

CYBERLAW

by CIJIC

Cyberlaw by CIJIC, *Direito: a pensar tecnologicamente.*

CYBERLAW

by **CIJIC**

EDIÇÃO N.º XI – MARÇO DE 2021

**REVISTA CIENTÍFICA SOBRE CYBERLAW DO CENTRO DE
INVESTIGAÇÃO JURÍDICA DO CIBERESPAÇO – CIJIC – DA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA**

CYBERLAW
by **CIJIC**

CYBERLAW

by CIJIC

EDITOR: NUNO TEIXEIRA CASTRO

SUORTE EDITORIAL: EUGÉNIO ALVES DA SILVA e AFONSO FREITAS DANTAS

PRESIDENTE DO CIJIC: EDUARDO VERA-CRUZ PINTO

COMISSÃO CIENTÍFICA:

- ALFONSO GALAN MUÑOZ
- ANGELO VIGLIANISI FERRARO
- ANTÓNIO R. MOREIRA
- DANIEL FREIRE E ALMEIDA
- ELLEN WESSELINGH
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE
- MANUEL DAVID MASSENO
- MARCO ANTÓNIO MARQUES DA SILVA
- MARCOS WACHOWICZ
- ÓSCAR R. PUCCINELLI
- RAQUEL A. BRÍZIDA CASTRO

CIJIC: CENTRO DE INVESTIGAÇÃO JURÍDICA DO CIBERESPAÇO

ISSN 2183-729

CYBERLAW

by CIJIC

NOTAS DO EDITOR:

Finda Março do ano de 2021.

Passou um ano desde que o mundo se confinou, massivamente. Fechados, em casa, nunca como a partir disto o acesso à *Internet* se nos desvelou como um direito humano fundamental.

O sonho de uma *internet* livre, neutral, aberta, inclusiva, universal será possível?

Provavelmente muitos de nós, que navegam por ela, num ou noutro canto de conversação e/ou *stop by* possível a partir de um dos nossos hodiernos cárceres físicos, já nos deparámos com um curioso grafo. Nele consta uma espécie de sondagem onde à pergunta: “*Quem fez mais pela digitalização da sua organização no último ano?*”, a percentagem do vencedor surpreende.

Não, não foi o CEO da organização. Também não, não foi o CISO (quando as organizações os têm). Sim, também não foi nenhum diretor de nenhum departamento da organização.

O principal responsável, sim, foi ela: a pandemia de covid-19.

É inegável. A pandemia acelerou o processo de digitalização de grande parte das interações humanas, sejam elas de qualquer natureza, escola, comércio, socialização.

Não obstante, por mais benefícios que este *input*, à *força bruta*, tenha trazido, a humanidade tem ainda um caminho muito longo para percorrer.

Num plano macro, que convoca a humanidade, combater ferozmente a exclusão digital, com particular enfoque nos reversos, *i.e.*, mais novos e mais velhos; sociedades desenvolvidas/mais pobres.

E se o acesso não é universal (sê-lo-á algum dia?), plural, em condições idênticas, inclusivo...também não deixará de ser preocupante, dentro daqueles que podem aceder, o número de indivíduos com falta de formação, com falta de um mínimo de educação/formação para usufruir da Rede.

Atente-se, porém, num plano micro, por exemplo, no caso português.

Entregue, neste último dia de Março de 2021, o RASI2020¹, nele despontam algumas evidências sobre a temática da falta de educação para o *ciber*. Os crimes praticados na e pela *Internet*, nomeadamente, *phishing*, *vishing*, *ransomware* e extorsão², em passo crescente, decorrem de variadas falhas ao nível do utilizador. Sobressai, da leitura crua dos números, uma inexistente cultura de ciberhigiene. A facilidade de promoção de engenharias sociais avulsas. É esta omissão de cibereducação responsável pela inabilidade em detetar o logro e burlões, em actividade fervorosa. No compasso da oferta/procura de produtos através do digital, se as trocas aumentam exponencialmente, paralela e em acompanhamento, as situações de fraude, burla, roubo, *Money mules*, etc., *idem*.

As múltiplas deficiências ao nível do utilizador – o famoso factor humano é implacável - e a violência de uma *digitalização à força bruta* de uma grande maioria das organizações, combinadas... dão razão de ser à *tame joke* informática de que, *na prática, em termos de ataques e crimes informáticos, só há dois tipos de organizações: as que*

1 Disponível para consulta em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAAAAABAAzNDQ1NAUABR26oAUAAAA%3d> (último acesso 31MAR21)

2 Vide páginas 67 e ss do RASI2020.

sabem que já foram atacadas e as que ainda não o sabem (a premissa irónica é, infelizmente, igualmente válida para as pessoas singulares).

Torna-se inadiável que, paralelamente ao percurso do Direito no séquito da acelerada digitalização, as organizações, as pessoas, o Estado, entendam, decisiva e finalmente, a importância da segurança da informação³.

Apaticamente, e em crise, as omissões perduram. Sedimentam.

Os alertas não chegam a bom porto. Provenham eles de serviços mais ou menos capacitados do Estado, sejam serviços secretos nacionais, sistema de segurança interna, observatórios...jaz, apenas, a constatação impotente de que “(...) *observa-se um aumento da espionagem através de ameaças persistentes, tecnologicamente avançadas, de origem estatal, direcionadas a importantes centros de informação do Estado. Uma das consequências da sofisticação enunciada, prende-se com a crescente dificuldade em destrinçar ataques informáticos para efeitos de crime económico ou de crimes de sabotagem, dirigidos a empresas e grupos de empresas com relevância no tecido empresarial nacional.*”

No presente, de crescente digitalização, de cascata informacional, já todos sabemos que não é a quantidade de informação que serve à melhor tomada de decisão; é a qualidade. Mostra-se-nos angustiante o sublinhado de “*ameaças persistentes, tecnologicamente avançadas, de origem estatal, direcionadas a importantes centros de informação do Estado*”.

O Estado, como nunca, até como condição de promoção e prossecução geracional, tem o dever de defender um desígnio de soberania consubstanciado, precisamente, na superioridade informacional.

Conhecerá o Estado a capital importância da superioridade informacional?

Estará capacitado, humana e tecnologicamente, para proteger, o mais eficazmente possível, os seus mais valiosos *assets*, as suas infraestruturas mais críticas?

³ Ainda, no RASI2020 agora dado a conhecer, «(...) *No universo da ciberespionagem, registaram-se novos ciberataques contra infraestruturas críticas nacionais, com a finalidade de aceder a informação classificada, com valor político e económico.*», página 102.

Severa, a frieza dos parágrafos, no contexto pandémico Covid-19: “*No que concerne a outra das ameaças, i.e., as operações cibernéticas ofensivas, foram identificados agentes estatais e não estatais, visando entidades públicas e privadas, em particular no que respeitou à exploração de oportunidades...Verificaram-se inúmeros ciberataques registados contra instituições do setor da saúde, bem como operações de ciberespionagem contra entidades de investigação científica, particularmente envolvidas na pesquisa de terapêuticas e de vacinas contra a doença em apreço.*”

A segurança da informação, e a superioridade informacional que daí possa erigir, são, no contexto, de suma importância.

Infelizmente, as ameaças são múltiplas. Se, como veremos nesta nova edição, a Segurança da informação nas organizações(SiO) é tema fulcral, a erosão, de direitos fundamentais humanos, não descola de uma objetificação pronunciada da pessoa, do ser individual. Discreta, mas de forma expedita, as *oportunidades geradas pelo contexto pandémico*, têm servido para que o Estado arroje sistemas de videovigilância por múltiplas localidades nacionais⁴. A febre dos sistemas CCTV públicos segue a passo acelerado.

Em simultâneo, embora a aplicação *stayawaycovid* não tenha vingado, ainda, é certo que o controlo à distância da pessoa irá figurar, brevemente, em alguma medida legislativa. Notemos, ainda no contexto da pandemia, por exemplo, e em pleno estado de emergência, os níveis de mobilidade do cidadão. Com a proibição de circulação fora-do-concelho e a aproximação do tema festivo pascal, na semana de 25/26 de Março, acordámos com a notícia: “*Portugueses fogem para longe das restrições: um em cada dez dormiu a mais de 100 quilómetros de casa esta quinta-feira.*”⁵.

4 Ainda no RASI2020, dentre renovações e novas autorizações, surgem destacadas 8 despachos de autorização de instalação de múltiplas cameras de videovigilância para localidades. Consultáveis a partir dos Anexos do relatório, Medidas legislativas, página 15 e ss.

Nota: entretanto, no início do mês de março 2021, foi-nos dada a conhecer a autorização para instalação de mais 216 cameras de videovigilância na cidade de Lisboa, para juntar às já existentes (o Bairro Alto já dispõe de sistema, por exemplo).

5 <https://expresso.pt/sociedade/2021-03-26-Portugueses-fogem-para-longe-das-restricoes-um-em-cada-dez-dormiu-a-mais-de-100-quilometros-de-casa-esta-quinta-feira-b98a7df0> (último acesso 31MAR21).

A observação - próxima da realidade? - feita por uma consultora privada⁶, revelando que mais de *um milhão de portugueses dormiu fora de casa*, curiosamente, não promoveu nenhum sobressalto jurídico. Nem social. A ordem continua serena. *Curiosamente*. Mas, não houve tratamento de dados pessoais para a revelação de tais estatísticas em mobilidade? Que finalidade jurídica prosseguiu a captura de tais dados? Que dados foram recolhidos? Foram coligidos de forma lícita? Que tratamento tiveram? Quais as garantias de anonimização e/ou minimização do tratamento?

Alguém questionou?

Alguém se indignou?

Não sendo a primeira vez que uma entidade privada analisa dados dos portugueses, em massa, sem qualquer tipo de reacção/oposição por parte destes, presumivelmente, como solução eficiente a tomar por parte do Estado, no futuro deveremos promover toda uma actividade concursal de fundos públicos para *investigação* - geral e abstrata - de *tendências, mobilidade, gostos e desejos* dos portugueses. Não que haja uma qualquer necessidade de uma finalidade concreta, lícita de sopeso. Afinal, o problema, de fundo, do sobressalto cívico e jurídico, da ordem, reside numa mera formalidade de *marketing*, o “publico não pode” vs. “privado tudo pode”.

Acabemos prontamente com a folia⁷.

O acesso a metadados são um problema para a acção das nossas secretas?

Do titular da acção penal, *tout court*, português?

6 Vejamos, por exemplo, o detalhe dos grafos sobre a evolução do confinamento e mobilidade em: <https://www.pse.pt/evolucao-confinamento-mobilidade/> (último acesso 31MAR21).

7 Reparem na notícia: <https://www.jornaldenegocios.pt/economia/impostos/amp/fisco-vai-ter-assistente-virtual-no-facebook-para-responder-as-duvidas-de-irs> (último acesso 31MAR21).

Ora, a Autoridade Tributária portuguesa entende que a plataforma do Facebook é a melhor disponível *para tirar dúvidas a contribuintes nacionais*. Como todos sabemos, e somos *surpreendidos semanalmente*, o Facebook, provavelmente, já é conhecedor da informação fundamental e necessária dos seus utilizadores. Com este *passo de modernidade* da nossa AT, na prática, ao Facebook bastar-lhe-á agrupar a informação detida à contributiva, com os rendimentos declarados, das finanças portuguesas e... *Et voila*, vitracidade completa do cidadão. (quanto será o preço de cada miríade informacional de um contribuinte concreto que a AT poderá desembolsar? Haverá já um acordo bilateral entre a entidade privada e a AT?)

É, pois, tempo de assumirmos já a cedência gratuita dos nossos dados pessoais às entidades privadas e, a partir daí, o Estado seja profícuo no controlo de todas as nossas actividades sem qualquer tipo de sobressalto jurídico ou social.

Renunciemos à recolha de torrentes de dados pessoais às entidades privadas, assumamos a bonomia do *surveillance capitalism*, encapotando o próprio “*estado de vigilância*”, e vivamos felizes.

E ordeiros. Sem sobressaltos.

A justificação, para esta aceitação social passiva e dócil, por parte de uma maioria de cidadãos, refletindo, denota muito do seu analfabetismo. Analfabetismo digital. Mas também social. A ordem das coisas apenas sobrepuja o ponto de partida. A liberdade individual é gratuitamente cedida a entidades privadas. Nunca ao Estado. A compressão de direitos fundamentais apenas terá de partir deste porto privado.

Aquiesçamos, afinal, mais de duzentos anos depois, a sociedade não compreende o ditame de que "*uma sociedade que troca um pouco de liberdade por um pouco de ordem acabará por perder ambas, e não merece qualquer delas*"⁸.

Nesta nova edição da Cyberlaw by CIJIC, em consonância com os docentes do Mestrado em segurança da informação e direito do ciberespaço⁹, tivemos o ensejo de provocar alguns discentes a reflexões sobre a realidade pungente que convoca a sociedade. No presente e para o futuro. Entre a segurança da informação nas organizações (SiO), a consciencialização dos funcionários das organizações para a temática, o factor humano na SiO; dados pessoais em *Schrems II* e acesso a metadados por parte do MP sem um suspeito determinado ou determinável, *not/net neutrality*, os discentes procuraram reunir algumas interjeições que, como já demos conta oportunamente, ajudem a mitigar a desigual compreensão, a despertar a consciencialização individual para promoção de um combate ao analfabetismo digital.

Trazemos, também, a participação de proeminentes juristas brasileiros que acederam ao nosso convite para dissertarem sobre a lei geral de proteção de dados brasileira assim como sobre o fenómeno do *stalking* em contexto laboral inclusive em ambiente digital.

8 Thomas Jefferson (1743-1826), carta a James Madison.

9 <https://fenix.tecnico.ulisboa.pt/cursos/msidc>

Resta-me, assim e por fim, agradecer a todos quantos contribuíram para mais esta nova edição da Revista, pelo esforço, pela disponibilidade, pela obra, endereçando a todos, em nome do Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço – CIJIC – da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, um merecidíssimo: - Muito Obrigado.



Cyberlaw by CIJIC, *Direito: a pensar tecnologicamente.*

Boas leituras.

Lisboa, FDUL, 31 de Março de 2021

Nuno Teixeira Castro

CYBERLAW

by CIJIC

A PROEMINÊNCIA DA *NET NEUTRALITY* E AS SUAS ADVERSIDADES

EDUARDO SIMÕES BARROS*

* Mestrando em segurança da informação e direito ciberespaço.

RESUMO

Com o atual valor da *internet* e dos seus ativos começam a surgir problemas que pelo facto de colidirem com alguns direitos humanos são de grande relevo. Um dos debates mais acesos nesta medida é o da *net neutrality*. Este documento apresenta o conceito de *net neutrality*, explica porque a falta dela é tão perigosa para os direitos humanos, perspectiva as partes contra e a favor, analisa algumas soluções que podem ser adotadas e esclarece alguns pontos que aparentam discordantes como o do *Quality of Service* (QoS). Após enquadrada a *net neutrality* são analisadas as abordagens Americana e Europeia que visam solucionar, através de peças legislativas, os problemas inerentes à *net neutrality* (ou à falta dela).

Palavras-Chave: Net neutrality, Direitos humanos, *Quality of Service*, Abordagem Americana à *net neutrality*, Abordagem Europeia à *net neutrality*.

ABSTRACT

With the current value of the internet and its assets, relevant problems start to emerge since they conflict with some human rights. One of the most heated debates in this regard is the net neutrality. This document presents the concept of net neutrality, explains why the lack of it is so dangerous for human rights, analyzes the prospects for and against, analyzes some solutions that can be adopted and clarifies some points that seem to be discordant like that of the Quality of Service (QoS). After framing the net neutrality, the American and European approaches that aim to solve, through Legislative pieces the problems inherent to the net neutrality (or the lack of it) are analyzed.

Keywords: Net neutrality, Human rights, Quality of Service, American approach to net neutrality, European approach to net neutrality.

1. Introdução

É difícil pensar num aspeto da vida humana que não tenha sido afetado pela *internet*. A *internet* alterou por completo o conceito de aprendizagem e investigação, permitindo um acesso praticamente ilimitado e livre à informação. Facilitou as comunicações, o uso de vários serviços públicos, a forma como se efetuam compras e revolucionou por completo o conceito de trabalho. São infindáveis as oportunidades e os valores que a *internet* ocasionou, não só pelos valores que acrescentou à vida humana, como pelo valor econômico atual dos ativos da *internet*, sendo vista por muitos como o novo petróleo.

Considerando o peso que a *internet* passou a ter na vida do ser humano, é natural que se discutam as liberdades associadas ao uso da mesma, a liberdade de expressão, a liberdade individual ou mesmo se o acesso à *internet* é ou não um direito fundamental. Só por si, o relevo que estes debates têm demonstra a importância e o risco das tecnologias de informação nos tempos que correm. Será lógico então ampliar os direitos fundamentais que constam na constituição portuguesa para o ciberespaço e o acesso ao mesmo?

A *internet* cultiva o direito ao conhecimento e possibilita a um indivíduo o seu próprio desenvolvimento. Aliado a estas características, a *internet* permite que o direito à liberdade de expressão seja usado e abusado de uma forma massiva. Esta prática permitiu que muitas organizações criassem livremente a sua iniciativa, havendo mesmo casos em que a gestão da organização é efetuada através de escritórios virtuais, como o caso do *GitLab*, uma das empresas de *software* mais usado no mundo ¹.

Em muito a *internet* e as suas propriedades assemelham-se a um espaço físico, com várias propriedades que o próprio não goza. Para a prospeção do ser humano, o acesso à *internet* deve ser um direito fundamental. Apesar de surgirem novos problemas com esta afirmação, nomeadamente a garantia de acesso à mesma, para que a influência da *internet* na vida humana seja colocada de forma realista, a mesma deve ser considerada como um

¹ Disponível em: <https://about.gitlab.com/blog/2016/11/17/web-summit-summary/>

direito fundamental. O ponto 6 do artigo 35 da constituição portuguesa aborda de forma leviana este tema quando refere “*A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de proteção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional*”².

Um dos debates mais acesos do momento é o da *net neutrality* que apesar de ser um tema aparentemente idêntico ao acesso livre à *internet* têm fundamentos diferentes. Entende-se que o conceito de “internet aberta” corresponde às condições de acesso à própria *internet*, em contrapartida, o conceito de *net neutrality* aponta para as práticas de gestão do tráfego. No fundo, o paradigma da *net neutrality* dita que todos os bits de uma comunicação devem ser tratados da mesma forma, não podendo haver manipulação dessa informação, quer seja através do bloqueio, do retardamento ou do acréscimo de condições para o acesso à informação, não importando as circunstâncias, o país de acesso nem o conteúdo que se acede.

Por um lado, os *Internet Service Providers* (ISP), entidades que permitem aos utilizadores o acesso à *internet*, conseguem mais benefícios manipulando o tráfego à sua medida, quer seja privilegiando o tráfego de entidades protocoladas ou privilegiando os seus próprios serviços. Ainda com uma posição análoga, os criadores do serviço que têm como objetivo a satisfação do cliente, estão interessados em ver o seu tráfego ser tratado de forma superior, podendo isto, acidentalmente, levar a uma monopolização da prática de tratamento diferenciado do tráfego, exonerando as entidades que não têm as capacidades financeiras para ver o seu tráfego a ser tratado da mesma forma. Por fim, os utilizadores têm muito a perder com a não aplicação de políticas de *net neutrality*, nomeadamente o direito à liberdade de expressão, o direito do acesso à informação e a desigualdade³ que pode existir em conteúdos que exigem um pagamento adicional⁴.

2 Disponível em:

<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art35>

3 O Princípio da igualdade deve ser assegurado na condição de haver serviços que exigem mais de um ponto de vista financeiro. “O princípio da igualdade impõe aos poderes públicos um tratamento igual de todos os seres humanos perante a lei e uma proibição de discriminações infundadas, sem prejuízo de impor diferenciações de tratamento entre pessoas, quando existam especificidades relevantes que careçam de proteção”, disponível em: <https://dre.pt/web/guest/lexionario/-/dj/117357316/view>

4 O jornalista *Thor Benson*, expõem de forma clara que a liberdade de expressão deve ser disseminada de igual forma por todos, caso contrário, o uso desta torna-se assimétrico. “*There is no free expression when you have to pay extra to stand on the soap box*”.

A *net neutrality*, ou a falta dela, é um grande problema debatido no mundo inteiro. Existem motivações válidas tanto para quem está de acordo com a aplicação de políticas de *net neutrality*, como para quem está contra. Um regime híbrido capaz de mitigar os problemas de ambas as partes seria o ideal, no entanto, a importância deste tema sobressai quando se questionam direitos fundamentais em troca de valores, sobretudo, económicos. Segundo Barry Diller, fundador da *Fox Broadcasting Company*, as oportunidades que a *internet* trouxe, não devem ser alteradas ⁵.

De forma a abordar os problemas da *net neutrality*, as legislações inerentes à mesma e as nuances mais relevantes deste tema, o presente trabalho ficou arquitetado da seguinte maneira:

Inicialmente, será explicado com algum detalhe o porquê de surgirem problemas em órbita da *net neutrality*, que problemas são esses, e porque as partes contra e a favor da *net neutrality* devem ser ambas ouvidas. De seguida, as abordagens adotadas pela América ao longo dos últimos anos para lidar com este assunto serão analisadas em conjunto com alguns tópicos presentes na mais recente legislação. Por último, será analisada a abordagem europeia no mesmo enquadramento que a americana. De referir que ao longo do documento serão estudadas problemáticas gerais da *net neutrality* que se considerem relevantes.

⁵ Barry Diller dita, e bem, que a *internet* permite a qualquer um publicar o seu próprio conteúdo sem qualquer censura. "*The Internet came together as a miracle, really. Anyone with a wire can publish, we need to keep it that way*".

2. *Not Neutrality*

A ideia de que o mundo estaria envolvido em redes de partilha de informação, é uma ideia bastante antiga edificada por *Nikola Tesla* no início de 1900. Mais tarde, no início de 1960, *J. C. R. Licklider* introduziu a ideia de uma “rede intergaláctica” que interconectava vários computadores e que permitia a troca de informação através de porções de dados, designados de pacotes. A criação desta ideia, inicialmente para fins militares e científicos, funde-se no princípio da existência de uma rede universal que dá o poder aos seus utilizadores de se expressarem livremente e de acederem de forma ilimitada à informação ⁶.

A Internet abriu um novo mundo de oportunidades para o ser humano e deve ser vista como o produto da inovação e da criatividade do ser humano. Por ser um produto da sua autoria tem o propósito de aprimorar as suas necessidades e, neste momento, é indubitavelmente uma das mais importantes ferramentas de comunicação. Pelas suas características, permite o acesso quase ilimitado a infinitas fontes de informação distintas e de uma forma discutivelmente rudimentar.

A dependência das tecnologias, em particular da *internet*, acabou por levantar questões, que nada têm a ver com a tecnologia, sobretudo questões económicas e de interesse estratégico. Um dos debates mais acesos segundo a *Microsoft*, é a questão da *net neutrality*⁷. Este paradigma dita que todos os *bits* devem ser tratados de forma igual, desde o momento que são transmitidos até ao fim da sua viagem, instituindo, portanto, que os responsáveis pelo transporte não os possam manipular. Isto implica que o tráfego não seja bloqueado, discriminado nem retardado por qualquer que seja o motivo. A *not neutrality* (não existência de *net neutrality*) é análogo a dar o poder aos ISP para que tratem a informação da forma que assim desejarem, incluindo o favorecimento dos seus próprios interesses. Caso não se debata sobre a *net neutrality*, não só os ISP terão as habilidades técnicas para pôr em prática uma política de *not neutrality*, como jurídicas.

⁶ Disponível em: <https://www.history.com/news/who-invented-the-internet>

⁷ Em 2018 a *Microsoft* lançou um relatório acerca dos 10 maiores problemas que a tecnologia enfrenta, o problema da *net neutrality* surge em 8ª posição demonstrando a sua relevância. Disponível em: <https://blogs.microsoft.com/wp-content/uploads/2018/01/TopTen2018.pdf>

Todavia a neutralidade da rede tem significados diferentes para várias pessoas. Alguns querem tratamento igual para todos os bits, outros querem apenas tratamento igual para todos os ISP, outros afirmam que as operadoras deveriam poder cobrar mais por serviços premium, mas não bloquear ou restringir o acesso a conteúdos. Cada abordagem tem implicações diferentes para o gerenciamento de rede e consequências diferentes para as partes envolvidas.

A verdade é que a *net neutrality* tem permitido que qualquer entidade possa ter uma iniciativa livre, sem restrições à sua prosperidade. Apenas se consegue uma iniciativa livre obedecendo ao princípio da liberdade de expressão ⁸, as entidades e os serviços que hoje associamos inconscientemente como sendo a “internet”, apenas coexistem porque lhes foi concebido o espaço para sonhar e desenvolver ⁹ e se assim não fosse, a evolução da *internet* não teria existido devido à falta de escolha, competição, inovação e oportunidades.

É exatamente o problema da *not neutrality* que tem gerado discordância entre os ISP, os fornecedores de serviço e os utilizadores finais. Por um lado, os ISP e os criadores de serviço pretendem oferecer um serviço com mais qualidade aos seus clientes, para isso, exigem a liberdade de gerir os serviços da forma que eles entenderem. Por outro lado, as entidades que não têm recursos financeiros para equiparar as práticas exercidas pelas empresas mais poderosas são automaticamente impossibilitadas de criar o seu espaço de negócio de forma justa. Por último, os consumidores tipicamente preferem aceder a serviços e conteúdos sem tratamento diferenciado, como pode ser verificado no estudo perpetrado pelo *Body of European Regulators for Electronic Communications* (BEREC) em 2015 ¹⁰, que visa perceber qual é a posição dos utilizadores mediante o valor da *net neutrality*.

8 O Ponto 1 do artigo 37 da Constituição Portuguesa (princípio da liberdade de expressão) protege este princípio ditando que “Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.”

9 A Google transcreve o seguinte: “*Thanks in part to net neutrality, the open internet has grown to become an unrivaled source of choice, competition, innovation, free expression, and opportunity. And it should stay that way*”. Novamente, mostrando o papel relevante da *net neutrality* no crescimento da *internet*. Disponível em: <https://www.google.com/takeaction/action/net-neutrality>

10 Disponível em:

https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/5024-berec-report-on-how-consumers-value-net-neutrality-in-an-evolving-internet-marketplace-a-report-into-ecosystem-dynamics-and-demand-side-forces

Nunca na sua criação a *internet* teve um intuito comercial. Em paralelo, a área das comunicações *broadband* demonstrava que o valor económico era efetivamente um fator que se destacava. No contexto das telecomunicações o operador nunca teve o direito de escolher com quem as pessoas podiam falar, nem o direito de editar o conteúdo das suas conversas, não existindo, portanto, uma manipulação dos conteúdos que fluíam por estas redes de comunicação nem a aplicação de políticas de *not neutrality* visíveis.

Durante a última década, foi visível a transição de utilizadores que maioritariamente acediam a informação por meios que não a *internet*, quer seja com o *pack* de canais ou mesmo com o telefone de casa, para um utilizador que efetua chamadas através da *internet* (via *WhatsApp*, *Messenger*, entre outras) e, igualmente, vê o seu conteúdo televisivo através da *internet* (via *Netflix*, *HBO*, *Amazon Prime*, entre outras). Não só existe um impulso natural para as novas gerações gostarem da liberdade e riqueza que a *internet* tem a oferecer comparativamente aos meios tradicionais, como exige menos esforços económicos para o efeito. Notoriamente, a receita dos prestadores de serviço (ou a falta dela) não é a idealizada, dada a força natural desta transição. É claro que estas entidades subsistem dos serviços prestados aos clientes e por isso, este é um fator relevante a ter em conta, evidentemente que a falta de investimento nos ISP é um problema, no entanto, uma política de *not neutrality* pode acabar com vários direitos básicos dos utilizadores, bem como uma competitividade construtiva dos prestadores destes serviços.

Uma das metodologias que os ISP podem adotar para combater este problema é olhar para os serviços que geram mais tráfego pelo utilizador e, tendo em conta que o fornecem e não têm benefícios acrescidos com isso, podem tornar este paradigma num modelo de negócio cobrando mais aos utilizadores para que esse seja um serviço diferenciado e com melhor acesso do que os restantes, esta prática é muitas vezes designada de “*fast lane*”¹¹. Evidentemente o criador desse serviço também estará interessado em que o seu serviço seja entregue com a melhor qualidade possível e pode também demonstrar o seu interesse estabelecendo acordos com o prestador de serviço para garantir a qualidade de entrega do seu serviço.

11 Ideia debatida muito cedo por *Tim Wu*, que se tornou num tema muito debatido dos dias de hoje. Disponível em:
https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2282&context=faculty_scholarship

Existem países mais reservados que claramente não concordam nem aplicam políticas de *net neutrality*, nem o próprio estado nem as suas entidades estão interessados em ter competição produtiva, nem ideias contrárias aos seus próprios princípios. Por um lado, e não sendo de todo errado, a *not neutrality* beneficia o mercado nacional com mais investimentos nos ISP e eventualmente nos fornecedores desse serviço. O problema surge quando os prestadores de serviço têm um controlo total sobre os bits que transmitem e usam esse poder para benefício próprio deixando para trás todos os direitos e oportunidades associadas à *net neutrality* ¹².

O ideal nesta colisão de interesses é que nenhum direito dos utilizadores seja comprometido e que nenhuma oportunidade que tenha surgido com a *internet* se desvaneça, assegurando sempre a continuidade da inovação e do conhecimento. Paralelamente, deve-se procurar uma forma de aumentar o investimento nos ISP sem nunca comprometer a competitividade entre estes nem das organizações que usam a *internet* como parte da sua infraestrutura.

2.1. Solução Prática

Na prática, o que acontece com a atual ligação que os ISP prestam aos seus clientes pode ser vista como um cabo dividido em duas partes. Uma das partes é dedicada aos canais televisivos, nesta divisão existe uma descrição completa do ISP para mostrar os conteúdos que desejarem, podendo até mostrar o seu próprio conteúdo como se acredita que foi feito pela *Verizon* quando aplicou medidas para retardar o tráfego da *Netflix* de forma a anunciar a sua plataforma *Hulu* ¹³. Na outra divisão encontra-se a *internet*, em que existe um fluxo bidirecional completamente livre de tratamento e sem qualquer restrição. Uma das soluções dos ISP é enviar um certo conteúdo (como por exemplo, a *Netflix*) que tipicamente usa a via da *internet*, pela via em que os próprios têm descrição. Tecnicamente, isto é possível, ambos usam mecanismos de transmissão idênticos (*IP*

12 Também o Facebook já demonstrou a sua posição sobre a temática da *net neutrality*, transcrevendo o seguinte: “*If we want everyone in the world to have access to all the opportunities that come with the internet, we need to keep the internet free and open*”. Disponível em: <https://www.facebook.com/zuck/posts/10103878724831141>

13 Disponível em: <https://www.digitaltrends.com/web/verizon-wireless-throttling-video-traffic/>

protocol) com propriedades elétricas idênticas que permitem a transmissão desses *bits* de uma divisão para a outra.

Usando este paradigma, pode existir algum problema futuro para qualquer uma das partes? Pode. Nada impede a *Netflix* de querer comprar uma *fast lane* e, na prática, este ato, só por si, não é errado, deve existir prioridade de vários serviços, como serviços médicos, chamadas de emergência, comunicações dos alarmes, entre outros. Pondere, no entanto, que todos os fornecedores de serviço (com capacidade monetária), decidem colocar o seu serviço numa *fast lane*, chega uma altura em que a divisão da *internet* passa a ser tão reduzida que será vestigial. Assumindo que os débitos não são alterados por cada vez que é introduzido um serviço na via operada pelo ISP, as capacidades de débito geral não mudam, podendo mesmo chegar ao ponto de o canal da *internet* ficar inoperável.

Como resolver este problema agradando todas as partes? Uma das respostas que aparenta ser óbvia, mas que tem potencialidade é aumentar ambas as divisões das ligações do ISP ao mesmo ritmo, para que nenhuma delas possa ser mais beneficiada. Claramente isto traz outros problemas inerentes, o débito praticável tem limitações conhecidas, principalmente quando se fala de ligações *wireless*. No entanto, isto não deve ser encarado como um problema, mas sim como uma oportunidade de evolução, é precisamente quando surgem problemas deste cariz que existe espaço para a inovação ¹⁴. O que não deve acontecer é permitir que a divisão da *internet* passe a meros vestígios por motivos, sobretudo, económicos.

14 Opinião do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT) *Media Labs*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=AdANAZ-bk44>

3. Abordagem Americana

Dada a sua relevância, a *net neutrality* é um tema discutido mundialmente, no entanto, o debate sobre a *net neutrality* nos EUA fez eco, primeiro, porque começou bastante cedo, segundo, porque o debate foi rico o suficiente para outros estados subscreverem ideias resultantes do debate. Em 2010, a *Federal Communications Commission* (FCC) vigorou um conjunto de regras capazes de controlar a *net neutrality* e reforçar a importância da liberdade de expressão, inovação, aumento do investimento, competição, criação de emprego e crescimento económico ¹⁵.

Em 2015, surgiu um novo conjunto de regras muito bem encarado pela maioria da população americana, que trouxe várias nuances importantes para a regulação do acesso à *internet*¹⁶. Este regulamento introduziu 3 princípios fundamentais para o cumprimento de uma política de *net neutrality*, dos quais, o *no blocking*, que proíbe o bloqueio de serviços, aplicações e tráfego; o *no throttling*, que proíbe a redução ou o aumento da velocidade de *download* ou *upload* de um dado conteúdo; e o *no paid prioritization*, que proíbe o benefício de certos conteúdos em troca de um investimento adicional, três princípios aplicados assumindo que se trata de conteúdo lícito.

A correta implementação de uma política de *no paid prioritization* proposta pela FCC, anula as *fast lanes* referidas no capítulo 2. No entanto, repare-se que esta limitação pode, e é ultrapassada com o uso de *Content Delivery Networks* (CDNs) que permitem a entrega de conteúdo com menos latência, providenciando um acrescido aumento de qualidade do serviço em troca de dinheiro. Segundo um estudo feito pela empresa alemã *Statista*, estima-se que em 2022 o uso de CDN aumente cerca de duas vezes comparativamente com o ano atual (2020)¹⁷, demonstrando o real interesse por esta tecnologia.

15 Disponível em: https://docs.fcc.gov/public/attachments/FCC-10-201A1_Rcd.pdf. “Today the Commission takes an important step to preserve the Internet as an open platform for innovation, investment, job creation, economic growth, competition, and free expression”.

16 Disponíveis em: <https://www.fcc.gov/document/fcc-releases-open-internet-order>

17 Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/267184/content-delivery-network-internet-traffic-worldwide/>

O uso desta tecnologia é bastante adotado, principalmente pelos serviços *Over the Top* (OTT), serviços livremente acessíveis pela *internet* que, usualmente, são os mais consumidos pelos utilizadores, são exemplos o *WhatsApp*, o *Spotify*, o *Google*, o *Skype*, entre muitos outros. Segundo um estudo de 2017 efetuado pela ANACOM¹⁸, 44% dos utilizadores portugueses fizeram chamadas de vídeo ou voz pela Internet, podendo-se aferir, que existe uma tendência para o uso dos serviços OTT que são, tipicamente, disponibilizados através da *internet*. Com base nesta transição de serviços, os ISP adaptam as suas ofertas disponibilizando uma maior quantidade de dados móveis, oferecendo serviços OTT nos seus pacotes ou mesmo criando e disponibilizando os seus próprios serviços. Na prática, os OTT acabam por ser o grande potencial de desequilíbrio quando se fala de neutralidade de rede pois são os que têm mais capacidade de investimento, é precisamente neste termo que a regulação é imprescindível.

No dia 11 de junho de 2018 a FCC introduziu um novo pacote regulamentar¹⁹ que vem alterar grande parte dos princípios de acesso à *internet* introduzidos pelo antigo regulamento “*Open Internet Order*”, permitindo que os operadores de serviço manipulem o tráfego de forma muito mais soberana, autorizando, inclusive, a implementação de políticas de *paid prioritization* e *throttling*, medidas opostas às previamente propostas. Essencialmente, teme-se que as operadoras usam este poder para priorizar tráfego em prol do seu próprio benefício, podendo até dar primazia aos seus próprios produtos. Nesta condição os ISP deixam de ser exclusivamente transportadores de serviço para serem criadores de serviço, o que lhes permite a liberdade de expressão e a proteção dada pelo “*first amendment*” da constituição americana²⁰.

Para além dos seus próprios produtos, com este novo regulamento, o operador tem margem estratégica para acordar com organizações, tipicamente serviços OTT, e ajudarem-se mutuamente através de investimentos para um melhor tratamento do seu tráfego. Infelizmente, estes acordos não são inéditos e já aconteceram no passado²¹. A título exemplificativo, a AT&T bloqueou o tráfego VoIP do Skype de forma a reduzir o

18 Disponível em: <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1404697>

19 Disponível em: <https://www.fcc.gov/restoring-internet-freedom>

20 Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-1/>

21 4 casos práticos passados desta prática estão disponíveis em: <https://www.theverge.com/2018/6/11/17438638/net-neutrality-violation-history-restoring-internet-freedom-order>

holofote que era colocado sobre o seu competidor, também a Verizon bloqueou a *Google Wallet* para favorecer o seu *software* de pagamentos de serviços ²².

Numa entrevista dada ao *The Daily Signal* pelo presidente da FCC²³, Ajit Pai, o mesmo refere que desde o regulamento de 2015 que deixou de haver tanto investimento nas operadoras e que os ISP têm medo de inovar com base nas legislações impostas por essa versão do regulamento. Este é o grande motivo que justifica as novas medidas impostas pela regulação de 2018. Em relação à liberdade que permite aos operadores a divisão do tráfego para a via que têm total controlo, segundo a FCC, este não é tema que mereça preocupação porque as operadoras têm de ser transparentes em relação às medidas de tráfego que querem implementar e as mesmas serão escrutinadas pela FCC. Adicionalmente, a FCC acredita que esta questão não se trata das regulações impostas pelo novo pacote regulamentar, mas sim, de uma questão competitiva, dado que a transparência dos operadores em relação à temática da neutralidade de rede aumenta a competição na medida em que os clientes não satisfeitos podem sempre alterar o seu serviço.

Em relação aos benefícios evidenciados que os operadores e fornecedores de serviço passam a ter com este novo regulamento, é dito que o problema da *net neutrality* não é o bloqueio de conteúdos lícitos perante os utilizadores, é sim, o desejo destes terem acesso rápido e barato à *internet*. Em resposta a este problema, o novo regulamento dá mais liberdade de ações aos ISP para que estes construam redes de maior qualidade e facilidade de acesso, o que aparenta ser incoerente devido ao incremento dos preços praticados por estes.

A verdade é que este novo regulamento pode degradar o serviço de organizações que não sejam parceiras dos ISP, bem como as organizações que não sejam capazes de competir com os “*big players*”. Na teoria, a competição entre operadoras impede que este desfavorecimento aconteça, permitindo um maior leque de escolha. Na prática, a competição entre operadoras acaba por não ser uma realidade tão presente ao ponto de

22 Disponível em: <https://www.businessinsider.com/verizon-blocking-google-wallet-201>

23 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8uR2rxfJfFY>

permitir esta escolha ²⁴, possibilitando que as operadoras sejam livres para restringir o acesso a certos conteúdos e que cobrem mais pelos serviços que entenderem.

O desagrado geral pela nova ação da FCC, que foi considerada arbitrária, inconstante e em violação perante a Lei do Procedimento Administrativo (que rege o processo pelo qual as agências federais desenvolvem e emitem regulamentos), fez-se notar, seja por meio de legislações estaduais ou através de contestações em tribunais federais. Certos estados aprovaram uma legislação que reflete as regras de neutralidade da rede propostas por Wheeler no regulamento “*Open Internet Order*”, precisamente por não subscreverem as ideias deste novo regulamento. Para consultar com mais rigor as ações tomadas por certos estados no âmbito da nova legislação inerente à *net neutrality* pode ser consultado o artigo da *National Conference of State Legislatures* (NCSL) ²⁵. Como prova de insatisfação ao novo regulamento, a comissária Jéssica Rosenworcel escreveu um documento em que expõe a sua opinião sobre o mesmo iniciando com a frase arrebatadora “*net neutrality is internet freedom*”, opinando que este regulamento está a retirar a liberdade que a *internet* trouxe²⁶.

A discussão política sobre a adoção de medidas de *net neutrality* muitas vezes deixa para trás o aspecto técnico da implementação de sistemas que garantem neutralidade de rede. A percepção de que os estudos técnicos destas abordagens ficam em segundo plano é bastante presente, no entanto, pouco falada. Onde são contempladas as políticas de *Quality of Service* (QoS)? Fazendo uma analogia ao tráfego de circulação, existem vias distintas para tráfego distinto, a circulação nas autoestradas carece de veículos com uma requisição específica, da mesma forma que existem vias de emergência para as ambulâncias ou mesmo as ecopistas para os peões e bicicletas. O mesmo se aplica ao tráfego de rede, existem aplicações com requisições diferentes, por exemplo, uma chamada de telefone via *internet* (VoIP) tem prioridades que um *download* de uma aplicação não tem.

Tratar todos os bits de forma igual para efeitos de gestão de tráfego tem sentido literal, é análogo a não aplicar nenhum tratamento na transmissão de informação. Se esta

24 Tema debatido com mais rigor em: <https://www.theverge.com/2018/6/11/17439456/net-neutrality-dead-ajit-pai-fcc-internet>

25 Disponível em: <https://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/net-neutrality-2020-legislation.aspx>

26 Documento disponível em: <https://docs.fcc.gov/public/attachments/FCC-17-166A6.pdf>

política fosse seguida, é correto dizer que a evolução das comunicações que são hoje efetuadas estariam muito aquém das praticadas atualmente. Trata-se de uma política bastante fácil de aplicar na prática e é defendida por entidades como a “grande” *Electronic Frontier Foundation* (EFF). Adicionalmente, Jeremy Gillula, membro da EFF, afirma que o tráfego cifrado não pode ser examinado de forma a aferir a necessidade da política de prioridade de tráfego²⁷. De salientar que as medidas de gestão de tráfego excepcionais apenas são aceites se forem comprovadamente baseadas em critérios técnicos, isto é, para efeitos de QoS, os operadores têm de demonstrar tecnicamente a dependência destas medidas para o correto funcionamento da rede.

A abordagem americana acaba por ser muito rica na quantidade de valências que tenta resolver. É notória a satisfação e sucesso dos fornecedores de serviço, ainda é mais notário o sucesso dos criadores de serviço americanos uma vez que são, indiscutivelmente, os maiores do mundo e os mais avançados tecnologicamente. Teme-se, no entanto, que com a nova regulação imposta pela FCC os fornecedores de serviço retirem as oportunidades intrínsecas a uma boa política de *net neutrality*, bem como os direitos dos seus utilizadores.

²⁷ “network operators shouldn’t be doing any sort of discrimination when it comes to managing their networks”. Disponível em: <https://spectrum.ieee.org/telecom/internet/net-neutralitys-technical-troubles>

4. Abordagem Europeia

Apesar da *net neutrality* passar despercebida, pela relevância que tem no contexto europeu, a União Europeia (EU) introduziu um pacote regulamentar que disciplina de forma concisa o acesso à *internet* e a manipulação do seu tráfego. A abordagem europeia é encontrada no Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2015²⁸. Este regulamento também altera a Diretiva 2002/22/CE²⁹ relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas, bem como o Regulamento (UE) n.º 531/2012³⁰ relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da União. O objetivo do regulamento 2015/2120, aprovado em agosto de 2016, pode ser encontrado logo no 1.º ponto do 1.º artigo com a seguinte constatação “*O presente regulamento estabelece regras comuns para garantir o tratamento equitativo e não discriminatório do tráfego na prestação de serviços de acesso à Internet, e os direitos conexos dos utilizadores finais*”. Nesta frase sobressai a clara preocupação por um acesso à *internet* de forma neutra, sem discriminação e justa. Este regulamento é aplicável a todos os prestadores de serviço de acesso à *internet*³¹ e assenta em 4 conjuntos de regras fundamentais para a temática da *net neutrality*.

Em **primeiro**, o ponto 1 do artigo 3.º (Garantia de acesso à Internet aberta), que dita que “*Os utilizadores finais têm o direito de aceder a informações e conteúdos e de os distribuir, de utilizar e fornecer aplicações e serviços e utilizar equipamento terminal à sua escolha, através do seu serviço de acesso à Internet, independentemente da localização do utilizador final ou do fornecedor, ou da localização, origem ou destino da informação, do conteúdo, da aplicação ou do serviço*”, demonstrando uma clara relação à política de *non blocking* estabelecida pela FCC, efetivando a liberdade do utilizador em

28 Dado que se trata de um regulamento e não carecendo de transposição, o mesmo passa a ter efeito direto sobre a legislação portuguesa. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R2120&from=PT>

29 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002L0022&from=PT>

30 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012R0531&from=EN>

31 Este regulamento remete para o BEREC, organismo que agrupa os Reguladores de Telecomunicações europeus. Posteriormente, o BEREC remete algumas linhas de orientação para a implementação do regulamento pelos reguladores nacionais, no caso de Portugal, a ANACOM. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R2120>

aceder e distribuir o conteúdo que desejar, independentemente dos fatores envolventes. Desta forma é assegurado o princípio da liberdade de expressão³² que consta na Constituição portuguesa, não existindo censura de conteúdos (exceto os ilícitos).

Em **segundo**, o ponto 3 do 3º artigo (Garantia de acesso à Internet aberta), que consegue ser resumido no seu primeiro parágrafo “*Os prestadores de serviços de acesso à Internet tratam equitativamente todo o tráfego, ao prestarem serviços de acesso à Internet, sem discriminações, restrições ou interferências, e independentemente do emissor e do recetor, do conteúdo acedido ou distribuído, das aplicações ou serviços utilizados ou prestados, ou do equipamento terminal utilizado*”. Neste parágrafo depreende-se bem a posição do BEREC para que os operadores e as entidades economicamente mais poderosas não sejam as favorecidas no que toca ao tratamento do seu tráfego.

O segundo parágrafo deste artigo nitidamente remete para o QoS³³, apesar deste segundo parágrafo não ser explícito para muitos juristas no que toca à exclusividade da aplicação de medidas razoáveis de gestão do tráfego sobre aspetos técnicos, o texto é esclarecedor em relação à necessidade de justificações técnicas que, como já foi visto, também foram propostas pela FCC e são extremamente necessárias para um bom funcionamento das redes.

O terceiro parágrafo remete para a política de *no throttling*³⁴, também implementada pela FCC. Era expectável que o bloqueio, abrandamento, alteração, restringimento ou a degradação dos conteúdos fossem medidas devidamente proibidas, exceto se usadas em situações muito próprias, descritas nas alíneas a), b) e c).

32 Ponto 2 do artigo 37 da Constituição Portuguesa (princípio da liberdade de expressão), este dita que “O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.”

33 Artigo 3, ponto 3, 2º paragrafo do regulamento 2015/2120, “O primeiro parágrafo não obsta a que os prestadores de serviços de acesso à Internet apliquem medidas razoáveis de gestão do tráfego. Para que possam ser consideradas razoáveis, essas medidas devem ser transparentes, não discriminatórias e proporcionadas, e não podem basear-se em questões de ordem comercial, mas sim na qualidade técnica objetivamente diferente dos requisitos de serviço de categorias específicas de tráfego. Essas medidas não podem ter por objeto o controlo de conteúdos específicos, nem podem ser mantidas por mais tempo do que o necessário.”

34 Artigo 3, ponto 3, 3º paragrafo do regulamento 2015/2120, “Os prestadores de serviços de acesso à Internet não podem estabelecer medidas de gestão do tráfego mais gravosas do que as medidas previstas no segundo parágrafo, e, em particular, não podem bloquear, abrandar, alterar, restringir, ou degradar conteúdos, aplicações ou serviços específicos, ou categorias específicas dos mesmos, nem estabelecer discriminações entre eles ou neles interferir, exceto na medida do necessário ...”

A **terceira** nuance que este regulamento introduz de alto relevo pode ser encontrada no 1º ponto do 4º artigo (Medidas de transparência para garantir o acesso à Internet aberta). A existência deste artigo assegura que os prestadores de serviço sejam transparentes e objetivos no contrato estabelecido com o cliente, em particular nas medidas de gestão de tráfego e o impacto que elas possam ter para o uso da *internet* pelo utilizador³⁵. À semelhança do que acontece com o já descrito no capítulo 3, a existência de transparência por parte dos operadores de serviço permite uma maior competição na medida em que o utilizador escolhe o serviço que deseja com base na sua satisfação.

Por último, a **quarta** nuance pode ser encontrada no 5º ponto do 3º artigo (Garantia de acesso à Internet aberta), onde são mencionadas as especificações para a implementação e uso dos serviços *Premium*. Estes serviços são facilmente associados como sendo discordantes à regra do *no paid prioritization* criada pela FCC que visa proibir o benefício de certos conteúdos em troca de um investimento adicional. Em adição a esta prática de desfavorecimento pelas entidades que não suportam pagar esta *fast lane*, existe o facto de que os fornecedores de serviço podem usar CDN, como já referido, incrementando ainda mais a qualidade de disseminação do seu conteúdo em troca de dinheiro.

A liberdade que os prestadores e os fornecedores de serviço têm para oferecer serviços diferenciados relativamente aos serviços de acesso à *internet* é descrita no primeiro parágrafo do 5º ponto do 3º artigo³⁶, concluindo que pode existir a entrega e o uso de serviços *Premium* para determinados fins, como por exemplo, serviços IPTV, *VoLTE*, serviços corporativos, entre outros. Isto significa que modificar a qualidade e a disponibilidade de um serviço de uma perspectiva técnica e legal é possível.

A solução dada no capítulo 2 relativamente ao perigo do canal da *internet* se tornar meros vestígios com a introdução de vários serviços no canal controlado pelo ISP acaba por ser referida no segundo parágrafo do 5º ponto do 3º artigo “Esses serviços não podem

35 Artigo 4, ponto 1, alínea a) “Informações sobre o impacto que as medidas de gestão do tráfego aplicadas pelo prestador de serviços poderão ter na qualidade do serviço de acesso à Internet, na privacidade do utilizador final e na proteção dos seus dados pessoais ”

36 Artigo 3, ponto 5, 1º paragrafo do regulamento 2015/2120, “Os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas ao público, incluindo os prestadores de serviços de acesso à Internet, e os fornecedores de conteúdos, aplicações ou serviços têm a liberdade de oferecer serviços diferentes dos serviços de acesso à Internet que estejam otimizados para conteúdos, aplicações ou serviços específicos, ou para uma combinação dos mesmos, caso a otimização seja necessária para respeitar os requisitos dos conteúdos, aplicações ou serviços para um nível de qualidade específico.”

poder ser utilizados nem oferecidos em substituição dos serviços de acesso à Internet, nem podem afetar a disponibilidade ou a qualidade geral dos serviços de acesso à Internet para os utilizadores finais”, existindo uma salvaguarda à capacidade da rede para oferecer ou facilitar serviços controlados pelo ISP e garantindo em simultâneo que o canal da *internet* não se torna inexistente.

Referir por último que este regulamento não refere sobre práticas *zero rating*, sendo por isso bastante criticado. O *zero rating* é a prática de fornecer acesso à *internet* sem custos financeiros sob certas condições, tipicamente manifesta-se no fornecimento de serviços incluídos num pacote em que esses serviços não são contabilizados. Esta prática pode implicar impactos negativos para a concorrência, na medida em que os seus serviços têm custos acrescidos comparativamente aos que estão cobertos por uma política de *zero rating*. Este é um exemplo de *not neutrality* e um manifesto do poder que os ISP têm para praticar a *not neutrality*. Na opinião de Senador Ro Khanna, os serviços que pratiquem políticas de *zero rating*, como a MEO, começam a dividir a própria *internet* em pacotes³⁷. Na prática, estas políticas estão a bloquear certos serviços a não ser que sejam explicitamente pagos.

Também o 5º ponto do 3º artigo 3 foca a necessidade do acesso não discriminatório à *internet*, motivando as autoridades a aplicarem as medidas necessárias para o correto e justo funcionamento das redes. A autoridade (ANACOM), deve verificar e garantir que as políticas de gestão de tráfego são bem aplicadas, monitorizar esta atividade para assegurar que os utilizadores finais não são lesados e aplicar as devidas sanções. O 6º artigo, referente às sanções, dita que os estados-membros devem estabelecer o regime de sanções e comunicá-lo à comissão até 30 de abril de 2016³⁸. No dia 04 de abril de 2020 com o Decreto-Lei n.º 49/2020³⁹ é estabelecido o regime sancionatório aplicável à violação de regras sobre acesso à *internet* aberta, fazendo com que este regime passe a estar incluído na Lei das Comunicações Eletrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro), no capítulo “supervisão e fiscalização”, passando a constar do regime das sanções

37 *Tweet* disponível em: <https://twitter.com/RoKhanna/status/923701871092441088>

38 Artigo 6 do regulamento 2015/2120, “Os Estados-Membros estabelecem o regime de sanções aplicável às infrações ao disposto nos artigos 3.o, 4.o e 5.o e tomam todas as medidas necessárias para garantir a sua aplicação. As sanções previstas devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas. Os Estados-Membros notificam essas disposições à Comissão até 30 de abril de 2016, e notificam-na sem demora de quaisquer alterações subsequentes das mesmas”

39 Disponível em: https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/139472786/details/maximized?serie=I&print_preview=print-preview

aplicável à violação de obrigações previstas no Regulamento n.º 2015/2120 e no Regulamento n.º 531/2012.

Com algum tempo de atraso este decreto-lei veio clarificar como serão perpetuadas as coimas para as contraordenações na temática da *net neutrality*, ou da falta dela. São tipificadas as contraordenações graves, punidas com coimas cujo montante varia entre 250,00 e 1.000.000,00 euros, a violação das obrigações enumeradas nos n.ºs 4 e 6, do artigo 113.º, da Lei das Comunicações Eletrónicas. Também é tipificada a contraordenação muito grave, punida com coimas cujo montante varia entre 750,00 e 5.000.000,00 euros, da violação das obrigações enumeradas nos n.ºs 5 e 7, do artigo 113.º da Lei das Comunicações Eletrónicas ⁴⁰. Estas contraordenações acabam por abranger uma panóplia de violações puníveis, das quais o não uso de políticas de *net neutrality* faz parte.

Para concluir, no dia 30 de abril de 2019, o regulamento 2015/2120 foi sujeito a uma reavaliação pelo Parlamento Europeu e do Conselho sobre as medidas propostas ⁴¹. A conclusão desta reavaliação foi a seguinte: "*Compared with the situation in 2015, before the regulation applied, end-users and content application providers express great satisfaction with today's state of affairs. Internet service providers also support the principles of an open internet and do not consider that it is necessary to amend these principles*" culminando em satisfação tanto dos utilizadores como dos prestadores e fornecedores de serviço. Como consequência, a comissão constata que não é apropriado propor emendas ao regulamento nesta fase demonstrando o efeito positivo do mesmo, verdade seja dita, a forma como o regulamento joga com os interesses das partes envolvidas do debate sobre a neutralidade de rede torna espectável a satisfação geral das partes.

40 Disponível em: <https://www.servulo.com/pt/investigacao-e-conhecimento/Violacao-de-regras-sobre-acesso-internet-aberta-e-chamadas-intra-Uniao-Europeia-reguladas-um-regime/7193/>

41 Relatório disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/EN/COM-2019-203-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>

5. Considerações Finais

Pelo seu perigo inerente, a *net neutrality* é um tema merecedor de debate e de consideração por parte dos estados e das entidades reguladoras. Neste documento procurou-se abordar os problemas subjacentes às políticas de *not neutrality*, o porquê de existirem esses problemas e quais são as soluções propostas pelas legislações Americana e Europeia para combater esta ameaça.

Contrariamente ao que se pensa, foi possível verificar que a aplicação de políticas de *Quality of Service (QoS)* não é sinónimo de *not neutrality*, pelo contrário, a aplicação destas políticas é extremamente importante para que a *internet* tenha a maior eficiência possível. É necessário estar ciente da existência de várias definições para o conceito de *net neutrality*. Assumindo a definição estrita de *net neutrality*, ou seja, o tratamento igual para todos os bits, nunca houve neutralidade de rede e provavelmente nunca haverá. Uma política de *net neutrality* não deve ser aplicada sobre todos os bits que percorrem a rede, mas sim, deve ser aplicada com o fundamento de que no fim da sua aplicação consegue preservar as oportunidades inerentes à *internet* aumentando em paralelo a *performance* da mesma.

No debate da *not neutrality*, não são apenas os utilizadores que têm um risco associado, os ISP e os criadores de serviço defendem o seu ponto de vista de uma forma fundamentada, e como tal, também deve ser ouvida. Os ISP desempenham um papel basilar na disseminação do acesso à rede, não só aos utilizadores, como às próprias organizações, hospitais, etc. Apesar dos utilizadores e os ISP cooperarem em prol de um interesse mútuo, em que o utilizador beneficia do acesso à *internet* e o ISP beneficia de uma remuneração, no debate da *net neutrality* existe uma colisão entre ambos que leva à necessidade de que os interesses de ambas as partes sejam salvaguardadas através de um pacote regulamentar.

A abordagem americana sobre a neutralidade da rede acabou por ser muito rica na quantidade de valências que tentou resolver. O regulamento que vigorou na administração Obama foi muito bem abraçado pelos utilizadores americanos e acredita-se que teve muita influência para o atual regulamento europeu. Com a introdução do novo regulamento

americano, liderado pelo presidente da FCC, Ajit Pai, é notória a satisfação dos fornecedores de serviço e dos criadores de serviço americanos pela liberdade legal que têm agora para aplicar medidas de gestão de tráfego que lhes permite beneficiar de uma forma que a anterior regulação não permitia. Teme-se, no entanto, que esta liberdade retire todas as oportunidades que acompanham o verdadeiro motivo da criação da *internet* e que os próprios direitos dos utilizadores passem a estar em causa por motivos, sobretudo, financeiros.

Com a introdução do novo regulamento Americano (*Restoring Internet Freedom*), que tem sido alvo de discussões e revolta, é expectável que parte da liberdade introduzida com este regulamento seja retirada ou retardada na próxima administração. Acredita-se que este regulamento seja exageradamente flexível ao ponto de entregar demasiado poder legal aos ISP para tomarem as decisões que entenderem em prol do seu benefício. Estas decisões podem comprometer direitos fundamentais dos utilizadores e, contrariamente ao que Ajit Pai alega, torna menor a competitividade entre fornecedores e criadores de serviço não cedendo oportunidade aos que têm menos poder financeiro para se estabelecer.

O debate sobre a neutralidade de rede na Europa assume os mesmos problemas e as mesmas questões que proporcionou a criação da legislação americana, no entanto, ao contrário da atual legislação americana acredita-se que a legislação europeia conseguiu um regime híbrido muito bem conseguido.

O regulamento europeu sobre a neutralidade de rede coloca a União Europeia numa posição bastante favorável, privilegiando e dando liberdade aos fornecedores de serviço para que sejam alvo de investimento e fomentando uma maior competitividade entre os mesmos. Em paralelo, permite que os criadores de serviço tenham alguma margem para tornar os seus serviços diferenciados da concorrência, o que é visto por muitos como uma prática errada. Assegurando que o conteúdo *Premium* seja acessível por todos os utilizadores, mas com uma menor qualidade para aqueles que não usufruem verdadeiramente desse serviço, a neutralidade da rede perdura.

Também com este regulamento os direitos dos utilizadores saem reforçados com políticas que garantem que o acesso à *internet* não é indevidamente manipulado. Os problemas associados à *not neutrality*, como o compromisso da inovação e do

desenvolvimento não necessitam de uma preocupação gravosa, dado que estas propriedades são asseguradas pelo regulamento e não podem ser colocadas em risco.

Como referido ao longo do documento, existem várias parcelas do regulamento europeu que são em muito semelhantes às primeiras abordagens americanas. Notoriamente, as versões primordiais do regulamento americano focaram essencialmente sobre os direitos dos utilizadores e, nessa vertente, podia-se considerar o regulamento europeu mais flexível, dando alguma liberdade para os ISP gerirem o seu tráfego de forma mais livre, mas nunca colocando em risco os direitos dos utilizadores. Desta forma, a União Europeia encontra-se bem posicionada com a sua regulação sobre a neutralidade da rede, acabando por fomentar a inovação e agradando tanto os consumidores com a liberdade que desejam, como os prestadores e os criadores de serviço com um aumento de investimento e de competitividade.

É necessário mencionar que apesar da reavaliação da União Europeia ditar que o regulamento europeu é bastante híbrido na medida em que agrada todas as partes e completo no seu nível descritivo, tem vários problemas. Sem dúvida que o ponto mais crítico e debatido deste regulamento foi ter deixado de fora a prática de políticas *zero rating* que quando aplicadas colocam em jogo o direito de acesso à informação em troca de pacotes pagos que permitem a um ISP beneficiar, quer através de protocolos com criadores de serviço, quer com o patrocínio do seu próprio serviço. Para além desta prática, o regulamento contém regras que são bastante subjetivas à interpretação e aplicação podendo-se revelar, em certas ocasiões, uma pequena abertura para o uso de políticas de *not neutrality*.

Por último, referir que o maior benefício do regulamento europeu, é precisamente o facto de ser um regulamento e, portanto, diretamente aplicável a todos os estados-membros, não permitindo às legislações nacionais o poder para comprometer os direitos básicos dos utilizadores em prol do benefício económico dos ISP, ou o contrário, o compromisso dos investimentos dos ISP por completo. Portugal não aparenta ter um papel muito proativo na aplicação de sanções nem da monitorização do tráfego das operadoras em defesa da neutralidade de rede, uma vez que demorou cerca de 4 anos a mais do que o previsto para estabelecer o regime sancionatório aplicável à violação de regras sobre o acesso à *internet* aberta. Apesar disso, a satisfação dos utilizadores e das operadoras portuguesas, aliás, europeias, aparenta ser recíproca.