

Associação de Telecomunicações dos Estados Unidos da América vs. FCC

País: Estados Unidos

Região: América do Norte

Número do caso: nº 15-1063

Data da decisão: 14 de junho 2016

Desfecho: Lei ou ação mantida

Órgão judicial: Segunda Instância

Área do direito: Licenciamento / regulação da mídia

Palavras-chave: Internet, provedores de serviço de internet, liberdade de expressão online

ANÁLISE DO CASO

Resumo do caso e desfecho

O Tribunal do Distrito de Columbia manteve as novas regras de neutralidade da rede emitidas pela Comissão Federal de Comunicações (FCC). A FCC havia classificado os serviços de banda larga como serviços de telecomunicações e, portanto, operadores comuns estariam submetidos à legislação federal. O caso surgiu como uma contestação contra uma ordem emitida pela FCC, a Ordem de Internet Aberta, que pretendia obrigar



os provedores de serviço de banda larga a cumprir as regras de neutralidade da rede, princípio que determina que todos os provedores de banda larga devem tratar todo o tráfego da Internet da mesma forma, independentemente de sua fonte.

Fatos

O caso tem como referência as normas instituídas pela FCC a fim de se manter a neutralidade da rede. A internet é como uma rede de comunicação distribuída globalmente, que permite aos seus usuários e operadores transmitir e receber informações em inúmeras formas. Essa rede possui majoritariamente quatro grupos de agentes: “usuário final, provedores de banda larga, redes de backbone e provedor de ponta”:

- Usuários finais são consumidores individuais e empresas que fazem uso da internet;
- Provedores de banda larga usam tecnologias como cabos de modem, DSL e fibra-ótica para distribuir um serviço de internet de alta velocidade aos seus usuários;
- Redes de backbone interconectam provedores de banda larga;
- Provedores de ponta “fornecem conteúdo, serviços e aplicativos pela internet”. Exemplos de provedores de ponta incluem ESPN, Netflix, Google e Amazon.

Usuários finais, provedores de ponta e defensores da liberdade de internet temeram que, na ausência de normas proibindo determinado comportamento, os provedores de banda larga pudessem interferir no acesso irrestrito dos usuários finais à internet para aumentar as receitas, especialmente ao fazer uso de provedores de ponta específicos, como o Netflix.

O Título II da Lei de Comunicações de 1934 confere à FCC o poder de regular operadores comuns e serviços públicos como o serviço telefônico. O Título II determina que os operadores comuns forneçam “serviço de comunicação mediante solicitação razoável”, e sem “discriminação injusta ou não razoável nas práticas de cobrança, classificações, regulamentos, instalações ou serviços”, enquanto cobram “taxas justas e razoáveis” (EUA, Lei de Comunicações de 1934, §§ 201(a), 202(a), 201(b)). Inicialmente, a Lei de Telecomunicações de 1996 sujeitou os “serviços de telecomunicações” ao tratamento de operador comum nos termos do Título II, distinguindo referido serviço de “serviços de informação” (EUA, Lei de Telecomunicações de 1996). Um “serviço de telecomunicações” foi definido como “a oferta de telecomunicações a partir de uma taxa direcionada ao público ou a determinadas classes de usuários de forma a estarem efetivamente disponíveis diretamente ao público, independentemente das instalações usadas” (EUA, 47, U. S.C. Sec. 153(51)). Um “serviço de informação” foi definido como a “oferta de uma funcionalidade para gerar, adquirir, produzir, transformar, processar, recuperar, utilizar ou disponibilizar informações por meio das telecomunicações” (EUA, 47 U.S.C. Sec. 153(24)).



Em 1998, quando o serviço de banda larga começou a se expandir, a FCC classificou alguns serviços de DSL como serviços de telecomunicações, sujeitando-se, portanto, ao tratamento dado ao operador comum (em E.U.A., *Advanced Serv. Order*, 13 FCC RCD, 012 (1998)). Em 2002, a FCC classificou o serviço de modem a cabo (uma espécie de serviço de banda larga) como apenas um serviço de informação isento de de tratamento de operador comum, uma decisão mantida pela Suprema Corte no caso *Brand X*, em 2005. Após *Brand X*, a FCC classificou outros serviços como DSL e banda larga móvel como serviços de informação, liberando todos os provedores de banda larga das obrigações impostas aos serviços públicos de operador comum (na *Ordem de Banda Larga Fixa*). Concomitantemente, a FCC classificou o serviço de banda larga móvel como um “serviço móvel privado”, não submetido à regulação de operadores comuns, em contraposição ao “serviço móvel comercial” sujeito ao tratamento dado ao operador comum.

No entanto, a FCC esclareceu que buscava manter a neutralidade da rede e corrigiria a sua regulamentação caso os provedores de banda larga violassem os princípios da internet aberta. A Comcast aparentemente interferiu no acesso à internet de seus usuários em 2007, dando à FCC motivo para intervir de modo a preservar a neutralidade da internet. A FCC ordenou que a Comcast promovesse uma série de publicações sobre suas práticas, ordem que o Tribunal anulou em 2010, tendo em vista a falha na identificação de qualquer autoridade legal adequada (em *Comcast Corp. vs. FCC*). Dessa maneira, após um período para debate público, a FCC divulgou suas regras de promoção da *Ordem de Internet Aberta de 2010* para impor a neutralidade da rede, mas não reclassificou a banda larga como um serviço de telecomunicações. Na Verizon, o Tribunal encontrou autoridade legal para a FCC emitir regras para a internet aberta, nos termos da seção 706 da *Lei de Telecomunicações*. O Tribunal, no entanto, derrubou as regras para a internet aberta do despacho de 2010, porque tratou os provedores de banda larga como se fossem operadores comuns. A FCC não poderia legalmente instituir regras de internet aberta, haja vista que os provedores de banda larga permaneciam classificados como serviços de informação, portanto isentos dos requisitos impostos às operadoras comuns para que transmitam informações sem discriminação (por exemplo, regras que imponham a neutralidade da rede). No entanto, a Verizon manteve uma regra de transparência da *Ordem de Internet Aberta de 2010*.

Meses após a decisão do Tribunal acerca da Verizon em 2014, a FCC emitiu um *Aviso de Proposta de Regulamentação (NPRM)* buscando “encontrar a melhor abordagem para proteger e promover a abertura da internet”. A FCC recebeu milhões de comentários em resposta à NPRM e subsequentemente publicou a *Ordem de Internet Aberta de 2015*, que:

1. Reclassificou todos os serviços de banda larga (tais como DSL, à cabo, móvel) como serviços de telecomunicações;
2. absteve-se de aplicar certas disposições de operadora comum à banda larga como “consistente com o interesse público”; e
3. instituiu cinco normas de internet aberta.



As cinco “normas de internet aberta” eram um conjunto de regras anti-bloqueio, anti-estrangulamento, de proibição de priorização paga, um “código de conduta geral” para promover amplamente a neutralidade da rede usando uma lista não exaustiva de fatores e o aprimoramento na regra de transparência da Ordem de Internet Aberta de 2010.

Várias partes contestaram a ordem da FCC, incluindo a Associação de Telecomunicações dos E.U.A., ao apresentar uma petição no Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para o Circuito do Distrito de Columbia com o objetivo de revisar a Ordem de Internet Aberta de 2015. Os recorrentes argumentaram que a reclassificação do serviço de banda larga como um serviço de telecomunicações sujeito ao tratamento de operadora comum era imprópria e não razoável; que a FCC não tinha autoridade estatutária para reclassificar a banda larga e emitir as regras; que o NPRM não forneceu aviso adequado de reclassificação ou o conteúdo das regras, a banda larga móvel não se qualifica como um serviço móvel comercial sujeito ao tratamento de operadora comum; que a FCC não poderia ignorar algumas disposições do Título II ao regulamentar os provedores de banda larga; e que algumas das regras violavam os direitos da Primeira Emenda dos provedores de banda larga à liberdade de expressão. Think tanks, investidores, empresários, fornecedores de ponta, usuários, ativistas e organizações de defesa intervieram em ambos os lados da disputa.

Visão geral da decisão

Os Ministros Tatel e Srinivasan proferiram o voto majoritário do Tribunal. As principais questões relevantes foram: 1. se a FCC classificou corretamente o serviço de banda larga como um “serviço de telecomunicações”, o que o sujeitaria ao tratamento de operadora comum necessário para instituir regras de neutralidade da rede; e 2. se as regras de internet aberta eram adequadas ou se violavam os direitos de liberdade de expressão dos provedores de banda larga de acordo com a Primeira Emenda.

Os recorrentes se basearam em vários argumentos administrativos, procedimentais e de razoabilidade, os quais o Tribunal negou. Muitas dessas decisões foram guiadas por dois princípios fundamentais do Tribunal: 1. que seu “papel na revisão dos regulamentos da agência... é limitado”; (em 22, citando E.U.A., *Ass'n of Am. Railroads vs. Interstate Commerce Comm'n*, 978 F.2d 737 (DC Cir. 1992)) e que embora o Judiciário possa responder se uma política é prudente, limita-se a resolver questões jurídicas.

A primeira questão principal era se a FCC classificava corretamente o serviço de banda larga como um serviço de telecomunicações. A FCC havia se concentrado adequadamente na percepção do consumidor sobre o que os provedores de serviços de banda larga “oferecem” - o produto que vendem aos consumidores. O Tribunal concluiu que os serviços de banda larga permitem a transmissão não adulterada de mensagens através do processamento informático, na medida em que ligam os usuários a conteúdos de terceiros. O conteúdo de provedores de ponta como Netflix, YouTube e MLB.tv “transformou quase todos os aspectos de nossas vidas, desde ações profundas



como escolher um líder, construir uma carreira, se apaixonar e até ações mais cotidianas, como pegar um táxi e assistir a um filme" (p. 26). Como tal, um provedor de serviços de banda larga faz uma "oferta independente de telecomunicações" e está dentro da definição de um "serviço de telecomunicações" conforme determinado pela FCC, e devidamente classificado como tal. A confiança dos provedores de banda larga em serviços de informação, como DNS e caching, não foi suficiente para afetar a descoberta da FCC, já que eram apenas "exceções de gerenciamento de sistema de telecomunicações".

O Tribunal entendeu que os argumentos processuais dos recorrentes em relação à suficiência do aviso na reclassificação do NPRM também falharam, assim como o argumento de que a FCC não tinha autoridade legal para reclassificar a banda larga. Além disso, o Tribunal considerou razoável a reclassificação do serviço de banda larga móvel da FCC como um "serviço móvel comercial", dada a crescente onipresença do serviço de banda larga móvel desde sua classificação inicial em 2007 e sua versatilidade para se comunicar com todos os usuários de Internet e de telefone. Essa mudança também evitou um resultado contraditório, segundo o qual a banda larga móvel teria sido uma operadora comum sob uma definição e isenta do tratamento de operadora comum sob outra. Além disso, a decisão da FCC de se abster de aplicar certos regulamentos do Título II aos provedores de banda larga era razoável, dado o entendimento da FCC das implicações de mercado e a possibilidade de implicar na Cláusula de Tomada da Quinta Emenda.

Quanto às próprias regras de Internet aberta, o Tribunal considerou que a proibição de priorização paga estava abrangida pela autoridade estatutária da FCC sob o Título II e da Lei de Telecomunicações de 1996. A justificativa da FCC para as regras de Internet aberta era suficiente, como o Tribunal já tinha decidido na Verizon que as regras da Internet aberta "preservarão e facilitarão o 'círculo virtuoso' de inovação que impulsionou o crescimento explosivo da Internet". O código de conduta geral não era inconstitucionalmente vago, nos termos da cláusula de devido processo legal, uma vez que foi "projetado para ser flexível a fim de abordar práticas imprevistas e impedir a inobservância das regras 'bright-line'" (termo utilizado no direito constitucional estadunidense a fim de se garantir critérios e diretrizes claros), como as regras anti-bloqueio e anti-golpe.

A segunda questão principal verifica se as regras da internet aberta violavam os direitos de liberdade de expressão dos provedores de banda larga sob a Primeira Emenda. As partes primeiro tiveram que demonstrar legitimidade para contestar as regras da internet aberta, uma questão de particular importância para a aplicação da Primeira Emenda. O único motivo de estar em disputa era se havia "lesão de fato" que seria "razoavelmente rastreável" às ações da FCC que poderiam ter sido "reparadas por uma decisão favorável". De acordo com a interpretação da Primeira Emenda, a análise judicial pré-aplicação geralmente é permitida, desde que demonstrado o dolo em violar a lei, já que "a disposição dos tribunais em permitir a revisão pré-aplicação está em seu pico quando as reivindicações estão enraizadas na Primeira Emenda" (Citando NY Republican State Comm. vs. SEC). Como os recorrentes expressaram a intenção de violar os regulamentos da FCC, as partes tiveram legitimidade para contestar as regras



da Internet aberta sob a Primeira Emenda.

Quanto ao conteúdo das reivindicações pela aplicação da Primeira Emenda, o ponto central repousava na marca universal dos atributos dos operadores comuns, de acordo com a lei dos EUA. Os operadores comuns “há muito tempo estão sujeitos à não discriminação e obrigações de igualdade de acesso semelhantes às impostas pelas regras, sem levantar qualquer questão da Primeira Emenda”. Essas obrigações afetam a transmissão neutra na fala de oradores de uma operadora comum, não a comunicação da própria mensagem de uma operadora. Isso tem acontecido com os serviços postais, ferrovias e empresas de telefonia, sem violar os direitos da Primeira Emenda dessas operadoras. Para o acesso à Internet em si (em oposição ao conteúdo original ou a uma experiência curada na Internet), a FCC constatou devidamente que os fornecedores de banda larga são “meros canais para as mensagens de outros, e não como agentes que exercem a sua discricionariedade editorial” e, dessa maneira, não recebem a proteção da Primeira Emenda. Os provedores de banda larga historicamente não exercem qualquer controle editorial como os editores, e um fornecedor de banda larga não “fala” - e não é entendido pelos usuários como tal. Os provedores de banda larga limitam-se a oferecer acesso ao conteúdo da Internet como um serviço, não recebem proteção da Primeira Emenda e, estão, portanto, devidamente sujeitos às regras da Internet aberta que os mantêm como provedores indiscriminados e neutros.

Por estas razões, o Tribunal negou as petições dos recorrentes, sustentando a Ordem de Internet Aberta de 2015, suas conclusões e suas regras de neutralidade da rede impostas aos provedores de serviços de banda larga.

O Juiz do Tribunal de Primeira Instância Williams concordou em parte e discordou em parte. A dissidência concordou com parte da posição majoritária, mas argumentou que o Decreto 2015 da FCC sobre a Ordem de Internet Aberta deveria ser revogado por três razões: 1. a FCC agiu de forma não razoável na sua reclassificação do serviço de banda larga de um serviço de informação para um serviço de telecomunicações por não prestar contas da confiança dos fornecedores de banda larga, e com base em raciocínio fraco frente à alteração das circunstâncias factuais e percepções políticas; 2. As Seções 201 da Lei das Comunicações e 706 da Lei das Telecomunicações de 1996 não justificam as regras de internet aberta; e 3. a decisão da FCC de recusar a aplicação de algumas disposições do Título II é contraditória no que diz respeito ao poder de mercado - pois não poderia reclassificar a banda larga, ou aplicar todas as disposições do Título II.

ORIENTAÇÃO DA DECISÃO

Expansão da liberdade de expressão

Este é o primeiro grande caso de vitória da neutralidade da rede e da Internet aberta nos Estados Unidos. O caso expande a expressão evitando que os provedores de



serviços de Internet bloqueiem ou reduzam (diminuam) o tráfego da Internet, criando esquemas de priorização pagos ou interferindo de outra forma no conteúdo legal de usuários e provedores de ponta. A FCC decidiu classificar o serviço de banda larga como uma operadora comum e tratá-lo como uma utilidade pública, como o serviço telefônico. As regras da FCC no Pedido de Internet Aberta de 2015 exigem que os provedores de serviços de banda larga atuem como um canal indiscriminado para a fala, o que significa que eles não podem interferir na fala ou no conteúdo dos usuários ou provedores de ponta, preservando a expressão máxima.

O caso pode fazer com que alguns provedores de serviço de Internet editem ou forneçam uma experiência de Internet “com curadoria” para evitar o tratamento de operadora comum. Além disso, o cenário pode mudar se a FCC mudar sua posição sobre a neutralidade da rede no futuro, agora que assumiu uma posição regulatória assertiva. Espera-se que o caso seja apelado pelos contestadores da ordem da FCC.

PERSPECTIVA GLOBAL

Convenções nacionais, lei ou jurisprudência

- E.U.A., Lei de Comunicações de 1934
- E.U.A., Computer II Order, 77 F.C.C. 2d 384 (1980)
- E.U.A., Lei de Telecomunicações de 1996
- E.U.A., Advanced Serv. Order, 13 FCC Rcd. 24,012 (1998)
- E.U.A., Ordem de Banda Larga à Cabo de 2002, 17 FCC Rcd. 4798
- E.U.A., Ordem de Banda Larga Fixa de 2005, 20 FCC Rcd. 14,853
- E.U.A., 2007 Wireless Order, 22 FCC Rcd. 5901
- E.U.A., Comcast Corp. vs. FCC, 600 F.3d 642 (D.C. Cir. 2010)
- E.U.A., Ordem de Internet Aberta de 2010, 25 FCC Rcd. 17,905
- E.U.A., In re Protecting and Promoting the Open Internet, 29 FCC Rcd. 5561 (2014)
- E.U.A., Ordem de Internet Aberta de 2015, 30 FCC Rcd. 5601
- E.U.A., Verizon vs. FCC, 740 F.3d 623 (D.C. Cir. 2014)
- E.U.A., Ass’n of Am. R.R. vs. Interstate Commerce Comm’n, 978 F.2d 737 (D.C. Cir. 1992)
- E.U.A., FCC vs. Fox Television Stations, Inc., 132 S. Ct. 2307 (2012)
- E.U.A., DiCola vs. FDA, 77 F.3d 504 (D.C. Cir. 1996)
- E.U.A., Susan B. Anthony List vs. Driehaus, 134 S.Ct. 2334 (2014)
- E.U.A., Act Now to Stop War e End Racism Coalition vs. Distrito de Columbia, 589 F.3d 433 (D.C. Cir. 2009)
- E.U.A., Chamber of Commerce vs. FEC, 69 F.3d 600 (D.C. Cir. 1995)
- E.U.A., N.Y. Republican State Comm. vd. SEC, 799 F.3d 1126 (D.C. Cir. 2015)
- E.U.A., Rumsfeld vs. Forum for Acad. e Inst. Rights, Inc., 547 U.S. 47 (2006)
- E.U.A., Nat’l Cable & Telecomm. Ass’n vs. Brand X Internet Svcs.,



- **545 U.S. 967 (2005)**
- E.U.A., **Virgin Islands Tel. Corp. vs. FCC**, 198 F.3d 921 (D.C. Cir. 1999)
- E.U.A., **Nat'l Ass'n of Regulatory Util. Comm'rs vs. FCC**, 533 F.2d 601 (D.C. Cir. 1976)
- E.U.A., **Nat'l Ass'n of Regulatory Util. Comm'rs vs. FCC**, 525 F.2d 630 (D.C. Cir. 1976)
- E.U.A., **Vill. of Hoffman Estates vs. Flipside, Hoffman Estates, Inc.**, 455 U.S. 489 (1982)
- E.U.A., **Freeman United Coal Mining Co. vs. Federal Mine Safety & Health Review Comm'n**, 108 F.3d 358, 362 (D.C. Cir. 1997)
- **E.U.A., Grayned vs. City of Rockford**, 408 E.U.A. 104 (1972)
- E.U.A., **FCC vs. Midwest Video Corp.**, 440 E.U.A. 689, 701 (1979)
- E.U.A., **Denver Area Ed. Telecomm. Consortium, Inc. vs. FCC**, 518 E.U.A. 727 (1996)
- E.U.A., **FCC vs. League of Women Voters**, 468 U.S. 364 (1984)
- E.U.A., **Columbia Broadcasting Sys., Inc. vs. Democratic Nat'l Comm.**, 412 E.U.A. 94 (1973)
- **E.U.A., Texas vs. Johnson**, 491 E.U.A. 397 (1989)
- E.U.A., **Spence vs. Washington**, 418 E.U.A. 405 (1974)
- **E.U.A., Snyder vs. Phelps**, 562 E.U.A. 443 (2011)
- E.U.A., **Cidade de Los Angeles vs. Preferred Commc'ns, Inc.**, 476 E.U.A. 488 (1986)
- **E.U.A., Turner Broadcasting Sys. Inc. vs. FCC**, 512 E.U.A. 622 (1994)
- E.U.A., **PruneYard Shopping Ctr. vs. Robins**, 447 E.U.A. 74 (1980)

SIGNIFICÂNCIA DO CASO

A decisão estabelece um precedente vinculante ou persuasivo dentro de sua jurisdição. O Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para o Circuito do Distrito de Columbia tem jurisdição para decidir sobre as contestações dos regulamentos da FCC e é vinculativo. O Circuito D.C. também tem um forte valor persuasivo nacional e até mesmo um valor persuasivo internacional em certos casos.

DOCUMENTOS OFICIAIS DO CASO

Documentos oficiais do caso

- **Decisão**
<https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3F95E49183E6F8AF8>



[5257FD200505A3A/\\$file/15-1063-1619173.pdf](#)

Memoriais de *amicus curiae* e outras autoridades

- **Joint Br. for Pet'rs U.S. Telecom et al.**
https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-334673A1.pdf
- **Amicus Br., Elec. Frontier Found.**
<https://www.eff.org/document/us-v-fcc-eff-aclu-amicus-brief>
- **FCC Motion to Dismiss**
https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-333492A1.pdf
- **Georgetown Ctr. for Bus. & Pub. Policy, et al. in support of Pet'rs**
https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-334767A1.pdf

Matérias, análises e novos artigos

- **Cecilia Kang, Court Backs Rules Treating Internet as Utility, Not Luxury, N.Y. Times (14 de junho de 2016)**
http://www.nytimes.com/2016/06/15/technology/net-neutrality-fcc-appeal-s-court-ruling.html?_r=0
- **John H. Adler, Divided D.C. Circuit upholds FCC 'net neutrality' rule, Wash. Post (14 de junho de 2016)**
<https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2016/06/14/divided-d-c-circuit-upholds-fcc-net-neutrality-rule/>
- **Kit Walsh, Net Neutrality Rules Upheld: Go Team Internet!, Elec. Frontier Found. (14 de junho de 2016)**
<https://www.eff.org/deeplinks/2016/06/net-neutrality-rules-upheld-go-team-internet>

Anexos

- **Decisão**

