

**UNIVERSIDADE TECNOLÓGICA FEDERAL DO PARANÁ
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO DE SERVIÇOS DE
TELECOMUNICAÇÕES**

GABRIELLE TOSIN SOARES

**REGULAMENTAÇÃO DOS SERVIÇOS *OVER THE TOP* E A NEUTRALIDADE DE
REDE: UM ESTUDO SOBRE O ATUAL PANORAMA**

**CURITIBA
2018**

GABRIELLE TOSIN SOARES

REGULAMENTAÇÃO DOS SERVIÇOS *OVER THE TOP* E A NEUTRALIDADE DE REDE: UM ESTUDO SOBRE O ATUAL PANORAMA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista, Curso de Especialização em Gestão de Serviços de Telecomunicações da Universidade Tecnológica Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Ms. Antonio Carlos Wulf Pereira de Melo

**CURITIBA
2018**



Ministério da Educação
Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Câmpus Curitiba
Diretoria de Pesquisa e Pós-Graduação
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO DE
SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES



TERMO DE APROVAÇÃO¹

**REGULAMENTAÇÃO DOS SERVIÇOS OVER THE TOP E A NEUTRALIDADE DE REDE:
UM ESTUDO SOBRE O ATUAL PANORAMA**

Por

GABRIELLE TOSIN SOARES

Esta monografia foi apresentada às **18h45h** do dia **26/11/2018** como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista no CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO, da Universidade Tecnológica Federal do Paraná, **Câmpus Curitiba**. O candidato foi arguido pela Banca Examinadora composta pelos professores abaixo assinados. Após deliberação, a Banca Examinadora considerou o trabalho:

1	X	Aprovado
2		Aprovado condicionado às correções Pós-banca, postagem da tarefa e liberação do Orientador.
3		Reprovado

Prof. Msc. Alexandre Jorge Miziara
UTFPR – Examinador

Prof. Ms. Antonio Carlos Wulf Pereira de Melo
UTFPR – Orientador

Prof. Msc. Alexandre Jorge Miziara
UTFPR – Coordenador do Curso

¹ O termo de aprovação original e assinado está arquivado na Coordenação do Curso.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo realizar um levantamento do atual panorama da legislação vigente no Brasil e verificar se existe a tendência de regular os novos serviços que utilizam a Internet como plataforma de aplicação, os serviços *Over The Top* (OTT), além de verificar a legalidade na diferenciação da transmissão de pacotes de dados utilizando informações de acesso dos usuários. A pesquisa tem caráter descritivo e explicativo, pois visa caracterizar, descrever e determinar a situação atual dos serviços OTT e das leis correlatas, além de analisar, avaliar, verificar e explicar o atual cenário. O estudo se propôs a verificar a possibilidade de regular as empresas OTT respeitando a privacidade dos dados dos usuários e a neutralidade de rede. O princípio da neutralidade de rede deve ser respeitado no Brasil, conforme Decreto Presidencial nº 8.771, de 11 de maio de 2016, que regulamentou o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014). Os pacotes de dados que trafegam na rede devem ser tratados com isonomia e não são admitidas hipóteses de discriminação, nem de degradação de tráfego. O registro dos dados de conexão e de acesso dos usuários devem ser protegidos e apenas divulgados após ordem judicial. Autores da área jurídica apontam que é necessário criar regulamentações específicas aos OTT's para que a concorrência volte a ser isonômica, pois a não incidência de impostos nos serviços OTT faz com que exista uma assimetria regulatória entre os OTT's e os serviços regulados. A tendência é que as prestadoras de serviços OTT sejam passíveis de cobrança de impostos, pois há similaridade entre alguns serviços listados no rol da lei do ISS e os serviços da Netflix e do WhatsApp. É fundamental que haja isonomia regulatória entre os serviços já regulados e os serviços OTT. Uma das formas de atingir tal isonomia é a possível desregulação das grandes operadoras. Assim, a animosidade no setor cessará e abrirá espaço para alianças e parcerias que serão benéficas a todos.

Palavras-chave: Regulamentação da Internet. Marco Civil da Internet. Neutralidade da Rede. Serviços OTT. *Over the Top*.

ABSTRACT

The objective of this study is to obtain an overview of current legislation in Brazil and to verify if there is a tendency to regulate the new services that use Internet such as an application platform, the Over The Top (OTT) services, besides verifying the legality in the differentiation of data transmission using access information of net users. The research has a descriptive and explanatory character, as it aims to characterize, describe and determine the current situation of OTT services and related laws, besides analyzing, evaluating, verifying and explaining the current scenario. The study aimed to verify the possibility of regulating OTT companies respecting the privacy of users' data and net neutrality. The principle of net neutrality must be respected in Brazil, according to Presidential Decree No. 8,771, dated May 11, 2016, which regulated the Civil Internet Landmark (Law No. 12,965, April 23, 2014). The data packets that travel in the network must be treated with isonomy and there is no possibility of discrimination or traffic degradation. The registration of connection and access data of users should be protected and only disclosed after court order. Juridical authors point out that it is necessary to create specific regulations for OTTs so that competition becomes again isonomic, since the absence of taxes in OTT services causes a regulatory asymmetry between OTTs and regulated services. The tendency is for OTT providers to be taxable as there is similarity between some services listed in the ISS law and Netflix and WhatsApp services. It is essential that there is regulatory equality between the services already regulated and the OTT services. One way to achieve such isonomy is the possible deregulation of large operators. Thus, animosity in the industry will cease and will open space for alliances and partnerships that will benefit all

Keywords: Internet Regulation. Internet Civil Landmark. Net Neutrality. OTT Services. Over The Top.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Anacom	Autoridade Nacional de Comunicações de Portugal
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
CGI.br	Comitê Gestor da Internet no Brasil
EUA	Estados Unidos da América
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
ISS	Imposto sobre Serviço
FBI	<i>Federal Bureau of Investigation</i>
FCC	<i>Federal Communications Commission</i>
GDPR	<i>General Data Protection Regulation</i>
MCI	Marco Civil da Internet
NTIA	<i>National Telecommunications and Information Administration</i>
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OTT	<i>Over The Top</i>
SCM	Serviço de Comunicação Multimídia
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SVA	Serviço de Valor Adicionado
TV	Televisão
UE	União Europeia
UIT	União Internacional de Telecomunicações
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	PROBLEMA DE PESQUISA.....	8
3	OBJETIVOS	8
3.1	OBJETIVO GERAL	8
3.2	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	9
4	JUSTIFICATIVA.....	9
5	METODOLOGIA	10
6	REVISÃO TEÓRICA	10
6.1	PANORAMA NO MUNDO.....	10
6.2	PANORAMA NO BRASIL.....	14
6.3	DEFINIÇÕES BÁSICAS DA LEGISLAÇÃO	15
6.4	OS SERVIÇOS OTT VS. SERVIÇOS REGULADOS TRIBUTÁVEIS	17
6.5	O MARCO CIVIL DA INTERNET	18
6.5.1	Elaboração do Marco Civil da Internet.....	18
6.5.2	Ressalvas ao MCI.....	20
6.6	NEUTRALIDADE DE REDE.....	21
6.7	RETENÇÃO DE RECEITA.....	26
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	29
	REFERÊNCIAS.....	31

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa realizar um levantamento do atual panorama da legislação vigente no Brasil e verificar se existe a tendência de regular os novos serviços que utilizam a Internet como plataforma de aplicação, os serviços *Over The Top* (OTT), além de verificar a legalidade na diferenciação da transmissão de pacotes de dados utilizando informações de acesso dos usuários. Os serviços OTT são serviços substitutos aos já oferecidos por prestadoras de serviços de telecomunicações, como a transmissão de conteúdo audiovisual, chamadas de voz, mensagens de texto e de multimídia, entre outros.

Os melhores exemplos de OTT são Netflix, Youtube e WhatsApp, serviços populares na Internet e que fazem uso da estrutura das operadoras de telecomunicações para chegar ao usuário final. Nota-se aqui o interesse das operadoras em regular os serviços que são seus concorrentes diretos. A diferenciação na transferência de pacotes de dados fere o princípio da neutralidade de rede previsto no Marco Civil de Internet e o assunto será abordado ao longo da pesquisa.

A pesquisa será de caráter descritivo e explicativo, pois visa caracterizar, descrever e determinar a situação atual dos serviços OTT e das leis correlatas, além de analisar, avaliar, verificar e explicar o atual cenário.

2 PROBLEMA DE PESQUISA

É possível regular os serviços *Over The Top* respeitando a privacidade dos dados dos usuários e a neutralidade de rede?

3 OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GERAL

Realizar um levantamento do atual panorama da legislação brasileira, assim como as tendências para o assunto.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Os objetivos específicos da pesquisa são:

- Fazer um levantamento de legislação e artigos referentes aos serviços OTT;
- Verificar se há tendência no setor para criação de regulamentação específica para este tipo de serviço frente a regulamentação de outros países;
- Analisar os impactos da regulamentação dos serviços OTT;
- Verificar a legalidade da diferenciação na transmissão de pacotes de dados utilizando informações de acesso dos usuários.

4 JUSTIFICATIVA

A presente pesquisa surgiu a partir da constatação que os serviços *Over The Top* (OTT) não têm regulamentação específica no Brasil. Os serviços OTT “[...] são atividades de transmissão de conteúdo audiovisual, mensagens e voz por meio de plataformas IP, e portanto fora do controle dos distribuidores nacionais desse conteúdo” (CARPINETTI; LARA, 2016, p. 1). Os distribuidores nacionais a que se referem os autores são as operadoras de radiodifusão, televisão por assinatura e de telefonia. Os autores apontam “[...] a necessidade de criação de regulamentações específicas, com a implantação de cobranças adicionais, para que haja uma adequação das condições de concorrência nesses mercados” (CARPINETTI; LARA, 2016, p. 1).

A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) possui resoluções próprias, porém abrangentes, para serviços de telecomunicações - um exemplo é a resolução dos serviços de comunicação multimídia (SCM) -, porém não regula os novos serviços substitutos, como WhatsApp e Netflix.

As operadoras questionam a não tributação dos serviços OTT, principalmente por eles utilizarem a infraestrutura já instalada pelas próprias operadoras de telecomunicações para oferecer seus serviços aos usuários. *Segurado et. al* (2015) destacam que

[...] os interesses das empresas de telecomunicações de monitorar os fluxos de dados a partir do controle da infraestrutura de conexão implicariam o cerceamento da liberdade de expressão, de comunicação e de criação. (...) há uma forte pressão do mercado e de governos para que as formas de

regulamentação controlem a liberdade de expressão, criação e disseminação de conteúdos” (SEGURADO *et. al*, 2015, pp. 1552-1553).

Os serviços OTT mais utilizados atualmente são os serviços de *streaming* de vídeos *on demand*, como Youtube e Netflix, e os aplicativos de troca de mensagens de texto, voz, imagens e outras funcionalidades, como WhatsApp. Esses serviços são gratuitos ou muito baratos (caso da Netflix) justamente porque não investem em infraestrutura própria e não repassam verba às detentoras da estrutura – as operadoras de telecomunicações. A pesquisa se limitou a utilizar como exemplos a Netflix e o WhatsApp por serem serviços populares e com uma base de usuários expressiva no Brasil.

5 METODOLOGIA

A pesquisa tem caráter bibliográfico, a fim de investigar legislação vigente, regulamentações, tendências e estudos sobre o tema.

O levantamento foi realizado em periódicos *online*, *sites* especializados no assunto, *sites* de conhecimento específico, *sites* de notícias e *sites* de conhecimento empírico. Os artigos e matérias escolhidos têm a proposta de analisar o atual cenário dos serviços OTT e da aplicação da neutralidade de rede.

6 REVISÃO TEÓRICA

6.1 PANORAMA NO MUNDO

Em 2016 surgiu uma tendência que apontava para a regulação dos serviços OTT na União Europeia (UE). Monteiro (2016) apontou que o objetivo da regulamentação era o respeito ao regime de confidencialidade e segurança que as demais empresas de telecomunicação já são sujeitas.

[...] A intenção é que as OTTs cumpram os pedidos de acesso a dados sigilosos de usuários das agências de segurança da região. A nova regra também vai mudar a maneira como essas empresas lucram com os dados de clientes. (...) A iniciativa da UE também visa reformar a política de telecomunicações, aumentando o acesso à banda larga do bloco, bem como eliminar as diferenças na regulação entre operadoras e OTTs. (MONTEIRO, 2016, p. 1)

A Autoridade Nacional de Comunicações de Portugal (Anacom) divulgou em 2016 um extenso relatório sobre o uso de serviços OTT no país lusitano, além das

tendências para regulamentar o setor. A Anacom classificou os tipos de serviços considerando a visão do consumidor final e o que o serviço oferece:

- [...] 1. Comunicações - por exemplo, serviços VoIP e IM (ex: Skype, Viber e Facebook Messenger);
- 2. Serviços audiovisuais (Áudio/Vídeo) de fluxo contínuo de dados, que permitem distribuir informação multimédia através de transferência de dados, utilizando a Internet (ex: Youtube, Spotify, SoundCloud);
- 3. Redes sociais, que permitem a comunicação e a partilha de informação entre grupos específicos de utilizadores (ex: Facebook, LinkedIn, Instagram);
- 4. Partilha, sincronização e armazenamento de ficheiros entre grupos de utilizadores (ex: Dropbox, Google Drive, iCloud);
- 5. Pesquisa de informação/Motores de busca (ex: Google, Sapo, Yahoo!);
- 6. Serviços de comércio eletrónico (Amazon, OLX, Ebay) (ANACOM, 2016, p. 11).

A categorização dos serviços se aprofunda no que abrange as partes envolvidas na prestação e utilização do serviço. A Anacom classificou os serviços OTT como OTT-A, OTT-B e OTT-C. O OTT-A envolve o usuário final e o operador de rede, sem envolvimento de outras partes. Exemplos de OTT-A são serviços de *cloud* (armazenamento em nuvem) e o Skype. O tipo OTT-B é disponibilizado ao usuário sem contrapartida, porém envolve em sua maioria a permissão ao acesso dos *cookies*, informações sobre o acesso a páginas, notícias, publicidade, que facilitam a formação de um perfil de uso e de acesso. Exemplos de OTT-B são Google, Facebook e Youtube. Por fim, as OTT-C prestam o serviço ao usuário final e cobram por isso, fornecendo em contrapartida o conteúdo solicitado. Exemplos populares são a Netflix, iTunes, Amazon, Spotify e plataformas de jogos.

A Anacom, em seu relatório, aborda também a importância da neutralidade de rede no debate das OTT's. "O debate sobre a neutralidade da Internet foca-se, em grande parte, em perceber as potenciais consequências do controlo que os detentores de infraestruturas poderão fazer sobre os dados que percorrem as suas redes" (ANACOM, 2016, p. 23). O Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia estabelece que os usuários da Internet têm o direito de acessar informações e conteúdos sem discriminações, além de determinar que os prestadores de serviços de acesso à Internet devem tratar equitativamente o tráfego de dados, sem restrições, interferências e discriminações, independente de quem é o transmissor dos dados e o receptor, qual o conteúdo, serviço, plataforma ou equipamento utilizado (*cf.* ANACOM, 2016, p. 26).

Também em 2016, a agência estadunidense *National Telecommunications and Information Administration* (NTIA) publicou em seu portal que os Estados Unidos da

América (EUA) participariam de uma conferência internacional para debater sobre assuntos que impactariam os padrões internacionais de telecomunicações e as políticas de uso da Internet. Dentre os assuntos que a NTIA pretendia trazer ao debate estavam segurança cibernética, governança da Internet, Internet das Coisas, propriedade intelectual e serviços OTT. No *site* da NTIA, entretanto, não há notícias recentes após esta publicação de 2016.

Michael O’Rielly, integrante da *Federal Communications Commission* (FCC) dos EUA publicou em junho de 2018 um texto sobre a falta de regulamentação de diversos serviços em território estadunidense. O autor relata que está se tornando impossível ignorar a popularidade dos aplicativos, a força disruptiva dos serviços não regulados no mercado e a facilidade de substituição dos serviços regulados pela Comissão por parte dos serviços OTT. O’Rielly aponta que o rápido desenvolvimento e a mudança momentânea da preferência dos usuários requerem ponto de atenção da FCC e o órgão deve abordar o assunto amplamente. Ele finaliza sua fala com o seguinte discurso:

[...] Ultimately, the only logical take-away from this information is to either support greater deregulation of FCC regulatees that must compete with these services or advocate for new Congressional powers to regulate these services, which would seem futile and unnecessary. At a minimum, people should realize that the Commission's role is much narrower than they may have originally assumed (O’RIELLY, 2018, p. 1).

Em tradução livre, Michael O’Rielly opina que a FCC tem duas opções neste panorama: desregular os serviços já regulados para que possam competir igualmente no mercado com os serviços OTT ou, junto ao Congresso, regular os serviços substitutos. Para o autor, a última opção parece fútil e desnecessária. Nota-se aqui uma tendência a flexibilizar as leis existentes nos EUA frente a criar novas leis específicas ao setor OTT.

Na contramão da opinião de O’Rielly sobre os serviços OTT, a FCC decidiu pelo fim da regulamentação da neutralidade de rede (o assunto será abordado nos próximos tópicos). As provedoras de Internet dos EUA poderão diferenciar o tráfego de dados para determinados serviços ou conteúdos. Higa (2018) informa que, com o fim da neutralidade de rede nos EUA, as operadoras “[...] não poderão sofrer sanções pela forma como gerenciam os recursos de suas redes, o que pode trazer consequências sérias para a concorrência” (HIGA, 2018, p. 1). O presidente da FCC, Ajit Pai, assume que as provedoras de Internet poderão bloquear sites e conteúdos, dependendo do plano de Internet contratado pelo usuário. Pinheiro (2018) ressalta

que a FCC enfrentou processos judiciais advindos de procuradores-gerais de vinte estados dos EUA e do Distrito de Columbia, além de empresas como Google, Facebook e Mozilla. A revogação da neutralidade de rede foi contra o interesse público e neutralizou uma conquista do ex-presidente Barack Obama.

A União Europeia, no dia 25 maio de 2018, lançou a *General Data Protection Regulation* (GDPR. Tradução da sigla: Regulamentação Geral de Proteção de Dados). Lemos (2018) disserta que o bloco econômico já tinha em vigor uma legislação robusta de proteção à privacidade de dados pessoais desde 1995, mas a partir de 2018 lançou um modelo mais “[...] abrangente e protetivo, que no embate entre liberdade empresarial e direitos dos cidadãos, ficou com os últimos” (LEMOS, 2018, p. 1). A regulamentação entrou em vigor na data de publicação e será aplicada automaticamente a todas as organizações, entidades e empresas que ofereçam bens e serviços que coletem dados pessoais de residentes da UE. A GDPR define dados pessoais como qualquer dado ligado a pessoa, independente se está combinado com demais fontes de informações de forma direta ou indireta. Ademais, exige-se que o usuário da rede permita a coleta de qualquer dado pessoal e o consentimento deve ser claro, específico e pode ser revogado a qualquer tempo pelo usuário. Cada país do bloco econômico deve ter sua própria autoridade de proteção à privacidade de dados e as punições podem gerar multas de US\$ 20 milhões ou 4% do faturamento total da empresa punida.

Um aspecto que pode afetar as negociações entre Brasil e UE “[...] diz respeito à transferência internacional de dados entre países. Só poderá haver troca de dados com a Europa se o país em questão tiver um nível de proteção compatível com o da União Europeia” (LEMOS, 2018, p. 1). Neste contexto da GDPR, o Brasil não possui legislação específica sobre proteção de dados pessoais. O tema é abordado em um dos capítulos da lei do Marco Civil de Internet, porém não é o foco principal da lei, o que pode ser uma brecha para dificultar as negociações entre o Brasil e os países da UE. A Argentina possui legislação semelhante ao GDPR e a transferência de dados entre os envolvidos é formalmente permitida, conforme Lemos (2018). “Em um momento em que o Brasil ambiciona ingressar no grupo de países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), a ausência de uma lei de privacidade entre nós será notada” (LEMOS, 2018, p. 1) finaliza o autor. Nos próximos tópicos serão apresentadas tendências no Brasil e legislação vigente.

6.2 PANORAMA NO BRASIL

O Brasil decretou recentemente a aplicação do Marco Civil da Internet, o que o colocou na vanguarda do assunto, pois foi o primeiro país a ter uma legislação que assegura que a Internet deve ser um espaço livre e democrático (*cf.* DELFINA, 2014, p 1). A autora traz dados sobre o nível de utilização de Internet no mundo e cita que o número de usuários em 2013 estava em torno de 2,749 bilhões de pessoas. Do total, 958 milhões residiam em países desenvolvidos e o restante em países subdesenvolvidos e emergentes, como o Brasil.

Conforme levantamento realizado pela autora, entre 2005 e 2011 o número de usuários de serviço de Internet aumentou 143,8% no país. Em 2011, o montante de 46,5% da população total brasileira possuía acesso à Internet e a maioria dos usuários é jovem, entre 15 e 19 anos. Em 2013, os usuários brasileiros somavam cerca de 105,5 milhões de pessoas (*cf.* DELFINA, 2014, p. 2). Já em 2015, ocorreu um acréscimo neste percentual e mais da metade da população brasileira tinha acesso à Internet, representando 55% da população total. “O celular é o meio preferido de navegação de três em cada quatro internautas no País, segundo o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI)” (ARAÚJO, 2016, p. 1).

Os brasileiros são conhecidos por serem comunicativos e sociáveis, logo é de fácil dedução que o advento da Internet e dos posteriores serviços de comunicação *online* logo se tornariam populares e rapidamente foram incorporados na rotina do cidadão. Delfina (2014) define os usuários de Internet originários de países emergentes como “[...] mais criativos e interativos no que se refere à criação de conteúdo e uso de redes sociais” (DELFINA, 2014, p. 1). Com a expansão do acesso à Internet banda larga, a chegada dos serviços OTT no Brasil representou uma ameaça às empresas já consolidadas no setor de telecomunicações.

Em setembro de 2017, a Anatel participou de uma reunião da União Internacional de Telecomunicações (UIT) para definir o que são os serviços *Over The Top*. Os serviços, vistos como concorrentes dos serviços de telecomunicações já regulados pela Anatel, devem passar por “[...] discussões no órgão regulador para ampliar este entendimento a qualquer serviço e aplicação executada na rede, o que poderá envolver todos aplicativos, como *marketplaces* e *e-commerce*” (MAGNANI, 2017, p. 1). O autor aponta que a preocupação da Anatel à época era com “a redução

dos empregos promovida pelos OTTs, o fluxo de capital transfronteiriços, proteção de dados e a remuneração da rede” (MAGNANI, 2017, p. 1).

Em maio de 2018, Carvalho (2018) menciona na reportagem por ela redigida que o superintendente de Competição da Anatel e chefe da missão brasileira na UIT, Abraão Balbino, relatou que a União Europeia pretende regular os serviços OTT. A reunião anual do SG3 (grupo de trabalho da UIT que trabalha com aspectos econômicos, financeiros e regulatórios), aconteceu em abril de 2018, em Genebra. O acesso aos documentos resultantes da reunião não são de livre acesso e solicitam *login* para visualizá-los no *site* da UIT.

Carvalho (2018) aponta que o Brasil contribuiu na criação da definição dos serviços *Over The Top* na reunião. A definição atualizada até o momento ficou da seguinte forma: “[...] as OTTs são aplicações acessadas ou entregues na rede pública que podem substituir de forma direta ou funcional os serviços de telecomunicações tradicionais” (CARVALHO, 2018, p. 1).

Os serviços OTT impactam na transmissão de áudio, vídeo e demais mídias digitais via Internet em grande volume e “[...] cada um dos 192 países membros da UIT tem o prazo de um ano para se manifestar caso não queiram aderir individualmente ao documento” (CARVALHO, 2018, p. 1). Se o país membro do SG3 aceitar o documento redigido em Genebra, as OTT’s devem fazer parte da estruturação da política pública e da regulamentação nacional, conforme Carvalho (2018).

A seguir serão abordados aspectos legais inerentes ao setor e aos serviços de telecomunicações, além de explicar a forma em que se deu a regulamentação do Marco Civil da Internet no Brasil e como as prestadoras de serviços de telecomunicações são afetadas pela concorrência das OTT’s.

6.3 DEFINIÇÕES BÁSICAS DA LEGISLAÇÃO

Os serviços de telecomunicações são divididos em três grandes setores: telefonia fixa, telefonia móvel e televisão por assinatura. A Anatel, na Resolução nº 73/1998, define o serviço como

[...] o conjunto de atividades que possibilita a oferta de transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 1998).

A resolução deixa clara que os serviços de valor adicionado (SVA) não entram no rol de serviços de telecomunicações. O SVA é descrito no artigo 61 da Lei nº 9.472/1997 como “[...] a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações” (BRASIL, 1997).

O SVA não constitui serviço de telecomunicações, pois o seu provedor é classificado como usuário do serviço prestado pelas operadoras de telecomunicações. A Lei ainda assegura o uso das redes de serviços de telecomunicações aos interessados em prestar um serviço de valor adicionado, afirmando que cabe à Anatel o cumprimento deste direito, assim como a regulação das condições e do relacionamento entre os prestadores de SVA e a prestadoras de serviços de telecomunicações. Pode-se concluir, então, que um exemplo de SVA é a prestação de serviços de Internet e conteúdos que podem ser acessados neste meio, como vídeos, música, jogos, mensagens multimídia e de texto etc.

Os serviços de valor adicionado foram abordados novamente pela Anatel na Resolução nº 614 de 2013. A resolução aprova o regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), que pode ser definido como

[...] um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, permitindo inclusive o provimento de conexão à internet, utilizando quaisquer meios, a Assinantes dentro de uma Área de Prestação de Serviço (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2013).

A resolução é clara no § 1º do artigo 3º ao determinar que os serviços de rádio, TV por assinatura ou de acesso condicionado não configuram um SCM, sendo então este tipo de serviço uma forma de transmissão de dados que utiliza quaisquer meios que não sejam os citados anteriormente.

No capítulo II, artigo 7º da Resolução, fica assegurado o uso das redes de SCM para “[...] provimento de SVA de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis” (ANATEL, 2013). A partir dessas definições, é possível perceber que os serviços OTT não se enquadram em nenhuma definição das leis ou resoluções. Os OTT’s são propagados dentro do SVA (Internet banda larga) ou da telefonia móvel (3G ou 4G), o que faz com que não tenha previsão legal de sua aplicação.

6.4 OS SERVIÇOS OTT vs. SERVIÇOS REGULADOS TRIBUTÁVEIS

Uma das principais assimetrias existentes entre os serviços OTT e os serviços regulados pela Anatel é a incidência de tributos. Carpinetti e Lara (2016) analisam que o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) é recolhido pelas prestadoras de serviços de telecomunicações. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) definiu que o ICMS é devido se a empresa prestadora do serviço é detentora de rede de telecomunicações. Sendo assim, ficou determinada a “[...] não-incidência do ICMS sobre as receitas decorrentes exclusivamente da prestação do serviço de provimento de acesso à internet” (CARPINETTI; LARA, 2016, p. 1). A Internet, por se tratar de um serviço complementar ao serviço de telecomunicações – um SVA -, não é passível de tributação do ICMS.

A decisão do STJ é aplicável, portanto, aos serviços OTT, já que eles disponibilizam seu conteúdo via Internet e não possuem rede própria de telecomunicações, apenas utilizam as redes disponibilizadas pelas operadoras. Analisa-se, então, se pode haver incidência do Imposto Sobre Serviço (ISS) sobre as OTT's, já que o rol de serviços abrange alguns exemplos que poderiam ser aplicados, como, por exemplo, fornecimento de músicas e exibição de filmes e outros conteúdos. Carpinetti e Lara (2016, p. 1) ressaltam que não se pode aplicar o imposto sem “[...] exata correspondência entre o critério material previsto na norma em abstrato e o evento ocorrido no mundo fático para que haja incidência do imposto”.

Os autores citam que em 2016 tramitava um projeto de lei para incluir os serviços de “disponibilização de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto em páginas eletrônicas” (CARPINETTI; LARA, 2016, p. 1) na lista de serviços anexa à lei do ISS. Se o item fosse aprovado, então haveria previsão legal de incidência de ISS em alguns serviços OTT, como o *streaming* de vídeos *on demand*.

Em pesquisa à Lei nº 116/2003, conhecida como a Lei do ISS, é possível verificar que, em dezembro de 2016, a Lei Complementar nº 157/2016 incluiu diversos serviços no rol de serviços tributáveis. Dentre eles, o item 1.09, redigido com o seguinte texto:

[...]
1.09 - Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei no 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS) (BRASIL, 2016).

Desta forma, pode-se interpretar que os municípios brasileiros têm previsão legal para recolher ISS sobre os serviços OTT que fornecem conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto via Internet desde dezembro de 2016. A alíquota mínima a ser praticada é de 2%, de acordo com a lei federal. Cabe a cada administração municipal atribuir sua alíquota para o serviço especificado.

6.5 O MARCO CIVIL DA INTERNET

O Marco Civil da Internet (MCI) é uma lei federal que estabelece garantias, princípios, direitos e deveres no uso da Internet no Brasil. O MCI “[...] começou a ser elaborado em 2009 pelo Ministério da Justiça. O projeto foi encaminhado ao Congresso Nacional em 2011, tendo sido fruto de intensos debates e de um amplo processo participativo” (BRASIL, 2016).

A Lei nº 12.965/2014 colocou o Brasil na vanguarda da regulamentação do uso da Internet e do respeito à neutralidade da rede e à democratização da sua utilização. Os principais fundamentos do uso da Internet no Brasil devem ser o respeito à liberdade de expressão; o exercício da cidadania em meios digitais; a livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor; e a finalidade social da rede.

Dentre os princípios trazidos pelo MCI estão a proteção à privacidade do usuário e dos seus dados pessoais, a preservação e garantia da neutralidade de rede e a liberdade dos modelos de negócios promovidos na Internet.

6.5.1 Elaboração do Marco Civil da Internet

Em 2015, o governo federal, por meio do Ministério da Justiça, abriu uma consulta pública junto à população a fim de receber contribuições de modificações e inclusões de itens na lei (ver “Marco Civil. Consulta Pública” nas Referências). A consulta pública teve duas fases, a primeira tendo durado 3 meses (janeiro a abril). O debate *online* teve mais de 60 mil visitas e mais de 1.100 comentários. Os participantes opinaram sobre a neutralidade de rede, privacidade, guarda de registros e outros temas. Os debates ocorreram a partir de pautas criadas pelos participantes e as três pautas mais comentadas foram “A privacidade e a segurança do usuário”, “A Internet como fator de inclusão” e “Neutralidade da rede e os e-mails”.

A segunda fase da consulta pública iniciou em janeiro de 2016 e consistiu na análise do texto elaborado a partir das contribuições feitas na primeira fase. Com o debate, o governo federal apresentou uma minuta de decreto com a finalidade de regulamentar o MCI e incluir exceções à neutralidade de rede, além de indicar procedimentos para a guarda de dados por parte dos provedores.

O Decreto nº 8.771 foi promulgado em maio de 2016 e

[...] trata das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indica procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, aponta medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelece parâmetros para fiscalização e apuração de infrações contidas na Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (BRASIL, 2016, artigo 1º).

Com a lei do MCI devidamente regulamentada, as provedoras de acesso à Internet precisam se atentar às hipóteses expressamente previstas no decreto, do contrário serão penalizadas pela infração.

A criação e aprovação do MCI foi um marco histórico em escala mundial. O MCI colocou o Brasil na vanguarda, pois foi o primeiro país a criar uma lei nacional para disciplinar os direitos e deveres de todos na Internet.

Passarinho e Néri (2014), no portal de notícias jurídicas JusBrasil, noticiaram em 2014 a aprovação do projeto de lei após intensas negociações entre o Poder Executivo e a Câmara dos Deputados. O governo teve de fazer concessões em diversos pontos, como o “[...] armazenamento de dados de usuários brasileiros, com a instalação de *data centers* no país de empresas de internet, como o Google e o Facebook” (PASSARINHO; NÉRI, 2014, p. 1). O ponto citado tinha como objetivo garantir a privacidade dos usuários brasileiros diante às denúncias de espionagem dos Estados Unidos sobre as comunicações entre a então presidente Dilma Roussef e demais funcionários do governo, dentre eles ministros e assessores.

Zanatta, em coluna publicada em janeiro de 2015 no portal de notícias Huffpost Brasil, comemora a aprovação da lei. O colunista opina que “[...] essa lei definiu uma tríade principiológica importantíssima: liberdade de expressão, privacidade e neutralidade de rede” (ZANATTA, 2015, p. 1), ao invés de tipificar condutas na rede.

6.5.2 Ressalvas ao MCI

Em entrevista ao portal de notícias G1 em 2014, o professor e pesquisador Sérgio Amadeu da Silveira, então membro do Comitê Gestor da Internet no Brasil, apresentou ressalvas ao MCI. Uma das brechas da lei, conforme Silveira, é a obrigatoriedade da retirada de conteúdos após ordem judicial antes mesmo da análise criminal da postagem. Ele enfatiza que conteúdos postados por vingança ou sem consentimento devem ser retirados sem hesitação, porém permitir a remoção de qualquer conteúdo sem investigação judicial pode ser caracterizado como uma censura prévia. Outro ponto levantado pelo pesquisador é a guarda de dados de conexão e acesso dos usuários por tempo determinado de 6 meses a 1 ano, pois concentrar os dados para acesso do Estado pode torná-los vulneráveis.

Filho (2016) se apresenta cético à aplicabilidade do MCI. O autor reconhece a importância da lei por ser a primeira no mundo a estabelecer direitos e deveres dos usuários da rede, porém não acredita em mudanças substanciais na prática. Filho trata como ingenuidade pensar na lei como solução dos problemas, pois a Internet é utilizada em escala global e o país não tem como controlar acontecimentos externos com sua lei nacional. Entretanto, ele aponta quatro pontos positivos no MCI:

[...] vedação da imposição de mecanismos de censura, bloqueio, monitoramento, filtragem e análise de dados que trafegam pela infraestrutura da internet dentro do território brasileiro, conforme previsto no art.9º, §3º (...); regulamentação dos procedimentos judiciais específicos para obtenção dos registros de navegação para fins de instrução processual civil e penal (...); disciplina dos chamados cookies, arquivos instalados nos computadores ou telefones para registrar informações e preferências dos usuários quando acessam determinada página na internet, conforme o art.7º, VIII (...); irresponsabilidade civil do provedor de conexão à internet por atos ilícitos praticados pelos usuários. (FILHO, 2016, p. 1).

O primeiro ponto afasta a possibilidade de implantação de *firewalls* para controle estatal dos conteúdos acessados pelos usuários. O segundo ponto trata da interceptação de dados e do acesso de informações por terceiros, pois antes não era afirmada a ilegalidade de tais práticas. O terceiro aspecto positivo para Filho (2016) ressalta que as páginas de Internet devem informar ou pedir a permissão ao usuário para coletar dados sobre a sua navegação; a coleta de cookies sem permissão caracterizaria invasão de privacidade, visto utilizar os dados para oferecer produtos e serviços ao usuário, baseando-se na experiência anterior do usuário na rede. O quarto ponto positivo do MCI para o autor é a isenção de responsabilidade do provedor de Internet pelo conteúdo que o seu usuário acessa; os usuários podem vir a utilizar o

meio de acesso à Internet para cometer atos ilícitos e, antes da promulgação do MCI, a responsabilidade criminal ficava à cargo do provedor de Internet.

Bioni (2018) traz à luz do assunto do MCI o embate entre a Apple e o *Federal Bureau of Investigation* (FBI) nos EUA. As empresas de tecnologia, insira-se aqui a Apple, são contrárias a facilitar o acesso a informações sobre os seus usuários, acreditando estar invadindo a privacidade do cliente ao fornecer dados pessoais a órgãos de investigação. Segundo o autor, tal permissão de acesso e a implementação de “portas de acesso” para atendimento de ordens judiciais, chamadas de *backdoor*, podem facilitar a ação de cybercriminosos. O fornecimento de dados dos usuários está previsto do artigo 10º, § 1º do MCI:

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial (BRASIL, 2014).

Para Bioni (2018), a redação do artigo pode ser interpretada como uma dificuldade aos provedores de Internet no Brasil em proteger os dados dos usuários, seja com criptografia ou com outra medida de segurança. A confidencialidade dos dados não é assegurada e, pelo contrário, precisa ser vulnerável para atender ordens judiciais no futuro.

É possível rebater a preocupação do autor com o texto do Decreto nº 8.771/2016. Na seção II do Decreto é tratada a responsabilidade dos provedores a manter a segurança e o sigilo do registros, dados pessoais e comunicações privadas dos usuários. O § 2º do artigo 13 determina que os provedores “[...] devem reter a menor quantidade possível de dados pessoais, comunicações privadas e registros de conexão e acesso a aplicações” (BRASIL, 2016), dados estes que devem ser excluídos tão logo seja finalizado o seu uso ou encerrado o prazo determinado por ordem judicial.

6.6 NEUTRALIDADE DE REDE

Cintra (2015) define a neutralidade de rede como

[...] um princípio segundo o qual os provedores de serviço não devem discriminar, restringir, privilegiar determinados pacotes de dados em detrimento de outros dados. (...) O princípio traz consigo a concepção de que todas as informações que trafegam na rede devem ser tratadas de maneira igualitária (CINTRA, 2015, p. 147).

Este princípio é de grande relevância quando se trata de serviços OTT. As operadoras de telecomunicações têm interesse em não atender o princípio da neutralidade de rede quando se trata da aplicação de serviços substitutos, como Netflix e WhatsApp. Conforme Segurado *et al.* (2015), “[...] a arquitetura aberta da Internet é estimulante para a criação de plataformas, tecnologias e aplicativos. (...) a defesa da neutralidade de rede é fundamental para a manutenção da liberdade de criação” (SEGURADO *et al.*, 2015, p. 1553).

A ideia da neutralidade de rede é tratar qualquer conteúdo acessado via Internet de forma isonômica, sem distinção na velocidade de transmissão dos dados, seja a leitura de uma página de conteúdo, o envio de um e-mail, uma videoconferência, um filme em plataforma *streaming*, um jogo ou uma mensagem de texto. Filho (2016) disserta que

[...] a discriminação dos dados deve abster-se de causar danos às pessoas, assim como deve ser feita com proporcionalidade, transparência e isonomia, informando-se previamente, com transparência e clareza os critérios de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive quando relacionadas à segurança da rede. Também a discriminação de dados não pode implicar oferecimento de serviços em condições comerciais discriminatórias nem resultar em práticas anticoncorrenciais (FILHO, 2016, p. 1).

Não é raro no Brasil ver operadoras de telefonia móvel oferecendo planos aos usuários com minutos ilimitados de ligações e mensagens SMS, porém bloqueando ou limitando o uso de dados para o aplicativo WhatsApp. Estes planos ferem a neutralidade de rede, pois diferenciam os pacotes de dados usados para comunicação via WhatsApp em detrimento dos dados oferecidos pela própria operadora. Segurado *et. al* (2015) expõe que “[...] as empresas de telecomunicações se posicionam contrariamente ao princípio de neutralidade, para que possam, assim, em busca de maior lucratividade, diferenciar o acesso a determinados conteúdos” (SEGURADO *et. al*, 2015, p. 1556).

Um exemplo de descumprimento da neutralidade de rede ocorreu em 2016 quando operadoras recorreram à Anatel e propuseram a implementação de limite na utilização da banda larga fixa, alegando que a rede estava sobrecarregada devido ao tráfego intenso de dados. A justificativa dada pelas operadoras atinge os serviços OTT, principalmente a Netflix, já que o seu negócio é a transmissão ininterrupta de vídeos sob demanda. Em reportagem da Revista Época, Ferrari (2016) opinou que

O discurso das operadoras é comovente, mas não para em pé. A primeira justificativa é que ao adotar o modelo de franquia de dados, as operadoras poderão gerenciar melhor as demandas de cada cliente, cobrando, por

exemplo, menos de quem usa pouco e mais de quem usa muito. Mas quem está mais próximo de se tornar um padrão de usuário de internet no futuro? A pessoa que só acessa e-mail e lê sites (sem clicar nos vídeos) ou alguém que, além de ler, assiste aos vídeos de notícias, navega pelas redes sociais, passeia pelo YouTube, compra ou baixa conteúdo digital, assina serviços como HBO Go, Netflix, Globosat Play? Pensando um pouquinho lá na frente, desconfio que seja o segundo grupo. Então, em longo prazo, todos estaríamos pagando mais por estourar nossas franquias (FERRARI, 2016, p. 1).

A implantação de uma franquia de dados fere o Direito do Consumidor e visa apenas limitar o acesso de pacotes de dados, afetando assim as concorrentes que oferecem serviços substitutos. O Decreto nº 8.771/2016 prevê situações específicas em que as provedoras de acesso podem limitar o tráfego de dados e discriminar os pacotes de dados. As hipóteses se referem apenas a problemas técnicos ou situações emergenciais, sendo vedada a discriminação ou degradação do tráfego fora das medidas excepcionais citadas no decreto.

A rivalidade entre operadoras e serviços OTT não é exclusividade do Brasil; caso semelhante ocorreu nos Estados Unidos em 2013. Os usuários da Netflix começaram a reclamar da qualidade do serviço prestado, alegando que a velocidade estava baixa e a resolução dos vídeos estava afetada. A Netflix então apontou a Comcast, maior provedora de Internet dos EUA, como a culpada pela queda na qualidade. A Netflix alegou que a operadora reduziu o tráfego de dados de maneira intencional, o que fere o princípio da neutralidade de rede. A Comcast se defendeu culpando a própria Netflix por estar sobrecarregando a rede com a alta demanda de tráfego de dados. A provedora se envolveu em um episódio equivalente quando foi acusada de reduzir a velocidade de transmissão de programas rivais à NBC, emissora de televisão pertencente ao grupo Comcast. O caso chegou ao fim com um acordo firmado em 2014 no qual a Netflix pagaria um valor acima do já firmado para se conectar ao serviço da Comcast (*cf.* CINTRA, 2015).

O acordo resolveu no curto prazo o problema de lentidão percebido pelos usuários da Netflix e clientes da Comcast, mas esses acordos específicos beneficiam apenas os envolvidos e não se aplicam aos demais serviços que podem sobrecarregar a rede de uma operadora. “A ausência de transparência nesses acordos também é um fator que deve ser levado em consideração. Se não houver critérios claros e específicos, as operadoras terão total controle sobre o tipo de conteúdo que será oferecido aos usuários” (CINTRA, 2015, p, 151).

Aqui, neste caso específico, entra o papel do decreto do MCI no Brasil. No artigo 9º ficam vedadas condutas unilaterais e acordos entre os responsáveis pela transmissão e os provedores de aplicação que

[...] I - comprometam o caráter público e irrestrito do acesso à internet e os fundamentos, os princípios e os objetivos do uso da internet no País;
 II - priorizem pacotes de dados em razão de arranjos comerciais; ou
 III - privilegiem aplicações ofertadas pelo próprio responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento ou por empresas integrantes de seu grupo econômico. (BRASIL, 2016, artigo 9º).

Fica determinado, então, que acordos comerciais entre operadoras e transmissoras não são permitidos, a não ser que não se encaixem nas previsões descritas nos incisos do artigo 9º do Decreto nº 8.771/2016.

O desrespeito à neutralidade de rede dá margem às operadoras de telecomunicações para que ocorra a diferenciação no tratamento dos dados e na oferta dos serviços, o que caracteriza

[...] o rompimento com a isonomia em relação aos diferentes formatos de informações existentes na rede. Assim, podemos afirmar que a neutralidade garante que a internet continue livre e que os que controlam a infraestrutura da rede não têm o direito de controlar o fluxo de informações (SEGURADO *et. al*, 2015, 1556).

A neutralidade de rede é pilar fundamental para o usuário da rede na contratação de serviços *online* que façam qualquer tipo de uso da Internet para funcionar. O Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) foi criado em 1995 e oficializado em 2003 pelo Decreto presidencial nº 4.829, com o objetivo de estabelecer diretrizes estratégicas sobre o uso e o desenvolvimento da Internet no país, além de promover estudos, criar procedimentos que assegurem a segurança da Internet e propor programas de pesquisa e desenvolvimento no quesito qualidade técnica e inovação no uso da Internet (CGI.br, 2018a).

Em janeiro de 2018, o CGI.br publicou as “Diretrizes, Recomendações e Especificações Técnicas para a Aplicação da Lei sobre Internet no Brasil”. O Comitê considera que o MCI “[...] consagrou o CGI.br enquanto um ator fundamental para a Internet no país, dando-lhe a atribuição de informar o poder executivo para a regulamentação do princípio da neutralidade de rede” (CGI.br, 2018b, p. 5).

O CGI.br (2018b, pp. 6-7) determina que “[...] os responsáveis pela transmissão, comutação e roteamento, aí incluídos – quando desempenham tais atividades de forma onerosa ou gratuita – tanto provedores de conexão à internet quanto administradores de sistemas autônomos” são obrigados a dar tratamento isonômico

aos serviços e aplicações transportados em suas redes. A recomendação vai adiante e determina que a discriminação e degradação do tráfego de dados somente podem ocorrer devido a “[...] requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações ou da priorização de serviços de emergência, sendo necessário o cumprimento de todos os requisitos dispostos no artigo 9º, §2º, da Lei nº 12.965, de 23 de abril 2014” (CGI.br, 2018b, p. 7).

Para maior entendimento da determinação, o Comitê define os termos discriminação e degradação:

Entende-se por **discriminação** qualquer ação que implique tratamento diferenciado de determinado tipo de tráfego de dados na Internet, por meio de bloqueio, redirecionamento e/ou filtragem do tráfego, estando previstas exceções, tais como:

- Para mitigação de DoS (Negação de serviço, ou Denial of Service): admite-se bloqueio, redirecionamento e/ou filtragem de pacotes de dados e/ou endereços IP envolvidos em um ataque.
- Gerência da porta 25 para combate ao spam: admite-se e estimula-se que provedores de conexão à Internet implementem, em redes de usuários finais – de caráter residencial e/ou com endereçamento IP dinâmico – o bloqueio do tráfego de saída para a porta 25/TCP.

Entende-se por **degradação** o resultado da ação que prejudique propositalmente a transmissão de dados na Internet, afetando os usuários. O Comitê, contudo, admite que o gerenciamento rotineiro de redes pode demandar ações que resultem em degradação. Para que essa degradação esteja em conformidade com o Marco Civil da Internet e os direitos dos usuários, ela tem de ser não discriminatória, sempre decorrendo de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços (CGI.br, 2018b, p. 7; grifo do autor).

Posto isto, o Comitê impede que provedores de conexão à Internet afetem as transmissões de dados, salvo exceções previstas no MCI e na recomendação. Além disso, o CGI.br colocou em pauta a guarda, tratamento e disponibilização de registros de conexão e acesso feitos pelos usuários da rede. Fica estabelecido que os provedores devem informar de maneira clara e transparente quais os parâmetros de segurança e infraestrutura adotados para a guarda e o controle dos registros dos usuários. Em caso de ordem judicial que requisiite acesso aos registros, os provedores devem fornecer os dados após expedição de ordem competente do Poder Judiciário e o prazo de extensão da guarda de informações será variável, a depender da ordem do próprio juiz (cf. CGI.br, 2018b, p. 9). No caput do artigo 13 do MCI, fica determinado o prazo de 1 ano para a guarda dos registros de conexão no caso de administradores de sistemas autônomos e, no caput do artigo 15, obriga-se os provedores de Internet a manter os registros pelo prazo de 6 meses. Entretanto, no § 2º de ambos os artigos

é previsto que autoridades policiais e administrativas ou o Ministério Público podem solicitar cautelarmente que os registros sejam guardados por prazo superior.

A seguir será abordada a forma que as operadoras de telecomunicações e provedoras de acesso à Internet estão lidando com a redução da receita do negócio após a popularização dos serviços *Over The Top*.

6.7 RETENÇÃO DE RECEITA

Com a maior utilização de Internet banda larga e Internet móvel, a utilização dos principais serviços de telefonia sofreu brusca queda. Serviços como ligações telefônicas e mensagens de texto – SMS, foram largamente substituídos pelos serviços oferecidos pelas empresas prestadoras de OTT. Além dos serviços de comunicação, vídeos sob demanda também se tornaram populares no Brasil com a chegada da Netflix para o país.

Para Tandler e Toledo (2017, p. 291), o Brasil é um país com grande diversidade cultural, conseqüentemente a população tem o desejo de ter acesso à variedade. Com a evolução da Internet e aumento do acesso à banda larga, popularizou-se os serviços de vídeo sob demanda. “O crescimento dessas plataformas demonstra o enorme potencial de exploração econômica, conquistando cada vez mais assinantes ao utilizar como estratégia o lançamento de conteúdos exclusivos” (TENDLER; TOLEDO, 2017, p. 294). A Internet então complementa os meios de comunicação tradicionais, principalmente com a possibilidade de acessar conteúdos em *smartphones* e *tablets*.

A evolução tecnológica do setor e o surgimento de novas possibilidades de comunicação e de acesso à conteúdo em vídeo causaram mudanças no comportamento do consumidor. Neto e Freitas (2016, p. 79) afirmam que o atual cenário representa um desafio, pois está em marcha a chamada “inovação disruptiva”. “Novas tecnologias rompem com o modo de se prestar e oferecer um bem ou serviço. Com isso, pressionam a competição e contestam a liderança das denominadas ‘empresas líderes’” (NETO; FREITAS, 2016, p. 79). As inovações disruptivas permitem a entrada de novos participantes em um mercado já consolidado, situação na qual os novos entrantes apresentam soluções relativamente mais simples para atender os usuários.

A ameaça dos novos entrantes deve-se à utilização de tecnologias não aplicadas pelas empresas consolidadas no mercado, o que faz com que estas percam receita num nicho antes dominado por elas. A Telefônica, grande operadora atuante no país, divulgou que a sua receita advinda dos serviços de voz recuou 7,9% no primeiro trimestre de 2017, enquanto que a receita com serviços que não se caracterizam como voz representou 55,2% da receita líquida até março de 2017. Este dado fez com que a companhia optasse então por ampliar a oferta de dados ao cliente e de serviços digitais, como forma de retenção e fidelização dos clientes (cf. BORTOLOZI, 2017).

Os usuários de telefonia móvel adotaram o WhatsApp rapidamente e isto fez com que os serviços exclusivos das operadoras fossem substituídos. Quando foi lançado em 2009,

[...] o WhatsApp se prestava, exclusivamente, à troca de mensagens de texto instantâneas. Porém, em janeiro de 2015, o referido aplicativo passou a realizar chamadas de voz, atraindo um segmento diferenciado de usuários. Em razão dessa nova funcionalidade, o WhatsApp vem sendo acusado pelas operadoras de telefonia móvel brasileiras de desviar suas receitas na medida em que seus usuários passaram a realizar ligações de voz idênticas àquelas que são objeto principal dos serviços das operadoras de telefonia móvel que lhes serve de suporte. (...) Ao ver das operadoras, para além desse aspecto financeiro, esse aplicativo seria ilegal pelas seguintes razões: (i) por se utilizar do número de telefone móvel do usuário – o que o diferencia de outros aplicativos que se utilizam da tecnologia de VOIP (voz sobre o protocolo de internet), os quais se valem de logins específicos, a exemplo do Skype, da Microsoft; e (ii) por não se submeter à fiscalização da ANATEL (NETO; FREITAS, 2016, p. 86).

Em reportagem do HuffPost Brasil, Araújo (2016) disserta sobre a possível regulamentação das OTT's à época devido a pressão feita pelas operadoras de telecomunicações e o Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal. O repórter cita que executivos das principais operadoras do país defendem a criação de uma regulamentação mais rígida para os serviços OTT, “[...] alegando que essas empresas utilizam a infraestrutura das operadoras para oferecerem produtos semelhantes, sem ter os mesmos encargos regulatórios e tributários” (ARAÚJO, 2016, p. 1).

Araújo (2016) prossegue ao afirmar que

[...] especialistas apontam que a ‘guerra aos aplicativos’ por parte das teles não resolve outro problema: a queda no número de ligações e de chips no mercado. Dados da Teleco, consultoria especializada no setor, no primeiro semestre de 2015 o número de minutos de ligações caiu 15,6% - de 132 para 111 minutos (ARAÚJO, 2016, p. 1).

O ataque às OTT's vem ocorrendo há alguns anos no país, conforme foi demonstrado aqui. Os consumidores têm direito de escolha e as operadoras não podem bloquear ou prejudicar o funcionamento dos aplicativos escolhidos pelos usuários. As operadoras de telecomunicações e as provedoras de acesso à Internet devem aproveitar esta oportunidade e criar planos de dados móveis, de forma a recuperar a receita perdida com as funcionalidades não mais utilizadas, como as ligações telefônicas e as mensagens SMS. Araújo (2016) entrevistou Eduardo Tude, presidente da Teleco, e este prevê que “[...] a receita com dados deverá superar a receita de mensagens de voz em todas as operadoras brasileiras – no Japão e Coreia ela corresponde a 80% do total de lucros, enquanto na Europa chega a 70%” (ARAÚJO, 2016 p. 1). O repórter entrevistou também Pedro Ramos, advogado e pesquisador-colaborador do Núcleo de Estudos de Direito, Internet e Sociedade da Universidade de São Paulo (USP), que opina que as grandes operadoras podem “[...] entregar conteúdo com mais qualidade ou investir em um modelo diversificado de negócios, com seus próprios conteúdos e aplicativos” (ARAÚJO, 2016, p. 1).

A Netflix, por outro lado, representa prejuízo para as emissoras de TV por assinatura e para as provedoras de Internet, seja ela banda larga ou Internet móvel. “A disponibilização de conteúdo ilimitado, aliada ao aumento de capacidade da internet banda larga, permitiu que a Netflix conquistasse mais usuários” (NETO; FREITAS, 2016, p. 91). A alternativa encontrada pelas emissoras de televisão para competir com a Netflix e reter seus clientes – e, conseqüentemente, sua receita – foi criar seu próprio canal *online on demand*. Diversos canais possuem um *site* onde o assinante tem acesso a conteúdo exclusivo ou à programação regular do canal. Exemplos disso são a HBO *On Demand*, Telecine Play, FOX *On Demand*, Globo Play etc.

As provedoras de Internet, ao contrário das emissoras de televisão, partiram ao ataque. Tentaram limitar junto à Anatel o tráfego de dados dos clientes, com a justificativa que o consumo de dados ilimitado sobrecarrega a rede da provedora e causa prejuízo. A tentativa foi uma represália velada aos serviços de *streaming*, já que estes fornecem conteúdo de forma ininterrupta ao usuário. O estabelecimento de franquias é permitido pela Anatel, mas o clamor popular fez com que o projeto de limitação de banda na Internet fixa recuasse por hora.

A Copel Telecom foi na contramão das demais provedoras de Internet do Brasil e afirmou que manteria o serviço com banda ilimitada, independentemente da decisão

da Anatel. A agência reguladora permite a limitação e a cobrança de franquias, mas não obriga nenhuma prestadora a adotar o sistema. Outrossim, firmou uma parceria em novembro de 2016 com a Netflix, a qual fornecia ao novo assinante da Internet banda larga uma assinatura da Netflix por tempo limitado.

O movimento mostra que as empresas já consolidadas no mercado não vão conseguir impedir a penetração nos novos serviços OTT. Logo, faz-se necessário que estejam abertas a adequações e à possibilidade de alianças e parcerias.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo se propôs a verificar se é possível regular os serviços *Over The Top* respeitando a privacidade dos dados dos usuários e a neutralidade de rede. Com o levantamento das legislações vigentes, nota-se que há forte tendência em regular os serviços de vídeo *on demand* e de troca de mensagens instantâneas. A pesquisa focou apenas nos serviços Netflix e WhatsApp devido à popularidade dentre os usuários brasileiros.

O princípio da neutralidade de rede deve ser respeitado no Brasil, conforme Decreto Presidencial nº 8.771, de 11 de maio de 2016, que regulamentou o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014). Os pacotes de dados que trafegam na rede devem ser tratados com isonomia e não são admitidas hipóteses de discriminação, nem de degradação de tráfego, a não ser as previstas em lei e regulamentadas pelo CGI.br. O registro dos dados de conexão e de acesso dos usuários devem ser protegidos e apenas divulgados após ordem judicial. Seguindo tal exigência, as grandes operadoras e provedoras de Internet não podem utilizar tais registros para prejudicar o acesso do usuário ao conteúdo solicitado, pois caracterizaria violação de privacidade e quebra de sigilos dos dados pessoais do usuário. O Decreto nº 8.771/2016 é claro ao determinar que todos os dados devem ser criptografados para assegurar sua inviolabilidade.

As prestadoras de serviços de telecomunicações veem os serviços OTT como uma ameaça, pois são concorrentes que conseguiram entrar no segmento sem precisarem se adequar às exigências legais e técnicas que o setor exige. Por não ter previsão legal expressa da aplicação de serviços OTT, as novas entrantes não sofrem influência das exigências legais e saem na frente, conseguindo angariar os clientes das operadoras sem ter custos altos atrelados à prestação do serviço.

Autores da área jurídica apontam que é necessário criar regulamentações específicas aos OTT's para que a concorrência volte a ser isonômica, pois a não incidência de impostos nos serviços OTT faz com que exista uma assimetria regulatória entre os OTT's e os serviços regulados. A tendência é que as prestadoras de serviços OTT sejam passíveis de cobrança de impostos, pois há similaridade entre alguns serviços listados no rol da lei do ISS e os serviços da Netflix e do WhatsApp. Com a lei do ISS atualizada citando expressamente a definição de tais serviços, o serviço que outrora era gratuito – ou com preço acessível, no caso da Netflix -, pode passar a cobrar algum tipo de tarifa adicional ao usuário. Com a cobrança extra, os usuários que foram atraídos pela gratuidade podem optar por utilizar os serviços oferecidos originalmente pela operadora. Até o momento final desta pesquisa, não há conhecimento de cobrança de ISS sobre os serviços OTT, mesmo com a previsão no novo rol do ISS.

As prestadoras de serviços de telecomunicações têm interesse em efetuar cobranças adicionais aos serviços OTT que utilizem sua infraestrutura, mas a lei do Marco Civil prevê que acordos unilaterais são vedados. Desta forma, as prestadoras terão de encontrar outras formas de superar a penetração das novas entrantes ou esperar que os novos serviços sejam regulados.

O atual cenário mostra que a existência de dispositivos móveis aumenta rapidamente e isto pode desempenhar papel importante na adoção de novas formas de comunicação e de visualização de vídeos. Os consumidores de serviço audiovisual anseiam por conteúdo original e ilimitado. Os diferenciais das empresas OTT são atraentes aos usuários, por isso a substituição dos serviços tradicionais ocorreu de forma tão rápida.

As operadoras de telefonia móvel precisam se preocupar em melhorar seus serviços, o que, conseqüentemente, ocasionará na retenção dos seus clientes. Já as provedoras de Internet devem acompanhar a tendência e aceitar que os serviços de vídeo sob demanda chegaram para ficar, melhorando então a capacidade dos seus servidores e de sua estrutura de transmissão.

De todo modo, com a expansão dos serviços que utilizam a Internet como meio de propagação, é fundamental que haja isonomia regulatória entre os serviços já regulados e os serviços OTT. Uma das formas de atingir tal isonomia é a possível desregulação das grandes operadoras. Assim, a animosidade no setor cessará e abrirá espaço para alianças e parcerias que serão benéficas a todos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). **Resolução nº 73, de 25 de novembro de 1998**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/1998/34-resolucao-73>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. **Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/465-resolucao-614>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

ARAÚJO, Thiago de. **Dono do WhatsApp, Facebook critica regulação de aplicativos e pede desregulamentação das teles no Brasil em 2016**. Disponível em <https://www.huffpostbrasil.com/2016/01/22/dono-do-whatsapp-facebook-critica-regulacao-de-aplicativos-e-pe_a_21694143/?utm_hp_ref=br-regulacao-internet>. Acesso em: 19 jul. 2018.

AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES (Portugal). **Estudo sobre Serviços de Aplicações e Conteúdos (Over-The-Top – OTT): Relatório Integrado – Versão Pública**. Os serviços OTT em Portugal. Publicado em: jan. 2016. Disponível em: <https://www.anacom.pt/streaming/RelatorioIntegrado_VersaoPublica_20160122.pdf?contentId=1378519&field=ATTACHED_FILE>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BIONI, Bruno. **Um alerta sobre a privacidade na internet: o que a regulamentação do Marco Civil tem a ver com o caso Apple vs FBI?**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/03/07/um-alerta-sobre-privacidade-na-internet-o-que-regulamentacao-do-marco-civil-tem-ver-com-o-caso-apple-vs-fbi/>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

BORTOLOZI, Tatiana. **Apesar de queda no trimestre, Telefônica mantém meta de investimento**. Publicado em: 10 maio 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4963916/apesar-de-queda-no-trimestre-telefonica-mantem-meta-de-investimento>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm>. Acesso em 24 jun. 2017.

_____. **Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp116.htm>. Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. **Lei Complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp157.htm>. Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. **Lei nº 9.472, de 16 julho de 1997**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/leis/2-lei-9472>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. **Marco Civil da Internet.** Consulta Pública. Ministério da Justiça e Cidadania. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/marcocivil/>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. **Marco Civil da Internet está sob consulta pública até o fim de fevereiro.** Publicado em: 27 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2016/01/marco-civil-da-internet-esta-sob-consulta-ate-o-fim-de-fevereiro>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

CARPINETTI, Ana C.; LARA, Henrique A. **Não incide ICMS sobre os serviços over the top, mas ISS é variável.** Publicado em: 14 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-14/nao-incide-icms-servicos-over-the-top-iss-variavel>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

CARVALHO, Jackeline. **UIT normatiza atividade de OTT balizada por sugestão brasileira.** Disponível em: <<https://ipnews.com.br/uit-normatiza-atividade-de-ott-balizada-por-sugestao-brasileira/>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

CINTRA, Maria E. **O caso Comcast v. Netflix e o Marco Civil da Internet.** Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, Brasília, v. 7, n. 1, p. 145-170, maio 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/o_caso_comcast_v._netflix_e_o_marco_civil_da_internet.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2017.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL (CGI.br). **Diretrizes, recomendações e especificações técnicas para a aplicação da lei sobre Internet no Brasil.** Disponível em: <<https://cgi.br/publicacao/diretrizes-recomendacoes-e-especificacoes-tecnicas-para-a-aplicacao-da-lei-sobre-internet-no-Brasil/>>. Acesso em: 19 jul. 2018(b).

_____. **Sobre o CGI.br.** Disponível em: <<https://cgi.br/sobre/>>. Acesso em: 19 jul. 2018(a).

COPEL TELECOM. **Internet limitada x internet ilimitada.** Disponível em: <<http://www.copeltelecom.com/site/blog/internet-limitada-x-internet-ilimitada/>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

DELFINA, Cristiane. **Regulamentar, talvez. Impedir, nunca mais. Será?.** ComCiência, n. 158, Campinas, pp. 1-5, maio 2014. Disponível em: <<http://comciencia.scielo.br/pdf/cci/n158/05.pdf>> Acesso em: 24 jun. 2017.

FERRARI, Bruno. **Operadoras de banda larga desafiam o bom senso do consumidor.** Disponível em: <<https://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2016/04/operadoras-de-banda-larga-desafiam-o-bom-senso-do-consumidor.html>>. Acesso em 01. Ago. 2018.

FILHO, Eduardo T. **Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269&lng=pt&nrm=isso>. Acesso em: 18 jul. 2018.

G1. **Especialista vê brecha para 'censura prévia' com o Marco Civil da Internet.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/piracicaba-regiao/noticia/2014/03/especialista-ve-brecha-para-censura-previa-com-o-marco-civil-da-internet.html>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

HIGA, Paulo. **A neutralidade de rede morreu nos EUA (e está em risco no Brasil).** Disponível em: <<https://tecnoblog.net/230020/neutralidade-rede-fim-eua-brasil/>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

LEMONS, Ronaldo. **Na briga de dados, Europa quer garantir privacidade de cidadãos.** Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/na-briga-de-dados-europa-quer-garantir-privacidade-dos-cidadaos.shtml>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

MAGNANI, Vitor. **Anatel lidera debates de aplicativos e serviços na rede.** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/lawtech/anatel-lidera-debates-de-aplicativos-e-servicos-na-rede-15082017>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

MONTEIRO, João. **União Europeia vai regular OTT de telecomunicações.** Disponível em: <<https://ipnews.com.br/uniao-europeia-vai-regular-ott-de-telecomunicacoes/>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

NATIONAL TELECOMMUNICATIONS AND INFORMATION ADMINISTRATION (Estados Unidos da América). **NTIA Seeks Input on Positions to the 2016 ITU World Standardization Assembly.** Disponível em: <<https://www.ntia.doc.gov/blog/2016/ntia-seeks-input-positions-2016-itu-world-standardization-assembly>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

NETO, Floriano de A. M; FREITAS, Rafael V. de. **Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes das *publicatio* e da assimetria regulatória.** Rev. de Dir. Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2016/12/famn-rv.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

O'RIELLY, Michael. **FCC Regulatory Free Arena.** Disponível em: <<https://www.fcc.gov/news-events/blog/2018/06/01/fcc-regulatory-free-arena>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

PASSARINHO, Nathalia; NÉRI, Felipe. **Câmara aprova Marco Civil da Internet.** Disponível em: <<https://nanabritomoraes.jusbrasil.com.br/artigos/114535242/camara-aprova-marco-civil-da-internet>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

PINHEIRO, Jéssica. **Neutralidade de rede. CFC publica regras de regulamentação nos EUA.** Disponível em: <<https://canaltech.com.br/internet/neutralidade-de-rede-cfc-publica-regras-de-regulamentacao-nos-eua-108690/>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

SEGURADO, Rosemary; LIMA, Carolina S. M. de; AMENI, Cauê S. **Regulamentação da internet**: perspectiva comparada entre Brasil, Chile, Espanha, EUA e França. Rev. História, Ciência e Saúde – Manguinhos, vol.22, Rio de Janeiro, dez. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v22s0/0104-5970-hcsm-S0104-59702014005000015.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

TENDLER, Ana R.; TOLEDO, Bianca R. **A Lei nº 12.485/2011 e a necessária regulamentação do futuro do setor audiovisual**. Revista Culturas Jurídicas, Vol. 4, Núm. 7, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/viewFile/378/149>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

ZANATTA, Rafael. **Marco Civil da Internet 2.0**. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/rafael-zanatta/marco-civil-da-internet-2-0_a_21675103/?utm_hp_ref=br-regulacao-internet> Acesso em: 18 jul. 2018.