços e redes de informação deveriam adotar em caso por exemplo de congestionamento ou colapso da rede. O conjunto destas especificações, presente no código técnico das aplicações e serviços que usam a internet (nomeadamente ao nível da camada transporte, onde opera predominantemente o protocolo TCP), permitem identificar situações de congestionamento da rede, fazendo com que cada dispositivo a tentar estabelecer contacto nesse momento suspendesse ou diminuísse o ritmo de envio dos dados por forma a permitir uma melhor resolução do problema

prevenção em sacrifício da antes selvática rede[187]. A internet assente num princípio igualitário de tratamento dos dados sob a premissa do *first come, first served* é cada vez mais posta em causa[188] [189].

a) As *delay sensitive apps*

Para além do mais intenso consumo de dados, a evolução de serviços, conteúdos e aplicações na internet criou um novo grupo de serviços mais intolerante à inconsistência técnica das redes, comummente denominadas de *time sensitive apps*[190]. Até então[191] a rede e os seus utilizadores conviviam saudavelmente com atrasos na ordem dos segundos infligidos à receção do correio eletrónico ou à visualização de páginas *web*. O surgimento dos serviços de telefonia via internet (vulgarmente designados por VoIP[192]) altertaram drasticamente o padrão exigido no fornecimento de acesso. Os fenómenos conhecidos por *latency* e *jitter*[193], tornavam a comunicação em tempo real impossível e questionavam a

---

de congestionamento. O *honor system* representa ainda um mecanismo de controlo nos recursos que os utilizadores demandam da rede prevenindo, mesmo em situações de funcionamento normal da rede, o surgimento de situações de sobrecarga e colapso do sistema, sendo, por isso mesmo, designados os protocolos que o integram enquanto "*polite protocols*" – *vide* CHARLES L. JACKSON., "Wireless Efficiency Versus Net Neutrality*", in Federal Communications Law Journal,* vol. 63, 2010-2011, p. 449. Nunca será de mais repetir que estas normas técnicas não integram qualquer ato jurídico vinculativo, sendo a sua observância resultado do comprometimento da comunidade técnica com o bom funcionamento da rede e respetiva interoperabilidade. De resto, os incentivos à não observância da regra são óbvios, pelo que numa situação de congestionamento a emissão continuada a um ritmo alto de informação levaria a que esse emissor abusivo efetivamente conseguisse que os seus pacotes fossem expedidos em primeiro lugar. As aplicações de p2p têm sido apontadas como as grandes incumpridoras deste código de honra, permitindo aos utilizadores mais independentes alterarem as configurações do *software,* assim manipulando recursos em exagero – cfr. a este propósito o RFC 2309, disponível na página do IETF. Ainda assim, de alguma forma, o "sentido de justiça" – EDWARD FELTEN, *Nuts and Bolts of Network Neutrality,* Princeton University, julho de 2006, disponível em https://www.cs.princeton.edu/courses/archive/fall09/cos109/neutrality.pdf (última visita a 17/05/2016), p. 7 – visível no acatamento generalizado destes códigos de conduta mantém um equilíbrio ténue, mas indispensável, ao funcionamento da internet.

[187] Uma análise da evolução da rede deteta, desde logo, um aumento da capacidade de interatividade disponibilizada ao utilizador. A internet é cada vez menos um espaço de consulta e mais um espaço de interação, evidenciado uma maior vontade de participação do grosso dos cidadãos, conforme apontam ANDREW J. FLANAGIN, CRAIG FLANAGIN, JON FLANAGIN; "Technical code and the social construction of the internet", *cit.,* p. 188, descrevendo o modelo da *web 2.0.* É curioso notar o advento do fenómeno do *tagging* como metódo de classificação dos conteúdos na rede assente unicamente na autodeterminação dos utilizadores, conforme referem ANDREW J. FLANAGIN, CRAIG FLANAGIN, JON FLANAGIN; "Technical code and the social construction of the internet", *cit.,* p. 187.

[188] Verdadeiramente, sempre existiram dados prioritários na rede, nomeadamente aqueles responsáveis pela própria gestão dos componentes da internet. Quando se refere, portanto, igualdade no tratamento da informação pretende fazer-se referência àqueles dados oriundos dos utilizadores da rede e não do circuito de gestão da mesma. Sobre o ponto *vide* CHARLES L. JACKSON, "Wireless Efficiency Versus Net Neutrality*", cit.,* pp. 463 e ss., com considerações técnicas indispensáveis à compreensão do problema.

[189] Demonstrando, com grande eloquência e simplicidade, as enormes alterações a que a rede fisicamente considerada se encontra sujeita fruto, também, das necessidades dos grandes prestadores de conteúdos, *vide* TIM FERNHOLZ; DAVID YANOFSKY; "How the internet works, and why it's impossible to know what makes your Netflix slow", *Quartz-qz.com* , março de 2014, disponível em http://qz.com/187034/how-the-internet-works-and-why-its-impossible-to-know-what-makes-your-netflix-slow/ (última visita a 21/05/2016)

[190] Por todos, CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition (…)", *cit.,* p. 36. É ainda comum a designação a esta classe de aplicações e serviços enquanto *delay sensistive*, pretendendo referir a mesma realidade.

[191] Referindo a proliferação desta classe de serviços sensíveis ao tempo, e a sua diminuta expressão nos primórdios da internet, TIM WU, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *cit.,* p. 155.

[192] Acrónimo para *Voice over Internet Protocol.*

[193] O primeiro é a tradução de latência, significando um período de tempo decorrido entre a emissão da informação e o seu correto encaminhamento pela rede. O segundo, ainda que relacionado pelo primeiro,

aplicação do princípio do *best efforts* no encaminhamento da informação. A solução era, do ponto de vista da engenharia das redes, simples: esse tráfego, intolerante ao atraso, teria que beneficiar de um estatuto tecnológico diferente, por forma a garantir o seu encaminhamento de tal modo que o resultado final fosse uma comunicação eficaz, e em tempo real, entre os polos da ligação. Determinada inferência implicaria o afastamento da abordagem *best efforts* e a aceitação de um novo parâmetro de expedição dos dados denominado por *QoS* [194] [195].

A proliferação desta nova classe de serviços tornou a discriminação de certo tipo de dados prática corrente e globalmente aceite na internet[196], traduzindo-se na mera adequação dos fornecedores de acesso àquilo que eram as novas exigências do mercado das aplicações, serviços e conteúdos, o grande centro de inovação da sociedade da informação. Mas uma fulcral nota importa deixar em relação a esta concreta discriminação: ela resulta de um critério objetivo (ou pelo menos objetivável) relacionado com a natureza dos dados em trânsito, isto é, dados que, pela função que cumprem, necessitam de ser priorizados sob pena dos serviços que concretizam não obterem a operacionalidade necessária. A resposta da rede, discriminando os dados que necessitam de tratamento priorizado, consiste assim numa mitigação da igualdade aritmética característica dos protocolos TCP/IP[197], sem qualquer favorecimento de ordem comercial ou económica. Isto equivale a dizer que a discriminação, com este fundamento, inclui todos os conteúdos, serviços e aplicações que careçam de tratamento prioritário, vigorando ainda o princípio da neutralidade – numa aceção mais restrita é certo – agora garantindo que este tráfego é priorizado tendo em conta a sua natureza, e já não uma específica origem, destino ou conteúdo[198].

b) A segurança e a integridade

Conforme se foi adiantando, a internet surgiu fruto de um projeto com fins militares, e foi paulatinamente evoluindo para o uso civil até se tornar um produto, ela própria, alvo de intenso comércio. Esta evolução compreendeu estádios intermédios, tendo a rede servido de plataforma de comunicação académica antes do seu uso comercial ser totalmente

traduz-se na distorção da informação por via da sobrecarga da rede. Uma aproximação às noções pode ser encontrada em TIM WU, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *cit.,* p. 148.

[194] Sigla para *Quality of Service.* DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* p. 52, nota 20, define-a como "(…) *the ability to provide differing quality levels to different IP packet types, for example guaranteeing a set bandwidth for some traffic types. This is in contrast to the normal best effort service on the Internet, whereby all traffic is delivered to the best of the networks ability but with no guarantees of delivery in a certain time on of a certain quality*".

[195] Afirmando que sem a priorização dos dados seria impossível o funcionamento desta classe de serviços *vide* TIM WU, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *cit.,* p. 154.

[196] DAVID D. CLARK, "Network Neutrality: Words of Power and 800-Pound Gorillas", *cit.,* p. 705, referindo-se precisamente o tratamento discriminatório de que beneficiam os dados dos serviços e aplicações sensíveis ao tempo.

[197] Referindo a impossibilidade de funcionamento desta classe de serviços sem uma gestão de prioridades CHARLES L. JACKSON, "Wireless Efficiency Versus Net Neutrality", *cit.,* p. 460.

[198] Neste sentido, DAVID D. CLARK, "Network Neutrality: Words of Power and 800-Pound Gorillas", *cit.,* p. 705, defende que a priorização baseada na *QoS* não é prejudicial porquanto se dirige unicamente a melhorar a *performance* da rede.

liberalizado. A preocupação com a segurança não foi, num momento inicial, tida em conta, uma vez que se destinava a ligar intervenientes, em princípio, conhecidos e confiáveis[199]. A abundante penetração no meio civil expôs a rede às ameaças do mundo *offline*: da criminalidade variada às intempéries da natureza. Este conjunto de fatores incentivou uma interferência dos fornecedores de acesso, desviada do dever de isenção, tendo em vista a proteção do utilizador e da rede no geral. O referido paternalismo tecnológico[200] relaciona-se, ainda, em grande medida, com a democratização do uso da internet sem uma correspondente formação dos utilizadores para os comportamentos a adotarem com vista a uma navegação segura[201]. Este parece ser o derradeiro desafio de segurança para as modernas sociedades conectadas através da internet.

Em falta da literacia digital dos utilizadores[202], e sob o pretexto da segurança global da rede, os fornecedores de acesso, no advento comercial da internet, foram acometidos da tarefa de bloquear certas comunicações – através do chamado *port blocking* – com base em elementos indiciários da utilização daquela via de contacto para provocar estragos na rede[203], e em geral de um dever de instalação de mecanismos de segurança[204]. Se é certo que o fornecedor de acesso pode estar em condições preferenciais para detetar e prevenir ataques concertados à rede que põem em risco a sua estabilidade e consequentemente a privacidade dos utilizadores[205], esta tarefa só poderá ser desempenhada através de ferramentas que, em maior ou menor grau, se distanciam do princípio e2e – e, portanto, da ideia de neutralidade –, tendo em conta que exigem um controlo inteligente da rede não focado nos seus extremos. As intervenções a este nível devem, por isso, obedecer a duas condições cumulativas, pressupondo estar-se perante uma ameaça séria e real[206]. A primeira reflete um requisito de subsidiariedade, só sendo admissíveis interferências do fornecedor de acesso invocando o argumento da segurança quando os seus resultados não sejam satisfatoriamente conseguidos por ação dos utilizadores. O segundo requisito prende-se com

---

[199] Referindo o ponto, CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment On The End-to-End Debate", *cit.,* p. 36.

[200] Em parte apontado por CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment On The End-to-End Debate", *cit.,* p. 43.

[201] A internet não é, em termos de segurança para o utilizador, um espaço necessariamente diferente de outro qualquer espaço público, reclamando do cidadão visitante uma capacidade de escrutínio entre locais mais ou menos aprazíveis, e realidades mais ou menos confortáveis, o que, salvo melhor entendimento, corresponde ao padrão de conduta vulgar no mundo *offline.*

[202] Apontando que o utilizador comum é leigo em informática, *vide* SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, *A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet, cit.,* p. 68.

[203] CHARLES L. JACKSON., "Wireless Efficiency Versus Net Neutrality*", cit.,* p. 460, dando o exemplo da porta 25 como uma espécie de entrada para o inferno.

[204] O art. 54.º-A da LCE, cumprindo a obrigação de transposição do art. 13.º-A da Diretiva Quadro, impõe às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas o dever de adotarem "medidas técnicas e organizacionais adequadas à prevenção, gestão e redução dos riscos para a segurança das redes visando, em especial, impedir ou minimizar o impacto dos incidentes de segurança nas redes interligadas", afirmando o n.º 3 que as "medidas previstas no n.º 1 devem ser adequadas aos riscos existentes tendo em conta o estado da técnica". Lamenta-se a referência a um critério - necessariamente jurídico - de adequação e já não de proporcionalidade em sentido amplo. Tendo em conta o desenvolvimento galopante das tecnologias de controlo de tráfego, a que nos referiremos *infra,* pensa-se que muito em breve a pedra de toque da lei será já não a adequação, mas bem mais a proibição do excesso.

[205] Certas formas avançadas de inteligência na rede operadas pelo fornecedor de acesso têm a vantagem de localizar e travar ameaças frequentes como os vírus, *trojans* e *denials of service*, antes da eclosão dos seus efeitos mais nocivos, conforme referem M. CHRIS RILEY, BEN SCOTT; "Deep Packet Inspection: the end of the internet as we know it?", *cit.,* p. 3.

[206] Referindo o requisito da verossimilidade da ameaça, CHARLES L. JACKSON., "Wireless Efficiency Versus Net Neutrality*", cit.,* p. 459.

o mínimo de intervenção, cingindo-se a intervenção do operador ao mínimo, estritamente necessário, à neutralização daquela concreta ameaça.

Pensa-se que estes condicionalismos têm a vantagem de impedir o aproveitamento do argumento da segurança como pretexto para a instalação de formas abusivas de inteligência na rede, sobretudo votadas a fins comerciais, e à obstrução de serviços pretendidos pelo utilizador e de alguma forma inconvenientes para o fornecedor de aceso – por exemplo, pelo facto de consumirem altos recursos[207] – e não para prevenção de um ataque verosímil. No caso de os atos perniciosos terem origem dentro da rede controlada pelo fornecedor de acesso, o que equivale a dizer, imputáveis a um concreto utilizador/ligação, não há dúvida que semelhante comportamento deve dar origem a um rompimento da relação contratual de fornecimento de acesso[208].

c) A *deep packet inspection*

As tecnologias de *deep packet inspection* (DPI), em português Inspeção Aprofundada de Pacotes de Informação[209], podem ser descritas como ferramentas instaladas na rede pelos fornecedores de acesso, que permitem o rastreamento da informação transmitida entre utilizadores, com o propósito primeiro de levar a cabo operações de gestão de tráfego e manutenção da infraestrutura comunicacional[210]. No fundo, tratam-se de expedientes tecnológicos que permitem o escrutínio dos pacotes de informação que viajam na rede, possibilitando, em consequência da análise desses dados, um mais eficiente encaminhamento (*routing*) da informação posta em circulação pelos utilizadores. Para realizar semelhantes operações, o fornecedor de acesso tem em conta não só a identificação e localização de ambos remetente e destinatário, mas também o conteúdo da própria mensagem a transmitir. Como grande parte das operações em rede, falamos de uma técnica de caráter meramente lógico que leva algumas décimas de segundo a ser executada, sendo impercetível ao utilizador[211].

---

[207] Conforme refere DAVID D. CLARK, "Network Neutrality: Words of Power and 800-Pound Gorillas", *cit.,* p. 705, o argumento da segurança tem sido utilizado por vários fornecedores de acesso para a degradação e boqueio do acesso a redes p2p. Semelhante comportamento, arbitrário e por isso violador da neutralidade, não encontra fundamento na realidade dos factos, uma vez que, como muito bem refere CHRISTOPHER MARSDEN, *Net Neutrality: Towards a Co-regulatory Solution, cit.,* nota 59, a existência de conteúdos nocivos não é exclusivo das redes p2p, circulando noutros meios da internet.

[208] Isto mesmo refere TIM WU, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *cit.,* p. 150, chamando a atenção para o facto de os contratos de fornecimento de acesso normalmente incluírem uma cláusula de salvaguarda nesse sentido.

[209] Ou inspeção profunda de pacotes de informação. A dualidade terminológica, presente na literatura informática, parece irrelevante na medida em que ambas as designações se referem à mesma realidade tecnológica.

[210] Esta tecnologia encontra-se diretamente associada às questões enunciadas *supra* 2.2.2.1. e 2.2.2.2., pelo que a sua disseminação visa, entre outras, o funcionamento capaz das *delay sensitive apps*.

[211] Mesmo quando se torna percetível é muitas vezes difícil distinguir quando se trata de discriminação fundamentada, por exemplo, por motivos técnicos, ou quando se trata de discriminação não razoável. Referindo esta dificuldade EDWARD FELTEN, *Nuts and Bolts of Network Neutrality, cit.,* p. 5.

A verdade é que fornecedores de acesso e *network providers* desde sempre[212] sentiram necessidade de efetuar operações de gestão das suas redes, seja pela natureza limitada das infraestruturas instaladas[213], seja por razões de segurança e integridade dos seus sistemas. Em especial na última década[214], semelhantes técnicas de rastreamento dos pacotes de informação têm conhecido contornos substancialmente mais agressivos, em parte devido ao seu acelerado aprimoramento que passou a permitir a incorporações destas aplicações no *hardware* pré-instalado, aumentado assim os ganhos de escala dos diversos operadores interessados na sua implementação[215] e a minimização do investimento exigido. O mesmo desenvolvimento possibilita, hoje, a análise, para estes efeitos, de uma quantidade gigantesca de informação em tempo real [216] [217]. Isto é assim uma vez que as técnicas de DPI viram alterado o seu estado de arte[218], nomeadamente na *qualidade* da informação que passou a estar sujeita a análise. Se no passado semelhante rastreamento tinha por único alvo os ditos cabeçalhos dos pacotes (*headers*), estes contendo informações determinantes para que os fornecedores de acesso e seus afiliados remetessem a informação ao destinatário, a evolução tecnológica consentiu a possibilidade de perscrutar toda a informação transmitida, isto é, não só os dados de encaminhamento, mas também a própria mensagem a transmitir[219]. Pegando no ilustrativo exemplo de M. Chris Riley e Ben Scott[220],

---

[212] *Vide* BEN WAGNER, "Deep Packet Inspection and Internet Censorship: International Convergence of an Integrated Technology of Control", junho de 2009, SSRN, disponível em http://ssrn.com/abstract=2621410 (última visita a 16/05/2016), p. 3, apelidando a forma antecessora de inspeção de pacotes como "shallow packet inspection", esta por sua vez cingida aos cabeçalhos dos pacotes de informação.

[213] Referindo que "Almost all systems in the world have limited capacity.", *vide* CHARLES L. JACKSON., "Wireless Efficiency Versus Net Neutrality*", cit.,* p. 446, e repetindo "There is a finite capacity at evry point in a network.", *idem, ibidem,* p. 449.

[214] RALF BENDRATH, MILTON MUELLER; "The end of the net as we know it? Deep packet inspection and internet governance", *cit.,* p. 1151, referem como causa precipitante da evolução destas técnicas a generalização das redes p2p.

[215] Nas redes *wireless* por exemplo a necessidade de constante ajuste da disponibilização de sinal aos utilizadores é imperiosa, permitindo um melhor serviço e uma rentabilização de custos e investimento. Sobre o ponto *vide* CHARLES L. JACKSON., "Wireless Efficiency Versus Net Neutrality*", cit.,* pp. 461 e ss.

[216] RALF BENDRATH, MILTON MUELLER; "The end of the net as we know it? Deep packet inspection and internet governance", *cit.,* p. 1153, afirmando que estas tecnologias vieram claramente afetar o equilíbrio político-legal da governação da internet.

[217] Os mecanismos de inspeção aprofundada de pacotes constituem formas de inteligência nas redes de informação desviadas dos polos de contacto. Nesse sentido, estas tecnologias constituem um desvio ao princípio e2e. Afirmando a peculiaridade da internet enquanto rede de informação assente nos polos e elencando um conjunto de vantagens a isso mesmo associadas, postas em risco pela DPI*, vide* EDWARD FELTEN, *Nuts and Bolts of Network Neutrality, cit.,* p. 2. Um dos argumentos aí apontados diz respeito à capacidade de adequação da rede às necessidades do utilizador. No fundo, a capacidade de escolha do utilizador está mais garantida por uma rede descentralizada na qual o seu terminal de utilização é, ele próprio, também um polo de inteligência, em contraposição a uma rede na qual a inteligência é centrada numa estrutura mais distante do utilizador concreto. O ponto é, repete-se, a autodeterminação do utilizador e a adequação da rede em função da utilização concreta que o indivíduo dela pretende fazer.

[218] Afirmando que o avanço destas técnicas constitui uma tecnologia disruptiva, com potencialidade para afetar toda a arquitetura em que assenta a interação dos utilizadores com a rede, *vide*, RALF BENDRATH, MILTON MUELLER; "The end of the net as we know it? Deep packet inspection and internet governance", *cit.,* p. 1143. Também em BEN WAGNER, "Deep Packet Inspection and Internet Censorship: International Convergence of an Integrated Technology of Control", *cit.,* p. 4, se encontram referências à escalada da informação agora controlável. Ainda afirmando que numa primeira fase da internet não era tecnicamente possível um controlo em tempo real dos conteúdos circulantes na rede *vide* M. CHRIS RILEY, BEN SCOTT; "Deep Packet Inspection: the end of the internet as we know it?", *cit.,* p. 3, e ainda, TIM BERNERS-LEE, "Long Live the Web", *in Scientific American*, dezembro de 2010, disponível em http://www.scientificamerican.com/article/long-live-the-web/ (última visita a 03/04/2016).

[219] A inspeção realizada por estas ferramentas dirige-se assim a todas as camadas de dados que cruzam a intenet, conforme nota BEN WAGNER, "Deep Packet Inspection and Internet Censorship: International Convergence of an Integrated Technology of Control", *cit.,* p. 4.

[220] M. CHRIS RILEY, BEN SCOTT; "Deep Packet Inspection: the end of the internet as we know it?", *cit.,* p. 3, mas a analogia é amplamente utilizada por outros autores. A título de exemplo, BEN WAGNER, "Deep Packet Inspection and Internet Censorship: International Convergence of an Integrated Technology of Control", *cit.,* p. 4.

que recorrem à comparação com os tradicionais serviços de correio postal, imagine-se um pacote de informação – texto, imagem, vídeo – que se pretender enviar a outro utilizador, para isso recorrendo a um qualquer servidor de e-mail ou *chat* preferido. A mensagem será como que transmitida num envelope – que, no todo, representa o pacote de dados - do qual constam as direções do remetente e do destinatário, constando o conteúdo do envelope precisamente naquilo que se pretende fazer chegar ao extremo da ligação. Ora, preteritamente, a informação analisada e processada pelos fornecedores de acesso cingia-se tão-somente ao exterior do envelope – os cabeçalhos dos pacotes de dados continham, nomeadamente, o endereço de origem, destino e outras especificações técnicas, como a aplicação utilizada para a transmissão. Na versão aprofundada da análise de pacotes, os fornecedores de informação passam a gerir a sua rede – o mesmo é dizer, a informação que nela é partilhada - não com base em dados relativamente genéricos dos utilizadores, mas tendo em conta o concreto conteúdo que estes transmitem entre si[221].

O leque de funções e clientes[222] que esta técnica serve é amplo e por vezes obscuro[223]. É que os problemas associados à utilização da DPI não se restringem a práticas discriminatórias face a certos utilizadores, aplicações ou serviços, mas também a uma utilização extensiva destas técnicas que permita analisar padrões de conduta dos utilizadores baseados no tráfego que movimentam[224], com óbvias implicações na sua privacidade.

No que à prestação contratual de fornecimento de acesso à internet diz respeito são especialmente relevantes os propósitos de gestão da largura de banda e manutenção da segurança da rede que lhes estão associados, não esquecendo todo o espectro de funções associadas à publicidade dirigida e que constitui uma das principais formas de financiamento dos operadores na internet[225]. A primeira das tarefas assinaladas permite uma monitorização do tráfego na rede, e possibilita uma gestão eficiente da capacidade instalada, prevenindo utilizações abusivas por parte dos utilizadores, e a gestão de hipotéticas sobrecargas na rede. Nesta perspetiva, a utilização de técnicas de inspeção cabe nas funções típicas do fornecedor de serviços, beneficiando até o utilizador que vê, em princípio, garantida a estabilidade do serviço com as características contratadas. No que às preocupações com segurança diz respeito, a inspeção aprofundada permite a mais rápida deteção de ataques concertados, simultaneamente aumentando a possibilidade de bloqueio das ameaças, e diminuindo os potenciais prejuízos do fornecedor de acesso e dos seus clientes.

---

[221] Quase prevendo (!) aquele que haveria de se tornar no primeiro escândalo de vigilância massiva na internet, LAWRENCE LESSIG, *Code v. 2.0, cit.,* p. 22.

[222] Não cabe aqui uma análise mais detalhada dos sujeitos a quem a tecnologia de DPI pode servir. Digamos apenas que as possibilidades abertas por esta ferramenta encontram o interesse de diversos prestadores na internet, mas também de entidades institucionais, como sejam Estados. Sobre o ponto *vide* BEN WAGNER, "Deep Packet Inspection and Internet Censorship: International Convergence of an Integrated Technology of Control", *cit.,* pp. 7-9.

[223] Não há dúvidas de que esta ferramenta permite nomeadamente a deteção de uma ou mais plavras-chave na rede, possibilitando ao controlador da rede decdidr o que fazer com os pacotes de dados contendo os termos assinalados, por exemplo, substuindo os temos subversivos ou simplesmente descartando o pacote informativo. BEN WAGNER, "Deep Packet Inspection and Internet Censorship: International Convergence of an Integrated Technology of Control", *cit.,* p. 5.

[224] Sobre o ponto, referindo o produto oferecido pela companhia norte-americana *NebuAd*, *vide* M. CHRIS RILEY, BEN SCOTT; "Deep Packet Inspection: the end of the internet as we know it?", *cit.,* p. 5.

[225] BEN WAGNER, "Deep Packet Inspection and Internet Censorship: International Convergence of an Integrated Techology of Control", *cit.,* p. 9.

Outras funções tipicamente apontadas a esta ferramenta passam pelo controlo de conteúdos ilegais[226], e especificamente pela garantia da propriedade intelectual[227]. Importa notar que, independentemente da bondade das funções que esta ferramenta permite alcançar, a sua implementação altera drasticamente o esquema original de funcionamento da internet[228]. Conforme já exposto, o sistema protocolar unitário em que assenta o funcionamento da internet pressupõe a relevância exclusiva dos cabeçalhos dos pacotes de informação com visto ao seu correto encaminhamento. Por esta mesma razão, a rede foi desenhada originalmente para suportar a transmissão da multiplicidade de formatos de dados que hoje conhecemos. Apesar dos enormes avanços das últimas décadas, esse traço original manteve-se tendencialmente inalterado e não entravou a proliferação da rede com as múltiplas utilizações que lhe são conhecidas. Isso justifica que a panóplia de serviços, agentes e funções que nela se desenrolam tenha mudando drasticamente, e ainda assim, a rede se mantenha, no essencial, a mesma[229]. A instalação de formas avançadas de inteligência no núcleo da rede não só descaracteriza a internet enquanto catalisador de outras formas de interação[230], como tem o potencial de gerar fenómenos de tensão tendo em mente, por exemplo, o princípio da irresponsabilidade dos prestadores na rede. Semelhante construção alicerçou-se não só na natureza tendencialmente livre e plural da internet, e na preocupação com o desenvolvimento económico e inovador[231], mas também na incapacidade prática de estatuição de um dever de vigilância[232].

A comparação com o serviço de correio postal é mais uma vez ilustrativa desta realidade, e choca se pensamos num carteiro que abre toda a nossa correspondência, lê o seu conteúdo, contrapõe a informação com bases de dados de material ilegal, destrói correspondência de

---

[226] Quanto ao controlo da legalidade dos conteúdos em circulação na rede, *vide infra* 2.5.

[227] Vejam-se a este propósito as pertinentes notas de JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na internet*, *cit.,* pp. 144 e ss., e ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "O "Marco Civil da Internet" e seus reflexos do Direito da União Europeia", *cit.,* pp. 84 e ss., sobre o célebre caso *SABAM v. Scarlet* (TJUE – Processo C-70/2010, julgado em 24/11/2011), disponível em http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0070:EN:HTML (última visita a 12/07/2016), ocorrido na Bélgica, e merecedor da atenção do TJUE, o queal reflete sobre o voraz apetite pela instalação de filtros de conteúdos na rede.

[228] Para M. CHRIS RILEY e BEN SCOTT a inspeção aprofundada de pacotes tem como principal alvo a neutralidade da rede, *vide,* "Deep Packet Inspection: the end of the internet as we know it?", *cit.,* p. 3.

[229] A rede que inicialmente suportava um grupo restrito de sites institucionais, passou a acolher boletins informativos e grupos de interesse, numa primeira fase, para muito rapidamente, evoluir para o comércio eletrónico e para o e-mail. Trata-se de um autêntico passado histórico se olharmos para a internet presente, na qual cada forma ativa de interação no mundo real se vê representada no ciberespaço – em especial pela proliferação do comércio eletrónico e das redes sociais. Partindo da construção de LAWRENCE LESSIG, *Code v2.0*, *cit.,* p. 9, dir-se-á que o ciberespaço mudou drasticamente, mas que a internet se manteve a mesma.

[230] Conforme resulta claro com o afastamento do princípio e2e.

[231] RALF BENDRATH, MILTON MUELLER; "The end of the net as we know it? Deep packet inspection and internet governance", *cit.,* p. 1147.

[232] É questionável a impraticabilidade, à luz das tecnologias de inspeção hoje existentes, de um dever geral de vigilância. Constatando a impossibilidade técnica de controlo dos conteúdos ao tempo do acórdão, e servindo de base ao afastamento da responsabilidade civil de um prestador de serviço que hospedava um jornal eletrónico calunioso, *vide Cubby Inc. v. Compuserve Inc. (776 F.Supp. 135, S.D.N.Y. 1991)*, *apud* JOÃO FACHANA, *A Responsabilidade Civil pelos Conteúdos Ilícitos (…)*, *cit.,* p. 87. Certo continua a ser, no entanto, que a imposição de semelhante dever significaria um forte entrave à liberdade de expressão dos cidadãos-utilizadores, constituindo adicionalmente uma violação grosseira do direito à reserva da intimidade da vida privada e, quiçá, da imposição constitucional atinente à proteção da inviolabilidade pessoal e da inviolabilidade da correspondência – levantando semelhantes reservas *idem, ibidem,* pp. 98-99. Ainda referindo que a ausência de um dever geral de vigilância, previsto no art. 12º do RJCE, consubstancia a inexistência de deveres de conduta que fundamentem a ilicitude da atuação dos prestadores intermediários de serviços, *vide* PEDRO ROMANO MARTINEZ, "Responsabilidade dos prestadores de serviços em rede", *in* MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, *Lei do Comércio Electrónico Anotada,* Coimbra Editora, 2005, pp. 270-271.

conteúdo proibido ou imoral, e por fim envia as cartas dos seus afiliados com prioridade sobre as dos restantes clientes. A questão provavelmente mais controversa na utilização das tecnologias de inspeção aprofundada de pacotes prende-se precisamente com a discriminação no encaminhamento da informação. Isto é, as técnicas hoje existentes permitem um abrandamento de certos serviços e aplicações (prestadores na internet) em função de outros. A criação desta *via rápida* (*fast lane*) levanta as mais sérias dúvidas sobre as motivações na origem da priorização por parte dos fornecedores de acesso[233].

d) A gestão da rede

Uma rede com recursos limitados, horas de ponta[234], diversidade de funções, e eventos imprevisíveis[235], necessita de técnicas de gestão que possibilitem um grau de fiabilidade e operacionalidade consentâneo com as necessidades dos utilizadores. Embora num primeiro momento as práticas de gestão de rede tenham sido encaradas como manifestamente nefastas e violadoras dos direitos dos utilizadores, é visão clara, hoje, que estas operações são indispensáveis à manutenção da estabilidade dos serviços, havendo mesmo quem afirme que esta gestão representa um direito (e porque não um dever?) das companhias proprietárias[236] ou exploradoras da rede. Na verdade, a delimitação daquilo que se entenda constituírem práticas admissíveis de gestão de rede constitui ponto central de um qualquer regime impositivo da neutralidade. A atividade de gestão da rede tem indissociavelmente implícita a discriminação[237] de certo tipo de tráfego sobre outro. O conceito de *gestão razoável da rede* (*reasonable network management*), há-de ser, assim, um expediente legal que operacionaliza o enquadramento teórico e valorativo da neutralidade com as limitações inerentes aos condicionalismos técnicos próprios da sociedade da informação, e muito particularmente das redes de informação[238]. Nele confluirão os desvios ao princípio da neutralidade tidos por justificados.

A Edward Felten[239] se devem importantes clarificações sobre as práticas de discriminação no tráfego de dados pelos fornecedores de acesso, em especial na perspetiva legal. A

---

[233] RALF BENDRATH, MILTON MUELLER; "The end of the net as we know it? Deep packet inspection and internet governance", *cit.,* pp. 1147-1148, fazem corresponder a proliferação das tecnologias de DPI ao fim do paradigma da neutralidade na internet, anunciando a introdução de um porteiro na rede.

[234] É ilustrativa a comparação de CHARLES L. JACKSON. *cit.,* 449: "consider automobiles arriving at an intersection of a north-south and an east-west hightway. If heavy traffic from the north, east, and west all tries to go south, the southbound road will be unable to carry the traffic and a traffic jam will ensue. Similarly, if the flow of packets arriving at a point in the Internet exceeds the traffic that can flow away from that point, some packets must be discarded".

[235] ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 740, referindo "the bursty nature of internet traffic".

[236] Expressamente, a FCC assume-o no *consent decree* firmado em 2005 com a *Madison River.* Sobre o ponto, *vide infra* 3.2.2.

[237] Nas palavras de TIM WU, a discriminação na internet é como a gordura: há boa e há má, *in* TIM WU, CHRISTOPHER YOO; "Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate", *cit.,* p. 577.

[238] DAVID D. CLARK, "Network Neutrality: Words of Power and 800-Pound Gorillas", *cit.,* p. 706, defende que o desafio é precisamente o de traçar limites às práticas de priorização aceitáveis.

[239] *Nuts and Bolts of Network Neutrality*, Princeton University, julho de 2006, disponível em http://www.cs.princeton.edu/courses/archive/fall09/cos109/neutrality.pdf (última visita a 17/05/2016).

categorização das formas de discriminação no tratamento dos dados é essencial ao desenvolvimento de um conceito de gestão razoável de rede que norteia toda a questão jurídica da neutralidade da internet[240].

A distinção, erigida pelo autor, entre as formas de discriminação *minimal* e *non-minimal*, assenta no facto de as primeiras resultarem de uma necessidade técnica[241]. *A contrario,* temos que qualquer descarte ou atraso dos pacotes de informação não motivado por necessidades técnicas – por exemplo, com base num acordo entre um prestador de conteúdos e o fornecedor de acesso – resulta numa *non-minimal discrimination*. A discriminação no encaminhamento dos dados traduz-se, ora num mero atraso na sua chegada ao destinatário, ora no descarte daquele pacote de informação[242].

Conforme se foi adiantando, a necessidade de uma prática ordenada de gestão de rede responde a fenómenos de três ordens: técnica, e que se relaciona com a capacidade de processamento da rede; funcional, com a necessidade de assegurar que o tráfego sensível a atrasos seja priorizado; securitária, prevenindo atos perniciosos e elevando a fasquia de segurança na rede. Estes, e só estes, devem legitimamente fundamentar o incumprimento das premissas *best efforts* e *first come, first served* pelo fornecedor de acesso. Note-se, ainda, que no que respeita ao descarte da informação, a discriminação assume o seu valor mais absoluto, na medida em que o utilizador é colocado, não numa posição de desfavor em relação ao conteúdo que pretende receber, mas numa situação de privação (possivelmente, momentânea) relativamente a esse mesmo conteúdo[243] [244]. Daqui resulta a necessidade de limitar a admissibilidade deste tipo de gestão de rede – particularmente agressiva – a situações de estrita necessidade técnica, muito pontuais[245] [246], ou de segurança,

---

[240] ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 739, e ainda, p. 762: "The concept of reasonable network management calibrates net neutrality principles to the technical realities of the Internet".

[241] No caso da discriminação *non-minimal* em sentido estrito, o descarte da informação só deve ocorrer quando corresponda a uma necessidade técnica absoluta. Cfr. ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 740.

[242] Simplificamos as nuances técnicas referindo o indispensável ao tratamento jurídico da matéria. A utilização da internet assenta num conjunto de *routers* espalhados pelo globo, e detidos pelos grandes fornecedores de acesso e *network providers*, cuja função é receberem e encaminharem a informação que viaja entre remetente e destinatários. Estes routers recebem a informação e remetem-na a outro *router* até que a informação atinja ao seu destino. A rede procurará, em regra, o caminho mais rápido para a chegada da informação. Estas infraestruturas sustentam capacidade de processamento (diga-se, encaminhamento) limitada, pelo que pode acontecer que sejam obrigadas a reter determinados pacotes de informação, armazenando-os (*buffering)* até que haja disponibilidade técnica para os remeter ao seu destino (ou a outro *router* no caminho traçado). Em situações limite, os *routers* ver-se-ão mesmo obrigados a descartar certos pacotes de informação tendo em conta o esgotamento da capacidade de armazenamento provisório da informação não encaminhada. Para mais pormenores *vide* EDWARD FELTEN; *Nuts and Bolts of Network Neutrality, cit.,* pp. 2 e ss.

[243] A privação de conteúdos a que em texto nos referimos diz respeito à impossibilidade de o fornecedor de acesso competentemente cumprir a obrigação a que está adstrito, por motivos essencialmente técnicos – os quais vimos em princípio justificam um afastamento do princípio da neutralidade. Não se contempla aqui o barramento de certo conteúdo na rede por decisão judicial ou administrativa. Salvo melhor entendimento, nesses casos, a ilegalidade dos conteúdos e a decisão por uma entidade competente em bloquear o acesso aos mesmos não se confunde com a questão da neutralidade. Não há aí um desfavorecimento de certo conteúdo ou tráfego, mas tão-somente a execução de decisão emanada de órgão munido de *ius imperium*. Sobre o ponto *vide, infra,* 2.5.

[244] Quando se verifica o descarte ou o atraso dos pacotes de informação, ambos os polos emissor e recetor da rede aperceber-se-ão desse mesmo fenómeno e reemitirão essa informação ao *router* num ritmo mais lento, possibilitando assim o descongestionamento da rede.

[245] Situações de extrema necessidade técnica podem ocorrer durante uma catástrofe natural, por exemplo. Sobre o ponto, *vide* CHARLES L. JACKSON, "Wireless Efficiency Versus Net Neutrality*", cit.,* pp. 454-457.

[246] A maior ameaça ao princípio da neutralidade decorre, ainda assim, da introdução de períodos de atraso no tratamento da informação não prioritária. Imagine-se uma rede na qual 80% da capacidade está reservada a

devidamente fundamentadas. Tende-se a afirmar, assim, que as discriminações motivadas por razões técnicas que impeçam o encaminhamento imediato da informação constituirão atos de *gestão razoável da rede*[247], categoria que servirá também a priorização da informação que pela sua natureza não consinta atrasos[248].

2.3. Concorrência e inovação na internet

O modelo de negócio sobre o qual assenta a internet é resultado direto da sua arquitetura. Os dois grandes grupos de intervenientes neste modelo dividem-se, como já se adiantou, em fornecedores de acesso (para estes efeitos se incluindo os *networks providers*) e prestadores de conteúdos, serviços e aplicações. A natureza descentralizada da rede, mantendo as formas de inteligência e criação essencialmente nos polos e já não no respetivo centro, leva a que a inovação ocorra predominantemente nos extremos da ligação, ou seja, junto dos utilizadores e dos prestadores de conteúdos[249], privando os fornecedores de acesso de parte dos gigantescos lucros que o setor da internet tem nas últimas décadas gerado[250].

Este modelo, que priva o centro da rede da participação nos modelos de negócios mais lucrativos constitui, só por si, uma alteração ao panorama vigente, nomeadamente, se observamos o que sucede na outra grande ferramenta de difusão de informação dos tempos hodiernos: a televisão[251]. Existindo também aí um forte movimento de inovação, sobretudo observável na criação de novos e arrojados conteúdos num dos polos da rede – o polo dos

---

informação prioritária (por exemplo, aplicações e serviços agregados ou economicamente vinculados ao fornecedor de acesso) sendo os restantes 20% destinados ao tráfego não prioritário. Isto exigirá uma prática de gestão da rede que necessariamente atrasará o encaminhamento da informação tida por não prioritária, em função de uma elite de conteúdos e serviços cujo encaminhamento é permanentemente assegurado em condições preferenciais.

[247] Lembrando a importância das cláusulas gerais, como será o caso de um conceito de *gestão razoável da rede*, enquanto "elementos de flexibilização da ordem jurídica" *vide* MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "Vinho Novo em Odres Velhos? A responsabilidade civil das "operadoras de Internet" e a doutrina comum da imputação dos danos", *cit.,* p. 24.

[248] Como se verá *infra,* os meandros das soluções acolhidas nas legislações europeia e norte-americana desenrolam-se fundamentalmente em torno do conteúdo do conceito de *gestão razoável da rede* (também referida como "reasonable network management"), sua insuficiências e restrições, tendo, no entanto, o legislador da União optado pelo conceito de *gestão do tráfego razoável* ("reasonable traffic management"), não isenta de críticas, para exprimir o mesmo expediente legal. Sobre a solução patente no Regulamento (UE) 2015/2120, do Parlamento e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, *vide, infra, 3.3.2.*

[249] O princípio e2e será a razão essencial da inovação no mercado das *apps* e conteúdos como afirmam, entre outros, LAWRENCE LESSIG, *Code v2.0*, *cit.,* p. 44, e ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* pp. 736-737.

[250] Conforme lucidamente afirma EDWARD FELTEN, *Nuts and Bolts of Network Neutrality, cit.,* p. 2, a disputa pela integração de formas de inteligência no centro da rede dissimula uma batalha pelas oportunidades de inovação e muito especialmente pelos proveitos económicos advindos da inovação – sejam eles mérito da entidade enriquecida ou não. Ainda a alteração do modelo que se encontra na base do sucesso da internet pode constituir "uma caixa de pandora" (M. CHRIS RILEY, BEN SCOTT; "Deep Packet Inspection: the end of the internet as we know it?", *cit.,* pp. 7-8), portadora da desagregação da internet em variados protocolos, retirando-lhe a unidade e abertura que a caracterizam como plataforma de instantâneo sucesso.

[251] A internet põe em causa a sustentabilidade de parte do modelo de negócios perpetrado na atual televisão por cabo. Antes da colisão com o modelo de negócio da televisão, a internet colidiu também com o modelo de negócios do telefone, aquando da chegada do VoIP – que, de resto, esteve na base das primeiras pressões para que se adotasse uma solução com vista à garantia da neutralidade da rede –, e ainda com o modelo da indústria musical por via da partilha de ficheiros, conforme afirma DAVID D. CLARK, "Network Neutrality: Words of Power and 800-Pound Gorillas", *cit.,* p. 703.

conteúdos, normalmente associado às estações televisivas e suas produtoras afiliadas[252], mas já não no polo dos utilizadores – o modelo permite uma participação direta dos distribuidores de sinal[253] nos lucros ali gerados. Veja-se que, no mercado de distribuição de conteúdos via televisão, a oferta ao utilizador é realizada com mediação e seleção pelo fornecedor de acesso no sinal televisivo[254]: o operador por cabo[255] negoceia uma grelha pré-formatada de conteúdos que oferece aos seus utilizadores, com base num cálculo económico e empresarial daquilo que será a procura, pelo mercado, do pacote por si fornecido, e das vantagens diretamente oferecidas pelo prestador de conteúdos televisivos, de modo a poder figurar naquela grelha. O mesmo operador por cabo oferece até diversos pacotes, que variam na quantidade e qualidade da grelha de canais e serviços conexos disponíveis. O resultado é um modelo de "*walled gardens*"[256], o qual, incluindo uma ampla gama de informação, limita a liberdade de escolha e o acesso à mesma, reconduzindo-a à opção, pelo utilizador, de um entre vários prestadores por cabo. A opção de contratar com um desses prestadores no mercado traduz-se, não no acesso a uma rede global e livre, mas na seleção de um conjunto particular e pré-definido de conteúdos, ficando o utilizador privado de todos quantos não constem da grelha oferecida[257].

Ora, uma análise das motivações que subjazem à oposição dos fornecedores de acesso a uma determinação vinculativa da neutralidade é, à luz do cenário económico apresentado,

---

[252] O fornecimento de televisão por cabo contempla hoje mais serviços do que a mera oferta de canais de televisão. São assim vulgares outros conteúdos e aplicações, pré-negociados com o fornecedor por cabo, que enriquecem a oferta dos pacotes, alguns deles recorrendo à internet para funcionarem.

[253] Equivalentes, diga-se, aos fornecedores de acesso.

[254] Esta mediação constitui uma forma de inteligência no centro da rede, característica do modelo de distribuição dos conteúdos televisivos.

[255] Abstraímos aqui a circunstância de a ligação que permite o transporte do sinal televisivo ser realizada por cabo, DSL ou fibra ótica. De resto, fruto do fenómeno da convergência – *vide* CHRIS REED, "Online and Offline Equivalence: Aspiration and Achievement", Oxford University Press, 2010, disponível em http://ijlit.oxfordjournals.org/content/18/3/248.full.pdf+html (última visita a 24/05/2016), pp. 19 e ss. – o meio físico pelo qual o sinal de televisão é distribuído coincide, pelo menos em certas porções da sua extensão, com o utilizado no funcionamento da internet.

[256] Expressão colhida em DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* p. 55, mas amplamente utilizada para referir o modelo de negócio e acesso à informação na televisão por cabo.

[257] Um "*doomsday scenario*" – na expressiva designação de DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* p. 54 – em que a internet resvala para o modelo "muralhado" da televisão, resulta, ao que parece, de duas condições cumulativas: a inexistência de interoperabilidade, e a plena liberdade contratual. Imagine-se um *modus operandi* de internet no qual cada fornecedor de acesso negoceia os conteúdos que pretende incluir na sua rede, privando os seus clientes do acesso aos restantes prestadores de conteúdos, como acontece nos modelos vigentes para a televisão paga nos Estados Unidos e na Europa. A opção pelo operador de televisão V depreende a impossibilidade de aceder ao conjunto de canais C, exclusivamente constante da grelha de canais do operador M. No fornecimento de acesso à internet a opção pode, em alguns casos, aparentar vantagens para o consumidor atraído pela possibilidade de pagar menos em função de uma parcela mais pequena da *web*. Ora, aplicando estas limitações ao modelo de negócio que a internet constitui teríamos, por exemplo, que a opção de contratar com o fornecedor de acesso Z viria associada à exclusiva disponibilização do motor de busca B em detrimento de todos os outros, passando o utilizador também a só poder aceder ao maior prestador de vídeos Y, e à rede social dominante F. O bloqueio absoluto (neutralidade negativa) é, dado o enquadramento atual em que assenta o funcionamento da *net*, possível mas altamente inverosímil. Já assim não será se pensarmos numa violação positiva da neutralidade. Desta feita, o mesmo fornecedor de acesso Z não impede os seus clientes de acederem a prestadores de conteúdos não afiliados, mas garante uma velocidade e eficiência acrescidas no acesso aos prestadores com quem tem contratada a priorização, em detrimento de todos os outros. Será mais uma questão de perspetiva o entendimento desta situação real como sendo uma valorização do prestador acelerado, ou uma degradação dos prestadores não beneficiados – umas vezes o copo estará meio cheio, outras vezes penderá para meio vazio. Os resultados práticos são os mesmos: o caráter livre, neutral, indiferente aos conteúdos que caracteriza a rede é marginalizado em função de relações comerciais privilegiadas. Exemplificando de forma semelhante *vide* DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* pp. 50-54, e ainda DAVID D. CLARK, "Network Neutrality: Words of Power and 800-Pound Gorillas", *cit.,* p. 702.

mais clara. O tratamento indiferenciado e não discriminatório dos dados na rede, independentemente do seu conteúdo, origem e destino, impede a intromissão do fornecedor de acesso na relação económica entre *content providers* e utilizadores[258]. Acresce ainda o facto particularmente relevante de, no modelo de negócio suportado pela arquitetura da internet, os fornecedores de acesso se encontrarem arredados do mercado da publicidade. Não se diga, no entanto, que estes operadores estão excluídos dos ganhos económicos advindos da expansão da internet: o advento do acesso, e em especial a exponencial multiplicação das plataformas móveis, permitem a elevação dos gigantes do acesso[259] entre as companhias mais rentáveis do mundo, obtendo receitas sobretudo através do pagamento das subscrições dos serviços pelos assinantes e ainda de outras prestações cobradas aos fornecedores de acesso mais pequenos[260], seus pares, para que possam colocar tráfego destes últimos em trânsito. As restrições ao modelo de negócio impostas pelo princípio da neutralidade impõem, tão-somente, a proibição da cobrança aos fornecedores de conteúdos de contrapartidas financeiras pela "chegada" aos utilizadores e, naturalmente, a limitação do acesso dos utilizadores aos conteúdos mediante a exigência de um *plus* que não a subscrição acordada para o contacto com *toda* a internet[261].

Uma das características específicas do setor de fornecimento, amplamente referida pelos estudiosos das ciências económicas e que condiciona a intervenção regulatória sobre a neutralidade da internet, diz respeito à assunção dos enormíssimos custos de instalação[262] das redes de fornecimento. Este é também um dos pontos que distam o setor na Europa face à situação norte-americana. Na verdade, enquanto na maior parte dos estados europeus os custos de instalação da rede pública de telecomunicações foram, de uma maneira ou de outra, imputados aos erários públicos que detinham o "monopólio público das telecomunicações"[263], nos EUA estes avultados investimentos foram quase na totalidade suportados por empresas privadas[264]. Este constitui, na verdade, um forte argumento para a manutenção de uma ampla margem de liberdade de negociação em favor das empresas

[258] Ilustrando graficamente a alteração no modelo de negócio perpetrada pela vulgarização de um fornecimento desviado da neutralidade, *vide* M. CHRIS RILEY, BEN SCOTT; "Deep Packet Inspection: the end of the internet as we know it?", *cit.,* p. 12.

[259] A *AT&T*, maior fornecedor de acesso dos EUA apresentou em 2015 lucros líquidos próximos dos 13 mil milhões de dólares, segundo a revista *Forbes* – cfr. http://www.forbes.com/companies/att/ (última visita a 21/06/2016).

[260] Uma aproximação a estes acordos pode ser encontrada em ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* pp. 751-52.

[261] Ainda assim, ANDREW ODLYZKO, "Network neutrality, search neutrality, and the never-ending conflict between efficiency and fairness in markets", *cit.,* p. 12, aponta a desproporção na distribuição da riqueza gerada na internet, afirmando "in cyberspace the winner take all phenomenon is very pronounced" por referência aos *content providers*.

[262] Os chamados *sunk costs*, tornando explícito o seu caráter tendencialmente irrecuperável. Sobre a natureza económica destes custos ver, por exemplo, GREGORY SIDAK, "What is Network Neutrality Debate Really About?", *cit.*, p. 377 e ss., num sentido muito crítico de legislação corretora do mercado, também atendendo ao interesse legítimo das empresas investidoras nas redes de recuperarem o seu capital.

[263] PEDRO GONÇALVES, "Regulação das Comunicações Electrónicas em Portugal", *cit.,* p. 110.

[264] Notando a diferença entre a construção (pelo Estado Federal) das redes de telefone (*public switched telefone network*), e a construção (privada) das redes de banda larga destinadas ao funcionamento da internet, cfr. RACHELLE CHONG, "The 31 Flavors of Net Neutrality: A Policymaker's View", *cit.,* p. 153, e afirmando o caráter privado das infraestruturas físicas que suportam a internet ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 753. E ainda, referindo que os anos 80 do séc. XX trouxeram, na Europa, uma "importante transformação do tipo e da natureza da intervenção pública neste setor da economia: a tradicional intervenção do Estado, na qualidade de fornecedor de um serviço público, vê-se substituída por uma atuação enquanto regulador de um serviço económico de interesse geral", cfr. PEDRO GONÇALVES, "Regulação das Comunicações Electrónicas em Portugal", *cit.,* p. 109.

fornecedoras de acesso, na medida em que mais restrições à sua relação com outros intervenientes no mercado – sejam prestadores de conteúdos, sejam utilizadores – poderiam condicionar a sua capacidade de reaverem o capital investido[265] [266].

Ainda que sob diferentes designações, o problema da discriminação do tráfego nas redes de informação começou, nos EUA, por ser tratado como matéria de natureza estritamente privada, respeitante à interação entre as empresas privadas proprietárias da rede, os prestadores de conteúdos na *web,* e os utilizadores. A priorização paga dos dados seria, assim, não uma questão de admissibilidade, mas uma mera questão de vontade reconduzida ao que os fornecedores de acesso estivessem dispostos a oferecer e, simultaneamente, àquilo que os clientes estivessem dispostos a pagar. O problema surgia no mercado e a resposta devia ser encontrada no mercado[267]. Mas a abordagem toca, em alguns momentos, o absurdo, reconduzida ao liberalismo utópico da formulação *to give users what they want*[268], falando-se de um constrangimento inadmissível à liberdade de iniciativa económica, imposto pelas regras da neutralidade, numa clara confusão entre um mercado saudavelmente livre e a oligarquia[269] orientada para os gigantes do mundo empresarial.

Outra abordagem[270], que aqui se classifica de mais moderada, mostra-se desforável a imposições legais destinadas a assegurar a neutralidade não pelo seu desvalor, mas pela sua desnecessidade. As "forças do mercado"[271] seriam, ainda assim, capazes de impedir a degradação ou o abrandamento de serviços ditos não prioritários uma vez que os utilizadores racionalmente se afastariam desses operadores que assim não teriam incentivos para práticas discriminatórias. Mas uma certa ingenuidade, ainda que não inocente, das Ciências Económicas, cujo método assenta essencialmente na observação estatística, descura a por vez irracional natureza do comportamento humano, assim como a atuação de "outras forças" e motivações que não as declaradas em gráficos e folhas de *excel*. A matéria dos incentivos

---

[265] Sobre o caráter livre da internet, Edward Whitacre, presidente executive da *SBC,* fornecedor de acesso norte-americano, afirmava em 2005: "*The Internet can't be free in that sense, because we and the cable companies have made an investment and for a Google or Yahoo! (YHOO) or Vonage or anybody to expect to use these pipes [for] free is nuts!*" – cfr. PATRICIA O'CONNELL,"Online Extra: At SBC, It's All About "Scale and Scope"", *bloomberg.com*, novembro de 2005, disponível em http://www.bloomberg.com/news/articles/2005-11-06/online-extra-at-sbc-its-all-about-scale-and-scope (última visita a 21/05/2016), e ainda, RICHARD HILL, "The internet, its governance, and the multi-stakeholder model"*, cit.,* p. 17, chamando a atenção para a polissemia do vocábulo inglês *free* significando simultaneamente gratuito e livre.

[266] Afirmando que apesar dos enormes custos de construção a rede constitui para os fornecedores de acesso proprietários (designados de *network providers)* uma vantagem única e por isso digna dos valores envolvidos, TIM WU, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *cit.,* p. 170.

[267] A preocupação com os danos que a exigência do pagamento de um valor a cobrar pelos fornecedores de acesso aos *content providers* provocaria em termos de inovação, assim como a oposição de gigantes como a Google ou a Microsoft, não permitiram que esta corrente singrasse. Exemplificativamente, sobre o ponto, cfr. ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 739 e TIM WU, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *cit.,* p. 155.

[268] Nesse sentido CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? (…)", *cit.,* p. 58.

[269] Recuperam-se as lúcidas notas de ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "Direito ciberespacial: 'soft law' ou 'hard law'?", *cit.,* p. 692, para quem a preocupação com o facto de o "ciberespaço se tornar num instrumento de controlo e censura vale não apenas para os Estados, mas também e cada vez mais para as organizações não governamentais e, em especial, para as empresas transnacionais do setor da informática".

[270] Por exemplo, EDWARD FELTEN, "Nuts and Bolts of Network Neutrality", *cit.,* p. 10.

[271] Expressão de RACHELLE CHONG, "The 31 Flavors of Net Neutrality: A Policymaker's View", *cit.,* p. 152.

à discriminação opôs, mais uma vez, duas das grandes correntes académicas em matéria de *antitrust*[272].

A Escola de Chicago, encabeçada por Christopher Yoo e inspirada pelo pensamento, entre outros, de Gary Becker[273], Milton Friedman e Richard Posner, propugnava por uma intervenção da regulação, na questão da neutralidade da internet, exclusivamente votada à proteção da concorrência[274]. Para este entendimento, a legislação teria o papel fundamental de garantir a transparência e o acesso à informação pelos utilizadores/assinantes, colocando-os em condições de celebrarem melhores negócios[275]. Garantidas estas condições a discriminação seria, nos mercados concorrenciais, teoricamente inconcebível, e a legislação só serviria para restringir a inovação e o crescimento[276].

Em oposição, a denominada Escola *Post*-Chicago, nascida em parte como resposta ao liberalismo extremo da sua antecessora, e na questão da neutralidade da internet principalmente representada por Barbara Van Schewick[277], defendia que mesmo num mercado perfeitamente concorrencial certas circunstâncias poderiam incentivar os fornecedores de acesso à discriminação entre serviços, conteúdos, e aplicações, consequentemente prejudicando a inovação.

---

[272] DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* p. 55, e ainda CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? ...", *cit.,* p. 50.

[273] GARY S. BECKER, DENNIS W. CARLTON, HAL S. SIDER; "Net Nautrality and Consumer Welfare" *in Journl of Competition Law & Economics*, vol. 6, n.º 3, 2010, pp. 497-519.

[274] CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? ...", *cit.,* pp. 26-28, e 59, reconduz a questão da neutralidade a matéria de regulação e promoção da concorrência. Na visão do autor o foco estaria em assegurar um mercado plenamente concorrente na camada física. Esta seria, na sua perspetiva, a solução para as discriminações nefastas que poderiam afetar os utilizadores. O aumento da concorrência e a especialização de serviços retiriam incentivos à discriminação, mesmo em desfavor da tradicional interoperabilidade, sem a qual os utilizadores seriam forçados a escolher uma rede em função dos concretos serviços que mais valorizassem, favorecendo a diferenciação e concorrência dentro de cada um dos operadores. O autor aponta ainda a possibilidade que a diferenciação de protocolos, destinada a conseguir serviços especializados, traria a pequenos fornecedores de acesso permitindo que estes entrassem no mercado de fornecimento somente para serviços VoIP ou *online gaming,* oferta essa que poderia favorecer a desconcentração do mercado nos EUA, uma vez que introduziria um modelo de concorrência baseado não somente no preço e no tamanho das redes, elementos esses tradicionalmente valorizadores da posição dos gigantes de mercado. Esta obsessão com a criação de mercados plenamente concorrenciais, em desfavor até da própria interoperabilidade da rede, surge na sequência de o mercado de banda larga norte-americano ter constituído, durante largos anos, um duopólio entre um fornecedor por cabo e um fornecedor DSL, em especial na chamada *last mile* – que representa o último de uma série de fornecedores que efetivamente leva a ligação ao local onde se encontra o utilizador. Dados da FCC referentes a 2014 mostram que a situação de duopólio no fornecimento de acesso nos lares norte-americanos, no segmento de velocidade mais frequentemente contratado, diminuiu para 20%, contra os 44% registados em 2009, e a situação de monopólio passou de 7% para 6% no mesmo período – provando que o que outrora representava um grnde problema se mostra, cada vez mais, ultrapassado. Os dados confirmam, ainda, que a abordagem meramente concorrencial ao problema da neutralidade ignora a totalidade das suas origens e implicações. *Vide*, FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION, Industry Analysis and Technology Division Wireline Competition Bureau, *Internet Access Services: Status as of December 31, 2014*, março de 2016, pp. 5 e 10, disponível em https://www.fcc.gov/reports-research/reports/internet-access-services-reports/internet-access-services-reports (última visita a 18/05/2016), e *idem*, *Internet Access Services: Status as of December 31, 2009,* dezembro de 2010, disponível em http://www.fcc.gov/wcb/stats (última visita a 18/05/2016), pp. 2 e 7. São, ainda, muito pertinentes as considerações, a propósito dos monopólios nas infraestruturas de abastecimento público, de ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* pp. 738-739.

[275] CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? (…)", *cit.,* pp. 52, 54 e 58, e ainda, DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* p. 55.

[276] Sobre a facilidade técnica de criação de uma *fast lane* através das tecnologias DPI, v. o apontamento de CHRISTOPHER MARSDEN**,** *Net Neutrality: Towards a Co-regulatory Solution, cit.,* p. 15.

[277] Autora do célebre "Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation*", in Journal on Telecommunications & High Technology Law,* vol. 5, 2007, pp. 329–392.

Deste ponto de vista, que parte de uma análise económica para terminar num conjunto de ilações sobre eficiência e práticas acertadas do setor com vista à "maximização do bem-estar"[278], é fundamental a adesão a (pelo menos) um destes dois modelos[279]. Disso depende, desde logo, a perceção do problema que hipoteticamente se nos apresenta e, bem assim, do leque de medidas (legislativas, bem entendido) adequadas a um justo equilíbrio de interesses[280]. O entendimento da concorrência perfeita como exclusivo pressuposto desse justo equilíbrio, da satisfação dos utilizadores[281], da potenciação dos ganhos sociais generalizados introduzidos pela ferramenta *net*, e como fomento da inovação[282], prescinde de medidas impositivas que não visem a promoção da própria concorrência: esta última assume, neste entendimento, valor cimeiro, pelo que que no momento em que a lei garantisse a concorrência nas condições expostas o seu papel se teria esgotado. Não deixa de se notar que a visão *Chicago* se baseia numa perspetiva algo idílica de um mercado[283] cujos clientes estão amplamente esclarecidos e dispostos a mudar de fornecedor de acesso na busca constante por um melhor serviço, ignorando a inércia dos aderentes[284] na procura de melhores soluções que não a já contratada, ao passo que depreende ainda um utilizador-médio informado, largamente sobrevalorizando o comum cidadão que hoje contrata o fornecimento de acesso.

A visão *Post-Chicago*, contrariamente, elucida-nos sobre a incapacidade da concorrência para salvaguardar um conjunto de benefícios potenciados pelo bem público internet, legitimando uma intervenção política e legislativa agora já não exclusivamente no sentido de assegurar a concorrência, mas de a corrigir, impondo um conjunto pontual de comportamentos e valores

---

[278] CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? (…)", *cit.,* p. 21, e GARY S. BECKER, DENNIS W. CARLTON, HAL S. SIDER; "Net Nautrality and Consumer Welfare", *cit.*, em especial, pp. 13 e ss.

[279] Uma síntese simples da argumentação pró e contra a neutralidade da rede pode ser encontrada em NELIA RODRIGUES DEL BIANCO, MARCELO MENDES BARBOSA; "O marco civil da internet e a neutralidade de rede: dilemas, debates e impasses relacionados a este princípio na tramitação do projeto de lei", *cit.,* pp. 8-9.

[280] A afirmação de que as propostas de legislação sobre a neutralidade da internet pretendem proibir todo e qualquer tratamento preferencial, como sugere CHARLES L. JACKSON., "Wireless Efficiency Versus Net Neutrality*", cit.,* p. 446, não é correta. Os defensores da necessidade de regulação formal refletem sobre exceções a uma norma de não priorização cega, como por exemplo TIM WU, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *cit.,* p. 167: *"(…) the concept of a total ban on network discrimination is counterproductive. Rather, we need distinguish between forbidden grounds of discrimination, those that distort secondary markets, and permissible grounds, those necessary to network administration and harm to the network".*

[281] A mesma corrente desvaloriza a universalidade dos protocolos TCP/IP acenando à possibilidade de os fornecedores de acesso desenvolverem e aplicarem protocolos específicos em ordem à especialização dos serviços – expressamente, CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition?…", *cit.,* p. 58. Esta especialização dos *standards* técnicos da internet, inspirada pela diversidade de aplicações e serviços clamantes por tratamento prioritário, traduziria um maior bem-estar para o consumidor, que passava a ter para determinados serviços uma QoS garantida mediante o pagamento de um valor acrescido. A criação de uma *fast lane,* em detrimento da unidade protocolar da internet, procuraria responder a segmentos específicos do mercado, nomeadamente o *online gaming* e o VoiP intenso, que não poderia estar sujeito ao tendencial igualitarismo no encaminhamento da informação na internet, assente em normas técnicas que permitiram aos fornecedores de acesso a oferta de um serviço *premium*, especialmente adaptado aos utilizadores.

[282] Explicitamente em confronto quanto à defesa da inovação TIM WU, CHRISTOPHER YOO; "Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate", *cit.,* p. 581. Curiosamente, afirmando que os fornecedores de acesso foram sempre muito reticentes face à inovação porquanto isso afeta os seus interesses diretos dando o exemplo das *virtual private networks* (VPN's) e do *Wi-Fi*, *vide* TIM WU, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *cit.,* p. 143.

[283] Levantando "reservas (…) a uma regulação do ciberespaço que seja exclusivamente conduzida por uma lógica de mercado", cfr. ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "Direito ciberespacial: 'soft law' ou 'hard law'?", *cit.,* p. 699.

[284] Referindo que a inércia dos utilizadores e os contratos de termo longo que os unem aos ISP's representam imperfeições no mercado que não podem ser ignoradas, *vide* DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* p. 57.

dirigidos à prossecução da liberdade de expressão, ao incentivo à inovação, e à garantia de acesso generalizado[285].

A comparação com outras redes geneticamente neutras põe a nu a essência do comportamento dos fornecedores de acesso. A rede de distribuição de energia elétrica[286], por exemplo, é uma rede neutra, visto que excetuadas prévias conformações contratuais quanto à qualidade e quantidade da energia debitada[287], não discrimina a utilização da energia fornecida em função do seu concreto uso ou utilizador. É, neste prisma, indiferente que se utilize a energia elétrica fornecida por uma companhia para fins de iluminação, para os vulgares eletrodomésticos de limpeza, para o nosso computador ou para o aparelho televisor. O preço pago pelos utentes da energia elétrica varia, substancialmente, de acordo com a quantidade de energia consumida, independentemente da concreta utilização que dela seja feita, e essa circunstância é fulcral no contínuo desenvolvimento de dispositivos que utilizam a eletricidade. Seria, de resto, impensável, e certamente inadmissível, que um frigorífico *Samsung* beneficiasse de uma determinada qualidade *premium* na ligação à rede elétrica e que o frigorífico *LG* estivesse dependente da incerteza de uma ligação elétrica dita comum; ou até mesmo que a iluminação fosse permanentemente assegurada, mas a utilização das tomadas o não fosse.

Nesse fornecimento de energia elétrica a contratação de uma potência superior, ou de características mais ou menos robustas na prestação do serviço, acontece naqueles casos em que ao desenvolvimento de uma atividade sejam necessários semelhantes expedientes, imagine-se no setor industrial, e mesmo aí as condições da energia elétrica são afetas àquela relação contratual – que tem por referência um local de instalação – e não uma concreta aplicação ou serviço[288].

A possibilidade de contratar, em abstrato, serviços *premium*, levanta ainda o problema dos incentivos que o fornecedor de acesso teria para depreciar o trafego não prioritário. Aqui se encontra a distinção, por vezes referida entre autores, que opõe neutralidade negativa a neutralidade positiva[289]. A primeira diz respeito a medidas técnicas adotadas pelo fornecedor de acesso com vista a degradar, bloquear ou abrandar o acesso de uma determinada ligação. A neutralidade positiva, por seu turno, implica a priorização de uma ligação ou grupo de

[285] A abordagem legislativa à neutralidade da internet, nos blocos europeu e norte-americano, é marcadamente condicionada pela adesão a modelos preocupados com a regulação da concorrência, *rectius* com os efeitos da regulação do ecossistema internet na concorrência – como nota LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Reflexões sobre a governação e a regulação da internet, com especial consideração da ICANN", *cit.,* p. 365. São igualmente evidentes certas inclinações pelas várias escolas do pensamento económico. Se numa primeira fase a inspiração clara da Escola de Chicago marcou a intervenção no setor, as mais recentes intervenções legislativas (2015-2016) parecem indicar um distanciamento da ideia de um mercado saudável única e exclusivamente através da concorrência, a provar pelos diversos acontecimentos entretanto ocorridos que provaram a existência de incentivos (racionais ou não) à adoção de práticas discriminatórias pelos fornecedores de acesso.

[286] Focamo-nos no exemplo de TIM WU, CHRISTOPHER YOO; "Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate", *cit.,* p. 582, mas vários outros autores o reclamam.

[287] Semelhantes, portanto, àquelas fixadas nos contratos de fornecimento de acesso à internet no que respeita à velocidade da ligação e ao limite de tráfego de dados.

[288] A rede elétrica é também, por isso, uma *dumb network.*

[289] DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* p. 52, recorrendo à classificação de CHRISTOPHER MARSDEN, *Net Neutrality: Towards a Co-regulatory Solution*, *cit.,* pp. 24 e ss. Conforme este último autor escreve, a neutralidade positiva pode ser descrita como "*charging more for more*" ao passo que a neutralidade negativa é sintetizada na fórmula "*charching more for the same*". Tratam-se verdadeiramente de violações positivas e negativas ao paradigma da neutralidade.

ligações de clientes que passam a beneficiar de uma determinada *QoS,* não sujeita, portanto, aos padrões *best efforts* e *first come, first served*[290]*.* A propósito da priorização paga não é certo que admissibilidade dos serviços *premium* possa acarretar incentivos que levem os fornecedores de acesso a constranger a ligação dos utilizadores *standard*, forçando estes últimos a contratarem serviços mais caros[291]. A imprevisível evolução da *camada conteúdos* pode gerar certos serviços que exijam do fornecedor de acesso um tratamento de tal maneira especializado que se torne incontornável a exigência da cobrança de um *plus*, sob a forma de preço, ao assinante. Mas, ainda nestes casos, em que um serviço, aplicação ou conteúdo na internet clame por tratamento de tal forma prioritário que não consinta uma indiferença no preço, a aplicação de uma cláusula *fair, reasonable and non discriminatory*[292] (FRAND*)* ao controlo da priorização implicaria que a garantia no encaminhamento dos dados só se destinaria ao tráfego objetivamente necessitado desse tratamento[293], aplicando-se

[290] RACHELLE CHONG, "The 31 Flavors of Net Neutrality: A Policymaker's View", *cit.,* p. 154, compara a priorização dos dados na internet à utilização de um serviço de correio *FedEx*. Com o devido respeito, semelhante comparação ignora de forma atroz o funcionamento da plataforma que a internet constitui e a particularidade de uma massiva parte da interação humana se processar hoje através dela. A comparação da priorização dos dados na internet com um serviço de correio registado é desajustada e um tanto ingénua. Ainda em favor claro da priorização com uma argumentação sólida, cfr. GREGORY SIDAK, "What is Network Neutrality Debate Really About?", *cit.,* pp. 383 e ss.: "*Some packets contain information that is more valuable than others and therefore reflects a eillingness on the part of the sender or receiver (or both) to pay more for their delivery* (…)", rejeitando uma intervenção legislativa *ex ante* que proíba discriminação de preço e serviços *premium* para certos prestadores de aplicações, conteúdos e serviços (p. 388).

[291] DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* p. 57, e ANDREW ODLYZKO, "Network neutrality, search neutrality, and the never-ending conflict between efficiency and fairness in markets", *cit.,* p. 3.

[292] Sobre o possível conteúdo da cláusula FRAND*, vide* DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* p. 53, embora o argumento essencial já se deixe explícito: a necessidade de tratamento prioritário com vista ao correto funcionamento de certos serviços, conteúdos e aplicações.

[293] A (violação da) neutralidade positiva diz respeito, conforme referimos, à possibilidade de o fornecedor de acesso proporcionar uma ligação de qualidade melhorada a uma determinada aplicação, conteúdo ou serviço. Corresponde a uma forma menos agressiva de violação da neutralidade do que aquela verificada na violação da neutralidade negativa, uma vez que ao sujeito utilizador não é vedado o acesso a quaisquer conteúdos, serviços e aplicações, mas simplesmente desfrutará de condições tecnológicas menos atrativas para o fazer. Não estivesse o mercado de conteúdos, aplicações e serviços absolutamente dependente das condições tecnológicas oferecidas pelo mercado do fornecimento e nenhum problema se suscitaria. A questão em volta das violações positivas da neutralidade reconduz-se às consequências, aqui já referidas, da criação de uma *via rápida* reservada a certos prestadores dispostos a pagarem ao fornecedor de acesso uma contrapartida em troca de um melhor acesso aos utilizadores. Crê-se que (no Futuro) a admissibilidade de semelhante contratação se possa vir a impor em face de uma evolução no mercado de conteúdos que faça nascer um conjunto de serviços e aplicações clamante de uma ligação à internet que implique custos comprovadamente irrecuperáveis através de uma tarifa-base. Ainda assim, tecnicamente subjacente a uma solução desse género está uma adulteração do modelo original da internet que se crê estar na base da sua afirmação enquanto milagre económico. Tratando-se, ainda, de um cenário hipotético, apoiamos uma solução jurídica que proteja as premissas *best efforts* e *first come, first served*, atento o seu reflexo na inovação na internet e na democratização do acesso, pelo que a referida *via rápida* se haveria de circunscrever a situações de comprovada necessidade de um serviço aprimorado. Sobre o custo do transporte da informação, elemento preponderante na avaliação da temática, *vide* ANDREW ODLYZKO, "Network neutrality, search neutrality, and the never-ending conflict between efficiency and fairness in markets", *cit.,* p. 12. Uma forma muito particular de violação positiva da neutralidade tem sido amplamente discutida, e prende-se com a possibilidade de integração vertical na internet. Embora o problema convoque coordenadas particularmente complexas das ciências económicas - vejam-se, a propósito, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, FEDERAL TRADE COMMISSION, *Non-Horizontal Merger Guidelines,* 1984, disponível em https://www.justice.gov/atr/non-horizontal-merger-guidelines (última visita a 09/05/2016), p. 25, e UNIÃO EUROPEIA, CONSELHO, *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the concentrations between undertakings*, 2008, disponível em http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:265:0006:0025:en:PDF (última visita a 09/05/2016), pp. 9 e ss., em especial quanto ao níveis de concentração no mercado, pressuposto essencial à proibição da integração vertical em matéria de *antitrust* - a questão em termos de neutralidade da internet é simples: no caso de se admitir a priorização paga deve igualmente ter-se por aceite a possibilidade de um fornecedor de acesso discriminar positivamente os dados oriundos de prestadores de conteúdos, serviços e aplicações integrados na sua estrutura empresarial? A integração vertical surgiria assim da circunstância de se encontrarem agregadas, numa mesma estrutura empresarial, um fornecedor de acesso e um ou mais fornecedores de conteúdos, intervenientes em níveis diferentes de uma mesma cadeia produtiva,

relativamente ao restante trafego daquela ligação as premissas *first come, first served* e *best efforts.* A salvaguarda destas duas premissas, fruto das caraterísticas técnicas originais da internet não se traduz, repete-se, numa inócua limitação à liberdade contratual de prestadores e utilizadores, mas sim numa tentativa de salvaguarda de um modelo arquitetural único – mesmo na perspetiva estritamente económica – em termos de exponenciação da inovação a baixos custos[294] e valorização, sem mais, do mérito dos produtos[295] [296].

2.3.1. Os *zero rate agreements*

Conforme se referiu, parte do modelo de negócio do fornecimento de acesso na Europa e nos Estados Unidos[297] assenta no pagamento de um preço fixo, de periodicidade variável – diária, semanal, mensal –, independente do volume de dados consumido pelo utilizador[298]. A tendencial irrelevância do volume de tráfego só se verifica nos chamados planos de internet fixa – residencial ou não –, não sucedendo o mesmo, em regra, nos planos disponíveis para dispositivos móveis[299]. O acesso à internet através da rede móvel oferecida pelo operador está, nestes últimos, associado a um determinado limite de tráfego pelo qual o utilizador

possibilitando uma interação entre acesso e conteúdos dificilmente admissível à luz da cláusula FRAND. Para certo setor do pensamento, sobretudo económico, a questão da integração vertical seria somente reconduzível aos benefícios potenciados pela integração vertical no fornecimento de acesso com a prestação de conteúdos, com a preocupação, claro está, de manter a concorrência – assim, CHRISTOPHER YOO em TIM WU, CHRISTOPHER YOO; "Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate", *cit.,* p. 583, e ainda CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition?…", *cit.,* pp. 26, 27, 47 e 49. Chamando a atenção para o facto de a NN não poder ser entendida no sentido de impedir toda e qualquer integração vertical na internet, tendo em conta que ao fenómeno podem estar associados grandes benefícios (sobretudo ganhos de escala, associados à eficiência) quer para os operadores quer para os consumidores, *vide* TIM WU, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *cit.,* p. 149. Esta estrutura vertical permitiria ao fornecedor de acesso obviar às dificuldades inerentes do modelo descentralizado do e2e*,* colhendo, nomeadamente, em termos de possibilidade de integrar o mercado da publicidade na internet, e beneficiando de amplos ganhos de escala com presença nos dois níveis da referida cadeia de produção. A questão deve ser tratada com especial cautela sabendo que este processo empresarial pode levar à criação de gigantes no mercado, com tentáculos espalhados por todas as camadas de atividade da *net.* Alertando para o facto de a integração vertical poder ofender o conteúdo da Primeira Emenda Constitucional na perspetiva da *media concentration,* cfr. JACK M. BALKIN, "The Future of Free Expression in a Digital Age*", cit.,* pp. 106 e ss.

[294] A característica revolucionária da internet a que se refere RICHARD HILL, "The internet, its governance, and the multi-stakeholder model"*, cit.*, p. 21.

[295] O ponto é de TIM WU, CHRISTOPHER YOO; "Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate", *cit.*, p. 582, sendo também apontado por JACK M. BALKIN, "The future of Free Expression in a Digital Age", *cit.*, pp. 105-106.

[296] O argumento do "next Google" é assim chamado para traduzir a ideia de dois novos criadores de software possivelmente impotentes/dissuadidos face aos gigantes do mercado, e à discriminação do seu insignificante novo serviço. Cumpre prevenir que um mercado com tais características se materialize. Sobre o ponto, com maior detalhe, GREGORY SIDAK, "What is Network Neutrality Debate Really About?", *cit.*, p. 383, e ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.*, p. 739.

[297] E bem-assim noutras economias desenvolvidas como a Austrália e Japão, tal como nos países em desenvolvimento onde o acesso à internet foi assumido como uma prioridade.

[298] É este hoje, essencialmente, o esquema contratual do fornecimento de acesso fixo à internet, através do qual o utilizador não é confrontado com uma limitação quantitativa ao uso da ligação, normalmente sob os limites de uma *política de utilização responsável.*

[299] Os quais representam, em 2015, o meio preferencialmente escolhido para aceder à internet por 60% dos inquiridos pelo INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA (INE) – Cfr. INE, "Sociedade da Informação e do Conhecimento: Inquérito à Utilização de Tecnologias da Informação e Comunicação pelas Família", *Destaque: Informação à Comunicação Social*, 2015, disponível em https://www.ine.pt/ngt_server/attachfileu.jsp?look_parentBoui=245844025&att_display=n&att_download=y (última visita a 12/06/2016), p. 6.

paga o correspondente preço. Nos *zero-rate agreements*[300] os fornecedores de acesso móvel negoceiam com um determinado *content provider* a isenção da contabilização – total ou até um valor pré-determinado – do tráfego oriundo e/ou dirigido a este último[301]. Trata-se de uma forma subtil de discriminação de preço[302] através da qual o produto discriminado passa a beneficiar de uma situação de vantagem face aos concorrentes, que no acesso aos clientes encontram a barreira do limite de tráfego[303]. A discriminação é tão mais potenciadora de distorções quanto maior for o consumo de dados das aplicações privilegiadas[304]. A prática mostra que as aplicações e serviços que beneficiam da isenção estão associadas ao *video streaming*[305], ao *instant messaging* (que inclui fotografias, vídeos e gravações de alto débito), e às mais diversas redes sociais[306].

Muito embora o fornecedor de acesso possa usar o seu poder de mercado para negociar com os diferentes prestadores de conteúdos, serviços e aplicações, ou mesmo recusar-se a oferecer esta opção a alguns deles[307], a aceitação destes acordos tem colhido algum apoio, mesmo junto de entidades devotas da causa da neutralidade[308]. A razão prende-se com o incremento que estes acordos infligem no acesso: as populações menos ligadas à internet[309] usam maioritariamente *smartphones* para acederem à rede[310], pelo que saem efetivamente

---

[300] As designações variam ainda entre *sponsored data plans* e *zero-rating agreements.*

[301] Explicando em termos idênticos a prática cfr. RICHARD A. STARR, "Net Neutrality: On Mobile Broadband Carriers and the Open Internet, the Commercially Reasonable Network Management Standard, and the Need for Greater Protection of the Open Internet", *in Journal of Business & Technology Law*, vol. 11, 2016, p. 101.

[302] ANDREW MOSHIRNIA, "Zero-Rating: Price Discrimination in an Era of Net Neutrality", *in Infrastructure,* vol. 54, n.º 4, 2015.

[303] Ou seja, novos intervenientes no mercado são confrontados com uma barreira, contratualmente criada pelos fornecedores de acesso, que os coloca, quando concorrendo com os prestadores isentos da contabilização do tráfego, em desvantagem. Lembrando que as baixas barreiras à entrada no mercado constituem elemento marcante da oferta de conteúdos, serviços e aplicações na *net,* em específico tratando os *zero-rating agreements,* RICHARD A. STARR, "Net Neutrality: On Mobile Broadband Carriers and the Open Internet, the Commercially Reasonable Network Management Standard, and the Need for Greater Protection of the Open Internet", *cit.,* p. 102. Não há duvida de que a não contabilização dos dados de uma determinada aplicação para o limite de trafego contratado constitui um forte incentivo à utilização da mesma, limitando a escolha que o utilizador, em igualdade de circunstâncias, faria por um concorrente marginalmente melhor – cfr. BARBARA VAN SCHEWICK, "Network Neutrality and Zero-rating", 2015, disponível em https://ecfsapi.fcc.gov/file/60001031582.pdf (última visita a 21/05/2016), pp. 1-2.

[304] BARBARA VAN SCHEWICK, "Network Neutrality and Zero-rating", 2015, *cit*., p. 1

[305] Na Austrália o fornecedor de conteúdos *Netflix* beneficiou de um acordo de isenção junto do fornecedor de acesso *iiNet* que haveria de cessar à medida que as críticas se tornavam mais clamorosas.

[306] No caso português, estes acordos favorecem gigantes como *Facebook*, *Instagram*, *Snapchat*, *Facebook Messenger*, *Whatsapp*, *Skype*, *iMessage*, *FaceTime*, *Viber*. Um dos tarifários que contempla as isenções referidas é fornecido pelo gigante das comunicações *Vodafone*. Cfr. http://www.yorn.net/YORN/tarifario/yorn-x/index.htm (última visita a 21/05/2016).

[307] DAVID D. CLARK, "Network Neutrality: Words of Power and 800-Pound Gorillas", *cit.*, p. 707. Ainda comparando o fornecedor de acesso a um porteiro que seleciona os conteúdos merecedores ou não de tratamento preferencial, veja-se a sintética e muitíssimo esclarecedora abordagem de LAWRENCE LESSIG e ROBERT W. MCCHESNEY; "No Tolls on The Internet", *washingtonpost.com,* junho de 2006, disponível em http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/06/07/AR2006060702108.html (última visita a 21/05/2016).

[308] ANDREW MOSHIRNIA, "Zero-Rating: Price Discrimination in an Era of Net Neutrality", *cit.*, referindo a divisão dos próprios defensores da neutralidade da internet no que diz respeito aos *zero-rate agreements*, e ainda, LEO MIRANI, "When net neutrality backfires: Chile just killed free access to Wikipedia and Facebook", *Quartz-qz.com*, maio de 2014, disponível em http://qz.com/215064/when-net-neutrality-backfires-chile-just-killed-free-access-to-wikipedia-and-facebook/ (última visita a 21/05/2016), referindo o efeito negativo de uma proibição nos países em desenvolvimento.

[309] Mesmo nos países desenvolvidos a penetração da internet está diretamente relacionada com a condição sócio-económica dos indivíduos, conforme nota ANDREW MOSHIRNIA, "Zero-Rating: Price Discrimination in an Era of Net Neutrality", *cit.*

[310] Sobretudo pelo menor preço de aquisição do dispositivo, conforme nota ANDREW MOSHIRNIA, "Zero-Rating: Price Discrimination in an Era of Net Neutrality", *cit*., e explicitamente se reconhece em FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION, *Protecting and Promoting the Open Internet (*"Open Internet Order"), 2015,

beneficiadas por estes acordos, que lhes permitem o acesso a conteúdos que de outra maneira seriam incomportáveis[311]. Nos países menos desenvolvidos, em que as infraestruturas de acesso são ainda incipientes e, portanto, o acesso mais caro, estes acordos podem desempenhar um papel muito benéfico no acesso à informação e na possibilidade de contacto destas populações[312], tendencialmente à margem da aldeia global.

Ainda assim, parece difícil sustentar os *zero-rate* como uma solução para o problema da democratização do acesso. Duvida-se da admissibilidade deste paliativo e do seu nefasto contributo para o retardamento de políticas mais comprometidas com a universalização de um acesso de qualidade[313]. Parece até verosímil que a proliferação dos *zero-rate agreements* possa favorecer a manutenção de limites de tráfego porquanto satisfazem os utilizadores no conjunto de aplicações dominante no mercado[314] [315]. A exigência primeira para que se possa fazer um juízo de valor quanto a estes acordos, percebendo as suas reais implicações sobre o mercado, a inovação e o acesso, diz respeito à transparência[316] dos seus termos. Esta será condição essencial para uma avaliação a cargo dos utilizadores[317], e muito em particular dos reguladores, no sentido de determinar as motivações e contrapartidas geradas por estes acordos, impedindo ambas a arbitrariedade da discriminação deles resultante e a sua gestão com um escopo exclusivamente lucrativo[318] dirigido ao favorecimento dos gigantes dos

---

https://www.federalregister.gov/documents/2015/04/13/2015-07841/protecting-and-promoting-the-open-internet (última visita a 09/05/2016), p. 19749, ¶ 90.

311 A *Wikimedia Foundation* é parte em acordos de isenção de tráfego em mais de 50 países, nos quais faz chegar a *Wikipedia* a custo zero através do mote *Wikipedia Zero* – *vide* https://wikimediafoundation.org/wiki/Wikipedia_Zero.

312 ANDREW MOSHIRNIA, "Zero-Rating: Price Discrimination in an Era of Net Neutrality", *cit*.

313 ANDREW MOSHIRNIA, "Zero-Rating: Price Discrimination in an Era of Net Neutrality", *cit*.

314 Defende-o ANDREW MOSHIRNIA, "Zero-Rating: Price Discrimination in an Era of Net Neutrality", *cit*.

315 Os *zero rate agreements* constituem formas de violação positiva da neutralidade. Por essa razão são aplicáveis a estes acordos as reservas que aqui tivemos oportunidade de levantar quanto à integração vertical nos vários setores de atividade associados à internet. Cremos, assim, que à exceção de casos contados não deve ser admitida a celebração destes acordos entre intervenientes verticalmente integrados pelo potencial de distorção no mercado que acarretam. Mas veja-se, por exemplo, que o fornecedor de acesso *Vodafone* oferece, em Portugal, entre várias aplicações isentas da contabilidade de tráfego do utilizador, um aplicativo denominado *My Vodafone,* o qual, entre outras funções, permite o acesso ao catálogo de serviços do operador, consulta de faturação e controlo de despesas. Não parece que aí, existindo simultaneamente integração vertical e vigência de um *zero rate agreement,* a violação da neutralidade acarrete uma lesão, quer para o utilizador, quer para o mercado, pelo que se trata de um daqueles casos em que a integração vertical e este expediente contratual beneficiam todas as partes – pelo que uma proibição absoluta poderá mostrar-se excessiva. Este será, assim, um dos cenários que justifica a adesão de muito autores a um modelo de regulação de aproximação casuística, necessariamente mais sensível. Por todos, RACHELLE CHONG, "The 31 Flavors of Net Neutrality: A Policymaker's View", *cit.*, pp. 152 e ss., e CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? (…)", *cit*., pp. 43 e ss. Ao que parece discordando da possibilidade de os fornecedores de acesso discriminarem qualquer conteúdo quando verificada situação de integração vertical, *vide* ANDREW MOSHIRNIA, "Zero-Rating: Price Discrimination in an Era of Net Neutrality", *cit*.

316 ANDREW MOSHIRNIA, "Zero-Rating: Price Discrimination in an Era of Net Neutrality", *cit.*: "*ISPs must disclose payments made for inclusion in zero-rating plans, as well as salient criteria for the selection of zero-rating content and application partners. The public may be less offended by nonprofit service partnerships or zero-rating regimes that allow for user suggestions".* A legislação norte-americana de 2015 reflete sobre o problema, sujeitando-o a uma especial atenção do regulador: "*We are mindful of the concern sraised in the record that sponsored data plans have the potential to distort competition by allowing service providers to pick and choose amongcontent and application providers to feature on different service plans*" – cfr. *Open Internet Order, cit.,* pp. 19758-19759. Referindo as proibições já em vigor no Chile, Holanda, Eslovénia e Canadá *vide* BARBARA VAN SCHEWICK, "Network Neutrality and Zero-rating", *cit.*, p. 1.

317 Não se pode negligenciar o preponderante papel do ativismo na defesa da internet livre. *Vide* as pertinentes notas sobre *zero rating* de JEREMY MALCOLM, CORYNNE MCSHERRY, KIT WALSH; "Zero Rating: What It Is and Why You Should Care", *Electronic Frontier Foundation;* disponível em https://www.eff.org/deeplinks/2016/02/zero-rating-what-it-is-why-you-should-care (última visita a 21/05/2016).

318 São claríssimas, neste sentido, as notas de DARREN READ, "Net Neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.*, p. 55: "*One would hope that the importance of the Internet as a*

conteúdos já instalados, assim despromovendo o potencial da net enquanto espaço de desenvolvimento de produtos e serviços de nova geração.

2.4. Liberdade de expressão e de informação: literacia e autodeterminação na internet

Quando em 2010 descrevia a neutralidade da internet como a questão mais importante do seu tempo evolvendo a Primeira Emenda Constitucional norte-americana[319], Alan Stuart Franken[320] exemplarmente demonstrava como o tráfego na internet e a sua discriminação potencialmente contendiam com a ali sagrada liberdade de expressão: "*You're reading this op-ed online; it'll load just as fast as a blog post criticizing it. That's what we mean by net neutrality*". Se bem ilustramos a tendência de mudança na arquitetura e modelo de funcionamento da internet, e os seus potenciais disruptivos, a primeira afirmação do à data membro do Senado dos EUA não parecerá ao leitor deste texto exagerada[321].

A discussão em torno da neutralidade da rede, talvez pela importância que lhe foi concedida sobretudo além-atlântico, tem, como foi dito, sobrelevado essencialmente a perspetiva económica e financeira, analisando os impactos de uma solução impositiva da neutralidade nos mercados do fornecimento de acesso e da prestação de serviços, conteúdos e aplicações. As razões da cegueira económica[322] no tratamento do tema relacionam-se, como já se referiu, provavelmente com o facto de a matéria obter pouca atenção junto dos juristas[323], sendo tratada sobretudo por autores da Economia e da Ciência dos Computadores. Talvez isso explique a dificuldade na compreensão de uma dimensão – discutivelmente imaterial – da maior ferramenta comunicacional criada pelo Homem, a qual ultrapassa os ganhos metricamente quantificáveis, a estatística e os "incentivos à discriminação". Na verdade, a internet levanta, desde a sua origem, e tendo em conta o modelo anárquico sobre o qual se desenvolveu, o problema de acomodar os valores democráticos impostos pela transmissão de dados, muitas vezes em confronto com os imperativos económicos do comércio eletrónico, e outros inerentes ao próprio modelo de distribuição[324].

---

means of spreading democracy and culture would overcome the network providers' wishes to wring every possible profit out of the Internet".

[319] A temática da neutralidade da internet começou por ser tratada, em termos jurídicos, por autores do Direito Constitucional tais como LAWRENCE LESSIG, MARK LEMLEY, JONATHAN ZITTRAIN, entre outros, precisamente atraídos pelo estudo da colisão entre a da liberdade de expressão, protegida pela Primeira Emenda, e potenciais comportamentos lesivos da neutralidade. Não é pretensão deste estudo esgotar, nas poucas páginas que se destinam ao ponto, o conteúdo da primeira liberdade, mas tão-somente ajudar no esboço dos traços da interceção desse monumento normativo com o princípio da neutralidade.

[320] ALAN STUART FRANKEN, "Net neutrality is foremost free speech issue of our time", *CNN.com*, 05/08/2010, disponível em http://edition.cnn.com/2010/OPINION/08/05/franken.net.neutrality/ (última visita a 17/05/2016).

[321] Também no sentido do papel que a internet desempenha enquanto recurso público, vital à democracia, TIM BERNERS-LEE, "Long Live the Web", *cit.*, ainda afirmando: "*The web is now more critical to free speech than any other medium*".

[322] Já as citamos neste mesmo trabalho, mas recordam-se as palavras de JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Direito dos Contratos - Estudos*, *cit.*, p. 74: "o risco é hoje de uma *hipereconomização* do jurídico, não o inverso".

[323] Quais pestes imprestáveis somente preocupados com a imposição de regras ineficientes.

[324] Assim, CHRISTOPHER MARSDEN, *Net Neutrality: Towards a Co-regulatory Solution*, *cit.*, p. 4.

É amplamente aceite que uma postura estadual comprometida com a liberdade de expressão e informação[325] não se reconduz – somente – a uma mera obrigação negativa, de tipo abstencionista, traduzida na não interferência do Estado no discurso e comunicação dos cidadãos[326]. Em especial na *Era da Informação*[327] as exigências impostas por um tal mandato constitucional[328] abarcam a adoção de regras e meios que efetivamente garantam a circulação da informação, a liberdade de acesso e a pluralidade dos *media*[329]. Não deve duvidar-se de que no caso da garantia do acesso à internet, a liberdade de informação, entre nós prevista no n.º 1 do art. 37.º da CRP, se afasta de uma natureza tendencialmente *passiva*[330]*,* exigindo do Estado uma política no sentido da sua ampla disseminação[331] [332]. Diga-se que apesar de todas as constrições próprias do mundo virtual, na internet o legislador tem, em certa medida, o trabalho facilitado, uma vez que a arquitetura da rede favorece uma ação descentralizada e necessariamente plural com vista ao correto encaminhamento dos pacotes de dados[333].

Embora o conteúdo da norma constitucional protetora da liberdade de expressão possa, mesmo com recurso a uma interpretação atualista, não exigir a imposição de uma solução com vista à neutralidade[334], é também verdade que a possibilidade de os fornecedores de

[325] Sobre a pluralidade de realidades contidas na formulação "liberdade de expressão e informação" *vide* PAULO FERREIRA DA CUNHA, "Sociedade da Informação e Estado de Direito Democrático. Direito à Informação ou Deveres de Proteção do Estado?", *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto,* ano III, Porto, FDUP/Coimbra Editora, 2008, pp. 639-640.

[326] Em especial, *vide* JASPER P. SLUIJS, "From Competition to Freedom of Expression: Introducing Article 10 ECHR in the European Network Neutrality Debate", *cit.*, pp. 536-539, referindo a lesão do bem jurídico liberdade de expressão dos utilizadores infligida por práticas agressivas de gestão da rede, em face da incapacidade de atuação do art. 10.º da CEDH tendo em conta a mera eficácia vertical da Convenção.

[327] JACK M. BALKIN, "The future of Free Expression in a Digital Age", *cit.*, p. 101.

[328] Em articulação com o previsto na al. b) do art. 9.º da CRP, que inclui como tarefa fundamental do Estado "garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático".

[329] Para mais pormenores sobre o conteúdo ativo e passivo da fórmula genérica da liberdade de expressão e informação do art. 37.º da CRP *vide* PAULO FERREIRA DA CUNHA, "Sociedade da Informação e Estado de Direito Democrático. Direito à Informação ou Deveres de Proteção do Estado?", *cit.*, em especial, pp. 639-641.

[330] Entre a doutrina portuguesa começa já a ser talhado o caminho de um "Direito à Internet", nomeadamente pela mão de CATARINA SARMENTO E CASTRO, "Direito à Internet", *in Ciberlaw by CIJIC*, n.º II, 2016, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, disponível em http://www.cijic.org/2016/06/08/cyberlaw-by-cijic-2nd-edition/ (última visita a 08/09/2016), p. 9, também "enquanto direito de aceder a esse meio de comunicação universal, ou seja de aceder aos suportes tecnológicos que tornam possível os serviços de comunicação disponíveis através da rede de redes". A construção da autora é particularmente valiosa na medida em que concebe o direito à internet enquanto "direito amplificador do acesso a direitos já conhecidos" (*idem, ibidem,* p. 19), de que são exemplo as liberdades de expressão, informação e comunicação, e ainda os direitos de acesso à educação e cultura, e à participação democrática, entre outros constantes do leque constitucional. A autora sustenta (*idem, ibidem,* p. 20*)* que este direito de aceder ao ciberespaço enquanto "direito a integrar a sociedade digital, nela se relacionando com o outro (…) e com o Estado (…) goza, ainda, de autonomia lógico-jurídica própria, sendo possível invocá-lo em juízo, sem necessidade de associar o seu eventual desrespeito à violação de outros direitos" (!).

[331] Assim, PAULO FERREIRA DA CUNHA, "Sociedade da Informação e Estado de Direito Democrático. Direito à Informação ou Deveres de Proteção do Estado?", *cit.*, p. 643.

[332] JACK M. BALDKIN, "The future of Free Expression in a Digital Age", *cit.*, p. 6, fala de uma "infraestrutura de liberdade de expressão" para designar os media e as instituições de conhecimento, criação e disseminação [da informação] disponíveis num determinado contexto histórico, incluindo as oportunidades ao dispor dos cidadãos para desenvolverem e disponibilizarem novas ferramentas de comunicação e associação. Esse seria, no nosso tempo, o objeto central de proteção da Primeira Emenda Constitucional.

[333] Não será de mais repetir as palavras de LAWRENCE LESSIG, *The Future of Ideas*, *cit.,* p. 48: "*The internet was born on a controlled physical layer; the code layer, constituted by the TCP/IP, was nonetheless free. These protocols expressed an end-to-end principle, and that principle effectively opened the space created by the computers linked to the Net for innovation and change. This open space was an important freedom, built upon a platform that was controlled. The freedom built an innovation commons. That commons, as other commons, makes the controlled space more valuable. Freedom thus enhanced the social value of the controlled: this is a lesson that will recur*".

[334] Assim, JACK M. BALKIN, "The future of Free Expression in a Digital Age", *cit.*, pp. 103-104, apoiado também na eficácia vertical da *Bill of Rights*. Bem sabemos que a Primeira Emenda, com as suas muitas particularidades

acesso discriminarem entre os conteúdos que circulam nas suas redes faria deles "os mais poderosos censores"[335] do nosso tempo[336]. Numa altura de (ainda) incipiente regulação do ciberespaço, não será de mais lembrar que, mesmo em face das especialidades da ordenação na internet – eminentemente dependente da aplicação de um código tecnológico –, e "perante o pluralismo neocorporativo de criação do direito é ainda a constituição que diz os limites"[337]. Assim, as coordenadas técnicas do ciberespaço e a sua regulação terão que encontrar cabimento no parâmetro constitucional, pelo que essa regulação não poderá, por certo, contemplar elementos "inconstitucionais nem a-constitucionais"[338]. Ora, a internet enquanto "espaço possível de mais vasta liberdade de informação em todos os sentidos"[339], exige do legislador um "direito da informação pública que garanta o acesso à informação e preserve o domínio público"[340], duvidando-se se tal proteção não se encontrará entre nós já salvaguardada, pelo menos parcialmente, pelo n.º 6 do art. 35.º da Constituição, aguardando a derradeira exploração [341].

Veja-se que o papel protagonizado pela internet, enquanto bem público[342], ultrapassa a mera comunicação entre sujeitos de direito privado, projetando-se como verdadeiro instrumento de cultura democrática[343]. A rede serve agora enquanto "suporte da acção política e do diálogo entre órgãos do poder e cidadãos"[344], e inversamente como arma contra a tirania e o autoritarismo[345], num esquema de operações dificilmente viável sem a garantia de uma

– quanto, por exemplo, ao valor hierárquico de que goza face a outros direitos fundamentais – tem o seu âmbito espacial cingido ao território dos EUA. O caráter universal da premissa jurídica aí subjacente garante, no entanto, a sua previsão, em termos de direito comparado, nas várias constituições democráticas do mundo, razão pela qual cremos que, salvo questões formais e de pormenor, o âmbito de proteção que a Primeira Emenda concede, em termos de neutralidade da internet, não há-de ser substancialmente diferente daquele conferido pelo art. 37.º da CRP, ou pelos arts. 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) e 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

[335] JACK M. BALKIN, "The future of Free Expression in a Digital Age", *cit.,* p. 105.

[336] Notando o papel fulcral da net no contorno à censura dos *media* tradicionais *vide* CATARINA SARMENTO E CASTRO, "Direito à Internet", *cit.,* p. 12.

[337] J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7.ª ed., 3.ª reimp., Coimbra, Almedina, 2006, p. 1153.

[338] ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "Direito ciberespacial: 'soft law' ou 'hard law'?", *cit.*, p. 695, ainda afirmando que à Constituição cabe uma dimensão positiva na definição "das coordenadas básicas de configuração do sistema jurídico, em termos programáticos, segundo o projecto social que a anima. O catálogo de direitos fundamentais constituirá justamente a opção de fundo dessa ordem normativa".

[339] PAULO FERREIRA DA CUNHA, "Sociedade da Informação e Estado de Direito Democrático. Direito à Informação ou Deveres de Proteção do Estado?", *cit.*, p. 646.

[340] P. BERRNT HUGENHOLTZ, "Copyright, Contract and Technology: What Will Remain of the Public Domain" *in Copyright: A Right to Contro Access to Works",* CRIDS, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 87, *apud* ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "Direito ciberespacial: 'soft law' ou 'hard law'?", *cit.*, p. 693

[341] Veja-se o contributo de CATARINA SARMENTO E CASTRO, "Direito à Internet", *cit.,* pp. 28-29, para quem o referido art. 35.º/6 da CRP corresponde "à consagração constitucional de um autónomo Direito à Internet, enquanto direito fundamental incluído no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, que implica, antes de tudo o resto, um direito de aceder à rede" (!). Paralelamente LUÍSA NETO, "Ciência da Informação e Direito: um novo paradigma de reconstrução do papel do Estado no contexto da sociedade global da informação", *cit.*, p. 45, afirmando "(…) que as matérias atinentes à sociedade da informação suscitam o interesse da comunidade em geral e integram os "fundamentais do Estado" (…)".

[342] ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "Direito ciberespacial: 'soft law' ou 'hard law'?", *cit.*, p. 694.

[343] JACK M. BALKIN, "The future of Free Expression in a Digital Age", *cit.*, p. 112: "*What is democratic culture? It is a culture in which ordinary people can participate both collectively and individually, in the creation and elaboration of cultural meaning that constitute them as individuals*".

[344] LUÍSA NETO, "Ciência da Informação e Direito: um novo paradigma de reconstrução do papel do Estado no contexto da sociedade global da informação", *cit.*, p. 41.

[345] Denunciando o papel central das atuais redes de comunicação na proliferação da chamada Primavera Árabe, cfr. ILHEM ALLAGUI, JOHANNE KUEBLER; "The Arab Spring and the Role of ICT's: Editorial Introduction", *in International Journal of Communications,* vol. 5, 2011, pp. 1435-1442: "*In Tunisia and Egypt, we have witnessed a new genre of revolution whose distinguishing feature lies in its organization by networks and particularly in social networks, which played an important informational and organizational role*." (p. 1435); "(…) *the Arab revolutions in Tunisia and Egypt demonstrated the power of networks. People did not assemble in*

internet livre e aberta a quaisquer ideias ou pensamentos[346]. Na medida em que um princípio de neutralidade pressupõe um dever de isenção no encaminhamento dos dados em trânsito, ele protege diretamente a cultura democrática[347], porquanto limita os fornecedores de acesso na instalação de formas de inteligência na rede, desfavorecendo a possibilidade de controlo e censura alicerçadas numa qualquer aliança destes operadores com formas degeneradas de poderes estaduais[348]. Nesse sentido a "filosofia de liberdade"[349] em que assenta a internet permite aferir da maturidade da liberdade de expressão e sentido democrático de um determinado Estado, sendo perfeitamente válida a conclusão de que "as limitações ao funcionamento da Internet são uma sensitiva ou pedra de toque de liberdade de uma sociedade"[350].

Conforme apontam ainda outros estudos[351], o seu revolucionário modelo horizontal de comunicação e partilha (de que as redes p2p são expoente máximo) coloca o utilizador numa posição de absoluta independência face a qualquer estrutura organizada[352], tornando o exercício das liberdades de expressão e de reunião[353] fenómenos exclusivamente dependentes do utilizador que insere conteúdos na rede, e dos seus pares que os consultam, a custos insignificantes, em qualquer parte do globo. Na "grande praça pública do séc XXI"[354] tudo é pretexto para a comunicação[355]: as agendas são totalmente personalizadas[356]. O fenómeno parece, no entanto, perturbar os interesses instalados de um outro modelo

---

the streets to espouse their political views or opinions nor to demonstrate solidarity with their political parties, the leaders they followed, or the gatekeepers they trusted." (p. 1435-6); "*Communication technologies empowered citizens, some of whom used these technologies spontaneously and not strategically*." (p. 1436). Cfr. ainda LUÍSA NETO, "Ciência da Informação e Direito: um novo paradigma de reconstrução do papel do Estado no contexto da sociedade global da informação", *cit.*, pp. 50-52, notando o fenómeno da "passagem da democracia política à democracia social", com referência aos contributos de Bobbio, Luhmann e Habermas.

[346] Em termos muito claros, *vide* DARREN READ, "*Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", cit., p. 57: "Meaningful access to all content on the internet is now key to healthy societal development, it is key to democracy and to a fully informed citizenry*".

[347] JACK M. BALKIN, "The future of Free Expression in a Digital Age", *cit.*, p. 112: "*A democratic culture is not democratic because people get to vote on what culture should be like. It is democratic because people get to participate in the production of culture through mutual communication and mutual influence. Democratic culture invokes a participatory idea of democracy*".

[348] DAVID D. CLARK, "Network Neutrality: Words of Power and 800-Pound Gorillas", *cit.*, p. 704: "*Anyone can make a Web page, and while content providers may choose to limit (or charge for) access to their content, no third party can block (or profit from) a user's access to a Web page, except in the case of conservative governments that have used their power to "close" the Web*".

[349] MANUEL CARNEIRO DA FRADA, "Vinho Novo em Odres Velhos? A responsabilidade civil das "operadoras de Internet" e a doutrina comum da imputação dos danos", *cit.*, p. 688, utilizando a expressão para enquadrar as regras de exclusão da responsabilidade das operadoras de internet, prevista nos arts. 11.º e seguintes do RJCE. Ainda no sentido de que a ausência de um dever de vigilância, conseguido no art. 15.º da DCE, cumpre um papel na liberdade de informação, através de um "estado de inocência" dos prestadores intermediários de serviços, *vide* PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, "Responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação", *cit.,* pp. 284-85. A situação nos EUA, com a previsão de uma regra de irresponsabilidade na célebre 47 USC § 230(c)(1) é "uma das mais importantes garantias de liberdade de expressão na internet" segundo JACK M. BALKIN, "The future of Free Expression in a Digital Age", *cit.*, p. 107.

[350] PAULO FERREIRA DA CUNHA, "Sociedade da Informação e Estado de Direito Democrático. Direito à Informação ou Deveres de Proteção do Estado?", *cit.*, p. 629.

[351] ANDREW J. FLANAGIN, CRAIG FLANAGIN, JON FLANAGIN; "Technical code and the social construction of the internet", *cit.*, p. 184.

[352] Aflorando esta ideia *vide* LUÍSA NETO, "Ciência da Informação e Direito: um novo paradigma de reconstrução do papel do Estado no contexto da sociedade global da informação", *cit.*, p. 54.

[353] No sentido de que as formas de associação na internet são similares às da vida *offline,* variando entre espaços públicos, privados e íntimos, *vide* LAWRENCE LESSIG, "The Path of Cyberlaw", *cit.,* pp. 1751 e ss., comparando uma conversa encriptada na *net* a um passeio a sós num jardim (!).

[354] LUÍSA NETO, "Ciência da Informação e Direito: um novo paradigma de reconstrução do papel do Estado no contexto da sociedade global da informação", *cit.*, p. 54, e ainda ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.*, p. 738, falando da rede enquanto grande palco das liberdades coletivas.

[355] Em sentido próximo, JACK M. BALKIN, "The future of Free Expression in a Digital Age", *cit.*, p. 114.

[356] JACK M. BALKIN, "The future of Free Expression in a Digital Age", *cit.*, p. 114.

vertical (*one-to-many model*), preteritamente dominante, na medida em que põe em causa a cultura de massas vigente nos *media*[357], uma vez que o utilizador abandona a tradicional passividade no consumo dos conteúdos que lhe são oferecidos para enveredar numa abordagem assente na seleção e participação da informação que ele próprio consome. Este ponto, que para além da liberdade de expressão contenderá provavelmente também com o livre desenvolvimento da personalidade[358], pode ser sintetizado na "capacidade da internet para aproveitar toda a criatividade e inteligência existentes no mundo"[359], sem mediação entre utilizadores. Ao utilizador cabe – numa rede neutra – a primeira e a última palavra sobre os dados prioritários. À autodeterminação vem naturalmente associado um certo efeito despersonalizante – fruto do caráter anónimo da navegação – visto que o indivíduo passa a não se comprometer com a sua própria realidade *offline*, seja ela fisionómica, económica, racial ou religiosa[360]. Mas, ainda assim, o manancial de oportunidades é assinalável. O elemento diferenciador não é, na rede do novo milénio, qualitativo, na perspetiva do caráter da informação, mas sobretudo quantitativo: o número de sujeitos ligados, a facilidade com que a ligação se estabelece, e os baixos custos associados ao fenómeno *online* fazem com que as vitórias e derrotas da liberdade de expressão na internet assumam proporções mais assinaláveis do que as de quaisquer outros meios de comunicação[361] [362]. Uma vez que o "valor social da internet" pode não corresponder ao interesse dos *players* do mercado[363], o resultado da tensão entre apropriação[364] e participação[365] que Balkin[366] deteta nos meios de comunicação do nosso século não poderá esquecer a internet como elemento "na formação e desenvolvimento das identidades individuais"[367] e a sua indispensabilidade na construção de uma (ilusão de?) literacia[368] tendencialmente universal e ilimitada.

---

[357] S.H. CHAFFEE; M.J. METZGER; "The End of Mass Communication?", *in Mass Communication and* Society, vol. 4, n.º 4, 2001, pp. 365-79, *apud* ANDREW J. FLANAGIN, CRAIG FLANAGIN, JON FLANAGIN; "Technical code and the social construction of the internet", *cit.*, p. 185.

[358] Entre nós previsto no n.º 1 do art. 26.º da CRP. Igual posição parece ser sustentada por CATARINA SARMENTO E CASTRO, "Direito à Internet", *cit.,* p. 18.

[359] JACK M. BALKIN, "The future of Free Expression in a Digital Age", *cit.*, p. 111.

[360] Também por isso é frequente falar-se de um fenómeno de radicalização dos comportamentos na internet – referindo o ponto com indicação de estudos de pormenor *vide* CHRIS REED, "Online and Offline Equivalence: Aspiration and Achievement*"*, *cit.*, p. 6 e nota 24 – induzido por um efeito à distância que pode causar os seus danos, como os que se verificam nas célebres caixas de comentários dos periódicos *online*.

[361] JACK BALKIN, "The Future of Free Expression", *cit.*, p. 101, refere que o enquadramento constitucional da liberdade de expressão não suscita hoje valorações diametralmente diferentes daquelas erigidas há 200 anos. Segundo o autor, as mudanças são de contexto, remetendo a resolução dos problemas jurídicos, no essencial, para o legislativo infraconstitucional.

[362] Referindo a indispensabilidade do direito ao acesso à internet com vista à sua inclusão no catálogo de Direitos do Homem, *vide* DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.*, p. 56.

[363] Como refere DAVID D. CLARK, "Network Neutrality: Words of Power and 800-Pound Gorillas", *cit.*, p. 702.

[364] Acrescenta-se: corporativa, verticalizada, identificável e responsabilizável.

[365] Caracterizamos: generalizada, horizontal, anónima e tendencialmente irresponsável.

[366] JACK M. BALKIN, "The future of Free Expression in a Digital Age", *cit.*, p. 115.

[367] LUÍSA NETO, "Ciência da Informação e Direito: um novo paradigma de reconstrução do papel do Estado no contexto da sociedade global da informação", *cit.*, p. 49.

[368] RACHELLE CHONG, "The 31 Flavors of Net Neutrality: A Policymaker's View", *cit.*, p. 148. O mesmo é assumido em 47 USC 230 (a) (1): "*The rapidly developing array of Internet and other interactive computer services available to individual Americans represent na extraordinary advance in the availability of educational and informational resources to our citizens*".

2.5. A (ir)relevância da ilegalidade dos conteúdos

A necessidade de assegurar o cumprimento da lei[369] no ciberespaço tem sido um problema desde a superação das correntes negativistas que reclamavam do ciberespaço um espaço alheio ao Direito, uma realidade de liberdade absoluta, irrestringível e ingovernável.

Questão que nos parece muito controversa é a da inclusão de uma cláusula de licitude dos conteúdos na definição de neutralidade da rede[370]. Vimos como a necessidade de proteger a rede e os utilizadores de certos ataques, pela natureza da internet aptos a produzirem danos globais, influi na questão das eventuais exceções à neutralidade absoluta – também por isso impraticável. De certa forma, a mesma abordagem, de tendência securitária, tem sido tentada para defender a necessidade de criação de inteligência no centro da rede[371] como uma espécie de salvaguarda à manutenção do estado de legalidade[372], em face da necessidade de controlo num gigantesco universo de relações com vista a que as soluções regulatórias impostas no mundo criado pela internet não se tornem letra morta. Ora, um entendimento que faça depender a neutralidade de um estado de legalidade dos conteúdos permitiria isentar os fornecedores de acesso do dever de assegurarem uma rede neutra quando a discriminação ocorresse com base num juízo de ilegalidade sobre o conteúdo informático pretendido pelo utilizador. Deste modo, e sem mais precisões, não constituiriam violações da neutralidade a degradação, abrandamento ou bloqueio de serviços, perpetrados pelo fornecedor de acesso, com fundamento, por exemplo, na violação dos direitos de propriedade intelectual[373].

Nesta perspetiva, a função do fornecedor de acesso, que, relembre-se, desempenha a sua atividade de forma maioritariamente automática, corresponderia à de um polícia[374] que patrulhando o tráfego nas vias de informação ditaria sobre a legalidade dos veículos, passageiros e bagagens que nelas transitam. Salvo melhor entendimento, a problemática da colaboração dos fornecedores de acesso, e concretas práticas por estes a desempenhar no auxilio à aplicação da lei no ciberespaço é independente da discussão sobre a neutralidade da rede. Na verdade, a confusão destas duas distintas questões vaticina a morte da neutralidade enquanto valor tecnológico tutelável pelo Direito, auxiliar dos bens jurídicos acesso, inovação e literacia. O fundamento genético da neutralidade da internet, eminentemente arquitetural, reflexo da liberdade de expressão e informação caracterizadoras da plataforma, em conjunto com o caráter inotório[375] da atividade do

[369] Sobretudo na perspetiva, mais recente, das "needs of law enforcement" a que se refere CHRISTOPHER S. YOO, "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? (…)", *cit.*, pp. 37 e ss.
[370] Entre nós, *vide* SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, "Mapa da Problemática Jurídica da Sociedade da Informação", *cit.*, p. 35, mas de forma geral todos os autores sujeitam a obrigação de neutralidade à legalidade dos conteúdos.
[371] Recordamos como a inteligência no centro da rede corresponde, no fornecimento de acesso à internet, a práticas de controlo pelos fornecedores de acesso relativamente aos dados que transitam na rede, e como isso constitui um desvio ao paradigma original da internet e seus efeitos mais evidentes.
[372] Não por oposição ao Estado de Direito, mas na perspetiva da defesa da aplicação da lei e do Direito.
[373] Mas os exemplos podem abranger a injúria ou a difamação para referir os mais frequentes.
[374] Ou porteiro, como apelidam RALF BENDRATH, MILTON MUELLER; "The end of the net as we know it? Deep packet inspection and internet governance", *cit.*, p. 1148.
[375] A perceção para o utilizador de que a sua ligação está, por qualquer meio, a ser alvo de discriminação pelo fornecedor de acesso exige – exceto em casos gritantes – um elevado nível de literacia digital, muito distante

fornecedor de acesso, indispensável à utilização da rede, vedam-lhe a prática de quaisquer atos de diferenciação que não sirvam os propósitos aqui anteriormente referidos. Conforme se foi deixando claro, o fornecedor de acesso desempenha um papel diferente daquele protagonizado por outros prestadores na rede, o que legitima cuidados muito especiais no desempenho da sua atividade[376], em especial no tratamento que faz dos dados postos em circulação pelos utilizadores, desde logo por se situar numa posição cimeira de controlo – total e absoluto – do acesso de um qualquer assinante, com possibilidades aumentadas de dano à liberdade de informação. Desta feita, e salvo raras exceções, não se crê ser configurável uma obrigação de interferência nos conteúdos com fundamento na sua hipotética ilegalidade[377].

Esclareça-se, no entanto, que a obrigação de assegurar uma rede neutra não justifica, no todo ou em parte, qualquer regime de exceção do fornecedor de acesso em face do cumprimento da lei. Mediante processo judicial ou procedimento administrativo adequado, do qual resulte uma ordem de barramento de acesso a um determinado prestador, serviço ou conteúdo, e da qual o fornecedor de acesso seja interveniente necessário para a sua eficaz aplicação, nenhuma dúvida deve restar: como qualquer outro sujeito, o fornecedor de acesso encontra-se adstrito ao escrupuloso cumprimento desses arestos[378].

A improcedência do argumento resulta, para além dos elementos lógico e funcional assentes na interpretação da atividade do fornecedor de acesso, do atual quadro legal. É que o legislador da União, pensamos que propositadamente, foi sensível à posição que o fornecedor de acesso assume na cadeia de comunicação da internet. De facto, e como aponta João Fachana[379], a DCE previu expressamente no art. 12.º[380] um regime diverso para o fornecedor de acesso daquele previsto para outros "prestadores intermediários de serviços", excetuando-o dos chamados deveres de diligência[381], solução acompanhada pelo legislador nacional. Ao contrário do que refere o autor, não se crê que semelhante opção tenha sido acidental ou descuidada, e muito menos se crê que careça de revisão[382].

---

do padrão do utilizador comum, conforme nota DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.*, p. 56.

[376] Cuidados esses que se estendem, como vimos, à própria organização empresarial em que o fornecedor de acesso se insere.

[377] Em sentido próximo, *vide* DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.*, pp. 53 e 57, falando da atribuição de poderes discricionários aos fornecedores de acesso para ditarem sobre a legalidade dos conteúdos. É assim nossa posição que tendo em conta a função e sentido da prestação de fornecimento de acesso à internet, o fornecedor se deve abster, em todo e qualquer momento, de interferir nos conteúdos da rede com base num juízo por si formulado de ilegalidade presumida. Excecionamos apenas os casos, referidos pelo autor, de reconhecimento universal do atentado, como sejam a pornografia infantil. Aí, defendemos a desnecessidade de recurso a uma entidade com poderes judicias, atenta a especialíssima natureza do bem jurídico a proteger e a sua clara aceitação universa. Este confronto entre a necessidade de promover a aplicação da lei no ciberespaço e o monopólio estadual da justiça deve ser resolvido no sentido de exigir de todos os prestadores na rede um dever de colaboração no cumprimento da lei e das decisões judiciais, sem excessiva permissividade para que possam permanentemente impor os seus juízos de censura.

[378] O ponto é que a legalidade dos conteúdos e a neutralidade da internet são questões que se colocam em planos diferentes, e independentes, cuja confusão exclusivamente favorece práticas não fundamentadas de violação da neutralidade da internet.

[379] *A Responsabilidade Civil pelos Conteúdos Ilícitos colocados e difundidos na Internet, cit.*, pp. 121-22.

[380] Preceito que inspiraria o legislador português na redação do art. 14.º do RJCE.

[381] Cfr. arts. 13.º, n.º 1, al. e), e n.º 2, e art. 14.º, n.º 1, als. a) e b) da DCE.

[382] JOÃO FACHANA, *A Responsabilidade Civil pelos Conteúdos Ilícitos colocados e difundidos na Internet, cit.*, pp. 122-23, revisão essa que parece ser defendida também por PEDRO PAIS DE VASCONCELOS em "Responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação", *cit.*, pp. 285-86.

Diferentemente de outros prestadores intermediários que de alguma forma armazenam ou garantem a disponibilidade técnica daquele conteúdo lesivo, a função do fornecedor de acesso consiste, repete-se, apenas em assegurar o correto encaminhamento dos dados[383]. Nesse sentido, não deve ser dada margem para que o fornecedor de acesso possa, autonomamente, deliberar o bloqueio de qualquer conteúdo, serviço ou aplicação, exceto nos casos em que semelhante imposição advenha de decisão judicial ou administrativa[384]. Pelo menos nesta matéria – relembra-se, o cumprimento pelo fornecedor de acesso de decisões de entidades munidas de *ius imperium* – a internet não parece constituir um espaço jurídico *sui generis*[385], nem o fornecedor de acesso um sujeito especial.

Um dos principais fundamentos legitimadores da imposição da neutralidade aos fornecedores de acesso prende-se, como ficou demonstrado, com a proteção da liberdade de expressão e informação. A manutenção de um fluxo tendencialmente irrestrito de informação, marca indelével do espaço público internet, não é consentânea com limitações de caráter eminentemente privado, livremente decididas por um dos sujeitos da relação contratual de fornecimento de acesso. Mais ainda, estas limitações tornar-se-ão especialmente inadmissíveis num cenário de convergência e integração vertical, no qual o fornecedor de acesso tem sérios incentivos para bloquear conteúdos. As limitações aos *movimentos* dos utilizadores na internet têm que respeitar os requisitos impostos a um qualquer saneamento no espaço (público) *offline*: em princípio, devem operar por decisão de um órgão munido de *ius imperium* – decisão judicial, ou equiparável, ou resultarem do recurso a um mecanismo de autotutela de direitos, de caráter marcadamente excecional.

Para além da óbvia interferência na liberdade de expressão e informação, semelhante faculdade inutilizaria a possibilidade de determinação de uma noção de neutralidade com um mínimo de objetividade[386], a que acresce o favorecimento na utilização de tecnologias como a DPI, as quais irresponsavelmente implementadas podem constituir ferramentas altamente disruptivas. A disciplina do fornecedor de acesso face aos conteúdos em trânsito na rede não deve, assim, ultrapassar um dever geral de colaboração com a justiça previsto, entre nós,

---

[383] Pergunta-se: consentir-se-ia que o prestador de serviços postais perscrutasse, autonomamente e por sua livre iniciativa, a correspondência em busca de indícios de assédio, ameaça, ou violação de direitos de propriedade intelectual, e imediatamente a descartasse? Crê-se que a virtualização das formas de comunicação impede, muitas vezes, a construção, pelos utilizadores, de uma perceção corpórea das atividades dos prestadores na internet, e da violência implícita em alguns comportamentos…

[384] Crê-se que a própria circunstância de a al. q), do n.º 1, do art. 27.º da LCE remeter para o regime de restrição de transmissão de conteúdos ilegais constante do RJCE é mais uma vez elucidativa da distância de planos entre o fornecimento do acesso e a prestação de conteúdos na internet.

[385] O ponto que se pretende fazer valer não diminui outras peculiaridades do espaço jurídico internet como sejam "a criação de uma consciência jurídica global, e os problemas da jurisdição e da lei aplicável", a que se refere, por exemplo, PAULO MOTA PINTO, "Sobre alguns problemas jurídicos da Internet", *cit.*, pp. 356-357. Essas muitas outras particularidades, apresentam-se tendencialmente irrelevantes para a questão da neutralidade da rede que aqui tratamos. Isto equivale a dizer que a necessidade de procura de um modelo que garanta a efetividade da regulação (geral, e específica da internet) implica necessariamente todos os prestadores na rede, mas não contende, se bem vemos o problema, com a neutralidade da rede exigida somente ao fornecedor de acesso.

[386] Razão pela qual, para o fornecedor de acesso, como vimos, todos os conteúdos são em princípio dignos de igual tratamento. Mesmo no que diz respeito aos sites e serviços de partilha de *torrents*, destinados às redes p2p, não pode em abstrato fazer-se semelhante juízo de ilegalidade presumida. Muitos dos conteúdos ali disponíveis não representam quaisquer violações à propriedade intelectual alheia, sendo que alguns desses conteúdos só são acessíveis por esta via. Por exemplo, as atualizações do popular jogo *World of Warcraft* são lançadas somente via p2p, como refere CHRISTOPHER MARSDEN, *Net Neutrality: Towards a Co-Regulatory Solution, cit.*, pp. 16-17.

nas várias als. do art. 13.º do RJCE[387], que abarque o acatamento expedito de decisões das entidades competentes – atento o alto expoente de lesão que os conteúdos ilícitos na internet podem potenciar[388]. Esta coordenada ganha especial relevo no âmbito de uma atividade fortemente marcada pelos mecanismos de direito autónomo, na qual a intervenção do Direito estadual se deve reger por preocupações de minimalismo e pedagogia, numa lógica de subsidariedade para com esses mecanismos[389].

3. A regulação da neutralidade

3.1. Generalidades e valores em jogo

O capítulo que agora se inicia pretende oferecer uma visão sobretudo expositiva das abordagens regulatórias – essencialmente formais – à neutralidade da internet. Uma análise global a estas abordagens deteta desde logo a procura de um equilíbrio entre a possibilidade de os fornecedores de acesso participarem nos lucros gerados pela internet sem se abdicar da interoperabilidade e descentralização que marcam a rede. É ainda particularmente relevante a cautela dos vários legisladores, traduzida em intervenções sobretudo de caráter minimal, tentando prezar ao máximo "o ecossistema da Internet"[390] e sobretudo os méritos da vigente abordagem de direito autónomo[391]. Não são líquidas as consequências, a longo prazo, de uma solução regulatória com vista à proteção da neutralidade vigente através dos métodos formais de criação de Direito. A ductilidade da tecnologia e as suas constantes mutuações abrem terreno à hipótese de a lei formal rapidamente se tornar artefacto

[387] Referindo-se em especial à al. c) do art. 13.º do RJCE, *vide* JOÃO FACHANA, *A Responsabilidade Civil pelos Conteúdos Ilícitos colocados e difundidos na Internet, cit.*, p. 123.

[388] *Vide* JOÃO FACHANA, *A Responsabilidade Civil pelos Conteúdos Ilícitos colocados e difundidos na Internet, cit.*, pp. 124-126, refletindo sobre o conflito entre a obrigação de retirada de conteúdos manifestamente ilícitos por parte dos intermediários de armazenamento, dos arts. 15.º e 16.º do RJCE – note-se sem recurso a uma entidade judicial ou administrativa com poderes jurisdicionais – e as liberdades de expressão e de informação. O autor refere ainda, muito pertinentemente, o mecanismo de solução provisória de litígios previsto no art. 18.º do RJCE, que tem a bondade de permitir tanto o recurso ao utilizador que se sinta lesado pela publicação de um determinado conteúdo lesivo, como do seu autor que entenda que a retirada do conteúdo carece de fundamento.

[389] Entre nós apontada por LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Reflexões sobre a governação e a regulação da internet, com especial consideração da ICANN", *cit.*, pp. 369-372.

[390] A expressão é do Regulamento da Internet Aberta, considerando n.º 1.

[391] DAVID CASACUBERTA; MAX SENGES; "Do we need rights in Cyberspace? Discussing the case of how to to define on-line privacy in an Internet Bill of Rights", *cit.*, p. 101, ressalvam os resultados de uma autorregulação capaz (sobretudo pela capacidade de adaptabilidade a uma realidade em permanente mudança), ainda que notando a insuficiência do modelo, a complementar por instrumentos de heterorregulação. Sobre o conceito de direito autónomo *vide* LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Reflexões sobre a governação e a regulação da internet, com especial consideração da ICANN", *cit.*, pp. 370 e ss. Esta designação, em tudo relacionada com as sofisticadas abordagens de *soft law*, traduz os benefícios de expedientes de criação de Direito não dependentes de um procedimento formal abstrato sob a égide do poder estadual. As vantagens commumente apontadas relacionam-se sobretudo com a celeridade e menores custos de produção destas normas, e a sua permamanente adaptabilidade a um meio em constante evolução. Recordamos o leitor de que se tratam de tentativas de disciplina de uma atividade que se desenrola sobretudo num mundo virtual e desmaterializado no qual os operadores mantêm uma significativa capacidade de adulteração da realidade. É, assim, da maior importância obter junto do setor garantias de exequibilidade prática das soluções e da respetiva *compliance.* Sobre a origem do termo *soft law,* no final dos anos 70 do século XX, *vide* ROLF H. WEBER, "Future Design of Cyberspace Law", *cit.*, p. 3. Defendendo as virtudes deste modelo e sustentando a subsidariedade da ação estadual no que à regulação da internet diz respeito cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Reflexões sobre a governação e a regulação da internet, com especial consideração da ICANN", *cit.*, pp. 369-372.

obsoleto, descredibilizando posteriores tentativas de ordenação do ciberespaço[392]. Mas, ainda que se reconheça como necessária e benéfica uma intervenção jurídica amplamente considerada, questões se podem colocar quanto à preferência, por exemplo, por um modelo *ex ante,* necessariamente munido de permeabilidade suficiente para acautelar um leque bastante amplo de situações, ou por uma intervenção *ex post,* corretiva e casuística, que permitira afinar as "*bright lines*" que destrinçam o aceitável do inadmissível[393].

A primeira solução legal[394] com vista à garantia da neutralidade da internet foi aplicada pelo Chile, em 2010[395]. Também os Países Baixos, em 2012, alteraram a respetiva Lei das Telecomunicações[396] introduzindo no artigo 7.4a a proibição dos prestadores de comunicações eletrónicas perturbarem o tráfego dos utilizadores. O legislador holandês estabeleceu um elenco[397] típico dos desvios consentidos à neutralidade, prevendo as hipóteses de gestão de tráfego para evitar congestionamentos na rede, para a preservação da segurança e integridade da rede, e ainda para restrição da receção de comunicações não solicitadas pelo utilizador quando ele nisso consinta. A lei neerlandesa salvaguarda ainda o cumprimento de decisões judiciais, e prevê a proibição de cobrança de preço no fornecimento do acesso com base nos serviços oferecidos aos clientes, consagrando explicitamente a proibição de discriminação de preço no fornecimento de acesso à internet.

Exemplo assinalável colhe-se também na Noruega, que desde 2009 aplica um modelo co-regulatório assente em *guidelines* negociadas entre o regulador nacional e os operadores de mercado[398].

Por último, refira-se o Brasil, que constitui um caso *sui generis* em matéria de regulação da sociedade da informação[399]. Desprovido durante largos anos de um instrumento legislativo

---

[392]Alertando para a dificuldade de, legislando, se encontrar o terreno perfeito para evitar práticas de gestão de rede abusivas, tendo em conta a especial complexidade técnica que caracteriza a atividade dos fornecedores de acesso, alguns autores entendem que a chamada de atenção para estes problemas, nomeadamente favorecendo um estado de alerta dos utilizadores, mas sem um *enforcement* claro, favorece um equilíbrio único, dissuadindo os operadores de comportamentos abusivos. *Vide,* entre vários, EDWARD FELTEN, *Nuts and Bolts of Network Neutrality*, *cit.*, pp. 5, 6 e 10, e TIM WU, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *cit.*, p. 155, este último autor chamando a atenção para a circunstância de a aplicação de regras de tratamento discriminatório pelos fornecedores de acesso ser muitas vezes baseadas na mera inércia, e por isso destituída de real sentido político ou económico. O ponto esteve em debate no Brasil durante a elaboração do Marco Civil da Internet, conforme refere NELIA RODRIGUES DEL BIANCO, MARCELO MENDES BARBOSA; "O marco civil da internet e a neutralidade de rede: dilemas, debates e impasses relacionados a este princípio na tramitação do projeto de lei", *cit.*, p. 7.

[393] DAVID D. CLARK, "Network Neutrality: Words of Power and 800-Pound Gorillas", *cit.*, p. 708, reconhece que a segunda forma de intervenção apresenta mais vantagens tendo em conta a flexibilidade que lhe é característica, não abdicando da clareza e previsibilidade indispensáveis às soluções jurídicas.

[394] Não se empreendeu um esforço de enumeração de todas as soluções legais existentes com vista à neutralidade da internet. A seleção baseou-se, tão-somente, em características peculiares das soluções analisadas e na relevância desses regimes para os casos português e europeu.

[395]Através da *Ley n.º 20.453,* de 26 de agosto, disponível para consulta em http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1016570&idVersion=2010-08-26 (última visita a 13/07/2016) impedindo a interferência, bloqueio, abrandamento e discriminação de qualquer conteúdo, serviço ou aplicação pelo fornecedor de acesso, nos termos da al. a), do art. 24.º-H resultante da alteração pela referida lei.

[396] Uma versão atualizada da *Telecommunicatiewet* pode ser consultada em http://wetten.overheid.nl/BWBR0009950/2014-01-25 (última visita a 13/07/2016).

[397] Constante do art. 7.4., n.º 1.

[398] Conforme refere DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.*, p. 49, e nota 7. As *guidelines* podem ser consultadas em http://eng.nkom.no/technical/internet/net-neutrality/net-neutrality/_attachment/9222?_ts=1409aa375c1 (última visita a 13/07/2016).

[399] Parte das reflexões referentes ao ordenamento jurídico brasileiro recolhem elementos das exposições orais de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO e MARCOS WACHOWIC, aquando da *I Conferência Cibersegurança: Perspetivas*

adaptado às realidades potenciadas pela internet, a opção por uma lei de cariz essencialmente *principial*[400] descurou as questões concretas que noutros ordenamentos – no essencial muito por culpa da fúria económica da internet – se sentiam como prementes, nomeadamente na regulação do comércio eletrónico: "O Brasil preferiu ereger um muro de princípios gerais. Deste modo delimitou o solo a ser preenchido, mas não pôde deixar de cair numa certa vacuidade"[401]. O procedimento legislativo em volta do Marco Civil da Internet ficou marcado pela tensão mediática causada não só pela revelação, à altura, de factos que indicavam atos de espionagem digital à Presidenta da República, mas também pelo envolvimento da sociedade na civil na elaboração da lei[402].

A confusão em que esteve mergulhada a tramitação do diploma, com avanços e recuos que ditaram anos de atraso na regulação da internet numa economia em franco desenvolvimento, prendeu-se essencialmente com a adoção de uma solução de neutralidade da rede. "De facto, o principal ponto do debate foi o da neutralidade da rede. A posição oficial foi a defesa de uma Internete aberta, a que todos pudessem recorrer em igualdade de condições; enquanto as empresas de informática, a começar pelos quadros dos gigantes internacionais atuantes no Brasil, pretendiam que elas pudessem dar um tratamento privilegiado aos seus próprios clientes"[403]. A custo, o art. 9.º do Marco Civil da Internet – Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014[404] – consagra uma solução de neutralidade nos termos da qual "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"[405]. As restrições ao princípio consagrado obedecem a um procedimento formal de audições várias e integram as atribuições privativas do Presidente da República (art. 9.º, *caput*), estando sujeitas a dois limites circunstanciais (art. 9.º, § 1): decorrerem de "requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e

---

Multidisciplinares, organizada pelo Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço (CIJIC), que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no dia 4 de janeiro de 2016.

[400] Também apelidada de Constituição da Internet, assim batizada durante a sua elaboração pelo Ministro da pasta da Justiça, Luiz Paulo Barreto, como aponta EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, "Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo", *cit.,* p. 273. Os pontos referidos não desmerecem a constatação de um diploma sofisticado que, pelo menos em teoria, pretende ser um passo em frente na regulação ampla do ciberespaço. Note-se, por exemplo, a obrigatoriedade, prevista no art. 6.º, de uma interpretação da lei levando em conta "a natureza da internet, seus usos e costumes partciculares" num reconhecimento claro da necessidade de adequar a *rule of law* ao espaço muito próprio da internet. Sobre o ponto, *vide* ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "O "Marco Civil da Internet" e seus reflexos do Direito da União Europeia", *cit.,* pp. 57-59.

[401] JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "O "Marco Civil da Internete": A Lei Brasileira n.º 12965, de 23 de Abril de 2014", *in Revista de Direito Intelectual,* n.º 2, 2015, Coimbra, Almedina, 2015, p. 273. Também EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, "Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo", *cit.,* p. 281 assinala que "o texto do Marco Civil da Internet trouxe normas vazias de conteúdo".

[402] NELIA RODRIGUES DEL BIANCO, MARCELO MENDES BARBOSA; "O marco civil da internet e a neutralidade de rede: dilemas, debates e impasses relacionados a este princípio na tramitação do projeto de lei", *cit.,* pp. 7 e 9.

[403] JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "O "Marco Civil da Internete": A Lei Brasileira n.º 12965, de 23 de Abril de 2014", *cit.*, p. 274, também referido por NELIA RODRIGUES DEL BIANCO, MARCELO MENDES BARBOSA; "O marco civil da internet e a neutralidade de rede: dilemas, debates e impasses relacionados a este princípio na tramitação do projeto de lei", *cit.,* p. 11.

[404] O diploma pode ser consultado em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm (última visita a 02/02/2016).

[405] Também o art. 3.º, n.º IV do Marco Civil da Internet elenca entre os princípios da disciplina do uso da internet "a preservação e garantia da neutralidade de rede", enquanto que o n.º VII do art. 24.º eleva a diretriz da atuação do poder público, em matéria de desenvolvimento da internet, a "otimização da infraestrutura das redes e estímulo à implantação de centros de armazenamento, gerenciamento e disseminação de dados no País, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a difusão das aplicações de internet, sem prejuízo à abertura, à neutralidade e à natureza participativa".

aplicações" (I), ou acorrerem à "priorização de serviços de emergência" (II)[406]. O legislador brasileiro vai mais longe e no § 2.º impõe condições à entidade devidamente autorizada para levar a cabo a prática discriminatória, nomeadamente um dever de atuação com "proporcionalidade, transparência e isonomia" (II) na efetivação da prática discriminatória[407]. A mesma entidade fica ainda obrigada "a 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" (art. 9.º, § 2, n.º III). Para trás ficou, por exemplo, a exigência constante da proposta do executivo de obrigar os prestadores de conteúdos a instalarem *data centres* no país, numa tentativa de *enforcement* das garantias de privacidade e segurança previstas na nova lei[408].

Por fim, há ainda a notar na lei brasileira a disposição do art. 9.º, § 3 que visa proibir os fornecedores de acesso de "(…) monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados". A norma ganha especial interesse à luz da realidade atual de encaminhamento dos dados, muito dependente das tecnologias de *deep packet inspection*, louvando-se sobretudo o seu efeito em relação à proteção da privacidade dos utilizadores e à autodeterminação na utilização dos dados que lhes dizem respeito[409].

3.2. A abordagem norte-americana

3.2.1 Do *Communications Act* de 1934 ao *Telecommunications Act* de 1996*:* uma aproximação ao Direito das Telecomunicações nos EUA

A disciplina das telecomunicações nos EUA encontra o seu eixo motriz no capítulo 47 do *United States Code* (USC)[410], codificação essencialmente resultante do *Communications Act* de 1934[411] (CA 1934), da sua revisão de 1996 (*Telecommunications Act de* 1996[412]), e ainda

[406] Crê-se que a formulação sintática do dispositivo erradamente induz a cumulatividade dos n.ºs I e II do art. 9.º, § 1. Igual interpretação parece encontrar-se em EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, "Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo", *cit.,* p. 276.
[407] Sobre as condições impostas, implicando maiores conhecimentos do sistema jurídico brasileiro, *vide* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "O "Marco Civil da Internete": A Lei Brasileira n.º 12965, de 23 de Abril de 2014", *cit.*, pp. 293-94.
[408] O ponto é sublinhado por NELIA RODRIGUES DEL BIANCO, MARCELO MENDES BARBOSA; "O marco civil da internet e a neutralidade de rede: dilemas, debates e impasses relacionados a este princípio na tramitação do projeto de lei", *cit.,* p. 12. Em sentido crítico da proposta entretanto abandonada, *vide* EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, "Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo", *cit.,* p. 277, referindo que "a proposta de nacionalização de *datacenters* é prova do desconhecimento do funcionamento da internet, imaginando-a como uma biblioteca física localizada em determinado território, sem qualquer conexão ou interferência com a estrutura física de internet dos demais países", e ainda que "de nada adianta a imposição da neutralidade da rede no Brasil, se os demais países não impuserem a mesma medida. Se os dados trafegam pelo mundo todo, apenas se assegura que o tráfego desses dentro do Brasil será isonômico, mas não necessariamente se atribuirá o mesmo tratamento quando esses mesmos dados forem enviados para fora do Brasil ou solicitados do exterior".
[409] Conforme refere ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "O "Marco Civil da Internet" e seus reflexos do Direito da União Europeia", *cit.,* pp. 60-61, a norma tem a bondade de, afastando um dever de vigilância sobre os conteúdos em circulação, impor "uma obrigação de não interferência com as comunicações dos utilizadores e seus serviços".
[410] Consultável em http://uscode.house.gov/ (última visita a 29/01/2016).
[411] A versão original do diploma pode ser consultada em http://www.legisworks.org/congress/73/publaw-416.pdf (última visita a 29/01/2016).

de alguns diplomas avulsos fruto de alterações ocasionais, como sejam o *Communications Assistance for Law Enforcement Act* (CALEA) ou o *Communications Decency Act* (CDA) .

Para a matéria que aqui nos ocupa[413] é da maior importância a classificação introduzida pelo *Telecommunications Act* de 1996 (TA 1996), na medida em que sujeita ao Título II os designados "telecommunications services", por oposição aos "information services" do Título I. A distinção é essencial em termos das obrigações impostas a estes prestadores da sociedade de informação, estando os *telecommunication services* sujeitos às obrigações dos *common carriers*[414]. Sujeito a um conjunto amplo de deveres, como sejam a não discriminação[415] e a interoperabilidade[416], o fornecimento de banda larga de internet – ambos via cabo e DSL[417] – encontrava-se subordinado a esta classificação e assim à estreita regulação da FCC[418]. Muito embora o próprio diploma ofereça definições para ambos os conceitos[419], a sujeição dos prestadores deste serviço está dependente da atuação do Congresso norte-americano e da FCC que podem, consoante as circunstâncias, alterar a qualificação dos prestadores dos vários serviços, e assim interferir diretamente nas obrigações legais que lhes são impostas.

3.2.2. A desregulação da banda larga: *common carriers* e *information services* (2002-2005)

O crescimento constante da rede de internet no final dos anos 90 permitiu aos prestadores por cabo[420] – à altura a tecnologia em mais vasta expansão –, convencerem o legislador norte-americano de que a sua submissão às obrigações dos *common carriers* seria nefasta ao desenvolvimento das tecnologias de transmissão da internet e à própria expansão da

---

412 Uma versão consolidada do *Communications Act* (CA), emendado pelo *Telecomminications Act* de 1996, pode ser consultada em https://transition.fcc.gov/Reports/1934new.pdf (última visita a 29/01/2016). As referências no texto ao TA 1996 devem, assim, ser entendidas como referentes à versão consolidada do CA após as alterações introduzidas por aquele diploma do Congresso norte-americano. Para consulta do texto da reforma 1996, não integrado no CA, cfr. https://transition.fcc.gov/Reports/tcom1996.pdf (última visita a 28/01/2016), a que se faz referência na nota 452 e na p. 84.

413 Por todos, ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.*, p. 743.

414 Secção (§) 3 (10) do TA 1996, definindo-os da seguinte forma: "*The term "common carrier" or "carrier" means any person engaged as a common carrier for hire, in interstate or foreign communication by wire or radio or in interstate or foreign radio transmission of energy, except where reference is made to common carriers not subject to this Act; but a person engaged in radio broadcasting shall not, insofar as such person is so engaged, be deemed a common carrier*". O trecho corresponde ao presente em 47 USC §153 (11).

415 Secção 202 (a) do TA 1996, prevendo o seguinte: "*It shall be unlawful for any common carrier to make any unjust or unreasonable discrimination in charges, practices, classifications, regulations, facilities, or services for or in connection with like communication service, directly or indirectly, by any means or device, or to make or give any undue or unreasonable preference or advantage to any particular person, class of persons, or locality, or to subject any particular person, class of persons, or locality to any undue or unreasonable prejudice or disadvantage*". O trecho corresponde ao presente em 47 USC §202 (a).

416 Secções 251 e 252 do TA 1996.

417 Sigla para *Digital Subscriber Line*, uma tecnologia de transporte da informação. Para uma noção básica *vide* https://en.wikipedia.org/wiki/Digital_subscriber_line (última visita a 02/02/2016.*)*

418 47 USC §154 (i) de teor seguinte: "*The Commission may perform any and all acts, make such rules and regulations, and issue such orders, not inconsistent with this Act, as may be necessary in the execution of its functions*".

419 Respetivamente, secção 3 (46) e (20) do TA 1996.

420 Referindo a pressão do setor, M. CHRIS RILEY, BEN SCOTT; "Deep Packet Inspection: the end of the internet as we know it?", *cit.*, p. 4.

rede, razão pela qual deveriam ser reclassificados enquanto *information services*. A negociação, envolvendo a FCC, partia da necessidade que os fornecedores por cabo alegavam sentir de praticarem preços discriminatórios em função dos diferentes fornecimentos de acesso disponibilizados[421], e de explorarem expedientes tecnológicos inconsistentes com as obrigações impostas pelo titulo II do TA 1996, a pretexto da ampliação da rede e do contínuo investimento dos operadores no acesso. Sob a garantia de que os operadores não discriminariam de forma irrazoável e injustificada[422] a FCC alteraria, em 2002, a classificação dos operadores por cabo para *information services*[423] importando, em especial, a inaplicabilidade da referida secção (§) 202 (a) – e do Título II no seu conjunto – do *Communications Act*, na versão dada pela reforma do TA 1996[424], a estes operadores de banda larga[425]. O afastamento de um princípio histórico do Direito das Telecomunicações nos EUA[426], numa opção clara de desregulação[427], enfraqueceu a posição dos utilizadores em relação a comportamentos discriminatórios dos operadores, e limitou os poderes da FCC para atuar sobre as empresas prestadoras desses serviços[428].

Em 2005, a FCC começaria uma década de História de aplicação de soluções desagregadas, e em parte incoerentes, com vista à imposição da neutralidade, após a *Vonage*, empresa que disponibilizava aplicação homónima de VoIP, denunciar que a *Madison River*, fornecedora de acesso à internet da Carolina do Norte, bloqueava deliberadamente o acesso dos seus clientes à dita aplicação. A *Madison River,* que mantinha à data 180.000 subscritores de serviço telefónico fixo[429], era acusada de perturbar o acesso aos servidores da *Vonage* não apenas ocasionalmente e em momentos de pico de tráfego, mas de forma permanente e reiterada. A fornecedora de acesso haveria de ser condenada ao pagamento de uma multa e aceitaria não mais perturbar o tráfego – através de um *consent decree*[430] firmado com o regulador – oriundo de aplicações de VoIP. O *settlement* com o regulador norte-americano punha fim à investigação fundada na violação das regras a que o fornecedor de acesso se encontrava vinculado, enquanto prestador de *telecommunications services.* É que a *Madison River,* oferecendo acesso à internet via DSL, estava sujeita aos deveres de não discriminação

[421] Prática expressamente proibida aos prestadores abrangidos pelo Título II do TA 1996.
[422] M. CHRIS RILEY, BEN SCOTT; "Deep Packet Inspection: the end of the internet as we know it?", *cit.,* p. 4.
[423] FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION, *Inquiry Concerning High-Speed Access to the Intenet over Cable and Other Facilities, Declaratory Ruling and Notice of Proposed Rulemaking ("Cable Order"),* março de 2002, disponível em https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-02-77A1.pdf (última visita a 02/06/2016), em especial, pp. 26 e ss.
[424]Afirmando que o sentido da imposição de normas anti-discriminatórias aos *common carriers* no setor das telecomunicações tem por fundamento um monopólio histórico no setor, não verificável na internet, cfr. RACHELLE CHONG, "The 31 Flavors of Net Neutrality: A Policymaker's View", *cit.,* p. 149. O Título II do TA 1996 seria, portanto, aplicado pela FCC nas comunicações internacionais e interestaduais, aplicação essa que inspiravaa atuação dos reguladores estaduais. Contrariamente, M. CHRIS RILEY, BEN SCOTT; "Deep Packet Inspection: the end of the internet as we know it?", *cit.,* p. 4, afirmando que a permissa da não discriminação é princípio histórico estruturante do Direito das Telecomunicações nos EUA.
[425] Os operadores DSL manter-se-iam, no entanto, enigmaticamente sujeitos às obrigações dos *common carriers,* como refere ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 742.
[426] Referindo-se à secção 202 do TA 1996, com raízes no texto original do CA 1934, *vide* JACK BALKIN, "The future of Free Expression in a Digital Age", *cit.,* p. 102.
[427] Afirmando a tendência, ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 743.
[428] Também nesse sentido RALF BENDRATH, MILTON MUELLER; "The end of the net as we know it? Deep packet inspection and internet governance", *cit.,* p. 1152.
[429] ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 741.
[430] FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION, *Madison River Consent Decree*, 2005, disponível em: https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-05-543A2.pdf (última visita a 24/05/2016).

previstos na secção 202 (a) do Título II do TA 1996, e consequentes sanções pela sua violação.

Em absoluto contraciclo com as evidências de práticas muito duvidosas no setor do fornecimento de acesso[431], a FCC classificaria[432] em setembro do mesmo ano, à semelhança do que já havia feito para os operadores por cabo, os operadores DSL como *information services*, perdendo assim a guarida das disposições da lei norte-americana referentes aos *common carriers*[433] em relação a todos os prestadores de banda larga.

3.2.3. A *Internet Policy Statement* e o caso *Comcast* (2005-2010)

O caso *Madison River* aumentou o clamor da sociedade norte-americana, e em especial dos grupos ativistas, por uma intervenção do governo no sentido de limitar as atividades de gestão de rede dos fornecedores de acesso. À derradeira pressão civil a FCC respondeu com a publicação, em setembro de 2005, de uma lista de recomendações[434] dirigida à atuação dos ISP's. É notável a confusão em que mergulha o regulador norte-americano, ao publicar medidas não-vinculativas[435] de proteção da neutralidade, no mesmo ano em que ocorria a classificação dos fornecedores DSL como *information services.* A classificação levantava agora o problema de saber se a FCC mantinha as competências legais necessárias à aplicação de uma qualquer solução reguladora daqueles operadores[436].

---

[431] Conforme se apontou, os fornecedores de acesso nunca se escusaram de anunciar publicamente as pretensões de verem os prestadores de conteúdos pagarem pelo acesso à rede. Mais um exemplo se colhe em PAUL KAPUTSKA, "Verizon Says Google, Microsoft Should Pay For Internet Apps", maio de 2006, *informationweek.com*, disponível em http://www.informationweek.com/verizon-says-google-microsoft-should-pay-for-internet-apps/d/d-id/1039324 (última visita a 21/05/2016).

[432] FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION, *Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet Over Wireline Facilities ("DSL Order"),* setembro de 2005, disponível em http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-150A1.pdf (última visita a 02/06/2016).

[433] ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 742.

[434] FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION, *Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet over Wireline Facilities ("Internet Policy Statement")*, setembro de 2005, disponível em http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf (última visita a 02/06/2016).

[435] O valor jurídico limitado desta *Policy Statement* da FCC é consensual, conforme nota DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* p. 51, e resulta da própria condição a que o documento se remete: "*(…) we are not adopting rules in this policy statement. The principles we adopt are subject to reasonable network management*", *cit.,* p. 3, nota 15. Também o Comissário Michael Powell, responsável primeiro pelo diploma, foi claro na abordagem não vinculativa daquele documento, conforme se nota em TIM WU, CHRISTOPHER YOO; "Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate", *cit.,* p. 580, nota 14.

[436] Em *National Cable & Telecommunications Association et al. v. Brand X Internet Services et al., 545 U.S. 967* (2005), doravanate acórdão *Brand X*, o Supremo Tribunal dos EUA confirmou a competência da FCC para levar a cabo o processo de requalificação dos fornecedores de acesso enquanto prestadores de *information services,* confirmando assim a decisão do regulador de os despromover face aos deveres dos Título II do TA 1996, aplicáveis somente aos prestadores de *telecommunications services* enquanto *common carriers.* O Supremo Tribunal Norte-Americano conclui pela conformidade da decisão da FCC após submissão ao teste dos requisitos firmados para a interpretação das atribuições das agências independes, no célebre *caso Chevron v. Natural Resources Defense Council, 467 U.S. 837* (1984) – como refere ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 743. Embora no acórdão *Brand X* estivesse concretamente em questão a existência, ou não, de deveres de interconexão vinculativos face aos *information services*, o acórdão haveria de tocar as atribuições da FCC. O Tribunal confirmou a existência de uma *ancillary jurisdiction* da FCC, sob a previsão do Título I do TA 1996, para adotar as medidas necessárias à regulação dos *information services*, na parte em que correspondessem ao mandato delegado pelo USC na agência reguladora – a saber, a regulação das comunicações estrangeiras e interestaduais. Esta interpretação (datada de junho de 2005) foi crucial para o desenvolvimento da subsequente política regulatória da FCC, servindo de base legal à atuação do regulador na

Ainda assim, o documento concedia aos utilizadores o direito de (1) acederem aos conteúdos lícitos à sua escolha; (2) utilizarem as aplicações e serviços que entendessem, sem prejuízo da lei[437]; (3) conectarem os dipositivos à sua escolha, desde que lícitos e não constitutivos de uma ameaça à rede[438]; (4) contratarem num ambiente competitivo/competição entre fornecedores de acesso, prestadores de conteúdos, serviços e aplicações. Os princípios enumerados correspondem, ainda hoje, a uma sólida base do que se crê a neutralidade da internet deve defender, demonstrando, já à data, a perceção claríssima do regulador quanto ao problema. No entanto, o instrumento formal utilizado – uma mera *policy statement* e não um verdadeiro e próprio *rule-making* – vaticinaria o fracasso dessa mera aproximação a uma solução impositiva de neutralidade[439].

Em agosto de 2007 começam a surgir, nos EUA, as primeiras notícias sobre práticas intrusivas da privacidade dos utilizadores, perpetradas pelo operador por cabo *Comcast*, à data o maior em território norte-americano[440]. As notícias eclodiram na opinião pública daquele país e levaram à constatação de que a *Comcast* deliberadamente perturbava o tráfego dos seus clientes, oriundo e dirigido a redes p2p. Tecnicamente, o fornecedor de acesso utilizava um *reset packet*[441] sempre que identificava um utilizador a tentar comunicar através da conhecida aplicação *BitTorrent*[442], estabelecendo uma forma de discriminação no encaminhamento dos dados que eliminava aqueles pacotes de informação da rede. A degradação ou bloqueio de um serviço, aplicação ou conteúdo contrariavam claramente aquilo que já à altura constituía o conceito pouco densificado de *gestão razoável da rede*[443]. O resultado traduzia-se na impossibilidade – ou em certos casos, grande dificuldade – de os clientes da *Comcast* acederem aos conteúdos disponibilizados por aqueles serviços de partilha de ficheiros. Muito embora a empresa se tenha apressado a justificar semelhantes

---

Internet Policy Statement que se seguiria, na qual a agência norte-americana se aproximou de um regime eficazmente protetor da neutralidade, fiada na jurisdição que manteria ao abrigo do Título I do TA 1996 – cfr. com pormenor ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* pp. 742-743. Sobre o poder sancionatório das autoridades reguladoras independentes *vide*, entre nós, JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, *cit.,* pp. 173-175.

[437] A parte final da segunda recomendação tem por propósito salvaguardar o cumprimento, entre outras, das disposições constantes do *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), diploma aprovado pelo Senado norte-americano em maio de 1998, com normas dirigidas à proteção dos direitos de autor na internet, nomeadamente instituindo o célebre mecanismo de *notice and take-down*. O diploma é sobretudo importante em termos de determinação da responsabilidade civil dos prestadores na internet, impondo em matéria de violação de direitos autorais uma exceção ao princípio do "bom samartiano" previsto na secção 230 (c) do TA 1996. Sobre o ponto, com algumas notas gerais, *vide* JOÃO FACHANA, *A Responsabilidade Civil pelos Conteúdos Ilícitos colocados e difundidos na Internet, cit.,* pp. 89-91, e LUÍS MENEZES LEITÃO, "A Responsabilidade Civil na Internet", *cit.,* pp. 184-185.

[438] Bebendo da solução já alcançada no referido caso *Hush-A-Phone Corp. v. United States, 238 F.2d 266 (D.C. Cir. 1956),* precedente na questão mais ampla da neutralidade tecnológica.

[439] Referindo os resultados catastróficos da adoção de uma agenda ultra-liberal, nas matérias respeitantes à internet, pelos EUA durante a presidência de George W. Bush, em especial no período entre 2001-2006, e o *feedback* europeu à governação além-Atlântico, *vide* CHRISTOPHER MARSDEN**,** *Net Neutrality: Towards a Co-regulatory Solution, cit.,* p. 7.

[440] Foi um engenheiro informático do Oregon, Robb Topolsky, quem, após um batalhão de testes, se apercebeu do esquema técnico utilizado pelo gigante da internet.

[441] Uma explicação sumária do procedimento pode ser encontrada em https://en.wikipedia.org/wiki/TCP_reset_attack (última visita a 16/05/2016).

[442] ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 745.

[443] Mencionado na *Internet Policy Statement* de 2005. A depuração deste argumento, invocado pela *Comcast,* pode ser especialmente analisada em FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, *Formal Complaint of Free Press & Pub Knowledge Against Comcast Corp for Secretly Degrading Peer-to-Peer Applications*, 2008, disponível em https://www.publicknowledge.org/pdf/fp_pk_comcast_complaint.pdf (última visita a 09/06/2016), em especial pp. 25 e ss., das quais resulta a completa inadequação do conceito às práticas perpetradas pelo fornecedor de acesso.

atividades de gestão cingidas a horas de ponta da rede – argumento que, de resto, se provaria mais tarde falso – não se livraria de uma queixa formal junto da FCC[444] e de uma *class action*[445]. O caso chamou à atenção para as preocupações, já erigidas pelos mais atentos do desenvolvimento da internet, quanto às atividades de gestão e discriminação de tráfego que os fornecedores de acesso poderiam estar a levar a cabo, rendendo à *Comcast* um sério caso de má reputação que obrigou a empresa a reformular toda a sua política de gestão da rede e a tornar público o funcionamento dos sistemas substitutos[446].

Consequentemente, em agosto de 2008, a FCC concluiu que as ações da *Comcast* violavam a *Internet Policy Statement* de 2005, em concreto a diretriz segundo a qual os utilizadores teriam direito a "aceder livremente a" (todos) "os conteúdos lícitos à sua escolha"[447]. A *Comcast* defendeu-se perante os tribunais invocando a falta de caráter vinculativo das recomendações[448]. Em abril de 2010, o *D.C. Circuit* daria provimento ao recurso[449] interposto pela companhia, sustentando a falta de competência/autoridade estatutária expressa[450] da FCC para regular e sancionar as atividades de gestão de largura de banda dos operadores[451]. No entender do tribunal, a reclassificação dos operadores de banda larga enquanto *information services* retirava à FCC a jurisdição necessária à tentativa de punição da *Comcast*, porquanto impedia a extensão da jurisdição que o regulador inegavelmente detinha sobre os *common cariers*[452].

---

[444] FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, *Formal Complaint of Free Press & Pub Knowledge Against Comcast Corp for Secretly Degrading Peer-to-Peer Applications*, *cit*.

[445] Em dezembro de 2009 a *Comcast* aceitaria desembolsar cerca de 16 milhões de dólares – pouco mais de 16 doláres a cada assinante afetado –, num acordo que poria ponto final à *class action*, conforme referem RALF BENDRATH, MILTON MUELLER; "The end of the net as we know it? Deep packet inspection and internet governance", *cit.,* p. 1152 e nota 4.

[446] ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 746.

[447] FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION*, Internt Policy Statement, cit.,* p. 3*:* "(…) *consumers are entitled to access the lawful Internet content of their choice*".

[448] Não deixa de ser assinalável o facto de a empresa ter, durante todo o processo, demonstrado uma postura de defesa acérrima da neutralidade da internet, invocando sobretudo argumentos de gestão pontual das suas infraestruturas como justificação para os atos perpetrados. Esta verdadeira gestão de imagem resultou essencialmente da devoção pública que a questão suscitou, terminando um debate que, bem vistas as coisas, nunca verdadeiramente existiu para os utilizadores. De alguma maneira, o caso *Comcast* pacificou a questão da neutralidade da rede como valor ancilar do fornecimento de serviços de internet, pelo menos na perspetiva dos utilizadores. Relembre-se que, até então, a questão da existência de uma rede sem discriminações – independente, portanto, da questão de saber se a neutralidade deveria ou não ser *positivada* – não era pacífica, muitos defendendo que os mais prejudicados com a neutralidade seriam precisamente os utilizadores.

[449] *Comcast Corp. v. FCC, 600 F.3d 642* (D.C. Cir. 2010), doravante *Comcast v. FCC.*

[450] DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* p. 49

[451] ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* pp. 733 e 746, e *Comcast v. FCC,* pp. 27 e ss.

[452] Na verdade, na sequência do já citado acórdão *Brand X*, a FCC assentava a sua atuação na secção 154 (i) do capítulo 47 do USC – correspondente à codificação da secção 4 (i) do TA 1996. A norma definiria assim a *ancillary jurisdiction* da FCC – como afirma ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 746 – inclusive sobre os prestadores sujeitos ao Título I do TA 1996, com o tribunal a considerar, em precedente anterior, que o exercício pela FCC desta jurisdição especial se justificaria apenas no caso de estarem reunidas duas condições, a saber: (1) a matéria especificamente sujeita à regulação pela FCC se encontrar a coberto da jurisdição geral concedida pelo Título I do TA 1996 ao regulador, (2) a tentativa regulatória propriamente em causa teria que ser razoavelmente necessária ao cumprimento das competências legalmente acometidas à FCC – cfr. *Comcast v. FCC*, pp. 3, 7-8, 9-12, citando o acórdão *Am. Library Ass'n v. FCC, 406 F.3d 689 (D.C. Circuit., 2005)*, doravante *Am. Library Ass'n v. FCC*. Um dos argumentos invocados pela FCC na defesa contra a *Comcast* prendia-se com o facto de a questão da *ancillary jurisdiction* da FCC sobre os *information services* ter já sido discutida e decidida no acórdão *Brand X*. Reconhecendo que o caso constituía precedente a que aquela instância estaria adstrita, o *D.C. Circuit* esclareceu, no entanto, que nada no citado acórdão *Brand X* eliminava o requisito de que a *ancillary jurisdiction* teria quer ser casuística e independentemente justificada pela agência reguladora, invocando diversa jurisprudência do Supremo Tribunal dos EUA – cfr. *Comcast v. FCC*, *cit.,* pp. 12-16. Quanto ao primeiro dos requisitos, indispensável à afirmação da *ancillary juridisction,* o tribunal considerou encontrar-se preenchido porquanto estariam em causa

3.2.4. A FCC Obama e as *Open Internet Rules* (2010-2014)

A herança do caso *Comcast* traduziu-se num debate alargado acerca da regulação da neutralidade, envolvendo o setor, o regulador e organizações ativistas[453] [454]. A matéria foi incluída no debate presidencial, que culminaria com a eleição de Barack Obama, defensor declarado da regulação da matéria nos EUA[455]. Logo em 2009, teve início um procedimento legislativo encetado pela FCC com vista à regulação impositiva da neutralidade aos fornecedores de acesso, sob forte protesto do setor. Ponto essencial do debate foi novamente o conceito de *gestão razoável da rede* (*reasonable network management*), com a FCC a reconhecer o espaço que deveria ser assegurado aos operadores para administrarem as suas redes, gerirem a capacidade instalada e distribuírem a largura de banda. As pretensões do regulador federal estavam, no entanto, muito limitadas, tendo em conta a decisão do *D.C. Circuit*, que em abril de 2010 machadou a autoridade da FCC sobre os fornecedores de internet por cabo, atenta a requalificação destes últimos como serviços de informação em 2002. Com esta decisão a FCC não só perdeu as suas pretensões punitivas face à *Comcast*, como viu vedada por uma alta instância judicial a possibilidade de, autonomamente, conduzir procedimentos de regulação dirigidos a estes concretos atores. A questão gerou um dilema na regulação das telecomunicações dos EUA[456].

Em dezembro de 2010 ganham vida as primeiras normas formais[457], comummente designadas de *Open Internet Rules*[458], adotadas através de um procedimento legislativo

---

comunicações interestaduais e estrageiras por cabo, expressamente previstas no Título I do TA 1996, legitimando assim a intervenção da FCC. Já no que ao segundo requisito diz respeito, o tribunal conclui que nenhum dos normativos legais invocados pela FCC delegavam no regulador autoridade suficiente para intervir no mercado da banda larga. O tribunal dividiu as normas em causa entre normas que expressariam posições políticas do Congresso, e aquelas que potencialmente delegariam autoridade regulatória, sustentando que as primeiras nunca poderiam servir de base à afirmação de um jurisdição da FCC, tendo em conta que o que se exigia era uma delegação expressa de competências pelo Congresso – o tribunal identificou a secção 230 (b) e 1 do texto da reforma de 1996 como declarações políticas, e as secções 201, 256, 257, 623, e 706 como plausíveis delegações de autoridade regulatória no mercado da banda larga – cfr. *Comcast v. FCC, cit.,* pp. 30-35. As declarações políticas do Congresso não poderiam servir de base à *ancillary jurisdiction* da Comissão na medida em que é um "princípio axiomático" que "as entidades administrativas independentes só podem agir na dependência de autoridade a elas delegada pelo Congresso" – assim, *Comcast v. FCC*, *cit.,* p. 22, citando *Am. Library Ass'n v. FCC*, e ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* pp. 746-747. Quanto às restantes disposições, que pelo menos discutivelmente contemplariam posições de delegação de autoridade do Congresso na FCC, o tribunal conclui que nenhuma delas especificamente concedia à Comissão a regulação do mercado de banda larga. Falhando assim o teste dos dois requisitos estabelecidos no precedente *Am. Library Ass'n v. FCC,* o *D.C. Circuit* reverteria a decisão da FCC.

[453] RALF BENDRATH, MILTON MUELLER; "The end of the net as we know it? Deep packet inspection and internet governance", *cit.,* p. 1152.

[454] O caso teve ainda a virtude de clarificar a necessidade de regular sobre a neutralidade enquanto questão não exclusivamente sujeita aos desígnios do mercado e da concorrência. Ficou, pois, claro que a inexistência de incentivos concorrenciais à discriminação pelos fornecedores de acesso, apregoada pela cética Escola de Chicago, não significava a não ocorrência de discriminação no encaminhamento dos dados, tornando evidente o fracasso da abordagem ultra-liberal sobre a matéria.

[455] ANNE BROACHE, "Obama pledges Net neutrality laws if elected president", *Cnet.com*, 29/10/2007, disponível em http://www.cnet.com/news/obama-pledges-net-neutrality-laws-if-elected-president/ (última visita a 21/05/2016). No seu *podcast* pessoal o então candidato democrata à presidência afirmava em 08/06/2006: "*The topic today is net neutrality"* – a referência é de CHRISTOPHER MARSDEN**,** *Net Neutrality: Towards a Co-regulatory Solution, cit.,* p. 1.

[456] RALF BENDRATH, MILTON MUELLER; "The end of the net as we know it? Deep packet inspection and internet governance", *cit.,* p. 1152.

[457] ALEXANDER REICHER, "Redefing Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 748.

[458] FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION, *Preserving the Open Internet Broadband, Industry Practices ("Open Internet Rules"),* 2010, disponível em https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1_Rcd.pdf (última visita a 09/05/2016). O document inclui as normas propriamente ditas (*Appendix A – Substantive Rules*, às pp. 17992-17993, e *Appendix B – Procedural Rules*, às pp. 17994-18000) a que se juntam o preâmbulo, trabalhos preparatórios, e consultas públicas da FCC e do Congresso.

destinado à sua vinculatividade. A base legal utilizada pelo regulador norte-americano foi a secção 706 do texto da reforma de 1996[459], disposição legal que mandatava a FCC como principal responsável pela promoção de uma "advanced telecommunications capability" ao dispor de todos os cidadãos. A cláusula geral incluía, nos termos do 47 USC § 1302(d)(1), expressamente os serviços de banda larga, ultrapassando, em princípio, os entraves colocados pelo *D.C. Circuit* no ponto final posto ao caso *Comcast*. O caminho escolhido pela FCC assentou-se numa interpretação segundo a qual a aprovação das *Open Intenet Rules* consistia num meio idóneo de incentivar a implementação da rede de banda larga, cuja tarefa lhe era especificamente acometida nos termos do TA 1996. Ainda assim, o regulador norte-americano encontrou algumas dificuldades de articulação do conteúdo daquele preceito legal com a interpretação veiculada num procedimento legislativo anterior[460], a que acresciam as repetidas exigências de precisa fundamentação da autoridade firmadas no acórdão *Comcast*. Na nova interpretação da referida secção 706 a FCC tentou adensar as suas pretensões regulatórias com o entendimento restritivo das competência do regulador firmadas por ambos o Supremo Tribunal[461] e o *D.C. Circuit*[462], afirmando que aquele dispositivo legal concedia ao regulador os poderes necessários para impedir práticas dos operadores de mercado que pusessem em causa o investimento na infraestrutura da internet, ou que limitassem a concorrência no mercado das telecomunicações[463], na medida em que estas entravariam a implementação alargada de um rede de banda larga, esta última missão expressamente acometida à FCC[464].

Materialmente, a FCC tentava implementar três normas[465] com o intuito de garantir uma maior transparência nas práticas dos fornecedores de acesso, em especial no que toca à gestão de tráfego. Estas podem assim ser consideradas as primeiras normas, conseguidas através de um processo formal típico, votadas à neutralidade da internet, e aplicadas no ordenamento jurídico norte-americano. Muito embora seja drástica a diferença das normas aqui presentes em comparação com as genéricas recomendações da *Internet Policy Statement*, o regulador pouco avançou na clarificação do conceito central de um regime com estas características, a saber, o de "gestão razoável da rede". No diploma, o regulador norte-americano apresenta exemplos daquilo que seriam práticas de "gestão razoável de rede",

---

[459] Correspondente a 47 USC §1302(a) e ss., esta primeira de conteúdo seguinte: "*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*".

[460] FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION, *Deployment of Wireline Servs. Offering Advanced Telecomms. Capability ("Advanced Services Order"),* 1998, disponível em https://transition.fcc.gov/Bureaus/Common_Carrier/Orders/1998/fcc98188.pdf (última vista a 08/06/2016), pp. 34 e 37 ("section 706 does not constitute an independent grant of authority"), interpretação que acabou por ser trazida à colação no próprio acórdão *FCC v. Comcast, cit.,* p. 30. *Vide* ALEXANDER REICHER, "Redefing Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 748.

[461] *National Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Services (2005).*

[462] *FCC v. Comcast (2010),* e *Am. Library Ass'n v. FCC (2005).*

[463] Assim, ALEXANDER REICHER, "Redefing Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 749.

[464] Em especial, *vide, Open Internet Rules, cit.,* pp. 17968 e ss., ¶ 117 e ss.

[465] A neutralidade da internet estaria assegurada com a previsão de três comandos essenciais: transparência, proibição de bloqueio, e proibição de discriminação. Cfr. *Open Internet Rules, cit.,* p. 17992, secções 8.3, 8.5 e 8.7.

alicerçado nos jargões clássicos da segurança da rede e do controlo do congestionamento do tráfego, mantendo os prestadores de banda larga móvel somente sujeitos à regra da transparência e à proibição de bloqueio, mas já não à proibição de não discriminação[466]. O conceito mantém-se assim muito genérico[467], com promessas da FCC numa abordagem casuística[468], não depreciável e muito característica dos sistemas de *common law*, assentes numa "função construtiva do Direito"[469]. Já no que diz respeito ao problema central da priorização paga o diploma torna-se confuso, propugnando por uma postura de desconfiança – assumindo uma tendencial desconformidade da prática com a proibição de discriminação[470] – sem estabelecer uma proibição clara no texto das normas propriamente dito.

Os grandes passos do documento parecem centrar-se na conquista de um espaço (ainda que nada perene, como se verá) juridicamente válido para a atuação da FCC, e na proclamação clara de uma regra de transparência, obrigando os fornecedores de acesso a darem a conhecer as suas práticas de gestão de rede[471] – condição necessária ao escrutínio e desenho de uma politíca de *gestão razoável*.

3.2.5. *Verizon v. FCC,* a *Open Internet Order,* e a promessa de uma internet livre (2014-2015)

O controlo jurisdicional das tentativas de regulação dos fornecedores da banda larga pela FCC conheceria em janeiro de 2014 um novo marco. Em *Verizon Communications Inc.* v. *FCC, 740 F.3d 623 (D.C. Cir. 2014)*[472], o *D.C. Circuit* abala a aplicação vinculativa das *Open Internet Rules*, entendendo que ao aplicar regras de proibição de discriminação e proibição de bloqueio, a FCC forçava os *information services* a um estatuto que o TA 1996 expressamente lhes negava, uma vez que lhes não eram aplicáveis as disposições do Título II[473]. O tribunal não desvaloriza, ainda assim, a fundamentação técnica e sistemática da FCC, concedendo no sentido da necessidade das regras e da sua adequação aos objetivos propostos, mas obsta irredutivelmente à tentativa de o regulador forçar uma solução que ele próprio havia descartado ao qualificar os fornecedores de banda larga enquanto *information services*[474].

---

[466] *Open Internet Rules*, *cit.,* pp. 17956-17958, em especial ¶ 96.
[467] *Open Internet Rules, cit.,* pp. 17951-17956, avançando-se com um definição no ¶ 82. A vacuidade do conceito é também referida por ALEXANDER REICHER, "Redefing Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 750.
[468] *Open Internet Rules, cit.,*pp. 17952-17953, ¶ 83-84.
[469] Na elucidativa expressão de LAWRENCE LESSIG, "The Path of Cyberlaw", *cit.*, p. 1745, chamando ainda a atenção para a importância deste método no meio especialmente plástico do ciberespaço.
[470] *Open Internet Rules*, *cit.,* p. 17944, ¶ 68 e p. 17947, ¶ 76
[471] Afirmando que os "ISP's deveriam ser livros abertos", *vide* ALEXANDER REICHER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *cit.,* p. 763
[472] Doravante, *Verizon v. FCC.*
[473] Resumindo a posição do tribunal, cfr. *Open Internet Order, cit.,* pp. 19742-19743, ¶ 41-42.
[474] *Open Internet Order*, *cit.,* p. 19746, ¶ 71. A estrutura do diploma é a mesma referida, *supra,* nota 458.

De facto, a instância judicial não deixa alternativa, quer ao regulador, quer ao poder legislativo, os quais, aliados à clara vontade política[475] de intensificarem a regulação no setor, iniciam, nesse mesmo ano, novo procedimento legislativo com dois objetivos claros: a requalificação dos fornecedores de banda larga enquanto prestadores de *telecommunications services*[476], e a elaboração de novas e melhoradas regras com vista à proteção da neutralidade da internet. A cada novo procedimento legislativo votado à causa da neutralidade, a sociedade norte-americana responde com mais efusivo envolvimento, sendo que no processo de elaboração das novas regras, e após o abate das normas então vigentes preconizado pelo acórdão *Verizon v. FCC,* 3.7 milhões de comentários foram dirigidos à FCC, um máximo nunca antes alcançado num procedimento do género, na sua grande maioria clamando por uma internet aberta[477].

Focando-se nas variáveis acesso e velocidade[478], a legislação assume explicitamente a posição privilegiada dos fornecedores de acesso para perturbarem a natureza livre da rede de redes[479], e estende as preocupações da neutralidade ao mercado do acesso móvel[480]. São ainda assumidas as inquietações das autoridades estadunidenses quanto ao fenómeno de integração vertical nos mercados do fornecimento de acesso e prestação de conteúdos[481] e é, finalmente, estabelecida uma proibição geral relativa à priorização paga[482], obstando à criação da tão temida *fast lane* na internet[483].

A regra da transparência, já prevista na secção 8.3[484] das *Open Internet Rules* de 2010 não é alterada. Atenta a conformidade da norma relativamente aos *information services* –

[475] À data da aprovação das normas, Tom Wheeler, *chairman* da FCC afirmava: "*This is no more a plan to regulate the Internet than the First Amendment is a plan to regulate free speech. They both stand for the same concept: openness, expression and an absence of gatekeepers telling people what they can do, where they can go and what they can think.*" – cfr. LAUREN WALKER, "Net neutrality: FCC passes new rules for internet", *Newsweek.com,* 26/02/2015, disponível em: http://europe.newsweek.com/fcc-passes-new-rules-net-neutrality-and-municipal-broadband-309715?rm=eu (última visita a 23/05/2016). Também os objetivos do diploma são claros: "*The purpose of this part is to protect and promote the Internet as an open platform enabling consumer choice, freedom of expression, end-user control, competition, and the freedom to innovate without permission, and thereby to encourage the deployment of advanced telecommunications capability and remove barriers to infrastructure investment"* – cfr. § 8.1 da *Open Internet Order* de 2015, *cit.,* p. 19847. Este diploma altera e melhora substancialmente o diploma de 2010 a que aqui nos referimos como *Open Internet Rules,* mas que se tratou também, formalmente, de uma *Open Internet Order*. A dualidade de designações justifica-se pela sua ampla adoção pelos autores com que fomos contactando durante esta investigação.

[476] Dissidentemente, referindo-se ao Título II do TA 1996 como "a opção nuclear", *vide* ALEX FITZPATRICK, "All Your Questions About Obama's Internet Plan Answered", *TIME.com,* 10/11/2014*,* disponível em http://time.com/3575950/obama-internet-net-neutrality/ (última visita a 21/05/2016).

[477] *Open Internet Order, cit.,* p. 19746, ¶ 74.

[478] Quem o afirma é ANDREW MOSHIRNIA, "Zero-Rating: Price Discrimination in an Era of Net Neutrality", *cit.*

[479] *Open Internet Order*, *cit.,* pp. 19747 e ss., ¶ 78 e ss.

[480] *Open Internet Order,* ¶ 86, falando de um aumento de 200,000% de utilizadores do serviço LTE entre 2010 e 2014 (!). Esta havia sido apontado como o calcanhar de Aquiles da legislação de 2010 tendo em conta o exponencial aumento de assinantes de serviço móvel.

[481] *Open Internet Order, cit.,* p. 19748, ¶ 82.

[482] A norma encontra-se presente na secção (§) 8.9 da *Open Internet Order* (p. 19847). O documento presta muita atenção à questão, *vide* p. 19740, ¶ 18, e ainda pp. 19754 e ss., ¶ 125 e ss.

[483] Numa atitude bastante cautelosa o diploma conserva a possibilidade de admissão da priorização paga, a título excecional: "*The Commission may waive the ban on paid prioritization only if the petitioner demonstrates that the practice would provide some significant public interest benefit and would not harm the open nature of the Internet*" – cfr. *Open Internet Order, cit.,* p. 19755, ¶ 129, reproduzindo e fundamentando a secção 8.9 daquele documento.

[484] Com o seguinte teor: "*A person engaged in the provision of broadband Internet access service shall publicly disclose accurate information regarding the network management practices, performance, and commercial terms of its broadband Internet access services sufficient for consumers to make informed choices regarding use of such services and for content, application, service, and device providers to develop, market, and maintain Internet offerings*". A clareza da disposição não merecia assim emenda do legislador.

sustentada pelo *D.C. Circuit* no acórdão *Verizon v. FCC* – não oferece dúvidas a sua aplicação, *a fortiori,* aos agora reclassificados *telecommunications services*[485]*.* São, no entanto, introduzidas alterações substanciais à proibição de bloqueio[486], que passa a contemplar explicitamente os fornecedores de internet móvel, anteriormente beneficiários de um regime de exceção, e é, ainda, positivada uma proibição ao abrandamento e constrição[487] de quaisquer conteúdos, serviços e aplicações.

Ainda perante a insuficiência da cláusula geral de "gestão razoável da rede"[488], – talvez a maior derrota para os apoiantes da legislação no setor – o regulador assume a continuidade com a posição já adotada nas *Open Internet Rules* de 2010[489], prevendo-se na secção 8.2(f): *"(…) network management practice is a practice that has a primarily technical network management justification, but does not include other business practices. A network management practice is reasonable if it is primarily used for and tailored to achieving a legitimate network management purpose, taking into account the particular network architecture and technology of the of the broadband Internet access service"*[490]. A previsão é completada pela secção 8.11 da *Open Internet Order*, a qual substituindo o teor da secção 8.7 das revistas *Open Internet Rules* de 2010, é clara num dever de não interferência – *rectius,* isenção – face aos conteúdos, aplicações e serviços acedidos pelos utilizadores, positivando o princípio e2e[491] [492].

---

[485] *Open Internet Order, cit.,* pp. 19799 e 19766, ¶ 195 e 284.

[486] Secção 8.5 da *Open Internet Order* (p. 19847): "*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 non-harmful devices, subject to reasonable network management*".

[487] Secção 8.7 da *Open Internet Order* (p. 19847): "*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*". Este ponto é particularmente importante uma vez que torna clara a proibição de consignar, sem fundamento na gestão razoável da rede, uma certa porção dos recursos a serviços e aplicações concretas, como acontecia no caso das redes p2p.

[488] Expressamente referida por RICHARD A. STARR, "Net Neutrality: On Mobile Broadband Carriers and the Open Internet, the Commercially Reasonable Network Management Standard, and the Need for Greater Protection of the Open Internet", *cit.,* pp. 101 e ss.

[489] Explicitamente, *Open Internet Order, cit.,* p. 19740, ¶ 23. Note-se, no entanto, algum aperfeiçoamento em termos de desenvolvimento preambular do conceito quando comparado com o previsto nas *Open Internet Rules* de 2010 – cfr. p. 17952, ¶ 82.

[490] Ainda assim o conceito parece-nos bastante satisfatório – na medida em que se alicerça num fundamento de ordem eminentemente técnica, e exclui determinantemente práticas de ordem comercial –, em especial quando interpretado no conjunto das disposições do diploma, largamente mais comprometido com a proteção da liberdade na internet que o seu antecessor. O conceito serve ainda, de alguma forma, como uma válvula de escape para as necessidades de otimização de recursos e ganhos de eficiência que os fornecedores de acesso (legitimamente) sentem, sempre orientados por um princípio de transparência. Sente-se, ainda, o peso da necessidade de negociação destas normas com todos os intervenientes, fenómeno a que refere DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* p. 49, alertando para o lento processo de normatização do fim político da NN. *Vide,* ainda, quanto à postura dos fornecedores de acesso no processo negocial, NATHAN INGRAHAM, "America's biggest internet providers urge FCC not to turn their networks into public utilities", 13/05/2014, *TheVerge.com*, disponível em http://www.theverge.com/2014/5/13/5713828/americas-biggest-internet-providers-urge-fcc-not-to-turn-their (última visita a 22/05/2016).

[491] Os *zero-rate agreements* merecem, como não podia deixar de ser, expressa menção no diploma – ¶ 151-152 da *Open Internet Order* de 2015 (pp. 19758-19759). O legislador norte-americano começa, e bem, por incluir estes acordos comerciais na categoria de *paid priorization arrangements* os quais se encontram, conforme referido, sujeitos à desconfiança do diploma, circunstância que motiva a também já referida regra geral de proibição. No entanto, a constatação de que esses acordos de isenção de tráfego podem "beneficiar os consumidores (…) e a concorrência" terá sido determinante no momento de os sujeitar à especial atenção do regulador, mas já não a uma proibição absoluta – solução com a qual se concorda atenta a novidade que representam.

[492] A 14 de junho de 2016 o *D.C. Circuit* não daria provimento a mais um recurso interposto pelo setor de fornecimento de banda larga, sustentando a falta de competência da FCC para reclassificar os fornecedores de

3.3. A abordagem europeia

3.3.1. Elementos gerais

Fruto, talvez, do facto dos grandes avanços técnicos se terem verificado inicialmente nos EUA, o quadro jurídico das redes e comunicações eletrónicas na Europa segue fortemente uma tendência de "americanização"[493] à qual a neutralidade da internet não escapa. Na verdade, nesta matéria em concreto, o legislador Europeu andou verdadeiramente a reboque das práticas seguidas nos Estados Unidos, em concordância com uma certa apatia que marcou o tratamento da questão pela sociedade civil europeia[494], em nada idêntica ao protagonismo que a matéria tomou na sociedade da informação além-atlântico.

A primeira posição jurídica formal da União – ainda que em jeito de *soft law*, é certo – diretamente dirigida à *net neutrality* acompanha a Diretiva Melhor Regulação, de 2009, a qual comporta, em anexo, uma "Declaração da Comissão sobre a Neutralidade da Internet"[495]. Este terá sido o primeiro momento de confronto explícito do legislador da União com os fornecedores de acesso a respeito da discriminação no encaminhamento dos dados através da internet, acompanhado do facto de o Quadro Jurídico das Comunicações Eletrónicas passar a prever normas, a partir de 2009, que, pelo menos discutivelmente, comportam o dever de os operadores se absterem de interferências ilegítimas e/ou irrazoáveis na gestão das suas redes[496]. O requisito de ilegitimidade da interferência estaria já associado à previsão de um dever de transparência dos fornecedores de acesso, atenta a natureza sensível da prestação a que se obrigam. A esse respeito apontam-se, como refere Darren Read[497], as als. c) e d), do n.º 3, do art. 21.º da Diretiva Serviço Universal, que passam, com a reforma operada pela Diretiva Melhor Regulação, a prever deveres de informação em favor dos assinantes relativamente a "condições que restrinjam o acesso e/ou utilização de serviço e aplicações" e a "eventuais procedimentos instaurados (….) para medir e condicionar o trafego", passando estas informações a constarem do conteúdo contratual obrigatório do fornecimento de acesso, nos termos da al. b), do n.º 1, do art. 20.º, segundo e quarto travessões, da referida Diretiva Serviço Universal.

---

acesso como prestadores de *telecommunications services*, naquela que foi apelidada como "uma vitória para os consumidores". *Vide* SAM THIELMAN, "Federal court upholds net neutrality in win for Obama administration*", theguardian.com*, 14/06/2016, disponível em https://www.theguardian.com/technology/2016/jun/14/net-neutrality-fcc-public-utility-fast-lanes (última visita a 22/05/2016).

[493] A expressão é de PEDRO GONÇALVES, "Regulação das Comunicações Electrónicas em Portugal", *cit.,* p. 123, com vários esclarecimentos quanto a este traço do setor.

[494] Referindo-se gentilmente ao estado "menos maduro" do debate na Europa, DARREN READ, "Net Neutrality and the EU (…)", *cit.,* p. 51.

[495] Com o seguinte conteúdo: "A Comissão atribui grande importância à preservação das características de abertura e neutralidade da Internet, tendo plenamente em conta a actual vontade dos co-legisladores de consagrarem a neutralidade da Internet como objectivo político e princípio regulamentar a promover pelas autoridades reguladoras nacionais a par do reforço dos correspondentes requisitos de transparência e da atribuição de poderes de salvaguarda às autoridades reguladoras nacionais para impedirem a degradação dos serviços e a obstrução ou o retardamento do tráfego nas redes públicas. A Comissão seguirá atentamente a aplicação destas disposições nos Estados-Membros, dando especial relevo, no seu relatório anual de progresso dirigido ao Parlamento Europeu e ao Conselho, ao modo como as liberdades dos cidadãos europeus no contexto da Internet estão a ser garantidas. Entretanto, a Comissão estará atenta ao impacto da evolução do mercado e da tecnologia nas "liberdades da Internet", dando conta ao Parlamento Europeu e ao Conselho, até final de 2010, da eventual necessidade de orientações suplementares, e fará valer os seus poderes nos termos da legislação da concorrência para combater quaisquer práticas anticoncorrenciais que possam surgir".

[496] Conforme referimos *supra* 1.4.

[497] "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* p. 66.

Embora excluída do âmbito institucional da União é ainda de assinalar a atuação do Conselho da Europa. A organização internacional começou por aprovar, em 2007, em sede de Comité de Ministros, um conjunto de recomendações[498] sobre "medidas de promoção do valor de serviço público da internet". Ainda que tratando de forma bastante superficial algumas das mais ardilosas questões regulatórias suscitadas pela *net*, denota-se a preocupação do organismo com temas tais como a promoção do acesso e a exploração de uma solução interestadual para o cibercrime, ao mesmo tempo que expressamente condena práticas de bloqueio geral pelos Estados-Membros exultando o papel da ferramenta tecnológica na concretização da liberdade de expressão. Em 2010, o Comité aprova ainda uma "Declaração relativa à neutralidade da rede"[499], cujo primeiro ponto reafirma o "compromisso dos Estados-Membros com a proteção e promoção dos Direitos Humanos na Internet", indiciando a relação da neutralidade da rede, entre outros, com o direito à educação e à liberdade de associação, ao mesmo tempo que reconhece a importância do princípio na vitalidade económica da rede. No que à magna liberdade de expressão diz respeito, o documento aborda os potenciais lesivos das práticas de gestão de rede – embora o conceito seja tratado de forma bastante vaga –, deixando clara a necessidade de os Estados-Membros imporem medidas consentâneas com o patamar de proteção exigido pelo art. 10.º da CEDH[500]. Um último documento haveria de ser elaborado em 2011, denominado "Declaração do Comité de Ministros sobre princípios de governação da internet"[501] definindo um conjunto de dez princípios orientadores da governação e regulação da rede, dos quais se destacam, na perspetiva da neutralidade, o da universalidade do acesso (n.º 5), controlo descentralizado (n.º 7), arquitetura original (n.º 8), e rede aberta (n.º 9).

3.3.2. O Regulamento (UE) 2015/2120, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, e a "internet aberta"

A proposta de um regulamento europeu que garantisse o caráter aberto e livre da internet data de 2013 e surge do debate encetado durante o procedimento de alteração do quadro jurídico das comunicações eletrónicas conseguido através da Diretiva 'Melhor Regulação'. O

[498] CONSELHO DA EUROPA, *Comité de Ministros*, "Recomendação do Comité de Ministros [CM/Rec(2007)16] aos Estados-Membros sobre medidas de promoção do valor de serviço público da internet", 7 de novembro de 2007, disponível em http://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d4a39 (última visita a 12/05/2016).
[499] CONSELHO DA EUROPA, *Comité de Ministros*, "Declaração do Comité de Ministros relativa à neutralidade da rede", 29 de setembro de 2010, disponível em https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805ce58f (última visita a 12/05/2016).
[500] Um estudo aprofundado sobre a relação entre neutralidade da rede e o teor daquela disposição pode ser encontrado em JASPER P. SLUIJS, "From Competition to Freedom of Expression: Introducing Article 10 ECHR in the European Network Neutrality Debate", *cit.,* pp. 509-554.
[501] CONSELHO DA EUROPA, *Comité de Ministros*, "Declaração do Comité de Ministros sobre princípios de governação da internet", 21 de setembro de 2011, disponível em http://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2f6 (última visita a 12/05/2016).

procedimento legislativo no seio da União Europeia ficou marcado por avanços e recuos[502], sendo clara a vontade da Comissão em regular a matéria e uma pressão, sobretudo vinda do Parlamento Europeu, para enfraquecer a legislação[503]. O resultado é um diploma que embora com algumas lacunas indesejáveis[504] resulta numa proteção bastante consistente para os utilizadores por ele abrangidos.

O Regulamento (UE) 2015/2120, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, denominado Regulamento da Internet Aberta[505] [506], assenta num esquema de atribuição de um direito[507] de "aceder, distribuir, utilizar e fornecer informações e conteúdos independentemente da localização, do fornecedor de acesso, origem ou destino da informação conteúdo aplicação ou serviço"[508]. Esta posição jurídica subjetiva é acompanhada de uma garantia geral de tratamento equitativo do tráfego pelos fornecedores de acesso, nos termos do n.º 3 do art. 3.º[509]. A primeira exceção a ambos direito ao acesso livre e obrigação de tratamento equitativo surge com a previsão[510], no segundo parágrafo do mesmo n.º 3 do art. 3.º, da possibilidade de adoção pelos fornecedores de acesso de "medidas razoáveis de gestão do tráfego". Essas medidas respondem a casos de "necessidades técnicas objetivas" de discriminação dos pacotes de dados, levada a cabo através de categorias específicas de tráfego, impedindo assim a arbitrariedade da discriminação. As medidas razoáveis de gestão de tráfego estão sujeitas a um requisito de

---

[502] ALEX HERN, "EU divided on issue of net neutrality", *theguardian.com*, disponível em https://www.theguardian.com/technology/2014/nov/27/european-commission-net-neutrality (última visita a 21/05/2016).

[503] CHRIS BARANIUK, "European Parliament votes against net neutrality amendments", *bbc.com*, 27/10/2015, disponível em http://www.bbc.com/news/technology-34649067 (última visita a 22/05/2016).

[504] ALEX HERN, "EU net neutrality laws fatally undermined by loopholes, critics say", *theguardian.com,* outubro de 2015, disponível em https://www.theguardian.com/technology/2015/oct/27/eu-net-neutrality-laws-fatally-undermined-by-loopholes-critics-say (última visita a 21/05/2016), e ainda, a implacável crítica da imprensa norte-americana plea voz de GEOFFREY SMITH, "This is what E.U. thinks is 'net neutrality'", *fortune.com* , 27/10/2015, disponível em http://fortune.com/2015/10/27/this-is-what-the-e-u-thinks-is-net-neutrality/ (última visita a 22/05/2016).

[505] O diploma intervem sobre duas matérias distintas. Em primeiro lugar, cumpre a função de "estabelecer regras comuns para garantir o tratamento equitativo e não discriminatório do tráfego na prestação de serviços de acesso à Internet e os direitos dos utilizadores finais relacionados com essa prestação" (considerando n.º 1), conseguidas nos arts. 1.º a 6.º. Num segundo momento, o Regulamento introduz alterações ao regime do *roaming* telefónico no espaço da União – art. 7.º Tratam-se de máterias distintas, sem conexão funcional, tendo as instituições europeias aproveitado o mesmo procedimento legislativo para intervir sobre ambas as temáticas.

[506] As referências, nesta secção, a dispositivos legais não acompanhados da indicação do diploma dizem respeito ao Regulamento da Internet Aberta.

[507] Este direito encontra-se expressamente consagrado para o *utilizador final* e já não para o mero *utilizador*. Sobre a diferença veja-se *supra* 1.3. Mais uma vez, note-se que esta circunstância não exclui, por si só, quaisquer pessoas singulares ou coletivas, dependendo a qualificação dos utilizadores apenas da finalidade com que a ligação é contratada.

[508] Art. 3.º, n.º 1 do Regulamento da Internet Aberta, e considerando n.º 6. É ainda assinalável a importância concedida pelo diploma à autodeterminação dos *netizens* afirmando-se, logo no considerando n.º 3, que o Regulamento "visa promover a capacidade de os utilizadores finais acederem à informação e divulgarem ou utilizarem aplicações e serviços à sua escolha".

[509] *Vide* também considerando n.º 8.

[510] O considerando n.º 10 do Regulamento afirma que "uma gestão do tráfego razoável não requer técnicas de controlo do conteúdo específico do tráfego de dados". Aponta-se, desde já, uma gralha na previsão, a qual inverteu a ordem lógica dos vocábulos "gestão razoável de tráfego" para "gestão de tráfego razoável", erradamente adjetivando o tráfego e não a atividade da sua gestão. A referência aí constante é bastante enigmática, porquanto parecendo referir-se à desnecessidade das tecnologias de *deep packet inspection* – ponto relativamente ao qual, desde, já duvidamos – sem que, no entanto, se chegue a qualquer conclusão. Conforme demonstramos, a DPI é uma tecnologia com forte potencial disruptivo que a constatar-se desnecessária deve ser proibida, em ordem, desde logo, à tutela da privacidade e da propriedade dos dados em trânsito. Terá este sido um primeiro passo em avanços futuros do legislador europeu, ou apenas um comentário irrefletido para desviar a atenção de outras, mais relevantes, fraquezas do regulamento? Levanta-se a questão sem certezas de uma resposta.

temporalidade[511], nos termos do parágrafo terceiro do n.º 3 do art. 3.º e não envolvem, em nenhuma circunstância, "o bloqueio, abrandamento ou restrição dos serviços". No essencial, correspondem a um atraso no encaminhamento dos dados que não permite aos fornecedores de acesso, por essa circunstância, interferir de qualquer forma com o conteúdo dos pacotes de dados e, portanto, descartá-los.

As práticas que configurem algum dos comportamentos descritos no corpo do terceiro parágrafo do n.º 3 do art. 3.º, particularmente lesivas do princípio da neutralidade, correspondem, na linguagem do diploma, "a medidas mais gravosas do que as medidas razoáveis de gestão do tráfego"[512] e estão taxativamente limitadas aos fundamentos constantes das três alíneas do referido artigo, a saber: dar cumprimento a medidas legislativas e judicias com vista à legalidade dos conteúdos[513]; preservar a integridade e segurança da rede; e prevenir congestionamentos. Estas medidas estão igualmente sujeitas ao critério da estrita necessidade, em termos circunstanciais e temporais, devendo cessar logo que a sua adoção não tenha em vista a resposta a uma das situações previstas no referido n.º 3. Note-se que estas medidas, excecionalmente aplicáveis, pressupõem situações de rutura ou perigo extremo nas quais o princípio da neutralidade deve ceder perante a unidade e robustez da estrutura comunicacional global.

Um dos pontos mais polémicos do diploma prende-se com a previsão, no n.º 5 do art. 3.º, da liberdade de oferta de serviços especializados pelos fornecedores de acesso[514]. A pretensão de ocultar os verdadeiros propósitos da norma levou a que se tenha chegado a uma redação obscura e algo incompreensível, na qual se permite aos fornecedores de acesso à internet, a oferta de "serviços diferentes dos serviços de acesso à Internet" que estejam otimizados para conteúdos, aplicações ou serviços específicos. Cumpre perguntar através de que plataformas (falamos, ainda, da internet?) funcionam tais serviços, conteúdos e aplicações, e qual, afinal, o papel dos fornecedores de acesso. O propósito foi, tanto quanto parece, o de salvaguardar a possibilidade de priorização para um determinado conjunto de prestadores[515] – a temida *fast lane*[516] – conclusão confirmada pelo parágrafo segundo do mesmo n.º 5 do art 3.º que vem limitar o conteúdo da previsão imediatamente anterior, de certa forma *protegendo*[517] o utilizador comum desses serviços. Isto porque o n.º 5 do art.

[511] Duvida-se que faça sentido o estabelecimento de uma cláusula de restrição temporal às medidas razoáveis de gestão uma vez que elas são, em princípio, inerentes ao funcionamento em permanência da rede. Teoricamente, quando a oferta da rede supere amplamente a procura todo o tráfego pode será encaminhado *mais* instantaneamente, tendo em conta a desnecessidade de quaisquer medidas de gestão, mas não serão situações particularmente comuns.

[512] Expressão do Regulamento, nomeadamente no considerando n.º 15. Falamos de situações de bloqueio, restrição ou degradação de conteúdos, aplicações e serviços.

[513] A formulação adotada tem a particularidade de ressalvar o cumprimento de atos legislativos, medidas que dão execução a atos legislativos da União e decisões de tribunais ou de autoridades públicas investidas de poderes relevantes, separando-os da questão da neutralidade. Isto equivale a dizer que a neutralidade continua a ser perfeitamente exgível e compatível com o controlo do conteúdo ilegal na internet.

[514] A norma garante esta liberdade para outros prestadores na rede. Cingimo-nos aos fornecedores de acesso tendo em conta o âmbito do presente estudo.

[515] E não de serviços, aplicações ou conteúdos como se dá a entender.

[516] MATT BURGESS, JAMES TEMPERTON, "European Parliament votes in favour of 'two speed' internet", *wired.co.uk* , 17/10/2015, disponível em http://www.wired.co.uk/article/net-neutrality-european-union-vote (última visita a 22/05/2016).

[517] A proteção é conferida sobretudo pelo requisito da necessidade, patente no primeiro parágrafo do n.º 5 do art. 3.º, que limita a admissibilidade da prestação destes serviços. Ponto central da admissibilidade dos desvios

3.º exige também que a prestação de tais serviços especializados não afete "a disponibilidade ou a qualidade geral dos serviços de acesso à Internet para os utilizadores finais", encapotando um incentivo ao investimento dos fornecedores de acesso e *network providers* em redes diferenciadas, uma vez que delas necessitam para que possam, legalmente, priorizar[518].

Ponto muito controverso do diploma diz respeito à admissibilidade, no ordenamento jurídico europeu, dos chamados *zero rate agreements*. Vários textos, especialmente notícias[519], dão como certa a admissibilidade, em face do Regulamento da Internet Aberta, destes acordos. Não se crê, contudo, que semelhante interpretação seja de tão fácil sustentação. Isto porque dos vários parágrafos do n.º 3 do art. 3.º que regulam as exceções ao princípio do tratamento equitativo dos dados, não consta qualquer referência clara à possibilidade de isenção de certas aplicações ou serviços da contabilidade dos limites de tráfego. Não há dúvida de que a não sujeição de certas aplicações ao limite de dados pré-contratado, em especial nos serviços móveis, representa uma forma de discriminação no tratamento dos dados pelo fornecedor de acesso[520], violadora do princípio do tratamento equitativo. Semelhantes acordos dificilmente poderão ser lidos à luz do 2º parágrafo do n.º 3 do art 3.º tendo em conta que colidem com três condições expressas no Regulamento, a saber: não consubstanciariam nunca medidas de gestão razoável do tráfego, tendo em conta que não são, exceto prova em contrário, necessárias a um correto aproveitamento das potencialidades e necessidades da rede e dos utilizadores; ainda que fossem considerados atos de gestão razoável da rede, constituiriam favorecimento em razão de questões de ordem comercial[521], expressamente proibido pelo parágrafo 2.º do n.º 3 do art. 3.º; não

---

à neutralidade será, assim, a existência de necessidades técnicas objetivamente comprováveis. Em sentido idêntico ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "O "Marco Civil da Internet" e seus reflexos do Direito da União Europeia", *cit.*, p. 97.

[518] Verdade seja dita, os considerados n.ºs 16 e 17 referem-se à necessidade de os fornecedores de acesso assegurarem a "capacidade suficiente" da rede, não só para que possam oferecer os tais serviços especializados, mas ainda nos casos em que as medidas mais gravosas do que as medidas razoáveis de gestão do tráfego se tornem demasiado frequentes, sinal da escassa dotação da infraestrutura. Cumpre ainda esclarecer que no que diz respeito às chamadas comunicações máquina-máquina, hoje cada vez mais frequentes dado o volume de dados circulante na rede, não existem razões substanciais para que este tráfego não seja considerado prioritário, uma vez que da sua realização depende o posterior acesso a conteúdos, aplicações e serviços pelos utilizadores. Embora o Regulamento queira fazer crer ser esta a principal motivação da admissibilidade da prestação de serviços especializados, é sobejamente conhecida a simpatia do setor do fornecimento de acesso pelo tratamento discriminatório dos dados, motivada pelos ganhos económicos daí advindos. O Futuro dirá se com esta exceção se abriu, na Europa, a caixa de Pandora da discriminação dos dados na internet.

[519] KOROLYN ROUHANI-ARANI, "First EU-wide net neutrality rules set to come into effect", *TaylorWessing United Kingdom*, janeiro de 2016, disponível em http://united-kingdom.taylorwessing.com/en/first-eu-wide-net-neutrality-rules-set-to-come-into-effect (última visita a 21/05/2016).

[520] Mais propriamente, discriminação de preço, a que se dedicou atenção *supra* 2.3.1.

[521] A referência genérica às "questões de ordem comercial" no Regulamento da Internet Aberta deve ser interpretada no sentido de proibir todas as situações nas quais a discriminação do tráfego sirva propósitos primordialmente dirigidos a potenciar ganhos económicos do fornecedor de acesso. Ao positivar um dever de neutralidade em face das questões de ordem comercial, o legislador europeu desferiu um golpe de desvalor nas condutas dos fornecedores de acesso destinadas a obter vantagens económicas através da discriminação do tráfego – que, recorde-se, estão sujeitas a critérios apertados de objetividade e necessidade, e sempre limitada pela cláusula FRAND, expressamente revista no 2.º parágrafo do n.º 3 do art. 3.º. Por isso mesmo, na sistemática do diploma, a neutralidade assume o valor de regra, e os desvios de exceção. Não fere, tanto quanto se crê, a sensibilidade jurídica do diploma uma interpretação segundo a qual ali se proíbe uma discriminação ativa do tráfego com o propósito primeiro de o fornecedor de acesso – e bem-assim o prestador de conteúdos – obter um incremento patrimonial. Isto dito, fica claro que o texto do Regulamento proíbe tanto o favorecimento de conteúdos, aplicações e serviços integrados numa mesma estrutura comercial, respondendo assim às preocupações subjacentes ao fenómeno da integração vertical no mercado do fornecimento de acesso,

constituem gestão da rede com base em critério objetivo[522] uma vez que se dirigem a aplicações e serviços específicos diferentes entre si, e não a classes ou conjuntos tecnológicos, como o diploma exige.

Cumpre ainda afirmar que o direito a uma ligação de internet neutra, previsto no n.º 1 do art. 3.º, configura, explicitamente, um limite ao conteúdo contratual do fornecimento de acesso, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo. Pensa-se que a inclusão de uma cláusula, em sede de contrato de fornecimento, atentatória desse direito deve, tendo em conta a explicita referência no Regulamento da Internet Aberta à sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico, implicar a nulidade parcial do contrato, atenta a severidade do atentado à lei – por aplicação do art. 294.º do Código Civil[523], com possibilidade de recurso ao instituto da redução.

O incontornável princípio da transparência é ainda acolhido no art 4.º que exige que ao contrato sejam apostas diversas informações em ordem a colocar o assinante numa posição de total conhecimento, nomeadamente quanto ao "impacto que as medidas de gestão do tráfego aplicadas pelo prestador de serviços poderão ter na qualidade do serviço de acesso à internet"[524]. Pensa-se que semelhante princípio se encontra bem mais protegido atenta a obrigação, nos termos do último parágrafo do n.º 1 do art. 4.º, a cargo dos fornecedores de acesso, de publicação das informações a que aludem as várias alíneas dessa disposição. Como referimos, o assinante comum não se encontrará, as mais das vezes, em condições de decifrar a linguagem que rodeia estas medidas, pelo que a sua mera inclusão no contrato pode tornar-se inútil. O escrutínio permanente pela comunidade tecnológica, entidades de defesa dos direitos dos consumidores, e muito particularmente pelo movimento ativista, são cruciais ao controlo das práticas no setor. Mais uma vez determinante é o papel das ARNs[525], a quem o Regulamento atribui, nos termos do n.º 1 do art. 5.º, a missão de zelar pelo cumprimento rigoroso das novas medidas de promoção de uma internet livre e aberta e pela aplicação das respetivas sanções em caso de incumprimento[526].

---

como fica vedada a contratação de prioridade com um prestador independente da estrutura empresarial do fornecedor de acesso (nomeadamente através dos *zero rate agreements*). Isto dito cumpre assinalar que estamos convictos de que o Regulamento deu, numa interpretação criteriosa e cuidada, a possibilidade às ARN's de atuarem em face destes acordos, não dependo a sua evicção da falta de suporte jurídico, mas tão-somente da inércia dos vários reguladores.

[522] Do artigo resulta uma positivação da cláusula FRAND, "*fair, reasonable, and non discriminatory",* como definida pela doutrina aglo-saxónica. Sobre a cláusla *vide* DARREN READ, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *cit.,* em especial pp. 53 e 57.

[523] Situação complexa gerou o Regulamento que, por força da característica típica da aplicabilidade imediata, entra diretamente em confronto com legislação mais protetora da neutralidade, vigente por exemplo na Holanda – embora se preveja no n.º 3 do art. 10.º um período de transição para que os Estado-Membros possam adaptar as suas legislações. Cfr. a este respeito, BAS BRAEKEN; CHARLOTTE EIJBERTS, "What consequences will the new European Net Neutrality Regulation have for the Netherlands?", *Lexology*, maio de 2016, disponível em http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d61e0438-c907-4c9d-a800-4b8d3772d016 (última visita a 21/05/2016).

[524] Al. a), do n.º 1 do art. 4.º.

[525] Muito embora o cumprimento dos objetivos do Regulamento se distribua pelas competências de várias instâncias estaduais, nomeadamente, o Governo.

[526] Só no âmbito deste Regulamento as ARN's são responsáveis, entre outras, pela aferição da necessidade (e por isso da admissibilidade) dos serviços especializados; pela observância dos procedimentos de informação e depósitos dos contratos celebrados pelos fornecedores de acesso; assim como pela avaliação do cumprimento dos vários parâmetros de qualidade dos serviços. A infração das várias obrigações a cargo dos operadores acarreta os respetivos procedimentos contraordenacionais nos termos gerais – *vide* arts. 112.º e ss. da LCE. Referindo-se ao poder sancionatório das entidades reguladoras independentes enquanto um "prolongamento

Conclusão

Reúnem-se, em alguns pontos, as principais conclusões a que se chegou, às quais acrescem dúvidas e hesitações na certeza de que muito fica por ler, escrever e indagar:

1. O contrato de fornecimento de acesso à internet consubstancia o vínculo jurídico necessário através do qual o utilizador contacta com a sociedade da informação. A disciplina deste acordo, excluído o âmbito consentido à autonomia das partes, resulta *prima facie* da legislação setorial específica das redes e serviços de comunicações eletrónicas, do regime atinente à disciplina dos serviços públicos essenciais e às cláusulas contratuais gerais, aos quais se pode somar legislação de defesa dos consumidores, e finalmente, a lei geral civil e comercial.

2. O quadro jurídico das redes e comunicações eletrónicas, e mais latamente o referente à sociedade da informação, integra o chamado "domíno coordenado" da União Europeia, estando o seu desenvolvimento dependente da ação conjunta dos vários estados-membros e instituições europeias.

3. A legislação nacional e europeia de preservação da neutralidade da internet consagra uma posição jurídica subjetiva titulada pelo utilizador final. Esta delimitação subjetiva distancia assim o titular do direito à ligação neutra da vertente estritamente privada da relação de fornecimento de acesso, vertida nos conceitos de assinante (LCE) e de utente (LSPE).

4. O ciberespaço não constitui uma realidade *ajurídica* sendo premente a necessidade de uma maior intervenção dos juristas na mediação dos vários interesses em jogo na regulação da internet, a fim de se conseguir um mais justo equilíbrio, nomeadamente entre os interesses privados dos sujeitos proprietários da rede e os interesses coletivos dependentes da democratização do acesso e da boa administração da *net*. A procura de soluções jurídicas capazes de regular o ciberespaço exige um comprometimento da comunidade jurídica na compreensão e interpretação da realidade tecnológica, não sendo em muitos casos aplicável um princípio formal de equivalência entre os mundos *online* e *offline*[527].

5. As alterações ao modelo original sobre o qual assenta a internet, nomeadamente ao princípio e2e, e sobretudo as formas de inteligência no centro da rede não eminentemente necessárias ao funcionamento da rede, constituem tecnologias potencialmente disruptivas relativamente às quais se deve determinar uma tendencial proibição.

6. A neutralidade da rede, enquanto princípio arquitetural originário da internet, não se apresenta, tal qual, apto à normatização jurídica, carecendo de um equilíbrio de

natural das prerrogativas de supervisão e fiscalização", *vide* JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, *cit.*, p. 173.

[527] Também neste sentido LUÍSA NETO, "Informação e Liberdade de Expressão na Internet e Violação de Direitos Fundamentais: Um Conflito de (Im)possível Resolução", *cit.,* p. 48, e extensivamente sobre o ponto CHRIS REED, "Online and Offline Equivalence: Aspiration and Achievement", *cit.*

interesses entre a necessidade preservação de um modelo arquitetural único com vantagens comprovadas e a sustentabilidade económica do setor do fornecimento de acesso, essencial ao contínuo melhoramento das infraestruturas que servem de suporte à rede.

7. A "unidade, abertura, gratuidade e liberdade de acesso"[528] devem constituir pilar primeiro da governação da internet atento, entre outros, o facto de a rede constituir a ferramenta humana em melhores condições de propiciar o acesso, a baixos custos, a uma gigantesca panóplia de oportunidades, das quais a alfabetização é principal exemplo.

8. O código tecnológico implícito no funcionamento da internet – vertido nomeadamente nos protocolos TCP/IP – não constitui um conjunto de meras normas técnicas asséticas[529], encerrando um quadro necessariamente político de valorações que não pode senão ser coletivamente determinado, na certeza de que no ciberespaço "the code is law"[530]. A característica da interoperabilidade da rede deve, por seu turno, ser a todo o custo preservada.

9. A neutralidade tecnológica, também vertida no fornecimento de acesso à internet, não é, na perspetiva económica, mais do que uma ordenação horizontal das estruturas económicas, tribuna do princípio da igualdade, amplamente reconhecida noutros setores da atividade económica como basilar da concorrência, cuja primacial preocupação se desvela na manutenção de um espaço meritocrático em face do alastramento de companhias cujo valor e significado económico ultrapassa, as mais das vezes, o de muitos Estados soberanos. Um princípio de neutralidade no fornecimento de acesso, repete-se, tem por primeira missão assegurar uma condição paritária de todos quantos entram no mercado dos conteúdos, aplicações e serviços na internet, assegurando a igual disponibilidade da rede para os receber e fazer chegar a todos quantos a eles pretendam aceder.

10. A literacia digital é fundamental ao acesso esclarecido e responsável dos cidadãos à sociedade da informação, permitindo a limitação de uma atitude paternalista dos fornecedores de acesso, e do próprio Estado, a pretexto da proteção dos utilizadores-cidadãos. Ela torna-se, assim, imprescindível na missão de fomentar a autodeterminação informacional dos utilizadores.

11. A internet apresenta um modelo co-regulatório com fortes influências de direito autónomo que cumpre preservar, devendo as intervenções de fonte formal respeitar a História bem-sucedida da *soft law* no ciberespaço, atenta a dispersão (geográfica e

[528] LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Reflexões sobre a governação e a regulação da internet, com especial consideração da ICANN", *cit.,* p. 365.
[529] ANDREW J. FLANAGIN, CRAIG FLANAGIN, JON FLANAGIN; "Technical code and the social construction of the internet", *cit.,* pp. 179-182, e A. FEENBERG, "From Information to Communication: The French Experience with Videotext", *in* M. LEA (Ed.), *Contexts of Computer-mediated Communication*, Londres, Harvester Wheatsheaf, 1992, pp. 168–87, *apud* ANDREW J. FLANAGIN, CRAIG FLANAGIN, JON FLANAGIN; "Technical code and the social construction of the internet", *cit.,* p. 179.
[530] LAWRENCE LESSIG, *Code v. 2.0, cit.,* p. 5.

cultural) da realidade que se pretende disciplinar, e a ampla plasticidade desta tecnologia em particular. Esta constatação não deve, no entanto, legitimar a demissão do poder estadual no plano do acolhimento e complementariedade destas normas, orientando o processo de normalização da produção de normas jurídicas.

12. A proliferação da sociedade da informação exige uma postura ativa do Estado na redefinição das posições jurídicas de proteção da liberdade de expressão e informação, não só na sua dimensão vertical, mas também no sentido da intervenção no mercado, corrigindo e compensando as suas lacunas[531]. O mesmo fenómeno parece exigir hoje a consagração de um direito a aceder ao ciberespaço[532] e respetivas consequências.

13. As experiências norte-americana e europeia, vertidas na atual legislação em vigor, apontam para a necessidade de construção de soluções coercivas de imposição da neutralidade da internet, desenvolvidas no seio do poder soberano embora com forte participação do setor privado, a fim de se conseguirem razoáveis índices de *compliance* por parte dos operadores.

14. A "realidade social de comunicação reticular"[533] – ou até *rizomática*, arrisca-se – marca a era em que a informação se tornou recurso vital. As entidades – públicas e privadas – a quem seja acometida a função de encaminhar, tratar, armazenar ou de qualquer forma lidar com grandes fluxos informativos devem ser sujeitas às mais exigentes obrigações de transparência atenta a natureza sensível do bem em causa.

Bibliografia

Monografias, artigos científicos e documentos oficias:

AA. VV., *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Commerciale*, vol. I, Torino, UTET, 1999.

AA. VV., *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Commerciale*, vol. XIV, Torino, UTET, 1999.

AA. VV., *Enciclopedia Del Diritto*, vol. II, Giufrrè Editore, 1990.

AA. VV., *Enciclopedia Del Diritto*, vol. XLII, Giufrrè Editore, 1990.

AA. VV., *Enciclopedia Giuridica Treccani,* vol. II, Roma, Instituto Della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, 1998-2006.

[531] Magistralmente, PAULO FERREIRA DA CUNHA, "Sociedade da Informação e Estado de Direito Democrático. Direito à Informação ou Deveres de Proteção do Estado?", *cit.*, p. 650: "Como melhorar a sorte do anónimo cidadão, consumidor, utilizador, etc., entre os grandes interesses económicos, e o poderio enorme do poder político e seus aparelhos burocráticos e policiais, que por vezes podem ceder aos primeiros? Entre dois leviatãs…".
[532] CATARINA SARMENTO E CASTRO, "Direito à Internet", *cit.*, nomeadamente às pp. 29 e ss.
[533] PAULO FERREIRA DA CUNHA, "Sociedade da Informação e Estado de Direito Democrático. Direito à Informação ou Deveres de Proteção do Estado?", *cit.,* p. 630.

AA. VV., *Enciclopedia Giuridica Treccani,* vol. XXXIV-I, Roma, Instituto Della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani.

ALLAGUI, ILHEM/ KUEBLER, JOHANNE, "The Arab Spring and the Role of ICT's: Editorial Introduction", *in International Journal of Communications,* vol. 5, 2011, pp. 1435-1442.

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, "Serviços Públicos, Contratos Privados", *in* RAMOS, Rui Manuel de (organ.), *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 117-143.

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos I*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008.

ALMEIDA, MARIANA PINHEIRO/ SIMÕES, FERNANDO DIAS, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais – Anotada e Comentada,* Coimbra, Almedina, 2012.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, "O "Marco Civil da Internete": A Lei Brasileira n.º 12965, de 23 de abril de 2014", *in Revista de Direito Intelectual,* n.º 2, 2015, Coimbra, Almedina, pp. 271-302.

BALKIN, JACK M., "The future of Free Expression in a Digital Age", *in Pepperdine Law Review*, vol. 36, 2008, pp. 101-118.

BECKER, GARY S./ CARLTON, DENNIS W./ SIDER, HAL S., "Net Nautrality and Consumer Welfare" *in Journl of Competition Law & Economics*, vol. 6, n.º 3, 2010, pp. 497-519.

BENDRATH, RALF/ MUELLER, MILTON, "The end of the net as we know it? Deep packet inspection and internet governance", *in New Media & Society*, vol. 13, n. º 7, 2010, pp. 1142-1160.

BIANCO, NELIA RODRIGUES DEL/ BARBOSA, MARCELO MENDES, "O marco civil da internet e a neutralidade de rede: dilemas, debates e impasses relacionados a este princípio na tramitação do projeto de lei", *in Revista Eptic*, vol. 17, nº 1, 2015, disponível em www.seer.ufs.br/index.php/eptic/article/viewFile/3340/pdf (última visita a 02/02/2016).

CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7.ª ed., 3.ª reimp., Coimbra, Almedina, 2006.

CARVALHO, JORGE MORAIS, *Os Contratos de Consumo - Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2012.

CASACUBERTA, DAVID/ SENGES, MAX, "Do we need rights in Cyberspace? Discussing the case of how to to define on-line privacy in an Internet Bill of Rights", *in Enrahonar: Quadernes de filosofía,* n.º 40/41, 2008, pp. 99-111.

CASIMIRO, SOFIA DE VASCONCELOS, "Mapa da Problemática Jurídica da Sociedade da Informação" in ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.), *Direito da Sociedade da Informação,* vol. IX, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

CASIMIRO, SOFIA DE VASCONCELOS, *A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet*, Coimbra, Almedina, 2000.

CASTRO, CATARINA SARMENTO e, "Direito à Internet", *in Ciberlaw by CIJIC*, n.º II, 2016, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, disponível em http://www.cijic.org/2016/06/08/cyberlaw-by-cijic-2nd-edition/ (última visita a 08/09/2016).

CHAFFEE, S.H./ METZGER, M.J., "The End of Mass Communication?", *in Mass Communication and* Society, vol. 4, n.º 4, 2001, pp. 365-79

CHONG, RACHELLE B., "The 31 Flavors of Net Neutrality: A Policymaker's View", *in Intellectual Property Bulletin,* vol. 12, 2007-2008, pp. 147-158.

CIAN, GIORGIO/ TRABUCCHI, ALBERTO/ CRISTOFARO, G. DE, et. al., *Commentario Breve Al Codice Civile. Complemento Giurisprudenziale*, 7.ª Ed., Pádua (Itália), CEDAM, 2005.

CLARK, DAVID D., "Network Neutrality: Words of Power and 800-Pound Gorillas", *in International Journal of Communication*, vol. 1, 2007, pp. 701-708.

COMISSÃO EUROPEIA, "Uma Agenda Digital para a Europa", coleção *Compreender as Políticas da União Europeia,* Luxemburgo, Serviço das Publicações da União Europeia, 2014, disponível em http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/pt/digital_agenda_pt.pdf (última visita a 23/05/2016).

CONSELHO DA EUROPA, *Comité de Ministros,* "Declaração do Comité de Ministros relativa à neutralidade da rede", 29 de setembro de 2010, disponível em https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805ce58f (última visita a 12/05/2016).

CONSELHO DA EUROPA, *Comité de Ministros,* "Declaração do Comité de Ministros sobre princípios de governação da internet", 21 de setembro de 2011, disponível em http://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2f6 (última visita a 12/05/2016).

CONSELHO DA EUROPA, *Comité de Ministros,* "Recomendação do Comité de Ministros [CM/Rec(2007)16] aos Estados- Membros sobre medidas de promoção do valor de serviço público da internet.", 7 de novembro de 2007, disponível em http://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d4a39 (última visita a 12/05/2016).

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português, I - Parte Geral. Coisas*, Tomo II, Coimbra, Almedina, 2008.

COSTA, JOSÉ DE FARIA, "A Globalização e o Direito Penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude)", in *Globalização e Direito – Studia Juridica, 73, Colloquia, 12,* Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações,* 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009.

CUNHA, PAULO FERREIRA DA, "Sociedade da Informação e Estado de Direito Democrático. Direito à Informação ou Deveres de Proteção do Estado?", *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto,* ano III, Porto, FDUP/Coimbra Editora, 2008, pp. 623-651.

DEAN, DAVID/ DIGRANDE, SEBASTIAN/ FIELD, DOMINIC/ LUNDMARK, ANDREAS/ O'DAY, JAMES/ PINEDA, JOHN/ ZWILLENBERG, PAUL, "The Internet Economy in the G-20", *The Boston Consulting Group,* 2012, disponível em https://www.bcg.com/documents/file100409.pdf (última visita a 24/05/2016).

DUARTE, RUI PINTO, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, Almedina, 2000.

ESTEBAN, MARÍA LUISA FERNÁNDEZ, "La regulación de la Libertad de Expresíon en internet en Estados Unidos y en la Union Europea", *in REP (nueva época*), n.º 103, 1999.

FACHANA, JOÃO, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet*, Coimbra, Almedina, 2012.

FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION, *Declaratory Ruling that Degrading an Internet Application Violates the FCC's Internet Policy Statement and Does Not Meet an Exception for "Reasonable Network Management" ("Comcast Order"),* agosto de 2008, disponível em https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-08-183A1.pdf (última visita a 03/04/2016).

FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION, Industry Analysis and Technology Division Wireline Competition Bureau, *Internet Access Services: Status as of December 31, 2014*, março de 2016, disponível em https://www.fcc.gov/reports-research/reports/internet-access-services-reports/internet-access-services-reports (última visita a 18/05/2016).

FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION, Industry Analysis and Technology Division Wireline Competition Bureau, *Internet Access Services: Status as of December 31, 2009,* dezembro de 2010, disponível em http://www.fcc.gov/wcb/stats (última visita a 18/05/2016).

FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION, *Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet Over Wireline Facilities ("DSL Order")*, setembro de 2005, disponível em http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-150A1.pdf (última visita a 02/06/2016).

FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION, *Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet over Wireline Facilities ("Internet Policy Statement")*, setembro de 2005, disponível em http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf (última visita a 02/06/2016).

FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION, *Deployment of Wireline Servs. Offering Advanced Telecomms. Capability ("Advanced Services Order"),* 1998, disponível em https://transition.fcc.gov/Bureaus/Common_Carrier/Orders/1998/fcc98188.pdf (última vista a 08/06/2016).

FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION, *Inquiry Concerning High-Speed Access to the Intenet over Cable and Other Facilities, Declaratory Ruling and Notice of Proposed Rulemaking ("Cable Order")*, março de 2002, disponível em https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-02-77A1.pdf (última visita a 02/06/2016).

FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION, *Madison River Consent Decree,* 2005, disponível em: https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-05-543A2.pdf (última visita a 24/05/2016).

FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION, *Preserving the Open Internet Broadband, Industry Practices ("Open Internet Rules"),* 2010, disponível em https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1_Rcd.pdf (última visita a 09/05/2016).

FEDERAL COMMUNICATIONS COMISSION, *Protecting and Promoting the Open Internet ("Open Internet Order"),* 2015, disponível em https://www.federalregister.gov/documents/2015/04/13/2015-07841/protecting-and-promoting-the-open-internet (última visita a 09/05/2016).

FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, *Formal Complaint of Free Press & Pub Knowledge Against Comcast Corp for Secretly Degrading Peer-to-Peer Applications*, 2008, disponível em https://www.publicknowledge.org/pdf/fp_pk_comcast_complaint.pdf (última visita a 09/06/2016).

FEDERAL TRADE COMMISSION, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Non-Horizontal Merger Guidelines,* 1984, disponível em https://www.justice.gov/atr/non-horizontal-merger-guidelines (última visita a 09/05/2016).

FEENBERG, A., "From Information to Communication: The French Experience with Videotext", *in* LEA, M. (Ed.), *Contexts of Computer-mediated Communication*, Londres, Harvester Wheatsheaf, 1992, pp. 168–87.

FELTEN, EDWARD W., *Nuts and Bolts of Network Neutrality,* Princeton University, julho de 2006, disponível em https://www.cs.princeton.edu/courses/archive/fall09/cos109/neutrality.pdf (última visita a 17/05/2016).

FERNANDES, JOSÉ PEDRO TEIXEIRA, "Da utopia da sociedade em rede à realidade da sociedade em risco" *in Análise Social,* n.º 207, vol. XLVIII (2.º), 2013, pp. 261-286, disponível em http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/AS_207_d01.pdf (última visita a 22/04/2016).

FILHO, EDUARDO TOMASEVICIUS, "Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo", in E*studos Avançados*, vol. 30, n.º 86, 2016, pp. 269-285, disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269 (última visita a 02/02/2016).

FLANAGIN, ANDREW J./ FLANAGIN, CRAIG/ FLANAGIN, JON, "Technical code and the social construction of the internet", *in New Media & Society,* vol 12, n. º 2, 2010, pp. 179-196.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, "Vinho Novo em Odres Velhos? A responsabilidade civil das "operadoras de Internet" e a doutrina comum da imputação dos danos", in *Revista da Ordem dos Advogados,* ano 59, vol. II, Lisboa, 1999, pp. 665-692.

GONÇALVES, PEDRO, "Regulação das Comunicações Electrónicas em Portugal*", in Revista de Direito Público da Economia*, n.º 15, Belo Horizonte, 2006, pp. 161-195. disponível em http://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/534.PDF (última visita a 25/05/2016).

GOVERNO DA REPÚBLICA PORTUGUESA (XVII), *Ligar Portugal: um programa de ação integrado no Plano Tecnológico do XVII Governo: Mobilizar a Sociedade de Informação e do Conhecimento,* 2005, disponível em http://www.ligarportugal.pt/pdf/ligarportugal.pdf (última visita a 03/04/2016).

HILL, RICHARD, "The internet, its governance, and the multi-stakeholder model", *Info,* Vol. 16, n.º 2, pp. 16-46.

HUGENHOLTZ, P. BERRNT, "Copyright, Contract and Technology: What Will Remain of the Public Domain" *in Copyright: A Right to Contro Access to Works",* CRIDS, Bruylant, Bruxelles, 2000.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA, "Sociedade da Informação e do Conhecimento: Inquérito à Utilização de Tecnologias da Informação e Comunicação pelas Família", *Destaque: Informação à Comunicação Social,* 2015, disponível em https://www.ine.pt/ngt_server/attachfileu.jsp?look_parentBoui=245844025&att_display=n&att_download=y (última visita a 12/06/2016).

JACKSON, CHARLES L., "Wireless Efficiency Versus Net Neutrality*", in Federal Communications Law Journal,* vol. 63, 2010-2011, pp. 445-480.

LEITÃO, LUÍS MENEZES, "A Responsabilidade Civil na Internet"*, in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, vol. 1, Lisboa, 2001, pp. 171-192.

LESSIG, LAWRENCE, "The Limits in Open Code: Regulatory Standards and the Future of the Net", *in Berkeley Technology Law Journal,* vol. 14, n. º 2, 1999, pp. 759-769.

LESSIG, LAWRENCE, "The Path of Cyberlaw", *in Yale Law Journal,* vol. 104, 1995, pp. 1743-1755.

LESSIG, LAWRENCE, *Code v. 2.0*, Nova Iorque, Basic Books Ed., 2005.

LESSIG, LAWRENCE, *The Future of Ideas*, Nova Iorque, Random House, Inc., 2001.

LIMA, PIRES/ VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado,* vol. II, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

CASTELLS, MANUEL, *A Galáxia Internet: Reflexões sobre Internet*, Negócios e Sociedade, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

MARSDEN, CHRISTOPHER T., *Net Neutrality: Towards a Co-regulatory Solution,* Nova Iorque, Bloomsbury Academic, 2010.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, "Responsabilidade dos prestadores de serviços em rede", *in* MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, *Lei do Comércio Electrónico Anotada,* Coimbra Editora, 2005, pp. 267-274.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito das Obrigações (Parte Especial),* Coimbra, Almedina, 2000.

MISSÃO PARA A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, *Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal,* 1997, disponível em http://purl.pt/239/2/ (última visita a 23/05/2016).

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2000, pp. 333-350.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais", *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62, vol. 1, Lisboa, 2002, pp. 111-142.

MOSHIRNIA, ANDREW, "Zero-Rating: Price Discrimination in an Era of Net Neutrality", *in Infrastructure,* vol. 54, n.º 4, 2015, disponível em http://www.americanbar.org/publications/infrastructure/2014-15/summer/zerorating_price_discrimination_an_era_net_neutrality.html (última visita a 02/07/2016).

NETO, LUÍSA, "Ciência da Informação e Direito: um novo paradigma de reconstrução do papel do Estado no contexto da sociedade global da informação" *in* Fernanda Ribeiro, Luísa Neto, Ricardo Perlingeiro (Coord.), *A informação jurídica na era digital,* Porto, Edições Afrontamento, 2012, pp. 41-56.

NETO, LUÍSA, "Informação e Liberdade de Expressão na Internet e Violação de Direitos Fundamentais: Um Conflito de (Im)possível Resolução", *in Informação e Liberdade de Expressão na Internet e a Violação de Direitos Fundamentais – Comentários em Meios Online, Textos do Colóquio na Procuradoria Geral da República,* Lisboa, INCM – Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2014, pp. 27-48.

ODLYZKO, ANDREW, "Network neutrality, search neutrality, and the never-ending conflict between efficiency and fairness in markets", disponível em http://ssrn.com/abstract=1095350 (última visita a 17/05/2016).

PEREIRA, ALEXANDRE L. DIAS, "A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)", 2001, disponível em https://eg.sib.uc.pt/bitstream/10316/28775/1/A%20JURISDIÇÃO%20NA%20INTERNET.pdf (última visita a 8/03/2016).

PEREIRA, ALEXANDRE L. DIAS, "A liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno e a protecção do consumidor segundo a directiva sobre

comércio electrónico", 2004, disponível em http://www.verbojuridico.net/doutrina/tecnologia/sociedadeinformacao_07.zip (última visita a 03/02/2016).

PEREIRA, ALEXANDRE L. DIAS, "A protecção do consumidor no quadro da Directiva sobre o comércio electrónico", *in Estudos de Direito do Consumidor,* n.º 2, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2002, pp. 43-140.

PEREIRA, ALEXANDRE L. DIAS, "Contratos de Telecomunicações: aspectos Jurídico-Contratuais da Regulação das Telecomunicações", *in Revista da ABPI*, n.º 71, 2004, pp. 49-63.

PEREIRA, ALEXANDRE L. DIAS, "Direito ciberespacial: 'soft law' ou 'hard law'?", *in* CORREIA, FERNANDO ALVES/ MACHADO, JÓNATAS E. M./ LOUREIRO, JOÃO CARLOS (organ.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume III - Direitos e Interconstitucionalidade: Entre Dignidade e Cosmopolitismo, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 685-710.

PEREIRA, ALEXANDRE L. DIAS*, Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Almedina, 2008.

PEREIRA, ALEXANDRE L. DIAS, "O "Marco Civil da Internet" e seus reflexos do Direito da União Europeia", *in Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 2, 2016, n.º 4, pp. 53-106.

PEREIRA, JORGE DE BRITO, "Do conceito de obra no contrato de empreitada", *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54, vol. II, Lisboa, 1994, pp. 569-622.

PIAZZA, Angelo, "La responsabilità civile dell'Internet Provider" *in Contratto e Impresa*, vol. 20, n.º 1, 2004, pp. 130-150.

PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, "Reflexões sobre a governação e a regulação da internet, com especial consideração da ICANN", *in* VICENTE, Dário Moura (coord.), *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão: 50 anos de vida universitária,* Coimbra, Almedina, 2005, pp. 363-385.

PINTO, PAULO MOTA, "Sobre alguns problemas jurídicos da Internet", *in* MONTEIRO, António Pinto (coord.), *As telecomunicações e o Direito na sociedade de informação*, Coimbra, Instituto Jurídico da Comunicação, 1999, pp. 349-366**.**

PORDATA – Base de Dados Portugal Contemporâneo, "Agregados domésticos privados com computador, com ligação à Internet e com ligação à Internet através de banda larga (%) em Portugal", 2015, disponível em http://www.pordata.pt/Portugal/Agregados+domésticos+privados+com+computador++com+ligação+à+Internet+e+com+ligação+à+Internet+através+de+banda+larga+(percentagem)-1158 (última visita a 04/06/2016).

PORDATA – Base de Dados Portugal Contemporâneo, "Assinantes do acesso à Internet em Portugal", 2016, disponível em

http://www.pordata.pt/Portugal/Assinantes+do+acesso+à+Internet-2093 (última visita a 04/06/2016).

PRATA, ANA, *Dicionário Jurídico,* vol. 1, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015.

READ, DARREN, "Net neutrality and the EU electronic communications regulatory framework", *in International Journal of Law and Information Technology*, vol. 20, n. º 1, 2012, pp. 48-72.

REED, CHRIS, "Online and Offline Equivalence: Aspiration and Achievement", Oxford University Press, 2010, disponível em http://ijlit.oxfordjournals.org/content/18/3/248.full.pdf+html (última visita a 24/05/2016).

REICHER, ALEXANDER, "Redefining Net Neutrality After Comcast v. FCC", *in* Berkeley Technology Law Journal, vol. 26, 2011, pp. 733-763.

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, *Direito dos Contratos - Estudos,* Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

RILEY, M. CHRIS/ SCOTT, BEN, "Deep Packet Inspection: the end of the internet as we know it?", Free Press, 2009, disponível em http://www.freepress.net (última visita a 16/06/2016).

SALTZER, JEROME/ REED, DAVID/ CLARK, DAVID D., "End-to-End Arguments in System Design", *in ACM Transactions on Computer Systems,* vol. 2, n.º 4, 1984, pp. 277-288.

SCHEWICK, BARBARA VAN, "Network Neutrality and Zero-rating", 2015, disponível em https://ecfsapi.fcc.gov/file/60001031582.pdf (última visita a 21/05/2016).

SCHEWICK, BARBARA VAN, "Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation", *in Journal on Telecommunications & High Technology Law*, vol. 5, 2007, pp. 329–392.

SIDAK, J., GREGORY, "What is Network Neutrality Debate Really About?", *in International Journal of Communication,* vol. 1, 2007, pp. 377-388.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, "Serviços públicos essenciais: alterações à Lei n.º 23/96 pelas Leis n.ºs 12/2008 e 24/2008", *in Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 137, n.º 3948, Janeiro-Fevereiro de 2008, pp. 165-181.

SILVA, João Nuno Calvão da, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra, Almedina, 2008.

SIWEK, STEPHEN E., "Measuring the U.S. Internet Sector", *Internet Association*, dezembro de 2015, disponível em http://internetassociation.org/wp-content/uploads/2015/12/Internet-Association-Measuring-the-US-Internet-Sector-12-10-15.pdf (última visita a 24/05/2016).

SLUIJS, JASPER P., "From Competition to Freedom of Expression: Introducing Article 10 ECHR in the European Network Neutrality Debate", in *Human Rights Law Review*, vol. 12, n.º 3, 2012, pp. 509-554.

SMITH, GRAHAM J. H. [et. al.], *Internet Law and Regulation*, 2nd Ed., Londres, FT Law & Tax, 1997.

STARR, RICHARD A., "Net Neutrality: On Mobile Broadband Carriers and the Open Internet, the Commercially Reasonable Network Management Standard, and the Need for Greater Protection of the Open Internet", *in Journal of Business & Technology Law*, vol. 11, 2016, pp. 89-108.

UNIÃO EUROPEIA, Conselho, *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the concentrations between undertakings*, 2008, disponível em http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:265:0006:0025:en:PDF (última visita a 09/05/2016).

UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, *ICT Facts & Figures. The world in 2015*, Geneva, 2015, disponível em http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2015.pdf (última visita a 21/05/2016).

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, "Responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação", *in* MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, *Lei do Comércio Electrónico Anotada,* Coimbra Editora, 2005, pp. 275-290.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Contratos Atípicos*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009.

WAGNER, BEN, "Deep Packet Inspection and Internet Censorship: International Convergence of an Integrated Technology of Control", Junho de 2009, *SSRN*, disponível em http://ssrn.com/abstract=2621410 (última visita a 16/05/2016).

WEBER, ROLF H., "Future Design of Cyberspace Law", *in Journal of Politics and Law,* vol. 5, nº. 4, 2012, disponível em http://dx.doi.org/10.5539/jpl.v5n4p1 (última visita a 01/06/2016).

WU, TIM, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *in Journal on Telecommunications and High Technology Law*, vol. 2, 2003, pp. 141–176.

WU, TIM, "Wireless Carterfone", *in International Journal of Communications,* vol. 1, 2007, pp. 389-426.

WU, TIM/ YOO, CHRISTOPHER, "Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate", in *Federal Communications Law Journal*, vol. 59, n.º 3, 2007, pp. 574-592; disponível em http://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol59/iss3/6/?utm_source=www.repository.law.indiana.edu%2Ffclj%2Fvol59%2Fiss3%2F6&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages (última visita a 12/04/2016).

YOO, CHRISTOPHER S., "Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment On The End-to-End Debate", in *Journal of Telecommunications and High Technology,* vol. 3, 2004, pp. 23-68.

Outros elementos consultados:

BARANIUK, CHRIS, "European Parliament votes against net neutrality amendments", bbc.com, 27/10/2015 , disponível em http://www.bbc.com/news/technology-34649067 (última visita a 22/05/2016).

BARLOW, JOHN PERRY, A Declaration of the Independence of Cyberspace, 1996, disponível em http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html (última visita a 08/06/2016).

BERNERS-LEE, TIM, "Long Live the Web", in Scientific American, 01/12/2010, disponível em http://www.scientificamerican.com/article/long-live-the-web/ (última visita a 3/04/2016).

BRAEKEN, BAS/ EIJBERTS, CHARLOTTE, "What consequences will the new European Net Neutrality Regulation have for the Netherlands?", Lexology, maio de 2016, disponível em http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d61e0438-c907-4c9d-a800-4b8d3772d016 (última visita a 21/05/2016).

BROACHE, ANNE, "Obama pledges Net neutrality laws if elected presidente", Cnet.com, 29/10/2007, disponível em http://www.cnet.com/news/obama-pledges-net-neutrality-laws-if-elected-president/ (última visita a 21/05/2016).

BURGESS, MATT/ TEMPERTON, JAMES, "European Parliament votes in favour of 'two speed' internet", wired.co.uk , 17/10/2015, disponível em http://www.wired.co.uk/article/net-neutrality-european-union-vote (última visita a 22/05/2016).

DAVIDSON, JACOB, "Google Fiber Has Internet Providers Scrambling to Improve Their Service", money-time.com, abril de 2015, disponível em http://time.com/money/3820109/google-fiber-has-internet-providers-scrambling-to-improve-their-service/ (última visita a 21/05/2016).

FERNHOLZ, TIM/ YANOFSKY, DAVID; "How the internet works, and why it's impossible to know what makes your Netflix slow", Quartz-qz.com , março de 2014, disponível em http://qz.com/187034/how-the-internet-works-and-why-its-impossible-to-know-what-makes-your-netflix-slow/ (última visita a 21/05/2016).

FITZPATRICK, ALEX, "All Your Questions About Obama's Internet Plan Answered", TIME.com, 10/11/2014, disponível em http://time.com/3575950/obama-internet-net-neutrality/ (última visita a 21/05/2016).

FORBES MAGAZINE, ATT Company Profile, disponível em: http://www.forbes.com/companies/att/ (última visita a 21/06/2016).

FRANKEN, ALAN STUART, "Net neutrality is foremost free speech issue of our time", Editorial, CNN.com, 05/08/2010, disponível em http://edition.cnn.com/2010/OPINION/08/05/franken.net.neutrality/ (última visita a 17/05/2016).

GOOGLE FIBER, disponível em http://fiber.google.com/about (última visita a 21/05/2016).

HERN, ALEX, "EU divided on issue of net neutrality", theguardian.com, disponível em https://www.theguardian.com/technology/2014/nov/27/european-commission-net-neutrality (última visita a 21/05/2016).

HERN, ALEX, "EU net neutrality laws fatally undermined by loopholes, critics say", theguardian.com, outubro de 2015, disponível em https://www.theguardian.com/technology/2015/oct/27/eu-net-neutrality-laws-fatally-undermined-by-loopholes-critics-say (última visita a 21/05/2016).

INGRAHAM, NATHAN, "America's biggest internet providers urge FCC not to turn their networks into public utilities", 13/05/2014, TheVerge.com, disponível em http://www.theverge.com/2014/5/13/5713828/americas-biggest-internet-providers-urge-fcc-not-to-turn-their (última visita a 22/05/2016).

INTERNET ENGINEERING TASK FORCE (IETF), disponível em http://ietf.org/about/ (última visita a 21/04/2016).

KAPUTSKA, PAUL, "Verizon Says Google, Microsoft Should Pay For Internet Apps", maio de 2006, informationweek.com, disponível em http://www.informationweek.com/verizon-says-google-microsoft-should-pay-for-internet-apps/d/d-id/1039324 (última visita a 21/05/2016).

LEINER, BARRY M., ET. AL., "Brief History of the Internet", Internet Society, disponível em http://www.internetsociety.org/internet/what-internet/history-internet/brief-history-internet (última visita a 21/05/2016).

LESSIG, LAWRENCE, "Lawrence Lessig Interviews Edward Snowden," Harvard Law School Channel, 20/10/2014, disponível em http://www.youtube.com/watch?v=o_Sr96TFQQE (última visita a 14/04/2016).

LESSIG, LAWRENCE/ MCCHESNEY, ROBERT W./ "No Tolls on The Internet", washingtonpost.com, junho de 2006, disponível em http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/06/07/AR2006060702108.html (última visita a 21/05/2016).

MALCOLM, JEREMY/ MCSHERRY, CORYNNE/ WALSH, KIT, "Zero Rating: What It Is and Why You Should Care", Electronic Frontier Foundation; disponível em https://www.eff.org/deeplinks/2016/02/zero-rating-what-it-is-why-you-should-care (última visita a 21/05/2016).

MIRANI, LEO, "When net neutrality backfires: Chile just killed free access to Wikipedia and Facebook", Quartz-qz.com, maio de 2014, disponível em http://qz.com/215064/when-net-neutrality-backfires-chile-just-killed-free-access-to-wikipedia-and-facebook/ (última visita a 21/05/2016).

O'CONNELL, PATRICIA, "Online Extra: At SBC, It's All About "Scale and Scope"", bloomberg.com, novembro de 2005, disponível em http://www.bloomberg.com/news/articles/2005-11-06/online-extra-at-sbc-its-all-about-scale-and-scope (última visita a 21/05/2016).

ROUHANI-ARANI, KOROLYN, "First EU-wide net neutrality rules set to come into effect", TaylorWessing United Kingdom, janeiro de 2016, disponível em http://united-kingdom.taylorwessing.com/en/first-eu-wide-net-neutrality-rules-set-to-come-into-effect (última visita a 21/05/2016).

SMITH, GEOFFREY, "This is what E.U. thinks is 'net neutrality'", fortune.com , 27/10/2015, disponível em http://fortune.com/2015/10/27/this-is-what-the-e-u-thinks-is-net-neutrality/ (última visita a 22/05/2016).

THIELMAN, SAM, "Federal court upholds net neutrality in win for Obama administration", theguardian.com, 14/06/2016, disponível em https://www.theguardian.com/technology/2016/jun/14/net-neutrality-fcc-public-utility-fast-lanes (última visita a 22/05/2016).

VINCENT, JAMES, "European Parliament rejects amendments protecting net neutrality", theverge.com, 27/10/2015, disponível em http://www.theverge.com/2015/10/27/9619962/eu-net-neturality-vote (última visita a 22/05/2016).

WHITWAM, RYAN, "Why Google makes the perfect ISP", extremetech.com, julho de 2012, disponível em http://www.extremetech.com/extreme/133547-why-google-makes-the-perfect-isp (última visita a 21/05/2016).

Legislação

NACIONAL:

- Lei dos Serviços Públicos Essenciais (LSPE) – Lei n.º 23/96 de 26-07, na versão última dada pela Lei n.º 10/2013, de 28-01;

- Código Civil (Cód. Civil, CC) – DL n.º 47344/66, de 25-22, na versão última dada pela Lei n.º 150/2015;

- Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85, de 25-10, na versão última dada pelo DL n.º 323/2001, de 17-12;

- Regime Jurídico dos Contratatos à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial – DL n.º 24/2014, de 14-02, na versão última dada pela Lei n.º 47/2014, de 28-07;

- Estatutos ICP-ANACOM – DL n.º 309/2001, de 07-12 (parcialmente revogado);

- Constituição da República Portuguesa (CRP) – Decreto de 10-04-1976, na versão dada pela Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12-08;

- Regime Jurídico do Comércio Eletrónico (RJCE) – DL n.º 7/2004, de 07-01, na versão última dada pela Lei n.º 46/2012, de 29-08;

- Lei das Comunicações Eletrónicas (LCE) – Lei n.º 5/2004, de 10-02, na versão última dada pela Lei n.º 15/2016, de 17-06;

- Estatutos ANACOM – DL n.º 39/2015, de 16-03;

- DL n.º 58/2010, de 18-04, no domínio das normas e das regulamentações técnicas, bem como das regras relativas aos serviços da sociedade da informação;

- Lei de Defesa dos Consumidores (LDC) – Lei n.º 24/96, de 31-07, na versão última dada pela Lei n.º 47/2014, de 28-07;

- DL n.º 230/96, de 29-11, que estabelece a gratuitidade do fornecimento ao consumidor da faturação detalhada do serviço público de telefone (revogado).

UNIÃO EUROPEIA:

- Diretiva 98/34/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de junho de 1998, na versão alterada pela Diretiva 98/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de julho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas;

- Diretiva Acesso – Diretiva 2002/19/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002;

- Diretiva Autorização – Diretiva 2002/20/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002;

- Diretiva Melhor Regulação – Diretiva 2009/136/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009;

- Diretiva Privacidade no Setor das Comunicações Eletrónicas – Diretiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002;

- Diretiva Quadro – Diretiva 2002/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002;

- Diretiva Serviço Universal – Diretiva 2002/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002;

- Diretiva sobre Comércio Eletrónico (DCE) – Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000;

- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE);

- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE);

- Regulamento da Internet Aberta – Regulamento (UE) 2015/2120, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015.

NORTE-AMERICANA:

- Communications Assistance for Law Enforcement Act (CALEA);

- Communications Decency Act (CDA);

- Digital Millennium Copyright Act (DMCA);

- Communications Act of 1934 (CA 1934);

- Communications Act of 1934 na versão atualizada pelo Telecommunications Act of 1996 (TA 1996)

- United States Code (USC);

OUTROS:

- Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH);

- Ley 20453, de 26/08/2010 (Chile);

- Marco Civil da Internet – Lei n.º 12.965/2014 (Brasil);

- Telecommunicatiewet (Holanda).