



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Clara Iglesias Keller

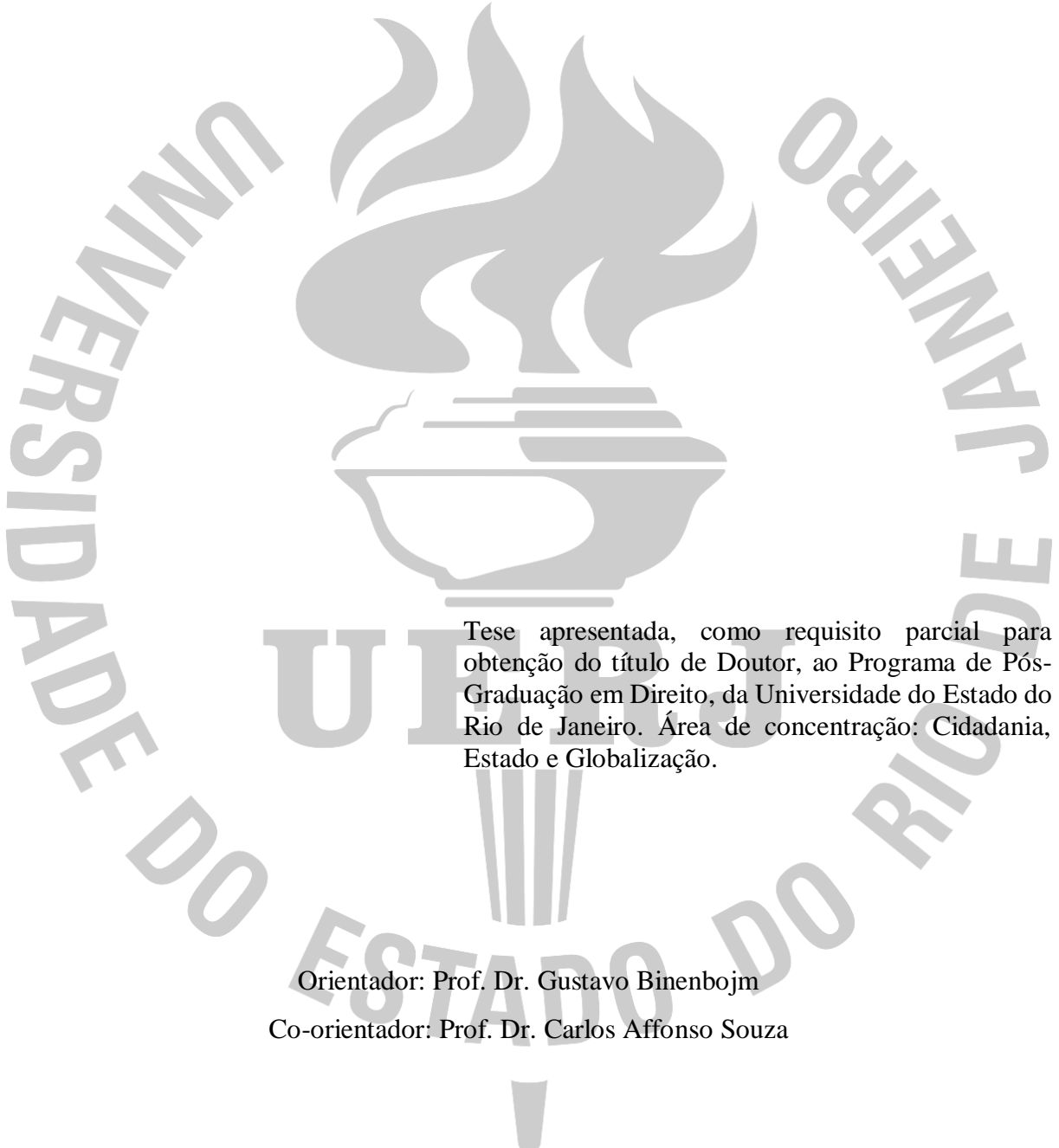
**Regulação nacional de serviços na Internet:
exceção, legitimidade e o papel do Estado**

Rio de Janeiro

2019

Clara Iglesias Keller

Regulação nacional de serviços na Internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Binenbojm
Co-orientador: Prof. Dr. Carlos Affonso Souza

Rio de Janeiro

2019

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

K29

Keller, Clara Iglesias.

Regulação nacional de serviços na internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado / Clara Iglesias Keller. - 2019.

300 f.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Binenbojm.

Coorientador: Prof. Dr. Carlos Affonso Souza.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Internet - Teses. 2.Tecnologia e Direito –Teses. 3.Direito administrativo – Teses. I.Binenbojm, Gustavo. II. Souza, Carlos Affonso. III. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 004.738.5:342.9

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Clara Iglesias Keller

Regulação nacional de serviços na Internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 23 de agosto de 2019.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Gustavo Binenbojm (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Carlos Affonso Souza (Co-orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Patrícia Baptista
Faculdade de Direito – UERJ

Professor Dr. Carlos Ari Sundfeld
Fundação Getúlio Vargas – SP

Professor Dr. Sérgio Guerra
Fundação Getúlio Vargas – RJ

Professora Dra. Laura Schertel Mendes
Universidade Nacional de Brasília

Rio de Janeiro

2019

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Gustavo Binbenjy e ao meu co-orientador, Professor Carlos Affonso Souza, pelos diálogos e pela confiança que me permitiram desenvolver o trabalho que eu queria escrever. À Professora Patrícia Baptista, fundamental no meu amadurecimento acadêmico dos últimos quatro anos e com quem pude debater muitas das ideias aqui contidas. À Professora Jane Reis, pela oportunidade de colaborar com a Revista *Publicum* durante o doutorado e por todo aprendizado que nosso convívio acadêmico me proporciona. À Juliana Cesario Alvim Gomes, suporte fundamental durante todo o processo da tese e companhia que levo do doutorado da UERJ para a vida. À Thais Estrella, pela dedicação no apoio logístico e na revisão do texto.

Pelos diálogos que enriqueceram o desenvolvimento do trabalho, agradeço aos pesquisadores do *Alexander von Humboldt Institute for Internet and Society* – HIIG, de Berlim, do *Poli Pogo Kolloquium* e do grupo de estudos *Digital Constitutionalism* do HIIG. Aos amigos e colegas de profissão generosos com seu tempo para revisar e debater ideias, Diego Werneck Arguelles, Amélie Heldt, Julia Pohle, Jörg Pohle, Dagoberto Chaves, Eduardo Jordão, Edoardo Celeste, Ligia Fabris, Alice Voronoff e Thiago Magalhães. Aos incansáveis Bernardo Medeiros, Thomaz Pereira e meu primo Leonardo Ghiaroni, pela ajuda com a bibliografia. Aos pesquisadores do projeto Supremo em Números da FGV Direito Rio, com quem pude colaborar e aprender durante o doutorado. Aos meus alunos na UERJ e na FGV Direito Rio, pelos ensinamentos que trocamos e que se refletem nesse trabalho e em mim. À Aline Coelho, que cuidou da minha filha para que eu pudesse me dedicar à escrita.

Às minhas amigas, que além de exemplo de dedicação e perseverança, me acolheram nos momentos de cansaço.

À minha mãe Juraci, que mais uma vez caminhou comigo até aqui, e a meu irmão Gustavo, Maria e Miguel, pela companhia. Ao Holger, meu esteio, que me apoiou de forma constante e amorosa e se mostrou, mais uma vez, um parceiro essencial a qualquer empreitada. E à Stella, por ser a minha alegria de todos os dias.

RESUMO

KELLER, Clara Iglesias. *Regulação nacional de serviços na Internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado*. 2019. 300 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

O objeto da tese é a regulação nacional dos serviços prestados através da camada de conteúdo da Internet. Seu objetivo é propor uma abordagem específica do ambiente regulatório apto a regulá-los, considerando que a natureza técnica da Internet e a estrutura de governança que a condicionam impõem desafios qualificados aos governos, principalmente em relação aos requisitos de legitimidade e eficiência da regulação. Em segunda ordem, o trabalho visa consolidar uma base teórica e empírica da matéria apta a informar os debates correntes na experiência brasileira. Em relação à natureza técnica da Internet, é tratado o seu processo de desenvolvimento, bem como as características dele resultantes e seus impactos de natureza econômica, social e política. Em seguida, trata-se da estrutura de governança diversa que caracteriza a rede a partir de perspectivas subjetiva, objetiva e normativa. Consideradas essas premissas descritivas, propõe-se a abordagem do ambiente regulatório com base na literatura de regulação de tecnologias, nos debates teóricos sobre excepcionalismo e nas implicações derivadas da exigência de legitimidade regulatória. Esse ambiente é analisado sob três perspectivas, nomeadamente, a da justificação da regulação (que demanda a inclusão da promoção da inovação dentre os motivos legítimos para regular), dos arranjos institucionais cabíveis (uma análise que é ancorada no espectro das alternativas híbridas que correm sob o rótulo da corregulação) e das formas empregadas (onde se explora estratégias alternativas à fórmula de comando e controle). Com base nesses três parâmetros de atuação, a experiência brasileira é analisada partir da regulação da proteção de dados (Lei nº 13.709/2018) e das plataformas de compartilhamento de conteúdo (art. 19 do Marco Civil da Internet). Dentre outros, essas duas análises indicam que a regulação brasileira aborda a proteção da inovação de forma restrita à sua relação com a segurança jurídica dos empreendedores, além de uma baixa tendência à experimentação regulatória do ponto de vista institucional e estratégico.

Palavras chave: Regulação da Internet, Governança da Internet. Direito e Tecnologia. Direito Administrativo. Direito Regulatório. Inovação. Corregulação. Proteção de Dados. Plataformas de Conteúdo.

ABSTRACT

KELLER, Clara Iglesias. *National regulation of Internet based services: exception, legitimacy and the role of States*. 2019. 300 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

The object of the thesis is the national regulation of online service providers. Its goal is to propose a specific approach to the regulatory environment fit for these services, considering how the technical nature of the Internet and its governance structure impose legitimacy and efficiency related challenges to regulators. On a second level, the work also aims to consolidate a theoretical and empirical basis of the subject matter able to inform the current debates on Internet regulation in Brazil. Regarding the technical nature of the Internet, the work describes the network's development process and its resulting features, along with their economic, social and political implications. Next, the Internet governance structure is approached through a subjective, objective and a normative perspective. Considering these descriptive premises, the approach of the regulatory design suited to these services is based on the literature on technology regulation, on the theoretical debates about Internet exceptionalism and on the implications that can be extracted from regulatory legitimacy requirements. The characteristics of this regulatory environment are analyzed through three perspectives, namely the justification of regulation (which demands that the promotion of innovation be included among regulation rationales), the appropriate institutional arrangements (an analysis that is anchored on the spectrum of the hybrid alternatives that run under the label of co-regulation) and the forms that should be employed (where alternative strategies to the command and control formula are explored). Based on these three performance standards, the Brazilian experience is approached on two case studies: the regulation of data protection (Law 13.709/18) and the regulation of content sharing platforms (Article 19 of the Marco Civil). These two analysis indicate that Brazilian regulators do not address the protection of innovation beyond its relationship with the legal security of entrepreneurs, and show little tendency for institutional and strategic regulatory experimentation in this field.

Keywords: Internet regulation. Internet governance. Law and Technology. Administrative Law. Regulation. Innovation. Co-regulation. Data Protection. Content sharing platforms.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

	<i>Global Comission on Internet Governance</i>	CGIG
CGU	Controladoria-Geral da União	
FCC	<i>Federal Communications Comission</i>	
GDPR	<i>General Data Protection Regulation</i>	
IANA	<i>Internet Assigned Numbers Authority</i>	
ICANN	<i>The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers</i>	
IETF	<i>Internet Engineering Task Force</i>	
IGF	<i>Internet Governance Forum</i>	
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais	
NetzDG	<i>Netzdurchsetzungsgesetz – Network Enforcement Act</i>	
OCDE	<i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i>	
OMC	Organização Mundial do Comércio	
ONU	Organização das Nações Unidas	
PBR	<i>Principle Based Regulation</i>	
RSC	Responsabilidade Social Corporativa	
STF	Supremo Tribunal Federal	
STJ	Superior Tribunal de Justiça	
TCP/IP	<i>Transmission Control Protocol/Internet</i>	
TCU	Tribunal de Contas da União	
UNESCO	Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura	
W3C	<i>World Wide Web Consortium</i>	
WSIS	<i>World Summit on the Information Society</i>	

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	9
1	A NATUREZA TÉCNICA DA INTERNET.....	32
1.1	O processo de desenvolvimento.....	35
1.2	Características técnicas.....	39
1.2.1	<u>A Internet aberta.....</u>	44
1.2.2	<u>Neutralidade e o princípio end to end.....</u>	49
1.2.3	<u>As invariáveis.....</u>	54
1.3	Código, algoritmos e a regulação pela tecnologia.....	61
2	A GOVERNANÇA DA INTERNET.....	71
2.1	O que é a governança da Internet?.....	75
2.2	Dimensão subjetiva: os atores.....	81
2.3	Dimensão objetiva: as matérias.....	84
2.4	Dimensão normativa: os princípios de governança da Internet.....	87
2.5	Governança e legitimidade.....	90
3	REGULAÇÃO DE SERVIÇOS NA INTERNET: PAPEL DO ESTADO E O AMBIENTE REGULATÓRIO.....	99
3.1	O papel do Estado na regulação da Internet.....	107
3.1.1	<u>Legitimidade e regulação.....</u>	107
3.1.2	<u>Estado, regulação e tecnologia.....</u>	114
3.1.3	<u>O papel do Estado na regulação da Internet: exceção, legitimidade e eficácia.....</u>	123
3.2	Motivação e inovação: por que regular.....	130
3.2.1	<u>Inovação, desenvolvimento e Estado.....</u>	135
3.2.1.1	O conceito de inovação.....	135
3.2.1.2	Inovação e desenvolvimento.....	141
3.2.2	<u>Inovação e regulação.....</u>	146
3.3	Arranjos institucionais: quem regula a Internet.....	154
3.3.1	<u>Regulação direta, autorregulação e correção.....</u>	160
3.3.2	<u>Autorregulação na Internet.....</u>	167

3.3.3	<u>Corregulação na Internet</u>	171
3.4	Formas e instrumentos: como regular	178
3.4.1	<u>Regulação por princípios</u>	182
3.4.2	<u>Direito concorrencial</u>	186
3.4.3	<u>Soft Law</u>	190
3.4.4	<u>Tecnologia</u>	193
3.5.	Considerações finais	196
4	REGULAÇÃO BRASILEIRA DE SERVIÇOS NA INTERNET: ESTUDOS DE CASO	200
4.1	Lei 13.709/2018 e a regulação da proteção de dados	205
4.1.1	<u>Por que regular: Proteção de dados e inovação</u>	210
4.1.2	<u>Quem regula: o arranjo institucional da LGPD</u>	214
4.1.3	<u>Como regula: formas e estratégias</u>	221
4.1.4	<u>Conclusões parciais</u>	231
4.2	Plataformas de compartilhamento e regulação de conteúdo	232
4.2.1	<u>Por que regular: inovação nas plataformas de compartilhamento</u>	240
4.2.2	<u>Quem regula: o arranjo institucional do art. 19 do Marco Civil da Internet</u>	244
4.2.3	<u>Como regula: formas e estratégias</u>	251
4.2.4	<u>Conclusões parciais</u>	253
	CONCLUSÃO	255
	REFERÊNCIAS	268

INTRODUÇÃO

No final de 2018, o jornal *Financial Times* elegeu o termo *techlash* para definir “o ano em uma palavra”. Originalmente, ele havia sido cunhado no início do ano pela revista *The Economist*¹, e passou a ser utilizado como referência para “a crescente animosidade pública em relação às grandes empresas de tecnologia do Vale do Silício e seus equivalentes chineses”². Após um período de tempo em que as críticas mais contundentes às atividades dessas empresas eram protagonizadas por setores específicos da sociedade civil ou da academia, a *techlash* representa a expansão de posturas mais reativas para o público em geral e, principalmente, para instâncias de governo formadoras de políticas públicas.

O tempo dessas reações pode ser associado às revelações que ocuparam o debate público nos anos recentes envolvendo, principalmente, vazamentos e comercialização de dados, práticas de vigilância e o papel que algumas plataformas vêm cumprindo como reguladores de conteúdo, principalmente durante as campanhas que precedem pleitos eleitorais.

Em 2013, o ex-empregado da Agência Americana de Inteligência Edward Snowden ficou conhecido por denunciar práticas de vigilância e espionagem conduzidas pela Agência de Segurança Nacional - NSA. Segundo as denúncias, a NSA tinha acesso aos dados armazenados por diversas empresas de tecnologia em relação a milhões de cidadãos americanos e estrangeiros³ – o que gerou, além de um intenso *backlash* nos Estados Unidos, uma série de tensões diplomáticas internacionais. Até então, práticas desta natureza eram associadas a regimes autoritários, de forma que a notícia de sua institucionalização no âmbito do poder

¹ SMITH, Eve. The techlash against Amazon, Facebook and Google – and what they can do. *The Economist*, 20 jan. 2018. Disponível em: <https://www.economist.com/briefing/2018/01/20/the-techlash-against-amazon-facebook-and-google-and-what-they-can-do>. Acesso em 28 nov. 2018. O termo se compõe a partir da fusão do radical *tech* com a palavra em língua inglesa *backlash*, definida pelo dicionário de Cambridge Online como “um forte sentimento entre um grupo de pessoas em reação a uma mudança ou eventos recentes na sociedade ou na política” (Tradução da definição original em inglês: “*a strong feeling among a group of people in reaction to a change or recent events in society or politics.*”) *Backlash. Cambridge Academic Content Dictionary*. Cambridge University Press, 2019. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/backlash>. Acesso em: 28 nov. 2018.

² FOROOHAR, Rana. Year in a Word: Techlash. *Financial Times*, 16 dez. 2018. Disponível em: <https://www.ft.com/content/76578fba-fca1-11e8-ac00-57a2a826423e>. Acesso em: 28 dez. 2018.

³ O escândalo da espionagem dos EUA. *O Globo*, 28 set. 2013. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/o-escandalo-da-espionagem-dos-eua-10191175>. Acesso em: 01 fev. 2019.

público de um regime considerado democrático foi um divisor de águas no debate sobre regulação e soberania na Internet.

De parte do setor privado, foram muitos os comprometimentos de dados de milhares de usuários no mundo todo que vieram a público. Em 2016, a empresa *Yahoo*⁴ e a *Uber*⁵ admitiram que seus servidores haviam sido invadidos alguns anos antes, comprometendo os dados de 500 milhões e 25 milhões de pessoas, respectivamente. Em setembro de 2018, o *Facebook* anunciou outra falha de segurança que teria comprometido mais de 14 milhões de contas⁶, além de ter vindo à tona um dos casos mais simbólicos de violação de dados pessoais, envolvendo a empresa *Cambridge Analytica*. Segundo informado, foram coletados os dados pessoais de 87 milhões de pessoas⁷ a partir dessa rede social, a fim de construir um sistema que permitisse o perfilhamento individualizado de eleitores e o microdirecionamento personalizado de propaganda política⁸.

As tecnologias algorítmicas preditivas que permitem tais ações e a sua utilização para difusão dolosa de informação falsa ou manipulada durante processos democráticos tornaram-se, ao mesmo tempo, uma preocupação e uma estratégia de campanha inerente aos pleitos populares. Além das denúncias de que teriam sido usadas para favorecer a campanha de Donald Trump nas eleições americanas, elas também são relacionadas às campanhas políticas do referendo realizado no Reino Unido em 2016, sobre a saída do país da União Europeia⁹ e em eleições presidenciais realizadas em países como Brasil e Índia.

⁴ ROHR, Altieres. Vazamento de dados do Yahoo: Veja o que você precisa saber. *GI*, Segurança Digital, 23 set. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/blog/seguranca-digital/post/vazamento-de-dados-do-yahoo-veja-o-que-voce-precisa-saber.html>. Acesso em: 14 set. 2018.

⁵ Dados de 57 milhões de usuários da Uber foram acessados por hackers. *Folha de São Paulo*, 21 nov. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/11/1937166-dados-de-57-milhoes-de-usuarios-da-uber-foram-acessados-por-hackers.shtml>. Acesso em: 14 set. 2018.

⁶ INGRAM, David. Facebook says security flaw in 50 million accounts let hackers take over profiles. *NBC News*, 28 set. 2018. Disponível em: <https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/facebook-says-security-flaw-50-million-accounts-let-hackers-take-n914821>. Acesso em: 14 nov. 2018.

⁷ NEWCOMB, Alyssa. Facebook data harvesting scandal widens to 87 million people. *NBC News*, 4 abr. 2018. Disponível em: <https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/facebook-data-harvesting-scandal-widens-87-million-people-n862771>. Acesso em: 14 set. 2018.

⁸ CRUZ, Francisco Brito; VALENTE, Mariana Giorgetti. 'It's time to address Bolsonaro's propaganda network'. *Internetlab*, 19 out. 2018. Disponível em: <http://www.internetlab.org.br/en/news/its-time-to-address-bolsonaros-propaganda-network/>. Acesso em: 14 set. 2018.

⁹ CADWALLADR, Carole. The great British Brexit robbery: how our democracy was hijacked. *The Guardian*, 7 mai. 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/may/07/the-great-british-brexit-robbery-hijacked-democracy>. Acesso em: 14 set. 2018.

Essas revelações aconteceram em um contexto em que os debates relacionados à regulação da Internet vinham se acumulando por mais de uma década. Discussões sobre a proteção de direitos autorais, ou sobre a possibilidade de plataformas vedarem a divulgação de determinados conteúdos, contrapostas à importância de se fomentar a liberdade de expressão online; discussões sobre a quem caberia a promoção da proteção de menores em relação a conteúdo inapropriado ou nocivo; sobre a regulação de aplicativos de transporte privado de passageiro, ou de serviços de voz e vídeo que adentraram mercados competindo com empresas concessionárias de serviços de telecomunicações. Junto com tantas outras, essas pautas já vinham ocupando sociedade civil, academia, mercados e governos por anos, tendo inclusive (conforme será apontado em breve) gerado iniciativas regulatórias em momentos anteriores a 2013. Por isso, a associação das tendências mais recentes de *techlash* exclusivamente aos debates pós Snowden pode ser uma análise superficial diante dos esforços que setores da sociedade civil, mercado e governo engajam nesses debates há mais de dez anos.

Contudo, é inegável que eles ganharam uma notoriedade maior desde então, gerando uma pressão nos governos por respostas regulatórias. No Internet Governance Forum de 2018, realizado na França, o Presidente Emmanuel Macron atestou essa pressão em seu discurso de abertura do evento, pautado pela importância que a Internet teve e tem no desenvolvimento econômico das últimas décadas, pelas ameaças aos interesses coletivos reveladas nos últimos anos e, acima disso, pela urgência de intervenção estatal no âmbito dessas atividades.

(...) Eu acredito profundamente que a situação é urgente. É urgente que nós, agentes do funcionamento da Internet, assumamos o controle destes assuntos e assumamos as nossas responsabilidades a este respeito. (...) Como sabem, a França e a Europa vêm, há vários anos, propondo uma maior regulação das atividades na Internet. Quando uso o verbo “regular”, já ouço alguns murmúrios de desaprovação. Mas a desconfiança saudável das empresas e das sociedades civis em relação aos governos não deve ser uma barreira para a busca de um interesse comum.¹⁰

¹⁰ Foi destacada parte do seguinte trecho original divulgado em língua inglesa: “*I very deeply believe the situation is urgent. It is urgent that we, many players in the functioning of the Internet, take control of these subjects and shoulder our responsibilities in this respect. And it is with this in mind that I proposed that your annual session should be entitled “Internet of Trust”, with our shared goal of firmly consolidating trust in the Internet: trust in the protection of privacy, trust in the legality and quality of content, and trust in the network itself. As you know, France and Europe have, for several years, been proposing greater regulation of activities on the Internet. As I use the verb “regulate”, I already hear some disapproving murmurs. But the healthy mistrust of businesses and civil societies as regards governments should not be a barrier to pursuing a common interest. Firstly, I would like to say that this mistrust is in a way unfair. Not all governments are equal: there are democratic governments and undemocratic governments; some governments are driven by liberal democracy, while there are also illiberal democracies; and lastly, there are non-democracies. In relations with governments, we cannot accept a certain lack of differentiation.*” MACRON, Emmanuel. Discurso concedido no Fórum de Governança da Internet (IGF), 2018. Disponível em: <https://www.intgovforum.org/multilingual/content/igf-2018-speech-by-french-president-emmanuel-macron>. Acesso em: 20 jan. 2019.

O momento peculiar apontado pelo presidente francês - em que respousa sobre os reguladores uma expectativa de saneamento de falhas cada vez mais comuns e com consequências cada vez mais graves – já gerou algumas iniciativas regulatórias simbólicas nos últimos anos. Em março de 2019, por exemplo, o Parlamento Europeu aprovou a revisão de sua Diretiva de Direitos Autorais¹¹, que prevê a obrigatoriedade de instalação de filtros de *upload* para proteção de direitos autorais online. A adoção contraria o intenso clamor sobre o perigo da medida para a liberdade de expressão e a sua possível ineficácia, refletido em anos de debate por setores da sociedade civil, do mercado e até em manifestação oficial do Relator das Nações Unidas para Promoção e Proteção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão¹².

Em abril do mesmo ano, o governo do Reino Unido colocou em consulta pública o relatório *Report on Online Harms*, que propõe iniciativas estatais de combate a condutas nocivas na Internet.¹³ Tais condutas são definidas, de forma geral, como

conteúdo ou atividade online que prejudica usuários individuais, especialmente crianças, ou que ameaçam o modo de vida no Reino Unido, quer minando a segurança nacional ou reduzindo a confiança e minando direitos, responsabilidades e oportunidades compartilhados para promover a integração.¹⁴

O alvo da iniciativa são as empresas que permitem o compartilhamento de conteúdos gerados pelos usuários, ou que viabilizam a interação de usuários entre si (ou seja, plataformas de compartilhamento e redes sociais), e ela se apoia, principalmente, na criação de um “dever de cuidado” e de uma entidade reguladora. Em relação aos mesmos problemas, no mesmo mês, a Austrália aprovou lei prevendo a possibilidade de aplicação de responsabilização criminal de executivos de plataformas de mídia social que falhem em remover o que se refere como

¹¹ Modernisation of the EU Copyright Rules. *European Commission*, 29 de mar. de 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/modernisation-eu-copyright-rules>. Acesso em: 30 abr. 2019.

¹² KAYE, David. *OL OTH 41/2018*, Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. Palais des Nations, Switzerland, 13 jun. 2018. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-OTH-41-2018.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2018.

¹³ Her Majesty Stationary Office, *Online Harms White Paper*. UK: APS Group, Abril de 2019. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/793360/Online_Harms_White_Paper.pdf. Acesso em: 30 abr. 2019.

¹⁴ Trecho original em inglês: “*Online content or activity that harms individual users, particularly children, or threatens our way of life in the UK, either by undermining national security, or by reducing trust and undermining our shared rights, responsibilities and opportunities to foster integration*“. Ibid.

“conteúdo violento abominável”¹⁵. Tendência semelhante também pode ser verificada na Índia, onde, em dezembro de 2018, o governo apresentou projeto de lei que, dentre outros, obrigaria as empresas de Internet a derrubar conteúdos com potencial para afetar a soberania e a integridade do país e restringir acessos de usuários mediante notificação das autoridades em exercício de poder de polícia¹⁶.

Em relação às violações de privacidade, a aprovação de leis voltadas para atualização da proteção de dados é uma tendência comum, verificada, dentre outros, em países como Brasil, Coreia do Sul, Índia e na União Europeia. Fora do legislativo, em 2018 a *Federal Trade Commission* – FTC americana abriu investigação sobre as práticas do Facebook em relação à privacidade¹⁷. No mesmo sentido, a empresa também foi responsabilizada judicialmente na Alemanha e na Bélgica¹⁸, e administrativamente no Reino Unido¹⁹.

Além dessas iniciativas regulatórias voltadas para matérias específicas, também se verificam propostas estruturais, principalmente pela perspectiva da regulação setorial. São iniciativas voltadas para a organização do aparato institucional apto à realidade econômica e tecnológica contemporânea, com foco em políticas de gestão do conhecimento e do desenvolvimento ou na regulação setorial. Tais preocupações se refletem, por exemplo, nas atividades da Comissão Nacional de Produtividade Chilena, que em 2017 publicou uma série de estudos sobre a regulação de tecnologias disruptivas e plataformas digitais, abordando serviços de transporte, alojamento e telemedicina²⁰. Ou na consulta pública realizada pela União Internacional de Telecomunicações sobre as políticas direcionadas aos serviços

¹⁵ KARP, Paul. Australia passes social media law penalising platforms for violent content. *The Guardian*, 4 abr. 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/media/2019/apr/04/australia-passes-social-media-law-penalising-platforms-for-violent-content>. Acesso em: 04 abr. 2019.

¹⁶ KALRA, Aditya. Social media giants plan push-back in India’s new regulations. *Thomson Reuters*, 11 jan. 2019. Disponível em: <https://uk.reuters.com/article/uk-india-socialmedia/social-media-giants-plan-push-back-on-indias-new-regulations-sources-idUKKCN1P50B5>. Acesso em: 04 abr. 2019.

¹⁷ PAHL, Tom. Statement by the Acting Director of FTC’s Bureau of Consumer Protection Regarding Reported Concerns about Facebook Privacy Practices. *Federal Trade Commission*, 26 mar. 2018. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2018/03/statement-acting-director-ftcs-bureau-consumer-protection>. Acesso em: 28 nov. 2018.

¹⁸ KANTER, Jake. Facebook gets maximum fine for the catastrophic Cambridge Analytica data breach. *Business Insider Deutschland*, 25 out. 2018. Disponível em: <https://www.businessinsider.de/facebook-gets-top-fine-ico-cambridge-analytica-data-breach-2018-10?r=US&IR=T>. Acesso em: 28 nov. 2018.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Chile, Comisión Nacional de Productividad (CNP). *El futuro de las Tecnologías Disruptivas en Chile*, 14 abr. 2018. Disponível em: <http://www.comisiondeproductividad.cl/2018/04/tecnologias-disruptivas-regulacion-de-plataformas-digitales/>. Acesso em: 28 nov. 2018.

prestados pela infraestrutura da Internet que competem com serviços de telecomunicações (como voz, vídeo e mensagem). A consulta buscava identificar possíveis abordagens regulatórias capazes de harmonizar esses serviços com mercados e arcabouços legais pré existentes²¹ (acompanhando uma tendência que também se reflete em iniciativas do *Body of European Regulators for Electronic Communications* - BEREC²²).

É seguro dizer que o momento atual é de um ativismo estatal diferenciado em relação às atividades comerciais realizadas através da Internet, seja ele atribuído à *techlash* ou não. Nesse contexto, ganha ainda maior relevância o estudo sobre as peculiaridades dessa rede e sobre como elas devem afetar as políticas públicas implementadas pelos Estados nação. Apesar das iniciativas citadas serem relativamente recentes, o seu pano de fundo é um debate que já ocupa a literatura acadêmica há mais de 20 anos, sobre a possibilidade da Internet ser conformada a partir da extensão das regras de Direito que a precederam.

O debate teórico

A discussão sobre a regulação da Internet vem evoluindo junto com seu processo de transformação e expansão. Sendo resultado de décadas de desenvolvimento tecnológico, ela se expandiu para o uso civil e comercial no início da década de 90. A partir daí, passou a permear as diversas esferas da vida, tornando-se ferramenta de trabalho e lazer, de exercício da cidadania e da identidade. Ao mesmo tempo em que o mundo virtual se expandiu pelo mundo físico, também se viu tomado pelas contingências que tradicionalmente motivam a ação reguladora estatal como resposta às demandas sociais e econômicas por pacificação e segurança jurídica. Conflitos de interesse envolvendo indivíduos ou empresas privadas, reivindicações por responsabilização nas esferas civil e criminal e o surgimento de novos mercados ou a disrupção de antigos passaram a se apresentar de formas tão criativas e dinâmicas quanto a tecnologia permite.

²¹ União Internacional de Telecomunicações, Council Working Group on International Internet-related Public Policies, *Online Open Consultation*, 25 mai. 2017. Disponível em: <https://www.itu.int/en/council/cwg-Internet/Pages/consultation-june2017.aspx>. Acesso em: 30 mar. 2018.

²² Body of European Regulators for Electronic Communications – BEREC. *Report on OTT services*. Riga, Jan. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2LcuGy8> Acesso em: 25 jan. 2019.

Contudo, diante de um ambiente virtual até então enigmático, com alcance global, e onde num primeiro momento ainda reinava o mito do anonimato, a possibilidade de implementação do direito tradicional, seja por meio de leis, seja por meio de decisões judiciais, ainda era um ponto de incerteza. De tal forma que, num primeiro momento, a literatura especializada se debruçou sobre esse debate tratando-o, ainda, como uma (im)possibilidade: seria viável regular a Internet?

Na icônica “Declaração de Independência do Ciberespaço”, Joe Perry Barlow (1996) aclama o surgimento da Internet como uma força democratizante, descentralizada, sem limites territoriais e imune ao controle institucional. Recusando a legitimidade dos governos sobre o que se considerava um novo espaço, a declaração até hoje é considerada ícone da linha teórica conhecida como *excepcionalismo*²³. Ao defender que a Internet não seria suscetível à regulação pelo direito das nações, tal visão - comum a muitos técnicos e acadêmicos que participaram ativamente dos primeiros anos de implementação da Internet e da Rede Mundial de Computadores - alimentou a percepção de parte da academia de que ela seria impossível de controlar²⁴. Eram abordagens focadas na promessa de participação direta da comunidade de usuários nos processos deliberativos, no potencial democrático da nova ferramenta e no seu caráter transfronteiriço. David Post e David R. Johnson, por exemplo, fundavam a impossibilidade de regular a Internet, em maior parte, no seu alcance global interconectado, que demandaria um marco regulatório independente das doutrinas vinculadas a jurisdições territoriais, novas regras em relação a propriedade, personalidade jurídica e valores fundamentais da comunidade virtual²⁵.

Em pouco tempo ficou claro que não apenas a Internet não escaparia dos poderes e “forças que moldam a história da humanidade”²⁶, mas que se tem algo que não se pode dissociar

²³ Que tem como representantes, além do autor, JOHNSON, David. R, POST, David. Law & Borders: The Rise of Law in Cyberspace, *Stanford Law Review*, n. 48, p. 1.367-1.403, 1996, p. 1370 e CRAWFORD, Susan P. The Internet and the Project of Communications Law, *UCLA Law Review*, n. 55, pp. 360-393, 2007, p. 379. Esses entendimentos serão abordados de forma detida nos Capítulos 1 e 3.

²⁴ Percepção essa bem ilustrada por Tim Wu, que relata o episódio protagonizado pelo ex-presidente americano Bill Clinton em março de 2000, quando ele teria declarado que “sem dúvidas, a China tem tentado reprimir a Internet – boa sorte, isso seria como pregar gelatina na parede” (trecho em tradução livre). WU, Tim. Is Internet Exceptionalism Dead? In: SZOKA, Berim e MARCUS, Adam (Eds.). *The Next Digital Decade: Essays on The Future of Internet*. Washington DC: TechFreedom, pp. 179-188, 2010, p. 180.

²⁵ JOHNSON, David. R, POST, David. Law & Borders: The Rise of Law in Cyberspace, *Stanford Law Review*, n. 48, pp. 1.367-1.402, 1996, p. 1371.

²⁶ WU, Tim. Is Internet Exceptionalism Dead? In: SZOKA, Berim e MARCUS, Adam (Eds.) *The Next Digital Decade: Essays on The Future of Internet*. Washington DC: TechFreedom, pp. 179-188, 2010, p. 180.

da forma como a *rede de redes* opera, é controle. A partir de trabalhos como os de Joel Reindeberg (1998) e Lawrence Lessig (1999 e 2006), o excepcionalismo foi confrontado com a constatação inexorável de que a arquitetura de sistemas a partir da qual a Internet é construída constitui, em si, uma forma de regulação. As suas capacidades técnicas e a forma como seus sistemas são desenhados impõem regras de comportamento aos usuários, sendo a implementação de políticas de uso, informação e acesso inerentes ao desenho das redes e suas configurações. Tudo que se faz online, se faz porque assim é permitido, e assim é permitido pelos responsáveis por esses códigos – a cadeia de empresas e agentes que operam os serviços que, em conjunto, materializam o acesso à Internet.

A partir daí, o foco do debate se torna não a possibilidade, mas a forma adequada de garantir a aplicação de políticas públicas ao mundo virtual. Afinal, a demanda social existe, e o controle não é apenas uma possibilidade, mas uma característica - ainda que a questão sobre *quem controla* gere um debate inesgotável sobre legitimidade.

Apesar da abordagem quase utópica e da disputa teórica que se deu sobre os seus fundamentos²⁷, as ideias que basearam o “excepcionalismo” ainda se materializam perante as tentativas nacionais de regular a Internet - tanto na forma dos desafios que se relacionam com características essenciais e que foram aqui listados, quanto nas dificuldades de aderência dos mecanismos tradicionais do Direito às interações virtuais.

Nas décadas que se seguiram, assistimos a uma série de iniciativas regulatórias que se revelaram ineficientes (por não cumprirem os objetivos que as fundamentaram) ou ilegítimas (por imporem restrições desproporcionais a direitos fundamentais e liberdades econômicas). Diante da ânsia em implementar mecanismos tradicionais de aplicação do direito, que imprimem a lógica da autoridade e coação tradicionais, algumas dessas iniciativas impunham às empresas que prestam serviços da Internet escolhas técnicas com o potencial de descaracterizar a abertura da rede, e assim restringir desproporcionalmente o exercício de direitos fundamentais relacionados às liberdades de comunicação. É o caso, por exemplo, das propostas de lei americanas editadas em 2011 que ficaram conhecidas como SOPA/PIPA²⁸.

²⁷ Cabe apontar que a descrição do excepcionalismo e seu contraponto foi aqui simplificada para os fins ilustrativos ora pretendidos, sendo certo que não há que se falar na superação completa de um ou outro entendimento. Até hoje é possível verificar posições doutrinárias, ou até propostas regulatórias, que guardam algum grau de excepcionalismo. Esses debates serão tratados de forma detida no Capítulo 3.

²⁸ Conforme os títulos originais em língua inglesa, trata-se do *Stop Online Piracy Act* (SOPA) e *Protect IP Act* (PIPA).

Os projetos tinham o objetivo de combater a infração a direitos autorais e propriedade intelectual online, e se baseavam em medidas que sacrificavam as liberdades de usuários e agentes de mercado, como o bloqueio imediato e a possibilidade de impedir o financiamento de sites, sem as garantias processuais como devido processo e contraditório. No Brasil, o PL nº 84/99 (conhecido como “Lei Azeredo”) foi uma experiência semelhante focada em responsabilização criminal, que estabelecia pena de até quatro anos de prisão para quem violasse os mecanismos de proteção de um telefone celular ou para quem transferisse músicas de um CD para outros dispositivos. Conforme apontado por Ronaldo Lemos e Carlos Affonso Souza²⁹, o projeto de lei teria transformado em criminosos milhões de usuários de Internet no Brasil e restringido oportunidades de inovação, lançando à ilegalidade práticas necessárias para atividades típicas de pesquisa e desenvolvimento.

A rejeição com que SOPA e PIPA foram recebidos por organizações da sociedade civil, grupos de usuários e empresas de Internet tomou proporções globais, e as propostas acabaram não evoluindo. Também a Lei Azeredo motivou mobilização social e do setor acadêmico³⁰, e junto com outros projetos de lei da época foi descartada em favor da elaboração do que hoje é o Marco Civil da Internet³¹. Desde então, essas propostas são comumente citadas como símbolos do quanto os produtores de políticas públicas podem desconhecer – ou descartar – as peculiaridades das dinâmicas virtuais e a proporção dos impactos de suas decisões nesta seara. A experiência poderia ter sido uma sinalização sobre a importância da liberdade de expressão para conservar a abertura democrática e econômica da Internet. Mas não foi.

Em primeiro lugar porque, conforme apontado por Natasha Tusikov, a mobilização da sociedade civil diante dessas propostas públicas teria estimulado governos e agentes de mercado a tratarem dessas políticas públicas através de “acordos secretos de aperto de mão”³². Segundo a autora, essa prática se baseia em pressões indiretas por parte dos governos combinadas com a ameaça de regulação futura, e já teriam sido executadas nos Estados Unidos e na Europa com o objetivo de promover práticas de mercado que protegem propriedade intelectual. Essencialmente, podem resultar no mesmo tipo de restrição proposta por

²⁹ LEMOS, Ronaldo, SOUZA, Carlos Affonso Pereira. *Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016, p. 17.

³⁰ Ibid., loc. cit. V. também: Brasil: Article 19, *Projeto de Lei de Cybercrimes*, Jan. 2012. Disponível em: <https://artigo19.org/blog/2012/02/03/analise-da-lei-azeredo/>. Acesso em: 28 nov. 2018.

³¹ v. Capítulo 4.

³² TUSIKOV, Natasha. *Chokepoints: Global Private Regulation on the Internet*. California: University of California Press, 2017, p. 3.

SOPA/PIPA, mas são propositadamente conduzidas sem transparência, como forma de desviar a atenção do público e evitar comoção social.

Em segundo lugar, sem considerar os países que ativa e assumidamente censuram a Internet dentro de seus limites territoriais para fins políticos, até hoje é possível verificar a adoção de medidas que podem ser consideradas desproporcionais sob a perspectiva da liberdade de expressão. É o caso, por exemplo, da já mencionada institucionalização de filtros de *upload* na União Europeia, do decreto francês, desde 2015, tornou legal o bloqueio de acesso sites de propaganda terrorista sem necessidade de decisão judicial (Decreto 2015-125, de 6 de fevereiro de 2015), ou da absurda decisão do governo da República Democrática do Congo de suspender o acesso à Internet antes do fim da apuração das eleições de 2019 (tomada diante da propagação de resultados falsos)³³. O bloqueio durou 20 dias³⁴.

Outras, por sua vez, se demonstraram ineficientes, como as escolhas de mecanismos autorregulatórios baseados em consentimento para tratamento legal da proteção de dados ou as decisões judiciais voltadas à contenção da disseminação de determinados conteúdos através de bloqueios de sites. Sabidamente, decisões desse tipo apenas cerceiam as liberdades de sites específicos, enquanto os conteúdos infratores são transferidos para outras plataformas ou disponibilizados em outros formatos. Houve, ainda, iniciativas na Alemanha (2013) e na Espanha (2014) de criação de uma taxa de licenciamento obrigatória para sites de busca que disponibilizem links para notícias e conteúdos de veículos de comunicação (conhecidas como *link tax*)³⁵. Apesar de seus efeitos claramente prejudiciais para veículos menores no primeiro país e de todos os demais no segundo (dado que o *Google* decidiu fechar o serviço *Google News* espanhol), a medida foi aprovada no art. 15 da já citada revisão da Diretiva de Direitos Autorais Europeia.

Fora da esfera da regulação de conteúdo, a regulação das plataformas que fornecem serviços alternativos de transporte desde 2011 despertaram disputas regulatórias em uma série de países (envolvendo, principalmente, os serviços locais de táxi). Entre a inação e a proibição

³³ BUKAJERA, Stanis; MAHAMBAMBA, Fiston. Congo cuts internet for second day to avert ‘chaos’ before poll results. *Reuters*, 01 jan. 2019. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-congo-election/congo-cuts-internet-for-second-day-to-avert-chaos-before-poll-results-idUSKCN1OV1GL>. Acesso em: 15 mar. 2019.

³⁴ DR Congo internet restored after 20-day suspension over elections. *Aljazeera*, 20 jan. 2019. Disponível em: <https://www.aljazeera.com/news/2019/01/dr-congo-internet-restored-20-day-suspension-elections-190120062941741.html>. Acesso em: 15 mar. 2019.

³⁵ TANI, Tommaso. The “Link tax” in the Experiences of Germany, Spain and the Article 11 of the EC Proposal for the New Copyright Directive. *LinkedIn*, 6 fev. 2018. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/link-tax-experiences-germany-spain-article-11-ec-proposal-tani/>. Acesso em: 28 nov. 2018.

(tácita ou expressa), algumas experiências propuseram regimes específicos (ainda que mais ou menos inclinados a um desses extremos), como é da Lei nº 13.640/2018 no Brasil e da regulação Californiana³⁶. Contudo, em muitos lugares esses serviços até hoje são banidos ou inviabilizados em sua essência³⁷, como é o caso de Itália, França, Dinamarca, Bulgária (onde os serviços foram proibidos por decisão da Suprema Corte³⁸) e da cidade de Londres - o que indica que muitos governos ainda não conseguiram achar o equilíbrio entre o racional regulatório e a recepção das benesses (sociais, econômicas ou concorrenciais) de formas inovadoras de produzir e consumir.

Sendo certo que a demanda por pacificação social e segurança jurídica existe, e que o controle é uma realidade inerente às atividades que se concretizam através de código, o desafio que se apresenta gira em torno da forma mais eficiente de fazê-lo sem que se comprometam capacidades de ampliação do bem estar presentes. Assim é que, ainda hoje, organismos multisetoriais, supranacionais, governos, agentes de mercado e sociedade civil orbitam continuamente em torno da questão sintetizada por Leslie Daigle³⁹: como regular a Internet sem quebrá-la?³⁹

Objeto e objetivos do trabalho

Com foco na atuação regulatória que cabe aos governos nacionais, essa é a pergunta que baseia o presente trabalho. Seu *objeto* de estudo é a regulação nacional dos serviços prestados através da infraestrutura da Internet. Seu *objetivo* é demonstrar que, enquanto há um papel importante a ser cumprido pelo Estado nessa regulação, a natureza técnica da Internet e as estruturas de governança que já a condicionam impõem desafios aos governos que demandam

³⁶ California Public Utilities Commission (CPUC), *CPUC establishes rules for transportation network companies*, 19 set. 2013. Disponível em: <http://docs.cpuc.ca.gov/PublishedDocs/Published/G000/M077/K132/77132276.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2018.

³⁷ DICKINSON, Greg. How the world is going to war with Uber. *The Telegraph*, 26 June 2018. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/travel/news/where-is-uber-banned/>. Acesso em: 20 Jan. 2019.

³⁸ MARKOVA, Ekaterina. Bulgaria: Supreme Court shuts down smartphone car service Uber. *Eurofound*, 25 Jan. 2016. Disponível em: <https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2016/bulgaria-supreme-court-shuts-down-smartphone-car-service-uber>. Acesso em: 28 nov. 2018.

³⁹ DAIGLE, Leslie. *On the nature of the Internet*. Centre for International Governance Innovation and Chatham House, Paper Series no. 7, mar. 2015. Disponível em: https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_paper_no7.pdf. Acesso em: 26 Jan. 2018.

uma abordagem específica do ambiente regulatório, principalmente em relação aos requisitos de legitimidade e eficiência da regulação. Em segunda ordem, o trabalho tem o objetivo de consolidar uma base teórica e empírica da matéria apta a informar os debates correntes na experiência brasileira.

Essa proposta se baseia em dois recortes teóricos que modulam o escopo do trabalho, quais sejam: as diferentes acepções e fronteiras entre os conceitos de *regulação* e *governança* e a distinção dos serviços que são prestados através da camada de conteúdo da Internet (também referidos como aplicações ou provedores de serviço online). Por isso, segue essas notas introdutórias a descrição do escopo do trabalho, onde propõe-se um acordo semântico necessário à devida identificação dos problemas e explanação do tema a que a tese se pretende.

Isto feito, o Capítulo 1 tem o objetivo de demonstrar que o processo de desenvolvimento da Internet e a composição técnica dele resultante fazem dela uma ferramenta propulsora do desenvolvimento econômico (principalmente por favorecer a inovação) e da inclusão democrática (principalmente devido à sua abertura social e política). Essa descrição contém os elementos que a caracterizam como uma ferramenta única, o que é um dos argumentos que embasa a necessidade de um ambiente regulatório específico. Conforme atestado por Tim Wu, a descrição de todos os aspectos que fazem a Internet diferente demandaria uma longa obra por si, mas a compreensão desses aspectos, ainda que de forma geral, não pode prescindir do exame de suas origens⁴⁰. Assim, será feita uma descrição desse processo de desenvolvimento, com atenção a como ele resultou em uma rede descentralizada, neutra e flexível. Em seguida, serão analisados os principais atributos técnicos que resultaram desse processo e suas consequências de ordem econômica, social e política. Trata-se, aqui, da tradicional divisão da Internet em camadas, da ideia de abertura, neutralidade, do princípio *end to end* e das características tratadas por Leslie Daigle como “invariáveis” (acesso global, interoperabilidade, propósito geral, inovação). Por fim, será abordada a característica mais comum aos debates de regulação, que é a natureza regulatória empreendida pela programação de código. Inerente à forma como ela funciona, essa condição é determinante para as formas de aplicação de políticas públicas online, e será analisada a partir de uma recapitulação da literatura acadêmica desde Lessig – “code is law” – até os trabalhos mais recentes sobre formas e contingências de regulação por algoritmos.

No Capítulo 2, será abordada a complexa estrutura de poder que influencia comportamentos online, onde a regulação nacional se insere e com a qual precisa dialogar para

⁴⁰ WU, Tim. Is Internet Exceptionalism Dead? In: SZOKA, Berim e MARCUS, Adam (Eds.) *The Next Digital Decade: Essays on The Future of Internet*. Washington DC: TechFreedom, pp. 179-188, 2010, p. 184.

que suas políticas sejam eficientes. Trata-se, aqui, da *governança da Internet*. A sua compreensão contribui para o entendimento do sucesso e do fracasso dos sistemas da Internet de maneira mais geral, permitindo acessar as complexidades que se relacionam com seu caráter global e a diversidade de atores e práticas que influenciam umas às outras. Sob a perspectiva do Direito, Ian Brown e Chris Marsden já apontaram esse exame como necessário a soluções legais bem concebidas, voltadas para o desenvolvimento e não para o controle da Internet, ou que não se empenhem na “reimposição de fronteiras nacionais e censura estatal ao invés de promover direitos humanos e uma esfera pública de debate vibrante”⁴¹. Assim, o capítulo começa com uma recapitulação teórica sobre o conceito de *governança* e os seus tratamentos diversos, ancorando a referência do trabalho no tratamento que lhe dá a ciência política. Depois disso, será feita uma breve descrição da evolução dos entendimentos sobre a governança da Internet, antes restrita aos organismos multissetoriais dedicados à coordenação de recursos lógicos críticos ao funcionamento da rede, mas que hoje engloba a diversidade de atores, práticas e matérias que influenciam comportamentos. Com o objetivo de ilustrar o seu conteúdo, ela será, em seguida, abordada sob uma perspectiva subjetiva (em relação aos agentes que dela participam), sob uma perspectiva objetiva (em relação às matérias que a compõem) e sob uma perspectiva normativa (onde serão referenciados aqueles que são entendidos como princípios de governança da Internet). Por fim, atenta-se para os recursos teóricos que costumam ser utilizados para legitimar os resultados dessa estrutura de governança, notadamente, a ideia de multissetorialismo, a responsabilidade social corporativa e o constitucionalismo digital.

Considerando análises contextuais que caracterizam a natureza técnica da Internet e as estruturas de governança que se formaram e que são inerentes a ela, o Capítulo 3 tem o objetivo de abordar o desenho regulatório adequado aos serviços prestados através da sua infraestrutura. Em primeiro lugar, propõe-se uma perspectiva geral sobre o papel do Estado diante das tecnologias, e mais especificamente, em relação à sua regulação. Conforme será demonstrado a partir da análise da literatura dedicada aos desafios impostos aos reguladores pelas tecnologias, há um meio termo entre as ideias de que elas exigiriam quadros regulatórios novos e a de que bastaria a aplicação dos conceitos e institutos que desde sempre basearam essa atuação. Esse meio termo se expressa na síntese acertada de Roger Brownsword, segundo a qual “mesmo que não precisemos reinventar a roda regulatória, precisamos refinar nossa inteligência regulatória para alinhá-la com as características de cada tecnologia em particular”

⁴¹ BROWN, Ian e MARSDEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013, pp. 164-165.

⁴². Será, então, enfrentado o desafio de propor um desenho regulatório próprio para os serviços prestados online.

Tal empreitada começa com uma abordagem do debate teórico sobre a possibilidade de regulação da Internet, aprofundando os entendimentos que compuseram a corrente teórica conhecida como excepcionalismo. Diferentemente da sua utilização no Capítulo 1 (onde ele é usado como um recurso para situar a literatura especializada que identificou a essência regulatória da Internet), aqui ele é apreciado como argumento próprio. Ou seja, serão aprofundadas as implicações teóricas de uma visão da Internet como algo que requer tratamento regulatório único, bem como as variações que essa concepção também observa. Será feito, então, um diálogo com a literatura de tecnologia da regulação, que corrobora com as conclusões teóricas extraídas dessa análise no sentido da necessidade de um desenho regulatório próprio para a Internet.

Em seguida, aborda-se o requisito de legitimidade regulatória conforme as suas exigências que se relacionam com participação democrática e eficiência. Daí, parte-se para o enfrentamento deste desenho regulatório específico, propondo uma abordagem voltada para alguns dos aspectos pragmáticos que embasam o juízo de legitimidade sobre a ação regulatória. Especificamente, foram adotadas as perspectivas da *motivação* (por que regular a Internet?), dos *arranjos institucionais* eleitos (quem regula a Internet?), e da *forma normativa* (ou não) de implementação dos objetivos da política pública (como regular a Internet?)⁴³. O objetivo dessa análise é salientar os insumos técnicos, jurídicos e empíricos que devem informar a avaliação de cada um desses aspectos, de forma que garanta legitimidade ao seu tratamento pelo regulador.

⁴² Trecho original em inglês: “*One of the principal ideas associated with the underlying agenda is that, each time a new technology appears, or an established technology assumes a fresh significance or moves forward in some way, we should not, so to speak, have to reinvent the regulatory wheel. (...) On the other hand, this idea need to be counter balanced by the thought that the technologies, while having some similarities as regulatory targets, are nevertheless different – the thought that each new technology has its own distinctive identity. Hence, even if we do not need to reinvent the regulatory wheel, we do need to refine our regulatory intelligence to bring it into alignment with the characteristics of each particular technology.*” BROWNSWORD, Roger. So What Does the World Need Now? Reflections on Regulating Technologies. In: BROWNSWORD, Roger, YEUNG, Karen (Orgs). *Regulating technologies: legal futures, regulatory frames and technological fixes*. Oxford: Hart, 2008, pp. 23-48, p. 30.

⁴³ Essa formulação da legitimidade de ação estatal em forma de perguntas foi adotada anteriormente no trabalho “*Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas*”, que introduzia algumas questões sobre a ação estatal diante das tecnologias como um todo. BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 273, Rio de Janeiro, pp. 123-163, 17 set. 2016.

O primeiro aspecto do cenário regulatório a ser tratado será a motivação (por que regular). Serão abordadas as justificativas tradicionais para regular e as formas como elas se relacionam com o atual quadro dos serviços virtuais. Contudo, a ênfase da análise de legitimidade é a inserção da proteção e do estímulo à inovação no rol desses racionais, dado que (i) a propensão à inovação é escrita no DNA da Internet, e (ii) a inovação é fator de produção essencial ao desenvolvimento econômico e aumento de bem estar social, devendo ser protegida além das políticas de fomento e desenvolvimento científico, informando, também, as escolhas estratégicas da regulação nacional. Em seguida, é feita a análise institucional (quem regula). Primeiro, será feita uma recapitulação teórica dos arranjos institucionais através dos quais a regulação é empreendida - quais seja, a regulação direta, a autorregulação e a correção - com atenção especial à diversidade de estruturas envolvendo governo e setor privado que correm sob esse último rótulo. Em seguida, serão recapituladas algumas experiências autorregulatórias que definiram a regulação da camada de conteúdo da Internet por muitos anos, contrapostos às tendências mais recentes de experimentos correção (principalmente na Europa). Diante dessas análises teóricas e empíricas, a correção é apontada como um parâmetro de arranjo institucional com maior potencial para conformar esses ambientes de forma legítima e eficiente. Por fim, em relação a formas e estratégias adotadas, será abordada uma seleção dos mecanismos mais apontados pela literatura como aderentes ao contexto da Internet. Leis primárias e secundárias têm sua pertinência reconhecida e defendida, de forma que se consigna, desde já, o seu importante papel no provimento de segurança jurídica e mecanismos de *accountability*. Contudo, a ênfase da análise será em quatro táticas consideradas alternativas ao comando e controle⁴⁴, quais sejam, o uso da regulação por princípios, do direito concorrencial (essas duas primeiras claramente centradas na produção de políticas públicas pelo governo), o uso de mecanismos de *soft law* (que já se situam em um espectro mais híbrido) e da tecnologia (que, mesmo quando institucionalizada em política pública, se relaciona de forma indissociável com uma esfera privatizada de influência regulatória).

A partir das conclusões do Capítulo 3 sobre o ambiente regulatório adequado à Internet, a proposta do Capítulo 4 é testar os insumos teóricos trazidos em relação à experiência brasileira de regulação da Internet – especificamente, em relação aos marcos regulatórios da proteção de

⁴⁴ Para um estudo detalhado das vantagens e desvantagens dos tipos de normas usadas para regulação (detalhada, vaga, legal, não legal, focada em processos ou focada em resultados) dos tipos de normas regulatórias: BLACK, J. *Rules and Regulators*. Oxford: Oxford University Press, 1997; BRAITHWAITE, J., *A Theory of Legal Certainty*, *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 27, 2002.

dados e da regulação de conteúdo em plataformas de compartilhamento. O objetivo dessas análises é, por um lado, verificar como esses quadros consideraram os parâmetros de legitimidade propostos, se foram responsivos a eles, e como isso afetou o resultado final. Por outro lado, testa-se também esses parâmetros, sua aderência e o que se pode esperar deles em contextos empíricos concretos, em que reguladores reais são afetados por instâncias diversas quando precisam fazer escolhas em relação a riscos. Faz-se, ainda, um exercício de avaliação das escolhas do regulador brasileiro à luz dos aspectos distintivos de cada matéria e dos parâmetros de legitimidade apontados, de forma que se possa traçar um desenho regulatório que seja a eles responsivo, legítimo e eficaz. Além disso, apesar dos desafios hoje enfrentados pelos reguladores brasileiros em relação à Internet envolverem diversos setores e serviços, a análise dos casos eleitos permite uma abordagem da realidade brasileira a partir de dois marcos legais que são pilares das políticas públicas direcionadas à camada de conteúdo da Internet.

Em relação à proteção de dados, será examinada a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD), com base nos parâmetros já indicados. Assim, em relação à sua motivação, trata-se da forma como a inovação se relaciona com a matéria da proteção de dados em geral e de como ela se relaciona com o arcabouço implementado pela lei. Em relação aos arranjos institucionais, além de analisá-la à luz do parâmetro da correção, serão extraídas algumas implicações práticas da atual forma como se desenha a implementação da autoridade nacional de proteção de dados que ela criou. Em relação a forma e estratégias, serão tratados dois pontos específicos. Em primeiro lugar, a forma como, a despeito da previsão de obrigatoriedade de sistemas que considerem a *privacidade desde a concepção*, a lei demonstra pouca flexibilidade normativa, se aproximando mais de estratégias de comando e controle. Em seguida, aponta-se como, a despeito de inspirar-se no Regulamento Europeu sobre a matéria, ela não adota a estratégia lá implementada de regulação do risco (que tem potencial para flexibilidade e otimização de esforços de monitoramento e fiscalização).

A regulação de plataformas de compartilhamento de conteúdo, por sua vez, tem uma estrutura de governança mais diversa, apesar de se materializar normativamente na regulação do regime de responsabilidade dos provedores de serviço online previsto no art. 19 da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Em relação às suas motivações, serão apontadas as vantagens que a definição de um regime de responsabilidade desses agentes traz para a inovação. Contudo, a sua real promoção depende, também, da adoção dessa perspectiva pela regulação setorial. Em relação aos arranjos institucionais, será proposta uma avaliação de um regime centrado no poder judiciário. Diante da seletividade do mesmo, tem relevância a parcela dessas atividades deixadas para a autorregulação – um arranjo institucional notoriamente

limitado para matérias de direitos fundamentais. Por fim, em relação a formas e estratégias, serão abordados os impactos da jurisprudência e das suas limitações para abordar um ambiente regulatório tão vasto. De forma que o ambiente regulatório que daí resulta aproxima-se mais de uma estrutura de governança, pois é resultante da atuação de atores mais diversos que isso. Não é possível atribuir o resultado final a nenhuma delas especificamente, mas somente ao seu conjunto. No contexto brasileiro, cabe atentar para os mecanismos aplicados além do controle judicial, sobre os quais não se exercita escrutínio público, restando, assim, maior espaço para possíveis violações.

O trabalho é encerrado pelas Conclusões, onde se traz uma síntese dos principais argumentos desenvolvidos ao longo do trabalho e as implicações teóricas e práticas que devem ser deles extraídos.

Antes desses exames, essas notas introdutórias se ocupam, em último lugar, de firmar um acordo semântico em relação a alguns termos centrais para a delimitação do objeto de estudo, mas cuja aplicação pode esbarrar na sua essência contestável.

Esclarecimentos conceituais

A proposta apresentada nesta Introdução se baseia em dois recortes semânticos que moldam o escopo do trabalho, e cujo esclarecimento é necessário para justificar as escolhas e os insumos teóricos trazidos ao longo do mesmo. Ambos têm a função de circunscrever o objeto de estudo dentro do vasto universo conceitual em que ele se insere, otimizando a análise e servindo de referência para o leitor. O primeiro deles se refere ao conceito de *regulação* adotado (e a como ele se diferencia do que se entende, aqui, por *governança*); o segundo, trata dos serviços considerados objeto desta regulação.

Regulação x governança

O objeto de estudo do trabalho é a regulação nacional (ou seja, institucionalizada em pelos Estados nação) dos serviços prestados através da infraestrutura da Internet. Dada as acepções diversas que *regulação* assume, cabe esclarecer que, dentro deste escopo, ela deve ser entendida como a atividade estatal, exercida a partir de um conjunto de comandos e implicando na promulgação de regras vinculantes a serem aplicadas por uma autoridade pública.

Esta é uma das acepções adotadas por Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge⁴⁵, que identificam, ainda, o uso do termo para se referir à influência deliberada do estado (em sentido mais amplo, que cobriria todas as ações estatais) e a todas as formas de influência econômica e social (incluindo todos os mecanismos que afetam comportamentos). A autora Julia Black⁴⁶ adota classificação tripartida em sentido semelhante, cuja primeira concepção se refere ao monopólio do Estado para intervenção na esfera privada, sendo entendidas como regulação todas as formas através das quais ele protagoniza essas atividades. Na segunda acepção, a autora também trata de atividade exclusivamente estatal, especificamente aquelas que se dão através de produção normativa, seguida de monitoramento e de fiscalização, sendo geralmente aplicada por uma agência pública. Por fim, a terceira concepção afasta a ideia de regulação do monopólio do Estado, referindo-se a qualquer forma de influência em comportamentos, seja ela protagonizada por agente público ou privado, de forma intencional ou não⁴⁷.

Nota-se, então, que a associação entre regulação e “o exercício de controle por agência pública sobre atividades que são valorizadas por uma comunidade”⁴⁸ apesar de central, não esgota os sentidos e aplicações do termo. De fato, as outras acepções – que englobam mais atividades de natureza estatal e as influências de comportamento geradas por agentes públicos e privados – também têm importância no contexto do presente do trabalho. Em muitos momentos, refere-se à natureza regulatória das atividades de empresas privadas e às diversas

⁴⁵ BALDWIN, Robert, CAVE, Martin e LODGE, Martin. *Understanding Regulation*, 2a ed. Oxford: Oxford University Press, p. 3, 2012.

⁴⁶ BLACK, Julia. Decentering Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World. *Current Legal Problems*, v. 54, n. 1. Oxford: Oxford University Press, p. 103-146, pp. 129-130, 2001.

⁴⁷ Note-se, ainda, o entendimento de Anthony Ogus, que apesar de reconhecer que a regulação nem sempre é direta, pública e centralizada, adota um conceito centrado nos sistemas de organização econômica e as formas legais que os mantêm que seria necessário ao tratamento sistematizado da matéria. OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1994. Reimpresso em 2011, p. 3.

⁴⁸ SELZNICK, Phillip. *Focusing organizational research on regulation* (1985) apud OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1994. Reimpresso em 2011.

instituições que participam da miríade de incentivos e influências que caracteriza a Internet. São usadas, assim, acepções mais próximas dos conceitos gerais de regulação de Baldwin et al e Black, onde se enquadram quaisquer tipos de influência em comportamentos. De tal forma que a perspectiva sobre a regulação adotada se aproxima mais das suas conceituações amplas e descentralizadas da figura do Estado. Essa perspectiva, contudo, não se confunde com o objeto do trabalho, que é a normatização estatal das atividades prestadas via Internet. Ou seja, importa aqui, em primeiro lugar, como os reguladores estatais, formadores e executores de políticas públicas vêm respondendo aos desafios impostos por este ambiente regulatório complexo e incerto, e quais são os parâmetros para sua atuação que podem ser extraídos dessa experiência e da literatura especializada.

Considerando essa perspectiva ampla, também é importante diferenciar a *regulação* da ideia de *governança*, o que também se demonstra uma tarefa delicada. Já há, contudo, literatura relevante dedicada a essa distinção.

Governança, em si, é um termo aplicado em campos do conhecimento diverso, e que vem ganhando relevância conforme são embaçadas as fronteiras entre público e privado que já segmentaram de forma mais clara as atividades voltadas para conformação de comportamentos coletivos. As variações desse conceito e as suas aplicações mais recentes serão abordadas de forma detida no Capítulo 2. Por ora, cabe esclarecer que há hoje um consenso sobre a rotulação da estrutura de desenvolvimento, coordenação e influência de comportamentos na Internet como um sistema de governança⁴⁹.

De forma geral, a governança pode ser definida a partir da observação de atores públicos e privados envolvidos em atividades de direção e guia de comportamentos de terceiros, de formas que podem ou não estar relacionadas. Nesse sentido, David Levi-Faur oferece uma perspectiva normativa, que a define singelamente como conjunto híbrido de arranjos regulatórios⁵⁰.

Para diferenciá-la das diversas acepções de *regulação*, adota-se a distinção oferecida por Jeanette Hofmann, Christian Katzenbach e Kirsten Gollatz⁵¹ segundo a qual a regulação

⁴⁹ HOFMANN, Jeanette; KATZENBACH, Christian; GOLLATZ, Kirsten. Between coordination and regulation: Finding the governance in Internet governance. *New Media & Society*, [s.l.], v. 19, n. 9, p. 1-18, 31 mar. 2016.

⁵⁰ “We need to conceptualize a world order where governance is increasingly a hybrid of different systems of regulatory control; where statist regulation co-evolves with civil regulation; national regulation expands with international and global regulation; private regulation co-evolves and expands with public regulation; business regulation co-evolves with social regulation; voluntary regulations expand with coercive ones; and the market itself is used or mobilized as a regulatory mechanism.” LEVI-FAUR, David. *From “Big Government” to “Big Governance”?* Oxford Handbooks Online, [s.l.], Oxford University Press, p. 1-20, p. 14, 29 mar. 2012.

⁵¹ HOFMANN, Jeanette; KATZENBACH, Christian; GOLLATZ, Kirsten. Between coordination and regulation: Finding the governance in Internet governance. *New Media & Society*, [s.l.], v. 19, n. 9, p. 1-18, p. 6, 31 mar. 2016.

teria como elemento essencial a intervenção *intencional* dirigida a objetivos específicos⁵². Uma característica que não necessariamente se aplica às práticas de governança, que constitui um processo contínuo e heterogêneo, sem pontos de início e fim claramente definidos. Para os autores, o sistema de governança da Internet seria um arranjo de *coordenação reflexiva*, que transcende a mera coordenação mecânica e se materializa quando as expectativas dos atores envolvidos entram em colisão, tornando aparentes os conflitos de interesse entre eles. A coordenação se transformaria, assim, em governança, quando essas partes entram em confrontos e precisam debater sobre as regras, normas e entendimentos relevantes que sustentam suas práticas⁵³. Em sentido semelhante e gráfico, Serge Gutwirth e Paul de Sutter tratam dessa distinção notando que, diferentemente da governança, “[a] regulação vem de cima, ou pelo menos de algum outro lugar. Ela se impõe, vindo do lado de fora”⁵⁴.

Assim, é possível dizer que, independente da acepção adotada, a atividade regulatória está dentro do espectro da governança, o que não significa que essa última possa ter sua complexidade reduzida à primeira. Isto posto, o trabalho se desenvolve com base na distinção entre *governança da Internet* e *regulação da Internet* proposta por Ian Brown e Chris Marsden, segundo a qual a regulação se refere à “gama de interações público-privadas que abrangem regras e práticas substantivas nacionais e regionais-multilaterais, que regem tópicos específicos da Internet”⁵⁵. Por sua vez, a governança da Internet teria escopo mais amplo, que além das políticas institucionais em torno dessa regulamentação, englobaria regimes sem poderes de execução, ou que sequer se implementam através de normas⁵⁶.

⁵² Apesar dos elementos imbuídos no conceito de regulação que o aproximam do de governança – com destaque para a intencionalidade da ação condicionante que visa o interesse público – os autores entendem que tal equiparação tem duas limitações. Em primeiro lugar, enquanto o conceito de regulação apenas englobaria processos intencionais ordenados, uma parte relevante da organização técnica da Internet se daria de forma intencional. No mesmo espectro, a segunda limitação de uma perspectiva regulatória sobre governança é que ela tenderia a interpretar regras e instituições existentes como resultados funcionais de um processo de solução de problemas. Uma explicação que não englobaria os casos em que essas soluções são um efeito colateral inesperado e não intencional de processos de coordenação complexos. Nesse sentido: *Ibid.*, p. 9.

⁵³ *Ibid.*, p. 13.

⁵⁴ Tradução livre do texto original em inglês: “*Regulation comes from above, or at least from somewhere else. It imposes itself from the outside.*” GUTWIRTH, Serge, HERT, Paul de, SUTTER, Laurent de. *The Trouble with Technology Regulation*. In: BROWNSWORD, Roger, YEUNG, Karen (Orgs). *Regulating technologies: legal futures, regulatory frames and technological fixes*. Oxford: Hart, pp. 193-218, 2008, p. 215.

⁵⁵ BROWN, Ian e MARSDEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013, p. 19.

⁵⁶ Trecho original em inglês: “*We use the term Internet Regulation to refer the range of public-private interactions covering substantive national and regional-plurilateral rules and practices Governing specific Internet topics (Scott 2004, Marsden 2000; Grewlich 1999), similar fo the broad use in Zysman and Weber (2000), noting that*

Observa-se então que a regulação nacional dos serviços prestados através da infraestrutura da Internet é um dos elementos que compõem o sistema de governança, mas não se confunde com os mesmos, ou com formas diferentes de exercer atividades regulatórias, que vão além da promulgação de regras acompanhada de fiscalização e monitoramento). Equivale, assim, aos sistemas de organização econômica destes serviços, e às formas legais que os sustentam⁵⁷, aproximando-se da dimensão mais restrita do conceito de regulação nas propostas de Baldwin et al e de Black. É isso que se entende por “regulação dos serviços” ao longo deste trabalho, que busca identificar as estratégias a serem adotadas pelos Estados que melhor atendam à natureza técnica da Internet, em todos os seus elementos (sendo certo que isso não inclui, necessariamente, arranjos institucionais puramente estatais).

Serviços, aplicações e a camada de conteúdo da Internet

Conforme será detalhado no Capítulo 1, diante da complexidade técnica da Internet é comum a sua abordagem em camadas, distinguindo-se as atividades que se realizam em nível de infraestrutura (de rede física propriamente dita, que se confunde com a de telecomunicações), das que acontecem em nível lógico (que é o nível de código propriamente dito) e das que se prestam através da camada de conteúdo⁵⁸ – onde acontece a interação entre usuário, serviços e aplicações. É no âmbito desta última camada que correm os serviços conhecidos como aplicações ou plataformas, cuja regulação o trabalho aborda. Essas atividades são extremamente diversas entre si (podendo incluir ferramentas de busca, redes sociais, aplicativos de compartilhamento de bens, de transporte privado de passageiros, serviços de voz, mensagens e *streaming* de vídeo, dentre outros tantos) mas têm em comum o fato de que se desenvolvem a partir da infraestrutura física da Internet.

governance is yet a broader term that encompasses the institutional politics surrounding such regulation, including regimes with no enforcement powers at all, not even by norms, which therefore fall outside legal analysis (U.N. Economic and Social Council 2006).” Ibid., p. x.

⁵⁷ OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1994. Reimpresso em 2011, p. 3.

⁵⁸ BENKLER, Yochai. “From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access”, *Federal Communications Law Journal*, vol. 52, pp. 561-579, 2000, p. 568. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/viçcgi/viewcontent.cgi?article=1242&context=fclj>. Acesso em: 20 mai. 2019. Para detalhes, v. Capítulo 1, seção 1.2.

No âmbito da Lei nº 12.965/2014 (“Marco Civil da Internet”), essas empresas são rotuladas como *aplicações de internet*, ou *provedores de aplicação* e são conceituadas como “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet” (art. 5º, VII). Também é comum a sua referência como *prestadores de serviço online* na literatura em geral⁵⁹, diferenciando-se suas atividades daquela dos *provedores de acesso*.

Esses, por sua vez, são aqueles que exercem as atividades de *conexão à internet*, definidas no art. 5º, V do Marco Civil como “a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP”. Trata-se das empresas concessionárias de serviços de telecomunicações responsáveis pela infraestrutura que permite o acesso físico de cada usuário às informações que circulam pela rede⁶⁰.

Sendo o foco do trabalho as atividades que se realizam na camada de conteúdo, as suas considerações só se aplicam aos provedores de acesso no que toque a sua atuação nesse nível. Afinal, eles também influenciam o fluxo de informações que caracteriza a Internet através, por exemplo, da instalação de filtros de conteúdo ou do bloqueio de endereços IP específicos. Ainda

⁵⁹ MONCAU, Luiz Fernando Marrey e ARGUELHES, Diego Werneck, Marco Civil da Internet and Digital Constitutionalism, *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online*. Oxford University Press: Oxford, 2019. No prelo.

⁶⁰ Nesse sentido, vale notar a orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, segundo a qual: “Os provedores de serviços de Internet são aqueles que oferecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de backbone (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da Internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a Internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web.” STJ, REsp 1316921/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 26.06.12. Para Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, a distinção entre os provedores de serviço e provedores de acesso à Internet também encontra amparo na Lei 9.472/97 (“Lei Geral de Telecomunicações – LGT), que distinguiu “o sistema de telecomunicações (“conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação”, art. 60, §§ 1º e 2º) do serviço de valor adicionado (“atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”, art. 61, caput). A internet e seu sistema estão inseridos nesta última categoria — a dos serviços de valor adicionados —, já que dependem da infraestrutura de telecomunicações para operar, mas com ela não se confundem. A lei, ao criar estas duas figuras — telecomunicações e valor adicionado —, diferenciou, por um lado, a estrutura física e lógica criada para a conexão primária de pessoas e lugares, e, por outro, as estruturas posteriores, físicas ou lógicas, que venham a ser sobrepostas à primeira, para acrescentar-lhe novas utilidades, viabilizando, por exemplo, um novo modo de troca de informações.” SUNDFELD, Carlos Ari, ROSILHO, André. A governança não estatal da internet e o direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 270, Rio de Janeiro, set./dez. 2015, pp. 41-79, 18 jan. 2016, p. 43.

assim, as menções gerais “serviços prestados na camada de conteúdo da Internet” ou aos “prestadores de serviço online” devem ser referenciadas no conceito de provedores de aplicação.

Centralizando o escopo do trabalho nesses serviços, cabe, ainda, um esclarecimento final. Mesmo as considerações extraídas da literatura dedicada à regulação de tecnologias como um todo (o que incluiria uma diversidade de matérias como nano e biotecnologia, por exemplo), devem ser referenciadas nos serviços prestados na camada de conteúdo da Internet. Ou seja, a despeito de alguns dos argumentos trazidos serem aplicáveis a outros contextos tecnológicos, é importante que eles sejam compreendidos em relação à Internet.

Na mesma linha, os esforços dedicados a tecnologias ancilares ou relacionadas de alguma forma com a Internet, mas que com ela não se confundem de uma forma inerente, é restrito ao necessário aos argumentos explorados. Trata-se aqui de tecnologias como inteligência artificial, *blockchain* e das diversas aplicações das análises algorítmicas. Apesar de terem seus efeitos potencializados pela Internet, a sua aplicabilidade em geral não se confunde com a estrutura de rede da Internet, tendo sido tratada de forma restrita a essa relação.

Essas escolhas de escopo têm o objetivo de permitir uma análise focada sobre a Internet em si, como tecnologia e como rede de comunicação autônoma. A partir delas, também é possível restringir as políticas públicas que interessam à argumentação e o estudo das possíveis soluções estratégicas aos problemas apresentados. O primeiro passo deste estudo é o conhecimento das especificidades da natureza técnica da Internet, conforme o Capítulo 1 que se segue.

1. A NATUREZA TÉCNICA DA INTERNET

“Reguladores precisam saber onde se situam”⁶¹. Em trabalho dedicado aos desafios impostos aos reguladores pelas tecnologias de informação, Roger Brownsword mapeia algumas das questões mais urgentes ao tratamento desses ambientes complexos, e seus possíveis impactos na atividade regulatória⁶². A fim de sistematizar essas dificuldades, ele identificou quatro desafios-chave: prudência regulatória (que se relaciona com a existência ou não de riscos à saúde pública e ao meio ambiente), legitimidade regulatória (como juízo sobre se os reguladores têm o direito de agir e se o fazem de maneira aceitável), eficiência regulatória (se as estratégias regulatórias eleitas afetam a conduta dos regulados da maneira desejada) e conexão regulatória (que ele relaciona com as dificuldades de manter o quadro regulatório atualizado diante da velocidade com que mudam as tecnologias e suas formas de uso).

Conforme o próprio autor afirma, esses desafios não seriam, necessariamente, uma exclusividade da regulação de tecnologias da informação, aplicando-se à regulação de tecnologias modernas em geral. Ou ainda, acrescenta-se, alguns deles são encontrados em muitos dos diversos campos técnicos que povoam o universo regulatório. O que importa no argumento de Brownsword é a admissão de que, em relação às tecnologias da informação, essas questões – prudência, legitimidade, eficiência e conexão - ganham materialidade qualificada, impondo-se à ordem política de forma diferenciada⁶³.

É nesse contexto que deve começar a análise da possibilidade de regulação dos serviços prestados através da infraestrutura da Internet. Reguladores precisam entender o contexto e as especificidades técnicas de qualquer área em que atuem. Contudo, no caso da Internet, esse desafio – que, usando a classificação do autor, se relaciona especialmente com legitimidade e eficiência – ganha materialidade diferenciada diante da complexidade e da importância que a natureza técnica da Internet tem para as atividades econômicas que sustenta e as que pode vir a sustentar.

⁶¹ Tradução livre do trecho original em inglês: “*Regulators need to know where they stand*” (BROWNSWORD, Roger. The shaping of our on-line worlds: getting the regulatory environment right. *International Journal of Law And Information Technology*, [s.l.], v. 20, n. 4. Oxford University Press, pp. 249-272, 4 out. 2012, p. 262.

⁶² Ibid., p. 254

⁶³ Ibid., p. 262. Esses argumentos serão explorados a fundo no Capítulo 3, como premissa da análise regulatória que lá se propõe, figurando aqui como orientação para abordagem da natureza técnica da Internet.

Por isso, ela é tratada aqui como premissa da regulação nacional de serviços prestados através dessa infraestrutura, ao lado das estruturas de governança que já produzem efeitos e influenciam comportamentos no âmbito virtual (e que são objeto do Capítulo 2). A importância de estudá-la transcende o conhecimento técnico que pressupõe qualquer avaliação da necessidade de regular, condicionando também a legitimidade e a eficiência das políticas públicas direcionadas a esses serviços.

Conforme será desenvolvido, os juízos sobre racionais regulatórios e aparatos institucionais são constitutivamente influenciados por essas circunstâncias. Os responsáveis por executar a política regulatória, bem como os motivos que a informam, são medidas de legitimidade inseparáveis dos arranjos de arquitetura e escolhas técnicas específicas. Isso se expressa na importância de as motivações reconhecerem o seu potencial para promoção de liberdade de expressão e desenvolvimento econômico (dentre outros), ao passo em que a execução da regulação passa irremediavelmente por atores privados.

E ainda, para serem eficientes, essas políticas precisam presumir a composição técnica da rede e as suas implicações na experiência virtual concreta. Isso quer dizer que é preciso conhecer, além dessas características, as tecnologias, os fluxos de informação e eventuais variáveis que caracterizam esse ambiente. O bloqueio de acesso a determinados sites, por exemplo, é uma prática comumente empregada por governos diante de conteúdo ilícito ou indesejado, em matérias como abuso infantil, jogos de azar, incitação à violência ou glorificação do terrorismo. Conforme apontado por Ian Brown e Christopher Marsden⁶⁴, essa prática, além de cara, é extremamente desafiadora do ponto de vista técnico, já que exige uma constante atualização de sites bloqueados e deixa uma parcela significativa dos conteúdos infratores disponíveis, sem evitar a sua disseminação. É um exemplo das circunstâncias que inspiraram o aforisma atribuído a John Gilmore, segundo o qual “a Internet interpreta censura como erro e a contorna”⁶⁵. Além de ser cara e pouco eficiente, a sua adoção é uma ameaça a conteúdos legítimos, simbólica ou não – basta lembrar que regimes repressivos notoriamente bloqueiam discursos e atividades lícitos que de alguma forma ameaçam aquele determinado governo.

⁶⁴ BROWN, Ian e MARS DEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013, p. 95.

⁶⁵ Tradução livre do trecho original em inglês: “*The Internet interprets censorship as damage and routes around it.*” Apesar de nem o próprio John Gilmore ser capaz de identificar a primeira ocasião em que teria feito essa afirmação, o autor já conseguiu rastreá-la a uma publicação na Times Magazine, em 1993, conforme anotado por Joseph Reagle no trabalho “Why the Internet is Good?”, Disponível em: <<https://www.w3.org/People/Reagle/papers/regulation-19990326.html>>. Acesso em: 15 out. 2018.

Além das hipóteses em que as políticas direcionadas a atores de rede e provedores de conteúdo falhariam em resolver a questão a que se direcionam, ao mesmo tempo em que dificultam a exploração de seu potencial democrático, o estímulo à inovação e até ao exercício de direitos fundamentais, também são possíveis os cenários em que apenas um desses elementos acontece. Casos em que a questão é endereçada, mas a abertura da Internet é prejudicada, como por exemplo, o Artigo 15 da revisão da Diretiva de Direitos Autorais Europeia, aprovada em março de 2019, cuja lógica compromete a sobrevivência de veículos de mídia menores⁶⁶, e casos em que a questão continua sem solução, mas o desenvolvimento da Internet não é afetado (que é o caso do emprego de mecanismos autorregulatórios para fins de proteção de dados⁶⁷).

Nenhum desses cenários é desejado e todos eles representam prejuízos a curto, médio e longo prazo. A adoção de soluções que não reflitam esse tipo de erro e que sejam capazes de promover um nível desejável de eficiência começa pelo esforço de compreensão da natureza técnica da Internet, o que inclui o seu processo de desenvolvimento e as características dele decorrentes.

Diante disso, a evolução dos sistemas que geraram a Internet será brevemente descrita, com foco nas circunstâncias que favoreceram aspectos como abertura, flexibilidade e descentralização. Depois, será dada atenção especial a três conceitos cruciais para a formulação de políticas públicas, expressos na abertura da Internet e nos chamados “princípios” *end to end* e neutralidade de rede. As características técnicas essenciais que a moldaram serão tratadas com base na classificação de “invariáveis”, adotada por Leslie Daigle e pela Internet Society, com atenção especial àquelas mais significativas para as questões afetas à camada de conteúdo. Por fim, será endereçada a natureza regulatória que costuma ser atribuída a códigos e

⁶⁶ Como apontado na Introdução, o artigo 15 cria para os veículos de imprensa um direito exclusivo de gerenciar a divulgação de suas publicações digitais. Segundo sua redação, até 20 anos após a publicação de um conteúdo pelo veículo, o mesmo só poderá ser compartilhado (ao todo ou em partes) através de um licenciamento. A disposição tem o objetivo de garantir a remuneração das publicações pelo valor que seus conteúdos podem agregar às plataformas onde são compartilhados – um motivo no mínimo razoável. No entanto, é preciso levar em conta o efeito dessa disposição para veículos menores, que têm menor poder de barganha perante as plataformas, e correm o risco real de perder espaço. Além disso, mecanismos semelhantes já foram implementados, por exemplo, na Espanha e Alemanha, sem que se tenham atingidos os fins pretendidos de remuneração do autores. V. Uniao Europeia, *Alterações do Parlamento Europeu à Proposta da Comissão – Diretiva do Parlamento Europeu relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE*, pp. 1-150, 20 march 2019. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245-AM-271-271_PT.pdf?redirect. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁶⁷ Segundo BROWN e MARSDEN, tanto a regulação por plataformas de preferência de privacidade quanto por via de termos de consentimento, apesar de não intervirem na abertura e nas características técnicas da Internet, se revelaram ineficientes na proteção de dados (BROWN, Ian e MARSDEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013, p. 53).

algoritmos, inerente à forma como toda essa estrutura funciona, e que é determinante para qualquer pretensão de se aplicar política pública nesse ambiente.

1.1. O processo de desenvolvimento

A Internet é uma “rede global de redes interconectadas, nas quais ocorrem trocas de pacotes de dados por meio do protocolo TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*)”⁶⁸, resultante de décadas de desenvolvimento técnico. A forma como o seu processo de evolução se deu, com seus desdobramentos intencionais ou não, determinou as características sobre as quais ela cresceu e se diferenciou de todas as tecnologias de comunicação que haviam existido até então. Valores como flexibilidade, descentralização e abertura compõem a sua genética, e a descrição das circunstâncias determinantes para o seu resultado final importa para a avaliação dos impactos que a sua conversão por eventuais regimes regulatórios nacionais pode causar.

Durante o processo de ampliação e conexão das redes que a compõem, a Internet se materializou em diferentes versões. Em sua forma atual, ela se parece mais com a versão que começou a ser disponibilizada para consumo civil a partir de década de 1980 – quando ela interconectava um grupo de redes ainda relativamente pequeno –, cuja origem data da década de 1960, no âmbito da Agência de Projetos de Pesquisa Avançados do Departamento de Defesa Norteamericano (*Defense Advanced Research Project Agency – DARPA*). A ARPANET pode ser entendida como a primeira versão da Internet, e foi desenvolvida por esta Agência, inicialmente, como uma rede que permitia o acesso a diferentes computadores remotamente.

A ferramenta voltada para comunicação social e atividade comercial que conhecemos hoje é uma evolução da ARPANET que surgiu após um longo processo de reestruturação técnica, organizacional e política⁶⁹. A configuração técnica atual foi atingida na década de 90, tendo sido processos decisivos a privatização da rede pelo governo americano que aconteceu

⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari, ROSILHO, André. A governança não estatal da Internet e o direito brasileiro. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 49, Rio de Janeiro, set./dez. 2015, 18 jan. 2016.

⁶⁹ ABBATE, Janet. *Inventing the Internet*. The MIT Press: Massachusetts, 2000, p. 02.

no final dos anos 80, e a criação da *World Wide Web*, implementada desde 1990⁷⁰. Foi ao longo dessas duas décadas que aconteceu o seu processo de desenvolvimento mais significativo, com crescimento em número de redes, computadores e usuários, quando ela passou do controle militar para o civil e foi privatizada. Somente a partir daí pôde-se compreender as possibilidades de acesso a informação, interação social, entretenimento e expressão oferecidas por sua tecnologia e pelo que era então um novo aplicativo chamado “Rede Mundial de Computadores”⁷¹. Essa expansão foi condicionada por uma série de decisões técnicas e políticas encadeadas, que envolveram, principalmente, os agentes militares da DARPA, um corpo técnico acadêmico responsável pelas questões de arquitetura e o governo norteamericano.

Uma pluralidade de agentes e instituições⁷², cada um com sua agenda, contribuiu para o desenvolvimento técnico do que inicialmente foi concebido como um projeto militar experimental e se transformou num sistema de abrangência global, capaz de conectar milhões de computadores. É seguro dizer que seu resultado final ultrapassou em muito o tamanho e a influência que haviam sido inicialmente pensadas para a ARPANET, e que esse aspecto plural e descentralizado do seu processo de desenvolvimento atribuiu algumas características essenciais à rede, possivelmente responsáveis pelo seu desenvolvimento.

Por conta de sua origem militar, a ARPANET foi desenhada com base em valores como sobrevivência, flexibilidade e alta performance, em detrimento de interesses comerciais como baixo custo, simplicidade ou apelo ao consumidor. Dentre outras exigências, os propósitos militares demandavam, por exemplo, que a ARPANET acomodasse diferentes tipos de redes, já que era esperado que um sistema de comunicação com esses fins precisasse ser compatível com uma variedade de ambientes técnicos⁷³. Mais tarde, essa característica seria reconhecida

⁷⁰ World Wide Web Foundation, *History of the Web*. Disponível em: <<https://webfoundation.org/about/vision/history-of-the-web/>>. Acesso em 31/12/2018. Conforme explica Diego Rafael Canabarro, “[a] *World Wide Web* (www) é “uma aplicação agregada à Internet que permite a publicação e o compartilhamento de informações através de sítios virtuais. O princípio de funcionamento dessa aplicação é simples: as informações armazenadas em servidores e computadores distintos são ligadas através de uma linguagem de formatação de documentos (*hypertext mark-up language - html*) que permite a criação de links entre bancos de dados distintos. Essa linguagem, quando traduzida para uma linguagem compreendida por seres humanos, deixa *mark-ups* (marcas) no conteúdo publicado, que levam o leitor diretamente a outros sítios virtuais.” (CANABARRO, Diego Rafael. A Governança da Internet: atores, aspectos institucionais e questões políticas em confronto. In: 8º ENCONTRO DA ABCP, 01 a 04 de ago. 2012, Gramado, RS, pp. 6-7. Disponível em: <<https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/02/governanca-Internet-atores-aspectos-institucionais-e.pdf>>. Acesso em 06 jun. 2018)

⁷¹ ABBATE, Janet. *Inventing the Internet*. The MIT Press: Massachusetts, 2000, p. 181.

⁷² *Ibid.*, p. 03.

⁷³ *Ibid.*, p. 124.

como “interoperabilidade”, o elemento que responde pela possibilidade de diferentes sistemas e dispositivos serem capazes de se comunicar. Suas propriedades e importância serão abordadas de forma mais detida a seguir, cabendo, por ora, destacar o entendimento de Milton Mueller para fins de contextualização, segundo o qual

Esse comprometimento com a interoperabilidade perfeita, sem fronteiras e num ciberespaço transparente (...) é quase um princípio religioso da comunidade técnica da Internet, construído em seu DNA. O Departamento de Defesa dos Estados Unidos fundou o desenvolvimento dos protocolos da Internet não, como é comumente assumido, para que a rede pudesse sobreviver a uma guerra nuclear, mas porque desejou que seu pessoal de campo fosse capaz de se comunicar perfeitamente, independentemente de qual sistema ou meio físico eles utilizassem.⁷⁴

Ao mesmo tempo, o grupo de cientistas da computação que participou dessa construção (tanto na sua origem militar quanto ao longo de suas diferentes versões) trouxe seus próprios valores para o processo, que se traduziram em um sistema que favorecia a colegialidade, a descentralização de autoridade e a troca aberta de informação⁷⁵. O processo de cooperação institucional envolveu algumas universidades, que foram o segundo *locus* para onde a tecnologia de rede da ARPANET se expandiu como eficaz ferramenta de pesquisa, antes de chegar ao uso civil e comercial. No início da década de 70, algumas Universidades americanas foram envolvidas neste processo de gestação – especificamente, a Universidade de Stanford, a BBN e a Universidade da Califórnia⁷⁶.

Em termos operacionais, o sistema foi originalmente construído de tal forma que qualquer usuário do restrito grupo que tinha acesso à rede podia propor novas características e implementar diferentes ferramentas, de forma que todos os que o acessavam tiveram um papel relevante na sua construção e desenvolvimento - uma decisão que provavelmente não seria a mesma caso se tratasse de um projeto originalmente aberto ao grande público. Por isso, é possível dizer que, diante desse conjunto de colaboradores, com origens e características tão

⁷⁴ Trecho original em inglês: “*This commitment to perfect interoperability, to seamlessly interconnected, borderless, and transparent cyberspace (...) is an almost religious principle of the Internet technical community, built into its DNA. The US Department of Defense (Dod) funded the development of the Internet protocols not, as is commonly assumed, so that the network would survive a nuclear war, but because it wanted its field personnel to be able to communicate seamlessly regardless of what system or physical medium they were using.*” (MUELLER, Milton. *Will the Internet Fragment?* Polity Press: Cambridge, 2017, p. 4)

⁷⁵ ABBATE, Janet. *Inventing the Internet*. The MIT Press: Massachusetts, 2000, p. 05.

⁷⁶ LEINER, Barry M, CERF; Vinton G.; CLARK, David D.; KAHN, Robert E.; KLEINROCK, Leonard; LYNCH, Daniel C.; POSTEL, Jon; ROBERTS, Larry G.; WOLFF, Stephen. *A Brief History of the Internet*. Internet Society, 1997. Disponível em: https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2017/09/ISOC-History-of-the-Internet_1997.pdf. Acesso em: 10 set. 2018.

distintas, que participaram ativamente do processo de construção, a Internet se materializou em um sistema único⁷⁷.

O seu processo evolutivo já foi detalhado pela literatura técnica especializada⁷⁸ e guarda uma série de circunstâncias de fato e detalhes tecnológicos que fogem ao escopo desse trabalho. O que importa notar é o fato de que a forma como ela foi implementada, e algumas circunstâncias específicas até hoje impactam a sua operação. Aspectos que podem ser considerados genéticos, que se refletiram em escolhas de natureza técnica com impacto relevante em diversas outras searas.

No processo em síntese descrito, tais aspectos se verificam no compromisso com flexibilidade e diversidade (tanto no design técnico quanto na cultura organizacional) e uma arquitetura de rede desenhada para acomodar diversas tecnologias de computação, combinadas com uma gestão informal e inclusiva. Essas características permaneceram relevantes após a transição da Internet para o mundo privado⁷⁹, em parte devido à sua arquitetura descentralizada, que permitiu a integração de provedores de serviços competidores. Ao mesmo tempo, as estruturas técnicas abertas e informais que permitiram a criação de uma série de novas tecnologias e serviços, viabilizaram a própria sobrevivência da rede diante de exigências políticas e comerciais.

⁷⁷ ABBATE, Janet. *Inventing the Internet*. The MIT Press: Massachusetts, 2000, p. 111.

⁷⁸ Por todos., v. Ibid. ABBATE, Janet. *Inventing the Internet*. The MIT Press: Massachusetts, 2000.

⁷⁹ “Na década de 90, a Internet se provou adaptável o suficiente para fazer uma transição de operação comercial privada e sobrevivendo à fragmentação da autoridade. A arquitetura descentralizada da Internet tornou possível dividir o controle operacional entre um número de provedores competitivos, enquanto sua estrutura aberta e informal para gestão técnica foi capaz (ao menos no time mais próximo) de sobreviver a novas pressões comerciais e políticas. O surpreendente sucesso da Rede Mundial de Computadores mostrou que a Internet permaneceu um terreno fértil para inovações de rede. A rede desenhada nas tecnologias de computação (particularmente o computador pessoal e sua interface gráfica do usuário) e seus promotores prosperou no novo ambiente comercial para os serviços de Internet. A rede também continuou a tradição de participação descentralizada na criação do sistema, encorajando usuários individuais a adicionar novos conteúdos e ferramentas.” Trecho original em inglês: “*In the 1990s, the Internet proved adaptable enough to make the transition to private commercial operation and to survive the resulting fragmentation of authority. The Internet’s decentralized architecture made it possible to divide operational control among a number of competing providers, while its open and informal structures for technical management were able (at least in the near term) to survive new commercial and political pressures. The astonishing success of the World Wide Web showed that the Internet remained a fertile ground for network innovations. The Web drew on computing technologies (particularly the personal computer and its graphical user interface) and its promoters thrived in the new commercial environment for Internet services. The Web also continued the tradition of decentralized participation in the creation of the system, encouraging individual users to add new content and tools*” (ABBATE, Janet. *Inventing the Internet*. The MIT Press: Massachusetts, 2000, pp. 219-220).

Uma rede aberta, flexível e descentralizada também é uma rede em constante transformação. A partir da sua expansão para o uso civil e comercial, a Internet continuou – e continua – evoluindo, afetando cada vez mais as relações sociais, econômicas e políticas.

Numa perspectiva utilitária, ela deixou de ser uma rede administrada por agências governamentais e pesquisadores, passando a ser utilizada para uma mistura de pesquisa e interesses comerciais incipientes, como meio de comunicação eletrônica informal e, finalmente, uma pedra angular para o comércio e o dia a dia dos indivíduos⁸⁰. Em relação à tecnologia que a baseou, ela evoluiu ao passo da computação, que foi acompanhado pelas arquiteturas de rede na implementação de padrões técnicos. E em outra frente, as aplicações e serviços disponibilizados têm sido criativamente inovadores, desafiando continuamente as expectativas e reorganizando interações sociais e políticas, como demonstra a expansão das redes sociais, plataformas de compartilhamento e suas dinâmicas algorítmicas de interação.

As características e atributos que resultaram desse processo têm conteúdo variado; algumas são de natureza técnica e específica (como por exemplo os recursos críticos) e outras se expressam a partir de ideias gerais com consequências que, em sua maioria, se desdobram em aspectos técnicos, jurídico-políticos e comerciais (como a abertura, ou a propensão à inovação). Analisa-se, a seguir, aquelas que podem ser consideradas as mais distintivas e mais importantes para as políticas públicas de que trata o presente trabalho.

1.2. Características técnicas

Tendo sido originalmente criada como uma rede de pesquisa operada por governos com a finalidade de promover a colaboração entre agências e pesquisadores, ao longo do tempo a Internet passou a ser usada também para interesses comerciais experimentais, como meio informal de comunicação de massa e entre indivíduos, até se transformar num pilar de importância fundamental do ponto de vista comercial, social e político⁸¹.

A definição mais comum da Internet é a de que ela é uma rede composta por redes locais (uma *rede de redes*), cada uma delas direcionada às necessidades de um grupo específico de

⁸⁰ MUELLER, Milton. *Will the Internet Fragment?* Polity Press: Cambridge, 2017, p. 15.

⁸¹ Internet Society, 2012. *Internet Invariants: What Really Matters*, 03 fev. 2012. Disponível em <<https://www.internet.society.org/Internet-invariants-what-really-matters/>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

usuários e operada por agentes diferentes (como provedores de serviços, empresas, universidades e governos), compondo assim “uma vasta coleção de sistemas de informação geridos independentemente, porém interoperáveis”⁸². Cada usuário individual acessa a Internet através de uma rede específica – seja ela do provedor de acesso contratado, a do trabalho, ou da biblioteca da cidade – que se conecta a todas as demais e assim ganha alcance global. A viabilidade de sua operação é atribuída ao desenvolvimento da tecnologia de comutação de pacotes (comumente referida no termo original em inglês *packet switching*⁸³), que permite a compressão e a circulação de grandes pacotes de dados que carregam as informações que são trocadas.

A Internet acessível para a coletividade é um ecossistema complexo, composto por infraestruturas de redes diversas, tecnologias, protocolos, hardwares, softwares, aplicações e conteúdos, de forma que a sua compreensão é facilitada pela abordagem em *camadas*.

Para fins ilustrativos, uma primeira abordagem simplificada poderia dividi-la em uma camada física e uma de conteúdo (incluindo aqui aplicações), onde a primeira se refere à infraestrutura e a segunda a toda a interface lógica com o usuário final, incluindo o conteúdo das comunicações trocadas. Nesta divisão inicial, cada uma dessas camadas guarda especificidades e complexidades em si. A camada física, por exemplo, depende de níveis distintos e sobrepostos de infraestrutura para funcionar, que incluem redes de telecomunicações e hardwares. A camada de conteúdo também é mais diversa do que a divisão dicotômica permite deduzir, já que não se limita aos textos, imagens, filmes e conteúdos editoriais trocados, mas também inclui outros programas, softwares e aplicativos que suportam a circulação de conteúdo. A troca de mensagens de texto, por exemplo, depende da instalação de aplicativos (como o Whatsapp, Telegram ou Signal), enquanto o acesso a páginas de Internet, por sua vez, depende do uso de navegadores (como Internet Explorer, o Google Chrome, Safari). Essa divisão importa para os estudos de governança da rede, uma vez que em cada um desses níveis se identifica um conjunto de questões políticas, econômicas e sociais próprias, que apesar de localizadas em uma camada da Internet, podem produzir efeitos na experiência virtual como um todo.

⁸² MUELLER, Milton. *Will the Internet Fragment?* Polity Press: Cambridge, 2017, p. 15.

⁸³ *Packet switching* é uma tecnologia para envio de grandes quantidades de informações de um computador para outro, onde os dados são enviados em pequenos pacotes separados que são coletados juntos novamente quando chegam ao seu destino. *Packet switching*. *Cambridge Academic Content Dictionary*. Cambridge University Press, 2019. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/packet-switching>> Acesso em 31/01/2019.

Diante desta complexidade, encontra-se também divisões da Internet em camadas que segmentam com mais detalhe esse ecossistema, como a amplamente adotada classificação de Yochai Benkler⁸⁴, no mesmo sentido da de Lawrence Lessig⁸⁵, e que também referencia o presente trabalho. De acordo com esses autores, a Internet pode ser dividida em uma camada física, uma camada de código e uma camada de conteúdo. A camada física se refere à infraestrutura, incluindo instalações de transmissão (como cabos de fibra óptica e sistemas de telefonia), estruturas e diferentes tipos de *hardwares*. Nela, destacam-se questões afetas à regulação de infraestrutura física de serviços de comunicações, como interconexão entre provedores de telecomunicações, interoperabilidade e as políticas de expansão da banda larga que permitam universalização do acesso. A camada de código (ou de transporte) inclui recursos virtuais e padrões técnicos exclusivos da Internet, que se traduzem em recursos críticos⁸⁶ para a sua operação – por exemplo, endereços IP, nomes de domínio (junto com o sistema de distribuição dos mesmos conhecido como *Domain Name System* - DNS) e os protocolos padrões da Rede Mundial de Computadores (conhecidos como *http* – *Hypertext Transfer Protocol* - e *html* - *Hypertext Markup Language*). Nesse âmbito, os debates de governança orbitam ao redor da definição de protocolos e design de software, confundindo-se muitas vezes com a atuação dos organismos multisetoriais que definem esses padrões, como a *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* – ICANN e a *Internet Engineering Task Force* – IETF⁸⁷. Por fim, a camada de conteúdo incluiria desde os aplicativos com os quais os usuários finais e os dispositivos interagem diretamente (sendo o mais proeminente deles a própria Rede Mundial de Computadores) até os conteúdos que nele circulam (inclui textos alfanuméricos, áudios, imagens, vídeo e multimídia de todos os tipos). Nela, escolhas de design têm implicações significativas em termos de política pública, que podem se relacionar com áreas

⁸⁴ BENKLER, Yochai. “From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access”, *Federal Communications Law Journal*, vol. 52, pp. 561-579, 2000, p. 568. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1242&context=fclj>. Acesso em: 13 set. 2018.

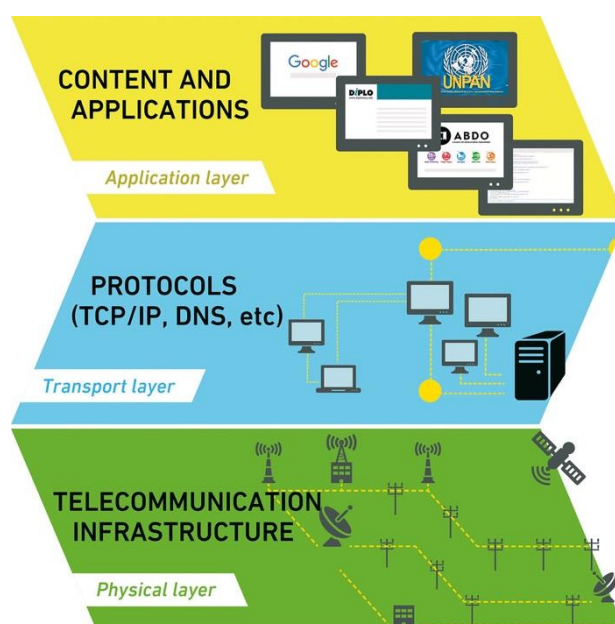
⁸⁵ LESSIG, Lawrence. *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*. New York.: Random House Inc., 2001, p. 103. Disponível em: http://www.the-future-of-ideas.com/download/lessig_FOI.pdf.> Acesso em: 12 dez. 2018.

⁸⁶ Recursos críticos da Internet são aqueles necessários à operação diária da Internet, e incluem endereços de IP (dispositivos precisam de um endereço de IP que os identifique para troca de informação), números de sistemas autônomos (números atribuídos a operadores de rede específicas, também referidas como sistemas autônomos) e nomes de domínio (que identificam os websites). DeNARDIS, Laura. *The Global War for Internet Governance*, New Haven: Yale University Press, 2014, p. 25.

⁸⁷ v. Capítulo 2.

tão diversas quanto a privacidade, a imposição de direitos de propriedade intelectual, a proteção dos vulneráveis e os debates que se relacionam de forma geral com liberdade de expressão, censura privada e acesso ao conhecimento (Figura 1).⁸⁸

Figura 1:



Fonte: IG Book 2016, DiploFoundation.

⁸⁸ Note-se que há literatura voltada para ciência da computação que interpreta a classificação de Benkler como uma simplificação que estende e generaliza a noção de camadas, com o objetivo de conceituar a noção de “conteúdo” de forma distinta, que sirva a análise da Internet como um sistema de comunicação (SOLUM, Lawrence B; CHUNG, Minn. The Layers Principles: Internet Architecture and the Law, *Notre Dame Law Review*, v. 79, no. 815, pp. 815-948, 04 jan. 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1432&context=ndlr> Acesso em 14 set. 2018). Ressalte-se, ainda, a existência de outras divisões, como por exemplo, a que é adotada Comissão Global de Governança da Internet, que divide a Internet em camadas de infraestrutura, lógica, aplicações e conteúdos. A camada de infraestrutura, eminentemente privada, inclui, dentre outros, as instalações de transmissão (como cabos de fibra óptica e sistemas de telefonia), estruturas e diferentes tipos de hardwares; a camada lógica inclui recursos virtuais e padrões técnicos exclusivos da Internet, que se traduzem em recursos críticos para a sua operação - seria a camada de “código” na classificação de Benkler; a camada de aplicativos contém os softwares com os quais os usuários finais e os dispositivos interagem diretamente, sendo o mais proeminente deles a própria WWW; e, em última instância, a camada de conteúdo inclui textos alfanuméricos, áudios, imagens, vídeo e multimídia de todos os tipos. (CGIG, 2016).

As características que definem o funcionamento da Internet atravessam essas camadas e são, em muitos casos, atributos técnicos que permitem que elas interajam – como a interoperabilidade e a adoção de padrões técnicos. Em outros, são consequências da forma como a Internet se estrutura, como as ideias de abertura e de propensão à inovação. Ainda, há características que podem ser consideradas requisitos para que essa configuração original se sustente, como os princípios conhecidos como *end to end* e neutralidade de rede. Não há uma classificação sistêmica única sobre esse conjunto de atributos, que, muitas vezes, expressam ideias que podem se sobrepor.

Leslie Daigle, por exemplo, trata desse conjunto como as “invariáveis” da Internet, incluindo nelas o alcance global, interoperabilidade, propósito geral, suporte à inovação sem necessidade de autorização, acessibilidade, colaboração, *building blocks* e a ausência de favoritos permanentes⁸⁹. Em seu trabalho, a autora sugere que, diante do constante processo de transformação na arquitetura da Internet, seria mais adequado defini-la com base nesses atributos, que constituiriam princípios a ela subjacentes.⁹⁰

Ao falar sobre características que vêm sendo comprometidas enquanto deveriam ser preservadas, Laura DeNardis cita o anonimato, a interoperabilidade e a universalidade como fatores distintivos⁹¹. A autora ressalta um ponto importante sobre a ambiguidade desses atributos, afirmando que apesar da possibilidade das mesmas características técnicas que permitem a ampliação do acesso ao conhecimento poderem ser usadas para fins de vigilância e restrição de acesso à informação, elas continuam sendo fundamentais para o desenvolvimento da liberdade de expressão e precisam ser preservados⁹².

⁸⁹ DAIGLE, Leslie. *On the nature of the Internet*. Centre for International Governance Innovation and Chatham House, Paper Series n. 7, 2015, p. 5-8. Disponível em: https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_paper_no7.pdf. Acesso em 26 jan. 2018.

⁹⁰ Ibid., p. 02.

⁹¹ DENARDIS, Laura. The Privatization of Free Expression, In: PRAKASH, Pranesh, RIZK, Nagla e SOUZA, Carlos Affonso (Eds.) *Global Censorship – Shifting Modes, Persisting Paradigms*. Information Society Project, Yale Law School, pp. 11-24, p. 02, 2015. Disponível em: http://itsrio.org/wp-content/uploads/2015/10/a2k_global-censorship.pdf. Acesso em: 13 mar. 2016..

⁹² “A arquitetura técnica não é fixada mais do que a governança da Internet. Enquanto as mesmas tecnologias que criam avanços no acesso ao conhecimento também podem ser usadas para vigilância e restrições no conhecimento, existem algumas características na arquitetura técnica que são necessárias para a perspectiva em curso da liberdade de expressão. A extensão em que cada ordenação privada promove essas formas de arquitetura técnica, assim como adota valores de transparência e participação de múltiplas partes interessadas, irá determinar se o balanço da governança da Internet requer transformação global.” Trecho original em inglês: “*Technical architecture is not fixed any more than Internet governance is fixed. While the same technologies that create advancements in access to knowledge also can be used for surveillance and restrictions on knowledge, there are some characteristics of technical architecture that are necessary for the ongoing prospect of freedom of expression. The extent to which private ordering promotes these forms of technical architecture, as well as adopts values of*

O recorte eleito para este capítulo privilegia os aspectos que têm maior relevância para a ilustração da essência técnica da Internet e maiores impactos na regulação dos serviços prestados na camada de conteúdo. Um conceito chave para entender este conjunto é o da “Internet aberta”, uma expressão amplamente utilizada para simbolizar o potencial que a rede guarda em facilitar o progresso democrático (através do acesso) e econômico (através da abertura para inovação). Relacionados a esta ideia, os princípios *end to end* e da neutralidade de rede derivam de escolhas de design técnico, e são tratados dentro da sua importância para as políticas regulatórias de que se trata. Um grupo de características que sustentam o sistema (que integram o grupo chamado por Leslie Daigle de “invariáveis”) foi reunido numa subseção final, com descrições que permitem ilustrar a sua importância para o objeto principal deste trabalho.

1.2.1. A Internet Aberta

A ideia de *abertura* é um bom ponto de partida para compreensão desse conjunto de atributos que determina a operação da Internet. Ao longo dos anos, ela vem sendo equiparada a uma série de elementos do ecossistema de tecnologia da comunicação e da informação. Termos como *open software*, *open knowledge*, *open access* e *open source* atravessam campos da tecnologia, economia e propriedade intelectual, onde podem ser associados a transparência, acessibilidade e promoção da inovação.

No presente contexto, a “abertura da Internet” se relaciona com a possibilidade de livre circulação de pacotes de dados pela rede⁹³, de forma eficiente e não discriminatória⁹⁴. Seria uma tradução da ideia essencialmente tecnológica de que

transparency and multistakeholder participation, will determine whether the balance of Internet governance requires global transformation.” Ibid., p. 22.

⁹³ “O livre fluxo de informação é a ideia central da abertura da Internet - os dados deveriam ser capazes de fluir através da rede sem interrupções desnecessárias ou irrazoáveis” Trecho original em inglês: “‘Free flow of information’ is the core idea of Internet openness — data should be able to flow across the network without unnecessary or unreasonable disruptions.” (MISHRA, Neha. Building Bridges: International Trade Law, Internet Governance and The Regulation of Data Flows. *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (no prelo), p. 13, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3263271>. Acesso em: 13 nov. 2018)

⁹⁴ No mesmo sentido, v. BOX, Sarah. Internet Openness and Fragmentation: Toward Measuring the Economic Effects, *Centre for International Governance Innovation and Chatham House*, série 36, 2016, p. 17. Disponível em: <https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_no.36_web.pdf> Acesso em: 12 nov. 2018.

(...) cada dispositivo na Internet deveria ser capaz de trocar pacotes de dados com qualquer outro dispositivo disposto a recebê-los. A conectividade universal entre os dispositivos era a suposição padrão, e poderia ser alcançada através de uma rede de redes interconectadas, se o equipamento projetado por diferentes provedores fosse construído em interoperabilidade.⁹⁵

Em termos operacionais, a manutenção de uma Internet aberta se relaciona com outras características específicas, tornando o conceito uma síntese de aspectos que possuem conteúdo próprio⁹⁶. Por exemplo, o livre fluxo de dados depende da manutenção de *padrões técnicos interoperáveis*, que permitam a comunicação e troca de informação entre as redes que compõem a Internet. Garantida a conectividade desta infraestrutura, é possível a troca eficiente e não discriminatória de informação, que além de obedecer aos princípios constitucionais de liberdade de expressão e acesso à informação, também se identifica com os princípios técnicos conhecidos como *end-to-end* e neutralidade de rede. A arquitetura aberta⁹⁷ que resulta desse arranjo é a responsável pela Internet ser um ambiente propício à inovação, onde, a partir dos protocolos comuns e do tratamento não distintivo dos pacotes de dados, qualquer agente poderia oferecer novos serviços e tecnologias.

⁹⁵ Tradução livre do trecho original em inglês: “*every device on the Internet should be able to exchange data packets with any other device that was willing to receive them. Universal connectivity among the willing was the default assumption, and it could be achieved across a network of interconnected networks if the equipment designed by different providers built in interoperability*” DRAKE, William J., CERF, Vinton G., KLEINWACHTER, Wolfgang. Internet Fragmentation: an Overview. *Future of The Internet Initiative White Paper*, World Economic Forum, 2016, p. 10. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_FII_Internet_Fragmentation_An_Overview_2016.pdf> Acesso em: 11 nov. 2018.

⁹⁶ “Como particular interesse, aqui estão as noções de alcance global com integridade; um sistema de nomeação/numeração unificado, global e apropriadamente governado na origem; interoperabilidade; acessibilidade universal; a reutilização das capacidades; e inovação irrestrita.” Trecho original em inglês: “*Of particular interest here are the notions of global reach with integrity; a unified, global and properly governed root and naming/numbering system; interoperability; universal accessibility; the reusability of capabilities; and permissionless innovation.*” Ibid., p. 13.

⁹⁷ “A Internet como conhecemos hoje incorpora uma ideia técnica chave que lhe é subjacente, nomeadamente aquela de arquitetura aberta de rede. Nessa abordagem, a escolha de qualquer rede de tecnologia individual não foi ditada por uma arquitetura particular de rede, mas sim poderia ser selecionada livremente por um fornecedor e feita para funcionar conjuntamente com outras redes por intermédio de uma multinível “Arquitetura de funcionamento da Internet.” Trecho original em inglês: “*The Internet as we now know it embodies a key underlying technical idea, namely that of open architecture networking. In this approach, the choice of any individual network technology was not dictated by a particular network architecture but rather could be selected freely by a provider and made to interwork with the other networks through a meta-level ‘Internet working Architecture’*”. (LEINER, Barry M, CERF, Vinton G., CLARK, David D., KAHN, Robert E., KLEINROCK, Leonard, LYNCH, Daniel C., POSTEL, Jon, ROBERTS, Larry G., WOLFF, Stephen. *A Brief History of the Internet*, Internet Society, 1997, p. 05. Disponível em: <https://www.Internet.society.org/wp-content/uploads/2017/09/ISOC-History-of-the-Internet_1997.pdf> Acesso em: 10 set. 2018)

Ainda que parte da literatura se refira a uma Internet aberta⁹⁸, Jeremy West defende a pertinência do termo “abertura”, que permitiria a expressão desse conjunto de características em graus, e não de forma binária – onde a única alternativa a uma Internet aberta, seria uma Internet fechada⁹⁹. Conforme expõe, a abertura se concretiza nas condições técnicas escolhidas para cada uma das camadas que compõem a Internet. Algumas escolhas favorecem mais a abertura, outras menos; algumas podem até favorecer e dificultar ao mesmo tempo, mas devido a essa convivência de condições em diferentes camadas, nenhuma circunstância poderia, por si, descaracterizá-la por inteiro.

Apesar da essência técnica da ideia de abertura, essa perspectiva não esgota as suas implicações práticas - ainda que, neste âmbito, elas sejam significativas. Manter este ambiente tecnicamente aberto significa, por exemplo, adotar padrões de conexão que garantam interoperabilidade, um sistema consistente de endereços eletrônicos, e uma convenção uniforme de nomes de domínio. Além disso, a abertura da Internet também tem consequências de natureza econômica e social¹⁰⁰, cuja importância já foi consignada em estudos da CGIG e da OCDE¹⁰¹.

⁹⁸ GALPAYA, Helani. Zero rating in emerging economies, The Shifting Geopolitics of Internet Access: From Broadband and Net Neutrality to Zero Rating. Research Series Six, *Global Commission for Internet Governance*, 2016, p. 94. Disponível em: <<https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/GCIG%20Volume%206web.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

⁹⁹ WEST, Jeremy. *A Framework for Understanding Internet Openness*. Centre for International Governance Innovation and Chatham House, série 35, 2016, p. 2.

¹⁰⁰ Segundo Jeremy West, a ideia de abertura de Internet também se manifesta em campos de outras naturezas, sendo esses três os que considera principais (Ibid., p. 2). No mesmo sentido, v. Laura DeNardis “abertura no contexto da governança da Internet é contextual e pode se referir à abertura técnica (padrões abertos), liberdades civis abertas (liberdade de expressão e de associação), e abertura de mercados digitais (inovação irrestrita e um campo de jogo nivelado para competição). Quanto o termo “abertura da Internet” é usado, ele pode levar a um ou a todos esses significados.” Trecho original em inglês: “*openness in the context of Internet governance is contextual and can refer to technical openness (open standards), civil-liberties openness (freedom of expression and association), and openness of digital markets (permissionless innovation and a level playing field for competition). When the term “Internet openness” is used, it can take on any or all of these meanings.*” (DeNARDIS, Laura e MUSIANI, Francesca. *Governance by Infrastructure*. In: MUSIANI, Francesca, COGBRUN, Derrick L., DeNARDIS, Laura e LEVINSON, Nanette S. (Orgs.) *The Turn to Infrastructure on Internet Governance*. London: Palgrave MacMillan, pp. 3-24, p. 10, 2016).

¹⁰¹ Global Commission on Internet Governance - CGIG, *One Internet*. Centre for International Governance Innovation and Chatham House, 2016. Disponível em https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_final_report_-_with_cover.pdf. Acesso em 12/11/2018; Organization for Economic Cooperation and Development - OCDE, *Economic and Social Benefits of Internet Openness, Background paper for Ministerial Panel 1.1*, 2016. Disponível em: <[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP\(2015\)17/FINAL&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP(2015)17/FINAL&docLanguage=En)>. Acesso em: 09 out. 2018.

No sentido econômico, ela se relaciona com a capacidade dos usuários se conectarem e usarem a Internet para diferentes propósitos, aumentando suas oportunidades econômicas¹⁰². Em perspectiva mais ampla, a abertura econômica também pode ser relacionada à propensão à inovação, que junto com o capital físico (infraestrutura) e humano (força de trabalho e expertise) é um dos fatores de produção essenciais ao crescimento e desenvolvimento econômico das nações¹⁰³. Além dos requisitos técnicos da rede, a abertura estaria sujeita a fatores relacionados a mercados específicos, como nível de competição (incluindo barreiras para novos entrantes) e preço dos serviços de Internet¹⁰⁴ - por exemplo, ela poderia aumentar quando o acesso a infraestrutura de banda larga cresce, mas diminuir caso não haja competição entre provedores de acesso, o que poderia resultar em preços maiores e pior qualidade do serviço.¹⁰⁵

Por sua vez, a abertura social se refere ao uso da Internet para expandir oportunidades “não pecuniárias”, como a facilitação do contato com amigos e família e o acesso a mais informações sobre tópicos de interesse¹⁰⁶. Nesse sentido, a abertura se constitui a partir da garantia online dos direitos humanos já conhecidos, como liberdade de expressão, liberdade de associação, privacidade, não discriminação e direito à educação. Desta forma, a abertura social seria favorecida, por exemplo, quando leis restringindo a expressão política são flexibilizadas, mas diminuiria caso o governo fechasse uma eventual plataforma que disponibilize material educacional online¹⁰⁷.

¹⁰² WEST, Jeremy. *A Framework for Understanding Internet Openness*. Centre for International Governance Innovation and Chatham House, série 35, p. 03, 2016.

¹⁰³ A proteção da inovação como racional regulatório, a partir da sua importância como fator de produção essencial ao desenvolvimento econômico e motor do sistema de produção capitalista, será propriamente abordada no Capítulo 3 a seguir. Por ora, indica-se como referência para o seu papel como fator de produção a literatura de COOTER, Robert D., EDLIN, Aaron, LITAN, Robert e PRIEST, George (Orgs.). *The Importance of Law in Promoting Innovation and Growth* In: COOTER, Robert D., EDLIN, Aaron, LITAN, Robert e PRIEST, George (orgs.) *Rules for Growth: Promoting Innovation and Growth Through Legal Reform*. EUA: The Kauffman Task Force on Law, Innovation, and Growth da Ewing Marion Kauffman Foundation, 2011.

¹⁰⁴ MISHRA, Neha. *Building Bridges: International Trade Law, Internet Governance and The Regulation of Data Flows*. *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (no prelo), p. 13, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3263271>. Acesso em: 13 nov. 2018.

¹⁰⁵ Jeremy West relaciona a abertura econômica, ainda, às ideias de consumo e fornecimento transfronteiriço, acessibilidade econômica e transparência e segurança regulatória. WEST, Jeremy. *A Framework for Understanding Internet Openness*. Centre for International Governance Innovation and Chatham House, série 35, p. 03.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 04.

¹⁰⁷ *Ibid.*, loc. cit.

A importância de manter a Internet com um grau de abertura desejável já foi consignada por órgãos internacionais especializados. Segundo estudo da CGIG¹⁰⁸, protocolos e plataformas devem ser abertos para todos, permitindo a inovação espontânea a partir da infraestrutura da rede e devendo os componentes vitais da rede ser “protegidos e não manipulados para atingir propósitos regulatórios locais ou de curto prazo”. No documento “Princípios para as Políticas de Internet” a OCDE também afirma a importância da conservação da abertura a novos dispositivos, aplicações e serviços para a promoção da inovação, criatividade e crescimento econômico¹⁰⁹. A Organização das Nações Unidas – ONU também já se manifestou nesse sentido, primeiro, em 2012, através da Resolução 20 sobre a Promoção, Proteção e Fruição dos Direitos Humanos Online do Conselho de Direitos Humanos. Dentre outros, a Resolução estabeleceu “a natureza aberta e global da Internet é uma força aceleradora do desenvolvimento em suas variadas formas”¹¹⁰, termos que foram reiterados pela Organização em 2018, através da Resolução 38¹¹¹.

Na literatura acadêmica, Laura DeNardis afirma que as qualidades generativas e abertas da Internet estimularam a sua rápida expansão geográfica e criaram condições que promovem, de forma geral, igualdade de acesso para empreendedores introduzirem novos sistemas e aplicações interoperáveis com sistemas globais¹¹². As vantagens da abertura também são

¹⁰⁸ Global Commission on Internet Governance - CGIG, *One Internet*, Centre for International Governance Innovation and Chatham House, 2016. Disponível em https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_final_report_-_with_cover.pdf. Acesso em: 12 nov. 2018.

¹⁰⁹ Organization for Economic Cooperation and Development. *OECD Principles for Internet Policy Making*, 2014, p. 21. Disponível em: <https://www.oecd.org/Internet/ieconomy/oecd-principles-for-Internet-policy-making.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2018.

¹¹⁰ Tradução livre do original em inglês: “*Recognizes the global and open nature of the Internet as a driving force in accelerating progress towards development in its various forms;*” (Organização das Nações Unidas, ONU, Conselho de Direitos Humanos, Resolução 20/8, 16 julho 2012, p. 02. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G12/153/25/PDF/G1215325.pdf?OpenElement>> Acesso em 01.04.2019)

¹¹¹ Tradução livre: “Reconhece a natureza aberta e global da Internet como uma força aceleradora do desenvolvimento em suas variadas formas, inclusive no alcance de metas de desenvolvimento sustentável.” Trecho original em inglês: “*Recognizes the global and open nature of the Internet as a driving force in accelerating progress towards development in its various forms, including in achieving the Sustainable Development Goals;*” (Organização das Nações Unidas, ONU, Conselho de Direitos Humanos, Resolução 38, 04 julho 2018, p. 04. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G18/203/73/PDF/G1820373.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹¹² “Apesar de variadas formas de fragmentação já permearem o ecossistema da Internet, as qualidades generativa e aberta da rede teriam, ainda assim, habilitado sua rápida expansão global, e também teriam criado condições que geralmente promovem um campo de jogo aberto para empreendedores introduzirem novos sistemas e aplicações que poderiam ser assegurados para interoperar com outros sistemas globalmente. Tem existido diversidade em tipos de dispositivos, serviços e aplicações habilitados largamente pela conformação a protocolos técnicos de abertura que permitem que esses ambientes diversos troquem informação entre si.” Trecho original em inglês: “*Although various forms of fragmentation already permeate the Internet ecosystem, the generative and open qualities of the network have nevertheless enabled its rapid geographical expansion, and have also created*

encampadas por autores como Yochai Benkler¹¹³ e Mark Lemley e Lawrence Lessig, segundo os quais:

É a opinião de muitos na comunidade da Internet, e também a nossa, que o extraordinário crescimento da Internet repousa fundamentalmente sobre seus princípios de design. Alguns desses princípios estão relacionados à abertura dos padrões da Internet e à abertura do software que implementou esses padrões. Alguns são princípios de engenharia, projetados para tornar a função de rede mais flexível e eficiente. Mas desde o início, esses princípios foram entendidos como tendo um significado social e tecnológico. Eles têm, isto é, sido destinados a implementar valores, bem como permitir a comunicação. Em nossa opinião, um aspecto desse significado social é a competição pela inovação que a Internet possibilita. A tremenda inovação que ocorreu na Internet, em outras palavras, depende crucialmente de sua natureza aberta.¹¹⁴

Dada a sua reconhecida importância e a versatilidade das suas diferentes dimensões (que, como demonstrado, têm implicações de natureza diversas), a abertura da Internet é apontada em muitos momentos deste trabalho como uma referência normativa para a legitimidade regulatória – principalmente no que toca a experiência brasileira (Capítulo 4), já que o seu conteúdo foi claramente absorvido pela Lei nº 12.965/2014 (“Marco Civil da Internet”). Dada a sua relação com o desenvolvimento econômico e a promoção de preceitos democráticos relacionados a participação, liberdade de expressão e acesso à informação, é

conditions that generally promote an open playing field for entrepreneurs to introduce new systems and applications that could be assured to interoperate with other systems globally. There has been diversity in the types of devices, services and applications enabled largely by conformance to open technical protocols that allow these diverse environments to exchange information with each other.” DeNARDIS, Laura. One Internet: An Evidentiary Basis for Policy Making on Internet Universality and Fragmentation, Global Commission on Internet Governance e Chatham House, série 38, p. 8, 2016. Disponível em: <https://www.cigionline.org/publications/one-Internet-evidentiary-basis-policy-making-Internet-universality-and-fragmentation>. Acesso em 20/11/2018.

¹¹³ BENKLER, Yochai. “From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access”, *Federal Communications Law Journal*, vol. 52, Issue 3, Article 9, pp. 561-579, p. 1266, 2000. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1242&context=fclj>. Acesso em: 13 set. 2018.

¹¹⁴ Trecho original em inglês: “*It is the view of many in the Internet community, and ours as well, that the extraordinary growth of the Internet rests fundamentally upon its design principles. Some of these principles relate to the openness of the Internet’s standards and the openness of the software that implemented these standards. Some are engineering principles, designed to make the net function more flexibly and efficiently. But from the very beginning, these principles have been understood to have a social as well as technological significance. They have, that is, been meant to implement values as well as enable communication. In our view, one aspect of this social significance is the competition in innovation the Internet enables. The tremendous innovation that has occurred on the Internet, in other words, depends crucially on its open nature.*” (LEMLEY, Mark; LESSIG, Lawrence. The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era, *UCLA Law Review*, Vol. 48, p. 925, 2001. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=247737. Acesso em: 23 dez. 2018)

seguro afirmar que o cumprimento dos mandamentos constitucionais que fundamentam a ação regulatória nesses setores se relaciona com a sua preservação.

1.2.2. Neutralidade de Rede e o Princípio End to End

A neutralidade de rede e o princípio *end to end* são características técnicas interligadas, que se tornaram verdadeiros corolários em matéria de governança da Internet. Ambos se relacionam com a ideia que permeia o conteúdo técnico de abertura – a livre circulação de dados pela rede, sem possibilidade de discriminação de conteúdo.

O argumento *end to end* é um princípio de desenho arquitetônico que organiza a divisão de funções, segundo o qual a inteligência da rede deveria se localizar em seus pontos finais – ou seja, na camada onde os seus usuários trocam informações, e não na camada de infraestrutura por onde essa informação é trocada¹¹⁵. Assim, a informação circularia pelos “canos” de distribuição sem ser identificada, filtrada ou reconhecida de qualquer forma, ou seja, sem inteligência (o que inspirou a referência comum aos *dumb pipes* – ou *canos burros* - da Internet).

Desta escolha arquitetônica deriva o argumento da neutralidade de rede, segundo o qual não poderia haver tratamento discriminatório dos conteúdos que por ali trafegam. Isso impediria, por exemplo, que os operadores cobrem dos usuários valores diferenciados pelo tráfego de dados utilizados, ou que privilegiem de alguma forma a qualidade do tráfego do conteúdo de determinados serviços – possivelmente até os deles mesmos, considerando que muitas dessas empresas são integradas verticalmente com provedores de conteúdo de diferentes naturezas.

Essas características de design diferenciam a Internet de todas as tecnologias de comunicação que a precederam, em que o provedor do serviço final (como o de telefonia fixa e móvel) dependia da sua própria infraestrutura de rede para prestá-lo¹¹⁶. Na esfera do direito

¹¹⁵ Ibid., p. 6.

¹¹⁶ Tradução livre: “Portanto, a Internet se diferencia fundamentalmente de seus predecessores, porque os usuários da Internet podem desenvolver e fornecer aplicações e serviços, alcançando virtualmente qualquer outro usuário sem precisar de permissão do operador da rede. Isso significa especificamente que qualquer indivíduo conectado pode ser um empreendedor e fornecer serviços para o resto do (conectado) mundo.” Trecho original em inglês: “Therefore the Internet fundamentally differs from its predecessors, because Internet users can develop and

concorrencial, acadêmicos como Tim Wu entendem a neutralidade de rede como parte de um sistema que favorece a inovação, onde a infraestrutura deve ser neutra para garantir a justa competição entre diferentes provedores de serviços¹¹⁷. Contudo, a sua adoção é um assunto longe de estar pacificado, sendo possível encontrar na literatura argumentos diametralmente opostos, segundo os quais a manutenção deste princípio pode ter efeitos anticoncorrenciais.

Além do argumento concorrencial, esse debate acerca da adoção normativa da neutralidade de rede envolve, de um lado, o direito dos usuários da Internet de acessar conteúdo, serviços e aplicativos na Internet sem a interferência de operadores de rede ou governos censores¹¹⁸. De outro, os operadores de rede fundamentam o fim da neutralidade na possibilidade de serem recompensados pelos custos de operação e manutenção da rede física proporcionalmente à utilização de cada usuário.

Essa é uma das discussões que fomentam o debate sobre a regulação das atividades prestadas através dessa infraestrutura, especialmente aquelas que são conhecidos como *over the top* – OTT. Tal nomenclatura é associada aos serviços oferecidos na camada de conteúdo da Internet que são possíveis substitutos dos serviços tradicionais de mídia e telecomunicações, oferecendo vídeo, voz sobre IP e mensagens de texto¹¹⁹. Essas aplicações competem com agentes consolidados de grande porte, cuja condição de incumbente de serviço público muitas

provide applications and services, reaching virtually any other user without need for permission from the network operator. This specifically means that any connected individual can be an entrepreneur and provide services to the rest of the (connected) world.” (BELLI, Luca. Net neutrality, zero rating and the Minitelisation of the Internet. *Journal of Cyber Policy*, [s.l.], v. 2, n. 1, p. 100. 27 out. 2016. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/23738871.2016.1238954>. Acesso em: 10 jan. 2019)

¹¹⁷ WU, Tim. Network Neutrality, Broadband Discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, [s.l.], pp. 141-179, p. 145-146, 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.388863/>. Acesso em: 19 abr. 2018.

¹¹⁸ “O debate da neutralidade de rede chama atenção para o direito dos usuários da Internet acessarem conteúdo, serviços e aplicações na Internet sem a interferência dos operadores da rede ou governos autoritários. Ele também engloba o direito de os operadores da rede serem razoavelmente livres de responsabilidade por transmissão de conteúdos e aplicações reputados ilegais ou indesejáveis por terceiros.” Trecho original em inglês: “*The network neutrality debate addresses the right of Internet users to access content, services and applications on the Internet without interference from network operators or overbearing governments. It also encompasses the right of network operators to be reasonably free of liability for transmitting content and applications deemed illegal or undesirable by third parties.*” (MUELLER, Milton, COGBURN, Derrick, MATHIASON, John, HOFMANN, Jeanette. *Net Neutrality as a Global Principle for Internet Governance*. The Internet Governance Project, NY, 2007, p. 2. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2798314. Acesso em: 04 jan. 2019)

¹¹⁹ Esse é o sentido adotado pelo Parlamento Europeu e pela União Internacional de Telecomunicações em julho de 2018, em definição segundo a qual os OTTs são “*aplicações acessadas ou entregues na rede pública que podem substituir de forma direta ou funcional os serviços de telecomunicações tradicionais*”. Departamento de Políticas Econômicas e Científicas, Diretório Geral de Políticas Internas do Parlamento Europeu, *Over the Top Players*, 2015. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/569979/IPOL_STU\(2015\)569979_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/569979/IPOL_STU(2015)569979_EN.pdf). Acesso em: 15 dez. 2018.

vezes presume altos investimentos em infraestrutura e um arcabouço regulatório aplicável¹²⁰. Dado que a neutralidade de rede impede o tratamento discriminatório para fins de precificação, existe um debate protagonizado pelas empresas de telecomunicações sobre a possibilidade de eliminação ou flexibilização da neutralidade de rede¹²¹.

Questões como essas ocupam um número crescente de países à medida que atores públicos e privados tentam sujeitar a Internet a mais controle. Apesar de poder ser entendido como um princípio global de governança da Internet, a neutralidade de rede tem relevância diferenciada no âmbito dos governos nacionais, onde as políticas concorrenciais estão submetidas a contextos políticos e marcos regulatórios específicos.¹²²

Um dos primeiros países a resguardá-la em legislação foi o Chile, que em 2010 aprovou a Lei nº 20.453 (Lei de Internet e de Neutralidade de Rede), centrada na garantia aos usuários de acesso à Internet sem distinção em relação a preços e conteúdos¹²³. Na União Europeia, é vigente desde 2015 um regime jurídico de neutralidade de rede, instituído pelo Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho nº 2015/2120, que estabelece regras comuns para garantir o tratamento equitativo e não discriminatório do tráfego na prestação de serviços de acesso à Internet¹²⁴.

No Marco Civil da Internet Brasileiro (Lei nº 12.965/2014), a neutralidade de rede foi expressamente prevista no rol de princípios que disciplinam o uso da Internet no Brasil (art. 3º, IV), e se ampara, ainda, na previsão do art. 9º, segundo o qual:

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

§ 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o

¹²⁰ YOO, Christopher S. Beyond Network Neutrality. *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 19, p. 01-77, 2005. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=742404>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

¹²¹ Nesse sentido, v. a consulta pública em 2017 pela União Internacional de Telecomunicações – UIT: <https://www.itu.int/en/council/cwg-Internet/Pages/consultation-june2017.aspx>. Acesso em 06 jun. 2018.

¹²² MUELLER, Milton, COGBURN, Derrick, MATHIASON, John, HOFMANN, Jeanette. *Net Neutrality as a Global Principle for Internet Governance*. The Internet Governance Project, NY, 2007, p. 01. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2798314. Acesso em 04/01/2019.

¹²³ Lei 20.453, de 26 de julho de 2010, “Ley de Internet e de Neutralidad de Red”. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1016570>. Acesso em: 04 jun. 2019.

¹²⁴ União Europeia, *Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho*, 25 nov. 2015. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R2120&from=EN>> Acesso em 02.04.2019.

Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de:

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

II - priorização de serviços de emergência.

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

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

II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;

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

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

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

No contexto norteamericano, a neutralidade de rede é um princípio em constante disputa política. Até 2017, ele caracterizava as políticas de telecomunicações adotadas pelos EUA por força de resoluções implementadas durante o mandato do Presidente Barack Obama¹²⁵. Em 2017, a FCC anunciou a revogação da *Open Internet Order* em favor de um regime que prioriza a possibilidade de provedores de acesso à Internet definirem preços, priorizarem tráfegos de conteúdo e bloquearem acesso a conteúdos específicos¹²⁶. Seguindo o *backlash* a tal resolução, em abril de 2019 a Câmara dos Deputados aprovou projeto de lei que reinstaura essa política¹²⁷, que ainda depende de aprovação no Senado e sancionamento pela Presidência para ser definitivo.

Mesmo nos países em que é amplamente adotada, a neutralidade de rede não é necessariamente um assunto pacificado. Além de ser ameaçada por práticas como bloqueio e

¹²⁵ Antes disso, vigiam as disposições publicadas pela Federal Communications Commission – FCC em 2015, sob a forma de uma “Open Internet Order”. Nela, a agência estabeleceu a impossibilidade de discriminação de preço e conteúdo, com disposições que privilegiavam a transparência no fornecimento e cobrança dos serviços e condenavam práticas restritivas de acesso (como bloqueio de sites). FCC, *Open Internet Order*, 30 FCC Rcd 5601 (7), 12 mar. 2015. Disponível em: <https://www.fcc.gov/document/fcc-releases-open-Internet-order>. Acesso em: 15 jan. 2018.

¹²⁶ WU, Tim. Why the Courts Will Have to Save Net Neutrality. Opinion, *The New York Times*, 22 nov. 2017. Disponível em: https://www.nytimes.com/2017/11/22/opinion/courts-net-neutrality-fcc.html?_r=0 Acesso em: 02 abr. 2019.

¹²⁷ SHEPARDSON, David. U.S. House approves net neutrality bill but legislation faces long odds. Washington, *Reuters*, 10 abril 2019. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-usa-internet/u-s-house-approves-net-neutrality-bill-but-legislation-faces-long-odds-idUSKCN1RM24X> Acesso em: 14 abr. 2019.

filtragem de conteúdo que são implementadas por regulações e decisões judiciais¹²⁸⁻¹²⁹ o comportamento dos agentes do mercado nem sempre obedece à intenção do Marco Civil. No Brasil, o comprometimento do princípio já foi apontado por Luca Belli¹³⁰ para quem as práticas de *zero rating* (patrocínio do consumo de dados relacionado a um conjunto limitado de aplicativos, que não é contado subsídio de dados¹³¹) impõem discriminações de preço e conteúdo.

1.2.3 As invariáveis

Além da abertura, do princípio *end to end* e da neutralidade de rede, há um grupo de atributos que definem e sustentam a operação da Internet, permitindo a concretização da sua abertura em todos os aspectos¹³². Seu conteúdo pode se relacionar com escolhas técnicas ou políticas na forma como a rede funciona, e sua importância para essa operação como a

¹²⁸ V. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; MONIZ, Pedro de Paranaguá; VIEIRA JUNIOR, Sérgio Branco. Neutralidade da Rede, Filtragem de Conteúdo e Interesse Público: Reflexões sobre o Bloqueio do Site YouTube no Brasil. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 246, Rio de Janeiro, p. 68, 19 dez. 2014.

¹²⁹ Além do risco de diferenciação e discriminação de preço, desigualdade no acesso à Internet e afins, Chris Marsden e Ian Brown apontam o risco do fim da neutralidade de rede aumentar as capacidades censoras dos provedores de acesso através de outras técnicas avançadas de gestão de tráfego e inspeção de pacotes de dados. Tecnologias que afetariam não apenas tráfegos de dados em maior volume, mas todo tipo de conteúdo, de todo tipo de usuário. Tradução livre: “na ausência de regulação cuidadosa, ISPs poderiam usar DPI para bloquear algum conteúdo completamente, caso decidam que isso não é benefício para ISPs, detentores de direitos autorais, patentes ou o governo.” Trecho original em inglês: “*in the absence of regulatory oversight, ISPs could use DPI to block some content altogether if they decide it is not to the benefit of ISPs, copyright holders, parentes, or the government.*” BROWN, Ian e MARSDEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013, pp. 142-143.

¹³⁰ BELLI, Luca. Net neutrality, zero rating and the Minitelisation of the internet. *Journal of Cyber Policy*, [s.l.], v. 2, n. 1, pp. 96-122, p. 05, 27 out. 2016. Informa UK Limited. Disponível em: https://internet-governance.fgv.br/sites/internetgovernance.fgv.br/files/publicacoes/net_neutrality_zerorating_the_minitelisation_of_the_internet_final.pdf. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹³¹ *Ibid.*, p. 04.

¹³² DRAKE, William J., CERF, Vinton G., KLEINWACHTER, Wolfgang. Internet Fragmentation: an Overview, *Future of The Internet Initiative White Paper*, World Economic Forum, 2016, p. 12. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_FII_Internet_Fragmentation_An_Overview_2016.pdf. Acesso em: 11 nov. 2018.

conhecemos é tal que é possível dizer que essas características definem a sua própria essência. Conceituando cada uma delas de forma individual, mas considerando-as como um conjunto, Leslie Daigle as trata como as “invariáveis da Internet”¹³³, que seriam recursos imutáveis ou condições de suporte que precisariam ser mantidas para que a Internet continue a evoluir¹³⁴.

Como já dito, a Internet é uma rede passível de constante transformação, de forma que a ideia de que ela possui características invariáveis não deve se confundir com a impossibilidade de adaptação e a flexibilidade do sistema. Conforme esclarece a literatura especializada¹³⁵, é comum que os sistemas possam incorporar novos padrões durante sua vida útil para permitir novas funcionalidades. Em algum momento, entretanto, um sistema pode não suportar novas funcionalidades desejadas e alguns ou até todos seus componentes se tornam obsoletos.

As características que limitam essa evolução podem ser pensadas como um mínimo denominador comum, ou como pontos fixos. O termo “invariáveis” denota propriedades limitantes, que não podem ser alteradas sem perda de compatibilidade com versões anteriores. No caso da Internet, as invariáveis podem ser entendidas como os recursos-chave que favorecem a inovação e cuja perda pode prejudicar a capacidade da rede de permitir desenvolvimentos inesperados no futuro.

Justamente por isso, Leslie Daigle entende que a rede deve ser definida por esse conjunto de características, que inclui, dentre outros, alcance global, interoperabilidade, propósito geral e o suporte à inovação sem necessidade de autorização¹³⁶. Nenhuma delas se relaciona com uma tecnologia específica; uma rede distinta, construída a partir de outras tecnologias, mas com essas mesmas características, seria igualmente desejável¹³⁷. Não se trata

¹³³ DAIGLE, Leslie. *On the nature of the Internet*. Centre for International Governance Innovation and Chatham House, Paper Series n. 7, p. 05-08, 2015. Disponível em: https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_paper_no7.pdf. Acesso em: 26 jan. 2018.

¹³⁴ Ibid., p. 05.

¹³⁵ AHLGREN, Bengt; BRUNNER, Marcus; EGGERT, Lars; HANCOCK, Robert; SCHMID, Stefan. *Invariants - A new design methodology for network architectures*, SIGCOMM Workshops, Portland, OR, USA, 30 aug. and sep. 3, 2004, p. 03. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228966422_Invariants_A_new_design_methodology_for_network_architectures.> Acesso em: 09 nov. 2018.

¹³⁶ Além destes, a autora também classifica como invariáveis a acessibilidade, a colaboração, os *reusable building blocks* e a ausência de favoritos permanentes. A fim de restringir essa análise aos aspectos que têm maior impacto no objeto principal de estudo do trabalho, essas características foram excluídas da descrição geral. Suas definições e funções podem ser encontradas no trabalho original. DAIGLE, Leslie. *On the nature of the Internet*. Centre for International Governance Innovation and Chatham House, Paper Series n. 7, 2015, pp. 5-8. Disponível em: https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_paper_no7.pdf. Acesso em: 26 jan. 2018.

¹³⁷ Ibid., p. 05.

de aspectos técnicos em sentido estrito, mas de características com elemento valorativo específico, cuja eleição produz impactos considerados positivos na forma como a Internet funciona, se fazendo assim desejáveis¹³⁸.

Alcance global, integridade. Apesar de composta por diferentes redes, a Internet é um sistema único. Em regra, todos os seus usuários estão conectados em nível global, podendo acessar qualquer ponto dela, com a garantia de que as informações por ele enviadas serão recebidas exatamente como pretendido¹³⁹. Algumas autoras se referem a *universalidade* para tratar deste aspecto¹⁴⁰, que é possível devido à adoção de padrões tecnológicos comuns, que permitem a interconectividade necessária à integração, e que são instrumentais para a ideia de interoperabilidade (conforme será abordado em seguida).

Enumerar as vantagens do alcance global da Internet parece uma tarefa vazia, já que, sem isso, ela não existiria na sua amplitude e complexidade. Possivelmente, nenhuma das características aqui tratada é tão essencial quanto o alcance global, que conecta usuários em nível mundial, potencializando as trocas de informação técnica, cultural e política, bem como as trocas de bens e serviços, aconteçam elas apenas no âmbito virtual ou não.

Assim, o alcance global se relaciona intrinsecamente com o objeto deste trabalho, posando desafios de jurisdição à regulação desses serviços potencialmente transfronteiriços. É

¹³⁸ “Acontece que nenhuma dessas características tem a ver com tecnologias específicas utilizadas para implementar a Internet. Qualquer outra rede, construída usando protocolos completamente diferentes, hardware e serviços, que ainda demonstrasse essas características poderia ser igualmente recebida e valorada. De fato, a Internet como conhecemos tem experimentado tais mudanças e evoluções - em formas que não afetam essas características subjacentes. Enquanto descreve o que deveria permanecer verdadeiro acerca da Internet, as invariáveis oferecem compreensão de áreas onde muita mudança é possível.” Trecho original em inglês: “*As it happens, none of the characteristics have to do with specific technologies used to implement the Internet. Any other network, built using completely different protocols, hardware and services, that still demonstrated these characteristics could be equally welcomed and valued. Indeed, the Internet as we know it has undergone many such changes and evolutions — in ways that do not affect these underlying characteristics. While describing what must remain true about the Internet, the invariants offer insight into areas where much change is possible.*” Ibid., loc. cit.

¹³⁹ “Alcance global, integridade: qualquer ponta da Internet pode endereçar qualquer outra ponta, e a informação recebida em uma ponta é aquela pretendida pelo remetente, onde quer que o destinatário se conecte à Internet. Nisso está implícito o requerimento de endereçamento gerenciado e serviços de nomeação globais.” Trecho original em inglês: “*Global reach, integrity: Any endpoint of the Internet can address any other endpoint, and the information received at one endpoint is as intended by the sender, wherever the receiver connects to the Internet. Implicit in this is the requirement of global, managed addressing and naming services.*” Internet Society, *Internet Invariants: What Really Matters*, 03 fev. 2012, p. 01. Disponível em: <https://www.Internet.society.org/Internet-invariants-what-really-matters/>. Acesso em: 05 mai. 2018.

¹⁴⁰ DeNARDIS, Laura. The Privatization of Free Expression, In: PRAKASH, Pranesh, RIZK, Nagla e SOUZA, Carlos Affonso (Eds.) *Global Censorship – Shifting Modes, Persisting Paradigms*. Information Society Project, Yale Law School, pp. 11-24, p. 22, 2015. Disponível em: http://itsrio.org/wp-content/uploads/2015/10/a2k_global-censorship.pdf. Acesso em: 13 mar. 2016.

importante ter em mente que a pretensão de um alcance global tanto desafia, quanto é desafiada pela aplicação de regimes legais nacionais na Internet. Isto porque, apesar desta configuração, os Estados são soberanos e territoriais, causando um desalinhamento fundamental¹⁴¹ entre o mundo virtual e os mecanismos legais e institucionais que governam as relações humanas. Não à toa, a questão jurisdicional foi um dos primeiros debates relacionados à governança de Internet que movimentaram não só a academia, mas também as cortes, e não necessariamente é considerada resolvida.

A busca de governos por mecanismos que os permitam conformar as práticas de um espaço virtual sem fronteiras físicas ao seu ordenamento jurídico é um dos fatores a que se atribui um possível processo de fragmentação da Internet. Identificado pela literatura acadêmica desde 2012, esse processo também é referido como “balcanização”, e seria uma consequência também das tentativas dos estados-nação de conformar o mundo virtual – sejam práticas individuais ou atividades econômicas - ao seu ordenamento jurídico soberano¹⁴². Para Milton Mueller, o argumento de fragmentação seria uma retórica para desviar do problema real, que é o futuro da soberania nacional no mundo digital, um debate que transcende a Internet em si, englobando fatores geopolíticos, poderes nacionais e o futuro da governança global¹⁴³.

Guardados os debates peculiares a essa retórica, as ameaças ao alcance global da Internet podem ser associadas às políticas públicas nacionais que promovem isolamento da rede dentro de um determinado território. É o caso, por exemplo, do governo chinês, onde práticas institucionalizadas de censura, vigilância e obstáculos (burocráticos e tecnológicos) às atividades de empresas multinacionais resultam um espaço virtual altamente controlado pelo governo. Outros países também promovem restrições de liberdades (como a Rússia e a Turquia) em graus diferentes que prejudicam o acesso de seus cidadãos à Internet global.

¹⁴¹ MUELLER, Milton. *Will the Internet Fragment?* Polity Press: Cambridge, 2017, p. 12.

¹⁴² Para Milton Mueller, o descompasso entre um ciberespaço global e um conjunto fragmentado de mecanismos institucionais que governam as relações humanas é um dos fatores determinantes para essa fragmentação. Essa conclusão já foi consignada pelo Fórum Econômico Mundial, que identificou que tecnologias, políticas de governo e práticas comerciais vêm impulsionando tendências de fragmentação potencialmente problemáticas para todas as camadas que compõem a rede. Em termos concretos, essa fragmentação pode ser identificada por três aspectos: tecnologicamente, as condições da infraestrutura são alteradas, de forma a dificultar a interoperabilidade e a troca de pacotes de dados entre redes distintas; em termos legais, ela seria o resultado de ações governamentais que restringem ou impedem determinados usos; e, sob uma perspectiva comercial, ela se espelha em práticas implementadas por produtos e serviços que operam no mundo conectado e que interferem ou impedem determinados usos. Ibid., p. 12. Tratando amplamente sobre o tema, v. DRAKE, William J., CERF, Vinton G., KLEINWACHTER, Wolfgang. *Internet Fragmentation: an Overview, Future of The Internet Initiative White Paper, World Economic Forum*, 2016, p. 11. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_FII_Internet_Fragmentation_An_Overview_2016.pdf. Acesso em 11/11/2018.

¹⁴³ MUELLER, Milton. *Will the Internet Fragment?* Polity Press: Cambridge, 2017, p. 03.

Em casos menos drásticos, a implementação de regimes jurídicos nacionais também pode esbarrar no acesso global, a partir do momento em que uma determinada regra pretendida para alcance nacional perde parte de seu efeito quando implementada num ambiente transfronteiriço. Como, por exemplo, quando um determinado ordenamento jurídico considera a propaganda nazista ilegal, mas tais conteúdos ainda podem ser acessados em países vizinhos, que os cobrem sob a garantia de liberdade de expressão.

Nesse sentido, o acesso global da Internet se apresenta tanto como um objetivo, quanto como um desafio para a regulação nacional.

Interoperabilidade. A Internet funciona com base num compromisso com a operabilidade perfeita - com um mundo virtual perfeitamente interligado, sem fronteiras e globalizado¹⁴⁴.

A interoperabilidade de dispositivos, softwares e estruturas de rede é a base de funcionamento da Internet: permitindo que redes separadas, baseadas em *hardwares* distintos, se conectem e comuniquem de forma consistente. Para isso, é necessário um conjunto de padrões técnicos sob os quais os equipamentos devem ser construídos e de acordo com os quais as redes devem operar¹⁴⁵.

Em regra, esses padrões técnicos podem ser de propriedade de uma empresa específica ou de um consórcio fechado de empresas; podem ser disponibilizados livremente, ou por algum

¹⁴⁴ Ibid., p. 8.

¹⁴⁵ Note-se que a lógica da interoperabilidade não se limita à Internet, e é característica de infraestrutura que se proponha a adotar determinados padrões técnicos para contar com um mínimo de interoperabilidade – a eleição de padrões nacionais de tomadas, por exemplo, garante suporte energético aos mais diferentes aparelhos elétricos. Um bom exemplo no âmbito das tecnologias digitais é o funcionamento dos softwares. Para um software rodar num determinado sistema operacional, as interfaces de aplicação devem se comunicar. Inclusive, uma das limitações aos direitos sobre software no direito brasileiro é a garantia de interoperabilidade, prevista no art. 6º, IV da Lei nº 9.609/1994. “Formigas, neurônios, partículas, pessoas. Em cada caso, o todo opera apenas porque as partes são interoperantes. O comportamento do todo é, em alguma medida, ditado pelas regras e pelo comportamento das partes. Essa talvez seja uma visão muito influenciada pela física, mas a considero útil. Ela faz com que você pense sobre como prever as regras do todo pela regra das partes, e então, como um engenheiro global (poder constituinte, etc.) deve expressar as leis locais para engendrar o comportamento global que ele deseja. Essas regras são aceitas de maneira geral. Para partículas, nós as chamamos de leis da física. Para objetos da rede, existem protocolos padrão.” Trecho original em inglês: “*Ants, Neurons, objects, particles, people. In each case, the whole operates only because the parts interoperate. The behavior of the whole is in some way dictated by the rules of behavior of the parts. This may be a view influenced too much by physics, but I find it useful. It makes you think about how you predict the rules of the whole from the rule of the parts, and then as a global engineer (constitution writer, etc) how you can phrase the local laws to engender the global behavior he desires. For people, we call these rules variously the constitution, laws, or codes of ethics, for example. These rules are things which are accepted across the board. For particles, we call them the laws of physics. For web objects they are the protocol standards.*” BERNERS LEE, Tim. *Hypertext and Our Collective Destiny*, [s.l], 12 oct. 1995. Disponível em: https://www.w3.org/Talks/9510_Bush/Talk.html. Acesso em: 18 set. 2018.

preço, para certas partes autorizadas (por exemplo, empresas certificadas ou para o público em geral). No entanto, esse não é o modelo geral adotado na Internet, onde os padrões não apenas estão disponíveis gratuitamente, mas também são desenvolvidos por meio de processos abertos¹⁴⁶. Por isso, é comum que se refira a *padrões técnicos não proprietários*, que são mais acessíveis, inclusive para o uso transformativo, já que em teoria qualquer desenvolvedor poderia construir diferentes equipamentos para se conectar à Internet.

O sucesso de conectividade da Internet pode ser atribuído à adoção desses padrões¹⁴⁷. A definição desses parâmetros é uma questão política, porque eles representam uma forma de controle sobre a tecnologia¹⁴⁸. Veja-se os parâmetros de interface, por exemplo. Se todos os fabricantes de um determinado tipo de dispositivo usarem a mesma interface, uma vez que os usuários aprenderem a utilizá-la, podem decidir qual dispositivo adquirir com base em preço

¹⁴⁶ DAIGLE, Leslie. *On the nature of the Internet*. Centre for International Governance Innovation and Chatham House, paper series n. 7, 2015, Disponível em: <https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_paper_no7.pdf> Acesso em: 26 jan. 2018.

¹⁴⁷ “Os benefícios sociais e econômicos da interoperabilidade entre civis e empresários em um mundo digital vastamente excede a inferior contribuição das comunicações militares dos EUA. Na década de 1980, quando computadores pessoais e outros dispositivos digitais começaram a se proliferar, os protocolos abertos não proprietários da Internet atenderam uma necessidade significativa. Levou apenas uma dúzia de anos para que os protocolos da Internet, oficialmente padronizados tardiamente em 1981 e implementados entre 1982 e 1984, tomassem totalmente o mundo das comunicações digitais. De 1993 em diante a adoção de protocolos de Internet alcançou uma massa crítica, necessitada para criar um efeito-adesão de crescimento autossustentável. A Internet teve sucesso precisamente porque superou as barreiras de compatibilidade - a fragmentação técnica - do mundo de monopólios de telefonia nacional e múltiplos proprietários de dados de protocolos de redes em que havia nascido.” Trecho original em inglês: “*The economic and social benefits of interoperability among civilians and businesses in a digitizing world vastly exceed its minor contribution to US military communications. In the 1980s, when personal computers and other digital devices began to proliferate, the open, nonproprietary Internet protocols met a powerful need. It took only about a dozen years for the Internet protocols, officially standardized late in 1981 and implemented from 1982 to 1984, to take over the world of digital communications completely. From about 1993 on, adoption of the Internet protocols reached the critical mass needed to create the bandwagon effect of self-sustaining growth. The Internet succeeded precisely because it overcame the compatibility barriers – the technical fragmentation – of the world of national telephone monopolies and multiple proprietary data networking protocols into which it was born.*” (MUELLER, Milton. *Will the Internet Fragment?* Polity Press: Cambridge, 2017, p. 9) No mesmo sentido: “O IP ponta a ponta em que se baseou a Internet é por definição um regime interoperável e tecnicamente neutro, em que muitos padrões abertos resultaram em uma abertura da fonte dos produtos ou serviços para uso sem cobrança, protegidos por licenças de direito autoral (tal qual a Licença Pública Geral) que requerem um software derivativo que seja livremente disponível e modificável (EC 2011a). Em um regime como esse, qualquer um pode desenvolver com base em protocolos públicos e disponíveis livremente com as mesmas regras. Essa interoperabilidade aberta confere enormes vantagens práticas, que resultaram no desenvolvimento da Internet pública como é amplamente experimentada hoje.” Trecho original em inglês: “*The end-to-end IP-based Internet is by definition an interoperable and technically neutral regime on which many open standards result in open source products or services for use without charge, protected by copyright licences (such as the General Public License) that require any derivative software to be freely available and modifiable (EC 2011a). In such a regime, anyone can design based on publicly and freely available protocols with the same rules. This open interoperability gives enormous practical advantages, which resulted in the development of the public Internet as it is widely experienced today.*” (BROWN, Ian e MARSDEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013, p. 10)

¹⁴⁸ ABBATE, Janet. *Inventing the Internet*. The MIT Press: Massachusetts, 2000, p. 147.

ou performance, e não por questões de compatibilidade. Nesse contexto, grandes fornecedores geralmente têm interesse em definir seus parâmetros próprios e mantê-los em segredo, dificultando que outros fornecedores ofereçam produtos e serviços compatíveis com os deles. Em sentido contrário, empresas menores e novos entrantes são incentivados a lutar por parâmetros comuns, que eliminariam essa barreira de entrada e nivelariam as condições de competição.

O compromisso com a interoperabilidade tem relevância destacada para a camada de infraestrutura da Internet, onde a integração entre as redes que a constituem é um requisito de conectividade básico. No entanto, a questão também tem impactos na camada de aplicações e conteúdo, onde se reflete, por exemplo, na integração de interfaces, navegadores e sistemas operacionais.

Propósito geral. A infraestrutura que dá suporte à Internet não foi construída para suprir uma finalidade específica, sendo capaz de servir a uma variedade de usos¹⁴⁹. Seu propósito geral é uma das invariáveis que determinaram a sua expansão e transformação ao longo do tempo, permitindo a proliferação de uma diversidade incontável de serviços, aplicativos e programas.

Essa versatilidade da rede se relaciona de forma essencial com a próxima invariável listada, que é a propensão à inovação.

Inovação. Por ser uma rede aberta, com propósito geral e baseada em padrões interoperáveis, a Internet permite que seus usuários empreendam atividades inovadoras de natureza diversa, sem os ônus de construção ou uso de infraestrutura que podem caracterizar a entrada nos mercados. Por isso, ela é uma rede propensa a inovações, sem condicionantes para que ela aconteça - sem que seja necessário “pedir permissão”¹⁵⁰.

A partir do acesso aos padrões técnicos comuns e não proprietários, qualquer pessoa ou organização poderia, em tese, desenvolver um novo serviço ou produto e disponibilizá-lo

¹⁴⁹ “A Internet é capaz de suportar um largo alcance de demandas para sua utilização. Enquanto algumas redes podem ser otimizadas por certos padrões de tráfego ou usos esperados, a tecnologia não coloca limitações próprias nas aplicações ou serviços que fazem uso dela.” Trecho original em inglês: “*The Internet is capable of supporting a wide range of demands for its use. While some networks within it may be optimized for certain traffic patterns or expected uses, the technology does not place inherent limitations on the applications or services that make use of it.*” Internet Society, *Internet Invariants: What Really Matters*. Disponível em: <https://www.Internet.society.org/Internet-invariants-what-really-matters/>. Acesso em: 05 jun. 2018.

¹⁵⁰ Sendo certo que o termo originalmente utilizado pela autora em língua inglesa é *permissionless innovation*, que se traduziria como inovação sem necessidade de permissão.

através dessa rede. Naturalmente, há regras a serem seguidas; no caso, não só as de natureza jurídica que sejam aplicáveis, mas também os protocolos e tecnologias padrão em geral. Mas o fato de a Internet permitir a operação e oferta de serviços e conteúdo dentro dela já a diferencia significativamente das infraestruturas de comunicação que a antecederam - as redes de telefone, por exemplo, não permitem que um usuário com acesso a ela ofereça serviços de voz.¹⁵¹

Para a Internet, inovação irrestrita não é simplesmente um efeito colateral interessante, ou uma característica desejável da rede. O fato de que a inovação (da rede ou dos serviços prestados através dela) pode vir de qualquer lugar tem significado que o crescimento e evolução da Internet não está limitado pela imaginação de algum grupo selecionada de pensamento governista. A Internet pode aproveitar o poder criativo de cada pessoa no mundo.¹⁵²

Apesar da propensão à inovação ser intrinsecamente relacionada com a abertura econômica da Internet, seus benefícios e riscos não se resumem a esses aspectos. Além de um fenômeno tecnológico, a inovação pode ser também de natureza social, quando melhora as condições de vida das pessoas e o fortalecimento de comunidades¹⁵³. Nesse sentido, ela não implicaria necessariamente mudança tecnológica, podendo ser meramente uma reorganização de bens ou atividades de forma inédita, que gera aumento do bem-estar de uma determinada comunidade. Muitos serviços oferecidos com base na infraestrutura da Internet são inovadores nesses dois aspectos, sendo as plataformas de economia compartilhada um bom exemplo dessa reunião. Ao mesmo tempo em que compõem atividades comerciais com impactos em mercados específicos, elas contêm também o aspecto social da disposição para compartilhar (seja de uma carona, um quarto dentro de casa, ou tempo)¹⁵⁴.

¹⁵¹ Ibid., p. 5.

¹⁵² Trecho original em inglês: “*For the Internet, permissionless innovation is not simply an interesting side effect, or a “nice-to-have” feature of the network. The fact that innovation (of the network and of the services that run on it) can come from anywhere has meant that the growth and evolution of the Internet is not limited by the imagination of some collected group of governing minds. The Internet can leverage the creative power of every person in the world.*” Ibid., p. 6.

¹⁵³ RANCHORDÁS, Sofia. Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy. *Minnesota Journal Of Law, Science & Technology*, Minneapolis, v. 16, n. 1, pp. 413-475, 2015 p. 422.

¹⁵⁴ “A inovação não precisa ser orientada para o lucro, contanto que traduza a primeira realização de sucesso de uma ideia que melhora, de uma perspectiva tecnológica, social ou econômica, o *status quo*. Inovação se refere não apenas a tecnologias emergentes, mas também a programas socialmente inovadores que visam reduzir a pobreza e a discriminação, e também que visem integrar minorias - também chamada de ‘inovação social’.” Trecho original em inglês: “*Innovation does not need to be profit-oriented, as long as it translates the first successful realization of an idea that improves, from a technological, social, or economic perspective, the status quo.*” *Innovation refers not only to emerging technologies but also to socially innovative programs and services that aim to reduce poverty and discrimination, and that also aim to integrate minorities—the so-called “social innovation.”* (Ibid., p. 428).

O conceito de inovação dentro da teoria econômica tem relação com o a produção de bem-estar e o desenvolvimento das nações, o que faz dela um objeto principal e colateral de políticas públicas como um todo. Diante da sua configuração como característica invariável da Internet, defende-se adiante que, em relação à regulação de serviços na Internet, a sua promoção deve ser considerada junto às justificativas da intervenção regulatória (conforme exposto de forma detida no Capítulo 3).

1.3. Códigos, Algoritmos e a regulação pela tecnologia

Como visto até aqui, a natureza técnica da Internet se define a partir da convivência de uma série de tecnologias diferentes, que formam um ecossistema único. Esse ecossistema pode ser identificado por algumas características essenciais, que se relacionam com os conceitos de abertura, neutralidade, acesso global, interoperabilidade, propósito geral e propensão à inovação.

Ao longo deste capítulo, essas características vêm sendo desenvolvidas de uma forma descritiva, de modo a demonstrar como a sua convivência cria uma rede de comunicação especial. Somando-se a elas, será tratada nessa última seção a inerência da atividade regulatória das tecnologias que sustentam a Internet, que tem implicações determinantes na sua operação e na efetividade das políticas públicas a ela direcionadas.

Hoje, a constatação de que a Internet é um ambiente regulado em si já figura como um pressuposto dos debates de governança e regulação das atividades que se realizam em seu âmbito. Originalmente, ela surgiu como uma resposta teórica à vertente da literatura especializada que repudiava a possibilidade de influência governamental sobre a Internet. Já referidos na Introdução como excepcionalistas, esses autores defendiam, em linhas gerais, que a Internet não poderia ser regulamentada, constituindo um espaço virtual imune às assimetrias de poder que embasam os sistemas políticos tradicionais¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Apesar de ter referências nos mesmos autores, as ideias que embasaram o ciberlibertarianismo e o excepcionalismos podem se distinguir em suas consequências, conforme será demonstrado no Capítulo 3 do trabalho.

Um dos expoentes desse movimento foi Joe Perry Barlow, autor da icônica “Declaração de Independência do Ciberespaço”¹⁵⁶, que aclamava a impossibilidade física e política de intervenção na Internet. Num tom quase inocente, a declaração se baseava não apenas no caráter virtual e global desse espaço, mas também numa suposta falta de legitimidade dos governos soberanos para fazê-lo.

Os justos poderes dos governos decorrem do consentimento dos governados. Vocês não solicitaram, tampouco receberam o nosso [consentimento]. Vocês não nos conhecem, nem conhecem nosso mundo. O ciberespaço não se encontra nas suas fronteiras. Não pensem que vocês podem construí-lo, ainda que houvesse um projeto de construção público. Vocês não podem [fazê-lo]. Ele é um ato da natureza e cresce em si mesmo por meio de ações coletivas.¹⁵⁷

À época, David Post e David Johnson¹⁵⁸ também se dedicaram a diferenciar a possibilidade de aderência dos mecanismos tradicionais do direito à Internet. Os autores centralizaram seu argumento sobre a impossibilidade de regulação na inexistência de fronteiras para jurisdição, sem deixar de lado ponderações sobre os efeitos lesivos da possível intervenção estatal no potencial democrático que a Internet já demonstrava para a partilha e difusão do conhecimento e da informação em nível global. Nesse sentido, sugeriram que a Internet apenas poderia ser eficazmente regulada por leis moldadas para refletir os valores das comunidades de usuários daquele ambiente, sendo separadas das regras tradicionalmente criadas por poderes legislativos para regular o mundo físico.

Argumentos como estes foram contestados por autores que enfatizaram a continuidade do poder e dominância estatais, minimizando ou até negando a influência de outros atores no ambiente virtual¹⁵⁹. Contudo, as principais ideias responsáveis por refutar o paradigma da

¹⁵⁶ BARLOW, John Perry. *Declaração de Independência do Ciberespaço*. Davos, Suíça, 8 fev. 1996. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm>> Acesso em: 01 abr. 2019.

¹⁵⁷ Trecho original em inglês: “*Governments derive their just powers from the consent of the governed. You have neither solicited nor received ours. We did not invite you. You do not know us, nor do you know our world. Cyberspace does not lie within your borders. Do not think that you can build it, as though it were a public construction project. You cannot. It is an act of nature and it grows itself through our collective actions.*” Ibid., loc. cit.

¹⁵⁸ JOHNSON, David Reynold; POST, David G., Law and Borders - the Rise of Law in Cyberspace. *Stanford Law Review*, Vol. 48, pp. 1367, 1996.

¹⁵⁹ Aqui, a menção ao debate sobre teórico sobre o excepcionalismo tem o objeto de contextualizar a obra de Lawrence Lessig, que é a principal referência teórica sobre a natureza regulatória do espaço virtual. Darei atenção às consequências teóricas do excepcionalismo para a teoria da regulação no Capítulo 3, inclusive expondo a literatura que o renegou. Por ora, registro como referência: MUELLER, Milton. *Networks and States: The Global Politics of Internet Governance*. Cambridge: MIT Press, 2010, p. 03.

impossibilidade de *controle* sobre da Internet superaram esse debate dicotômico e calcaram-se na constatação de que ele já é uma parte essencial da sua operação.

Em 1998, Joel Reidenberg¹⁶⁰ introduziu a ideia de *regulação por arquitetura* (no caso, arquitetura de sistemas), entendendo que, no tocante à Internet, leis e governos não seriam a única fonte de regulamentação das relações jurídicas. Uma vez que as capacidades tecnológicas e a forma como os sistemas são desenhados impõem regras aos seus usuários, a criação e implementação de políticas de informação seriam inerentes ao desenho das redes e suas configurações. Para o autor, o conjunto de regras que determina o fluxo de comunicação nessas redes de comunicação forma o que ele chamou de *Lex Informatica*. Esta seria uma forma específica de direito, posto com base na arquitetura de sistemas, e que deveria ser não apenas entendida pelos governantes, mas conscientemente reconhecida e até encorajada¹⁶¹.

A mesma ideia foi desenvolvida por Lawrence Lessig em alguns trabalhos¹⁶², que culminaram no livro “Code and Other Laws of Cyberspace” (publicado pela primeira vez em 1999 e revisto em 2006 como “Code 2.0”), onde o autor argumenta que há quatro modalidades tradicionais de intervenção regulatória que podem ser empregadas, tanto no ambiente virtual quanto no físico, em conjunto ou individualmente: as leis, as normas sociais, os mercados e a arquitetura¹⁶³. Aplicando cada uma dessas modalidades às peculiaridades da Internet, o autor conclui que, nesse ambiente, a modalidade de regulação “arquitetura” se destaca em sua eficácia, enquanto as outras formas de influenciar ou determinar comportamentos se revelariam menos eficazes. Por exemplo, as leis e normas sociais teriam menor aderência, sendo por conseguinte menos executáveis; já os mercados seriam mais voláteis no ambiente online, surgindo e desaparecendo com maior velocidade e frequência¹⁶⁴. Enquanto isso, a arquitetura dos sistemas, através do código, seria a forma mais eficaz de estimular ou prevenir comportamentos, pelo fato de poder determiná-los antes mesmo de se concretizarem.

¹⁶⁰ REINDENBERG, Joel R. *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, *Texas Law Review*, vol. 76, n. 3, 1998, pp. 553-584.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 555.

¹⁶² LESSIG, Lawrence. *The laws of cyberspace*. Taiwan Net '98 Conference, Taipei, March 1998. Disponível em: https://cyber.harvard.edu/works/lessig/laws_cyberspace.pdf. Acesso em 13/09/2018

¹⁶³ LESSIG, Lawrence. *Code, Version 2.0*, New York: Basic Books, 2006, p. 290.

¹⁶⁴ Cabe esclarecer que, ao apontar as limitações das outras modalidades de regulação dentro do ambiente virtual, Lessig não descartou uma possível pertinência das mesmas em casos específicos – tanto que, conforme exposto, o autor advoga a ação conjunta dessas modalidades de regulação.

Desta forma, Lessig consignou uma contribuição fundamental para este debate, que se expressa na constatação de que a Internet é um ambiente regulado em si mesmo, através dos códigos e critérios que estabelecem seus limites físicos e virtuais. O que esses códigos permitem ou não permitem que as pessoas façam no ambiente online já constitui uma forma de regulação inerente ao sistema, que funciona de forma similar à arquitetura no mundo físico. Neste sentido, é possível dizer que o código funciona como a "lei" do ciberespaço, determinando que tipo de comportamentos serão aceitos e quais não. Na altamente difundida expressão cunhada pelo autor: *code is law*¹⁶⁵.

É seguro dizer que a programação por código determina um número incontável de condutas individuais e coletivas no mundo virtual, com efeitos mais ou menos abrangentes. Por exemplo, tanto o exercício individual de liberdade de expressão (condicionado pelo que as interfaces permitem que seja publicado) quanto a possibilidade de disponibilização para o público de determinados serviços virtuais (que precisa obedecer a protocolos de interoperabilidade) dependem do cumprimento de requisitos pré-determinados e materializados através de códigos. Conforme expressou Laura DeNardis, essas características fazem das tecnologias que compõem a Internet instâncias de tensão política e cultural, configurando verdadeiros arranjos de poder, construídos a partir de “decisões de design que moldam estruturas econômicas e sociais, variando de liberdades civis individuais até políticas de inovação global”¹⁶⁶.

Esta condição inerente à forma como a Internet funciona e as suas implicações constitucionais e regulatórias levou parte da doutrina a identificar a inerência de uma “regulação privada”¹⁶⁷ no mundo virtual, expressa nessa influência de atores privados nos comportamentos individuais e coletivos. Para acessar a Internet, os usuários dependem da intermediação de um conjunto de agentes econômicos, que exercem atividades comerciais distintas. Nela, usa-se navegadores privados para acessar uma rede, que por sua vez é operada por um provedor de serviço privado, para mandar mensagens que viajam por roteadores de propriedade igualmente

¹⁶⁵ Para uma análise sistematizada das ideias de Lessig, vide MURRAY, Andrew. *Information Technology Law – The Law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 62 e LEMOS, Ronaldo, SOUZA, Carlos Affonso Pereira. *Marco Civil da Internet – Construção e Aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016, pp. 14-16.

¹⁶⁶ DeNARDIS, Laura. *The Global War for Internet Governance*. New Haven: Yale University Press, 2014, p. 7.

¹⁶⁷ BERMAN, Paul Schiff, Cyberspace and the State Action Debate: the cultural value of applying Constitutional norms to Private Regulation, *University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers*, Vol. 71, No. 4, May 2000, p. 1305; MURRAY, Andrew. *Information Technology Law – The law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2010, cap. 4.

privada, para acessar *websites* ou aplicativos onde uma empresa privada presta um determinado serviço¹⁶⁸. Em cada camada que compõe o acesso virtual (seja ela de infraestrutura física, lógica ou de conteúdo), a conduta de cada agente estaria condicionada às interações permitidas ou não por uma determinada arquitetura de sistemas.

De fato, existe uma cadeia produtiva, de natureza privada, composta por uma série de empresas cujas atividades implicam em influência de comportamentos. A ausência de requisitos legais de legitimidade, como participação, transparência e *accountability*, torna a regulação através de tecnologias suscetível às críticas que a associam a práticas antidemocráticas ou até ilegais. Contudo, a sua associação a um caráter exclusivamente privado corre o risco de ofuscar a manipulação do código por atores estatais, que também tem o potencial de restringir direitos e liberdades individuais de forma altamente prejudicial.

A capacidade estatal de controlar o comportamento dos cidadãos na Internet já é conhecida. De forma geral, as ferramentas prediletas dos governos são os filtros e bloqueios de conteúdos, que podem ser usados em larga escala - como no simbólico caso do governo Chinês, onde se mantém um dos mais difundidos e sofisticados sistemas de controle de acesso a conteúdo, famoso como *Great Firewall of China*¹⁶⁹.

No âmbito dessa regulação que é intrínseca à experiência virtual, os debates mais recentes têm por objeto a atuação dos algoritmos, que são uma forma mais sofisticada de

¹⁶⁸ Tradução livre do trecho original em inglês: “*On the Internet, one uses privately-owned browsers, to access privately-owned online service providers, with messages travelling over privately-owned routers to privately-owned websites*”. Ibid., p. 1305.

¹⁶⁹Open Net Initiative, *China*, 2012. Disponível em: <http://access.opennet.net/wp-content/uploads/2011/12/accesscontested-china.pdf>. Acesso em 05/01/2018. O documento aponta, ainda, que a comunidade de usuários chineses da Internet continua a crescer, enquanto o estado aumenta sua capacidade de restringir conteúdo que possa ameaçar a estabilidade social ou o controle estatal, por meio de regulamentações rígidas na mídia doméstica, responsabilidade delegada por provedores de conteúdo on-line, filtragem just-in-time e campanhas de “limpeza”. Em outros lugares temos, por exemplo, o caso da Rússia, onde uma série de leis federais foram aprovadas contendo medidas restritivas do caráter aberto da Internet. Dentre elas, destaca-se a lei federal do “Registro Único”, que mantém uma lista negra da Internet contendo URLs, domínios e endereços de IP censurados pelo governo, sem qualquer requerimento judicial para tanto. Nesse sentido, v. GILES, Keir. Internet Use and Cyber Security in Russia. *Russian Analytical Digest - RAD*, n. 134. Center for Security Studies (CSS), 2013, pp. 02-04. Disponível em: <http://www.css.ethz.ch/content/specialinterest/gess/cis/center-for-security-studies/en/publications/search/details.html?id=i/n/t/e/Internet_use_and_cyber_security_in_russi>. Acesso em 01.04.2019. Na Turquia, o panorama legislativo também foi construído para permitir o filtro de conteúdos considerados ilegais pelas autoridades administrativas de ofício, v. AKDENIZ, Yaman. ALTIPARMAK, Kerem. *Internet: Restricted Access - A Critical Assessment of Internet Content Regulation and Censorship in Turkey*. Ankara 1. Sulh Ceza Mahkemesi, no 2008/402, 05 may 2008, p. 13. Disponível em: <<https://wilmap.law.stanford.edu/entries/akdeniz-y-and-k-altiparmak-Internet-restricted-access-critical-assessment-Internet-content>> Acesso em: 01 abr. 2019. Em Cuba, práticas do mesmo tipo se expressam tanto pelo bloqueio ao acesso a determinadas URLs, como pela limitada infraestrutura para acesso à Internet. Apenas os indivíduos autorizados pelo governo podem ter acesso aos provedores da rede. v. UXO, Carlos. Internet politics in Cuba. *Telecommunications Journal Of Australia*, [s.l.], v. 60, n. 1. Telecommunications Association Inc., p. 12.1-12.16, p. 12.5, fev. 2010.

código. Além das funções regulares dos códigos de menor complexidade (quais sejam, as de representar informações e instruções, compondo os programas de computador), os algoritmos especificam uma “sequência ordenada de passos que deve ser seguida para a realização de uma determinada tarefa”¹⁷⁰. Nesse sentido, cabe notar que os algoritmos também se expressam em instruções de naturezas diversa (como, por exemplo, na resolução de problemas matemáticos ou numa receita de bolo), não sendo um conceito exclusivo da programação computacional¹⁷¹.

Referem-se, assim, a códigos que têm design altamente otimizado e rigoroso, e que oferecem soluções automatizadas para problemas complexos¹⁷². Na prática, os códigos são associados com programações mais simples (como a interface de um navegador, ou de uma rede social), enquanto os algoritmos seriam responsáveis por cálculos estatísticos mais sofisticados, principalmente com o objetivo de realizar previsões.

Desde a implementação de serviços de *streaming* de vídeo, por exemplo, são os algoritmos que determinam as sugestões de conteúdo para cada usuário, seguindo o passo a passo conforme foram programados e se alimentando, dentre outras informações, dos dados coletados pela própria plataforma sobre os interesses e padrões de uso. Também são algoritmos que organizam os conteúdos disponibilizados na “linha do tempo” de cada usuário de redes sociais como Twitter, Facebook e Instagram, e que determinam quais conteúdos publicitários serão anunciados nessas e em outras páginas acessadas.

¹⁷⁰ “Na maioria dos usos, algoritmos podem ser definidos como ‘conjunto de etapas bem definidas para alcançar um determinado objetivo’.” Trecho original em inglês: “*In the most general of terms, algorithms can be defined as “well-defined set[s] of steps for accomplishing a certain goal.”*” (KROLL, Joshua A.; HUEY, Joanna; BAROCAS, Solon; FELTEN, Edward W.; REINDEBERG, Joel R.; ROBINSON, David G.; YU, Harlan, Accountable Algorithms. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 165, 2017, p. 07; Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 2765268. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2765268>> Acesso em: 01 abr. 2019)

¹⁷¹ SOUZA, Marco Antonio Furlan de; et al. *Algoritmos e lógica de programação*. São Paulo: Pioneira Thomson, 2005. xxiii, 214 p. Disponível em: <https://www.dca.ufrn.br/~affonso/DCA800/pdf/algoritmos_parte1.pdf> Acesso em: 01 abr. 2019.

¹⁷² SPACEY, John. *Algorithms vs Code*. Simplicable, 2016. Disponível em: <<https://simplicable.com/new/algorithm-vs-code>> Acesso em: 01 abr. 2019.

Nos anos mais recentes, a evolução da precisão algorítmica associada a técnicas de *machine learning*¹⁷³ vem criando uma “sociedade vastamente automatizada”¹⁷⁴, onde se observa a propagação de produtos e serviços dentro e fora da Internet – tão variados quanto filtros de spam, diagnósticos médicos e carros automáticos - que dependem dessas tecnologias e da sua “habilidade de realizar previsões com alta potência e velocidade”¹⁷⁵. Tal expansão também se verifica no setor público. Sob a promessa de maior eficiência e otimização dos recursos públicos, a adoção dessas tecnologias pela administração pública¹⁷⁶ e pelo poder judiciário¹⁷⁷ ganha cada vez mais espaço, tanto de forma ancilar a políticas públicas (como, por

¹⁷³ “Fundamentalmente, algoritmos *machine learning* são usados para realizar previsões. Essa ênfase na previsão contrasta marcadamente com as técnicas estatísticas tradicionais que buscam um modelo inerente à geração de dados no mundo real. Muito embora as técnicas estatísticas tradicionais também possam gerar previsões, elas apenas o fazem quando o modelo criado pelo analista se encaixa bem nos processos subjacentes sendo modelados.” Trecho original em inglês: “*Fundamentally, machine-learning algorithms are used to make predictions. This emphasis on prediction contrasts markedly with traditional statistical techniques which seek to model underlying data-generating processes in the real world. Although traditional statistical techniques can also generate predictions, they do so only when the model created by the analyst fits well with the underlying processes being modeled.*” (COGLIANESE, Cary; LEHR., David, Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era. *The Georgetown Law Journal*, Vol. 105, 2017, pp. 1147-1223, p. 1156. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2736&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 01 abr. 2019)

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 1149.

¹⁷⁵ Tradução livre do trecho original em inglês: “*Many products and services, including email spam filters, medical diagnoses, product marketing, and self-driving cars, now depend on machine learning algorithms and their ability to deliver astonishing forecasting power and speed.*” (*Ibid.*, loc cit.)

¹⁷⁶ No Brasil, a administração pública já faz uso de tecnologias baseadas em algoritmos e *machine learning* para, por exemplo, selecionar declarações de imposto de renda para exame, estimar riscos de descaminho na importação de mercadorias, detectar cobranças suspeitas em consultas médicas e calcular preços de referência em compras mercadamentais. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/innovatcu/noticias/a-revolucao-dos-algoritmos.htm>> Acesso em: 01 abr. 2019. Além disso, a Controladoria Geral da União (CGU) desenvolveu sistema que utiliza essas tecnologias para análise automatizada das prestações de conta em transferências voluntárias da União. Com base nas características de cada convênio ou contrato de repasse, a ferramenta reconhece padrões e permite prever, com elevado grau de precisão, o resultado da análise de contas, no caso de avaliação manual por servidores dos órgãos federais concedentes. Fonte: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/10/inteligencia-artificial-analisara-prestacao-de-contas-em-transferencias-da-uniao>> Acesso em: 01 abr. 2019. Ainda, servidores da CGU, Ministério Público Federal (MPF), Polícia Federal (PF) e Tribunais de Contas dos Estados vêm utilizando tecnologia semelhante para análise de licitações e editais, procurando indícios de inconsistências e, com isso, facilitando a eventual suspensão de editais. Fonte: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>> <<https://www.cgu.gov.br/noticias/2015/06/controladoria-lanca-ferramenta-para-avaliacao-preventiva-e-automatizada-de-editais-de-licitacao>> Acesso em: 01 abr. 2019. Sobre a prática administrativa através de algoritmos, veja-se *Ibid.*, p. 147-1223.

¹⁷⁷ Onde a distribuição de processos dentro dos tribunais é um exemplo notório de atividade algorítmica. No mesmo sentido, o STJ implementou projeto-piloto de utilização da Inteligência Artificial para a etapa de classificação e indexação legislativa dos processos eletrônicos recebidos dos tribunais de origem. Disponível em: <<https://bit.ly/2xH6Kdi>> Acesso em: 01 abr. 2019. Além disso, o Supremo Tribunal Federal (STF) está desenvolvendo projeto de inteligência artificial, batizado de “VICTOR”, em parceria com a Universidade de Brasília - UnB. A ferramenta servirá para pré-processamento de Recurso Extraordinários recebidos pelo tribunal, identificando quais estão relacionados a temas de repercussão geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>> Acesso em: 01 abr. 2019.

exemplo, seleção para fiscalização por amostragem), como próprio instrumento de decisão regulatória. Essa adesão dos poderes públicos à tendência tecnológica agrava questões de legitimidade, nesse caso, principalmente relacionadas à falta de transparência e mecanismos de *accountability*.

Se no âmbito dos códigos responsáveis por determinar interfaces de navegação e acesso a conteúdos esses problemas já se manifestavam, é seguro dizer que a expansão dos algoritmos incrementa as consequências regulatórias dos códigos. Quando Lessig apontou a atuação do código como a lei do ciberespaço, ele o comparou à forma como as barras determinam o movimento de um prisioneiro dentro de uma prisão¹⁷⁸. O código era considerado um regulador no sentido de que ele “determina os termos em que o ciberespaço é definido”¹⁷⁹.

Hoje, a expansão dos algoritmos leva essas capacidades a outro patamar. Indo além da construção de uma arquitetura, o refinamento dessas tecnologias permite respostas automatizadas distintas direcionadas a agentes diferentes. Em outras palavras, elas permitem a customização do direcionamento individual de conteúdo – seja ele publicitário, jornalístico ou político. Considerando que essas tecnologias se alimentam de dados fornecidos ou gerados pelos próprios usuários durante a fruição de uma diversidade de serviços e aplicativos, desenhasse um cenário em que elas terão cada vez mais e diversa informação para realizar análises preditivas. Além da influência de comportamento que se atribui a uma arquitetura que vale para todos os usuários de um determinado sistema, os algoritmos possibilitarão, cada vez mais, o condicionamento de comportamento individual dentro e fora da Internet.

Seja através de códigos, seja através de algoritmos, existe um déficit de legitimidade nessas atividades que se expressa em esferas diversas. Lessig, por exemplo, apontava os problemas advindos da implementação de medidas regulatórias autoexecutáveis sem a necessária responsabilização pelas mesmas, visto que protagonizadas por agentes privados sobre os quais não recaem mecanismos desta natureza¹⁸⁰. Ao mesmo tempo, essa mesma característica traz o risco de captura do código pela intervenção estatal, que tem potencial para promover restrições de liberdades extremamente eficientes. Conforme sua análise:

Nós deveríamos nos preocupar com isso, com um regime que torna a regulação invisível mais fácil; que faça com que seja mais fácil regular. Nós deveríamos nos preocupar com o primeiro porque a invisibilidade torna difícil resistir à boa regulação; já com o segundo, porque nós ainda - como

¹⁷⁸ LESSIG, Lawrence. *Code: and Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, New York: Basic Books, 2006, p. 83.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 84

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 136.

argumentamos na Parte III - temos um senso de valores colocado em risco pelo crescente escopo da regulação eficiente.¹⁸¹

Por sua vez, Roger Brownsword tratou dessas questões sob a perspectiva da autonomia do usuário, em relação às contingências de mecanismos de coação incontornáveis tanto para valores como dignidade e privacidade como para a possibilidade de responsabilização de agentes pelas suas condutas.¹⁸²

Considerando a forma como as escolhas de comportamento são imbuídas nos códigos, há também uma ordem de questões relacionadas à transparência. Não são acessíveis os processos decisórios que levaram à programação de um determinado código, nem facilmente identificados os responsáveis por eles. Ainda, conforme apontam Joshua A. Kroll et al., as ferramentas de supervisão disponíveis a legisladores, reguladores e cortes foram pensadas para processos decisórios protagonizados por seres humanos, podendo falhar quando aplicadas ao funcionamento dos computadores¹⁸³. Note-se que, enquanto algumas dessas questões se relacionam essencialmente com a ideia de “regulação privada”, outras independem da natureza jurídica da entidade por trás da implementação tecnológica.

Por todo o exposto, a natureza regulatória que caracteriza o ambiente virtual é, talvez, a característica mais importante a ser considerada pelas políticas públicas que são objeto deste trabalho. Cabe ao regulador conhecer essas dinâmicas, abordar as suas limitações quando possível e necessário, e ainda, aceitar essa realidade do ponto de vista estratégico. Mais especificamente, a regulação através da tecnologia na camada de conteúdo da Internet é inexorável, de forma que a sua implementação de forma estrutural e eficiente precisará passar pela atuação dos atores provados responsáveis por esses códigos. Como apontado por Lessig,

“Nós podemos construir, ou projetar, ou codificar o ciberespaço para proteger valores que nós acreditamos que são fundamentais. Ou podemos construir, ou projetar ou codificar o ciberespaço para permitir que esses valores

¹⁸¹ Trecho original em inglês: “*We should worry about this. We should worry about a regime that makes invisible regulation easier; we should worry about a regime that makes it easier to regulate. We should worry about the first because invisibility makes it hard to resist bad regulation; we should worry about the second because we don't yet—as I argue in Part III—have a sense of the values put at risk by the increasing scope of efficient regulation.*” Ibid., loc. Cit.

¹⁸² BROWNSWORD, Roger., *Autonomy, Delegation, and Responsibility: Agents in Autonomic Computing Environments*. In: HILDEBRANDT, Mireille, ROUVROY, Antoinette (Orgs.). *Autonomic Computing and Transformations of Human Agency*. London: Routledge, 2011, p. 64.

¹⁸³ KROLL, Joshua A., HUEY, Joanna, BAROCAS, Solon, FELTEN, Edward W., REINDEBERG, Joel R., ROBINSON, David G., YU, Harlan. *Accountable Algorithms*. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 165, 2017, p. 02. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2765268>> Acesso em 01.04.2019. Na contramão de muitos trabalhos que se basearam na importância de melhora das garantias de transparência dos algoritmos (que implicaria em revelar publicamente a construção dos códigos), os autores advogam por soluções igualmente tecnológicas para criar algoritmos alinhados com as finalidades legais (Ibid., p. 23).

desapareçam. Não há meio termo. Não há escolha que não inclua algum tipo de construção.”¹⁸⁴

Ainda que o código funcione como lei na Internet, lei e código são coisas independentes, e é real o risco de que, ao tentar regular o código, a lei tenha consequências imprevistas¹⁸⁵. Para harmonizar esses dois elementos, não há solução que não comece pelo conhecimento da natureza técnica da Internet, bem com de suas implicações sociais, econômicas e políticas.

¹⁸⁴ Tradução livre do trecho original em inglês: “*We can build, or architect, or code cyberspace to protect values that we believe are fundamental. Or we can build, or architect or code cyberspace to allow those values to disappear. There is no middle ground. There is no choice that does not include some kind of building*”(LESSIG, Lawrence. *Code: and Other Laws of Cyberspace*, Version 2.0, New York: Basic Books, 2006, p. 6).

¹⁸⁵ BROWN, Ian e MARSDEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013, p. 165.

2. A GOVERNANÇA DA INTERNET

Um “exercício de bricolagem”¹⁸⁶, de “complexa tapeçaria”¹⁸⁷, ou “um cavalo difícil de se alcançar”¹⁸⁸. As expressões eleitas pela literatura especializada para abordar a governança da Internet, seja como campo do conhecimento ou como atividade, refletem a complexidade de decifrar e mapear a diversidade de elementos que a compõem.

As metáforas lhe cabem. Dotada de um conteúdo tanto diverso quanto fluido, a governança da Internet sintetiza uma estrutura complexa de atores, práticas, tecnologias, e infraestruturas que interagem entre si. Cada um desses elementos se submete à pluralidade e descentralização das atividades que tomam forma no mundo virtual, bem como ao passo dinâmico das transformações, principalmente tecnológicas, que afetam cada um deles.

Ao contrário dos mecanismos associados a governos centralizados, que a despeito da estratégia empregada assumem uma forma concreta, essa estrutura de governança gera efeitos através de instrumentos mais ou menos tangíveis, mais ou menos normatizados, que transitam em embaçadas fronteiras entre público e privado. No seu sentido mais amplo, produzem governança da Internet, por exemplo, tanto uma lei nacional que estatui a neutralidade de rede, quanto uma escolha algorítmica que ordena resultados de pesquisa; ou tanto uma agência reguladora que estabelece obrigações para serviços de *streaming* de vídeo, quanto uma plataforma de compartilhamento que instala filtros com vistas a combater a disseminação de conteúdo que infrinja direitos autorais. Todas essas atividades e seus protagonistas moldam os comportamentos individuais e coletivos no mundo virtual, intencionalmente ou não. De tal forma que as atividades realizadas no âmbito da Internet não devem ser retratadas, primariamente, como objetos de governança, mas sim como elementos constitutivos de governança¹⁸⁹.

¹⁸⁶ DeNARDIS, Laura. *The Global War for Internet Governance*. New Haven: Yale University Press, 2014, p. 11.

¹⁸⁷ CARAL, José M.A. Emmanuel. Lessons from ICANN: is self regulation of the Internet fundamentally flawed?, *International Journal of Law and Information Technology*, v. 12, n. 1. Oxford, 2004, p. 1.

¹⁸⁸ ZIEWITZ, Malte; PENTZOLD, Christian. In search of Internet governance: Performing order in digitally networked environments. *New Media & Society*, [s.l.], v. 16, n. 2, 9 maio 2013, p. 307.

¹⁸⁹ HOFMANN, Jeanette; KATZENBACH, Christian; GOLLATZ, Kirsten. Between coordination and regulation: Finding the governance in Internet governance. *New Media & Society*, [s.l.], v. 19, n. 9. SAGE Publications, pp. 1-18, 31 mar. 2016, p. 5.

Quando pensamos nas implicações institucionais da natureza técnica da Internet descritas no capítulo anterior, é intuitiva a conclusão de que a sua governança é tão antiga quanto ela própria. Afinal, desde a introdução da rede de redes, alguém gerencia a distribuição de nomes de domínio, os endereços de IP, as possíveis respostas a ameaças cibernéticas, a interconexão entre as redes autônomas que a compõem e uma série de outros aspectos técnicos, políticos e jurídicos que, em conjunto, formam o que conhecemos como a Internet global¹⁹⁰. Ao passo em que a ARPANET foi se desenvolvendo e se transformando na Internet, escolhas técnicas e políticas foram impostas pela necessidade de se determinar protocolos, gerenciar recursos críticos ao funcionamento da rede e coordenar o seu uso entre os agentes que a constituíam. A partir da sua expansão para o uso civil e comercial, ganhou relevância definitiva e crescente a regulação de comportamentos por meio de código, presente na atuação da cadeia de agentes econômicos que materializa o acesso à Internet.

No que se refere à construção das políticas que são aplicadas online, o conceito de governança da Internet era originalmente identificado com os organismos multissetoriais instituídos para coordenar determinados protocolos dos quais depende a operação da rede em nível global¹⁹¹. A mais famosa delas é o ICANN, que foi criado em 1998 para desenvolver protocolos que atribuem uma identidade e um endereço exclusivos a computadores e usuários individuais da Internet e garantem que os dados sejam transmitidos ou recuperados no endereço correto¹⁹². Apesar de ser o mais popular, ele foi precedido pela *Internet Engineering Task Force* – IETF, criada em 1986; pela *Internet Assigned Numbers Authority* – IANA, criada em 1988; e pelo *World Wide Web Consortium* – W3C, que data de 1994. Enquanto a IANA aloca e administra códigos e números que baseiam diferentes protocolos, a IETF desenvolve padrões técnicos de comunicação com o objetivo de permitir a interoperabilidade entre hardwares e softwares conectados à Internet (como, por exemplo, o TCP/IP e o protocolo de transferência de e-mails) e o W3C faz o mesmo em relação à Rede Mundial de Computadores, permitindo que gráficos, áudio e vídeo estejam em um formato acessível para todos os usuários¹⁹³.

¹⁹⁰ DeNARDIS, Laura e MUSIANI, Francesca. Governance by Infrastructure. In: MUSIANI, Francesca, COGBRUN, Derrick L., DeNARDIS, Laura e LEVINSON, Nanette S. (Orgs.) *The Turn to Infrastructure on Internet Governance*. London: Palgrave MacMillan, 2016, p. 4.

¹⁹¹ VAN EETEN, Michel JG, MUELLER, Milton. Where is the governance in Internet governance? *New Media Society*, vol. 15, n. 5, 2012, p. 720.

¹⁹² CARAL, José M.A. Emmanuel. Lessons from ICANN: is self regulation of the Internet fundamentally flawed? *International Journal of Law and Information Technology*, Oxford, v. 12, n. 1, 2004, p. 11.

¹⁹³ *Ibid.*, loc. cit.

Conforme apontaram Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, subjaz à criação dessas entidades a “intenção de promover uma gestão da Internet partilhada entre todos aqueles que globalmente estariam sujeitos às suas decisões, desvincilhada dos Estados Nacionais”¹⁹⁴. Em volta dos processos decisórios e legitimadores dessas instituições – que são compostas por membros independentes ou ligados a agentes do setor com expertise técnica sobre a matéria – foram construídas formulações teóricas relacionadas à ideia de multissetorialismo e de um direito administrativo global, conforme será detalhado adiante.

É importante notar que essas instituições se ocupam da coordenação técnica característica das camadas de infraestrutura e lógica da Internet (Figura 1), que apesar de fundamentais para a viabilização da sua operação, não esgotam as questões de governança dela advindas, e que também se realizam na sua camada de conteúdo. Tanto é que hoje a literatura já adota conceitos mais proporcionais a essa complexidade, que englobam esses e outros agentes, práticas e matérias¹⁹⁵.

O mesmo termo também é utilizado para se referir à área de pesquisa acadêmica que estuda essas relações. Nesse sentido, a Governança da Internet também tem a diversidade como característica essencial, envolvendo uma literatura que tem origem em ciências políticas, direito público e privado, sociologia, tecnologia da informação, economia e comunicação social. Também aqui rejeita-se a tendência de se equiparar este campo do conhecimento ao estudo das instituições autorregulatórias da Internet. Michel Van Eeten e Milton Mueller, por exemplo, destacam que os estudos de Governança da Internet não devem se restringir ao funcionamento dessas instituições e dos mecanismos de deliberação e legitimação de suas decisões. Há uma gama maior de questões que moldam e regulam a forma como a Internet funciona e transcendem a atuação desses órgãos, que demandam o aprofundamento dos estudos como o das restrições a conteúdo perpetradas por governos e provedores de acesso, interconexão, proteção de direito autorial e arranjos de roteamento¹⁹⁶. Para os autores, essas práticas perpetradas no âmbito da operação da rede, junto com as políticas de telecomunicações, economia da segurança da informação e o direito da Internet¹⁹⁷, comporiam o conjunto das matérias atinentes a esta área específica do conhecimento.

¹⁹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari, ROSILHO, André. A governança não estatal da Internet e o direito brasileiro. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, pp. 41-79, p. 56, set./dez. 2015, 18 jan. 2016. Note-se que a observação dos autores se refere somente à criação do ICANN, e foi interpretada aqui como um elemento comum a todas as instituições mencionadas.

¹⁹⁵ v. Capítulo 1, seção 1.2.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 724.

Este capítulo pretende explorar a constituição desse sistema de governança da Internet, com o objetivo de mapear seus efeitos na configuração dos serviços prestados através de sua infraestrutura e impactos desta realidade nos regimes nacionais a eles direcionados. Essa análise é relevante para o trabalho por uma série de motivos. Primeiro porque, ao contrário do que costuma acontecer nas áreas de políticas públicas com efeitos globais, neste caso os regimes nacionais entraram em um sistema de governança que já existia, constituído em torno da IETF, IANA e ICANN¹⁹⁸. Em áreas como mudança climática, comércio transfronteiriço e migração, por exemplo, foram as negociações intergovernamentais que, gradualmente, se abriram a atores não governamentais. Essa circunstância importa, uma vez que coloca a regulação nacional desses serviços como peça a ser encaixada num sistema de governança bem mais amplo que, como será explorado neste capítulo, inclui não apenas instituições como as que foram citadas, mas também empresas privadas e organizações da sociedade civil, dentre outros agentes.

Ainda, compor tal sistema exige dos governos democráticos algum grau de convergência entre suas políticas públicas e o quadro geral, não necessariamente pela harmonização como um fim em si mesma, mas pela própria eficiência da regulação empregada. Num ambiente de acessibilidade global, onde as condutas são influenciadas por meios diferentes, o efeito de uma decisão política fica sujeito à observação dessa estrutura geral – a não ser, é claro, que haja uma escolha política expressa por uma Internet fechada, bloqueada, censura.

Essa percepção é fundamental no âmbito da camada lógica, onde a conectividade em nível global da rede depende de harmonização entre padrões. Contudo, as atividades que se realizam na camada de conteúdo também se beneficiam das perspectivas transnacionais. Veja-se, por exemplo, o reconhecimento do “direito ao esquecimento” na União Europeia, previsto no art. 17 do Regulamento Geral de Proteção de Dados, que dá aos titulares de dados direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento de dados pessoais que lhe digam respeito. Corre atualmente na Corte Europeia de Justiça processo onde a empresa Google questiona uma ordem da autoridade de proteção de dados francesa, segundo a qual ela deveria remover determinada informação das versões europeia e não europeias de sua ferramenta¹⁹⁹. Em janeiro

¹⁹⁸ KURBALIJA, Jovan. Uma Introdução à Governança de Internet. *Cadernos CGI.BR*, Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2016, p. 203. Disponível em: https://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr_Uma_Introducao_a_Governanca_da_Internet.pdf Acesso em: 22 jun. 2018.

¹⁹⁹ Corte Europeia de Justiça. Processo C-507/17. Google, LLC. vs Comissão Nationale de L’informatique et des libertés – CNIL.

de 2019, o Advogado Geral atuando no caso emitiu parecer no sentido de que as buscas por conteúdo realizadas fora do território da União Europeia (logo, fora de sua jurisdição) não poderiam ensejar remoção de links dos resultados da pesquisa.

Se acatado em sede final pela corte, tal entendimento limitará consideravelmente o efeito extraterritorial pretendido pelo regulamento europeu de proteção de dados e a própria eficácia do direito ao esquecimento. Afinal, numa rede globalmente interconectada, a disponibilização de informação em territórios vizinhos aproxima consideravelmente o seu conhecimento, comprometendo o próprio bem jurídico que a regra de direito ao esquecimento se propõe a proteger. Cabe notar, assim, o diagnóstico de Bertrand de La Chapelle e Paul Fehlinger, no sentido de que soluções institucionais com perspectiva transnacional também são essenciais para evitar a fragmentação e preservar a Internet como um espaço transfronteiriço para as gerações futuras²⁰⁰ - e, acrescento, para a viabilidade das políticas públicas nacionais.²⁰¹

Nesse contexto, a abordagem da governança da Internet tem âncora no marco teórico da ciência política que trata da ascensão de formas híbridas e descentralizadas de governança, como resposta à complexidade e diversidade das sociedades contemporâneas. Numa abordagem empírica com fins de esclarecimento e ilustração dos conflitos que compõem essa estrutura, seu conteúdo será ilustrado sob uma perspectiva subjetiva (em relação aos atores que participam deste sistema) e sob uma perspectiva objetiva (com foco nas matérias e práticas que o compõem e na formulação de princípios) e sob uma perspectiva normativa (que se expressa na adoção de *princípios de governança da Internet*). Por fim, dedica-se uma seção final às questões de legitimidade que orbitam em torno desses agentes e instrumentos de governança.

2.1. O que é a governança da Internet?

²⁰⁰ LA CHAPELLE, Bertrand de; FEHLINGER, Paul. *Jurisdiction on the Internet: From Legal Arms Race to Transnational Cooperation*. Centre for International Governance Innovation and Chatham House, Paper Series n. 28, 2016, p. 9. Disponível em: https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_no28_web.pdf. Acesso em: 19 abr. 2019.

²⁰¹ Casos como esse demonstram a pertinência de um debate sobre soluções globais e novas concepções de soberania. Apesar de fundamental para a forma como a regulação da Internet irá se desenvolver nos próximos anos, essa discussão foge do escopo do presente trabalho. Para um tratamento mais aprofundado da matéria, v. PERNICE, Ingolf. Global Cybersecurity Governance. A Constitutional Analysis. *Global Constitutionalism*, vol. 7, 2018, pp. 112-141.

“Governança” é um termo aplicado em campos do conhecimento distintos, podendo ser usado para se referir a coisas diferentes. Como a expressão da qual deriva – governo –, sua origem etimológica é associada ao sentido de “dirigir”, “conduzir”, o que lhe atribui uma acepção intuitiva que se relaciona com a atividade do governo estatal centralizado, na figura da administração pública²⁰².

Apesar disso, a maior parte de suas aplicações correntes afasta-se da lógica centralizada e hierárquica estatal, associando-se a mudanças no significado de “governo” e a “novos processos de governar”²⁰³. Nesse sentido, governança pode englobar arranjos públicos, privados ou multissetoriais – um movimento teórico que permite a integração de diferentes fenômenos sob o mesmo título²⁰⁴.

No direito societário, governança corporativa se refere ao sistema pelo qual as sociedades empresárias são administradas e controladas²⁰⁵. Neste âmbito, o conceito se refere ao conjunto de práticas e normas implementadas no âmbito de uma organização privada, que podem ter cunho jurídico e ético, regulando os deveres dos administradores dessas sociedades, podendo incluir corolários como lealdade, diligência, deveres de informação e de conduta condizente com os interesses da sociedade²⁰⁶.

A partir de uma perspectiva econômica, Oliver E. Williamson trata governança no espectro das ciências e estudos da boa ordem e dos arranjos institucionais funcionais²⁰⁷. Nesse sentido, seu exercício implicaria uma constante avaliação da eficácia dos meios alternativos de

²⁰² FUKUYAMA, Francis. What is governance? *Center for Global Development*, Working Paper 314, jan. 2013, p. 3. Disponível em: http://www.dphu.org/uploads/attachements/books/books_4962_0.pdf. Acesso em: 21 nov. 2018.

²⁰³ RHODES, R.A.W., *Understanding Governance*. Open University Press: New York, 1997, p. 15. Reimpresso em 2010.

²⁰⁴ MAST, Tobias, OERMANN, Markus, SCHULZ, Wolfgang. Doing Internet Governance: Constructing Normative Structures inside and outside of Intermediary Organisations, *Internet Policy Review*, vol. 5, n. 3, 2016, p. 2. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/disclosing-and-concealing-Internet-governance-information-control-and-management>. Acesso em: 09 jan. 2019.

²⁰⁵ Committee on The Financial Aspects of Corporate Governance, *The Cadbury Report*, 1992. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archivos.info/report>. Acesso em: 27 nov. 2018.

²⁰⁶ LOBO, Jorge. Princípios de Governança Corporativa. *Revista da EMERJ*, v. 10, n. 37. Rio de Janeiro, 2007, p. 199.

²⁰⁷ “A definição de Lon Fueller de eunomics como ‘a ciência, teoria ou estudo da boa ordem e de arranjos viáveis’ é muito do espírito que se refere à governança.” o trecho original em inglês: “*Lon Fueller’s definition of eunomics as ‘the science, theory or study of good order and workable arrangements’ is very much in the spirit of what I refer to as governance.*” (WILLIAMSON, Oliver E. *The Mechanisms of Governance*. Oxford University Press: Oxford, 1996, p. 11)

organização, a fim de se eleger os mecanismos de governança mais eficientes em estabelecer o que chama de “boa ordem”.

Na literatura britânica, o termo é associado ao processo de reforma do setor público entre as décadas de 1980 e 1990, identificada como *new public management* (NPM). Essa abordagem é conhecida por mudar a abordagem hierárquica do modelo de administração pública, substituindo a perspectiva centralizada até então predominante por um modo de gestão que engloba um uso maior de mercados, quase mercados e redes paraestatais no processo de formação da política pública²⁰⁸.

É na abordagem da ciência política que se justifica o emprego do termo que se relaciona com as dinâmicas de gestão que caracterizam a Internet. De acordo com Mark Bevir, “governança” se refere a qualquer conjunto de normas que se origina de um contexto em que o estado conta com outros agentes ou em que ele simplesmente não participa²⁰⁹. Assim entendida, a governança expressa uma crença de que o estado depende cada vez mais de outras organizações para tratar tensões e entregar suas políticas públicas²¹⁰, abarcando, então, as ideias de público e privado – o que é privado, e serve a princípios públicos, ou o que é público com implicações privadas. No mesmo sentido, Guy Peters²¹¹ trata governança como um processo de coordenação de ações coletivas que envolve governos, agentes privados e transnacionais no direcionamento da vida política e econômica, que tem importância qualificada diante de desafios que não podem ser endereçados por ações individuais (como mudança climática, esgotamento de recursos e controle do tráfico de armas). Aponta, contudo, a impossibilidade

²⁰⁸ v. RHODES, R.A.W., *Understanding Governance*. Open University Press: New York, 1997. Reimpresso em 2010., p. 16-17. Ainda: “A recente reforma do setor público ocorreu em duas ondas principais. A primeira onda consistiu no New Public Management (NPM) assim como advogado pelos neoliberais. Essas reformas tentaram aumentar o papel dos mercados e das técnicas de governança corporativa no setor público. A segunda onda de reformas consistiu nas tentativas de desenvolver e gerir uma série de redes que se juntaram, informadas por um ethos do setor público revivido. Elas foram em parte respostas às consequências percebidas das reformas anteriores.” Trecho original em inglês: “*Recent public sector reform has occurred in two principal waves. The first wave consisted of the New Public Management (NPM) as advocated by neoliberals. These reforms were attempted to increase the role of markets and of corporate management techniques in the public sector. The second wave of reforms consisted of attempts to develop and manage a joined-up series of networks informed by a revived public sector ethos. They were in part responses to the perceived consequences of the earlier reforms.*” (BEVIR, Mark. *Key Concepts in Governance*. London: Sage Publications, 2009, p. 5)

²⁰⁹ Ibid., p. 3-5.

²¹⁰ Ibid., p. 6.

²¹¹ PETERS, Guy. *Governance As Political Theory*. *Oxford Handbooks Online*, Oxford University Press, 29 mar. 2012, p. 2. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199560530.013.0002>. Acesso em: 28 nov. 2018.

de sua dissociação completa do conceito de estado, já que governança implicaria, também, a adoção de algum conceito de *accountability*²¹².

David Levi-Faur aponta para a necessidade de se tratar a governança como um sistema cada vez mais híbrido, composto por diferentes tipos de arranjos regulatórios²¹³. O autor encampa, ainda, a definição oferecida por Kees Van Kersbergen e Frans Van Waarden²¹⁴, que identificam cinco aspectos definidores do conceito atualmente difundido na ciência política.

O primeiro deles é uma abordagem pluricêntrica, onde redes inter ou intra organizacionais assumem um papel importante, acomodando as relações entre agentes relativamente autônomos e independentes (como, firmas, organizações públicas e privadas, estados). Em segundo lugar, as ideias de monocracia e hierarquia perdem importância, podendo estar até ausentes, de forma que governos formais não necessariamente são envolvidos nesses processos e, se forem, figuram como mais um dos atores presentes (sem hierarquia sobre os demais, ainda que sua participação possa ser considerada diferenciada). O terceiro elemento é a ênfase colocada em processos e funções de governo, ao invés de nas estruturas de governo. Segundo o autor, esses processos são relativamente similares nos setores públicos e privados, e se referem a negociação, acomodação, cooperação e formação de aliança, em substituição aos tradicionais processos de coerção e comando e controle. Em quarto lugar, as relações entre os atores de processos de governança trazem riscos e incertezas, e diferentes setores desenvolveram diversas instituições para reduzi-los e possibilitar ou facilitar a cooperação. Em último lugar, muitas abordagens são normativas, prescrevendo um ideal e uma realidade empírica. Isso é particularmente aplicável às ideias de “boa governança”, “governança corporativa”, “new public management” e “multilevel governance”.

²¹² Ibid., p. 3.

²¹³ “Nós precisamos conceituar uma ordem mundial onde a governança está aumentando um híbrido de diferentes sistemas de controle regulatório; onde o controle estatal coevolui com a regulação civil; regulação nacional expande com a regulação internacional e global; regulação privada coevolui e expande-se com a regulação pública; regulação corporativa coevolui com a regulação social; regulações voluntárias expandem com aquelas coercitivas; e o mercado em si é utilizado ou mobilizado como um mecanismo regulatório.” Trecho original em inglês: “We need to conceptualize a world order where governance is increasingly a hybrid of different systems of regulatory control; where statist regulation co-evolves with civil regulation; national regulation expands with international and global regulation; private regulation co-evolves and expands with public regulation; business regulation co-evolves with social regulation; voluntary regulations expand with coercive ones; and the market itself is used or mobilized as a regulatory mechanism.” (LEVI-FAUR, David. From “Big Government” to “Big Governance”? *Oxford Handbooks Online*, Oxford University Press, [s.l.], 29 mar. 2012, p. 3. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199560530.013.0001>. Acesso em: 28 nov. 2018)

²¹⁴ KERSBERGEN, Kees Van e WAARDEN, Van Frans. Governance as a Bridge Between Two Disciplines: Cross-disciplinary inspiration regarding shifts in governance and problems of governability, accountability and legitimacy. *European Journal of Political Research*, vol. 43, pp. 143-171, 25 feb. 2004, p. 151-152.

É nesse espectro semântico da ciência política que se deve compreender a complexidade de estruturas, práticas e agentes que compõem a governança da Internet. Tomando por base os parâmetros da definição oferecida, trata-se de uma estrutura policêntrica²¹⁵, em que não é possível atribuir o papel de um gestor principal que centralize as funções regulatórias. Empresas privadas de diferentes tamanhos e atividades, governos, organizações paraestatais de governança multissetorial e até provedores de acesso e prestadores de serviços de diferentes portes influenciam esse sistema – seja através de participação em fóruns com escopo de instruir ou definir política pública, seja através do exercício natural de suas atividades (código). Não há hierarquização entre esses agentes, tampouco uma estrutura de governo formalmente constituída e centralizada, mas sim um exercício das funções aludidas por Keersbergen e Waarden. A utilização de instituições que facilitam a cooperação se reflete na constituição desses mesmos fóruns e organismos multissetoriais, onde muitas vezes se verifica, também, um sentido valorativo.

Em um momento inicial dos debates sobre o papel das instituições na Sociedade da Informação, e ainda sem escopo acadêmico, a Cúpula Mundial da Sociedade da Informação da ONU (“World Summit on the Information Society”- WSIS)²¹⁶ cunhou uma das primeiras definições da expressão:

“Governança da Internet é o desenvolvimento e aplicação pelos governos, setor privado e sociedade civil, em seus respectivos papéis, princípios comuns, normas, regras, processos de tomada de decisão, procedimentos e programas que moldam a evolução do uso da Internet.”²¹⁷

²¹⁵ “Uma característica marcante da governança da Internet é a sua estrutura policêntrica e fragmentada. É bastante revelador que não há um texto ou gráfico disponível na Internet que procure englobar todas as organizações relevantes, tratados e processos regulatórios que correspondem à definição de governança da Internet supracitada.” Trecho original em inglês: “*A striking feature of Internet governance is its polycentric, fragmented structure. It is quite telling that there is neither a text nor a chart available on the Internet that seeks to encompass all relevant organizations, treaties and regulatory processes that correspond to the definition of Internet governance quoted above.*” (HOFMANN, Jeanette. *Constellations of Trust and Distrust in Internet Governance*. GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2015, p. 5. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2608414. Acesso em: 10 jan. 2019)

²¹⁶ A WSIS foi um fórum organizado pela Organização das Nações Unidas com o objetivo de discutir um documento de ação e planejar ações concretas para a construção de bases para uma Sociedade da Informação para todos, considerando todos os interesses em jogo. Esta foi a abordagem da primeira fase da Cúpula, que aconteceu em 2003 na cidade de Geneve. A segunda fase do WSIS aconteceu em 2005 na cidade de Tunis, quando foi esboçada a definição de governança da Internet aqui destacada. O objetivo principal desta segunda etapa era implementar o plano de ação acordado na fase anterior e atingir consensos nos campos de governança da Internet e mecanismos de financiamento. Informações disponíveis em: <https://www.itu.int/net/wsis/>. Acesso em: 25 nov. 2018.

²¹⁷ Tradução livre do trecho original: “*Internet governance is the development and application by Governments, the private sector and civil society, in their respective roles, of shared principles, norms, rules, decision-making procedures, and programmes that shape the evolution and use of the Internet.*” Report of the Working Group on the Internet Governance, Chateau de Bossey, 2005. Disponível em: <https://www.wgig.org/docs/WGIGREPORT.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

Predominava nela uma perspectiva subjetiva referenciada nos agentes que protagonizavam atividades de governança, que por um tempo se refletiu na literatura²¹⁸. Devido a essa abordagem com ênfase específica, a definição hoje em dia é considerada ultrapassada e criticada por parte da doutrina²¹⁹, que de forma geral, vem adotando conceitos mais proporcionais à complexidade desses arranjos.

Milton Mueller, por exemplo, define governança da Internet como o rótulo mais simples, direto e inclusivo para o conjunto contínuo de disputas e deliberações sobre como a Internet é coordenada, administrada e moldada para refletir políticas públicas²²⁰. Tobias Mats, Markus Oermann e Wolfgang Schulz também contemplam aspectos materiais e processuais para definir a expressão. Para eles, a governança da Internet é uma cifra adequada para descrever os processos abertos de normatização que reúnem múltiplos atores, tratando do desenvolvimento e da aplicação de princípios compartilhados, normas, regras, procedimentos de tomada de decisão e programas que moldam a evolução e o uso da Internet²²¹.

Também nessa linha, Laura DeNardis e Francisca Musiani propõem um conceito que transcenda governos estatais centralizados e seja coletivamente implementada pelo design da tecnologia (código), políticas de companhias privadas e as funções administrativas de instituições globais como o ICANN e a Internet Engineering Task Force (IETF), além das legislações nacionais e tratados internacionais²²².

²¹⁸ “A governança da Internet pode ser vista como o conjunto de atividades desenvolvidas por uma complexa teia de agentes (privados e públicos, nacionais e internacionais) de gerência e coordenação de recursos, processos, conteúdos, aplicativos e sistemas relacionados.” (KURBALIJA, Jovan. Uma Introdução à Governança de Internet. *Cadernos CGI.BR*, Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2016, p. 19. Disponível em: https://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr_Uma_Introducao_a_Governanca_da_Internet.pdf. Acesso em: 22 jun. 2018)

²¹⁹ Segundo os autores, a definição do WGIG como “uma criatura do seu tempo, um artefato multisetorial desprovido de pesquisa acadêmica sobre a natureza de arranjos transnacionais de governança” (HOFMANN, Jeanette; KATZENBACH, Christian; GOLLATZ, Kirsten. Between coordination and regulation: Finding the governance in Internet governance. *New Media & Society*, v. 19, n. 9. [s.l.], SAGE Publications, 31 mar. 2016, p. 3.

²²⁰ MUELLER, Milton. *Networks and States: The Global Politics of Internet Governance*. Cambridge: MIT Press, 2010, p. 9.

²²¹ MAST, Tobias, OERMANN, Markus, SCHULZ, Wolfgang. Doing Internet Governance: Constructing Normative Structures inside and outside of Intermediary Organisations, *Internet Policy Review*, vol. 5, n. 3, 2016, p. 3. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/disclosing-and-concealing-Internet-governance-information-control-and-management>. Acesso em: 09 jan. 2019.

²²² DeNARDIS, Laura e MUSIANI, Francesca. Governance by Infrastructure, In: MUSIANI, Francesca, COGBRUN, Derrick L., DeNARDIS, Laura e LEVINSON, Nanette S. (Orgs.) *The Turn to Infrastructure on Internet Governance*. London: Palgrave MacMillan, 2016, p. 6-7.

Essa abordagem nos permite investigar a governança da Internet como práticas diversas que vão além das atividades das organizações, como o ICANN ou o Internet Engineering Task Force (IETF); isso não apenas envolve inovações comerciais e tecnológicas conduzidas por provedores de plataformas, a evolução da infraestrutura da Internet, os acordos de interconexão entre os provedores das redes, medidas de segurança implementadas pelos provedores de serviços de Internet, como também o dia a dia da regulação do conteúdo gerado pelo usuário em plataformas como o Facebook, Youtube e Twitter.²²³

O movimento em direção a um entendimento de governança de Internet mais amplo, reflete, neste campo, o fenômeno de descentralização das formas de regular identificado pela ciência política. Aqui, exige-se um olhar sobre esse sistema como um conjunto de processos sócio tecnológicos de inovação, digitalização, regulação, mobilização, cooptação e evasão²²⁴. Dessa perspectiva, se extrai a percepção importante de que a governança da Internet “não é um sistema monolítico com chaves que podem ser entregues a um ou outro grupo. Ela é um sistema de administração com múltiplas camadas e supervisão operacional que inclui áreas tão diversas como padronização, cibersegurança e interconexão”²²⁵.

A fim de compreender melhor suas implicações, sugere-se uma abordagem da governança em dois sentidos diferentes – subjetivo e objetivo - que permitam entender melhor o que exatamente está em jogo e de quais arranjos institucionais se trata. Essa simplificação é sugerida com o objetivo de facilitar a compreensão sobre quem e o que compõe essa estrutura regulatória já operante e como ela deve influenciar as políticas públicas implementadas pelo estado nação.

²²³ Tradução livre do trecho original em inglês: “*This approach allows us to investigate Internet governance as diverse practices that go beyond the activities of organizations, such as ICANN or the Internet Engineering Task Force (IETF): it not only involves commercial and technological innovations driven by platform providers, the evolution of the Internet infrastructure, interconnection agreements between network providers, security measures implemented by Internet service providers but also the day-to-day regulation of user-generated-content on platforms such as Facebook, YouTube and Twitter.*” (HOFMANN, Jeanette; KATZENBACH, Christian; GOLLATZ, Kirsten. *Between coordination and regulation: Finding the governance in Internet governance. New Media & Society*, [s.l.], v. 19, n. 9, 31 mar. 2016, p. 9.

²²⁴ DeNARDIS, Laura e MUSIANI, Francesca. *Governance by Infrastructure*, In: MUSIANI, Francesca, COGBRUN, Derrick L., DeNARDIS, Laura e LEVINSON, Nanette S. (Orgs.) *The Turn to Infrastructure on Internet Governance*. London: Palgrave MacMillan, 2016, p. 8.

²²⁵ DeNARDIS, Laura. *The Global War for Internet Governance*. New Haven: Yale University Press, 2014, p. 226.

2.2. Dimensão subjetiva: os atores

Dentro dessa proposta, a dimensão subjetiva da governança da Internet representa o conjunto de atores que participa dos processos e práticas que geram efeitos de políticas públicas no mundo virtual. No sentido de descentralização que informa a essência dessa governança, esse conjunto inclui governos nacionais, empresas privadas, organizações da sociedade civil, entidades supranacionais e fóruns privados multissetoriais com funções deliberativas, normativas ou de coordenação.

Conforme já mencionado, em um primeiro momento essa dimensão subjetiva identificava o conteúdo da governança de Internet, quando ela era associada às instituições intergovernamentais e multissetoriais que foram implementadas para administrar e coordenar os recursos críticos da Internet, dos quais dependia a sua operação com alcance global – os já mencionados ICANN²²⁶, IANA, IETF W3C.

Essas organizações são essencialmente privadas e multissetoriais, incorporando representantes de diferentes grupos em suas discussões e processos decisórios²²⁷. Contudo, suas funções contêm “notas que também aparecem no direito administrativo dos Estados nacionais (já que pretende[m] regular e disciplinar comportamentos em vista de certas finalidades

²²⁶ “O campo que recorrentemente identifica propriamente a governança da Internet tem adquirido seus tópicos e barreiras por meio de um processo de caminho dependente. O termo foi originalmente usado para denotar os problemas políticos e institucionais relacionados à coordenação global dos domínios de nomes e endereços da Internet. O encontro com esses problemas culminou com a criação do ICANN em 1998. O ICANN foi uma construção unilateral de um regime global pelos Estados Unidos, e foi baseado em um novo modelo não governamental. Essa inovação propiciou o desenvolvimento da literatura de pesquisa que criticamente avaliou o ICANN como uma instituição. Uma vertente relativa ao foco de pesquisa nas organizações a que foram delegadas a responsabilidade para gerenciar os Top Level Domains, mais notavelmente o código de país Top Level Domains (ccTLDs).” Trecho original em inglês: “*The field that currently self-identifies as Internet governance has acquired its topics and boundaries through a path-dependent process. The term was originally used to denote the institutional and policy problems related to the global coordination of Internet domain names and addresses. The encounter with those problems culminated in the creation of the ICANN in 1998. The ICANN was a unilateral construction of a global regime by the United States, and was based on a new, non-governmental model. This innovation prompted the development of a research literature that critically assessed the ICANN as an institution (Froomkin, 2000, 2003; Hofmann, 2005; Mueller, 2002; Palfrey, 2004; Pommerening, 2004). A related strand of research focuses on the organizations that have been delegated the responsibility to manage the Top Level Domains, most notably the country code Top Level Domains (ccTLDs) (Christou and Simpson, 2009; McDowell et al., 2008; Park, 2008).*” (VAN EETEN, Michel JG, MUELLER, Milton. Where is the governance in Internet governance? *New Media Society*, vol. 15, n. 5, 2012, p. 725)

²²⁷ HEMMATI, Minu. *Multistakeholder Processes for Governance and Sustainability: Beyond Deadlock and Conflict*. London: VA: Earthscan Publications, 2002, p. 26. Disponível em: http://www.wageningenportals.nl/sites/default/files/resource/multi_stakeholder_processes_for_governance_and_sustainability_hemmati_2002.pdf. Acesso em: 10 jan. 2019.

coletivas)”²²⁸. Guardam, assim, uma essência pública, razão pela qual é frequente a sua associação, pela literatura acadêmica, ao surgimento de um “direito administrativo desterritorializado”²²⁹, onde as políticas públicas se expressam em arranjos de cooperação e confiança, ao invés de poder e autoridade²³⁰. A despeito de seus diferentes graus de vinculação, Gustavo Binenbojm²³¹ aponta que, dentre outros efeitos, esse *direito administrativo global* condiciona o agir das Administrações Públicas nacionais, tornando-se importante componente da juridicidade administrativa.

Sob a perspectiva do direito constitucional, Gunther Teubner associa organizações deste tipo com um processo de constitucionalização protagonizado pela ordem privada²³². O autor se baseia em um conceito material de constituição capaz de ir além do Estado, de acordo com o qual “uma constituição estabelece uma autoridade legal distinta, que por sua vez, estrutura um processo social (e não meramente político), por meio do qual se legitima”²³³. Assim, o autor atribui a essas entidades características que transcendem as dos processos regulatórios, já que, em muitas delas, seria possível identificar funções, arenas, processos e estruturas constitucionais. No caso do ICANN, especificamente, é possível apontar o desenvolvimento de representação funcional e territorial, separação de poderes, jurisdição sobre as matérias avocadas e uma referência a proteção de direitos fundamentais resguardados dentro das suas próprias diretrizes – e não em Constituições nacionais, como seria esperado²³⁴.

Vê-se que, além da importância empírica dessas instituições, elas também simbolizam um contexto de globalização institucional cuja legitimação e efeitos já são objeto do Direito. Contudo, dentro da acepção da estrutura de governança da Internet adotada, a sua dimensão subjetiva também não pode ser reduzida a elas.

²²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari, ROSILHO, André. A governança não estatal da Internet e o direito brasileiro. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, Rio de Janeiro, pp. 41-79, p. 46, set./dez. 2015, 18 jan. 2016.

²²⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 311.

²³⁰ VERMEULE, Adrian. Local and Global Knowledge in the Administrative State. Law, Liberty and State Conference, London School of Economics, June 20-21, 2013, *Harvard Public Law Working Paper*, No. 13-01, Harvard Law School, 2012, p. 10-12.

²³¹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 316.

²³² TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 55.

²³³ *Ibid.*, p. 74.

²³⁴ *Ibid.*, p. 56.

Outros atores que compõem esse cenário tomam forma em fóruns de discussão criados justamente para endereçar os desafios trazidos às regulações nacionais pela rápida evolução e alcance global da Internet. O primeiro deles, o *World Summit on the Information Society* – WSIS (“Cúpula Mundial da Sociedade da Informação”), foi organizado pela ONU com o objetivo de discutir um documento de ação com ações concretas para a construção de bases para uma Sociedade da Informação para todos. Dada a complexidade dos temas que envolviam a governança da Internet e a impossibilidade de consenso sobre os mesmos, foi criado em seguida o *Internet Governance Forum* – IGF (“Forum de Governança da Internet”)²³⁵. Bem como ICANN e afins, essas instituições representam a dimensão subjetiva da governança da Internet em sentido estrito, entendida como um produto de organizações formais, com regras e processos explicitamente institucionalizados e dedicados a tópicos de discussão explícito²³⁶.

Em sentido mais amplo e mais alinhado com os objetivos desse trabalho, a dimensão subjetiva envolve, além desses, os demais atores que exercem influência em comportamentos online através de suas atividades. Isso inclui, por exemplo, organizações da sociedade civil que se dedicam a administração ou facilitação de processos voltados para o uso da Internet; empresas privadas que operam serviços online (que tanto participam de fóruns transnacionais, como também adotam práticas e normas próprias na sua operação); e, naturalmente, os próprios Estados-nação, através de suas legislações e práticas institucionais que influenciam a operação de todas essas estruturas dentro de um determinado território.

Dada a diversidade dessa perspectiva subjetiva ampla sobre quem são as instituições tomando decisões que têm efeito regulador sobre a experiência coletiva na Internet, em outra abordagem é possível identificar também as diferentes práticas através das quais essas atuações se materializam.

²³⁵ “O próximo passo na evolução do campo foi propiciado pelo WSIS dos Estados Unidos - uma série de conferências diplomáticas centradas no estado realizadas de 2002 a 2005. O WSIS forneceu uma plataforma para países de governos em desenvolvimento e a União Europeia desafiarem a preeminência dos Estados Unidos; ela também mobilizou uma ampla gama de redes de defesa da sociedade civil acerca da questão de política de comunicação-informação, que incluíram inúmeros acadêmicos politicamente engajados.” Trecho original em inglês: “*The next step in the evolution of the field was prompted by the United Nations’ WSIS – a state-centric series of diplomatic conferences held from 2002 to 2005. The WSIS provided a platform for developing country governments and the European Union to challenge the pre-eminence of the United States; it also mobilized a broad range of civil society advocacy networks around issues of communication-information policy, which included many politically engaged academics*” (VAN EETEN, Michel JG, MUELLER, Milton. Where is the governance in Internet governance? *New Media Society*, vol. 15, n. 5, pp. 720-736, 2012, p. 728)

²³⁶ Ibid., loc. cit.

2.3. Dimensão objetiva: as matérias

A governança da Internet se concretiza através de diferentes práticas. Por exemplo, um filtro de conteúdo inapropriado para crianças instalado por um provedor de serviço; a exclusão de um conteúdo considerado gráfico por uma rede social; as atividades de coordenação de nomes de domínio protagonizadas pelo ICANN, ou uma lei nacional que prestigia a neutralidade de rede, prevendo a impossibilidade de discriminação de conteúdo pelos provedores de acesso – todas essas atividades geram algum efeito condicionante para os agentes na Internet, e por isso devem ser englobadas dentro da sua governança.

Assim, um mapeamento geral dessas matérias se justifica para fins de ilustração, não cabendo a pretensão de exaurir esse universo múltiplo. Laura DeNardis e Francisca Musiani²³⁷ oferecem alguns parâmetros para esse exame, que deve levar em consideração que: (i) estudar a forma como a Internet funciona é diferente de estudar a forma como as pessoas a usam; (ii) esse estudo se relaciona a um conjunto de tecnologias específicas para a Internet e a infraestrutura de tecnologia da comunicação amplamente falando; (iii) ele precisa transcender as instituições para incluir a governança que é realizada através do design tecnológico, pelas políticas da indústria privada, leis nacionais e tratados internacionais; e (iv) em termos de matéria, não inclui apenas os esforços para manter a Internet segura, livre e eficiente, mas também engloba as ações voltadas para restringir o fluxo de informação ou acionar sistemas de vigilância e censura.

Existem algumas abordagens dessa dimensão objetiva a partir de critérios distintos. Com base nas abordagens profissionais de diferentes áreas do conhecimento, Jovan Kurbalija identifica que:

Tradicionalmente, os especialistas da telecomunicação veem a governança da Internet sob a ótica do desenvolvimento de determinada infraestrutura técnica. Os especialistas da computação se concentram no desenvolvimento de diferentes padrões e aplicações, como XML (eXtensible Markup Language) ou Java. Os especialistas da comunicação enfatizam a facilidade da comunicação. Os ativistas dos direitos humanos enxergam a governança da Internet do ponto de vista da liberdade de expressão, da privacidade e de outros direitos humanos básicos. Os advogados se concentram na jurisdição e resolução de controvérsias. Os políticos ao redor do mundo geralmente priorizam questões que ressoam junto ao seu eleitorado, como o tecnoptimismo (mais computadores = mais educação) e ameaças (segurança da

²³⁷ DeNARDIS, Laura e MUSIANI, Francesca. Governance by Infrastructure, In: MUSIANI, Francesca, COGBRUN, Derrick L., DeNARDIS, Laura e LEVINSON, Nanette S. (Orgs.) *The Turn to Infrastructure on Internet Governance*. London: Palgrave McMillan, 2016, p. 4.

Internet, proteção à criança). Os diplomatas se preocupam principalmente com o desenvolvimento dos interesses nacionais e sua proteção. A lista de abordagens profissionais potencialmente conflitantes acerca da governança da Internet não tem fim.²³⁸

Além disso, como já mencionado, a abordagem dessas matérias também pode se guiar pelas camadas da Internet (aqui, baseada na classificação de Lawrence Lessig), reunindo-se em questões relacionadas à infraestrutura de rede, à coordenação técnica e aos protocolos, e ao conteúdo das comunicações que ali ocorrem²³⁹. No primeiro grupo, estariam as questões de política pública que se relacionam com a proteção da infraestrutura, como interconexão entre provedores de telecomunicações, interoperabilidade, neutralidade de rede e as políticas de expansão da banda larga que permitam universalização do acesso. No segundo grupo, referente à camada lógica, estariam as atividades técnicas e a coordenação para definição e implementação de protocolos e gestão de recursos críticos, atividades em grande parte incorporadas por órgãos como ICANN, IETF e W3. Por fim, na camada de conteúdo e aplicativos estariam as questões de governança, apesar de também lidarem com questões de interoperabilidade e interface, que se relacionam com áreas tão diversas quanto a privacidade individual, a liberdade de expressão, a imposição de direitos de propriedade intelectual e a proteção dos vulneráveis. Também estão nessa esfera os estudos de gestão do acesso ao conhecimento e de proteção de propriedade intelectual. Naturalmente, há questões que atravessam todas essas camadas, ou algumas delas, como a interoperabilidade geral da rede e a cibersegurança.

Ainda, em uma terceira proposta, verifica-se a classificação do WSIS, que em 2008 reuniu uma equipe de 40 especialistas de setores diversos (público, privado, sociedade civil, técnicos) para mapear o campo de atuação da governança da Internet. Como resultado, foram identificadas quatro áreas de políticas públicas²⁴⁰, nomeadamente: infraestrutura e recursos críticos (que inclui a administração do sistema de nomes de domínio e endereços de protocolos da Internet, padrões técnicos e infraestrutura de telecomunicações, dentre outros); questões

²³⁸ KURBALIJA, Jovan. Uma Introdução à Governança de Internet. *Cadernos CGI.BR*, Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2016, p. 19. Disponível em: https://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr_Uma_Introducao_a_Governanca_da_Internet.pdf. Acesso em: 22 jun. 2018.

²³⁹ BAUER, Johannes M. *Internet Governance: Theory and First Principles*, Preliminary Draft, 31 aug. 2005, p. 6. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/ccbd/e71165c9e01c0075643fcc005989d56b2ead.pdf>. Acesso em: 13 set. 2018.

²⁴⁰ *Report of the Working Group on Internet Governance da ONU (WGIG)*, Château de Bossay, June 2005, pp. 1-24. Disponível em: <https://www.wgig.org/docs/WGIGREPORT.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2019.

relacionadas ao uso da Internet onde a cooperação global é mal definida (como *spam*, segurança de rede e cibercrime); questões comuns a atividades offline que se refletem também na Internet, tendo, assim, um impacto que a transcende (como propriedade intelectual, liberdade de expressão, proteção de dados e privacidade e direitos do consumidor); questões relacionadas à capacitação e ao desenvolvimento (especialmente afetas a economias em desenvolvimento, que tem menores impactos regulatórios²⁴¹).

No escopo do presente trabalho, importam as práticas de governança que acontecem na camada de conteúdo da Internet, traduzidas, principalmente, nas legislações nacionais e tratados internacionais aplicáveis e nas práticas comerciais adotadas por aplicações em geral. Esses primeiros há muito já abordam os conflitos inerentes à liberdade de expressão, direito à informação e acesso ao conhecimento, proteção da privacidade e proteção de menores, ainda que o surgimento de contextos tecnológicos diferentes possa demandar revisão e adaptação. Cabe notar, contudo, que a atividade reguladora não exaure as formas como os Estados nação influenciam essa rede de governança.

É possível identificar, ainda, a celebração de acordos informais²⁴², os pedidos de informação e notificações diversas dos poderes de estado, bem como discussões de natureza tributária e outras medidas que transcendem a regulação setorial. Ainda que fujam ao escopo do trabalho, essas atividades também podem influenciar o sistema global de governança.

Caminhando para o fim dessa descrição, a próxima análise permite identificar os conteúdos valorativos apresentados na forma de princípios que costumam ser associados ao processo de governança da Internet, permitindo algum grau de materialização diante de conceitos tão difusos.

2.4. Dimensão normativa: princípios de governança da Internet

Do ponto de vista normativo, convivem na governança da Internet tratados internacionais, regulações governamentais e instrumentos de direito privado e códigos e

²⁴¹ MARSDEN, Christopher T. *Internet Co-Regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*. Cambridge University Press: Cambridge, 2011, p. 14.

²⁴² *Ibid.*, p. 5. A autora dedica essa obra ao estudo empírico e teórico da realização de tais acordos, oficialmente verificados na experiência de Estados Unidos e Reino Unido.

diretrizes caracterizados com *soft law*. Ainda que essa diversidade também se reflita no seu conteúdo, é comum a adoção de princípios de governança da Internet, e a análise de alguns desses instrumentos também auxilia o mapeamento da matéria, em especial em relação aos valores substantivos que a ela costumam ser associados. Além disso, diante de tal universo, seria natural, e até bem-vinda, a determinação de um rol de princípios que informem políticas públicas de forma geral²⁴³ - apesar de não existir uma taxonomia única, com efeito vinculante global.

Muitos instrumentos nacionais, supranacionais e paraestatais se dedicaram à identificação dos valores desejáveis às políticas públicas direcionadas à Internet. Em estudo comparativo publicado em 2015, a UNESCO localizou mais de 50 documentos com essas características²⁴⁴, tendo em comum a sua conexão semântica com a ideia de abertura da Internet e com as suas características invariáveis abordadas no Capítulo 1.

Tais documentos têm origem diversa; além dos que constituem normas jurídicas cogentes propriamente ditas (nacionais ou supranacionais), muitos deles são resultado de fóruns independentes de debate e deliberação dedicados à matéria (como as declarações do WSIS, que aconteceu em 2003 e 2005, ou do NETMundial²⁴⁵, que aconteceu em São Paulo, em 2014), ou de estudos produzidos por instituições especializadas internacionais e organizações transnacionais (como a OCDE).

²⁴³ UNESCO, *Principles for Governing the Internet – A comparative analysis*, 2015, p. 9. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000234435>. Acesso em: 13 set. 2018.

²⁴⁴ Destaque-se que o estudo em questão reuniu apenas documentos de entidades globais, iniciativas regionais e organizações da sociedade civil.

²⁴⁵ “Nem todos os resultados são tangíveis, no entanto. Por exemplo, o NETmundial, ainda que tenha um documento tangível de resultado, também teve impacto em outro foro de governança da Internet, como o Fórum de Governança da Internet da ONU (IGF). O IGF foi largamente afastado de resultados concretos e, ao invés disso, focado em promover o diálogo entre os participantes, abrindo mão da crença de alcançar o consenso em questões específicas (o que seria muito difícil). Ainda assim, na onda do sucesso da NETmundial, vários participantes da IGF 2014 sugeriram que a IGF pode e deve repensar seus objetivos *vis-a-vis* os resultados. O senso de empoderamento da NETmundial ajudou a gerar os outros locais em si mesmos como um resultado importante.” Trecho original em inglês: “*Not all outputs are tangible, however. For instance, NETmundial, although it had a tangible output document, it also had an intangible output in the form of impact on other Internet governance fora, such as the UN’s Internet Governance Forum (IGF). The IGF has largely eschewed concrete outcomes and instead focused on promoting dialogue between participants, largely out of the belief that achieving consensus on specific issues would be too difficult. However, in the wake of the success of NETmundial, several participants at IGF 2014 suggested that IGF could and should rethink its objectives vis-à-vis outcomes. This sense of empowerment that NETmundial helped to generate at other venues is itself an important outcome.*” (GASSER, Urs; GILL, Lex; REDEKER, Dennis. *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights*, Berkman Klein Center for Internet and Society Research Publication, n. 2015-15, pp. 1-26, p. 28, 9 nov. 2015. Disponível em: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:28552582>. Acesso em: 13 set. 2018)

A Declaração de Princípios do WSIS, por exemplo, datada de 2003, consigna a importância de preservação do acesso à informação e conhecimento, capacitação individual²⁴⁶, construção da confiança e segurança no uso de tecnologias de informação e comunicação, ambiente regulatório favorável, diversidade cultural e linguística, liberdade de imprensa e de informação, prestígio das dimensões éticas da sociedade da informação e cooperação internacional e regional.

Na ocasião do NETMundial, foram consignados princípios e valores considerados instrumentais à manutenção de uma estrutura de governança da Internet inclusiva, multissetorial, eficaz, legítima e em evolução, o que incluiu nesse rol, por exemplo, direitos humanos (liberdade de expressão, liberdade de associação, privacidade, acessibilidade, acesso à informação e desenvolvimento), diversidade linguística e cultural, a unidade (e não fragmentação) do espaço virtual, segurança, estabilidade e resiliência da rede, arquitetura aberta e descentralizada, estímulo à inovação e criatividade e princípios procedimentais (incluindo multissetorialismo, consenso aberto e participativo, transparência, responsabilidade, inclusão e equidade, distribuição e colaboração).

Em 2014, a OCDE publicou o resultado de um processo multissetorial de avaliação de melhores práticas em políticas públicas para a Internet, que consignou como princípios para políticas públicas promover e proteger o livre fluxo global de informação; promover a natureza aberta, distribuída e interconectada da Internet; promover o investimento e a concorrência em redes e serviços de alta velocidade; promover e possibilitar a prestação transfronteiriça de serviços; incentivar a cooperação de múltiplos atores nos processos de desenvolvimento de políticas; promover códigos de conduta desenvolvidos voluntariamente; desenvolver capacidades para trazer dados confiáveis e publicamente disponíveis para o processo de formulação de políticas; garantir transparência, processo justo e responsabilidade; fortalecer a consistência e a eficácia na proteção da privacidade em nível global; maximizar o empoderamento individual; promover a criatividade e inovação; limitar a responsabilidade do intermediário da Internet; incentivar a cooperação para promover a segurança na Internet e a prioridade apropriada aos esforços de fiscalização.

²⁴⁶ *Capacity building* é o termo originalmente usado em inglês, para se referir à garantia de que cada pessoa tenha a oportunidade de adquirir as competências e conhecimentos necessários para compreender, participar ativamente e se beneficiar plenamente da Sociedade da Informação e da economia do conhecimento. Alfabetização e educação primária universal são considerados fatores-chave para a construção de uma sociedade da informação totalmente inclusiva, prestando atenção especial às necessidades especiais de meninas e mulheres. Disponível em: <https://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/dop.html>. Acesso em: 13 set. 2018.

Apesar de muitas sobreposições semânticas, não se pode falar em uma sistematização única dos princípios que devem informar a governança da Internet. A sua consignação em instrumentos de *soft law*, apesar de não impedir, também não facilita a sua aplicação. Contudo, são plenamente aptos a orientar políticas públicas, recomendar a implementação de mudanças institucionais ou até informar processos judiciais²⁴⁷.

Prova disso é o Marco Civil da Internet Brasileiro. Na experiência nacional, a argumentação a favor da aderência desses princípios, apesar de relevante, é ofuscada pelo Marco Civil da Internet que instituiu um rol de fundamentos, princípios e objetivos em consonância com esses documentos (respectivamente, em seus artigos 2º, 3º e 4º). Nesses artigos, foram contemplados, dentre outros: reconhecimento da escala mundial da rede, livre iniciativa, abertura, liberdade de expressão, proteção da privacidade e dos dados pessoais, garantia da neutralidade de rede; interoperabilidade; acessibilidade; acesso à informação e ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos e promoção da inovação.

À exceção de casos como o do Marco Civil, em que esses valores foram expressamente institucionalizados, esses documentos não são vinculantes; no entanto, a difusão de instrumentos do tipo e as semelhanças que guardam são responsáveis pela sua presença em debates sobre governança e regulação da Internet que acontecem dentro e fora das esferas de governo. Sua linguagem e sua carga normativa faz deles, inclusive, objetos que inspiraram a construção teórica de um *constitucionalismo digital*, que conforme será abordado na próxima seção, é um dos recursos que buscam a legitimação dos processos decisórios que não são originalmente informados pela ideia de participação democrática.

2.5. Governança e legitimidade

Diante deste contexto de governança materializado por formas híbridas e diversificadas de influenciar comportamentos coletivos, é necessário que se dedique algumas linhas à sua legitimação. Diferente da atuação de governos, muitas partes integrantes dos arranjos de governança da Internet não têm presunção de legitimidade calcada em participação

²⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 315.

democrática, o que poderia enfraquecer o seu reconhecimento ou a sua vinculação como instância própria ao desenho e implementação de políticas públicas.

Na verdade, os argumentos nesse sentido já não se coadunam nem no próprio âmbito da ação estatal, onde a despeito da garantia de participação democrática, as exigências da legitimidade já transcendem essa perspectiva. Assim é que, em relação à legitimidade regulatória, esses desdobramentos podem se relacionar também com aspectos como eficiência das políticas públicas empregadas, ou com exigências calcadas na implementação de mecanismos de *accountability* e transparência.

O conteúdo da legitimidade regulatória dos governos necessário à proposta principal desta tese será tratado de forma detida no Capítulo 3, onde figura como orientação da abordagem do desenho regulatório próprio para os serviços prestados através da camada de conteúdo da Internet. Por ora, importa situar as alternativas dentro dos debates de governança da Internet, no sentido de que, apesar de elas expressarem preocupações que não são exclusivas das instâncias não estatais, elas ganham maior importância nesses contextos.

Em primeiro lugar, considere-se a diversidade de agentes e instituições que se ocupam da governança da Internet. Além das instituições privadas dedicadas à administração e coordenação de recursos críticos ao funcionamento da rede (como ICANN, IANA e IETF), há os fóruns internacionais multissetoriais (IGF, WSIS, NETMundial), e ainda as empresas e instituições do terceiro setor que atuam nas diversas atividades que compõem a experiência virtual. É possível, assim, encontrar diferentes justificativas teóricas que se aplicam a cada um desses agentes, como o conceito de *multissetorialismo*, o uso de institutos relacionados a *responsabilidade social corporativa* - RSC e o desenvolvimento de uma teoria voltada para a construção de um *constitucionalismo digital*. A pertinência de cada um desses conceitos pode se sobrepor em relação a um mesmo agente – por exemplo, o IGF é um fórum multissetorial cujas deliberações de natureza normativa estariam dentro do escopo do que alguns autores tratam como constitucionalismo digital. Em sentido semelhante, as empresas que operam plataformas de compartilhamento podem adotar instrumentos que, ao mesmo, se relacionam com esse processo de constitucionalização e com as práticas relacionadas à responsabilidade social corporativa.

Partindo para abordagem desses institutos, o primeiro e mais famoso deles é a ideia de *multissetorialismo*, que já foi definida por Jeanette Hofmann como “uma ficção que dá significado a um mundo em desordem”²⁴⁸. A autora extrai essa formulação, dentre outros, do

²⁴⁸ HOFMANN, Jeanette. Multi-stakeholderism in Internet governance: putting a fiction into practice. *Journal Of Cyber Policy*, v. 1, n. 1. Informa UK Limited, [s.l.], pp. 29-49, p. 01, 2 jan. 2016. Disponível em:

argumento do cientista político israelense Yaron Ezrahi, que analisou a existência de uma “camada ficcional” inerente a todos os regimes políticos²⁴⁹. Os imaginários que compõem essa camada ficcional seriam os responsáveis por moldar nossas percepções, expectativas e comportamentos, permitindo a vivência dessas ficções como se fossem fatos. Seriam, ainda, responsáveis pela nossa tolerância frente aos descompassos entre os ideais que compõem essas ficções e a realidade cotidiana.

A criação de recursos dessa natureza para fins de fundamentação de escolhas que afetam os interesses de terceiros não é estranha ao direito, onde o conceito de “ficção jurídica” funciona como meio de justificação de decisões. No caso da governança da Internet, o multissetorialismo serve como uma forma de moldar expectativas, objetivos, novas categorias e referências para a atuação dos agentes envolvidos nesses processos²⁵⁰.

A origem do termo pode ser rastreada até a década de 90, no contexto do surgimento de cúpulas especializadas da ONU e no contexto acadêmico de teorias de gerenciamento, e foi adquirindo outras camadas com o tempo²⁵¹. Seu conteúdo mínimo pode ser entendido como a exigência de participação de representantes dos diversos atores interessados nos processos de deliberação e decisão das políticas públicas que resultam em governança. Conforme anotado por Julia Pohle:

(...) os arranjos multissetoriais são espaços híbridos nos quais atores heterogêneos se engajam em processos de ordenamento social. (...) os arranjos multissetoriais - especialmente na governança da Internet - são espaços discursivos porque servem principalmente como locais de diálogo e coordenação.²⁵²

<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/23738871.2016.1158303?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em: 20 abr. 2019.

²⁴⁹ EZRAHI, Yaron. The Reality of Political Fictions: Democracy between Modernity and Postmodernity, pp. 40-50, p. 149 In: HERMANN, Tamar S. (Ed.) *By the People, For the People, Without the People? The Emergence of (Anti)Political Sentiment in Western Democracies and Israel*. *The Israel Democracy Institute*, Jersuaem, 2012. Disponível em: <http://bit.ly/30ztHf7> Acesso em: 20 abr. 2019.

²⁵⁰ HOFMANN, Jeanette. Multi-stakeholderism in Internet governance: putting a fiction into practice. *Journal Of Cyber Policy*, v. 1, n. 1. Informa UK Limited, [s.l.], pp. 29-49, 2 jan. 2016. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/23738871.2016.1158303?scroll=top&needAccess=true> Acesso em: 20 abr. 2019.

²⁵¹ Ibid.

²⁵² Tradução livre do trecho original em inglês: “*multistakeholder arrangements are hybrid spaces in which heterogeneous actors engage in processes of social ordering. Second, multistakeholder arrangements – especially in IG – are discursive spaces because they serve primarily as venues for dialogue and coordination*” POHLE, Julia. Multistakeholder governance processes as production sites: enhanced cooperation “in the making”. *Internet Policy Review*, vol. 5, p. 05, 30 sep. 2016. Disponível em:

Na governança da Internet, o multissetorialismo se apresenta como “uma solução transnacional de governança para um problema concreto e como um mecanismo de legitimação”²⁵³, sendo referência para as atividades das instituições privadas dedicadas à administração e coordenação de recursos críticos ao funcionamento da rede (como ICANN²⁵⁴, IANA e IETF) e para os fóruns internacionais como IGF²⁵⁵ e afins²⁵⁶. Ao contrário de um valor universal que se aplicaria de forma transversal à matéria, Laura DeNardis aponta a importância de tratar o multissetorialismo no contexto das formas de administração disponíveis em cada contexto particular²⁵⁷. Ou seja, ele ganha pertinência nos contextos de áreas efetivamente administradas pelo setor privado ou por instituições sem fins lucrativos, onde há necessidade maior de implementação de mecanismos que criem a legitimidade necessária à instituição de políticas públicas por esses grupos²⁵⁸.

A teoria e a prática sugerem que o valor de processos multissetoriais em processos de governança da Internet está na facilitação de diálogos e coordenação mais do que na produção de resultados tangíveis²⁵⁹. Em termos procedimentais, eles envolvem a utilização de “consultas

<https://policyreview.info/articles/analysis/multistakeholder-governance-processes-production-sites-enhanced-cooperation-making>. Acesso em: 20 abr. 2019.

²⁵³ HOFMANN, Jeanette. Multi-stakeholderism in Internet governance: putting a fiction into practice. *Journal Of Cyber Policy*, v. 1, n. 1. Informa UK Limited, [s.l.], pp. 29-49, 2 jan. 2016. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/23738871.2016.1158303?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em: 20 abr. 2019.

²⁵⁴ Conforme aponta Jeanette Hofmann, o ICANN costumava se apresentar como uma "organização liderada pelo setor privado" antes de começar a adotar o idioma multilateral em 2005. Ao contrário do IGF, a ICANN é um exemplo de um processo com várias partes interessadas que produz resultados concretos. O que a ICANN e o IGF têm em comum é que sua missão, autoridade e legitimidade hoje estão firmemente ligadas aos imaginários da abordagem multilateral. Seu trabalho é julgado por sua qualidade, a credibilidade de suas reivindicações de representatividade global e padrões democráticos. *Ibid.*

²⁵⁵ Em 2013, Milton Mueller afirmava que “O IGF está completamente aberto à participação de grupos de defesa e oferece um site rico para conectar-se a políticos e outros grupos de interesse com suas mensagens. A promoção de diálogos não vinculativos valoriza a especialização e as novas ideias, o que, muitas vezes, é um ponto forte da sociedade civil. As reuniões e consultas anuais tiveram o efeito de consolidar a rede política transnacional formada em torno da WSIS, dando à sociedade civil um ponto focal para suas atividades e sustentando a existência do Caucus da Governança da Internet.” MUELLER, Milton. *Networks and States: The Global Politics of Internet Governance*. Cambridge: MIT Press, 2010, p. 109.

²⁵⁷ DeNARDIS, Laura. *The Global War for Internet Governance*. New Haven: Yale University Press, 2014, p. 227.

²⁵⁸ *Ibid.*, loc. cit.

²⁵⁹ POHLE, Julia. Multistakeholder governance processes as production sites: enhanced cooperation "in the making". *Internet Policy Review*, vol. 5, p. 06, 30 sep. 2016. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/multistakeholder-governance-processes-production-sites-enhanced-cooperation-making>. Acesso em: 20 abr. 2019.

públicas e a apresentação de comentários das partes interessadas para incluir um número ainda maior de vozes diferentes”²⁶⁰. Além disso, é comum que organismos dessa natureza adotem documentos normativos com a natureza de *soft law* contendo as principais diretrizes e valores resultantes dos seus processos de debate e deliberação.

Na prática, as principais críticas direcionadas a esse processo se relacionam com transparência, representatividade e eficácia que os organismos multissetoriais assumem, apesar desses esforços de diversificação. Ian Brown e Chris Marsden, por exemplo, constataram uma “extraordinária falta” de processos de transparência e processos abertos de consulta pública²⁶¹. Por sua vez, Jeanette Hofmann enumera algumas dificuldades de condução desses processos, como resultados que não podem ser rastreados até eles especificamente e as falhas de legitimidade – expressas da falta de representatividade e participação concreta nos processos decisórios²⁶².

Já o uso de práticas baseadas em *responsabilidade social corporativa - RSC* deve ser considerada no contexto da “evolução do relacionamento entre negócios e a sociedade”²⁶³, que na era da globalização, levanta questões relativas às responsabilidades das corporações transnacionais²⁶⁴.

Como a nomenclatura sugere, a RSC pode ser entendida como a responsabilidade que as entidades comerciais têm pelos impactos de suas práticas na sociedade²⁶⁵. De acordo com Rolf H. Weber,

Responsabilidade social corporativa (RSC) significa ter implementado um processo de *due diligence* que permite interagir com todas as partes interessadas de uma empresa e a sociedade em geral, identificando,

²⁶⁰ Ibid., p. 05.

²⁶¹ BROWN, Ian e MARSDEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013, p. 173. Notar que a experiência brasileira não é exatamente assim, tendo casos bons.

²⁶² HOFMANN, Jeanette. Multi-stakeholderism in Internet governance: putting a fiction into practice. *Journal Of Cyber Policy*, v. 1, n. 1. Informa UK Limited, [s.l.], pp. 29-49, 2 jan. 2016. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/23738871.2016.1158303?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em: 20 abr. 2019.

²⁶³ LAIDLAW, Emily B., *Internet Gatekeepers, Human Rights and Corporate Social Responsibilities*, 2012. 304 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - London School of Economics and Political Science, London, 2012, p. 69.

²⁶⁴ Para uma evolução detalhada do tratamento da RCS ao longo das eras compreendidas entre a Revolução Industrial e o contexto econômico atual, v. LAIDLAW, Emily B., *Internet Gatekeepers, Human Rights and Corporate Social Responsibilities*. 2012. 304 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - London School of Economics and Political Science, London, 2012, p. 70.

²⁶⁵ WEBER, Rolf H. Internet Policies and Corporate Social Responsibility. 17 July 2016, p. 5:. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2809808. Acesso em: 20 abr. 2019.

prevenindo e mitigando possíveis impactos adversos das operações comerciais.²⁶⁶

A RSC se baseia na contribuição voluntária das empresas para a manutenção de um desenvolvimento sustentável, agindo de acordo com princípios como respeito, integridade, comunicação ou excelência²⁶⁷. Ela pode ser aplicada às atividades comerciais de forma geral, e se relaciona especificamente com respeito aos direitos humanos, cumprimento de responsabilidades perante os empregados, suas famílias e em relação à comunidade local e à sociedade em geral para melhorar sua qualidade de vida. Em termos de forma, ela pode se materializar de maneiras diferentes de acordo com cada empresa, sendo comum a adoção de mecanismos de transparência de informações e elaboração pelas empresas privadas de códigos de conduta e políticas de atuação que podem envolver preservação ambiental e resguardo a liberdades e direitos individuais.

Essas práticas são adotadas em caráter essencialmente voluntário, ou seja, elas não decorrem de imposição legal, ainda que suas implicações possam eventualmente se sobrepor às disposições legais capazes de gerar responsabilização civil e criminal às quais as empresas estão essencialmente vinculadas. O fundamento de sua implementação se relaciona com atividades e compromissos que iriam além do marco legal, ou em situações de incerteza ou vazio legislativo sobre o mesmo – o que favorece a sua adoção no âmbito dos regimes econômicos transnacionais diante dos “efeitos incapacitantes da globalização sobre o poder de agir dos governos”²⁶⁸.

Emily Laidlaw enumera as quatro principais críticas feitas à ideia de RSC²⁶⁹. A primeira, no sentido de que ela seria “anti-mercado”, por limitar aquele que seria o principal propósito dos negócios, que é atender ao interesse de seus acionistas. A argumentação diametralmente oposta compõe a segunda crítica, segundo a qual ela favoreceria as empresas

²⁶⁶ Trecho original em inglês: “*Corporate social responsibility (CSR) means to have implemented a due diligence process which allows to interact with all stakeholders of an enterprise and the society at large, thereby identifying, preventing and mitigating possible adverse impacts from business operations.*”²³ *During the last twenty years, the scope and extent of CSR was broadened and adapted to the new needs of the overall society; for example, the World Business Council defines CSR as “the commitment of business to contribute to sustainable economic development working with employees, their families, the local community and society at large to improve their quality of life”* Ibid., loc. Cit.

²⁶⁷ Ibid.

²⁶⁸ LAIDLAW, Emily B., *Internet Gatekeepers, Human Rights and Corporate Social Responsibilities*. 2012, 304 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - London School of Economics and Political Science, London, 2012, p. 78.

²⁶⁹ Ibid., p. 76-79.

em detrimento da sociedade, deixando a seu próprio critério as decisões sobre suas “obrigações” perante a coletividade, e em terceiro lugar, vem o seu caráter não vinculativo.

Delas, extrai-se quarta crítica ao seu uso como instrumento de legitimação dos atores privados, diante da sua baixa eficácia em de fato contribuir para a conformação das condutas das empresas em favor do interesse público, não passando de uma atitude “de fachada fraca, que serve apenas para desviar ou atrasar a atenção legislativa necessária”²⁷⁰. Essas críticas ressoam de forma mais intensa no âmbito da governança da Internet, onde as empresas são tidas como incapazes de proteger e respeitar os direitos fundamentais dos usuários à liberdade de expressão, acesso à informação e proteção da privacidade, por exemplo.

Por fim, como reação a esse cenário de governança de interesses coletivos por atores que não são informados pelo ciclo de legitimidade democrática que baseia o poder estatal, vem sendo cada vez mais desenvolvida na literatura especializada a ideia de um *constitucionalismo digital*. Esse rótulo é usado para se referir à constelação de iniciativas que procuraram articular um conjunto de direitos políticos, normas e limites de governança sobre o exercício de poder no âmbito da Internet²⁷¹. Apesar da nomenclatura eleita, essa constelação não engloba apenas documentos formalmente constitucionais, ou sequer exclusivamente estatais. Estão no espectro do constitucionalismo digital cartas não vinculantes, declarações oficiais, diretrizes, projetos de leis e legislações já aprovadas²⁷² (nesse sentido, é possível até o enquadramento do Marco Civil da Internet Brasileiro dentro desta categoria²⁷³). Compõe-se, assim, por uma série de documentos que adotam uma linguagem constitucional, o que segundo Edoardo Celeste pode ser interpretado como

²⁷⁰ Ibid., p. 76.

²⁷¹ GASSER, Urs; GILL, Lex; REDEKER, Dennis. Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights, *Berkman Klein Center for Internet and Society Research Publication*, n. 2015-15, pp. 1-26, p. 02, 9 nov. 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120. Acesso em: 07 jul. 2018. Cabe notar que o entendimento sobre constitucionalismo digital adotado pelos autores inclui, além de estatutos nacionais, cartas e títulos não vinculantes e declarações oficiais (no mesmo sentido, v. MONCAU, Luiz Fernando Marrey e ARGUELHES, Diego Werneck, Marco Civil da Internet and Digital Constitutionalism, *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online*. Oxford University Press: Oxford, 2019. No prelo.

²⁷² É possível defender até a inclusão dos Termos e Condições de Uso de serviços disponibilizados *online* a este rol. V. CELESTE, Edoardo. Terms of service and bills of rights: new mechanisms of constitutionalisation in the social media environment?. *International Review Of Law, Computers & Technology*, [s.l.], Informa UK Limited, pp. 1-17, p. 03, 21 maio 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/13600869.2018.1475898>. Acesso em: 07 jul. 2018.

²⁷³ GASSER, Urs; GILL, Lex; REDEKER, Dennis. Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights, *Berkman Klein Center for Internet and Society Research Publication*, n. 2015-15, pp. 1-26, p. 02, 9 nov. 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120. Acesso em: 07 jul. 2018.

uma maneira de legitimar a arbitrariedade da governança da mídia social, ou até mesmo um simples instrumento de marketing que se aproveita das concepções positivas ligadas à ideia de constituição. Ou, inversamente, pode-se pensar que isso reflete o fato de que esses textos efetivamente tocam ou desejam desempenhar uma função constitucional no ambiente da mídia social.²⁷⁴

É importante notar que a adoção desse conceito demanda um entendimento sobre processos de constitucionalização que se refira a “emergência, criação e identificação de elementos constitucionais”²⁷⁵, o que independe de um processo constitucional propriamente dito firmado na representação popular. Nesse sentido, o constitucionalismo digital se aproxima do que já se entendia como o *constitucionalismo global*, que segundo Gunther Teubner, deriva do fenômeno de transnacionalização e privatização da esfera política²⁷⁶.

Sobre isso, ele assevera a necessidade de “abandonar a falsa premissa de que a constitucionalização significa a transformação de um grupo de indivíduos em um ator coletivo”²⁷⁷, e admitir a função constitucional das iniciativas autorregulatórias de atores privados dominantes equiparáveis ao Estado. Teuber identifica, assim, a emergência de normas constitucionais de alta hierarquia em organizações como a Organização Mundial do Comércio – OMC e o próprio ICANN²⁷⁸.

Apesar de abrangerem a defesa desses direitos frente a esferas públicas e privadas de poder, os instrumentos de constitucionalismo digital podem ser associados a um movimento além dos atos oficiais do estado, alcançando o domínio das empresas privadas e representando, substantivamente, um passo mais ousado do que o constitucionalismo tradicional permitiria²⁷⁹.

²⁷⁴ Trecho original em inglês: “*a way of legitimising the arbitrariness of social media’s governance, or even a simple instrument of marketing, taking advantage of the common positive preconceptions linked to the idea of constitution (Herman 2017). Or, conversely, one could think that it rather reflects the fact that the texts effectively play, or wish to play, a constitutional function in the social media environment.*” CELESTE, Edoardo. Terms of service and bills of rights: new mechanisms of constitutionalisation in the social media environment? *International Review of Law, Computers & Technology*, [s.l.], pp. 1-17, p. 2, 21 maio 2018. Informa UK Limited. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/13600869.2018.1475898> Acesso em 14/09/2018

²⁷⁵ PETERS, Anne. Global Constitutionalism. *The Encyclopedia of Political Thought*, Canada, M. T. Gibbons, pp. 1484–1487.

²⁷⁶ TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 02.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 67.

²⁷⁸ *Ibid.*, loc. cit.

²⁷⁹ MONCAU, Luiz Fernando Marrey e ARGUELHES, Diego Werneck, Marco Civil da Internet and Digital Constitutionalism, *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online*. Oxford: Oxford University Press, 2019. No prelo.

Ainda que alguns autores tenham voltado seus esforços de conformação dos instrumentos do constitucionalismo digital para a atuação de governança por instituições privadas ou multissetoriais, é importante notar que ele também tem um papel importante perante as tentativas governamentais de regular a Internet. É o caso, por exemplo, do Marco Civil Brasileiro, que apesar de certamente reconhecer direitos que fazem frente à atuação de poderes privados na Internet²⁸⁰, tem um intuito claro de enquadramento de futuras regulações dentro dos preceitos mínimos que estabelece²⁸¹.

As críticas mais contundentes ao constitucionalismo digital orbitam em volta do seu valor potencialmente retórico, rotulado, pelas críticas mais severas, como uma possível estratégia de marketing²⁸². Essa é uma visão que vê nele tão somente a difusão de instrumentos com diferentes graus de vinculação que adotam uma linguagem constitucional, que teria valor simbólico mais significativo do que a sua eficácia concreta.

Por outro lado, também é possível pensar no constitucionalismo digital como mais um processo, dentre outros²⁸³, de impregnação de esferas privadas com valores constitucionais que se fundamentam pela sua objetivação de limitação de poder – como o fazem, por exemplo, os direitos a devido processo legal e contraditório. Na Internet, essas limitações seriam impostas não a maiorias democráticas pelo estado institucionalizado, mas às empresas privadas que concentram um poder significativo de influência e conformação de comportamentos. Assim, ainda que que limitados, gerariam efeitos normativos positivos.

Multissetorialismo, responsabilidade social corporativa e constitucionalismo digital são recursos da retórica da governança da Internet, em busca de justificativas para uma estrutura extensa e global, onde diferentes esferas de poder influenciam umas às outras – mas, além de tudo, influenciam o comportamento dos indivíduos. Servem, assim, como forma de certificar (ou pelo menos tentar) que essa estrutura se mova no sentido do interesse público, e que não

²⁸⁰ Ibid.

²⁸¹ LEMOS, Ronaldo; STEIBEL, Fabro; DE SOUZA, Carlos Affonso; NOLASCO, Juliana. NoC Internet Governance Case Studies Series: A Bill of Rights for the Brazilian Internet (“Marco Civil”) – A Multistakeholder Policymaking Case. In: GASSER, Urs; SCHULZ, Wolfgang. Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Case Studies, Research Publication No. 2015-5, *The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series*, Appendix D, 18 feb. 2015, p. 03.

²⁸² CELESTE, Edoardo. Terms of service and bills of rights: new mechanisms of constitutionalisation in the social media environment? *International Review of Law, Computers & Technology*, [s.l.], Informa UK Limited, pp. 1-17, p. 02, 21 maio 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/13600869.2018.1475898>. Acesso em: 07 jul. 2018.

²⁸³ TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

resulte em um ambiente digital fragmentado, autoritário ou que comprometa o exercício de liberdades individuais. Certamente, estão no espectro dos imaginários que sustentam os regimes políticos – mas não é isso que os diferencia do poder estatal constituído, também dependente (talvez cada vez mais) de ficções que os sustentem.

3. REGULAÇÃO DE SERVIÇOS NA INTERNET: PAPEL DO ESTADO E O AMBIENTE REGULATÓRIO

Como visto até aqui, a Internet é submissa a instâncias de poder diversas. As relações jurídicas que nela se realizam são influenciadas tanto por atores públicos quanto privados, em nível global e nacional, cujas práticas se materializam por via normativa ou não. Apesar dessa rede difusa de influências - que em última instância se confundem com a atividade de empresas privadas - hoje o relevante papel dos Estados na sua governança já é reconhecido (podendo, inclusive, ser considerado o mais importante, dependendo da matéria de que se trata²⁸⁴). Após o mito da ausência de fisicalidade e dos desafios de definição jurisdicional terem seu valor argumentativo enfraquecido²⁸⁵, a atuação ordenadora dos governos, em conformidade com as finalidades do constitucionalismo moderno é, além de uma expectativa legítima, uma agenda determinante para a forma como a Internet afetará e será afetada pelas instituições que sustentam os regimes democráticos.

Em primeiro lugar porque, independente dos debates instrumentais, sempre houve (e haverá) algum nível de incidência do direito posto, variável de acordo com as possibilidades de implementação eficaz e aderente à realidade virtual de cada caso. Não poderia, por exemplo, “não haver” de toda regulação de conteúdo na Internet, visto que os arcabouços jurídicos há muito se ocupam de estabelecer regras de responsabilização civil e criminal cuja pertinência não é questionável²⁸⁶ - ainda que o seja a pertinência dos mecanismos de implementação eleitos para aplicá-las.

Além disso, vêm continuamente à tona notícias das violações de direitos geradas pelas empresas que operam nestes mercados, incapazes de resguardar, por si, a proteção do interesse

²⁸⁴ GASSER, Urs, SCHULZ, Wolfgang. Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Studies. Berkman Center Research Publication no. 2015-5, *The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series*, p. 9, 18 feb. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2566364>. Acesso em 14 set. 2018.

²⁸⁵ Foi apontada aqui uma perda de valor argumentativo, uma vez que, no caso da ausência de fisicalidade, ela ainda persiste no sentido de a Internet continuar se materializando em um ambiente virtual; contudo, esse argumento há muito perdeu a força como justificativa de omissão estatal. E, no caso do desafio de definição de jurisdição num ambiente de alcance global, enquanto questão prática ele ainda não foi resolvido, visto que, tirando a adoção de barreiras tecnológicas significativas com implicações potencialmente antidemocráticas e fragmentadoras, não se vislumbram tantas soluções adequadas para a questão. Por isso, parece não se tratar de um desafio exatamente superado, mas sim que perdeu seu valor argumentativo, visto que existem formas de materializar diferentes graus de limitação territorial para conteúdos online.

²⁸⁶ MARSDEN, Christopher T. *Internet Co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 51.

público e de direitos e liberdades individuais nas suas atividades comerciais. Denúncias de comercialização de dados pessoais, de práticas de vigilância²⁸⁷ e propagação de conteúdo nocivo são alguns exemplos de práticas tão imbuídas nos modelos de negócios que dificilmente a solução para elas virá de arranjos autorregulatórios. Não à toa, vemos hoje uma “nacionalização” desses debates, onde os governos voltam a enfaticamente arrogar para si o dever de combater as falhas de mercado (e de regulação²⁸⁸) desses serviços, que ganharam proporções insustentáveis nas democracias atuais.

A demanda por ação dos governos hoje não é mais uma questão. Excluindo-se dessa análise os extremos do pêndulo de atuação estatal na Internet - a permissividade (seja ela intencional ou resultado de uma paralisia analítica) e o paradigma de internets nacionais isoladas e segmentadas dentro de um território específico (como é o caso da China) –, hoje os esforços atuais de agentes públicos, privados e da literatura especializada recaem sobre a forma de regular com o mínimo prejuízo aos benefícios democráticos e econômicos que uma Internet aberta tem o potencial de gerar para a coletividade. Ou seja, trata-se, aqui, da preservação de uma *Internet livre*, que como bem apontam Ronaldo Lemos e Carlos Affonso Souza, não se fundamenta na ausência de leis, mas sim na promulgação de leis que possam garantir e preservar as liberdades que são usufruídas por todos justamente por causa da tecnologia e mais especificamente pelo desenvolvimento da Internet²⁸⁹.

Apesar da urgência incontestável dessa reflexão, ainda é possível verificar a insistência em mecanismos²⁹⁰ que já foram implementados sem sucesso no passado e em políticas proibicionistas, ou até baseadas em responsabilidade criminal. Medidas que além de colaborar para uma Internet fechada e fragmentada (passando por cima do seu papel incontestável na promoção de liberdade de expressão, inovação e acesso ao conhecimento) não são eficientes ao abordar os fins de direito que as inspiram.

²⁸⁷ v. Introdução.

²⁸⁸ Segundo Gustavo Binenbojm, as falhas de regulação podem ser entendidas como “aquelas medidas inaptas a alcançar os resultados pretendidos ou cujos efeitos – desejados ou não – sejam contrários a eles.” Nesse sentido, a descrição das experiências nacionais que tentaram regular a Internet e não tiveram sucesso podem ser consideradas como tal (a exemplo dos casos expostos na Introdução do trabalho, como os o *link tax* espanhol). (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 226-227).

²⁸⁹ LEMOS, Ronaldo, SOUZA, Carlos Affonso Pereira. *Marco Civil da Internet – Construção e Aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016, p. 16.

²⁹⁰ KLEINSTEUBER, Hans J. The Internet between Regulation and Governance In: Organization for Security and Co-operation in Europe, *Self-Regulation, Co-regulation and State Regulation*, 16 dec. 2004, p. 61. Disponível em: <https://www.osce.org/fom/13844?download=true>. Acesso em 20/12/2018.

No cenário atual, não é precipitado cogitar-se da insuficiência dos mecanismos de formulação e implementação de políticas públicas do Estado Regulador diante deste ambiente tecnológico e dinâmico. Muitos autores situam a discussão sobre regulação da Internet dentro de um debate maior sobre funções, modos e estratégias relevantes para a regulação de ambientes globalizados, complexos e altamente caracterizados pela incerteza de conhecimento²⁹¹.

Nesse contexto, as dificuldades de aderência dos meios tradicionais podem ser identificadas como *um fenômeno comum subjacente*, donde decorrem consequências teóricas e empíricas segmentadas, expressas a partir de diferentes terminologias²⁹². São teorias distintas, que se expressam em campos do direito distintos e que têm em comum o esforço de interpretar esse cenário de insuficiência. Muitas delas foram desenvolvidas em momentos anteriores ou concomitantes aos debates sobre regulação da Internet, sem se referenciar ou condicionar necessariamente por eles, refletindo o que Gunther Teubner chama de “uma rápida proliferação de esferas regulatórias que estabelecem regimes específicos que, tendo alcance global, frustram a autonomia local ou regional do estado nação e do território”²⁹³. Desse aspecto subjetivo fragmentado e necessariamente descentralizado do Estado, decorre a adoção de instrumentos de *soft law* (de forma exclusiva ou combinada com a *hard law* tradicional), “aptos a orientar políticas públicas ou a recomendar a implementação de mudanças institucionais”²⁹⁴ de Estados membros, ou a constituir políticas organizacionais internas, como diretrizes, princípios gerais, recomendações ou políticas de uso.

Com efeito, essas teorias resultam de um esforço de compreensão e conformação pela literatura acadêmica de um contexto de globalização econômica e cultural em curso há décadas, mas que ganhou força a partir dos anos 80/90 e que se potencializa pelo desenvolvimento tecnológico cada vez mais acelerado. Me refiro aqui às ideias de *Estado Pós Regulatório*, *Descentralização Administrativa*, *Direito Administrativo Global* e de *Constitucionalismo Global*.

²⁹¹ GRAFENSTEIN, Maximilian von. *The Principle of Purpose Limitation in Data Protection Laws. The Risk-Based Approach, Principles, and Private Standards as Elements for Regulating Innovation*. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 4.

²⁹² *Ibid.*, p. 51.

²⁹³ Destaca-se que o autor trata, especificamente, das consequências derivadas deste fenômeno para o direito constitucional; contudo, a constatação aqui destacada é distintiva desse cenário de fundo de que se trata, razão pela qual se aplica, em menor ou maior grau, às diferentes análises aqui listadas. TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 52.

²⁹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 315.

Colin Scott, por exemplo, se refere ao *Estado Pós Regulatório*²⁹⁵ para tratar do próximo modelo de atuação estatal, após a transição do modelo de Bem-Estar Social (baseado em propriedade pública dos meios de produção, intervenção estatal direta e integração entre formulação de políticas públicas e funções operacionais), para o Estado Regulatório. Ao contrário do paradigma que o precedeu, o Estado Regulatório diluiu a intervenção estatal direta na economia, estabelecendo um modelo caracterizado por separação de atividades operacionais das de regulação, uma tendência a separar compradores e fornecedores de serviços públicos (através de políticas de contratação e teste de mercado) e separação de tarefas operacionais de políticas dentro de departamentos governamentais e a criação de agências executivas²⁹⁶. Nesse modelo, a regulação incorpora a concepção da subsidiariedade, o que importa reconhecer os princípios gerais da livre iniciativa e da livre empresa, reservando-se ao Estado o instrumento da regulação como meio de orientar a atuação dos particulares à realização de valores fundamentais²⁹⁷.

Segundo Scott, o estágio seguinte – do *Estado Pós Regulatório* – seria caracterizado por tendências teóricas e empíricas que “desafiam a ideia de que a regulação seria orientada para as capacidades do Estado”, cuja principal característica são as fronteiras antes distintas, ora

²⁹⁵ SCOTT, Colin. Regulation in the Age of Governance: the rise of the post-regulatory state In: JORDANA, Jacin; LEVI-FAUR, David. *The Politics of Regulation – Institutions and Regulatory Reform for the Age of Governance*. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 145-176, p. 146, 2004. Note-se que o conceito de Estado Pós Regulatório foi precedido pela ideia de um *direito pós regulatório*, desenvolvida por Gunther Teubner em 1984. Na ocasião, o autor a introduziu como uma resposta à “crise do direito regulatório”, expressa principalmente nas deficiências de eficácia e falência institucional do modelo de Bem-Estar Social. Nesse contexto, o autor ofereceu três perspectivas para uma interpretação pós instrumental do direito, capaz de endereçar essas deficiências: a primeira, a partir da sua implementação, demandaria uma revisão das preocupações com resolução de conflitos judiciais em favor de orientação de políticas públicas; a segunda, se refere a processos de desregulação e deslegalização a partir da retirada da intervenção estatal de áreas sociais; já a terceira perspectiva, que chama de controle da autoregulação, se refere à necessidade de adoção de soluções alternativas, que transcendem a distinção entre leis formais e substantivas, favorecendo formas mais abstratas e indiretas de controle pelo direito. Guardadas as particularidades do contexto abordado pelo autor, essas formulações – principalmente a última delas – já apontavam no sentido de uma concepção sobre o papel do Estado deslocada da centralidade do direito hierárquico. (TEUBNER, Gunther. *After Legal Instrumentalism: Strategic Models of Post-Regulatory Law* In: TEUBNER, Gunter (Org). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin, 1986, p. 306)

²⁹⁶ SCOTT, Colin. Regulation in the Age of Governance: the rise of the post-regulatory state. In: JORDANA, Jacin; LEVI-FAUR, David. *The Politics of Regulation – Institutions and Regulatory Reform for the Age of Governance*. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 145-176, p. 148, 2004. Sobre os detalhes de cada um desses modelos e do processo evolutivo de cada um deles veja-se: SUNSTEIN, Cass. *After the Rights Revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. Para uma abordagem voltada à experiência brasileira, recomenda-se as obras de Alexandre Aragão e Paulo Mattos Todescan: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: Eficiência e legitimidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

²⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 21.

borradas, entre os Estados e os mercados, entre o que é público e o que é privado²⁹⁸. Assim, o autor identifica, dentre as características marcantes deste modelo: a *variedade de normas*, expressa na pluralidade de atores com competência para produção de regras formais, na adoção de instrumentos de *soft law* e de direito privado (ao passo que o Estado Regulador se baseava em normas primárias e secundárias)²⁹⁹; a *variedade de mecanismos de controle*, que antes eram estruturados na hierarquia normativa do Estado e agora se realizam por caminhos diversos (um ponto que o autor ilustra com a ideia de Lessig sobre a ação conformadora de normas sociais, mercados, direito e arquitetura)³⁰⁰; a *variedade de controladores*, onde além do Estado Nação, a legitimidade tem referência também em nível supranacional, em uma gama variada de organizações governamentais, supragovernamentais e não governamentais³⁰¹; e, por fim, a *variedade de controlados*, onde os negócios deixam de ser os únicos destinatários do controle, a partir do reconhecimento de que importa para a ordem social e econômica o comportamento de uma variedade de atores³⁰².

Numa abordagem referenciada em agentes, Julia Black descreve o mesmo fenômeno como *descentralização*, para caracterizar um momento em que a regulação passa a se concretizar através de estratégias indiretas. A autora associa o movimento pós-regulatório à ampliação do entendimento sobre o conceito de “regulação”, de forma a englobar técnicas híbridas e indiretas, além da produção normativa centralizada no Estado:

A literatura sobre estratégias regulatórias (ou pós-regulatórias) indiretas é extensa e, embora ofereça muitos projetos inovadores para técnicas de regulação, não é o objetivo de revisá-las aqui. Para os propósitos desta discussão, é suficiente notar que a autorregulação, como um elemento de fechamento autopoietico, é central para a análise descentralizada. Ele fornece seu principal diagnóstico de falha regulatória e é considerado normativamente como a chave para o sucesso regulatório. A tarefa da regulação foi redefinida: é regular a autorregulação. No entanto, é fazê-lo indiretamente, de uma maneira "pós-regulatória".³⁰³

²⁹⁸ SCOTT, Colin. Regulation in the Age of Governance: the rise of the post-regulatory state. In: JORDANA, Jacin; LEVI-FAUR, David. *The Politics of Regulation – Institutions and Regulatory Reform for the Age of Governance*. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 145-176, p. 147, 2004.

²⁹⁹ Ibid., p. 161.

³⁰⁰ Ibid., p. 164.

³⁰¹ Ibid., p. 165.

³⁰² Ibid., p. 166.

³⁰³ BLACK, Julia. Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World. *Current Legal Problems*, v. 54, n. 1, Oxford University Press, pp. 103-146, 1 jan. 2001, p. 126. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/clp/54.1.103> Acesso em 28/11/2018

Apesar de reconhecer a sua conformidade com diferentes significados³⁰⁴, importa aqui a referência que a autora faz às técnicas de “regulação descentralizada”, que chama de *regulação em diversos espaços*³⁰⁵. Elas refletem a ideia de que a atividade regulatória, considerada como influência de comportamento da coletividade por um determinado agente, público ou privado, pode assim afastar-se do Estado, e ser exercida de forma descentralizada por uma série de atores sociais de natureza jurídica diversa, tais como organizações privadas, associações coletivas, comitês técnicos, profissões, e até agentes privados de mercado.

Por sua vez, a existência de um *direito administrativo global* já foi constatada e problematizada por diferentes autores³⁰⁶, e tem como componente distintivo a criação de regras de direito administrativo de alcance global por uma rede de agentes públicos e privados que não se confundem com a figura do Estado³⁰⁷. Em seu âmbito, é possível identificar uma disputa

³⁰⁴ Cabe esclarecer que o termo descentralização administrativa pode ser usado para se referir a fenômenos diferentes, guardando um núcleo comum na ideia de oposição à aglomeração das atividades de regulação em um centro único de poder. Além da referência às técnicas de regulação descentralizada características do Estado Pós Regulatório, Julia Black identifica para a *descentralização administrativa* os seguintes significados: (i) fragmentação interna da administração pública através da desconcentração e delegação de competências a diferentes órgãos, compondo o que Gustavo Binbenjy chama de administração policêntrica; (ii) implicações da sociedade globalizada em relação à constatação de que os governos não apenas influenciam e limitam a atuação dos demais atores sociais, como também são influenciados e limitados por esses atores e por circunstâncias outras. Nesse sentido, a descentralização se refere também ao debate acerca da implementação de níveis intermediários de governo, verificados em arranjos políticos caracterizados por regionalismo ou federalismo; (iii) expressão da remoção do governo e da administração pública do centro conceitual da sociedade, como consequência de uma análise dos sistemas sociais, segundo a qual as políticas públicas da administração, assim como o direito e a economia, são descritas como sistemas fechados e auto-referenciais da sociedade, incapazes de observar outros sistemas fora de sua própria perspectiva; (iv) remoção do governo do topo da hierarquia pré-estabelecida entre Estado e sociedade, e a mudança para uma relação de heterarquia dinâmica, em que os papéis de governante governado estariam em constante inversão e mal definidos. Alexandre Aragão, por sua vez, associa a descentralização à “transformação dos modelos de administração pública, que passam a se situar no desenho organizativo e na gestão de recursos em função da natureza das tarefas, levando à fragmentação harmônica do aparato administrativo, à necessidade de novos instrumentos de integração e coordenação, e ao reconhecimento de novos graus do exercício autônomo da discricionariedade, com a emergência de mecanismos de controle mais finalísticos que hierárquicos.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 201.

³⁰⁵ Tradução livre do trecho em inglês originalmente empregado pela autora *regulation in many rooms*. BLACK, Julia. Decentering Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World. *Current Legal Problems*, v. 54, n. 1, Oxford University Press, pp. 103-146, 1 jan. 2001, p. 103-114. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/clp/54.1.103>. Acesso em: 28 nov. 2018.

³⁰⁶ Nesse sentido: DIMITROPOULOS, Georgios. *Global Administrative Law as 'Enabling Law': How to Monitor and Evaluate Indicator-Based Performance of Global Actors*. IRPA Working Paper GAL Series n. 7/2012, 20 oct. oct., 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2Nvbuhd> Acesso em 28/11/2018; VERMEULE, Adrian. Local and Global Knowledge in the Administrative State. *Harvard Public Law Working Paper*, No. 13-01, Harvard Law School, 2012; BAPTISTA, Patrícia Ferreira; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Direito administrativo global: uma nova ótica para a regulação financeira e de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

³⁰⁷ DIMITROPOULOS, Georgios. *Global Administrative Law as 'Enabling Law': How to Monitor and Evaluate Indicator-Based Performance of Global Actors*. IRPA Working Paper GAL Series n. 7/2012, 20 oct. oct., 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2Nvbuhd>. Acesso em: 28 nov. 2018.

pelos meios de implementação do direito administrativo, já que essas entidades exercem suas políticas através de instrumentos que fogem da normatividade típica dos ordenamentos (administrativos) internos, sendo desprovidos de vinculação e obrigatoriedade. Na definição de Patrícia Ferreira Baptista e Leonardo Coelho, o direito administrativo global poderia ser entendido como um “direito paralelo, forjado em foros de negociação internacional, cunhado em agências estatais e não estatais, com o objetivo de atender às necessidades [dos] setores econômicos que atuam no espaço global”³⁰⁸. Gustavo Binenbojm atribui a sua relevância a uma demanda por um direito administrativo desterritorializado, resultante da “febril desterritorialização da economia globalizada”³⁰⁹, além de já identificar a sua influência sobre o desenho regulatório institucional, interagindo com as fontes normativas primárias e condicionando a interpretação jurídica do *hard law* (como o agir das Administrações Públicas nacionais, tornando-se importante componente da juridicidade administrativa)³¹⁰.

Expressões deste paradigma são igualmente encontradas no âmbito do Direito Constitucional, onde as reflexões orbitam ao redor da aplicação de estruturas constitucionais a arranjos híbridos (como organizações internacionais com presença ou representação estatal voltadas à discussão e desenvolvimento de políticas em temas determinados³¹¹) e até exclusivamente não estatais com caráter transnacional³¹². Aqui, ganha relevância a aplicação de princípios materiais antes centrados na ideia de Estado de Direito – como o direito ao contraditório e à ampla defesa³¹³. No âmbito peculiar às tecnologias, isso se expressa na atual difusão da ideia de constitucionalismo digital, que, conforme abordado no capítulo anterior, se

³⁰⁸ Cf.: BAPTISTA, Patrícia Ferreira; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Direito administrativo global: uma nova ótica para a regulação financeira de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado Sá. *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 803.

³⁰⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 311.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 316.

³¹¹ Como por exemplo a OCDE e a OMC.

³¹² Nesse sentido, veja-se: TEUBNER, Gunther. "Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of "Private" and "Public" Corporate Codes of Conduct," *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 18, pp. 617-638, 2011. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1457&context=ijgls> Acesso em 28/12/2018.

³¹³ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 323.

refere à constelação de iniciativas que procuraram articular um conjunto de direitos políticos, normas e limites de governança sobre o exercício de poder no âmbito da Internet³¹⁴.

Enquanto o aprofundamento em cada uma dessas teorias e suas consequências de ordem diversa fogem ao escopo deste trabalho, é essencial o seu reconhecimento como cenário teórico das discussões aqui tratadas. Elas ilustram as reações a ambientes regulatórios complexos como a Internet, ao mesmo tempo em que oferecem uma perspectiva própria sobre o Estado e suas funções. Além de servirem como pano de fundo para a busca de soluções eficazes, essas construções teóricas sobre um mesmo fenômeno subjacente encontram, nesse ambiente, um lugar de legitimação, onde muitas vezes as suas alternativas institucionais se apresentam como a única solução viável.

Importa notar que a relevância desse marco teórico não implica na proposição de critérios necessariamente descentralizados; o próprio objetivo deste trabalho é tratar do papel do Estado e atestar que o seu afastamento total não se mostra eficiente na regulação da Internet. Por esse motivo, ainda que a adoção da *soft law* como prescrição teórica e pragmaticamente uníssona seja descabida, há que se reconhecer as realidades e riscos inexoráveis que exigem a sua inclusão dentro das técnicas possivelmente aderentes a estes contextos.

Isso torna a regulamentação da Internet um desafio particularmente complexo para os governos, e que não pode ser inteiramente deixado para uma indústria que amadureceu rapidamente e sem supervisão. Manter a indiferença não informada ou insistir em modernizar lógicas regulatórias antigas para um ambiente fundamentalmente diferente como o da Internet não são soluções viáveis, tornando necessário o enfrentamento dessas incertezas na busca por soluções regulatórias legítimas e eficazes.

Associando as constatações empíricas com a literatura, é possível propor uma abordagem voltada para alguns dos aspectos pragmáticos que embasam o juízo de legitimidade sobre a ação regulatória, especificamente, a *motivação* (por que regular a Internet?), os *arranjos institucionais* eleitos (quem regula a Internet?), e a *forma* - normativa ou não - de implementação desses objetivos (como regular a Internet?)³¹⁵. O objetivo dessa análise é

³¹⁴ GASSER, Urs; GILL, Lex; REDEKER, Dennis. Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights, *Berkman Klein Center for Internet and Society Research Publication*, n. 2015-15, pp. 1-26, p. 28, 9 nov. 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120 Cabe notar que, diante de diferentes entendimentos possíveis sobre o que é o constitucionalismo digital, a concepção adotada pelos autores inclui, além de estatutos nacionais, cartas e títulos não vinculantes e declarações oficiais.

³¹⁵ Essa formulação da legitimidade de ação estatal em forma de perguntas foi adotada anteriormente no trabalho “*Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas*”, que introduzia algumas questões sobre a ação estatal diante das tecnologias como um todo. BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 273, Rio de Janeiro, pp. 123-163, 17 set. 2016.

salientar os insumos técnicos, jurídicos e empíricos que devem informar a avaliação de cada um desses aspectos, de forma que garanta legitimidade ao seu tratamento pelo regulador.

A indicação desses parâmetros parte de constatações sobre o papel do Estado diante das tecnologias e, especialmente, diante da Internet. Além dos fundamentos da teoria tradicional da regulação e das implicações próprias da regulação de tecnologias, considera-se o esforço que faz, há mais de vinte anos, a literatura voltada para a regulação e governança da Internet, principalmente no tocante à necessidade, ou não, de um tratamento diferenciado desse ambiente.

Desta forma, a primeira seção 3.1 que se segue aborda esse papel, estabelecendo, primeiro, os requisitos de legitimidade da ação regulatória cabíveis sob a perspectiva necessária aos fins ora propostos. Em seguida, a regulação dos serviços prestados através da Internet é contextualizada diante das diferentes formas com que o Estado se relaciona com as tecnologias, e principalmente, em relação à literatura dedicada à regulação de tecnologias e de tecnologias da informação especificamente (campo dentro do qual a Internet está inserida).

As formulações instrumentais à análise de legitimidade das políticas públicas são abordadas a partir da seção 3.2, que trata das *motivações* para regular a camada de conteúdo da Internet. Além de endereçar questões afeitas à aplicabilidade dos racionais tradicionais de intervenção, é dado destaque ao papel que a promoção da inovação como fundamento da ação regulatória tem nesse âmbito, dadas (i) a importância dessa promoção para o desenvolvimento econômico e (ii) as características técnicas da Internet (que a tornam uma rede extremamente propensa à inovação). Na seção seguinte, são abordados os arranjos institucionais, com especial atenção ao histórico de autorregulação da Internet à correção como parâmetro de legitimidade em relação ao aspecto institucional. Por fim, a seção 3.4 tratará do aspecto formal, com ênfase nas estratégias regulatórias que costumam ser apontadas como solução neste contexto.

3.1. O papel do Estado na Regulação da Internet

3.1.1. Legitimidade e regulação

A medida da legitimidade da regulação tem concepção original voltada para a circulação, dentro das instâncias decisórias, do poder político originalmente popular³¹⁶. Seja através da eleição de representantes, seja através da participação direta nesses processos pela cidadania, ela se relaciona com a vinculação dos administradores e do resultado das políticas públicas à vontade popular, expressa, inclusive, nos mandamentos de origem constitucional.

Apesar disso, o direito administrativo contemporâneo já admite medidas de legitimidade da ação regulatória que não se esgotam sob essa perspectiva democrática, podendo ter também referencial na ideia de eficiência. Essa constatação tem importante papel dentro do contexto teórico deste trabalho, onde a regulação estatal (democraticamente legitimada) não apenas convive, mas também passa a se materializar por instâncias que não são essenciais ou principalmente informadas por esse fluxo de representatividade³¹⁷. Cabe assim, situar essa análise dentro do que se entende por uma ação regulatória estatal legítima no campo da Internet, o que necessariamente considerará o que se espera do Estado na interação com esse setor.

Naturalmente, a perspectiva participativa ainda tem um papel importante a cumprir, se expressando na exigência de mecanismos que garantam participação dos grupos de interesse em processos decisórios em matéria de política pública³¹⁸, de forma que o processo regulatório e seu produto³¹⁹ estejam em consonância com o requisito de participação e expressão da vontade popular que embasam as instituições democráticas. Apesar de se aplicarem à formação de políticas públicas conduzidas pelos poderes legislativo e judiciário, esses instrumentos são comumente tratados pela literatura no que se refere à atuação das agências reguladoras.

Segundo Alexandre Aragão, por exemplo, essas atividades exigem, além dos requisitos constitucionais expressos, principalmente, nos princípios da legalidade e da eficiência, a adoção de medidas dentro do processo decisório capazes de suprir o déficit de legitimidade representativa, como a promoção de audiências, consultas públicas e demais iniciativas

³¹⁶ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: Eficiência e legitimidade*. 2. Ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 29-31.

³¹⁷ v. Capítulo 2, seção 2.5.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 30.

³¹⁹ “A administrativização da regulação, a sua crescente tecnicidade, que a coloca não mais indiretamente vinculada aos juízos de natureza preponderantemente política, assim como a perda de densidade das leis, que têm a sua força normativa postergada para um momento da sua concretização, se, por um lado, colocaram em cheque os mecanismos de legitimação tradicionais, típicos do Estado liberal-burguês, por outro, impôs ao Estado e aos seus órgãos de regulação a emergência de novos modelos de legitimação.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 104.

voltadas à construção de um espaço público de discussão³²⁰. Por sua vez, Gustavo Binjenbojm³²¹ extrai do princípio democrático a necessidade de legitimação das atividades administrativas via constitucionalização (através de uma atividade responsiva a direitos e garantias constitucionais), democratização (pela “abertura e fomento à participação dos administrados nos processos decisórios da administração”³²²) e processualização (numa disciplina de procedimentos formativos de políticas públicas voltada para garantias de informação e participação processual da coletividade).

Em relação aos debates sobre regulação da Internet, essas exigências são comumente tratadas pela perspectiva do multissetorialismo, que conforme tratado no Capítulo 2, é o conceito teoricamente difundido para expressar exigências processuais e constitutivas dos organismos instituídos para coordenar determinados protocolos. Lá, o multissetorialismo se ocupa de aferir representatividade das partes interessadas nos processos de produção e execução de políticas públicas que se dão no âmbito de instituições como o ICANN e o IGF. Figura assim como um *fim* de legitimidade para esses arranjos institucionais alternativos – eles são legítimos porque *se constituem* de uma forma multissetorial.

No que toca o exercício de regulação pelo Estado, o multissetorialismo também se apresenta como uma exigência processual, que apesar de fundamental às políticas públicas direcionadas à Internet, já tinha sua pertinência advogada para matérias de caráter geral, materializando-se muitas vezes na realização de consultas e audiências públicas³²³. Aqui, ele figura como um dos *meios* de garantia ou reforço da legitimidade democrática – a deliberação final sobre os assuntos em pauta é legítima porque *o processo se desenvolveu* de forma multissetorial.

Apesar do multissetorialismo não ser necessariamente um pressuposto formal desses debates, é possível identificar a sua implementação em processos legislativos brasileiros voltados à regulação da Internet, como por exemplo o processo de redação, aprovação e promulgação da Lei nº 12.965/2014 (o Marco Civil da Internet). Segundo Ronaldo Lemos, Carlos Affonso Souza, Juliana Nolasco e Fabro Steibel, o Marco Civil foi elaborado através de

³²⁰ Ibid., pp. 105-106.

³²¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 76-78.

³²² Ibid., p. 77.

³²³ Inclusive no âmbito do poder judiciário, com o objetivo de dar aos processos “permeabilidade social” – v. GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 84-85.

um processo aberto multissetorial, por meio do qual membros do público, governo, empresas globais e locais da Internet, sociedade civil e outros envolvidos em negociações sobre o texto da legislação puderam participar através de plataformas online³²⁴. Em relação à Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), Laura Schertel Mendes também identifica “um processo democrático realizado na Internet e de forma muito semelhante ao debate público do Marco Civil da Internet que contou com consultas públicas realizadas em 2010 e 2015”³²⁵, que resultaram em um total de quase 2.000 contribuições da sociedade civil, especialistas, órgãos do governo e empresas privadas³²⁶.

Em trabalho dedicado à análise dos critérios de legitimidade no âmbito da União Europeia, Vivien Schmidt associa esses requisitos de legitimidade democrática ao que chama de *legitimidade de insumos* (tradução livre da expressão original *input legitimacy*) referente à participação política de cidadãos e representantes nos processos de governo³²⁷. A autora identifica, ainda, a legitimidade procedimental (*throughput legitimacy*, que se refere a práticas institucionais peculiares do processo de governo, com referência a eficácia, *accountability*, transparência e abertura desses processos³²⁸) e a legitimidade de resultado (*output*

³²⁴ LEMOS, Ronaldo; STEIBEL, Fabro; DE SOUZA, Carlos Affonso; NOLASCO, Juliana. NoC Internet Governance Case Studies Series: A Bill of Rights for the Brazilian Internet (“Marco Civil”) – A Multistakeholder Policymaking Case. In: GASSER, Urs; SCHULZ, Wolfgang. Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Case Studies, Research Publication No. 2015-5, *The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series*, Appendix D, 18 feb. 2015.

³²⁵ LEMOS, Ronaldo; STEIBEL, Fabro; DE SOUZA, Carlos Affonso; NOLASCO, Juliana. NoC Internet Governance Case Studies Series: A Bill of Rights for the Brazilian Internet (“Marco Civil”) – A Multistakeholder Policymaking Case. In: GASSER, Urs; SCHULZ, Wolfgang. Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Case Studies, Research Publication No. 2015-5, *The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series*, Appendix D, 18 feb. 2015.

³²⁶ MENDES, Laura Schertel. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, nov.-dez. 2018, Ebook, p. 22.

³²⁷ SCHMIDT, Vivien A. Democracy and Legitimacy in the European Union. *Oxford Handbooks Online*, Oxford University Press, pp. 658-674, 30 ago. 2012, p. 664. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199546282.013.0046>. Acesso em: 14 set. 2018.

³²⁸ “A legitimidade procedimental é um critério de desempenho centrado no que se passa dentro da “caixa preta” da governança da UE, entre o input e o output, que tem sido deixado em branco pelos teóricos dos sistemas políticos. Ele denota não apenas a eficácia dos processos de governança da UE, mas também, e mais importante, sua *accountability*, o que significa que os atores da política são responsivos e podem ser responsabilizados pelas decisões de saída; a sua transparência, o que significa que os cidadãos têm acesso à informação; e sua abertura à “sociedade civil”, significando que os cidadãos organizados em organizações baseadas em interesses têm acesso e influenciam no processo de tomada de decisão.” Trecho original em inglês: “*Throughput*” *legitimacy is a performance criterion centering on what goes on inside the “black box” of EU governance, between the input and the output, which has typically been left blank by political systems theorists. It denotes not just the efficacy of EU governance processes but also, and most importantly, their accountability, meaning that policy actors are responsive and can be held responsible for output decisions; their transparency, meaning that citizens have access to information; and their openness to “civil society,” meaning that citizens organized in interest-based organizations have access to and influence in the decision-making process.*” Ibid., p. 3.

legitimacy)³²⁹, um critério de performance centrado na habilidade das instituições de governarem de forma efetiva³³⁰.

Em sua formulação, Vivien Schmidt desenvolve a ideia de que a abordagem da legitimidade administrativa sob uma perspectiva democrática, apesar de essencial, não esgota as exigências características das ordens institucionais contemporâneas. No âmbito de contextos caracterizados pela governança supranacional (como é o caso da União Europeia) e pela multiplicidade de instâncias que produzem e implementam políticas públicas, ganhariam importância as ideias de legitimidade processual e de resultado, centradas nos requisitos que legitimam os processos decisórios e na eficácia dos produtos que deles resultam. Segundo ela, esses conceitos teriam uma relevância diferenciada no espectro das políticas desempenhadas por instituições “não-majoritárias” (como o Banco Central Europeu, a Autoridade da Concorrência da Comissão Europeia, o Tribunal de Justiça da União Europeia e outros órgãos reguladores), o que não afasta a sua aplicabilidade também a práticas que envolvem a representação das demandas dos cidadãos por meio de eleições, como grupos de interesse e mobilização de base.

No direito administrativo brasileiro, é possível identificar uma relação entre a legitimidade de resultado e a exigência constitucional de eficiência da regulação, onde a sua juridicidade não é apenas uma questão de quem está regulando, mas também, se está regulando da forma correta³³¹. Segundo Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, o princípio da eficiência representa, ao lado do foco na satisfação dos resultados alcançados, um critério normativo que fornece incentivos para a racionalidade e otimização dos atos praticados pelo regulador³³². Implica, dentre outras, a “necessidade de máxima realização do rol de direitos fundamentais constitucionalmente previstos”, o “dever de escolhas adequadas e necessárias sobre quais direitos serão realizados, em cada momento, em maior ou menor intensidade”, e “a verificação

³²⁹ Ibid., p. 663.

³³⁰ Ibid., p. 663.

³³¹ Paulo Todescan trata do tema no âmbito do debate do poder normativo das agências reguladoras brasileiras, de forma que, para ele “o que está em questão é saber em que medida pode ser legítima e democrática a decisão sobre o conteúdo da regulação por um órgão colegiado não eleito e com autonomia decisória em relação à administração direta, em contraposição à decisão monocrática de um ministro de Estado nomeado pelo Presidente da República, este sim eleito pelo voto popular.” (MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: Eficiência e legitimidade*. 2. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 199.(p. 199)

³³² RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 79.

da intensidade da intervenção estatal a partir de princípio geral da ordem econômica, isto é, na busca da intervenção mais eficiente”³³³.

No tocante à regulação de tecnologias de informação, a legitimidade regulatória centrada na eficiência é um requisito indispensável e um desafio de apuração e performance, que implica um juízo sobre se os reguladores têm o direito de intervir, e em caso positivo, sobre se os objetivos e a estratégia regulatória eleita são aceitáveis³³⁴. E a definição do que seria aceitável ou não em relação à regulação da camada de conteúdo da Internet deve passar, necessariamente, pela consideração das características essenciais que a diferenciam e as suas implicações de natureza econômica e social.

Considerando as ideias de abertura, não discriminação e alcance global da Internet sob uma perspectiva normativa, temos que elas não apenas se alinham com as ordens constitucionais democráticas, mas têm também o potencial de ampliar a efetivação dos valores que as baseiam em sentido político, social e econômico. Assim, identificadas situações de violações de direitos que fundamentem a ação regulatória, o juízo de legitimidade da regulação exigirá a observação dessas características na eleição de estratégias com o mínimo prejuízo às liberdades de expressão, de acesso à informação e de liberdade econômica (principalmente em relação à abertura do mercado a agentes entrantes, potencializada pela propensão à inovação desse ambiente). A legitimidade dessa mínima restrição possível, também estará, por sua vez, condicionada à efetiva realização do interesse público alvo da política em questão. Nesses termos, não seria legítima, por exemplo, a adoção de ferramentas tecnológicas com potencial para inibir a divulgação de conteúdo legítimo por usuários de uma plataforma de compartilhamento no exercício de sua liberdade de expressão (e que além disso, não é eficiente em coibir a circulação de conteúdo nocivo³³⁵). Não seria legítima, também, a proibição absoluta de uma determinada atividade econômica, que poderia desenvolver um novo mercado ou

³³³ CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional Regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 162.

³³⁴ “No caso da “legitimidade regulatória”, se for aceito que os reguladores ostensivos têm o direito de regular, as preocupações dizem respeito em grande parte se os reguladores estão tentando fazer a coisa certa do jeito certo - isto é, se os objetivos regulatórios são legítimos e se a estratégia regulatória é aceitável”. Trecho original em inglês: “*In the case of ‘regulatory legitimacy’, if it is accepted that the ostensible regulators have title to regulate, the concerns largely relate to whether the regulators are trying to do the right kind of thing in the right kind of way—that is, whether the regulatory purposes are legitimate and whether the regulatory strategy is acceptable.*” BROWNSWORD, Roger. The shaping of our on-line worlds: getting the regulatory environment right. *International Journal of Law And Information Technology*, Oxford University Press, v. 20, n. 4, pp. 249-272, 4 out. 2012, p. 254. Disponível em: <https://academic.oup.com/ijlit/article/20/4/249/726866> Acesso em 28 nov. 2018.

³³⁵ v. Seção 3.4

introduzir inovações futuras na economia de um país, diante da incapacidade do regulador de endereçar determinados riscos ou de harmonizar essa atuação comercial em relação ao arcabouço regulatório pré-existente.

Outro juízo relevante para a medida da eficiência no campo das tecnologias, este mais voltado para uma perspectiva econômica, é o das vantagens da eficiência dinâmica (medida sobre a geração de bem estar ao longo do tempo) sobre a eficiência estática (focada na alocação de recursos presentes, com base em fatores conhecidos e cálculos de custo-benefício segmentados num período de tempo determinado)³³⁶. Em setores da economia caracterizados pelo desenvolvimento tecnológico, maximizar eficiência dinâmica requer uma política pública que considere fatores relativos ao futuro, sendo afetada por aspectos como incentivo à inovação e investimentos. Isso pode implicar, por exemplo, em algum nível de transigência em relação à maximização de bem-estar imediato no exercício da regulação de agentes desse mercado.

Somadas, essas circunstâncias tornam o juízo de legitimidade das políticas públicas de que se trata um exercício diversificado, o que não significa que essas esferas de legitimidade não se comuniquem. Num ambiente caracterizado pela multidisciplinaridade e importância de expertises técnicas específicas, a permeabilidade à sociedade civil transcende a legitimação democrática e se relaciona também com a eficiência, na medida em que permite um resultado informado por especificidades técnicas capazes de aumentar a aderência das políticas produzidas à realidade desses mercados.

³³⁶ “(...) este sentido de eficiência "estática" não capta, contudo, o impacto das regras sobre o que pode ser chamado de "eficiência dinâmica", ou a taxa máxima de produção de novos produtos, serviços ou modos de operação, dado qualquer nível existente de recursos (capital e trabalho). De um modo geral, a literatura sobre direito e economia não enfrentou esse desafio que é mais difícil, e acreditamos mais importante, de criar regras para maximizar o crescimento econômico que gera mais recursos ao longo do tempo para os habitantes de qualquer sociedade.” Trecho original em inglês:“(…) “(...) *this sense of 'static' efficiency does not capture however, the impact of rules on what can be usefully called 'dynamic efficiency', or the maximum rate of production of new products, services or modes of operation, given any existing level of resources (capital and labor). Broadly speaking, the law and economics literature has not tackled this much more difficult, and we believe more important, challenge of designing rules to maximize economic growth that generates more resources over time for the inhabitants of any society.*” (COOTER, Robert D., EDLIN, Aaron, LITAN, Robert e PRIEST, George (org). *The Importance of Law in Promoting Innovation and Growth* In: COOTER, Robert D., EDLIN, Aaron, LITAN, Robert e PRIEST, George (orgs.) *Rules for Growth: Promoting Innovation and Growth Through Legal Reform*. EUA: The Kauffman Task Force on Law, Innovation, and Growth da Ewing Marion Kauffman Foundation, 2011, p. 08) Sobre as vantagens da eficiência dinâmica sobre a eficiência estática, veja-se, ainda: WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, Connecticut, v. 78, n. 02, pp. 313-328, 2012, p. 316. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2166525>>. Acesso em: 1 abr. 2016.

3.1.2. Estado, tecnologia e regulação

A regulação é uma das formas através das quais os Estados se relacionam com as tecnologias e a sua evolução. Diante das diversas formas em que elas se apresentam e de suas diferentes aplicações, os governos assumem diferentes papéis, podendo figurar como protagonistas, coadjuvantes ou audiência do avanço tecnológico; podendo instrumentalizar as tecnologias, ou ser por elas instrumentalizados; podendo conformá-las, ou por elas serem conformados. Uma política estatal estruturada para permitir o avanço tecnológico no sentido da ampliação do bem-estar e do desenvolvimento econômico deve observar essas diferentes relações, cada uma delas com diferentes implicações para o Direito.

Apesar dessa diversidade, é possível oferecer uma sistematização³³⁷ a partir do caráter comum a algumas destas relações entre Estado e tecnologia, e assim agrupá-las em *relações de equivalência*, de *instrumentalidade*, de *incentivo* e de *normatização*. As *relações de equivalência* incluem, por um lado, a abordagem de processos de governo como uma tecnologia em si, já que, por exemplo, “a regulação pode ser entendida como um conjunto de técnicas direcionadas à adaptação das atividades econômicas, conforme o objetivo de restringir ou ampliar determinados resultados”³³⁸. Por outro lado, essa equivalência também toma forma quando a regulação é exercida através da tecnologia, onde se destaca a operação de códigos e algoritmos no âmbito das tecnologias da informação, conforme descrito no Capítulo 1. Apesar da distinção destas operações no âmbito do debate abordado neste trabalho, vale notar que a regulação por tecnologias não é uma constatação exclusiva da Internet, tendo sido associada no passado a, por exemplo, circuitos fechados de televisão (conhecido pela sigla CCTV – *closed-circuit television*) e dispositivos de rastreamento³³⁹.

³³⁷ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 273, Rio de Janeiro, pp. 123-163, 17 set. 2016, p. 132.

³³⁸ *Ibid.*, p. 133.

³³⁹ BROWNSWORD, Roger. *What the world needs now: Techno-Regulation, Human Rights and Human Dignity*. Oxford: Hart, Projected Date: 200411, 2004 (Global governance and the quest for justice; v. 4), pp. 203-254.

As *relações de instrumentalidade* são aquelas em que as instituições de governo se utilizam da tecnologia para otimizar o exercício das suas funções³⁴⁰, e já foram abordadas pela doutrina de Cary Coglianese, que se refere ao fenômeno de “*E-rulemaking*” como o uso de tecnologias digitais no desenvolvimento e implementação da regulação³⁴¹. Por sua vez, as *relações de incentivo* seriam aquelas em que “a administração impõe ou estimula o uso de uma determinada tecnologia”³⁴², seja no âmbito de políticas de pesquisa e desenvolvimento, seja no exercício de poderes de polícia e atividades regulatórias setoriais em geral³⁴³.

No centro deste trabalho, temos, por fim, as *relações de normatização*, onde a tecnologia figura como objeto do poder regulador estatal propriamente dito, especialmente por meio de suas competências normativas. Em consonância com a acepção de regulação em sentido estrito aqui eleita, trata-se da “conformação da tecnologia à lógica principiológica que baseia a regulação setorial em geral, e pode ser exercida por diferentes mecanismos de intervenção”³⁴⁴. A partir dessas perspectivas, o *Estado* exerce diferentes papéis, que podem se sobrepor de acordo com os interesses públicos pertinentes a cada caso.

Do outro lado desta relação, temos as *tecnologias* - um objeto específico, mas que encampa uma ampla gama de diferentes saberes. Sob este rótulo, corre uma variedade de matérias, cada uma com necessidades específicas em relação a priorização e forma de estímulo, avaliações de risco e tratamentos institucionais. Tecnologias de reprodução assistida, por exemplo, são conhecidas por levantarem questões relevantes em relação a ética científica;

³⁴⁰ “Neste campo, da produção regulatória disseminada por estruturas governamentais, as tecnologias digitais em rede apresentam um relevante potencial como *ferramentas de governo*, viabilizando a expansão da participação popular nas atividades conduzidas por órgãos públicos em geral” (BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 273, Rio de Janeiro, pp. 123-163, 17 set. 2016, p. 135.

³⁴¹ COGLIANESE, Cary. E-Rulemaking: Information Technology and the Regulatory Process, *Administrative Law Review*, Vol. 56, pp. 353-396, 2004, p. 355. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1103&context=faculty_scholarship. Acesso em: 28 nov. 2018.

³⁴² BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 273, Rio de Janeiro, pp. 123-163, 17 set. 2016, p. 136.

³⁴³ Na regulação do audiovisual brasileiro, temos o caso do Sistema de Controle de Bilheteria previsto no art. 17 da MP. nº 2.228-1/2001, segundo o qual “toda sala ou espaço de exibição pública destinada à exploração de obra cinematográfica em qualquer suporte deverá utilizar o sistema de controle de receitas de bilheteria (...)”. Regulamentada pela Instrução Normativa nº 123/2015, a obrigação implica uso de sistema informatizado para registro das transações realizadas entre exibidor e espectador e envio de informações à ANCINE.

³⁴⁴ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 273, Rio de Janeiro, pp. 123-163, 17 set. 2016, p. 132.

tecnologias agrícolas demandam avaliações detidas de riscos relacionados a saúde pública, bem como a segurança dos materiais gerados através de técnicas de nanotecnologia, enquanto as tecnologias de comunicação e informação exigem, dentre outras, soluções para proteção de direitos individuais como privacidade e liberdade de expressão (sabidamente o caso da Internet).

Apesar dessa diversidade, há uma vertente acadêmica especializada³⁴⁵ que reúne as reflexões características à *regulação de tecnologias* como um todo, que segundo Lyria Bennett Moses, pode ser entendida como:

(...) uma regulação (definida de forma ampla ou restrita) do ambiente tecnológico, sócio-tecnológico ou, até do ‘novo’ ambiente tecnológico. Em última análise, a regulação da tecnologia opera, na prática, a resposta da literatura acadêmica do Direito ao chamamento que fazem sociólogos e filósofos a pensar-se sobre como ‘nós’ podemos influenciar a forma que tomam os contextos sócio-tecnológicos.³⁴⁶

Dentro deste campo, há um esforço de identificar e endereçar os desafios peculiares impostos aos reguladores pelas tecnologias. Em sua maioria, essas dificuldades são associadas ao descompasso entre a evolução da tecnologia e a velocidade da resposta das instâncias que produzem e implementam políticas públicas, à expertise necessária à identificação de um alvo regulatório, aos conflitos entre novos serviços e quadros regulatórios pré-existentes e à constante e inevitável variável da inovação (que entra nessas equações, ao mesmo tempo, como um bem a ser preservado e como um catalisador de riscos desconhecidos). Enquanto as diferentes inovações tecnológicas desafiam o sustento de um ambiente regulatório apto aos seus propósitos, há uma ordem de questões consideradas comuns, das quais a literatura acadêmica parte para buscar soluções que permitam o equilíbrio dos interesses públicos em jogo.

³⁴⁵ BROWNSWORD, Roger, SCOTFORD, Eloise e YEUNG, Karen, *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*. Oxford: Oxford University Press, 2017; MOSES, Lyria Bennett. How to think about law, regulation and technology: problems with ‘technology’ as a regulatory target law. *UNSW Law Research Paper*, No. 2014-30, pp. 1-19, 12 July 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2464750>>. Acesso em: 10 maio 2016; FENWICK, Mark D.; KAAL, Wulf A. Ph.D; VERMEULEN, Erik P.M. Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster than the Law?, *American University Business Law Review*, Vol. 6, No. 3, pp. 561-594, 2017, p. 577. Available at: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aubl/vol6/iss3/1> Acesso em: 01 maio 2017.

³⁴⁶ Trecho original em inglês: “Overall, however, it would seem to concern regulation (defined broadly or narrowly) in a technological space, a socio-technical space, or possibly a ‘new’ technological space. Ultimately, technology regulation operates in practice as legal scholarship’s answer to the call of sociologists and philosophers to think about how ‘we’ can influence the form that socio-technical complexes take.” (MOSES, Lyria Bennett. How to think about law, regulation and technology: problems with ‘technology’ as a regulatory target law. *UNSW Law Research Paper*, No. 2014-30, pp. 1-19, 12 July 2014, p. 6. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2464750>. Acesso em: 01 abr. 2016)

A partir de uma análise dessa literatura, Lyria Bennet Moses identifica e organiza essas questões sob a forma de três tipos de desafios regulatórios peculiares às tecnologias³⁴⁷: os desafios de *conexão regulatória*, os relativos ao *Dilemma de Collingridge* e os *problemas de andamento*. O primeiro grupo trata das questões de *conexão regulatória*³⁴⁸ advindas de uma possível incompatibilidade entre novas lógicas de mercado e quadros regulatórios formulados em um cenário passado. Essa incompatibilidade se expressaria, por exemplo, quando uma nova tecnologia é lançada em um “vazio regulatório” (ou seja, sem arcabouço jurídico que enderece sua operação), ou quando tecnologias já estabilizadas evoluem além de regimes regulatórios previamente estabelecidos.

O segundo grupo de desafios é organizado a partir do trabalho de David Collingridge³⁴⁹ - que sugere que a “flexibilidade interpretativa” é alta nos estágios iniciais do desenvolvimento de uma tecnologia, mas acaba se estabilizando em uma forma final (“fechamento”)³⁵⁰. Rotuladas sob o *dilema de Collingridge*³⁵¹, essas questões se relacionam com o tempo adequado para uma ação (ou omissão) regulatória que seja eficiente sem limitar o potencial da tecnologia que surge. Nesse sentido, a “flexibilidade interpretativa” identificada por Collingridge favoreceria a ação regulatória precoce, já que ficaria dificultada após o “fechamento”. Em campos onde a tecnologia evolui dinamicamente, muitas vezes o regulador ainda não possui informações suficientes sobre um determinado produto ou serviço para desenhar normas capazes endereçar os riscos identificados num primeiro momento (que podem, inclusive, se revelar irrelevantes conforme a tecnologia se desenvolve e estabiliza). Ao mesmo tempo, uma tecnologia já consolidada e com aderência dentro do mercado consumidor se torna também menos permeável a arranjos regulatórios posteriores, cuja implementação, além de custosa, tem seu grau de sucesso reduzido.

Por fim, o terceiro grupo de desafios expressa o que seriam *problemas de andamento*, decorrentes do “esforço do aparato estatal, especialmente nas funções normativas, em

³⁴⁷ Ibid., loc. cit.

³⁴⁸ Conforme o conceito adotado por Roger Brownsword. V. BROWNSWORD, Roger, SCOTFORD, Eloise e YEUNG, Karen, *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

³⁴⁹ COLLINGRIDGE, David. *The Social Control of Technology*. London: Frances Pinter Ltd., 1980.

³⁵⁰ MOSES, Lyria Bennett. How to think about law, regulation and technology: problems with ‘technology’ as a regulatory target law. *UNSW Law Research Paper*, No. 2014-30, pp. 1-19, 12 July 2014, p. 6. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2464750>> Acesso em: 01 abr. 2016.

³⁵¹ Ibid., p. 12.

acompanhar o rápido ritmo em que se dá a evolução tecnológica”³⁵². A autora identifica algumas formas em que essa questão se apresenta, como a necessidade de avaliar riscos e impactos desconhecidos, de aplicar a legislação existente a circunstâncias incertas, a ameaça constante de obsolescência e o perigo de aplicar a regulação de forma super abrangente (incluindo o máximo possível de desdobramentos daquela tecnologia) ou subinclusiva (quando a cautela em preservar o desenvolvimento daquele mercado prejudica a proteção dos fins de direito que justificaria a regulação).

Sob outra perspectiva, Mark Fenwick, Wulf A. Kaal e Erik P. M. Vermeulen³⁵³ abordam esses desafios voltados para as variáveis que a inovação (e suas consequências de natureza econômica e jurídica) traz para o processo regulatório. Assim, os autores destacam as dificuldades dos reguladores de distinguir e aproveitar inovações benéficas, o que numa era econômica pautada por inovações disruptivas tem grande probabilidade de gerar altos graus de inconsistência e incerteza jurídica. Para eles, as próprias características dos processos legislativos e regulatórios os fariam inaptos a tal função, principalmente por lhes faltar comunicação entre os atores interessados, debates e deliberações criativas, e por enfraquecerem a inovação³⁵⁴. Em sentido semelhante, Eric Brousseau e Jean-Michel Glachant, entendem que em economias baseadas no conhecimento e caracterizadas, ainda que em parte, por extensa inovação, “modelos regulatórios construídos no século XIX para administrar investimentos e a

³⁵² BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 273, Rio de Janeiro, pp. 123-163, 17 set. 2016, p. 139.

³⁵³ FENWICK, Mark D.; KAAL, Wulf A. Ph.D.; VERMEULEN, Erik P.M. Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster than the Law? *American University Business Law Review*, Vol. 6, No. 3, pp. 561-594, p. 577. Available at: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aubl/vol6/iss3/1>. Acesso em: 28 dez. 2018.

³⁵⁴ “A inovação tecnológica deve ser incentivada, proibida ou restrita de alguma forma? E que regras ou princípios substantivos devem ser adotados para atingir esse objetivo regulatório? A infraestrutura reguladora existente não consegue distinguir e aproveitar suficientemente a inovação benéfica. Na verdade, o processo de regulação existente muitas vezes proíbe comunicações ex parte, envolve muito pouco debate de ideias e prejudica a inovação. Como a transição tecnológica será um estado permanente na era da inovação disruptiva, a incapacidade dos legisladores para abordar questões regulatórias associadas à inovação disruptiva provavelmente gerará altos níveis de incerteza jurídica e inconsistência que inibem a inovação durante os períodos de transição tecnológica.” Trecho original em inglês: “*Should the technological innovation be encouraged, prohibited or restricted in some way? And what substantive rules or principles should be adopted to achieve this regulatory goal? The existing regulatory infrastructure cannot sufficiently distinguish and harness beneficial innovation. In fact, the existing rulemaking process often prohibits ex parte communications, involves very little brainstorming, and undermines innovation. Because technological transition is going to be a permanent state in the age of disruptive innovation, rulemakers’ inability to address regulatory issues associated with disruptive innovation will likely generate high levels of legal uncertainty and inconsistency that inhibit innovation during technological transition periods.*” Ibid., p. 573.

precificação de infraestrutura de transporte já não são relevantes”, o que demanda soluções capazes de endereçar a dinâmica evolução de tecnologias, produtos e mercados.

O desenvolvimento dessa literatura regulatória segmentada já data de pelo menos dez anos, e ganha relevância no quadro econômico e tecnológico atual. Devido, em grande parte, à abertura tecnológica e econômica da Internet, assistimos ao surgimento cada vez mais dinâmico de uma diversidade de produtos e serviços, inovadores no todo ou em parte, cujo tratamento pelo direito não é intuitivo. A consolidação de uma base teórica comum garante um ponto de partida às reflexões sobre a necessidade de atuação estatal, facilitando a identificação de problemas e a definição dos focos de ação. Ao mesmo tempo, ela demanda alguns cuidados no seu manuseio, principalmente em relação a três pontos.

Em primeiro lugar, é importante que não se confunda o reconhecimento de desafios comuns às tecnologias com o transplante mecânico de regimes jurídicos de um contexto específico para outro, o que sabidamente pode comprometer tanto a eficiência da regulação quanto o desenvolvimento destes setores. Esse esforço em busca de uma de sistematização fundacional deve ser considerado como tal, de forma que se permita a extração de consequências específicas da base teórica que dele resulta e de acordo com a tecnologia de que se trata.

Em segundo lugar, essa elaboração de desafios peculiares, capazes de demandar respostas específicas, não deve ser traduzida como sinônimo de atuação estatal necessária. Como em todos os campos da regulação, a atuação dos governos aqui continua submissa a juízos de conveniência e oportunidade, carecendo da devida motivação.

A tecnologia não é, por si, suficiente para justificar regulação, ainda que a forma como ela evolui (tecnológica e socialmente) seja fundamental para justificar abordagens específicas do marco regulatório ou até mudanças legais que sejam por ventura necessárias³⁵⁵. Segue pertinente, aqui, a formação do juízo necessário que precede a atuação estatal, que coloca em questão “o quanto essas intervenções são desejáveis, considerando o que é novo, seus riscos, e

³⁵⁵ MOSES, Lyria Bennett. Regulating in the Face of Sociotechnical Change. In: BROWNSWORD, Roger, SCOTFORD, Eloise e YEUNG, Karen, *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*. Oxford: Oxford University Press, pp. 573-596, 2017, p. 577. O corolário se expressa, ainda, na análise de Alice Voronoff: Na síntese de Alice Voronoff: “(...) é possível afirmar que as autoridades públicas, no exercício da função regulatória, embora vinculadas aos fins estabelecidos pela Constituição, não podem agir imotivadamente e por quaisquer meios. Pelo contrário. Diante da multiplicidade de objetivos e da escassez de recursos, o princípio democrático exige que as opções estatais sejam realizadas por intermédio de processos deliberativos informados pela liberdade e pela igualdade. A só referência a finalidades públicas estampadas na Constituição não é suficiente para legitimar a regulação. Escolher entre os diversos valores postos pressupõe a participação da sociedade, sob a forma de processos dialógicos.” (VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 220-221).

as opções de políticas públicas disponíveis (permitir, incentivar, encorajar, desencorajar ou proibir)”³⁵⁶.

Por fim, em terceiro lugar, consigna-se que elas também não afastam a pertinência das lógicas e justificativas tradicionais da atuação regulatória (que serão tratadas de forma detida na próxima seção). Identificar esses desafios não é abrir mão das ferramentas providas pela teoria da regulação tradicional; nem, tampouco, insistir na sua aplicação quando elas já se mostraram ineficientes ou não aderentes.

A cada nova tecnologia que surge, o movimento natural de reguladores e operadores do direito é examinar as suas implicações legais e oferecer contenções na medida do necessário. Algumas vezes, essa tarefa esbarra em um contexto tecnológico ou de mercado que não encontra precedentes imediatos na experiência, o que pode basear tanto reivindicações por novas soluções (na forma de novos quadros regulatórios), quanto insistências na suficiência dos institutos que já existem. Essa armadilha pode acarretar tanto em escolhas equivocadas de políticas públicas, quanto no que Nathan Cortez chama de *paralisia analítica*, quando ao evitar um desses extremos, os reguladores entram estado de inércia e consequente omissão³⁵⁷.

Trata-se, na verdade, de um conflito apenas aparente, já que as ferramentas conhecidas do direito e as abordagens regulatórias especiais não se excluem. Dependendo das características que definem uma tecnologia e dos riscos e benefícios delas advindos, diferentes aspectos do marco regulatório podem ganhar relevância. Algumas estratégias regulatórias podem ser mais aderentes que outras; alguns arranjos institucionais podem garantir maior eficiência, ou pode ser necessário, dentre os diferentes motivos que baseiam a ação regulatória estatal, priorizar alguns racionais em detrimento de outros. De tal forma que os desafios impostos aos reguladores se relacionam, em primeiro plano, à capacidade de identificar as características peculiares de cada tecnologia e suas consequências de ordem prática.

Essa ideia de uma abordagem equilibrada de regulação e novas tecnologias é adotada por Roger Brownsword, para quem esses fenômenos não demandam uma “reinvenção da roda regulatória”, mas sim que se aperfeiçoe a inteligência das políticas públicas para endereçar desafios inéditos. Segundo sua análise acertada,

Uma das principais ideias associadas à agenda subjacente é a de que, cada vez que uma nova tecnologia aparece, ou uma tecnologia estabelecida assume um novo significado ou avança de alguma forma, não deveríamos, por assim

³⁵⁶ Ibid., p. 583.

³⁵⁷ CORTEZ, Nathan. Regulating disruptive innovation. *Berkeley Technology Law Journal*, n. 29, Berkeley, pp. 175-228, 2014, p. 201.

dizer, reinventar a roda regulatória (...) Por outro lado, essa ideia precisa ser contrabalançada pelo pensamento de que as tecnologias, apesar de terem algumas semelhanças como objetos de regulação, são, ainda assim, diferentes - o pensamento de que cada nova tecnologia tem sua própria identidade distinta. Portanto, **mesmo que não precisemos reinventar a roda regulatória, precisamos refinar nossa inteligência regulatória para alinhá-la com as características de cada tecnologia em particular.**³⁵⁸ (grifado)

A necessidade de um marco regulatório adaptado a peculiaridades tecnológicas também foi apontado por Lyria Bennett Moses, para quem “a principal questão para os reguladores não é a necessidade de “regular a tecnologia”, mas sim, de garantir que as leis e os regimes regulatórios estejam bem adaptados ao cenário sociotécnico em que operam, que pode mudar ao longo do tempo”³⁵⁹.

O trabalho já citado de Mark Fenwick et al. expressa a importância de “reforma de marcos regulatórios que enderecem as preocupações crescentes associadas a tecnologias disruptivas”, através do desenho de soluções que garantam a segurança do público e facilitem a fruição das mesmas³⁶⁰. Por sua vez, Karen Yeung et al. também identificam que, ao romper com lógicas de mercado tradicionais e afrontar os marcos regulatórios, as mudanças tecnológicas também tornam questionável a legitimidade regulatória, que pode, de fato, necessitar de uma nova abordagem para continuar surtindo os efeitos de direito pretendidos³⁶¹.

³⁵⁸ Trecho original em inglês: “*One of the principal ideas associated with the underlying agenda is that, each time a new technology appears, or an established technology assumes a fresh significance or moves forward in some way, we should not, so to speak, have to reinvent the regulatory wheel. (...) On the other hand, this idea need to be counter balanced by the thought that the technologies, while having some similarities as regulatory targets, are nevertheless different – the thought that each new technology has its own distinctive identity. Hence, even if we do not need to reinvent the regulatory wheel, we do need to refine our regulatory intelligence to bring it into alignment with the characteristics of each particular technology.*” BROWNSWORD, Roger. So What Does the World Need Now? Reflections on Regulating Technologies. In: BROWNSWORD, Roger, YEUNG, Karen (Orgs.). *Regulating technologies: legal futures, regulatory frames and technological fixes*. Oxford: Hart, 2008, pp. 23-48, p. 30.

³⁵⁹ Trecho original em inglês: “the primary issue for regulators is not the need to ‘regulate technology’ but the need to ensure that laws and regulatory regimes are well “adapted to the sociotechnical landscape in which they operate, which changes overtime.” MOSES, Lyria Bennett. Regulating in the Face of Sociotechnical Change, In: BROWNSWORD, Roger; SCOTFORD, Eloise e YEUNG, Karen, *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 573-596, p. 577.

³⁶⁰ Trecho original em inglês: “*Reforming the regulatory framework to address increasing and growing regulatory concerns associated with disruptive technologies becomes increasingly important. Designing a regulatory framework that ensures the safety of users and the public, whilst facilitating the commercial use and consumer enjoyment of disruptive innovation is by no means easy*” (FENWICK, Mark D.; KAAL, Wulf A. Ph.D.; VERMEULEN, Erik P.M. Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster than the Law?, *American University Business Law Review*, Vol. 6, No. 3, pp. 561-594, 2017 p. 567. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aublrvol6/iss3/1>. Acesso em: 30 mar. 2019.)

³⁶¹ BROWNSWORD, Roger; SCOTFORD, Eloise; YEUNG, Karen. Law, Regulation, and Technology. *Oxford Handbooks Online*, pp. 03-40, 5 dez. 2016, p. 08.

Caminhando em direção ao objeto de estudo deste trabalho, temos que a Internet é uma tecnologia da comunicação e informação, amplamente bem sucedida em permitir a troca de informação, ampliar as possibilidades de expressão e difusão do conhecimento e em aproximar as pessoas. Desde sua implementação, assistimos a uma era de inovações que transcendem a comunicação social e transformam formas de negócios e de consumir em múltiplos setores. Essas transformações são possíveis, em grande parte, devido às características que compõem o seu sistema, que apesar de inerentemente técnicas, têm consequências relevantes de ordem política, social e econômica.

Desenhou-se assim, no início de sua expansão para o uso civil, o exato conflito (aparente) ora descrito. Enquanto, num primeiro momento, essas peculiaridades basearam correntes teóricas que rejeitavam a possibilidade de regulação, tanto a teoria (principalmente em Lessig e Reidenberg) quanto a experiência empírica demonstraram que a Internet não escaparia das formas tradicionais de expressão do poder estatal³⁶². Contudo, as tentativas de transplantar modelos pré-existentes de regulação (ou até de aplicação do direito em amplo senso) também deixaram a desejar em termos de eficácia. À medida em que se tentou construir o ambiente regulatório operacional para as atividades online, percebeu-se que o ambiente offline não se aplicaria de forma simples e direta. “Em suma, mesmo que não existam literalmente dois mundos, os ambientes normativos operacionais para atividades offline e online (atividades funcionalmente equivalentes) podem ser bastante diferentes umas das outras”³⁶³.

Mais de vinte anos depois deste processo de expansão, a implementação de lógicas regulatórias tradicionais traduziu-se, muitas vezes, em estratégias regulatórias ilegítimas ou ineficientes, como foi ilustrado na Introdução ao trabalho³⁶⁴. De fato, as ideias excepcionalistas

³⁶² A partir de uma série de estudos de casos de rádio, televisão por satélite e telégrafo, Debora Spar identificou a tendência da hierarquia dar lugar ao controle e à ordem, um ciclo que também se aplicaria à Internet; Segundo a autora: “Os governos imporão suas leis na internet. Isso será complicado, porque a rede ainda é um meio escorregadio e atravessa imperceptivelmente as fronteiras. Mas os governos, no entanto, reforçarão regras no ciberespaço que seus cidadãos provavelmente as obedecerão.” Trecho original em inglês: “*Governments will impose their laws upon the internet. This will prove tricky, because the net is still a slippery medium and crosses borders imperceptibly. But governments will nevertheless enforce rules in cyberspace that their citizens are likely to obey*”. SPAR, Debora. *Pirates, Prophets and Pioneers: Business and Politics Along The Technological Frontier*. Great Britain: Random House Business Books, 2001.

³⁶³ BROWNSWORD, Roger. The shaping of our on-line worlds: getting the regulatory environment right. *International Journal of Law And Information Technology*, Oxford University Press, v. 20, n. 4, pp. 249-272, 4 out. 2012, p. 254.

³⁶⁴ Conforme exposto na Introdução, assistimos ao longo das últimas duas décadas a uma série de iniciativas regulatórias que se revelaram ineficientes (por não cumprirem os objetivos que as fundamentaram) ou ilegítimas (por imporem restrições desproporcionais a direitos fundamentais e liberdades econômicas). Diante da ânsia em

não foram bem-sucedidas em afastar a Internet da regulação, mas isso não significa que ela não exija um tratamento excepcional.

3.1.3. O papel do Estado na regulação da Internet: exceção, legitimidade e eficácia

Como visto anteriormente, a expansão da Internet para o uso civil a partir dos anos 90 foi acompanhada de um movimento teórico que, a partir de diferentes justificativas, entendia pela impossibilidade da Internet ser regulada. Esses autores defendiam, em última instância, que as características únicas da Internet impediriam a aderência das formas tradicionais do direito³⁶⁵. Alguns, como Joe Perry Barlow e David Clark³⁶⁶, recusavam a própria legitimidade dos governos, defendendo a organização do ciberespaço a partir da autodeterminação da comunidade virtual; outros argumentos, como os de David Post e David Johnson, orbitavam ao redor da necessidade de marco regulatório independente de doutrinas vinculadas a jurisdições territoriais³⁶⁷.

Já referidos na Introdução como *excepcionalistas*, é possível encontrar na literatura a referência aos mesmos autores como *ciberlibertários*³⁶⁸, o que, a princípio, poderia indicar tratar-se de duas nomenclaturas que se referem à mesma teoria. Principalmente porque, à época

implementar mecanismos tradicionais de execução, que imprimem a lógica da autoridade e coação tradicional, algumas dessas iniciativas impunham às empresas que prestam serviços da Internet escolhas técnicas com o potencial de descaracterizar a abertura da rede, e assim restringir desproporcionalmente o exercício de direitos fundamentais relacionados às liberdades de comunicação. É o caso, por exemplo, das propostas americanas conhecidas em 2011 como SOPA/PIPA, da legislação francesa que permite o bloqueio de acesso a sites de propaganda terrorista sem necessidade de decisão judicial e do art. 17 da revisão da Diretiva de Direitos Autorais Europeia. Outras, por sua vez, se demonstraram ineficientes, como as escolhas de mecanismos autorregulatórios baseados em consentimento para tratamento legal da proteção de dados ou as decisões judiciais voltadas à contenção da disseminação de determinados conteúdos através de bloqueios de sites. Nesses dois casos, as políticas falharam em reconhecer as características técnicas que determinam o comportamento virtual de empresas e usuários, sob as quais foram construídos códigos tácitos de conduta e uma cultura própria de fruição.

³⁶⁵ Conforme abordado na Introdução e no Capítulo 1.

³⁶⁶ BORSOOK, Paulina. How Anarchy works. *Wired*, 10 jan. 1995. Disponível em: <https://www.wired.com/1995/10/ietf/>. Acesso em: 14 abr. 2019.

³⁶⁷ JOHNSON, David R., POST, David. The Rise of Law in Cyberspace, *Stanford Law Review*, n. 48, 1996, pp. 1.367-1402.

³⁶⁸ Como o fazem, por exemplo, Andrew Murray e Milton Mueller. MURRAY, Andrew. *Information Technology Law – The Law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 56; MUELLER, Milton. *Networks and States: The Global Politics of Internet Governance*. Cambridge: MIT Press, 2010, p. 2.

em que surgiram, essas perspectivas contribuía para o mesmo fenômeno - notadamente, a impossibilidade de regulação da Internet. Contudo, a interpretação mais acertada sobre esses dois rótulos parece ser no sentido de que se tratam de dois discursos, que apesar da origem comum, guardam uma diferença semântica que foi determinante para a forma como evoluíram³⁶⁹.

Enquanto o ciberlibertarianismo seria definido pela convicção de que a Internet não pode ou não deve ser regulada, o excepcionalismo se basearia, essencialmente, no seu tratamento como algo único, extraordinário. A impossibilidade ou impertinência da regulação poderia figurar como consequência dessa excepcionalidade, mas também seriam possíveis outros cenários, em que o tratamento excepcional geraria não a ausência total de regulação, mas sim a necessidade de uma regulação exclusiva, customizada.

Essa diferença deu ao discurso excepcionalista maior flexibilidade e relevância histórica, permitindo a sua evolução ao passo das transformações técnicas, políticas e sociais que afetaram a Internet de lá para cá. As ideias ciberlibertárias, no entanto, não tiveram a mesma sorte, sendo o seu enfraquecimento relacionado aos trabalhos de Joel Reidenberg e Lawrence Lessig, que baseados na ideia de regulação por código, consolidaram o paradigma de uma Internet que, além de submissa às diversas formas de regulação existentes, é um ambiente regulado em si³⁷⁰. Outra posição expoente no sentido da necessidade de regulação da Internet é a de Cass Sunstein, que na obra *Republica.com* (e, posteriormente, na continuação *Republica.com 2.0*) defendeu que a Internet não poderia, nem deveria, ser imune ao direito tradicionalmente estabelecido³⁷¹. Além de identificar a necessidade de endereçar, no ambiente virtual, os mesmos males que ameaçam o convívio político-social no mundo físico, Sunstein desenvolve suas razões, principalmente, a partir da impossibilidade de governança da Internet construída a partir de um consenso entre seus próprios usuários e, assim, imune a demais formas de regulação.

Por sua vez, o excepcionalismo é uma base teórica até hoje discutida, já não mais adstrita à impertinência da regulação. Essa durabilidade se manifesta, por exemplo, no entendimento

³⁶⁹ Agradeço a Julia Pohle pelo diálogo e revisão das ideias sobre a distinção entre esses dois fenômenos teóricos.

³⁷⁰ v. Capítulo 1.

³⁷¹ SUNSTEIN, Cass. *Republic.com*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 174.

de Eric Goldman³⁷², que verifica três ondas de influência dessas ideias sobre a formulação de políticas públicas direcionadas à Internet.

À primeira delas, identificada como *Utopia da Internet*, o autor associa as propostas regulatórias que dedicavam a ela tratamento distinto do que é aplicado a outras mídias, baseando-se na premissa de que a sua tecnologia única superaria os problemas estruturais das que a precederam. Como exemplo disso, ele cita as legislações que imunizavam os intermediários de qualquer responsabilidade sobre o conteúdo postado por terceiros³⁷³.

Em um movimento contrário do pêndulo regulatório, o autor identifica a segunda onda como *Paranoia da Internet*, um período em que a singularidade da Internet ainda é reconhecida, mas ao invés de inspirar um tratamento mais favorável, justificou proposições que tratavam os serviços prestados através dela de forma mais rigorosa. Seria o caso das tecnologias de filtro de conteúdo, conhecidas por implementar mecanismos de censura privada com restrições desproporcionais a liberdade de expressão.

A terceira onda identificada seria a *Proliferação do Excepcionalismo*, quando o surgimento de cada nova tecnologia baseada na Internet inspirou regulações específicas a ela direcionadas. Aqui, ele identifica um movimento de multiplicação de quadros regulatórios específicos a serviços e enquadra as regulações direcionadas, por exemplo, a sites de redes sociais que recebem tratamento próprio³⁷⁴.

Apesar dessa diferença semântica fazer do excepcionalismo um recurso teórico mais complexo e diverso, a sua essência não é pacificada na literatura. Ou seja, também é contestada a ideia de que a Internet constituiria algo único, sujeita a tratamento especial (ainda que isso não seja sinônimo de “não tratamento”). Além do trabalho de Lessig (cuja principal implicação é a sujeição da Internet às mesmas dinâmicas que moldam as relações de poder, ainda que em níveis peculiares), também podem ser considerados antiexcepcionalistas a abordagem de Yochai Benkler³⁷⁵ e de Tim Wu, que publicou alguns trabalhos partindo da premissa de que a

³⁷² GOLDMAN, Eric. The Third Wave of Internet Exceptionalism. *Santa Clara Magazine*, [s.l], 2008. Disponível em: <https://magazine.scu.edu/winter2008/afterwords.cfm>. Acesso em: 28 dez. 2018.

³⁷³ Como a proposta de artigo 47 U.S. Code §230, que teria o objetivo de preservar um mercado vibrante e competitivo na Internet, e é considerada excepcionalista pelo autor por tratar o que ele chama de “publicações online” de forma mais benéfica do que publicações tradicionais, ainda que o conteúdo disponibilizado seja exatamente o mesmo.

³⁷⁴ GOLDMAN, Eric. The Third Wave of Internet Exceptionalism. *Santa Clara Magazine*, [s.l], 2008. Disponível em: <https://magazine.scu.edu/winter2008/afterwords.cfm>. Acesso em: 28 dez. 2018.

³⁷⁵ BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven: Yale University Press, 2006. Disponível em: http://www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf. Acesso em: 12 dez. 2018.

Internet não estaria predestinada a um tratamento especial por parte dos governos a médio e longo prazo³⁷⁶.

Com efeito, em seu trabalho mais recente sobre o tópico, este último autor propõe que a análise sobre a Internet ser uma exceção pode variar de acordo com a perspectiva eleita, precedendo essa interrogação – a Internet é uma exceção? - a reflexão: exceção a quê?”³⁷⁷. Para ele, a resposta certamente seria *não* se a questão se tratar da sua suscetibilidade ao direito. Em trabalho em conjunto com Jack Goldsmith, os autores basearam essa contestação do excepcionalismo na “persistência da fisicalidade”, referente ao fato de que, a despeito da Internet constituir-se em um espaço virtual, por trás de seus protocolos e da operação de todas as suas camadas estão seres humanos, desde sempre suscetíveis às táticas de coação que baseiam o emprego do direito³⁷⁸.

Já enquanto tecnologia da informação, Wu entende que o caso a favor da excepcionalidade da Internet tem maior chance de sucesso, já que a mudança que ela promoveu na comunicação social, a nível mundial, é inquestionável; “tecnologicamente, e em seus efeitos nos negócios, na cultura e na política, a Internet parece, em quase todos os casos, uma exceção, diferente da maneira como outros sistemas de comunicação de massa operaram, seja o telefone, o rádio ou a televisão”³⁷⁹:

(...) a Internet é obviamente excepcional e não excepcional ao mesmo tempo. Depende do que você pode pensar que é uma exceção. É claro que a Internet foi uma revolução dramática e uma exceção às formas comuns de projetar

³⁷⁶ GOLDSMITH, Jack e WU, Tim. *Who Controls the Internet? Illusions of a borderless world*. New York: Oxford University Press, 2006. WU, Tim. *Cyberspace Sovereignty? The Internet and the International System*. *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 10, n. 3, 1997.

³⁷⁷ WU, Tim, Is Internet Exceptionalism Dead? In: SZOKA, Berin; MARCUS, Adam (Eds.). *The next digital decade: essays on the future of internet*, pp. 179-188, p. 180. Washington, D.C.: TechFreedom, 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1752415>. Acesso em: 28 dez. 2018.

³⁷⁸ “Apesar de suas qualidades virtuais, por trás do conceito de uma rede global estavam seres humanos vivos, sangue e carne. A suscetibilidade do corpo humano à dor e ao aprisionamento é uma grande parte do que o estado-nação baseia sua regra, e isso não mudou. Previmos que a ameaça de força física da nação, também conhecida como leis, moldaria a Rede tanto quanto suas ambições de fundação.” Trecho original em inglês: “*Despite its virtual qualities, behind the concept of a global network were living human beings, blood and flesh. The human body’s susceptibility to pain and imprisonment is a large part of what the nation-state bases its rule on, and that had not changed. We predicted that the nation’s threat of physical force, otherwise known as laws, would therefore shape the Network as much as its founding ambitions.*” *Ibid.*, p. 181.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 182. Trecho original em inglês: “*Technologically, and in its effects on business, culture and politics, the Internet seems, by almost any account, an exception, different from the way other systems of mass communications have operated, whether the telephone, radio, or the television.*” No mesmo sentido, Susan P. Crawford desenvolveu o argumento de que a Internet seria uma exceção enquanto tecnologia de comunicação e informação, veja-se: CRAWFORD, Susan P. *The Internet and the Project of Communications Law*. *Ssrn Electronic Journal*, [s.l.], pp. 360-393, sep. 2007. Disponível em: <https://www.uclalawreview.org/the-internet-and-the-project-of-communications-law/>. Acesso em: 20 dez. 2018.

sistemas de comunicação. Mas se goza de uma imunidade especial para as forças mais longas e profundas que moldam a história humana é, digamos, ainda a ser visto.³⁸⁰

É interessante notar, ainda, que apesar de considerar o excepcionalismo inviável sob a perspectiva do tratamento pelo direito, o autor demonstra algum pesar na improbabilidade de conservação de alguns aspectos únicos. Como, por exemplo, a ideologia distinta a partir da qual a Internet foi desenvolvida, inicialmente como uma rede de pesquisa, sem fins comerciais, que por muito tempo foi governada de forma descentralizada, como uma *federação de redes*³⁸¹. Ou, então, quando entende que a impraticabilidade do excepcionalismo coloca em risco, além dessa descentralização da rede, a sua abertura. Como visto no Capítulo 1, a abertura da Internet se sustenta a partir da adoção de algumas características técnicas (como interoperabilidade) e da adoção de determinados princípios – como, por exemplo, o da neutralidade de rede. Para Wu, a impossibilidade de conferir a ela um tratamento, em algum grau, excepcional, inserindo esses princípios no jogo político, arrisca que eles sejam desalojados de sua importância original³⁸².

Quaisquer que sejam as razões, e embora eu ache que a Internet é excepcional (como os próprios Estados Unidos), também acho que se assemelhará a redes de informação mais “normais” - na verdade, já começou a fazer isso de várias maneiras. Excepcionalismo, em suma, não pode ser presumido, mas deve ser defendido³⁸³.

A abordagem do excepcionalismo como uma constatação teórica, que pode gerar consequências diferentes, vai ao encontro da literatura de regulação de tecnologias referida

³⁸⁰ Tradução livre do trecho original em inglês: “(...) *the Internet is both obviously exceptional and unexceptional at the same time. It depends on what you might think it is an exception to. It is clear that the Internet was a dramatic revolution and an exception to the ordinary ways of designing communications systems. But whether it enjoys a special immunity to the longer and deeper forces that shape human history is, shall we say, yet to be seen.*” (WU, Tim. *Is Internet Exceptionalism Dead?* In: SZOKA, Berim e MARCUS, Adam (Eds.). *The Next Digital Decade: Essays on The Future of Internet*. Washington DC: TechFreedom, 2010, pp. 179-188, p. 180)

³⁸¹ *Ibid.*, p. 184.

³⁸² Tradução livre do trecho original em inglês: “*More vulnerable, however, are the Internet’s early ideas of openness and decentralized operation—putting the intelligence in the edges, as opposed to the center of the network. Originally described by engineers as the E2E principle, and popularly contained in the catch-phrase “Net Neutrality,” these principles have survived the arrival of broadband networks. Yet by its nature, Net Neutrality seems easier to upset, for discrimination in information systems has long been the rule, not the exception. There are, importantly, certain commercial advantages to discriminatory networking that are impossible to deny, temptations that even the Internet’s most open firms find difficult to resist. So while I may personally think open networking is important for reasons related to innovation and free speech, it seems obvious to me that open networking principles can be dislodged from their current perch.*” *Ibid.*, p. 186.

³⁸³ Tradução livre do trecho original em inglês: “*Whatever the reasons, and while I do think the Internet is exceptional (like the United States itself), I also think it will, come to resemble more “normal” information networks—indeed, it has already begun to do so in many ways. Exceptionalism, in short, cannot be assumed, but must be defended.*” *Ibid.*, p. 187.

acima. Dentro do contexto teórico que foi descrito anteriormente, tecnologias específicas podem demandar abordagens regulatórias próprias, a depender de suas características e dos benefícios e riscos que trazem em potencial para a coletividade.

De fato, diante das dificuldades da maioria dos governos em desenhar políticas públicas legítimas e eficazes para o ambiente online, alguns autores já se dedicaram a investigar os pontos sensíveis da sua abordagem regulatória.

Andrew Murray, por exemplo, se refere ao *Ciberestado Pós Regulatório*³⁸⁴, como paradigma de regulação da Internet, fazendo uma analogia com o conceito de *Estado Pós Regulatório*. Da mesma forma que o Estado Pós Regulatório sucedeu o Estado do Bem-Estar Social e o Estado Regulatório, a ideia de um *Ciberestado Pós Regulatório* seria a sucessora das doutrinas ciberlibertárias (que é a nomenclatura que ele usa) que defendem a aplicação das formas tradicionais de regulação ao mundo virtual. Segundo desenvolve, não é possível simplesmente substituir a ausência de regulação estatal online pelo transplante, para este ambiente, do direito tradicional sem uma avaliação da matriz regulatória desse ambiente complexo, global e interconectado³⁸⁵.

A principal consequência que o autor extrai desta reflexão é a pertinência de formas indiretas e híbridas de regulação, que, como visto, baseiam a ideia de Estado Pós Regulatório. Não se trata de advogar a existência de um *ciberestado* separado e autônomo (o que não há), mas sim de reconhecer como as características únicas do mundo virtual demandam a sua regulação a partir de um estudo segmentado. Claramente, o *ciberestado* nunca foi um estado do bem-estar social ou um estado regulatório; mas seria o equivalente ao estado pós regulatório por suas características básicas presumirem um exercício de regulação indireta.

Por sua vez, Pamela Samuelson³⁸⁶ prescreve uma abordagem da regulação da Internet a partir dos desafios impostos pelas tecnologias da informação às ordens legais no últimos anos,

³⁸⁴ MURRAY, Andrew. Conceptualising the Post-Regulatory (Cyber)state In: BROWNSWORD, Roger, YEUNG, Karen (org). *Regulating technologies: legal futures, regulatory frames and technological fixes*. Oxford: Hart, 2008, pp. 287-316, p. 299.

³⁸⁵ Que ele trata como uma corrente de pensamento sob o rótulo de *ciberpaternalistas*, onde inclui, por exemplo, os trabalhos de Lawrence Lessig e Joel Reidenberg. Como visto no capítulo 1, esses autores se destacaram pelo contraponto às ideias de que a Internet não poderia ou deveria ser regulada (excepcionalismo ou ciberlibertarianismo, na concepção de Murray), consignando o entendimento de que já haveria uma regulação a ela inerente.

³⁸⁶ SAMUELSON, Pamela. A New Kind of Privacy? Regulating Uses of Personal Data in the Global Information Economy. v. 87, n. 751, *California Law Review*, pp. 773-774. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3349&context=facpubs>. Acesso em: 28 dez. 2018.

atentando para a necessidade de: (i) decidir se a ordem legal pré-existente pode ser aplicada ao novo fenômeno ou se são necessárias regras novas; (ii) temperar a inclinação a regular de imediato riscos sem precedentes com a necessidade de não inibir inovação; (iii) formular estratégias regulatórias flexíveis o suficiente para um ambiente de rápida mudança tecnológica; (iv) preservar direitos humanos fundamentais diante de forte opressão econômica e de tecnologias que podem subestimar esses direitos, e (v) aceitar que a construção de uma política pública eficiente na Internet demanda necessidade de coordenação com outros estados nação para que se crie um ambiente legal consistente em nível global.

Em sentido semelhante, Roger Brownsword também oferece uma formulação para “acertar o ambiente regulatório”³⁸⁷ de tecnologias da informação, nomeando como critérios de análise cinco desafios específicos para os reguladores, a saber³⁸⁸: prudência regulatória (relativa a preocupações com direitos humanos, saúde, segurança e integridade ambiental); legitimidade regulatória (que ele baseia em eficiência e escolha dos propósitos e estratégias adequadas); eficácia (se a estratégia eleita de fato impacta a conduta dos regulados) e conexão regulatória (que se refere ao desafio de manter a regulação conectada aos contextos tecnológicos rapidamente mutáveis). A todos esses desafios, o autor adiciona o desafio permanente de não inibir a inovação, como uma preocupação de fundo que acompanharia as reflexões sobre cada uma das questões enumeradas³⁸⁹:

Por exemplo, nos estágios iniciais do desenvolvimento de tecnologias de informação, quando havia apenas o mundo offline, os principais problemas poderiam ser vistos como privacidade e segurança de dados (um assunto primordialmente de legitimidade regulatória), juntamente com o desafio generalizado da conexão regulatória. No entanto, à medida que o mundo online se tornasse mais proeminente, a preocupação central poderia ter mudado para a eficácia; e à medida que a rede global e a profunda dependência das tecnologias da informação tomavam forma, a prioridade poderia ter mudado novamente, agora para questões de prudência regulatória. Durante todo esse período, porém, haveria uma preocupação de que os reguladores deveriam reagir de maneira proporcional e consciente do risco de que a inovação fosse sufocada.³⁹⁰

³⁸⁷ Tradução livre da expressão “*getting the regulatory environment right*”. BROWNSWORD, Roger. The shaping of our on-line worlds: getting the regulatory environment right. *International Journal of Law And Information Technology*, [s.l.], v. 20, n. 4, pp. 249-272, 4 out. 2012, p. 252. Disponível em: <https://academic.oup.com/ijlit/article/20/4/249/726866> Acesso em 28/12/2018

³⁸⁸ Ibid., pp. 254-266.

³⁸⁹ Ibid., p. 266.

³⁹⁰ Tradução livre do trecho original em inglês: “*For example, in the early stages of the development of information technologies, when there was just the off-line world, the main problems might have been seen to be ones of privacy and data security (a matter primarily of regulatory legitimacy), together with the pervasive challenge of regulatory connection. However, as the on-line world became more prominent, the core concern might have shifted to that of effectiveness; and as the global network of, and deep reliance on, information technologies took shape, the priority*

Esses entendimentos contribuem para a ideia de que, no contexto da Internet, os desenvolvimentos tecnológicos exigem uma adaptação do desenho regulatório³⁹¹. Naturalmente, essa abordagem não equivaleria a fórmula regulatória ou a um juízo absoluto sobre o que se aplica ou não a esse ambiente. A diversidade de atividades civis e econômicas que povoam a camada de conteúdo já sugere, por si, a pertinência de lógicas distintas de acordo com cada situação.

Apesar disso, o denominador comum a esses serviços, que é a infraestrutura da Internet pela qual eles são prestados, traz implicações práticas relevantes para o regulador. Somadas à literatura pertinente e a algumas experiências empíricas, é possível extrair algumas conclusões a partir de três perspectivas que compõem esse desenho regulatório: a motivação da regulação (*por que regular*), os arranjos institucionais mais eficientes (*quem regula*) e a forma como ela é implementada (*como regular*).

3.2. Motivação e inovação: por que regular

Sendo a liberdade de iniciativa a regra dos regimes democráticos caracterizados pelo sistema econômico capitalista, a legitimidade da intervenção estatal sempre se apoiou em diferentes justificativas para fundamentar as exceções.

Herança do pensamento neoliberal, uma parcela relevante dessas motivações corre sob o rótulo de falhas de mercado, quando a regulação se justifica “porque o mercado descontrolado irá, por algum motivo, falhar em produzir comportamentos ou resultados de acordo com o interesse público”³⁹². Essa perspectiva sobre os fundamentos da intervenção estatal – que também pode ser referida como *regulação econômica*³⁹³ - reconhece “que um sistema

might have moved again, now to matters of regulatory prudence. Throughout, though, there would be a concern that regulators should respond in a way that is both proportionate and mindful of the risk that innovation might be stifled.” Ibid., p. 254.

³⁹¹ WEBER, Rolf H. *Proliferation of 'Internet Governance'*. GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2014, pp.1-11, 01 sep. 2014, p. 3.

³⁹² BALDWIN, Robert, CAVE, Martin e LODGE, Martin. *Understanding Regulation*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 15.

³⁹³ OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1994. Reimpresso em 2011, p. 5; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: Eficiência e legitimidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 51.

capitalista baseado em livre mercado apresenta elementos de instabilidade que podem provocar desperdícios sociais caso o Estado não intervenha na economia”³⁹⁴. São práticas voltadas, dentre outras, a matérias como preservação da concorrência, precificação e infraestrutura. Resguardadas algumas variações taxonômicas, é seguro dizer que as falhas de mercado mais citadas pela literatura acadêmica são monopólios e oligopólios, bens públicos, problemas de ação coletiva e coordenação, externalidades e assimetrias de informação³⁹⁵.

Ainda que esses fundamentos respondam por uma parte relevante das políticas regulatórias, já foi consolidado o entendimento de que os motivos legítimos para ação estatal não se resumem aos característicos da economia de mercado. Conforme atestado pela literatura³⁹⁶, a complexidade das relações sociais e políticas da contemporaneidade, refletidas no constitucionalismo garantista moderno gera uma demanda pela atuação regulatória com vistas à realização de direitos fundamentais e justiça social. Assim, além do papel de corrigir falhas de mercado, a regulação também pode ser entendida como um conjunto de técnicas visando a promoção de valores sociais e culturais, que servem de instrumento à realização de preceitos garantidos em norma³⁹⁷.

³⁹⁴ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 20.

³⁹⁵ Veja-se, nesse sentido: BALDWIN, Robert, CAVE, Martin e LODGE, Martin. *Understanding Regulation*, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 15-20. SUNSTEIN, C. R. *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 48. MORGAN, Bronwen; YEUNG, Karen, *An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials*, p. 16. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=994783>. Acesso em: 14 mar. 2019. BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 193. V. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. Nota-se ainda o entendimento de Anthony Ogus que, de forma peculiar em relação à teoria majoritária, rotula como regulação econômica aquela especificamente voltada a indústrias monopolísticas, com o objetivo primário de substituir a competição nesses mercados. V. OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1994. Reimpresso em 2011, pp. 4-6.

³⁹⁶ OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1994. Reimpresso em 2011, pp.4-6; BALDWIN, Robert, CAVE, Martin e LODGE, Martin. *Understanding Regulation*, 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 15-20; FEINTUCK, Mike. Regulatory Rationales Beyond the Economic: In Search of the Public Interest. In: BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 39-63; BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

³⁹⁷ Reunidas por Paulo Todescan Mattos sob o rótulo de “regulação social” (MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: Eficiência e legitimidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 51). A mesma distinção é adotada por Anthony Ogus, para quem a “regulação econômica” tem por principal função substituir a competição em mercados caracterizados por monopólios naturais. Em paralelo a elas, o autor chama de “regulação social” aquela voltada para matérias como saúde pública, segurança, proteção ambiental e do consumidor. V. OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1994. Reimpresso em 2011, pp. 4-5).

Há, de fato, uma série de valores de natureza diversa que, por força da proteção constitucional, devem ser refletidos na prática e na teoria regulatória, como forma de reconhecer e refletir princípios relacionados a justiça social³⁹⁸. Ilustram esses casos as políticas públicas que têm por objeto a proteção do meio ambiente, da comunicação social, segurança e saúde pública. Apesar de quase pacificada na literatura a sua diversidade, os motivos que a compõem ainda variam entre os autores.

Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge, por exemplo, acrescentam às falhas de mercado³⁹⁹ os racionais de intervenção baseados em direitos individuais e valores sociais, voltados à justiça distributiva, proteção de direitos individuais e da cidadania⁴⁰⁰. Em sentido semelhante, Mike Feintuck reúne as justificativas além da abordagem econômica como “objetivos de interesse público”⁴⁰¹, para se referir à necessidade de construção de um aparato regulatório que reflita e defenda os valores inerentes ao acordo democrático (como regulação ambiental e das comunicações)⁴⁰². No direito administrativo brasileiro, Gustavo Binjenbojm acrescenta aos racionais econômicos a gerência de problemas de coordenação coletiva, a promoção de inclusão no mercado de grupos minoritários socialmente excluídos ou historicamente discriminados, a proteção de interesses intergeracionais e as *falhas de escolha*, entendidas como “ações irracionais em heurística”, tratadas pela teoria do comportamentalismo⁴⁰³.

Como em qualquer setor da economia, essas justificativas da intervenção estatal também poderão influenciar o tratamento regulatório dos serviços prestados através da infraestrutura da Internet, igualmente sujeitos às demandas econômicas e sociais que elas

³⁹⁸ FEINTUCK, Mike. Regulatory Rationales Beyond the Economic: In Search of the Public Interest. in BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 39.

³⁹⁹ Para os autores, as falhas de mercado são monopólios, externalidades, windfall profits, assimetrias de informação, continuidade e disponibilidade de serviços, preços predatórios, bens públicos, poder de barganha desigual, racionalização e coordenação e planejamento. (BALDWIN, Robert, CAVE, Martin e LODGE, Martin. *Understanding Regulation*, 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 15-21)

⁴⁰⁰ *Ibid.*, pp. 22-23.

⁴⁰¹ Que para não se tornar uma referência demasiado abstrata deve ser teoricamente específica.

⁴⁰² FEINTUCK, Mike. Regulatory Rationales Beyond the Economic: In Search of the Public Interest. in BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 45.

⁴⁰³ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 193 e 227.

refletem⁴⁰⁴. Por exemplo, Urs Gasser e Wolfgang Schulz identificam nos regimes de regulação de intermediários justificativas fundadas em externalidades (quando visam compelir os intermediários a suportar os riscos de sua atividade, ao invés de repassá-los a terceiros), garantia de acesso a serviços essenciais (ao promover o acesso a um sistema de informação plural e diverso) e correção de assimetrias (equilibrando o poder de barganha e protegendo interesses vulneráveis, como os de menores de idade)⁴⁰⁵. Ainda no âmbito das falhas de mercado⁴⁰⁶, Tim Wu discute a aplicação de políticas antimonopolistas a empresas de tecnologia em posição de mercado privilegiada⁴⁰⁷, e Lyria Bennett Moses considera as soluções regulatórias demandadas pela garantia de interoperabilidade da Internet nada mais são do que respostas a problemas de coordenação⁴⁰⁸.

Por sua vez, a proteção de direitos fundamentais também inspira uma série de debates, por exemplo, sobre as restrições à liberdade de expressão impostas por filtros de conteúdo⁴⁰⁹, as técnicas regulatórias necessárias à proteção da privacidade⁴¹⁰ e a regulação de aplicativos de

⁴⁰⁴ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 273, Rio de Janeiro, pp. 123-163, 17 set. 2016.

⁴⁰⁵ GASSER, Urs, SCHULZ, Wolfgang. Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Studies. *Berkman Center Research Publication*, no. 2015-5, 18 feb. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2566364>. Acesso em: 27 set. 2018.

⁴⁰⁶ Anota-se, ainda, o comentário de Ian Brown e de Chris Marsden, segundo os quais o caráter extremamente estratégico de custos de transação, propriedade intelectual e assimetria de informação no âmbito dos negócios que se concretizam na Internet fariam dela um cenário convincente de falhas de mercado em escala global. (BROWN, Ian e MARSDEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013, p. 15)

⁴⁰⁷ WU, Tim. *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. Columbia Global Reports, 2018.

⁴⁰⁸ MOSES, Lyria Bennett. Regulating in the Face of Sociotechnical Change. In: BROWNSWORD, Roger; SCOTFORD, Eloise e YEUNG, Karen, *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 573-596., p. 578.

⁴⁰⁹ KELLER, Clara Iglesias. Controle de conteúdo na internet: filtros de upload e o perigo de censura prévia. *Jota*, 25 jun. 2018. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/controle-de-conteudo-na-internet-filtros-de-upload-e-o-perigo-de-censura-previa-25062018. Acesso em: 01 abr. 2019.

⁴¹⁰ GRAFENSTEIN, Maximilian von. *The Principle of Purpose Limitation in Data Protection Laws*. The Risk-Based Approach, Principles, and Private Standards as Elements for Regulating Innovation. Baden-Baden: Nomos, 2018. e ZITTRAIN, Jonathan. *The future of the Internet: and How to Stop It*. New Haven: Yale University Press, 2008. cap. 9.

transporte de passageiros⁴¹¹ (nesse último caso, inspirada em grande parte por questões relacionadas à segurança dos usuários).⁴¹²

É essencial reiterar que a proposta de um aparato regulatório voltado para a regulação da Internet não subestima, muito menos exclui, a pertinência dessas motivações tradicionais da regulação. Diante da proposta de desenho de um quadro regulatório adequado ao setor, importa à análise do *por que regular* que se compute a promoção e preservação da inovação no âmbito dessas justificativas.

Isso se dá tanto pelas características que diferenciam a Internet como tecnologia quanto pela instrumentalidade da inovação em relação a outros fins de direitos - e cabe notar que a pertinência da sua proteção atravessa também outros setores economia. A produção de uma regulação estatal que seja eficiente no cumprimento de seus objetivos e legítima na proteção dos bens de direito envolvidos deve vir imbuída do conteúdo normativo que compõe o conceito de inovação e suas consequências econômicas e sociais.

A incorporação da inovação dentre os motivos legítimos para regular foi sugerida no trabalho produzido em conjunto com Patrícia Baptista⁴¹³ que tratava do surgimento de novas tecnologias em geral, com base na ideia de que a “inovação é desejável e digna de proteção e promoção por parte do aparato estatal”, já que “intrinsecamente ligada ao desenvolvimento econômico”⁴¹⁴. Englobando diversos aspectos da vida e sendo considerada a força motora do progresso tecnológico e social, é a inovação que permite a evolução no nosso modo de consumir, vender, interagir e se relacionar. Conforme será desenvolvido a seguir, a ela é atribuída importância estratégica no desempenho das economias e aumento do bem estar das populações, sendo assim um objeto afeto aos processos de institucionalização e de produção de políticas públicas. Nesse sentido, precisa se fazer presente dentro dos debates regulatórios

⁴¹¹ MARRARA, Thiago. Serviços de taxi: aspectos jurídicos controvertidos e modelos regulatórios. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 3, Universidade de Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, pp. 1049-1063, 2 ago. 2016.

⁴¹² “Já em relação à proteção de direitos fundamentais, o contexto atual de avanços das tecnologias digitais em rede deu nova dimensão à necessidade de proteção de algumas garantias e preceitos constitucionais, como o direito à liberdade de expressão (em suas dimensões coletiva e individual), os direitos à privacidade e intimidade e até a proteção de menores. Dada a característica de regulação privada que é inerente ao próprio funcionamento da internet, agentes de mercado hoje têm ingerência sobre a tradução desses direitos na vida cotidiana por meio de diferentes ferramentas, como os filtros de busca (no caso da liberdade de expressão), o bloqueio a conteúdos (no caso da proteção de menores) e a disponibilização de serviços que permitem o acesso e armazenamento de informações privadas dos usuários.” (BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 273, Rio de Janeiro, pp. 123-163, 17 set. 2016, p. 141).

⁴¹³ Ibid.

⁴¹⁴ Ibid., p. 142.

voltados para as tecnologias em geral, o que apesar de tratado pela academia, nem sempre se reflete nos debates dentro e fora das instâncias de governo.

Essa perspectiva ganha ainda maior relevância em relação à regulação de serviços prestados pela Internet. Como visto no Capítulo 1, a Internet é uma rede aberta, onde qualquer usuário pode empreender atividades inovadoras de natureza diversa, sem os ônus de construção ou uso de infraestrutura que podem caracterizar a entrada nos mercados. É, assim, altamente propensa a inovações, sem condicionantes para que ela aconteça - sem que seja necessário “pedir permissão”.

Nesse sentido, é possível dizer que foi em seu âmbito que surgiu grande parte das inovações mais transformadoras dos últimos anos. A partir de sua infraestrutura aberta e interoperável, o limite para o surgimento de novas atividades comerciais passou a ser o da criatividade humana, e a diversidade de produtos e serviços nela disponíveis se amplia ao passo acelerado em que evoluem as tecnologias digitais que os sustentam. Um dos pioneiros da Internet, os serviços de busca revolucionaram e pautaram a interação dos usuários com a rede, tornando-se os guardiões do acesso à maior coleção de bases de dados que já existiu. A partir de uma implementação inicialmente experimental, as redes sociais e as plataformas de compartilhamento se transformaram em um dos principais e mais eficientes veículos de propaganda e engajamento de audiência, transformando, dentre muitos, o mercado publicitário. As plataformas de economia compartilhada, por sua vez, foram rapidamente aderidas ao dia a dia da população, e hoje respondem por parte significativa de mercados como o de transporte privado de passageiros, hotelaria, serviços gerais, serviços de entrega e até de empréstimos financeiros. Serviços de *streaming* de vídeo alteraram as tradicionais lógicas de janelas de exibição do mercado audiovisual, possibilitando novos modelos de negócios e um aproveitamento diferenciado da exploração comercial dessas obras.

Em sendo o direito relacionado (ainda que dentre outras) à garantia de resultados específicos e previsíveis, é comum a percepção de que ele age mais como uma barreira do que como um incentivo à inovação, instintivamente caracterizada como algo inesperado e novo⁴¹⁵. Contudo, conforme será demonstrado, essa visão há muito não encontra amparo na literatura especializada, que já identificou não só a importância das inovações dentro das economias, mas também um relevante papel para o Estado na sua promoção.

⁴¹⁵ GRAFENSTEIN, Maximilian von. *The Principle of Purpose Limitation in Data Protection Laws. The Risk-Based Approach, Principles, and Private Standards as Elements for Regulating Innovation*. Nomos: Baden-Baden, 2018, p. 33.

3.2.1. Inovação, desenvolvimento e Estado

3.2.1.1. O conceito de inovação

A inovação pode ser entendida, de forma geral, como a capacidade de traduzir novas ideias em resultados econômicos desejáveis (ou socialmente eficazes), por meio da utilização de novos processos, produtos ou serviços⁴¹⁶. No Direito Brasileiro, é comumente utilizada para se referir a algo “significativamente novo”⁴¹⁷, sentido em que se relaciona com a matéria de propriedade intelectual, onde sua proteção é centrada em direitos garantidos aos criadores⁴¹⁸. Na última década, o conceito também ganhou protagonismo no âmbito dos estudos de “Direito e Desenvolvimento”, adjacente à abordagem de “Direito e Políticas Públicas”, que dá ênfase à implementação e ao funcionamento dos arranjos institucionais e expressões particulares de organização da ação governamental em função de objetivos públicos que se relacionam com a sua proteção e promoção⁴¹⁹.

⁴¹⁶ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 273, Rio de Janeiro, pp. 123-163, 17 set. 2016, p. 141.

⁴¹⁷ RANCHORDÁS, Sofia. Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Vol. 16, pp. 1-63, 2015, p. 16. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2492798>. Acesso em: 17 set. 2016.

⁴¹⁸ Segundo Simone Lahorgue, “Para que a inovação ocorra e o criador possa colher os frutos de seu investimento, é preciso que a criação seja protegida, ocupando os direitos de propriedade intelectual um papel fundamental nesse processo.” LAHORGUE, Simone. *Direito Autoral, Direito Antitruste e Princípios Constitucionais Correlatos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 217. No mesmo sentido, as Propostas para a Inovação e a Propriedade Intelectual da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual partem da premissa de que a “[p]ropriedade Intelectual incentiva a produção inovadora, por meio da atribuição de direitos específicos e temporários aos criadores. O resultado da Inovação, intangível por essência, encontra na Propriedade Intelectual sua fonte de proteção e propulsão.” Propostas para a Inovação e a Propriedade Intelectual. Vol. 1 *Fatores de Crescimento Econômico, Competitividade Industrial e Atração de Investimentos*. Rio de Janeiro e São Paulo: ABPI, 2018. Disponível em: http://www.abpi.org.br/materiais/textospublicos/carta_aos_presidenciais_2018.pdf. Acesso em: 01 abr. 2019.

⁴¹⁹ “Sem perder de vista os fins, essa abordagem supõe que alcançá-los depende da existência de meios cujas engrenagens são, também elas, em larga e crucial medida, jurídicas. Pressupõe, ainda, que tais meios não podem ser tomados como dados, uma vez que requerem esforços de construção institucional complexos, no bojo de processos de experimentação e aprendizado. Cada arranjo jurídico institucional traduz uma diretriz, um elenco de atores governamentais e não governamentais, uma escala ideal, uma estratégia, enfim um quadro mais amplo, que incorpora também a dinâmica das relações entre os vários elementos.” (BUCCI, Maria Paula Dallari. COUTINHO, Diogo R. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem

A partir da expansão dos desafios impostos aos reguladores por serviços disruptivos⁴²⁰ (principalmente os prestados através da infraestrutura da Internet), a inovação passou a povoar também a pauta do direito administrativo brasileiro, onde se verifica uma tendência, sintetizada por Sérgio Guerra, de “buscar-se a compatibilização dessas novas tecnologias com categorias do Direito Administrativo, de modo a que o país tenha instrumentos jurídicos legítimos de conformação dos interesses daqueles que exploram atividades econômicas com as necessidades da sociedade”⁴²¹. É o reflexo da “atual onda de exigência por inovação que também atinge a atuação da Administração Pública, que enfrenta desafios de adaptação às transformações tecnológicas, sociais e simultaneamente ao regime jurídico de direito público.”⁴²²

de direito e políticas públicas In: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Orgs.) *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, pp. 313-339, p. 316. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/inovacao-no-brasil-avancos-e-desafios-juridicos-e-institucionais-1362>. Acesso em: 29 mar. 2019.)

⁴²⁰ O termo *disruptivo* aqui se refere à acepção “Que provoca ou pode causar disrupção; que acaba por interromper o seguimento normal de um processo.”

⁴²¹ GUERRA, Sérgio. Riscos, Assimetria Regulatória e o Desafio das Inovações Tecnológicas, In: FREITAS, Rafael Vêras de, RIBEIRO, Leonardo Coelho, FEIGELSON, Bruno (Coord.), *Regulação e Novas Tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 83-98, p. 93. Veja-se, ainda: BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Constitucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 215-226; ALMEIDA, Fernando Menezes de. A Legislação Federal sobre Ciência, Tecnologia e Inovação no Contexto da Organização Federativa Brasileira, In: FREITAS, Rafael Vêras de, RIBEIRO, Leonardo Coelho, FEIGELSON, Bruno (Coord.), *Regulação e Novas Tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 99-110. MOREIRA, Egon Bockmann. Situações Disruptivas, Negócios Jurídico-Administrativos e Equilíbrio Econômico Financeiro, In: FREITAS, Rafael Vêras de, RIBEIRO, Leonardo Coelho, FEIGELSON, Bruno (Coord.), *Regulação e Novas Tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 223-235. Por aqui, tratamos do tema em coautoria com Patrícia Baptista, no seguinte trabalho: BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 273, Rio de Janeiro, pp. 123-163, 17 set. 2016.

⁴²² Aqui, o tema foi tratado na já mencionada coautoria com Patrícia Baptista, sob a perspectiva geral dos desafios que as tecnologias impõem à regulação. Em abordagens voltadas para setores específicos da economia, Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Caio Cesar Figueroa abordaram o marco regulatório dos drones (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FIGUEIROA, Caio Cesar. Contribuições para o novo marco regulatório dos drones – Entre nobres objetivos e inadequados procedimentos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 51-70, jul./set. 2016) e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo e Isabel Cristina Veloso de Oliveira dos serviços de streaming de vídeo (OLIVEIRA, Isabel Cristina Veloso de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação e novas tecnologias: verticalização das OTTs de Vídeo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, pp. 200-218, dez. 2017). Irene Patrícia Nohara (NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de inovação na administração pública contemporânea: “destruição criadora” ou “inovação destruidora” do direito administrativo? *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 17, n. 194, p. 65-71, abr. 2017) e José Vicente Santos de Mendonça (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito Administrativo e inovação: limites e possibilidades. *A&c - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, [s.l.], v. 17, n. 69, p.169-189, 1 jul. 2017. *Revista de Direito Administrativo and Constitucional*.) se dedicaram ao estudo das inovações “dentro e a partir do direito administrativo”, e no debate sobre a regulação dos aplicativos de transporte de passageiro são exemplos os trabalhos de Gustavo Binенbojm (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Constitucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 215) e Thiago Marrara (MARRARA, Thiago. Serviços de taxi: aspectos jurídicos controvertidos e modelos regulatórios. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 3, Universidade de Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, pp. 1049-1063, 2 ago. 2016).

Na teoria econômica, as inovações são amplamente tratadas enquanto processos de evolução tecnológica e de transformação de bens e serviços. Nesta seara, Jan Fagerberg as define como a capacidade de traduzir novas ideias em resultados econômicos desejáveis (ou socialmente eficazes), por meio da utilização de novos processos, produtos ou serviços⁴²³. Para Richard Nelson e Sidney Winter, ela é a expressão de uma “ampla gama de processos variados a partir dos quais a tecnologia humana evoluiu ao longo tempo”⁴²⁴, enquanto José E. Cassiolato e Helena M. M. Lastres a compreendem como “um processo de incorporação e uso de conhecimentos no processo produtivo”⁴²⁵.

Em trabalho que trata da regulação da economia compartilhada, Sofia Ranchordás assinala a importância da adoção de um conceito que englobe também o aspecto social das inovações. Segundo a autora, a inovação não precisa, necessariamente, ser “orientada para o lucro, desde que traduza a primeira realização bem-sucedida de uma ideia que melhore, do ponto de vista tecnológico, social ou econômico, o status quo”⁴²⁶. Nesse sentido, o conceito pode ser aplicado não apenas a tecnologias emergentes, mas também a programas e serviços socialmente inovadores que visam reduzir problemas sociais (como pobreza e discriminação), que configurariam o que classifica como “inovações sociais”⁴²⁷.

⁴²³ FAGERBERG, Jan. *Innovation: A Guide to the Literature*. In FAGERBERG, Jan e MOWERY, David C., *The Oxford Handbook of Innovation*, Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 4. Destaque-se que, para o autor, a inovação é mais do que uma ideia ou uma novidade, devendo ser a primeira concretização bem sucedida desta nova ideia no mercado ou na sociedade. Além disso, cabe notar que o conceito de inovação não necessariamente está atrelado a uma evolução tecnológica, apesar de ser este o foco do presente trabalho.

⁴²⁴ Trecho original em inglês: “wide range of variegated processes by which man’s technologies evolve over time.” (NELSON, Richard R.; WINTER, Sidney G.. *In search of useful theory of innovation*. Research Policy, [s.l.], v. 6, n. 1, p. 47-48, jan. 1977. Elsevier BV. [http://dx.doi.org/10.1016/0048-7333\(77\)90029-4](http://dx.doi.org/10.1016/0048-7333(77)90029-4)) Tradução livre: “O reconhecimento explícito da incerteza é importante no pensamento da política”. Trecho original em inglês: “Explicit recognition of uncertainty is important in thinking about policy.”

⁴²⁵ CASSIOLATO, José E., LASTRES, Helena M. M. Políticas de Inovação e Desenvolvimento In: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Orgs.) *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, pp. 19-55, p. 23. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/inovacao-no-brasil-avancos-e-desafios-juridicos-e-institucionais-1362>. Acesso em: 01 abr. 2019.

⁴²⁶ Tradução livre do trecho original em inglês: “Innovation does not need to be profit-oriented, as long as it translates the first successful realization of an idea that improves, from a technological, social, or economic perspective, the status quo.” (RANCHORDAS, Sofia. Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy. *Minnesota Journal Of Law, Science & Technology*, Minneapolis, v. 16, n. 1, pp. 413-475, p. 16, 2015).

⁴²⁷ Ainda segundo a autora, as inovações sociais são relevantes no contexto de práticas colaborativas destinadas a capacitar as comunidades e incentivar interações entre estranhos – o que se aplica, em grande parte dos casos, às plataformas de economia compartilhada. *Ibid.*, loc. cit.

A partir deste mesmo reconhecimento, o economista Jan Fargerberg insere as inovações sociais dentre as categorias que interessam à literatura econômica atual - junto com aquelas referentes a produtos e serviços, processos e modelos de negócio inovadores⁴²⁸. E no âmbito das classificações, Maximilian von Grafenstein aponta outras categorias que agrupam as inovações sob diferentes perspectivas, como por exemplo, as que diferenciam inovações incrementais (melhorias contínuas de produtos e serviços já existentes) das marginais (que se referem a novos tipos), ou as que identificam inovações “radicais” ou “revoluções tecnológicas”, que se diferenciariam por ser a introdução de uma nova tecnologia ou grupo de tecnologias que ainda não existiam⁴²⁹.

Nos debates sobre os desafios impostos aos reguladores pelo surgimento dinâmico de bens e serviços inovadores é comum o uso do termo “inovações disruptivas” para designar as situações em que seu surgimento é “capaz de enfraquecer ou, eventualmente, de substituir indústrias, empresas ou produtos estabelecidos no mercado”⁴³⁰. Originalmente, o termo foi cunhado em trabalho de Christopher Christensen e Joseph L. Bower de 1995⁴³¹, a fim de caracterizar uma teoria de resposta competitiva direcionada a modelos de negócios afetados por processos de disrupção - que seriam aqueles em que empresas inicialmente menores e com menos recursos desafiam agentes de mercado maiores e consolidados em suas áreas de atuação. Nesses processos, a empresa menor (a *disruptora*) entraria no mercado visando atingir uma parcela de consumidores até então excluída, oferecendo alternativas mais convenientes e econômicas. Ao passo que essas atuações preliminares não geram uma resposta vigorosa dos agentes pré-estabelecidos, as disruptoras aperfeiçoam sua performance e passam a atender também os consumidores convencionais.

A despeito desta aplicação específica, nos últimos anos a expressão “inovações disruptivas” foi dissociada deste recorte teórico particular para se referir a uma série de situações em que novos entrantes não cobertos pelo marco regulatório posto conquistam

⁴²⁸ FAGERBERG, Jan. Innovation: A Guide to the Literature. In FAGERBERG, Jan e MOWERY, David C., *The Oxford Handbook of Innovation*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 3.

⁴²⁹ GRAFENSTEIN, Maximilian von. *The Principle of Purpose Limitation in Data Protection Laws. The Risk-Based Approach, Principles, and Private Standards as Elements for Regulating Innovation*. Nomos: Baden-Baden, 2018, p. 62.

⁴³⁰ CORTEZ, Nathan. Regulating Disruptive Innovation. *Berkeley Technology Law Journal*, Berkeley, n. 29, pp. 175-228, 2014, p. 175.

⁴³¹ CHRISTENSEN, Clayton M. RAYNOR, Michael E. MCDONALD, Rory. What is Disruptive Innovation? *Harvard Business Review*, dez. 2005, pp. 44-53. Disponível em: <https://hbr.org/2015/12/what-is-disruptive-innovation>. Acesso em: 01 abr. 2019.

parcelas relevantes do mercado, que não necessariamente se enquadram dentro dos requisitos teóricos originalmente traçados pelos autores. São exemplos o surgimento de plataformas de economia compartilhada (como Uber e AirBnB), de serviços de *streaming* de vídeo ou de voz sobre IP⁴³².

Guardadas as especificidades e as consequências implícitas a cada um desses tratamentos, é possível observar que a inovação é um processo dinâmico, “que pode envolver originalidade, pesquisa, desenvolvimento, comercialização e que se difunde por toda a economia”⁴³³. Temos, assim, um conceito prestigiado em matéria de política pública, com um traço semântico distinto apesar de eventuais variações, e desdobramentos de natureza multidisciplinar. Justamente por seu conteúdo normativo a matéria transcende a literatura, sendo também objeto de políticas públicas estruturadas em uma série de países⁴³⁴.

⁴³² Não sem o protesto dos autores originais. “Infelizmente, a teoria da disrupção está em perigo de se tornar uma vítima de seu próprio sucesso. Apesar da ampla disseminação, os conceitos centrais da teoria foram amplamente incompreendidos e seus princípios básicos frequentemente mal aplicados. Além disso, refinamentos essenciais na teoria nos últimos 20 anos parecem ter sido ofuscados pela popularidade da formulação inicial. Como resultado, a teoria é às vezes criticada por deficiências que já foram abordadas.” Trecho original em inglês: “*Unfortunately, disruption theory is in danger of becoming a victim of its own success. Despite broad dissemination, the theory’s core concepts have been widely misunderstood and its basic tenets frequently misapplied. Furthermore, essential refinements in the theory over the past 20 years appear to have been overshadowed by the popularity of the initial formulation. As a result, the theory is sometimes criticized for shortcomings that have already been addressed.*” (Ibid., loc. Cit.)

⁴³³ Trecho original em inglês: “*innovation is a dynamic process that can involve idea origination, research, development, commercialization, and diffusion throughout the economy.*” (SCHACHT, Wendy H. Cooperative R&D: Federal Efforts to Promote Industrial Competitiveness. *Congressional Research Service*, dez. 2012, p. 1-11, p. 9. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL33526.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018)

⁴³⁴ Com fins ilustrativos, cita-se o exemplo dos Estados Unidos. Lá, a “Estratégia para Inovação Americana” foi lançada em 2009 (e atualizada em 2015), com o objetivo de estabelecer as fundações para um crescimento sustentável e qualidade de empregos. Embora o setor privado seja responsável pela criação de empregos e pelo desenvolvimento de novos produtos, serviços e processos, a estratégia identifica que cabe ao governo federal: (i) investir nos blocos de construção da inovação, como pesquisa fundamental, capital humano e infraestrutura; (ii) o ambiente certo para o investimento do setor privado e mercados competitivos, por exemplo, promovendo exportações, reformando controles de exportação, encorajando empreendedorismo de alto crescimento, assegurando que os mercados financeiros trabalhem para consumidores e investidores e protegendo direitos de propriedade intelectual, e (iii) servir como um catalisador para avanços relacionados a prioridades nacionais, como energia limpa, saúde e outros grandes desafios do século XXI. Além dos EUA, o Japão é notoriamente conhecido por fazer altos investimentos em inovação e o Chile, por exemplo, também conta com um Plano Nacional de Inovação (conforme referências infra). Veja-se, ainda, a série de estudos, a OCDE oferece análises das políticas de inovação implementadas em uma série de países, como Portugal, Austria, Cazaquistão, Costa Rica, Malásia e Colômbia, dentre outros. (*A Strategy for American Innovation: Securing our Economic Growth and Prosperity*. National Economic Council, Council of Economic Advisers, and Office of Science and Technology Policy. The White House, Washington: February 2011. Disponível em: <https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/uploads/InnovationStrategy.pdf>. Acesso em 20/12/2018; Organization for Economic Cooperation and Development, *OECD Reviews of Innovation Policy*. Disponível em: <http://www.oecd.org/innovation/inno/oecdreviewsofinnovationpolicychile.htm/>. Acesso em 20.12.2018; Japan Policy Brief. Innovation: Strengthening innovation for productivity and greater wellbeing. *OECD Better Policies Series*: Abril, 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/japan/japan-strengthening-innovation-for-productivity-and-greater-wellbeing.pdf> Acesso em 28/11/2018; *Plan Nacional de Innovación 2014+2018*, División de Innovación Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Chile: Dez., 2015. Disponível em:

No Brasil, essa inclusão dentro da agenda política ganha relevância no início da década de 2000, com a profusão de fundos setoriais de desenvolvimento, movimentações em torno da realização da Conferência Nacional da Ciência, Tecnologia e Inovação em 2001 e com a posterior publicação do Livro Branco pelo Ministério da Ciência e Tecnologia em 2002⁴³⁵. Em 2004, é publicada a Lei nº 10.973/2004 (conhecida como “Lei da Inovação”), que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo.

Conforme aponta Fernando Menezes, muitas das disciplinas trazidas pela lei já estavam em consonância com a Constituição Brasileira e demais legislações antes da sua publicação. No entanto, esse amparo por meio de diploma especializado cumpre um papel de “romper a inércia”⁴³⁶ da administração pública, dando segurança mínima e assim estimulando posturas proativas da administração pública e da iniciativa privada. Além disso, também remove, em certa medida, “entraves jurídicos à realização da inovação tecnológica” e aperfeiçoa o regime jurídico existente aplicável à matéria⁴³⁷. Apesar de também reconhecerem os progressos organizacionais que esse movimento representa no Brasil, Maria Paula Dallari Bucci e Diogo R. Coutinho identificam um descompasso entre as formulações legais e a sua sustentação por formas jurídicas, expresso nas dificuldades impostas pelo ordenamento jurídico, seus intérpretes, aplicadores e controladores externos⁴³⁸.

A inserção da inovação dentro dos racionais da intervenção regulatória tem respaldo, assim, em um entendimento consagrado do papel do Estado em promover seus benefícios; a

<https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2014/12/Plan-Nacional-de-Innovaci%C3%B3n1.pdf>. Acesso em 20/12/2018.)

⁴³⁵ PACHECO, Carlos Américo; BONACELLI, Maria Beatriz Machado; FOSS, Maria Carolina. Políticas de estímulo à demanda por inovação e o Marco Legal de CT&I In COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Orgs.) *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, pp. 213-239, p. 213. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/inovacao-no-brasil-avancos-e-desafios-juridicos-e-institucionais-1362>. Acesso em: 29 mar. 2019.

⁴³⁶ ALMEIDA, Fernando Menezes de. A Legislação Federal sobre Ciência, Tecnologia e Inovação no Contexto da Organização Federativa Brasileira, In: FREITAS, Rafael Vêras de, RIBEIRO, Leonardo Coelho, FEIGELSON, Bruno (Coord.), *Regulação e Novas Tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 99-110.

⁴³⁷ *Ibid.*, loc. cit.

⁴³⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. COUTINHO, Diogo R. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas In COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Orgs.) *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, pp. 313-339, p. 325. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/inovacao-no-brasil-avancos-e-desafios-juridicos-e-institucionais-1362>. Acesso em: 29 mar. 2019.

seguir, trata-se do principal embasamento teórico para tanto, que é a sua relação com o desenvolvimento econômico.

3.2.1.2. Inovação e desenvolvimento

Muitos estudos promovidos por organizações internacionais atestam a importância da promoção da inovação para o desenvolvimento econômico e ampliação do bem-estar. Segundo o estudo da OCDE *Panorama da Ciência, Tecnologia e Indústria* (2014), “a inovação é um grande impulsionador da produtividade e do crescimento econômico e é vista como uma maneira fundamental de criar novos valores de negócios”⁴³⁹. Como premissa de desenvolvimento, a inovação aparece no relatório *Enhancing Europe’s Competitiveness Fostering Innovation Driven Entrepreneurship in Europe*⁴⁴⁰, uma Estratégia para o ano de 2020 traçada pela União Europeia em que ela é concebida como premissa de uma economia mais competitiva, sustentável e inclusiva⁴⁴¹.

Por sua vez, a literatura acadêmica que examina esse nexo de causalidade parte, de forma geral, da lógica desenvolvida por Joseph Schumpeter na obra *Capitalismo, Socialismo e Democracia*⁴⁴². Nela, o autor desenvolveu o argumento de que o surgimento de novos bens de consumo, métodos de produção e de transporte, novos mercados e novas formas de organização industrial é o principal impulso do desenvolvimento econômico em sistemas capitalistas, que permite a realização do seu caráter evolucionário, com impactos nas formas de organização econômica e social. A esse processo pelo qual a estrutura econômica é constantemente revolucionada a partir dela mesma, destruindo antigas e criando novas lógicas de consumo, o

⁴³⁹ Trecho original em inglês: “*Innovation is a major driver of productivity and economic growth and is seen as a key way to create new business values.*” (OECD. *OECD Science, Technology and Industry Outlook 2014*, [s.l.], pp. 1-480, 12 nov. 2014. OECD. http://dx.doi.org/10.1787/sti_outlook-2014-en)

⁴⁴⁰ Que explora as formas de aumentar a competitividade em mercados europeus, disponível em: (Enhancing Europe’s Competitiveness Fostering Innovation Driven Entrepreneurship in Europe, World Economic Forum, jan. 2014. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_EuropeCompetitiveness_InnovationDrivenEntrepreneurship_Report_2014.pdf Acesso em 20/12/2018.

⁴⁴¹ Ibid., p. 07.

⁴⁴² SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, Socialism and Democracy*. 2. ed. Floyd, Virginia: Wilder Publications Inc, 2012. E-book.

autor dá o nome de *destruição criativa*⁴⁴³. Nesse cenário, a inovação funciona como motor das transformações econômicas e parâmetro tanto para a atuação estatal, quanto para estratégias de negócios⁴⁴⁴, cumprindo um papel determinante na forma como evoluem as relações econômicas e sociais.

Convergente à teoria de Schumpeter, parte relevante da literatura econômica reconhece o seu papel como fator de produção essencial ao desenvolvimento das economias industrializadas. Robert Cooter et al. entendem que o desenvolvimento econômico, como força motriz dessas melhorias, se dá, principalmente, a partir da inovação tecnológica (representada, nos séculos XVIII e XIX, pelo surgimento do motor a vapor e das ferrovias)⁴⁴⁵. Em sentido semelhante, Joseph Brodley constata que o progresso tecnológico é o fator mais importante para a maximização de resultados no mundo industrializado⁴⁴⁶, assim como Herbert J. Hovenkamp, que tira consequências para o direito concorrencial do amplo consenso sobre os

⁴⁴³ Publicado pela primeira vez em 1943 a ideia que baseia o livro é a de que a forma como o próprio sistema capitalista funciona acarretaria sua extinção, em franca e declarada influência marxista – apesar, no entanto, do autor também expressar categoricamente que não se alinha ideologicamente com o socialismo. Para ele, a destruição criativa seria um dos motores deste ocaso – junto com a emergência de uma classe social e política intelectualizada “em condições de desenvolver críticas dos assuntos sociais pelos quais não são diretamente responsáveis e capazes de defender os interesses dos estratos sociais a que eles próprios não pertencem”. Uma das consequências que extrai desta constatação é o fato de que qualquer estratégia de negócio apenas ganhará robustez quando considerada no contexto deste processo e de acordo com a situação criada por ele. Isso exigirá uma abordagem específica das análises econômicas e concorrenciais, que ao invés de fixar competição de preços, deveriam importar-se com competição de novas commodities, novas tecnologias, novos tipos de organização. Um tipo de competição que não afeta os agentes econômicos em sua margem de lucro ou em seus resultados, mas em suas bases e sua existência. *Ibid.*, p.11.

⁴⁴⁴ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 273, Rio de Janeiro, pp. 123-163, 17 set. 2016, p. 131.

⁴⁴⁵ “Apesar da medida do progresso econômico ao longo de grandes períodos de tempo ser de extrema dificuldade, atualmente é consenso dado o fato de que os padrões de vida da população mundial mal evoluíram, no período de tempo compreendido entre os 2.000 anos que antecederam a Revolução Industrial e o final dos anos 1700- início dos anos 1800. Somente após as inovações extraordinárias que, em retrospecto, compuseram essa revolução – notadamente, o motor a vapor e as ferrovias – os padrões de vida começaram a avançar rapidamente, num primeiro momento no Reino Unido e nos Estados Unidos, e, eventualmente, em todo o mundo”. Trecho em tradução livre. (COOTER, Robert D., EDLIN, Aaron, LITAN, Robert e PRIEST, George (org). *The Importance of Law in Promoting Innovation and Growth In: COOTER, Robert D., EDLIN, Aaron, LITAN, Robert e PRIEST, George (orgs.) Rules for Growth: Promoting Innovation and Growth Through Legal Reform*. EUA: The Kauffman Task Force on Law, Innovation, and Growth da Ewing Marion Kauffman Foundation, 2011, p. 2)

⁴⁴⁶ Tradução livre do trecho original em inglês: “*Innovation efficiency or technological progress, is the single most important factor in the growth of real output in (...) the industrialized world.*” BRODLEY, Joseph F. The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare, and technological progress. *New York University Law Review*, n. 62, 1987, pp. 1020-1026.

ganhos obtidos a partir da inovação serem maiores do que aqueles derivados de simples produção e comércio⁴⁴⁷. Na síntese de Glauco Arbix e Zil Miranda,

Seja na produção industrial, na agricultura ou no mundo dos serviços, o desenvolvimento dos países é cada vez mais dependente da geração de conhecimento, de informações qualificadas, habilidades e competências diversas. São variáveis que impactam a capacidade de fazer diferente, com melhor qualidade e de modo mais eficiente. Inovação é o nome desse jogo, que determina, em última instância, o dinamismo econômico das nações.⁴⁴⁸

O entendimento sólido sobre a importância da inovação para o desenvolvimento econômico e aumento do bem-estar das populações é permeado por posições que o relativizam em relação ao grau de desenvolvimento econômico de cada país. Considerando o quadro teórico aceito como descrição do crescimento econômico a longo prazo - que o apresenta como o resultado de capital físico (infraestrutura concreta de meios de produção, como prédios e máquinas), capital humano (a força de trabalho humano, incluindo a capacitação e a expertise própria que as pessoas trazem para os processos de produção) e inovação - é possível afirmar que esta última seria o principal fator de produção responsável pelo crescimento de economias desenvolvidas⁴⁴⁹. Note-se que essa posição seria mitigada em relação a economias em desenvolvimento, onde a necessidade de investimento em infraestrutura ofuscaria os efeitos da inovação - uma demanda, em geral, suprida pela importação de tecnologia. Contudo, os autores não deixam de observar que há uma tendência de transformação deste parâmetro, já que as inovações direcionadas à melhoria do bem-estar de classes economicamente menos privilegiadas seriam iniciativas majoritariamente locais⁴⁵⁰. Em sentido semelhante, estudo de

⁴⁴⁷ HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and innovation: where we are and where we should be going. *Antitrust Law Journal*, Connecticut, n. 77, p. 749-756, 2011, p. 751.

⁴⁴⁸ ARBIX, Glauco. MIRANDA, Zil. Inovar para sair da crise. In COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Orgs.) *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, pp. 57-78, p. 57. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/inovacao-no-brasil-avancos-e-desafios-juridicos-e-institucionais-1362> <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/inovacao-no-brasil-avancos-e-desafios-juridicos-e-institucionais-1362>. Acesso em: 29 mar. 2019.

⁴⁴⁹ COOTER, Robert D., EDLIN, Aaron, LITAN, Robert e PRIEST, George. The Importance of Law in Promoting Innovation and Growth In: COOTER, Robert D., EDLIN, Aaron, LITAN, Robert e PRIEST, George (orgs.) *Rules for Growth: Promoting Innovation and Growth Through Legal Reform*. EUA: The Kauffman Task Force on Law, Innovation, and Growth da Ewing Marion Kauffman Foundation, 2011, p. 3.

⁴⁵⁰ “O economista do MIT Robert Solow ganhou seu Prêmio Nobel por mostrar nos anos 1950 que nos Estados Unidos a inovação era de longe o fator de produção mais importante dos três. Trabalhos empíricos subsequentes por Edward Denison, Robert Barro e outros confirmaram que esse seria o caso das economias desenvolvidas. Há uma gama mais ampla de opiniões sobre a contribuição relativa dos três fatores de produção nas economias menos desenvolvidas, que têm a vantagem de poder copiar ou importar tecnologias de ponta do mundo desenvolvido e, portanto, parecem confiar mais fortemente em investimentos em capital físico e educação para alcançar crescimento em vez de inovação (embora isso tenha mudado em partes do mundo onde as inovações que visam satisfazer a carência de indivíduos de baixa renda são mais prováveis de serem provenientes de residentes locais

2012 da OCDE aponta a importância do estímulo à inovação nesses países, considerando, além dessa demanda por uma inovação inclusiva de cidadãos de baixa renda, a necessidade de adaptação a condições locais de inovações importadas e de galgar posições no *ranking* global de cadeias de valor⁴⁵¹.

Seu papel fundamental para o desenvolvimento dos países demanda dos governos o tratamento da inovação como vetor e meta da política pública. Conforme diagnosticado por Maria Paula Dallari Bucci e Diogo R. Coutinho, a experiência histórica demonstra que “em todos os lugares onde houve progressos de aceleração do desenvolvimento impulsionado pelo Estado, foi necessário organizar um sistema de ciência e pesquisa e articulá-lo com o setor empresarial”⁴⁵². Ao contrário do que sugerem percepções comuns, a relevância desses investimentos não apenas sobrevive, mas torna-se ainda mais prioritária em momentos de crise econômica⁴⁵³.

do que do exterior).” Trecho original em inglês: “*MIT economist Robert Solow won his Nobel Prize for showing in the 1950s that in the United States innovation was by far the most important “factor of production” of the three. Subsequent empirical work by Edward Denison, Robert Barro and others has confirmed that to be the case in developed economies. There is a broader range of opinion about the relative contribution of the three factors of production in the lesser-developed-economies, which have the advantage of being able to copy or import cutting edges technologies from the developed world, and thus seem to rely more heavily on investment in physical capital and education to achieve growth rather than in innovation (although this has been changing in parts of the world where innovations aiming at satisfying the want of low-income individuals are more likely to come from local residents than from abroad).*” (COOTER, Robert D., EDLIN, Aaron, LITAN, Robert e PRIEST, George. The Importance of Law in Promoting Innovation and Growth In COOTER, Robert D., EDLIN, Aaron, LITAN, Robert e PRIEST, George (Orgs.) *Rules for Growth: Promoting Innovation and Growth Through Legal Reform*. EUA: The Kauffman Task Force on Law, Innovation, and Growth da Ewing Marion Kauffman Foundation, 2011, p. 3)

⁴⁵¹ OECD. *OECD Innovation for Development: A Discussion of the issues and a overview of the work of the OECD Directorate for Science, Technology and Industry*, May 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/innovation/inno/50586251.pdf> Acesso em 20/12/2018

⁴⁵² BUCCI, Maria Paula Dallari. COUTINHO, Diogo R. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas In COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Orgs.) *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, pp. 313-339, p. 324. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/inovacao-no-brasil-avancos-e-desafios-juridicos-e-institucionais-1362>. Acesso em: 29 mar. 2019.

⁴⁵³ Nesse sentido, Sofia Ranchordás afirma que: “A inovação é um tema quente recentemente. Ela é particularmente um tema quente durante períodos de crise econômica, quando nós somos lembrados que os governos devem priorizar investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D) e redefinir as políticas de inovação de modo a aumentar a produtividade e promover o crescimento econômico. Ao contrário da nossa percepção comum de inovação, ela é um fenômeno.” Tradução livre do trecho original em inglês: “Innovation is a hot topic these days. It is a particularly hot topic during a time of economic crisis, when we are reminded that governments must prioritize investments in research and development (R&D) and redefine their innovation policies so as to enhance productivity and foster economic growth. Contrary to our common perception of innovation, this phenomenon.” (RANCHORDÁS, Sofia. Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy. *Minnesota Journal Of Law, Science & Technology*, Minneapolis, v. 16, n. 1, pp. 413-475, 2015) No mesmo sentido, Glauci Arbix e Miranda entendem que o investimento em inovação é fundamental até em momentos de crise. Segundo eles, “[a]s nações que avançaram ao longo do tempo deram especial atenção às pessoas, à sua educação e à ciência e tecnologia, mesmo em tempos difíceis. Investir sistematicamente em gente e na geração de conhecimento e em tecnologia é o que torna uma nação mais rica.” (ARBIX, Glauco. MIRANDA,

A consolidação de um entendimento sólido sobre a sua importância econômica e social não exclui reflexões sobre possíveis ambivalências. Irene Nohara, por exemplo, aponta que, ao passo que as inovações geram eficiência, modernização e benefícios diversos do ponto de vista coletivo, em alguns casos também podem representar “um grande retrocesso em conquistas sociais, tanto por parte da população, como dos próprios servidores públicos” que se expressaria, por exemplo, no resgate de práticas de terceirização⁴⁵⁴. Enquanto uma visão crítica e equilibrada deste debate é seguramente a mais acertada, o que se tem aqui são consequências de escolhas políticas realizadas em torno dos processos inovadores, mas que não reduzem o seu valor como catalisador do desenvolvimento. De fato, as possíveis contingências da inovação – aqui consideradas não apenas prejuízos a conquistas sociais e trabalhistas, mas também demais riscos de natureza diversa – reforçam a importância de um arranjo institucional estruturado, capaz de gerar suas benesses em conformidade com demais objetivos de políticas públicas.

3.2.2. Inovação e regulação

Nesse contexto, é pacificada a importância do papel do estado na promoção e proteção da inovação, que pode se refletir em arranjos institucionais (através de criação de órgãos e ministérios com mandato específico), políticas públicas de caráter geral (como a Lei Brasileira) e em políticas públicas voltadas para setores específicos da economia. Conforme atestado por Maria Paula Dallari Bucci e Diogo R. Coutinho,

Não é novidade que a capacidade de um país gerar inovações demanda um complexo arranjo institucional no qual a ação governamental não apenas não pode ser dispensada, como se mostra de todo decisiva para o desempenho das

Zil. Inovar para sair da crise. In: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Orgs.) *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, pp. 57-78, p. 63. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/inovacao-no-brasil-avancos-e-desafios-juridicos-e-institucionais-136>. Acesso em: 29 mar. 2019.)

⁴⁵⁴ NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de inovação na administração pública contemporânea: “destruição criadora” ou “inovação destruidora” do direito administrativo? *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 17, n. 194, pp. 65-71, p. 66 abr. 2017.

empresas ou firmas inovadoras. O Estado não é o agente diretamente responsável pela inovação, mas sem sua indução não é possível reunir as condições para que ela ocorra.⁴⁵⁵

Como já mencionado, o aparato legislativo-regulatório, calcado na conformação de condutas com vistas à estabilização mínima das relações jurídicas, ainda pode ser visto (ou, de fato, construído) como uma barreira ao surgimento de produtos e serviços inovadores. Assim, é possível verificar entendimentos, ainda que pontuais, no sentido de que a inovação seria essencialmente privada, podendo ser entendida como produção de valor econômico no mercado que tem por *locus* a empresa⁴⁵⁶.

Um diagnóstico que não se sustenta, tendo em vista que, em muitos casos, as instâncias de governo figuram como protagonistas do desenvolvimento de tecnologias inovadoras. Além do próprio objeto de estudo deste trabalho – conforme descrito no Capítulo 1, a Internet de hoje se origina de um projeto do governo norteamericano -, outras tecnologias consideradas inovadoras também foram gestadas a partir de iniciativas estatais, como o *Global Positioning System* - GPS e a pesquisa que permitiu a elaboração de “PageRank” algoritmos (que permitem, dentre outros, a ordenação das pesquisas em sites de busca)⁴⁵⁷.

Não se trata, contudo, de um papel exclusivo dos governos. O que se depreende da literatura é que justamente a reunião de esforços entre setores público e privado permite a consolidação de um ambiente que gere os estímulos e incentivos corretos para o desenvolvimento de novas mercadorias, minimizando riscos e impeditivos (burocráticos ou materiais) para a sua concretização. Essa complementaridade entre investimento e planejamento do setor público e expertise de mercado do setor privado se espelha, por exemplo, nas conclusões do estudo “Inovação – Estratégias de Sete Países”⁴⁵⁸, conduzido pelo então

⁴⁵⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. COUTINHO, Diogo R. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas In: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Orgs.) *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, pp. 313-339, p. 313. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/inovacao-no-brasil-avancos-e-desafios-juridicos-e-institucionais-1362>. Acesso em: 29 mar. 2019.

⁴⁵⁶ ALVAREZ, Roberto dos Reis, pp. 32-64, p. 34 In: ARBIX, Glauco [et. al.] *Inovação: estratégia de sete países. Cadernos da indústria ABDI*, XV, Brasília, DF: ABDI, 2010, pp. 32-64. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/inovacaoestrategiasdesetepaises.pdf> Acesso em 20 dez. 2018

⁴⁵⁷ JOHNS, James. Growing the Digital Economy in World Economic Forum, *Digital Playbook 2017 – Approaches to National Digital Governance*, 2017, p. 35. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/White_Paper_Digital_Policy_Playbook_Approaches_National_Digital_Governance_report_2017.pdf. Acesso em: 09 set. 2018.

⁴⁵⁸ ABDI, *Inovação: estratégia de sete países*. ARBIX, Glauco (Orgs.). Brasília, DF: ABDI, 2010, pp. 32-64, p. 34 (Cadernos da indústria ABDI; XV). Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/inovacaoestrategiasdesetepaises.pdf>. Acesso em 20 dez. 2018.

Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, em 2010. Segundo relataram Maria Paula Dallari Bucci e Diogo R. Coutinho, ainda que o modo como as políticas de inovação são implementadas possa variar, em regra, os países que investem de forma consistente em inovação têm por prática: a) estimular as empresas à prática de pesquisa e desenvolvimento, a produzir bens de maior valor agregado e elevar o nível de capacitação da mão de obra; b) em função da crescente complexidade científica dos processos de inovação, não descuidam do suporte a instituições e laboratórios de alta qualificação; c) foram capazes de definir desafios prioritários e criar instituições e programas especiais; d) intenso debate sobre o papel das universidades, que são estimuladas a contribuir ativamente com a política de inovação⁴⁵⁹.

Ainda que os agentes de mercado sejam pautados pela necessidade de se renovar e transformar para manter sua relevância (que varia de acordo com o setor de que se trata), é preciso ter em mente que os negócios tomam decisões sobre riscos muitas vezes baseadas em lógicas de custo benefício, examinadas a curto e médio prazo (ou seja, pela perspectiva da eficiência estática). Isso significa que diante de custos de investimento altos e riscos consideráveis (não só sobre o sucesso da empreitada em si, mas também em relação a possíveis barreiras regulatórias), a esfera privada, por si, pode não gerar estímulos suficientes à inovação.

Ao mesmo tempo, a atividade estatal também não reúne, por si, o que seriam as circunstâncias mais propícias, podendo faltar a ela expertise de mercado e negócios. A partir da experiência norte americana, Wendy H. Schacht⁴⁶⁰ atesta essa insuficiência, apontando a comercialização como fator crítico ao desenvolvimento e ao sucesso de novos produtos e serviços. De acordo com a autora, a maior parte dos processos inovadores não se dá de forma linear, ocorrendo, muitas vezes, de forma independente da pesquisa científica. Nessa linha, muitas inovações consistem em melhorias incrementais a produtos e processos que já existem, sendo determinante para o seu aperfeiçoamento não apenas a atividade científica, mas a comercialização com a consequente reação do mercado consumidor. A autora constata, assim,

⁴⁵⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. COUTINHO, Diogo R. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas In: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Orgs.) *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, pp. 313-339, p. 326-327. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/inovacao-no-brasil-avancos-e-desafios-juridicos-e-institucionais-1362>. Acesso em: 29 mar. 2019.

⁴⁶⁰ SCHACHT, Wendy H. Cooperative R&D: Federal Efforts to Promote Industrial Competitiveness. *Congressional Research Service*, dez. 2012, pp. 1-11, p. 9. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL33526.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

que “[o]s benefícios econômicos só se acumulam quando uma tecnologia ou técnica é levada ao mercado, onde pode ser vendida para gerar renda ou aplicada para aumentar a produtividade.”⁴⁶¹.

Em diagnóstico semelhante e preciso, Maria Paula Dallari Bucci e Diogo R. Coutinho entendem que

A inovação, como se sabe, é contraintuitiva do ponto de vista empresarial, dado que encerra inúmeros riscos, incertezas e, não raro, escassez de recursos e financiamento para as diferentes fases de maturação de produtos e processos que pressupõe. Também não é verdade, ao reverso, que a ação estatal, por si só, consiga criar um ambiente de empresas dinâmicas e invenção onde não haja um ambiente de liberdade e risco empresarial.⁴⁶²

Apesar do consenso sobre a centralidade de inovação, ciência e tecnologia para o desenvolvimento, as abordagens sobre as estratégias que levariam a esses objetivos ainda são

⁴⁶¹ Ibid., p. 2. “As decisões políticas focadas no aumento da pesquisa como um prelúdio para o aumento do avanço tecnológico foram baseadas no “modelo pipeline” de desenvolvimento da inovação. Esse processo foi entendido como uma série de etapas distintas de uma ideia, passando pelo desenvolvimento, engenharia, teste e comercialização de produtos, até um produto, processo ou serviço comercializável. Assim, espera-se que os aumentos no início do processo de desenvolvimento - na pesquisa - resultem em aumentos análogos na inovação no final. No entanto, esse modelo não é mais considerado válido. A inovação raramente é um processo linear e muitas vezes ocorrem novas tecnologias e técnicas que não requerem pesquisa ou desenvolvimento básico ou aplicado. A maioria das inovações é, na verdade, melhorias incrementais nos produtos e processos existentes. Em algumas áreas, particularmente na biotecnologia, a pesquisa está mais próxima de um produto comercial do que essa concepção indicaria. Em outros, a diferenciação entre pesquisa básica e aplicada é artificial. O fator crítico é a comercialização da tecnologia. Os benefícios econômicos só se acumulam quando uma tecnologia ou técnica é levada ao mercado, onde pode ser vendida para gerar renda e / ou aplicada para aumentar a produtividade.” Trecho original em inglês: “*Policy decisions focusing on increased research as a prelude to increased technological advancement were based upon the “pipeline model” of innovation. This process was understood to be a series of distinct steps from an idea through product development, engineering, testing, and commercialization to a marketable product, process, or service. Thus increases at the beginning of the pipeline—in research—were expected to result in analogous increases in innovation at the end. However, this model is no longer considered valid. Innovation is rarely a linear process and new technologies and techniques often occur that do not require basic or applied research or development. Most innovations are actually incremental improvements to existing products and processes. In some areas, particularly biotechnology, research is closer to a commercial product than this conception would indicate. In others, the differentiation between basic and applied research is artificial. The critical factor is the commercialization of the technology. Economic benefits accrue only when a technology or technique is brought to the marketplace where it can be sold to generate income and/or applied to increase productivity.*”

⁴⁶² “A “destruição criadora” que move o capitalismo, e que se acelerou vertiginosamente com a revolução das tecnologias de informação e comunicação nas últimas décadas do século XX, tem como característica, quando considerada a escala dos seus players e dos recursos envolvidos, a participação intensa do Estado, em correlação com a de empresas que buscam competitividade.” BUCCI, Maria Paula Dallari. COUTINHO, Diogo R. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas In: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Orgs.) *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, pp. 313-339, p. 325. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/inovacao-no-brasil-avancos-e-desafios-juridicos-e-institucionais-1362>. Acesso em: 29 mar. 2019.

diversas⁴⁶³, e é possível dizer que “o compromisso com a tecnologia e inovação como motor do crescimento e desenvolvimento ainda não está amplamente assegurado na cena brasileira, e o clima de instabilidade obscurece ainda mais a escolha das alternativas”⁴⁶⁴.

Tão consolidada quanto a importância de políticas de desenvolvimento e pesquisa, é a admissão de que o papel do estado não pode se resumir a essas atividades⁴⁶⁵. Robert Cooter et al., por exemplo, constataram que o tratamento da inovação pelo Direito deixa a desejar, apontando que tanto o direito econômico quanto a própria economia ainda não endereçaram a questão essencial da promoção da inovação, especificamente, sobre quais arranjos institucionais seriam mais eficientes dinamicamente⁴⁶⁶. No âmbito do direito concorrencial, Tim Wu argumenta que, apesar de haver (algo próximo a) um consenso teórico sobre as vantagens da eficiência dinâmica sobre a eficiência estática, é rara a implementação de políticas públicas visando proteger ou estimular a inovação⁴⁶⁷.

⁴⁶³ ARBIX, Glauco. MIRANDA, Zil. Inovar para sair da crise. In: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Orgs.) *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, pp. 57-78, p. 57. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/inovacao-no-brasil-avancos-e-desafios-juridicos-e-institucionais-1362>. Acesso em: 29 mar. 2019.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 58.

⁴⁶⁵ Nesse sentido: SCHACHT, Wendy H. *Cooperative R&D: Federal Efforts to Promote Industrial Competitiveness*. Congressional Research Service, dez. 2012, pp. 1-11, p. 9. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL33526.pdf> Acesso em 20/12/2018. RANCHORDAS, Sofia. Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy. *Minnesota Journal Of Law, Science & Technology*, Minneapolis, v. 16, n. 1, pp. 413-475, 2015.

⁴⁶⁶ COOTER, Robert D., EDLIN, Aaron, LITAN, Robert e PRIEST, George (org). The Importance of Law in Promoting Innovation and Growth In COOTER, Robert D., EDLIN, Aaron, LITAN, Robert e PRIEST, George (orgs.) *Rules for Growth: Promoting Innovation and Growth Through Legal Reform*. EUA: The Kauffman Task Force on Law, Innovation, and Growth da Ewing Marion Kauffman Foundation, 2011, p. 7.

⁴⁶⁷ WU, Tim. Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement If Innovation Mattered Most. *Antitrust Law Journal*, Connecticut, vol. 78, pp. 313-314, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2166525>. Acesso em 01/04/2016. Tim Wu desenvolveu o entendimento de que, se uma das funções desta área é a maximização do bem-estar de consumidores, então a proteção e promoção da inovação deveria ser uma “meta suprema” da legislação antitruste. Nesse sentido, identifica três problemas relacionados à preservação da inovação que não são considerados pela regulação corrente, especificamente: (i) os comportamentos excludentes (que ao dificultarem a entrada de novos entrantes representariam um obstáculo à inovação externa); (ii) a regulação dos catalisadores da inovação (a fim de proteger os mecanismos que têm o potencial de catalisadores da inovação, para que não sejam corrompidos ou restritos por agentes com poder de mercado); e (iii) os problemas de oportunidade, em relação ao momento adequado para que uma decisão de política pública seja tomada em setores caracterizados por alta inovação tecnológica. COOTER et al. (2011, p. 7) também constataram que o tratamento da inovação pelo Direito deixa a desejar, apontando que tanto o Direito econômico quanto a própria economia ainda não endereçaram a questão essencial da promoção da inovação, especificamente, sobre quais arranjos institucionais seriam mais eficientes dinamicamente. A assimilação da importância de preservação da inovação é essencial para a temática abordada, tendo impactos não apenas sobre as justificativas para a intervenção estatal, como também sobre as decisões acerca do momento e das formas adequadas de intervir, conforme se segue. BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 273, Rio de Janeiro, p. 143-144, 17 set. 2016.

É intuitivo que o aparato institucional cabível a tal missão atravessasse os diferentes tipos de relação que o Estado estabelece com a tecnologia e sua evolução. Importa, aqui, consignar o papel da regulação, que segundo Carlos Américo Pacheco, Maria Beatriz Machado Bonacelli e Maria Carolina Foss, é uma das iniciativas necessárias para suprir a demanda por inovação, ao lado de políticas sistêmicas (como as de apoio à formação de clusters e cadeias de produção tecnológicas), compra pública e apoio às demandas do setor privado⁴⁶⁸.

De forma geral, é possível afirmar que o principal objetivo das leis e regulamentos é proteger a coletividade de danos e riscos (que podem ser conhecidos ou desconhecidos) e, portanto, restringir o escopo de ação das entidades que os causam⁴⁶⁹. No caso da regulação da inovação, há não apenas um aumento em potencial dos riscos desconhecidos, mas também a questão de, concomitantemente, possibilitar o desenvolvimento da inovação e o aproveitamento de suas benesses pela sociedade.

Mora no equilíbrio entre essas diferentes motivações o desafio de regular para inovar ou para permitir inovar. A isso se atribui, inclusive, a dificuldade de se estabelecer uma relação direta de causa e efeito entre regulação e inovação, justamente pelo fato da regulação se apresentar ora como obstáculo, ora como incentivo à inovação⁴⁷⁰. Como identificado por Sofia Ranchordás:

⁴⁶⁸ PACHECO, Carlos Américo; BONACELLI, Maria Beatriz Machado; FOSS, Maria Carolina. Políticas de estímulo à demanda por inovação e o Marco Legal de CT&I In COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Orgs.) *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, pp. 213-239, p. 213. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/inovacao-no-brasil-avancos-e-desafios-juridicos-e-institucionais-1362>. Acesso em: 29 mar. 2019. Os autores usam a classificação de Edquist et al. das políticas de estímulo à inovação, que poderiam ser divididas em políticas de demanda (já referidas no corpo do texto) e de oferta, que se materializariam na forma de incentivos fiscais, apoio às atividades de treinamento (como cursos para empresas e para empreendedores), apoio ao capital de risco (fundos públicos de venture capital, por exemplo), linhas de financiamento e subvenção econômica, apoio à informação e a serviços de consultoria e estímulos ao networking, entre outras iniciativas. No artigo em questão, Pacheco et al. consignam o diagnóstico no sentido de que as políticas para inovação no Brasil são majoritariamente voltadas para a oferta e pouco se articulariam em prol da demanda (p. 214)

⁴⁶⁹ GRAFENSTEIN, Maximilian von. *The Principle of Purpose Limitation in Data Protection Laws*. The Risk-Based Approach, Principles, and Private Standards as Elements for Regulating Innovation. Nomos: Baden-Baden, 2018, p. 49.

⁴⁷⁰ PACHECO, Carlos Américo; BONACELLI, Maria Beatriz Machado; FOSS, Maria Carolina. Políticas de estímulo à demanda por inovação e o Marco Legal de CT&I In COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Orgs.) *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, pp. 213-239, p. 223. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/inovacao-no-brasil-avancos-e-desafios-juridicos-e-institucionais-1362>. Acesso em: 29 mar. 2019. De acordo com os autores, trabalhos semelhantes foram verificados no Reino Unido e na Alemanha, onde verificou-se que “a regulação pode ter efeitos positivos sobre a introdução de novos produtos ou serviços, assim como a proteção face a pedidos de indenização ou pela maior aceitação de novos produtos por consumidores e usuários”. Como esperado, foram identificadas também possíveis impactos negativos, como “elevações de custos com a mão-de-obra e de gastos em atividades de P&D”.

A inovação é um alvo em movimento e em evolução. Os reguladores podem tentar moldar e guiar os meios para atingir esse alvo, garantindo que ele siga certas rotas. No entanto, essas rotas devem estar alinhadas com o movimento de inovação e não devem envolver o abatimento de novas tecnologias e serviços antes que eles finalmente atinjam esse objetivo.⁴⁷¹

Diante da importância de sustentar o papel da regulação para a inovação, Carlos Américo Pacheco et al propõem que o foco do debate mude das limitações que ela pode impor para “as opções disponíveis ao gestor público para utilizar o arcabouço regulatório em prol da inovação”⁴⁷².

Presumindo, assim, que um dos objetivos da regulação seja o apoio às inovações benéficas, Roger Brownsword defende que o ambiente regulatório deve dispor dos instrumentos que permitam que esses fins sejam atingidos. Isso demandaria atenção dos reguladores ao uso de incentivos apropriados para os inovadores (incluindo incentivos fiscais efetivos); aos regimes de apoio à inovação, para que não operem de maneira contraproducente ou para que não sejam comprometidos por outras intervenções regulatórias; aos regimes de responsabilidade, que devem ser desenhados para proteger empresas inovadoras nascentes; ao direito facilitador, que deve estar devidamente orientado para a inovação; e à neutralidade tecnológica da regulação, no sentido de que as futuras tecnologias inovadoras não são injustamente desfavorecidas.⁴⁷³

Há, de fato, uma série de condutas com potencial para produzir efeitos positivos em mercados inovadores que cabem aos reguladores. Para Kevin Werbach, é deles a tarefa de legitimar novos modelos de negócios, facilitar a concorrência em casos de deficiência do mercado, aumentar a confiança em novos serviços, estabelecendo diretrizes e soluções para riscos urgentes, restringir outros atores governamentais de decisões prejudiciais e eliminar situações em que obrigações vagas ou sobrepostas criem dificuldades para novos entrantes⁴⁷⁴.

⁴⁷¹RANCHORDAS, Sofia. Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy. *Minnesota Journal Of Law, Science & Technology*, Minneapolis, v. 16, n. 1, pp. 413-475, p. 9, 2015.

⁴⁷² PACHECO, Carlos Américo; BONACELLI, Maria Beatriz Machado; FOSS, Maria Carolina. Políticas de estímulo à demanda por inovação e o Marco Legal de CT&I In COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Orgs.) *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, pp. 213-239, p. 224. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/inovacao-no-brasil-avancos-e-desafios-juridicos-e-institucionais-1362>. Acesso em: 29 mar. 2019.

⁴⁷³ BROWNSWORD, Roger. The shaping of our on-line worlds: getting the regulatory environment right. *International Journal of Law and Information Technology*, Oxford University Press, v. 20, n. 4, pp. 249-272, 2012, p. 266.

⁴⁷⁴ WERBACH, Kevin. Lessons for Policymakers and Regulators on the (Predictable) Future of the Digital Economy. Penn Wharton University of Pennsylvania. *Public Policy Initiative*, Volume 5, Number 1, jan. 2017, p. 3. Disponível em: <https://publicpolicy.wharton.upenn.edu/issue-brief/v5n1.php>. Acesso em: 02 dez. 2018.

Segundo o autor, também cabe nas competências da regulação a tomada de uma posição afirmativa em favor da inovação ou de novos entrantes, que pode se concretizar, por exemplo, na postergação da imposição de requisitos que se aplicam a empresas já consagradas, mas que poderiam prejudicar agentes de menor porte⁴⁷⁵.

Este último é um exemplo de ação resultante de um cálculo sobre forma e tempo de intervir baseado em inovação. A sua defesa como justificativa da ação regulatória exige que o regulador faça opções de conduta tendo em vista a sua promoção, o que pode se expressar em posturas mais ou menos intervencionistas, sem que se negue a proteção necessária a eventuais riscos advindos das atividades em questão⁴⁷⁶. Esse é um cálculo tão complexo quanto necessário, que naturalmente, não encontra fórmula pronta para sua realização.

Além dessas abordagens, a promoção da inovação pode significar o enfrentamento do *Dilemma de Collingridge* via inação consciente e temporária, que permita que um desenvolvimento mínimo seja detidamente acompanhado do novo mercado. É o caso, por exemplo, do que se optou por fazer quando surgiram nos Estados Unidos os serviços de voz sobre protocolo IP, nomeadamente o aplicativo “Skype”. Segundo relatado por Kevin Werbach (à época, colaborador na *Federal Communications Commission* – FCC americana), fez-se então uma decisão consciente de permitir que esses serviços se desenvolvessem, a partir do entendimento de que as tecnologias que surgiam eram uma forma de trazer novos agentes ao mercado, diminuir preços e aumentar a qualidade de serviços:

Nos EUA, por causa do que fizemos - eu estava na Comissão Federal de Comunicações nos anos 90, quando tivemos que pensar em voz sobre IP

⁴⁷⁵ Ibid., loc. cit.

⁴⁷⁶ GRAFENSTEIN, Maximilian von. *The Principle of Purpose Limitation in Data Protection Laws. The Risk-Based Approach, Principles, and Private Standards as Elements for Regulating Innovation*. Nomos: Baden-Baden, 2018, p. 49. Em relação à regulação da economia compartilhada, por exemplo, Sofia Ranchordás diz que: “No mundo da economia compartilhada, os limites legais tradicionais são facilmente desfocados, resultando em áreas cinzentas legais e incerteza regulatória. Além disso, essas tensões nem sempre podem ser reduzidas a um combate entre David - empresas inovadoras mas pequenas que conectam indivíduos - e Goliath - municípios e agências preocupados com o cumprimento da regulamentação de segurança, ou grandes cadeias de hotéis e corporações de táxi que não desejam perder seus clientes. Algumas plataformas eletrônicas, como Uber e Airbnb, estão longe de serem executadas em porões. Ainda assim, isso não significa que seu potencial inovador não deva ser valorizado. O choque real aqui é entre o interesse de estimular a inovação e a necessidade de proteger o público de seus possíveis danos.” Trecho original em inglês: “*In the world of the sharing economy, traditional legal boundaries are easily blurred, resulting in legal gray areas and regulatory uncertainty. In addition, these tensions cannot always be reduced to a combat between David—innovative but small start-ups that connect individuals—and Goliath— municipalities and agencies concerned about compliance with safety regulation, or large hotel chains and taxi corporations that do not wish to lose their clients. Some electronic platforms, such as Uber and Airbnb, are far from being run from basements. Still, this does not mean that their innovative potential should not be cherished. The real clash here is between the interest to stimulate innovation and the need to protect the public from its potential harms*”. (RANCHORDAS, Sofia. Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy. *Minnesota Journal Of Law, Science & Technology*, Minneapolis, v. 16, n. 1, pp. 413-475, 2015, p. 8.)

(Internet Protocol) - nós deliberadamente deixamos a porta aberta. Mesmo que coisas como o Skype estivessem fora da estrutura regulatória, tomamos uma decisão consciente de permitir que elas se desenvolvessem. E esse é um exemplo de reguladores conscientemente decidindo não impor um conjunto de regras desde o início - quando estas eram tecnologias nascentes - permitindo que elas crescessem. (...) E a história do Skype, eu acho, é uma história esperançosa. O que aconteceu com o Skype é que, antes de mais nada, você tinha reguladores como o FCC nos EUA que entendiam que essas novas tecnologias de chamadas pela Internet eram uma maneira de baixar preços e criar melhores serviços, além de [fornecer] novos serviços e inovação, e então não devemos nos apressar em impor todas as regras tradicionais sobre eles. E como essas empresas cresceram, elas puderam trabalhar com reguladores para lidar com as regras que eram necessárias.”⁴⁷⁷

Nos cenários em que a inovação provoca *assimetria regulatória*⁴⁷⁸, o tratamento desigual pelo marco legal gera inevitáveis demandas da indústria estabelecida por harmonização regulatória, o que deve ser observado com muita cautela. O fato de serviços diferentes competirem não quer dizer que devem receber o mesmo tratamento regulatório; na verdade, a insistência em aplicação de um arcabouço passado a um contexto de mercado novo pode se mostrar ineficiente tanto em relação à promoção da inovação quanto no tocante a outras justificativas de intervenção regulatória.

Em primeiro lugar, a insistência em conformação de um novo contexto de mercado a um quadro anterior, que não enderece as peculiaridades daquele serviço especificamente, tem o potencial de inibir o seu desenvolvimento, sendo assim prejudicial à inovação. Quando uma nova tecnologia ou um novo serviço usando tecnologias conhecidas surgem, abre-se uma gama de possibilidades futuras que num primeiro momento sequer são identificáveis.

O que poderiam nos ensinar, por exemplo, os serviços de transporte individual de passageiros baseados em aplicativos sobre mobilidade urbana e planejamento de cidades? Em relação aos serviços de *streaming* de vídeo, como o surgimento dessas plataformas pode transformar a produção audiovisual e abrir o mercado para novos entrantes a baixos custos de

⁴⁷⁷ WERBACH, Kevin. *How to Regulate Innovation - without killing it*. Entrevista concedida a Wharton University of Pennsylvania, 03 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://knowledge.wharton.upenn.edu/article/how-to-regulate-innovation-without-killing-it/>. Acesso em 04/04/2019.

⁴⁷⁸ De acordo com Sérgio Guerra, a assimetria regulatória “estará presente nos casos em que seja estabelecida uma competição em determinadas atividades que sejam reguladas pelo Estado sob diferentes graus de intervenção (forte, média ou fraca). Isto é, os regulados estarão participando do mesmo subsistema regulado (a mesma atividade, como, por exemplo, telecomunicações), porém submetidos à regulação assimétrica, desigual (concessão de telefonia fixa e autorização de telefonia fixa). (GUERRA, Sérgio. Riscos, Assimetria Regulatória e o Desafio das Inovações Tecnológicas, In: FREITAS, Rafael Vêras de, RIBEIRO, Leonardo Coelho, FEIGELSON, Bruno (Orgs.), *Regulação e Novas Tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 83-98, p. 93)

produção e distribuição? Nesses dois exemplos, trata-se de mercados cujas propostas regulatórias são caracteristicamente voltadas para os mercados que os precederam, o que corre o risco de, no mínimo, prejudicar a resposta a esses questionamentos⁴⁷⁹.

Em segundo lugar, a harmonização regulatória pode se provar insuficiente ao saneamento dos riscos (em grande parte das vezes ainda desconhecidos) inerentes àquela atividade, comprometendo a própria eficiência da política pública. Frente a serviços inovadores, os reguladores passam um tempo considerável navegando por incertezas, especialmente em relação a riscos e externalidades. Ou seja, tem-se um cenário em potencial em que não apenas a inovação é prejudicada, mas sequer se cumprem as finalidades de direito pretendidas.

Resumidamente, a inovação tem importância reconhecida para o desenvolvimento econômico das nações, o que demanda a sua promoção e proteção pelas políticas de Estado, inclusive via regulação. No caso da Internet, essa necessidade ganha uma relevância qualificada, por se tratar de uma tecnologia inerentemente propícia ao desenvolvimento de novos serviços. Em termos práticos, isso gera para os reguladores o dever de observar uma série de condutas com o potencial para favorecer o ambiente regulatório nesse sentido.

3.3. Arranjos institucionais: quem regula a Internet

A tradução para uma análise institucional das exigências de legitimidade da regulação dos serviços prestados pela Internet parte da constatação de que, ao mesmo tempo que a participação do Estado é essencial à implementação de mecanismos de *accountability* e responsabilidade que garantam o cumprimento dos fins públicos, esse papel não se dá mais de forma centralizada e uníssona. Ainda que essa afirmação pareça superficial, ou que ela possa se referir a uma diversidade de ambientes regulatórios contemporâneos, isso não afasta as complexidades que, ao longo das últimas décadas, desafiaram a justificação tanto da ação quanto da omissão estatal na Internet.

⁴⁷⁹ No caso da regulação de transporte individual e privado de passageiros, há uma clara tendência à equiparação com serviços de táxi, por exemplo, na experiência alemã. No mercado audiovisual, a União Europeia aprovou ano passado diretiva uniformizando os serviços de *vídeo sob demanda* em relação à regulação de serviços de televisão pré-existente; no Brasil, a única proposta regulatória para o setor até então oficializada foi publicada em 2015, e trazia medidas que visavam claramente a equiparação com os serviços de acesso condicionado regulados pela Lei nº 12.485/2011, que foram incorporadas no PL nº 8.889/2017, ainda em tramitação ao tempo de conclusão deste trabalho.

A questão sobre quem determina a forma como os agentes de mercado se comportam nesse ambiente se expressa de forma mais fidedigna através da indagação sobre *quem governa* a Internet, e não sobre *quem a regula*. Isso porque, conforme demonstrado no Capítulo 2, a forma como a rede de redes se constitui, e as organizações que surgiram ao seu redor formam uma estrutura de *governança* caracterizada por uma pluralidade de agentes (dentre eles os Estados-nação), envolvendo também diferentes práticas normativas e não normativas que influenciam comportamentos. Dentro dessa estrutura, a regulação (em sentido amplo) se exerce por diversas formas (como através de códigos ou decisões algorítmicas, por recomendações de adoção de padrões, ou pela instituição de códigos de conduta e diretrizes de uso). Em sentido estrito – e que interessa a esta análise – ela se refere a como os governos aplicam suas políticas públicas na Internet, onde os efeitos de suas decisões são desafiados pela ausência de fronteiras físicas (ainda que as fronteiras tecnológicas sejam possíveis) pela intermediação tecnológica.

A própria forma como a rede de redes opera implica na atuação de agentes privados como a instância final responsável por influenciar comportamentos online, de forma que a sua influência e instrumentalidade para a regulação estatal nesse campo já são há muito reconhecidas pela literatura⁴⁸⁰. É comum encontrarmos a referência a esses atores estratégicos sob diferentes rótulos, como por exemplo, *gatekeepers*⁴⁸¹, *intermediários*⁴⁸², *plataformas*⁴⁸³ ou *pontos de controle*⁴⁸⁴.

O termo *gatekeepers* é usado para fazer referência aos agentes privados que, pela natureza de suas funções, ganham posições estratégicas no setor em que atuam, seja por acesso privilegiado a informação, seja pela capacidade de influenciar comportamentos dos demais

⁴⁸⁰ MARSDEN, Christopher T. *Internet Co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 44.

⁴⁸¹ LAIDLAW, Emily. B. *Internet Gatekeepers, Human Rights and Corporate Social Responsibilities*. 2012. 304 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - London School of Economics and Political Science, London, 2012, p. 46.

⁴⁸² v. DeNARDIS, Laura. The Privatization of Free Expression. In: PRAKASH, Pranesh, RIZK, Nagla e SOUZA, Carlos Affonso, *Global Censorship – Shifting Modes, Persisting Paradigms*, Information Society Project, Yale Law School, Access to Knowledge for Development Centre, American University, Cairo e Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio, 2015, pp. 11-24, p. 11. Disponível em: http://itsrio.org/wp-content/uploads/2015/10/a2k_global-censorship.pdf. Acesso em 13/03/2016; GOLDSMITH, Jack, WU, Tim. *Who controls the Internet? Illusions of a Borderless World*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 69.

⁴⁸³ GILLESPIE, Tarleton. The Politics of Platforms. *New Media & Society*, Vol. 2, 2010, pp. 347-364.

⁴⁸⁴ ZITTRAIN, Jonathan, Internet Points of Control. *Boston College Law Review*, Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.388860>. Acesso em 20/03/2019 e ZITTRAIN, Jonathan, A History of Online Gatekeeping. *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 19, No. 2, pp. 253-298, 2006, p. 254. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=905862> Acesso em: 07 mai. 2019.

agentes⁴⁸⁵. De forma geral, ele se aplica a um número de domínios regulatórios onde os reguladores estatais são confrontados com os limites de suas capacidades para agir⁴⁸⁶. Na Internet, os *gatekeepers* conhecidos são aqueles que detêm controle sobre comportamentos, difusão e acesso à informação através da arquitetura dos sistemas utilizados no provimento de seus serviços. São os casos em que a característica dos serviços prestados coloca o agente como controlador do acesso, por exemplo, à rede em si (prestadores do serviço de telecomunicações que permite acesso à Internet), à informação nela contida (intermediada por ferramentas de busca) e aos próprios *websites* (intermediada pelos portais e navegadores e também pelos serviços de acesso à infraestrutura da rede). Assim, os *gatekeepers* da Internet exercem atividades de diferentes tipos, como carregar, hospedar ou indexar conteúdos de terceiros “cujos modelos de negócios naturais e arquiteturas de tecnologia correspondentes permitiram que os reguladores os recrutassem para eliminar o acesso a material questionável ou para identificar os malfeitores em muitos casos”⁴⁸⁷.

A referência a *intermediários* pode ser entendida nesse mesmo sentido, apesar de também ser possível identificar a sua associação mais afeta a quadros relacionados a regulação

⁴⁸⁵ Conforme explica John C. Coffee, o termo foi inaugurado por Ranier Kraakman na década de 80, referindo-se, *a priori*, à responsabilização de contadores e advogados pela conduta de seus clientes. Tendo sua lógica adaptada a outros setores, foi definido por Coffee, em tradução livre, como “(...) um profissional que esteja posicionado de modo a prevenir a transgressão, recusando a cooperação ou o consentimento necessários.” Trecho original em inglês: “(...) *a professional who is positioned so as to be able to prevent wrongdoing by withholding necessary cooperation or consent*” (COFFEE, John C., *Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms* (September 2003). *Columbia Law and Economics Working Paper*, No. 237. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=447940>. Acesso em: 06 jun. 2015). Em sentido semelhante, Colin Scott, em tradução livre: “Um *gatekeeper*, nesse sentido, é um ator não estatal que tem a capacidade (mas não necessariamente o incentivo) de contribuir para o controle do comportamento dos outros. O conceito é implantado dentro de regimes que são essencialmente de caráter público, mas em que atores não estatais desempenham um papel fundamental” Trecho original em inglês: “*A gatekeeper, in this sense, is a non-state actor who has the capacity (but not necessarily the incentive) to contribute to the control of the behaviour of others. The concept is deployed within regimes which are essentially public in character, but in which non-state actors play a key part.*” SCOTT, Colin. *Gatekeepers and Non-State Intermediation in Regulatory Governance*, Palestra concedida na Terceira Conferência ECPR. ESRC Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science: Budapeste, 2005. Disponível em https://www.academia.edu/2814833/Gatekeepers_and_NonState_Intermediation_in_Regulatory_Governance. Acesso em: 06 jun. 2015.

⁴⁸⁶ SCOTT, Colin. *Gatekeepers and Non-State Intermediation in Regulatory Governance*, Palestra concedida na Terceira Conferência ECPR. ESRC Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science: Budapeste, 2005, p. 3. Disponível em https://www.academia.edu/2814833/Gatekeepers_and_NonState_Intermediation_in_Regulatory_Governance. Acesso em: 06 jun. 2015.

⁴⁸⁷ ZITTRAIN, Jonathan, A History of Online Gatekeeping. *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 19, No. 2, pp. 253-298, 2006, p. 253. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=905862> Acesso em: 07 mai. 2019. Note-se que essas atividades se referem à atuação de intermediários nas camadas lógica e de conteúdo da Internet, que são o foco do presente estudo, o que não afasta, contudo, atuação de intermediários na camada de infraestrutura.

de mídias e comunicações. Wolfgang Schulz e Urs Gasser reconhecem a existência de perspectivas econômicas⁴⁸⁸ e de estudos de comunicação⁴⁸⁹ atinentes ao seu uso, elegendo para fins de direito uma definição que engloba os serviços que: (i) se localizam entre conteúdo e usuários; (ii) demonstram relevância estrutural para as comunicações públicas, e (iii) que não se apresentam na forma tradicional de jornalismo editorial⁴⁹⁰.

Em concepção própria centrada na arquitetura da rede, Jonathan Zittrain se refere a *pontos de controle* para designar atores, públicos ou privados que, por alguma razão, desempenham um papel estratégico em uma determinada área. Assim, o autor diferencia essas figuras dos reguladores, no sentido de que esses últimos seriam órgãos públicos ou privados intencionalmente dispostos a influenciar o comportamento de determinados atores dentro de um determinado campo⁴⁹¹.

Também é comum a alusão a esses intermediários como *plataformas*, um termo cuja aplicação antecede o surgimento da Internet, sendo há muito utilizado para se referir a “instrumentos que servem a estruturas definidas pela doutrina econômica como mercados de dois lados”⁴⁹², que facilita encontro e trocas comerciais entre ofertantes e demandantes. Como

⁴⁸⁸ Segundo os autores, “Os economistas estão interessados na localização dos serviços intermediários on-line dentro da cadeia de valor. É característico que os intermediários estejam posicionados entre provedores de conteúdo e clientes. Além disso, o valor agregado que os intermediários criam pode ajudar a estruturar esse grupo de serviços.” Trecho original em inglês: “*Economists are interested in the location of online intermediary services within the value chain. It is characteristic that intermediaries are positioned between content providers and customers. Furthermore, the added value that intermediaries create might help to frame this group of services.*” (GASSER, Urs, SCHULZ, Wolfgang. *Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Studies. Berkman Center Research Publication*, no. 2015-5, 18 feb. 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2JzCUx3>. Acesso em: 27 set. 2018)

⁴⁸⁹ Do ponto de vista dos estudos da mídia, eles entendem que “a forma como os serviços são integrados à vida diária e o significado que coletivamente criamos usando intermediários - por exemplo, a criação de novos tipos de esferas públicas - é importante. Os intermediários estão associados a práticas sociais específicas e essas práticas, por sua vez, constroem reflexivamente o serviço prestado. De forma semelhante, estudos sobre artefatos técnicos como instituições podem perguntar como entidades como algoritmos, nas quais muitos serviços intermediários on-line são baseados, podem ser vistas como instituições.” Trecho original em inglês: “*From a media studies perspective, the way that services are integrated into daily life and the meaning that we collectively create by using intermediaries – e.g. the creation of new types of public spheres – is important. Intermediaries are associated with specific social practices and these practices, in turn, reflexively construct the service provided. In a similar fashion, studies on technical artifacts as institutions can ask how entities like algorithms, on which many online intermediary services are based, can be seen as institutions.*” Ibid., loc. cit.

⁴⁹⁰ Ibid., loc. cit.

⁴⁹¹ FRYDMAN, Benoît, HENNEBEL, Ludovic, LEWKOWICZ, Gregory. *Co-regulation and The Rule of Law*. In: BROUSSEAU, Eric, MARZOUKI, Meryem e MÉADEL, Cécile, *Regulation, Governance and Powers on the Internet*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 133-150, p. 133.

⁴⁹² CHAVES, Dagoberto. *Direito das Plataformas: as relações entre múltiplos agentes*, In: FREITAS, Rafael Vêras de, RIBEIRO, Leonardo Coelho, FEIGELSON, Bruno (Coord.), *Regulação e Novas Tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 187-206, p. 188.

exemplo, a literatura especializada costuma citar os shopping centers (que seriam a plataforma através da qual se encontram lojistas e consumidores), os cartões de crédito (que facilitam trocas entre empresas e clientes) e os consoles de videogame (que reúnem desenvolvedores de jogos e jogadores que os consomem). Na Internet, as plataformas baseiam uma imensidão de serviços que engloba, por exemplo, sites de compra e venda, hospedagem, transporte particular de passageiros, serviços de streaming de vídeo, redes sociais, e serviços financeiros.

Para Luca Belli, essas plataformas digitais compõem o “ciberespaço no sentido de verdadeiros territórios virtuais”, que “concentram a capacidade de estabelecer unilateralmente a lei do (ciber) território, aplicá-la e utilizar suas regras autoestabelecidas para julgar conflitos entre os usuários da plataforma”⁴⁹³. Um poder que se expressa, principalmente, na capacidade de regulamentar o comportamento dos usuários através de termos de serviço elaborados unilateralmente e no fato de prescindirem de órgãos públicos executivos, implementando sua regulação privada diretamente através da estrutura técnica⁴⁹⁴. Conforme seu diagnóstico:

(...) não é uma surpresa que as plataformas digitais que povoam o ciberespaço tenham estabelecido mecanismos privados que representam uma alternativa muito mais eficiente e confiável às conflitantes e ineficazes instituições públicas no mundo *online*. Como tal, a ineficácia da coerção do Estado – que no mundo *offline* confere aos atores públicos um certo grau de autoridade e leva os cidadãos a respeitar a legislação – levou os atores privados a substituí-lo pelas regras contratuais e arquitetura técnica que estabelecem quais comportamentos são permitidos no mundo offline. Nesta perspectiva, as plataformas digitais podem ser consideradas como ciberespaço no sentido de verdadeiros territórios virtuais, cujas fronteiras são definidas por sua arquitetura técnica.⁴⁹⁵

Seja como reguladores ou como regulados, esses atores são inevitavelmente trazidos para o debate sobre os arranjos institucionais cabíveis à regulação da camada de conteúdo da Internet, que orbita em volta das formas mais legítimas e eficientes de exercer pressão sobre os mesmos⁴⁹⁶. Isto é, como vincular essas atividades privadas à regulação sem comprometer o seu desenvolvimento e preservando os direitos e liberdades dos usuários. Ainda que a opção por

⁴⁹³ BELLI, Luca, FRANCISCO, Pedro Augusto, ZINGALES, Nicolo. Lei do Estado ou lei da Plataforma? Cuidado com a privatização da regulação e da polícia In: BELLI, Luca, CAVALLI, Olga (Orgs). *Governança e Regulação da Internet na América Latina: análise sobre infraestrutura, privacidade, cibersegurança e evoluções tecnológicas em homenagem aos dez anos da South School on Internet Governance*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, pp. 447-470, 2019, p. 450.

⁴⁹⁴ Ibid., p. 450-451.

⁴⁹⁵ Ibid., pp. 447-470, p. 449.

⁴⁹⁶ Ibid., loc. cit.

arranjos híbridos pareça uma consequência natural dessas circunstâncias, durante algum tempo elas contribuíram para a expansão de formas de regulação privada, ou para a edição de políticas públicas que as desconsideraram.

Assim, a premissa desta análise institucional é a necessidade de adoção de arranjos que estão dentro do espectro entre a regulação direta estatal e a autoregulação, o que conforme será visto, pode variar sensivelmente diante de forma e intensidade da presença estatal. Mais do que um recurso retórico, essa constatação parte, em primeiro lugar, da análise de experiências empíricas em nível global, principalmente no tocante à evolução das formas privatizadas de regulação que predominaram nos primeiros anos de uso civil da Internet.

Além disso, também se consideram, aqui, as implicações teóricas da literatura regulatória, que aborda a flexibilidade de arranjos institucionais regulatórios, pelo menos, desde os anos 80. Junto com um debate sobre meios, as alternativas à regulação estatal direta fizeram parte de movimentos originados no Reino Unido, e que depois se refletiram em outros países, batizados de *Movimentos da Melhor Regulação*⁴⁹⁷, cujo objetivo era melhorar as práticas regulatórias, principalmente aquelas direcionadas a pequenos negócios. A iniciativa mudou a abordagem dos fardos regulatórios impostos da solução de desregulação (que vinha sendo apontada como solução até então) para a emissão de uma regulação mais flexível e responsiva às dificuldades e custos característicos de cada modelo de negócios⁴⁹⁸. Junto com a análise de teorias e formas de regulação tratadas no âmbito dessas propostas (como, por exemplo, a ideia de *regulação responsiva* e as estratégias conhecidas como *emission trading* e *cap and trade*⁴⁹⁹), as alternativas da corregulação já eram apresentadas como respostas à rigidez da regulação estatal, sendo certo que a sua consideração pelos reguladores já é advogada desde então.

Diante do avanço das economias de rede e de uma economia globalizada cada vez mais complexa, essa alternativa ganha maior relevância, principalmente diante da Internet – que, como bem apontado por Christopher Marsden, pode ser considerada um paradigma catalisador da experimentação regulatória, onde alternativas institucionais antes majoritariamente teorizadas foram testadas, ou até entendidas como a única solução pragmaticamente viável⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ Tradução do nome original em língua inglesa de *Better Regulation Movement*.

⁴⁹⁸ BALDWIN, Robert. *Better Regulation: Is It Better for Business?* Federation of Small Businesses (FSB): London, 2004, p. 6. Disponível em: <https://www.fsb.org.uk/docs/default-source/fsb-org-uk/policy/assets/0952-better-regulation.pdf?Status=Master&sfvrsn=1>. Acesso em: 14 mar. 2019.

⁴⁹⁹ Para uma abordagem detalhada dessas teorias, v. BALDWIN, Robert, CAVE, Martin e LODGE, Martin. *Understanding Regulation*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁵⁰⁰ “O papel das corporações, consumidores e estados em redes de atividade reguladora agora é aceito pelos teóricos legais, de modo que a Internet é mais crucial ou mesmo catalisadora de teorização regulatória, em vez de

Antes de abordar as experiências que levam a este paradigma e analisar as suas consequências, cabem algumas notas teóricas distintivas sobre os arranjos institucionais disponíveis.

3.3.1. Regulação direta, autorregulação e corregulação

Não é novidade para o direito administrativo que mesmo a regulação centrada no Estado pode ser desempenhada a partir de arranjos institucionais diversos. Além do protagonismo do poder legislativo e dos órgãos da administração pública direta e indireta, há uma gama de opções de estratégias institucionais possíveis entre essa atuação e a autorregulação exclusiva dos mercados. A consideração rotineira dessas alternativas pode ser entendida como uma das formas de aperfeiçoamento da atividade de governo, encorajando os reguladores a perseguir mudanças de cultura institucional para que instrumentos legais e não legais sejam sistematicamente considerados para atingir o interesse público⁵⁰¹.

De forma geral, os arranjos institucionais que baseiam a atividade regulatória podem ser identificados na regulação estatal direta, na corregulação e na autorregulação. Essa é a divisão adotada, por exemplo, pelo órgão regulador das comunicações do Reino Unido (*Office of Communications* – Ofcom), segundo o qual a regulação direta acontece quando um órgão criado por lei desenvolve, aplica, monitora e fiscaliza um determinado arcabouço regulatório. É a lógica comumente associada com a estratégia de implementação por *comando e controle*, o que requer alguma cautela. De fato, essa forma caracteriza uma parcela relevante da atuação estatal na economia, não sendo, contudo, o único tipo de instrumento dos quais dispõe a

uma exceção que comprova a regra de comando e controle. Assim, podemos falar da regulação da Internet "voltando para casa" para a teoria reguladora dominante. A riqueza da pesquisa empírica em regulação da Internet dá seu peso aos estudos setoriais e gerais existentes de regulação." Trecho original em inglês: "*The role of corporations, consumers and states in inter-mashed webs of regulatory activity is now accepted by legal theorists, such that the Internet is more a crucible or even catalyst for regulatory theorizing, rather than an exception that proves the command and control rule. Thus we can speak of Internet regulation 'coming home' to mainstream regulatory theory. The wealth of empirical research in Internet regulation lends its weight to existing sectoral and general studies of regulation*". MARS DEN, Christopher T. *Internet Co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 44.

⁵⁰¹ BALDWIN, Robert. *Better Regulation: Is It Better for Business?* Federation of Small Businesses (FSB): London, 2004, p. 24. Disponível em: <https://www.fsb.org.uk/docs/default-source/fsb-org-uk/policy/assets/0952-better-regulation.pdf?Status=Master&sfvrsn=1>. Acesso em: 14 mar. 2019.

administração pública para, sem o uso de agentes intermediários, promover ação regulatória em determinado setor⁵⁰².

Os arranjos de correção seriam aqueles “fundados na divisão de tarefas e responsabilidades entre Estado, agentes regulados e partes interessadas, cuja concretização se dá, formalmente, por meio de delegação de tarefas por parte do Poder Público, mediante fixação de parâmetros sob controle estatal”⁵⁰³. E, por sua vez, os arranjos de autorregulação seriam aqueles em que um grupo de empresas ou indivíduos exerce controle sobre seus próprios membros através de um conjunto de regras estabelecidas pelos próprios participantes, que a elas aderem voluntariamente⁵⁰⁴. Cada uma dessas três formas guarda um número de variações, mas é no espectro entre a regulação estatal direta e a autorregulação – onde se situa a *correção* - que a diversidade de arranjos institucionais é maior, e por conseguinte, também o é a dissonância taxonômica.

Sob o rótulo da *correção* verifica-se uma gama de organizações diferentes, que têm em comum a implementação de regimes regulatórios baseados na interação entre legislação estatal e órgãos autorregulatórios⁵⁰⁵. Hanneke van Schooten e Jonathan Verschuuren a distinguem pela combinação de diferentes atores não estatais (como empresas, grupos de empresas e organizações sem fins lucrativos) com algum nível de envolvimento estatal⁵⁰⁶. Dentro desse espectro, é possível detectar diferentes composições, onde variam a forma, o momento e a intensidade com que se dá o controle estatal⁵⁰⁷. Definidos por essa natureza essencialmente híbrida, sob o ponto de vista instrumental, esses arranjos também são

⁵⁰² Nesse sentido, veja-se, por exemplo, o que Gustavo Binbenjy chama de *normas de indução*, que se utiliza da criação de incentivos, operando na fórmula “prescrição-prêmio”, ou ainda, o que ele chama de *estratégias regulatórias não normativas* (que incluiriam políticas públicas de fomento, o uso de sociedades empresariais estatais ou até estruturas alternativas de suporte de acesso a recursos financeiros, conhecidas como *project finance*). (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 163-171).

⁵⁰³ Ibid., p. 301.

⁵⁰⁴ Office of Communications (OFCOM). *Online protection: A survey of consumer, industry and regulatory mechanisms and systems*, [s.l.], Jun. de 2006. Disponível em: <https://www.ofcom.org.uk/research-and-data/internet-and-on-demand-research/internet-use-and-attitudes/online-protection>. Acesso em 20/01/2019.

⁵⁰⁵ MARSDEN, Christopher T. *Internet Co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 46.

⁵⁰⁶ SCHOOTEN, Hanneke van e VERSCHUUREN, Jonathan (Orgs.). *International Governance and Law: State Regulation and Non-state Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2008, p. 1.

⁵⁰⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 302.

comumente associados aos conceitos de *soft law* e *governança*, já que, como eles, se referem a formas mistas de influenciar comportamentos (o que não exclui a relevância das leis primárias na sua organização).

A partir dessa caracterização de estruturas descentralizadas e mistas que contam com a presença estatal, é possível verificar a associação da correção com os conceitos de governança, que também presumem uma diversidade de agentes envolvidos no processo de regulação, bem como o uso de meios não necessariamente formais de implementação⁵⁰⁸. Essa variedade de regras da governança descreve um modelo institucional que trata de conformidade e negociação, em vez de monopólio da força, que se aproximaria, assim, da correção, como uma das formas intermediárias entre a ação da agência reguladora ou qualquer órgão de Estado e outras formas de autorregulamentação.

Contudo, cabe atentar para a distinção já adotada entre regulação (via correção, ou como for) e governança, baseada principalmente no critério da intencionalidade⁵⁰⁹ que caracteriza a primeira. Assim, enquanto os arranjos correção devem ser vistos como escolhas institucionais expressas, desenhadas para endereçar determinados fins, a governança seria melhor definida por uma dinâmica de *coordenação reflexiva*, que se compõe, também, por práticas cuja influência de comportamento é involuntária, ainda que essencialmente imbuído na sua operação. Por isso, a governança presume processos normativos contínuos e heterogêneos, sem pontos de início e fim claramente definidos⁵¹⁰.

A presença estatal, serve, contudo, para distinguir a correção dos arranjos de autorregulação – que, em sentido mais amplo, se referem às operações e iniciativas regulatórias em que o governo não se envolve em nenhum nível de formulação ou implementação da regulação⁵¹¹. É comum a sua definição como a prática da indústria de tomar a iniciativa de

⁵⁰⁸ MARSDEN, Christopher T. *Internet Co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 55

⁵⁰⁹ Conforme já descrito nos esclarecimentos conceituais expostos na Introdução ao trabalho, com base no entendimento de HOFMANN, Jeanette; KATZENBACH, Christian; GOLLATZ, Kirsten. Between coordination and regulation: Finding the governance in Internet governance. *New Media & Society*, [s.l.], v. 19, n. 9, pp. 1-18, 31 mar. 2016.

⁵¹⁰ Admite-se, contudo, a associação por contexto entre os dois termos, já que, como bem pontuou Julia Black, o mundo online oferece tantas liberdades e ao mesmo tempo tantos riscos para os usuários individuais que ele se tornou o paradigma da ideia de regulação policêntrica. BLACK, Julia. Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes. *Regulation & Governance*, [s.l.], v. 2, n. 2. Wiley, jun. 2008, pp. 137-164.

⁵¹¹ BLACK, Julia. Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a “Post-Regulatory World”, *Current Legal Problems*, Oxford Journals, v. 54. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 103-146, p. 116.

produzir e fazer cumprir regras e códigos de conduta sem envolvimento governamental, apesar de também haver quem enquadre sob seu título atuações estatais limitadas, como por exemplo observador ou conselheiro⁵¹². Não se trata, assim, de uma distinção pacífica, já que a autorregulação, por sua vez, também guarda diferentes acepções.

Julia Black, por exemplo, discute ambas essas formas no âmbito da *descentralização administrativa* tratada no início do Capítulo, identificando variações entre auto, co e *quasi* regulação⁵¹³. Segundo a autora, a autorregulação também se distingue, além da ausência de governo, pela equiparação a regras não legais e de *soft law*⁵¹⁴ (apesar desta também ser associada à correção) e na adoção de regras bilaterais ou multilaterais, navegando pelas distinções entre voluntariedade e mandatoriedade, público e privado, legal e não legal. Pode, assim, ser usada para significar a adoção de instrumentos variados, como regras ou acordos coletivos que não sejam necessariamente fruto de legislação (ou que não envolvam o governo), acordos bilaterais entre empresas e governo ou a adoção unilateral de padrões e arranjos neo-corporativistas. Adicionalmente, ela pode se referir a regulamentação intraempresa ou mera contratação privada; o que importa notar aqui é que ela não se confunde com arranjos híbridos⁵¹⁵.

⁵¹² Ibid., loc. cit. Conforme mencionado pela autora, A OCDE define a autorregulação como o processo pelo qual um grupo organizado regula o comportamento de seus membros. A Força-Tarefa para Melhor Regulamentação do Reino Unido enfatiza a coletividade e o acordo mútuo, assim como o Guia Australiano de Regulamentação Melhor. autorregulação, o Ofel mantém a ênfase na mutualidade, mas amplia os participantes da indústria para todas as partes interessadas. Não se trata, contudo, de uma distinção pacífica, já que a autorregulação, por sua vez, também guarda diferentes acepções.

⁵¹³ Ibid., p. 118.

⁵¹⁴ Conforme seu entendimento, a “(...) autorregulação refere-se a regras de formulação da indústria e códigos de conduta e é o único responsável por sua aplicação. A quase-regulação refere-se a regras não legais que têm alguma forma de 'halo' governamental, incluindo códigos de prática da indústria endossados pelo governo, notas de orientação da agência governamental, acordos do governo da indústria e esquemas de credenciamento nacional. A co-regulação refere-se a um grau de apoio legislativo de códigos ou normas, por ex. delegação legislativa de poder à indústria para regulamentar e impor códigos, esperando ou exigindo que a indústria tenha um código mas tendo poder legislativo para impor um, prescrevendo códigos da indústria como voluntários ou obrigatórios na legislação, legislação estabelecendo padrões mínimos que a indústria pode aperfeiçoar ou obrigar as empresas a cumprir um código “ Trecho original em inglês: “(...) *self-regulation refers to industry formulating rules and codes of conduct and being solely responsible for their enforcement. Quasi-regulation refers to non-legal rules which have some form of government 'halo', including government-endorsed industry codes of practice, government agency guidance notes, industry- government agreements, and national accreditation schemes. Co-regulation refers to a degree of legislative underpinning of codes or standards, e.g. legislative delegation of power to industry to regulate and enforce codes, expecting or requiring industry to have a code but having back-stop legislative power to impose one, prescribing industry codes as voluntary or mandatory in legislation, legislation setting minimum standards which industry can improve upon, or enforcing undertakings to comply with a code.*” Ibid., p. 117.

⁵¹⁵ Ibid., p. 118.

Em outra definição, Gustavo Binenbojm diferencia a correção (que presumiria uma partição equilibrada de funções entre Estado e agentes regulados) da ideia de *autorregulação regulada*, que designaria “o conjunto de arranjos em que a ordenação é exercida predominantemente por entidades privadas, com variações entre si quanto à forma, momento e intensidade da regulação estatal”⁵¹⁶. O mesmo esforço é verificado na adoção do Guia de Melhores Práticas Regulatórias da Austrália (*Australian Better Regulation Guide*), que diferencia a correção de *quasi regulação* para situar nela os

arranjos que, em algum grau, se sustentam em leis, como, por exemplo, quando há delegação legislativa de poder à indústria para regulamentar e impor códigos (esperando ou exigindo que ela assim o faça sem abrir mão da possibilidade de impor um), prescrevendo códigos de conduta da indústria como voluntários ou obrigatórios, estabelecendo padrões mínimos que a indústria pode melhorar ou impondo às empresas o cumprimento de um código⁵¹⁷.

⁵¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 283. Trata-se de uma formulação usada por alguns autores, por exemplo: SCHULZ, Wolfgang, HELD, Thorsten. *Regulated Self-regulation as a modern form of government*. Indiana: John Libbey, 2004. e HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Regulating Media: The Licensing and Supervision of Broadcasting in Six Countries*. New York: Guildford Press, 1996.

⁵¹⁷ “A correção refere-se a um grau de apoio legislativo de códigos ou normas, *e.g.*, delegação legislativa de poder à indústria para regular e impor códigos, esperando ou exigindo que a indústria tenha um código mas tendo poder legislativo para impor um, prescrevendo códigos da indústria como voluntários ou obrigatórios na legislação, legislação estabelecendo padrões mínimos que a indústria pode melhorar ou obrigar as empresas a cumprir um código.” Trecho original em inglês: “*Co-regulation refers to a degree of legislative underpinning of codes or standards, e.g. legislative delegation of power to industry to regulate and enforce codes, expecting or requiring industry to have a code but having back-stop legislative power to impose one, prescribing industry codes as voluntary or mandatory in legislation, legislation setting minimum standards which industry can improve upon, or enforcing undertakings to comply with a code*”. (Office of Regulation Review. *A Guide to Regulation*, 2th ed. Australia, 1998 p. B2. Disponível em: <https://www.pc.gov.au/research/supporting/regulation-guide/reguide2.pdf>. Acesso em 14 mar. 2019). Já a *quasi regulação* pode ser entendida como a “gama de regras, arranjos ou padrões que os governos pressionam as empresas a cumprir, mas que não são legalmente vinculantes. A quase-regulação pode incluir códigos de prática da indústria que o governo endossou, mas não é responsável por fazer cumprir, negociar diretamente com a indústria sobre padrões de comportamento acordados ou fazer cumprir tais códigos ou acordos necessários para competir por contratos ou financiamentos do governo. Este tipo de regulação pode ser útil quando é necessária uma solução específica da indústria para um problema.” Trecho original em inglês: “*Quasi-regulation refers to the range of rules, arrangements or standards which governments pressure businesses to comply with but which are not legally binding. Quasi-regulation can include industry codes of practice which the government has endorsed but is not responsible for enforcing, negotiating directly with industry on agreed standards of behaviour, or making compliance with such codes or agreements necessary in order to compete for government contracts or funding. This type of regulation may be useful where an industry specific solution to a problem is required*”. NSW Government. *NSW Guide to Better Regulation*. Department of Premier & Cabinet: Sydney, 2016. Disponível em: http://productivity.nsw.gov.au/sites/default/files/2018-05/Guide_to_Better_Regulation-October_2016.pdf. Acesso em: 14 mar. 2019.

Alguns autores também tratam, dentro desse espectro, a ideia de *metaregulação*, que engloba uma série de interações entre regulação governamental e autorregulação⁵¹⁸. Contudo, o termo não se confunde com a correção, distinguindo-se a partir de uma visão reflexiva sobre a regulação, onde ao invés de se impor sobre indivíduos ou atores sociais, o processo de regulação se torna o objeto regulado⁵¹⁹. Incluiu, por exemplo, os processos de “regulação dos reguladores, sejam eles agências públicas, corporações privadas autorreguladoras ou terceiros que atuem como *gatekeepers*”⁵²⁰, podendo se referir tão somente a “interações entre diferentes reguladores ou níveis de regulação”⁵²¹. A possível confusão entre os conceitos aconteceria quando, dentro do processo em que uma autoridade regulatória supervisiona um sistema de controle ou administração de riscos (ao invés de desempenhar diretamente a regulação), a entidade supervisora é necessariamente pública (e daí, necessariamente, exercendo suas funções a partir de previsão estatutária).

Verifica-se, assim, dentro do espectro da correção, um conjunto que pode englobar, por exemplo, supervisão sobre órgãos da indústria que exercem autorregulação na sua atividade; criação de órgão autorregulador por lei ou de mecanismos de supervisão e *accountability* (ou dos dois juntos); obrigações atribuídas aos particulares de desenvolver ou dar concretude a um corpo de princípios básicos editados pelo Estado, por meio de lei ou de regulamento, sob a supervisão de um regulador estatal⁵²²; ou atribuição de prática de um ato de polícia a uma entidade privada específica⁵²³. Todas essas formas podem ter implicações institucionais e consequências práticas específicas, mas suas limitações se relacionam, em muitos aspectos, com as deficiências que costumam ser associadas à autorregulação – como um cinismo acadêmico em relação à representatividade das partes interessadas dentro desses

⁵¹⁸ BLACK, Julia. Morgan: Social Citizenship in the Shadow of Competition. *Modern Law Review*, [s.l.], v. 67, n. 4, p.701-704, p. 702, jul. 2004. Wiley. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-2230.2004.507_2.x. Acesso em: 14 mar. 2019.

⁵¹⁹ Ibid., loc. cit.

⁵²⁰ PARKER, Christine. *The Open Corporation: Effective Self-regulation and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press. 2002, p. 283. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/open-corporation/3C6D96ADBB3A5912A598F1F4E6759F19>. Acesso em: 14 mar. 2019.

⁵²¹ COGLIANESE, Carry, MENDELSON, Evan. Meta-Regulation and Self-Regulation. In: BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 146-168, p. 147.

⁵²² BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 283.

⁵²³ Ibid., loc. cit.

arranjos, deficiências na implementação de obrigações e uma suposta inaptidão para tratamento de matérias de direitos humanos⁵²⁴.

Não cabe no escopo deste trabalho detalhar cada uma dessas formas, mas sim observar como a intensidade da presença estatal pode variar em análises empíricas da sua aplicação no campo da Internet - onde a correção pode ser apontada como paradigma de arranjo institucional⁵²⁵. Nesses setores, a sua vantagem maior é a garantia de algum grau de segurança jurídica (provida pela base legal) a um espaço interpretativo aberto para desenvolvimento da inovação e abordagens mais flexíveis. Isso permite a determinação de critérios e implementação de soluções pensadas pelos agentes regulados, enquanto os princípios da política pública, bem como mecanismos de controle e transparência, são vinculados à legislação primária. Representa, assim, um necessário meio termo para a viabilidade dessas políticas - inclusive as que envolvem proteção da liberdade de expressão e da privacidade, a despeito dos entendimentos sobre sua inaptidão para tais fins⁵²⁶.

Ainda que os debates sobre arranjos institucionais adequados a regulação de um determinado setor devam sempre examinar as deficiências e benefícios de soluções das três ordens aqui tratadas (estatal, correção e autorregulatória)⁵²⁷, a apresentação da correção como solução mais promissora deve receber a devida atenção. Além das teorias políticas e jurídicas que indicam a sua pertinência, esse parâmetro também se fundamenta pelos

⁵²⁴ MARSDEN, Christopher T. *Internet Co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 5.

⁵²⁵ Antes disso, a correção já era associada à regulação dos mercados de mídia e comunicações, como demonstram Wolfgang Schulz e Thorsten Held (SCHULZ, Wolfgang, HELD, Thorsten. *Regulated Self-regulation as a modern form of government*. Indiana: John Libbey, 2004) e Christopher T. Marsden (MARSDEN, Christopher T. *Internet Co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, cap. 5).

⁵²⁶ “A noção de correção tem sido usada com algum sucesso no contexto da regulação da Internet por causa do que foi chamado de "uma mudança para o meio" - um papel cada vez maior para intermediários na regulação (Kerr e Gilbert, 2004; Palfrey e Rogoyski, 2006). Também tem sido utilizado na regulação de outras mídias (Instituto Hans Bredow, 2006), bem como em outras áreas, como governança corporativa, responsabilidade social corporativa (Berns et al, 2007) e direito ambiental. Pode ser visto como paradigma geral da governança global no contexto da globalização”. Trecho original em inglês: “*The notion of co-regulation has been used with some success in the context of internet regulation because of what was called ‘a move to the middle’ – an ever increasing role for intermediaries in regulation (Kerr and Gilbert, 2004; Palfrey and Rogoyski, 2006). It also has been used in regulation of other media (Hans Bredow Institute, 2006), as well as in other areas such as corporate governance, corporate social responsibility (Berns et al, 2007) and environmental law. It may be seen as general paradigm for global governance in the context of globalization*”. (FRYDMAN, Benoît, HENNEBEL, Ludovic, LEWKOWICZ, Gregory. *Co-regulation and The Rule of Law In: BROUSSEAU, Eric, MARZOUKI, Meryem e MÉADEL, Cécile, Regulation, Governance and Powers on the Internet*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 133-150, p. 134, 2012)

⁵²⁷ BROWN, Ian e MARS DEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013.

ensinamentos da experiência. Nesse sentido, serão abordados alguns usos desses arranjos nos últimos anos, e como eles podem contribuir para análises de modelos institucionais.

3.3.2. Autoregulação na Internet

Durante os primeiros anos de desenvolvimento da Internet, a autorregulação foi o arranjo institucional mais influente em moldar comportamentos dos agentes do mercado, o que pode ser atribuído tanto a uma resposta institucional consciente dos reguladores, quanto a uma paralisia analítica diante de uma realidade complexa e dinâmica. Diante de um ambiente determinado pela regulação via código e essencialmente propenso a auto organização, ela aparece como um produto da arquitetura da indústria, composta por camadas complexas de infraestrutura tecnológica, e que são responsáveis, em grande parte, pela flexibilidade, abertura e conveniência da rede. Nesse contexto, a organização via autorregulação não apenas sustentou a arquitetura de rede aberta e descentralizada da Internet, mas também permitiu uma resposta flexível à evolução dinâmica e contínua do setor e das tecnologias emergentes⁵²⁸.

Soma-se a isso a constatação de que, em muitos setores, verificou-se uma paralisia analítica de reguladores confrontados com um contexto tecnológico que desafiou a lógica de jurisdição e aplicação do direito posto. Em alguns casos, os reguladores demoraram demasiadamente para entender as implicações das novas tecnologias para os mercados e para garantir a efetiva proteção de direitos individuais nesses setores⁵²⁹, caindo em uma das armadilhas que compõem o já citado *dilema de Collingridge*⁵³⁰. Contribuiu para esse quadro a literatura excepcionalista que, em seus termos originais, se caracterizava pela ficção de que os

⁵²⁸ PRICE, Monroe E., & VERHULST, Stefaan. The concept of self-regulation and the internet. In: J. WALTERMANN, J. & MACHILL, M. (Eds.), *Protecting our children on the internet: Towards a new culture of responsibility*. Bertelsmann Foundation Publishers. 2000, pp. 133-198, p. 5. Disponível em: http://repository.upenn.edu/asc_papers/142. Acesso em: 06 mai. 2019.

⁵²⁹ BROWN, Ian e MARSDEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013, p. 1.

⁵³⁰ v. seção 3.1.2.

estados não poderiam implementar suas regras sobre a Internet, levando a um vácuo regulatório que deu espaço ao mito de que a Internet deveria ser autorganizada.

Na fase inicial de seu desenvolvimento, a Internet era regulada pela determinação de protocolos técnicos (que se dá nas camadas de infraestrutura da Internet), protagonizada pelos organismos multissetoriais voltados para coordenação desses aspectos de infraestrutura⁵³¹. Trata-se, aqui, de órgãos como os já citados ICANN, IETF, ISOC e afins, formados espontaneamente por técnicos e especialistas em tecnologia da informação com o objetivo de coordenar a determinação dos protocolos interoperáveis que permitem a interoperabilidade entre as redes que compõem a Internet e, assim, o seu alcance global. Os componentes desses órgãos, sejam eles técnicos independentes, universitários ou funcionários de empresas de tecnologia atuantes no setor, são presumidos especialistas com a expertise necessária a participar dos processos deliberativos, conforme desenhados pelos próprios órgãos. Caracteristicamente, trata-se de um arranjo autorregulatório, que até hoje se ocupa das questões de governança da rede afetas às suas camadas de infraestrutura lógica, mas que num momento inicial, eram os únicos fóruns de regulação que existiam. Segundo Damian Tambini, Danilo Leonardi e Chris Marsden, o legado dessa “autorregulação técnica” foi um modelo de mínima intervenção estatal, que, depois dessa fase inicial, evoluiu para práticas autorregulatórias mais institucionalizadas, mas ainda isentas da atuação de governos⁵³².

Verifica-se, assim, que esse paradigma permaneceu como referencial quando o escopo da Internet se ampliou a partir do uso civil, e ganharam atenção também as questões de governança mais afetas à camada de conteúdo, como proteção de menores, combate à infração de direito autoral e discurso de ódio, por exemplo (e que são o foco do presente trabalho). Nesse contexto, a autorregulação tomou forma, inicialmente, mediante uma enchente de instrumentos de direito privado que começaram a preencher o vácuo regulatório deixado pelos Estados (tais como códigos de conduta, notificações de infração a direito autoral até termos de uso de

⁵³¹ TAMBINI, Damian; LEONARDI, Danilo; MARDSEN, Chris. *Codifying Cyberspace: Communications Self-regulation in the age of Internet Convergence*. Routledge: London, 2008, pp. 1-5.

⁵³² Ibid., p. 2. É interessante notar que o surgimento de estruturas autoregulatórias também pode ser visto como soluções contingentes ou temporárias, cabíveis como opção saneadora ou pragmaticamente viável. Nesse sentido é o alerta de Michael Latzer, em entrevista conduzida por Christopher Marsden, onde afirmou que “as organizações autoregulatórias formam órgãos direcionados a questões únicas, única, muitas vezes motivados por crises. Devemos, portanto, perguntar se eles são uma solução de emergência, ou uma solução ideal, e sempre assumir a primeira opção.” Trecho original em inglês: “SROs form as single issue bodies, often crisis driven. We should therefore ask whether they are an emergency solution, or an ideal solution, and assume the former.” (MARDSEN, Christopher T. *Internet Co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 59).

provedores de acesso e plataformas em geral). Grande parte deles era claramente inclinada em favor dos interesses corporativos, e assim eles cumpriram um papel ordenador das relações jurídicas no mundo virtual a partir dos anos 90⁵³³.

Outros tipos de atuação autorregulatória também podem ser associados a procedimentos e padrões de comportamento da coletividade, que ganham relevância num contexto de descentralização técnica⁵³⁴ e ambientes extremamente responsivos à experiência do usuário. Para Andrew Murray, por exemplo, o comportamento dos usuários cumpre um papel relevante dentro da matriz regulatória da Internet, tanto sendo afetado, quanto afetando as intervenções promovidas por agentes públicos ou privados (sejam elas originadas no Estado ou na autorregulação corporativa)⁵³⁵. Em última instância, esses comportamentos tanto podem se expandir de forma a constituir práticas da comunidade, quanto influenciar o resultado final dessas políticas⁵³⁶. É possível identificar, ainda, organizações de iniciativa do setor privado ou do terceiro setor, que apesar de não ter um caráter essencialmente regulatório, realizam funções de cooperação que contribuem para a estrutura de governança. No Brasil, um exemplo desse tipo de atuação é a da Safernet, uma associação civil de direito privado, de iniciativa de membros do Ministério Público, que recebe denúncias sobre violações de direitos humanos na Internet (incluindo aliciamento, produção e difusão de abuso sexual infantil, racismo, neonazismo, intolerância religiosa, homofobia, apologia e incitação a crimes contra a vida). Suas atividades são focadas em apuração e instrução probatória de crimes submetidos à ação penal pública para composição de denúncias ao Ministério Público.⁵³⁷

⁵³³ MARSDEN, Christopher T. *Internet Co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 6.

⁵³⁴ KLEINSTEUBER, Hans J. The Internet Between Regulation and Governance, pp. 61-75, p. 71 In: *Self Regulation, Co-regulation and State Regulation*, 16 dec. 2004. Disponível em: <https://www.osce.org/fom/13844?download=true>. Acesso em 07/05/2019.

⁵³⁵ MURRAY, Andrew. Conceptualising the Post-Regulatory (Cyber)state In: BROWNSWORD, Roger, YEUNG, Karen (org). *Regulating technologies: legal futures, regulatory frames and technological fixes*. Oxford: Hart, 2008, pp. 287-316, p. 301.

⁵³⁶ O que, para Murray, implica na sua adoção como critério necessário de formulação de uma *regulação simbiótica*, que ao invés de construída sobre o ambiente regulatório, aproveite da melhor forma possível, as relações já existentes entre os atores que o compõem. MURRAY, Andrew. Conceptualising the Post-Regulatory (Cyber)state In: BROWNSWORD, Roger, YEUNG, Karen (org). *Regulating technologies: legal futures, regulatory frames and technological fixes*. Oxford: Hart, 2008, pp. 287-316, p. 307.

⁵³⁷ SAFERNET. Disponível em: <https://new.safernet.org.br/#mobile>. Acesso em: 14 mar. 2019.

Além dessas formas de autorregulação quase orgânicas, também já foram feitas escolhas governamentais expressas pela autorregulação⁵³⁸, como a criação de um Comitê Assessor da Presidência nos Estados Unidos, voltado à privacidade em comércio eletrônico, além de alguns casos em que o Conselho Europeu fez recomendações expressas que promoviam a autorregulação na Internet⁵³⁹. À exceção dos países que optaram por uma abordagem regulatória que não considera a importância de alcance global e de não restringir liberdades individuais, percebe-se, de fato, a opção e a permissividade institucional em favor da autorregulação, possivelmente inevitáveis diante da forma como se deu o processo de desenvolvimento da Internet e as suas características técnicas.

Fazer um juízo sobre o sucesso desses arranjos é um exercício de cautela, em grande parte devido à dificuldade em dissociar o termo do seu carregado conteúdo normativo⁵⁴⁰. Para alguns, ele se relaciona com uma regulação responsiva, flexível e informada, que estimula maior conformidade e a moralidade interna do setor ou organização que está sendo regulada⁵⁴¹. Para outros, a autorregulação é necessariamente auto interessada e permissiva, carente de sanções, sendo vista como uma prática frequentemente simbólica, restrita pelos interesses econômicos dos que a protagonizam⁵⁴². Como bem apontado por Julia Black, essa questão retórica afeta as atitudes e decisões políticas, que acabam correndo risco de resultar em um projeto regulatório insatisfatório, uma vez que essas políticas de autorregulação acabam sendo frequentemente interpretadas como um indicativo de que o governo não leva a sério um determinado assunto⁵⁴³.

⁵³⁸ TAMBINI, Damian, Leonardi, Danilo, MARDSEN, Chris. *Codifying Cyberspace: Communications Self-regulation in the age of Internet Convergence*. Routledge: London, 2008, p. 3.

⁵³⁹ TAMBINI, Damian, Leonardi, Danilo, MARDSEN, Chris. *Codifying Cyberspace: Communications Self-regulation in the age of Internet Convergence*. Routledge: London, 2008, p. 5.

⁵⁴⁰ BLACK, Julia. Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a “Post-Regulatory World”, *Current Legal Problems*, Oxford Journals, v. 54. Oxford: Oxford University Press, pp. 103-146, 2001, p. 116.

⁵⁴¹ BALDWIN, Robert, CAVE, Martin e LODGE, Martin. *Understanding Regulation*, 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, cap. 10.

⁵⁴² BRAITHWAITE, John FISSE, Brent., 'Self Regulation and the Control of Corporate Crime' In: SHEARING, Clifford. C; STENNING, Philip C. (Eds.) *Private Policing. Sage Criminal Justice System Annuals*, v. 23. Beverly Hills: SAGE Publications, pp. 221-246, 1987, p. 224.

⁵⁴³ Os guias 'how to regulate' emitidos por governos na Austrália e no Reino Unido, por exemplo, apóiam essa interpretação, pois sugerem que a auto-regulação não deve ser usada para assuntos de alto interesse ou perfil público, ou para regular atividades que apresentam riscos particularmente elevados. BLACK, Julia. Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a “Post-Regulatory World”, *Current Legal Problems*, v. 54. Oxford: Oxford University Press, pp. 103-146, 2001, p. 116.

Em relação à Internet, a inaptidão da autorregulação se verifica justamente na sua aplicação para matérias de direitos fundamentais; uma limitação notória da sua operação, mas que não foi suficiente para descartá-la nesse campo por razões em grande parte pragmáticas. Isto é, diante de uma indústria que crescia a passo avançado, cuja operação e externalidades ainda eram desconhecidas para os reguladores, contar com a autorregulação e seus instrumentos de direito privado era melhor do que não contar com nada. O caso da proteção de dados é um exemplo relevante disso, já que, hoje, as violações do direito à privacidade são um símbolo da falência desse modelo, que embasa reivindicações por mais Estado na regulação da Internet. Seja através de instrumentos de direito privado baseados em consentimento⁵⁴⁴, de formas de *soft law* ou até após a implementação de soluções privadas tecnológicas,⁵⁴⁵ a autorregulação não foi capaz de coibir a colheita, tratamento e comercialização de dados em massa para fins não autorizados pelos titulares⁵⁴⁶.

E isso pode ser atribuído a modelos de negócios tão ancorados nessas práticas que a autorregulação não foi capaz de gerar os incentivos necessários ao cumprimento desse mandamento constitucional, independente do mecanismo adotado. Como será aprofundado no próximo capítulo, a coleta e tratamento de dados dos usuários está intimamente ligada à sobrevivência dessas atividades conforme originalmente planejadas. As tendências mais recentes por implementação no setor de regulação estatutária, ainda que a estratégia regulatória varie (vide as leis recentemente adotadas na União Europeia, no Brasil, no Estado da Califórnia e Argentina⁵⁴⁷), nada mais são do que uma reação a essa insuficiência da autorregulação.

Ao mesmo tempo em que a presença estatal se revelou essencial, muitas das circunstâncias que levaram à adoção da autorregulação continuam pertinentes (como a regulação via tecnologia e a presença inexorável de intermediários), principalmente sob a

⁵⁴⁴ BROWN, Ian e MARSDEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013, p. 53.

⁵⁴⁵ Conforme os mesmos autores descrevem o uso das plataformas de privacidade, *Ibid*, p. 54.

⁵⁴⁶ As peculiaridades dos arranjos institucionais e das estratégias regulatórias voltadas para a proteção de dados serão tratados detidamente no Capítulo 4, figurando aqui como exemplos de inaptidão de estratégias autoregulatórias.

⁵⁴⁷ Trata-se, na União Europeia, da Lei Geral de Proteção de Dados (GDPR) (Disponível em: <https://gdpr-info.eu/> Acesso em 19/03/2019); no Brasil, da Lei Geral de Proteção de Dados, (LGPD), Lei nº 13.079/2018 (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm); na Califórnia, do California Consumer Privacy Act (CCPA) (Disponível em: <https://www.isipp.com/resources/full-text-of-the-california-consumer-privacy-act-of-2018-ccpa/>); na Argentina, Argentina Personal Data Protection Act (PDPA), Act n. 25.326 (Disponível em: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un-dpadm/unpan044147.pdf>). Todos os acessos em: 14 mar. 2019)

perspectiva da implementação. Vira-se o foco da análise institucional, assim, para as soluções dentro do espectro da correção.

3.3.3. Correção na Internet

Diante deste cenário, as variações institucionais sob o rótulo da correção são tratadas por alguns autores como um paradigma de regulação constitucionalmente responsável para os serviços prestados através da camada de conteúdo da Internet⁵⁴⁸. Isto porque, ao mesmo tempo em que suportam a atuação regulatória descentralizada operacional de agentes privados, esses arranjos contam com vinculação à legislação primária em algum grau (que pode ser, por exemplo, a instituição de uma base principiológica, supervisão estatal de órgão co ou autorregulador ou a previsão de mecanismos de transparência e *accountability* que vinculem os agentes privados). Sem abrir mão de uma análise crítica sobre suas consequências, é possível afirmar que ela representa um meio termo possível.

A identificação de experiências desse tipo na Internet varia tanto quanto a intensidade conferida à participação estatal. Num entendimento limítrofe à regulação estatutária, a previsão em lei de regimes de responsabilidade de intermediários por conteúdos postados por usuários, por exemplo, poderia ser incluída nessa categoria, visto que o poder público descentraliza uma competência regulatória para um ator particular, mantendo algum mecanismo de aferição e possível sanção em caso de descumprimento (que poderia ser referenciado em órgão administrativo, sendo contudo, mais comum, a sujeição desses regimes à apuração de responsabilidade via judicialização). Por isso, poderia ser considerada um tipo de correção, ainda que os critérios de remoção estejam a cargo de agentes privados independente de supervisão pelo governo. Esse é o entendimento de Benoît Frydman, Ludovic Hennebel e Grefory Lewkowicz sobre a experiência norte-americana, que apesar de notoriamente favorecer

⁵⁴⁸ MARSDEN, Christopher T. *Internet Co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011; FRYDMAN, Benoît, HENNEBEL, Ludovic, LEWKOWICZ, Gregory. Co-regulation and The Rule of Law (in) BROUSSEAU, Eric, MARZOUKI, Meryem e MÉADEL, Cécile, *Regulation, Governance and Powers on the Internet*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 133-150; GRAFENSTEIN, Maximilian von. *The Principle of Purpose Limitation in Data Protection Laws. The Risk-Based Approach, Principles, and Private Standards as Elements for Regulating Innovation*. Baden-Baden: Nomos, 2018; apud EIFERT, Martin. Regulierungsstrategien, In: HOFFMAN-RIEM, Wolfgang; AßMANN, Eberhard Schmidt; VOßKUHLE, Andreas (Eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I „Methoden – Maßstäbe – Aufgaben – Organisation*, 2nd edition, München: C.H. Beck, 2012.

arranjos autorregulatórios⁵⁴⁹, vincula a atuação de particulares a estatutos em casos pontuais. Assim, os autores veem como correção as legislações em matérias afetas a direito autoral, proteção de menores e apologia ao terrorismo⁵⁵⁰ – algumas das questões mais sensíveis no âmbito da camada de conteúdo da Internet.

Em relação à proteção de menores, o *1998 Protection of Children from Sexual Predators Act* implementou medidas que obrigam os provedores de acesso a denunciar atos relacionados a imagens de abuso infantil à polícia, cujo descumprimento está sujeito a pena de multa. A mesma Lei prevê, ainda, a possibilidade de perda de financiamento federal das bibliotecas que não denunciem ou não tomem medidas para restringir e limitar acesso a material pornográfico em seus computadores. Em ambos os casos, a legislação americana criou incentivos para esses agentes agirem como autoridades de polícia dando informação ao governo e restringindo acesso a conteúdo controverso⁵⁵¹. Em sentido semelhante, os autores enfileiram políticas voltadas para combate ao terrorismo⁵⁵² (onde o *Patriot Act* emendado pelo *2002 Cyber Security Enhancement Act* dá poderes aos provedores de acesso para monitorar comunicações) e à proteção de direitos autorais (que estabelece a possibilidade de responsabilização somente em caso de inação do provedor de acesso, em caso de não reagir dentro do prazo de dez dias após recebimento de notificação da vítima do detentor de direitos⁵⁵³).

Note-se que, nesses casos, não se verifica uma partilha própria de funções entre governo e agentes, ou em que a atividade dos agentes é estruturalmente sustentada por legislação. Há, isso sim, uma escolha legislativa de deixar para prestadores de serviço a definição de uma série de critérios determinantes para a experiência dos usuários, inclusive em relação ao exercício de direitos e liberdades constitucionais. Casos em que essa repartição é feita de forma mais equilibrada, ou inclinada para o lado da vinculação estatal, são mais comuns na experiência europeia, onde há de fato uma tradição de adoção desse tipo de estrutura⁵⁵⁴.

⁵⁴⁹ ZITTRAIN, Jonathan. A History of Online Gatekeeping. *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 19, No. 2, pp. 253-298, 2006, p. 254. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=905862>. Acesso em: 07 maio 2019.

⁵⁵⁰ FRYDMAN, Benoît, HENNEBEL, Ludovic, LEWKOWICZ, Gregory. Co-regulation and The Rule of Law In: BROUSSEAU, Eric, MARZOUKI, Meryem e MÉADEL, Cécile, *Regulation, Governance and Powers on the Internet*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 133-150, p. 137.

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 138.

⁵⁵² *Ibid.*, loc. cit.

⁵⁵³ *Copyright law of the United States*, United States Copyright Office, Dec. 2016. Disponível em: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf> Acesso em: 14 mar. 2019.

⁵⁵⁴ Em especial no tocante aos setores relacionados a tecnologias da informação, mídia e comunicações, como por exemplo: a PhonepayPlus, corregulador de serviços de telefonia premium no Reino Unido, reconhecido pela

Uma das experiências mais recentes é a Lei Alemã *Netzdurchsetzungsgesetz* - NetZDG⁵⁵⁵, adotada na Alemanha em 2017, que obriga as plataformas de mídia social a implementar procedimentos que permitam aos usuários denunciar conteúdo ilegal. Além de prever os critérios procedimentais (como encaminhamento e prazos para responder às notificações) essas plataformas são encarregadas de publicar relatórios periódicos sobre o número de reclamações recebidas e como elas foram endereçadas pela plataforma, estando sujeitas a multas de até 50 milhões de euros em caso de descumprimento⁵⁵⁶.

Por terceirizar para as plataformas os critérios de apuração e resolução dessas denúncias, em conjunto com a aplicação das penalidades legais em caso de descumprimento, uma das maiores preocupações expressadas em relação ao NetZDG era que ele estimulasse a realização de bloqueios em excesso, materializando-se, assim, em mais uma política de regulação de conteúdo com preços altos para a liberdade⁵⁵⁷. Questões semelhantes foram levantadas pelo Relator Especial das Nações Unidas para liberdade de opinião e expressão, David Kaye, segundo o qual a lei atribui responsabilidades às empresas privadas para regulamentar o exercício da liberdade de expressão questionáveis do ponto de vista da lei internacional de direitos humanos (especialmente em face dos efeitos coercitivos da previsão de sanções pecuniárias de alto valor)⁵⁵⁸. Para ele, as plataformas seriam compelidas a implementar maiores restrições de conteúdo diante do risco de penalização financeira. Apesar disso, as primeiras

Ofcom (Disponível em: <https://www.ofcom.org.uk/home>); A Association of Video on Demand, órgão correulador do mercado de vídeo por demanda estabelecido pela Diretiva 2007/65/EC, fundado em 2010 para substituir órgão autorregulatório precedente (Disponível em: <https://www.eurovod.org/>) e o NICAM - Nederlands Instituut voor de Classificatie van Audiovisuele Media, órgão correulador do mercado de TV por satélite, criado e submisso à supervisão do Parlamento (Disponível em: <https://www.kijkwijzer.nl/nicam>).

⁵⁵⁵Tradução livre para o português do nome em língua alemã. Na Europa, o instrumento também é conhecido pela sua referência em língua inglesa – *Network Enforcement Act* – que, de fato, expressa de forma mais fidedigna o seu conteúdo e objetivos. Note-se que ele também será tratado no âmbito do Capítulo 4, para fins de comparação com o regime de regulação de plataformas de compartilhamento adotado no Brasil. Aqui, sua análise tem como foco os seus aspectos institucionais. *Network Enforcement Act* (Netzdurchsetzungsgesetz, NetZDG), Sep. 2017. Disponível em: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1245>. Acesso em: 14 mar. 2019.

⁵⁵⁶*Network Enforcement Act* (Netzdurchsetzungsgesetz, NetZDG), Sep. 2017. Disponível em: Citar: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1245>. Acesso em: 14 mar. 2019.

⁵⁵⁷ SCHULZ, Wolfgang. Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – The Case of the German NetZDG In: ALBERS, Marion Albers and SARLET, Ingo (Eds), *Personality and Data Protection Rights on the Internet*, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3216572>. Acesso em: 14 mar. 2019.

⁵⁵⁸ KAYE, David. Special (Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression), *OL DEU 1/2017*, June 2017. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-DEU-1-2017.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019.

avaliações⁵⁵⁹ indicaram que a lei teria aumentado a transparência das práticas de remoção de conteúdo e não apuraram excessos no bloqueio de conteúdos (o que não afasta a possibilidade de repressões ilegítimas em casos individuais)⁵⁶⁰.

Outro exemplo é do setor de vídeo por demanda no Reino Unido (que inclui os prestadores de serviços de vídeo sobre protocolo IP⁵⁶¹), que teve uma experiência corregulatória entre 2010 e 2015. Após a atualização da Diretiva Europeia de Serviços de Mídia Audiovisuais - AVMSD, a Lei de Comunicações (*Communications Act 2003*)⁵⁶² foi emendada com o art. 368B, que prevê que o setor de vídeo por demanda será regulado por uma autoridade apontada e supervisionada pela agência reguladora das comunicações (Office of Communications – Ofcom) ou pela própria. Assim, foi instituído em 2010 a Associação de Vídeo por Demanda (*Association for Video on Demand - ATVOD*), com discricionariedade para implementar orientações não vinculativas, além da obrigação de observar os deveres previstos na mesma Lei para ela própria e para os agentes do mercado (arts. 368C e 368D), incluindo observação de princípios de transparência, proporcionalidade, consistência e necessidade⁵⁶³, estando todos sujeitos a penalidades pecuniárias diante de descumprimento (art. 368D). Apesar de ser considerado um passo importante para a experiência corregulatória no Reino Unido, pois

⁵⁵⁹ Removals of online hate speech in numbers. Alexander Von Humboldt, Institut für Internet and Gesellschaft, *Digital Society Blog*. Aug., 2018. Disponível em: <https://www.hiig.de/en/removals-of-online-hate-speech-numbers/#fn2>; LÖBER, Lena Isabell e ROßNAGEL, Alexander. *Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Umsetzung Bilanz nach den ersten Transparenzberichten*. Anota-se, também a possibilidade de criticar o NetZDG pelo seu escopo de atuação estrito, que inclui a análise conteúdos que já estaria coberta pelos termos e condições de usos das plataformas sob sua égide.

⁵⁶⁰ As possibilidades institucionais da regulação de plataformas serão abordadas de forma mais detida como um dos casos analisados no Capítulo 4, mas cabe atentar, desde já, para a impossibilidade de categorização generalizada deles dentro de um arranjo regulatório específico. A depender do tipo de responsabilização prevista, eles podem, ainda que previstos em lei, até se aproximar pragmaticamente mais da autorregulação do que da regulação estatutária, quando, por exemplo, estabelecem um regime que deixa a maior parcela de decisões sobre tipo e forma de remoção de conteúdo para as plataformas (sem necessariamente estabelecer mecanismos de transparência e *accountability*).

⁵⁶¹ Segundo os critérios adotados pela Diretiva Europeia de Serviços Audiovisuais (AVMSD) e replicados no art. 368A da Lei de Comunicações Inglesa, são serviços de vídeo por demanda aqueles: cujo principal objetivo é o fornecimento de programas cuja forma e conteúdo sejam comparáveis à forma e ao conteúdo dos programas normalmente incluídos nos serviços televisivos; seja acessado sob demanda específica do consumidor; tenha um responsável editorial, e seja disponibilizado por essa pessoa para uso por membros do público em geral. Cf. Art. 1 do Capítulo 1 da Diretiva 2010/13/UE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010L0013&from=pt>. Acesso em: 14 mar. 2019.

⁵⁶² *Communications Act*. UK: 2003, Chapter 21. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/pdfs/ukpga_20030021_en.pdf. Acesso em: 14 mar. 2019.

⁵⁶³ Uma tradução livre da previsão “targeted only at cases in which action is needed”, no art. 3 da Lei de Comunicações.

permitia o firme controle de princípios relevantes da correção⁵⁶⁴, o Ofcom encerrou as atividades da ATVOD em 2015, tomando para si o protagonismo dessas funções, e assim, trazendo a matéria para o âmbito do modelo centrado na administração pública indireta⁵⁶⁵.

Também no Reino Unido foi estabelecida, inicialmente como uma organização não governamental formada por provedores de acesso à Internet, a *Internet Watch Foundation* – IWF, com o objetivo de cumprir um papel independente no recebimento, avaliação e rastreamento de reclamações públicas sobre o conteúdo de abuso sexual infantil na Internet e para apoiar o desenvolvimento de sistemas de classificação de sites. Apesar de sua origem e da ausência de mecanismos de transparência e *accountability* de suas atividades previstos em lei, a IWF é considerada um órgão correção desde 2010⁵⁶⁶, quando o *Office of Government Commerce* passou a exigir a observação de sua lista de bloqueios (além dela ter acordos de cooperação com outros órgãos do governo)⁵⁶⁷. Note-se que, apesar da IWF ser reconhecida pelo poder público, ela não é necessariamente supervisionada por ele, o que segundo TJ McIntyre a aproxima, na verdade, de um “sistema autorregulatório endossado pelo governo”⁵⁶⁸. Tal circunstância sublinha as críticas que ela recebe por bloqueios em excesso, imprecisão nos conteúdos filtrados e práticas censoras em geral⁵⁶⁹, o que aponta mais para insuficiência do arranjo institucional em relação aos agentes envolvidos do que dos meios escolhidos.

⁵⁶⁴ MARSDEN, Christopher T. *Internet Co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 148.

⁵⁶⁵ Dentre as polêmicas que precederam a extinção do órgão, estão a inclusão de serviços jornalísticos dentro do seu escopo, o alto valor das multas em descumprimentos relacionados a conteúdo adulto e a falta de transparência. Contudo, o motivo oficial anunciado para a sua extinção foi relacionado a restrições orçamentárias. The Association for Television on Demand (ATVOD) – Land Grabber or Just Plain Needy, *Taylor Wessing*, March 2011. Disponível em: https://www.taylorwessing.com/download/article_atvod.html. Acesso em: 14 mar. 2019.

⁵⁶⁶ MARSDEN, Christopher T. *Internet Co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 168.

⁵⁶⁷ OGC. *Procurement Policy Note – Blocking access to web pages depicting child sexual abuse*. Action Note 05/10, March 2010. Disponível em: https://www.iwf.org.uk/sites/default/files/inline-files/Government%20Procurement%20Policy%20-%20Blocking_illegal_sites.pdf. Acesso em: 14 mar. 2019.

⁵⁶⁸ No trecho original, “government promoted self-regulatory systems”. MCINTYRE, T. J., *Internet Censorship in the United Kingdom: National Schemes and European Norms* (March 18, 2018). In: Lilian Edwards (Ed.), *Law, Policy and the Internet*. Hart Publishing, 2018. p. 2. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3182549>. Acesso em: 14 mar. 2019.

⁵⁶⁹ OF RIVER GLAVEN QC, Lord Macdonald. *A Human Rights Watch Over The Internet Watch Foundation*. Matrix Chambers: London, nov. 2013. Disponível em: https://www.iwf.org.uk/sites/default/files/inline-files/Human_Rights_Audit_web.pdf. Acesso em: 14 mar. 2019 e MCINTYRE, T. J., *Internet Censorship in the United Kingdom: National Schemes and European Norms* (March 18, 2018). In: Lilian Edwards (Ed.), *Law, Policy and the Internet*. Hart Publishing, 2018, p. 2. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3182549> Acesso em: 14 mar. 2019.

Diante de experiências como essas, a correção hoje é considerada uma característica distintiva da regulação da camada de conteúdo na Europa, que oferece aos Estados uma forma de endereçar questões de legitimidade, governança e direitos humanos no ambiente digital, “abrindo diálogos mais interessantes do que os das escolhas estáticas entre não regular ou regular diretamente”⁵⁷⁰. Ou seja, ela é vista não apenas como uma forma institucional híbrida, mas também como um espaço para exercício de criatividade regulatória, com potencial para aumentar os índices de cumprimento da regulação e diminuir os custos administrativos das atividades que passam a ser delegadas a atores privados⁵⁷¹. Apesar de considerada uma prática radical nos Estados Unidos, sua pertinência também já foi sugerida naquele contexto, em especial para matérias relacionadas a neutralidade de rede, filtros e bloqueio de conteúdos por provedores de acesso.⁵⁷²

Não se deve subestimar, contudo, as suas possíveis limitações. Além das já mencionadas, essa gama de experimentação que a correção permite também pode levar a arranjos demasiadamente complexos e opacos⁵⁷³. Ou, ainda, diante de contextos com alta assimetria de informação, podem permitir a distorção desses mecanismos pelas empresas reguladas, manipulando a priorização de seus interesses sobre os da regulação.

Esses são os riscos que muitas vezes basearam a refutação da sua aplicabilidade para matérias relacionadas a direitos fundamentais, mas que não são suficientes para descartá-la diante do potencial que tem no presente contexto. Na síntese de Maximilian von Grafenstein,

Levar em conta o conhecimento nas entidades privadas para aplicar a regulação não apenas aumenta as capacidades de solução de problemas na sociedade. De fato, o fato de que o regulador adapta os seus instrumentos às lógicas inerentes a essas entidades também aumenta a aceitação desses mesmos instrumentos. Além disso, esse tipo de regulação diminui os custos administrativos, porque as estruturas privadas são usadas de modo que são frequentemente privadas. Finalmente, instrumentos de correção podem fornecer uma solução para o problema territorial da regulação de “comando e controle.”⁵⁷⁴

⁵⁷⁰ MARS DEN, Christopher T. *Internet Co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 242.

⁵⁷¹ GRAFENSTEIN, Maximilian von. *The Principle of Purpose Limitation in Data Protection Laws. The Risk-Based Approach, Principles, and Private Standards as Elements for Regulating Innovation*. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 53.

⁵⁷² WEISER, Philip J. *The future of Internet Regulation*. University of Colorado Law School, v. 43, n. 529, Davis, 2009. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/43/2/articles/43-2_Weiser.pdf. Acesso em: 14 mar. 2019.

⁵⁷³ GRAFENSTEIN, Maximilian von. *The Principle of Purpose Limitation in Data Protection Laws. The Risk-Based Approach, Principles, and Private Standards as Elements for Regulating Innovation*. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 53.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, loc. cit.

Além disso, é importante notar que a diversidade dentro do espectro teórico da correção também se reflete no campo da Internet. E nesse contexto, ganham destaque os modelos em que além do compartilhamento de competências, há também algum grau de vinculação a parâmetros de transparência e legitimidade providos pela administração. Arranjos como o NetZDG e algumas disposições principiológicas do GDPR (conforme abordado em detalhes na próxima seção), demonstram os possíveis benefícios da extensão desse caráter híbrido para além do modelo institucional estático, englobando também os processos e práticas de implementação e monitoramento da regulação.

Mais do que a presença do rótulo *correção* a análise institucional precisa levar em consideração esses processos de implementação. Isso não significa descartar os arranjos sem esses mecanismos como um todo – para questões essencialmente técnicas ou instrumentais a sua ausência não necessariamente representa uma deficiência grave para o sistema. Mas sendo certo que na camada de conteúdo da Internet é comum que as questões regulatórias se relacionem com direitos fundamentais, há, aqui, um grande potencial para esses modelos. Como em qualquer decisão regulatória, a ausência desses fatores deve ser traduzida no desenho institucional eleito, e não afastar o potencial de prover flexibilidade e eficiência a uma Internet que, cada vez mais, se aproxima da regulação estatal direta.

Como demonstram essas notas, o debate sobre arranjo institucional está muito ligado ao debate sobre formas e estratégias. Em sendo ambos informados pela busca por opções flexíveis, mas também responsivas, é natural que a correção seja mais apta a adoção de instrumentos alternativos a comando e controle.

3.4. Formas e instrumentos: como regular

Em 1994, Vint Cerf identificou as restrições técnicas, legais e morais como os mecanismos responsáveis por definir escolhas de comportamento online⁵⁷⁵. Naqueles anos, quando o arranjo institucional predominante no âmbito da Internet ainda era a autorregulação,

⁵⁷⁵ TAMBINI, Damian, LEONARDI, Danilo, MARDSEN, Chris. *Codifying Cyberspace: Communications Self-regulation in the age of Internet Convergence*. Routledge: London, 2008, pp. 1-5, p. 3.

as restrições técnicas e morais eram de fato as que mais influenciavam o ambiente virtual, em detrimento das formas legais, que ainda encontravam obstáculos concretos e hermenêuticos à sua efetividade. De lá para cá, o trabalho de Lessig firmou a constatação de que a Internet estaria submetida às mesmas forças que moldam políticas públicas no mundo físico – leis, normas, mercados e arquitetura (no caso, através do código) – o que exigiria da regulação desse setor uma constante avaliação de estratégias e mecanismos que representassem o *mix ótimo* dessas forças, à luz dos objetivos constitucionais.

Favorecendo a busca por esse *mix ótimo*, as academias de economia, ciência política e direito público fizeram movimentos teóricos em favor de uma base regulatória para esses setores a partir do reconhecimento de que: (i) as tecnologias evoluíram de forma eficiente e flexível, relativizando noções antigas de economia de escala e a relação antes necessária entre infraestrutura física e serviços, e (ii) de que as técnicas de comando e controle já não seriam a forma mais adequada de endereçar falhas de mercado, em grande parte devido à impossibilidade de pleno monitoramento das atividades privadas pela autoridade pública.⁵⁷⁶

Como já foi apontado em outras oportunidades, essa última constatação não é distintiva dos mecanismos de regulação da Internet⁵⁷⁷, mas tem uma relevância significativa para os mesmos, onde os marcos regulatórios aplicáveis são acusados de ineficiência e inaptidão para distinguir e aproveitar inovações benéficas⁵⁷⁸. Para Eric Brousseau e Jean-Michel Glachant⁵⁷⁹, essa insuficiência para desenhar e implementar políticas públicas satisfatórias se atesta,

⁵⁷⁶ BROUSSEAU, Eric, GLACHANT, Jean Michel. Regulating networks in the ‘new economy’: organizing competition to share information and knowledge In: BROUSSEAU, Eric, MARZOUKI, Meryem e MÉADEL, Cécile, *Regulation, Governance and Powers on the Internet*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 63-92, p. 65; COOTER, Robert D., EDLIN, Aaron, LITAN, Robert e PRIEST, George. The Importance of Law in Promoting Innovation and Growth In: COOTER, Robert D., EDLIN, Aaron, LITAN, Robert e PRIEST, George (Orgs.) *Rules for Growth: Promoting Innovation and Growth Through Legal Reform*. EUA: The Kauffman Task Force on Law, Innovation, and Growth da Ewing Marion Kauffman Foundation, 2011.

⁵⁷⁷ Na verdade, alguns autores rastreiam essa tendência até momentos anteriores ao movimento inglês de *Better Regulation*, como o pensamento introduzido por Gunther Teubner em 1986, que já identificava uma tendência no direito europeu que se afastava da ideia de orientação social direta através de uma lei politicamente instrumentalizada em direção a arranjos de normas reflexivas, com tendência a se apoiar em normas procedimentais que regulam processos, organizações e na distribuição de direitos e competências (TEUBNER, Gunther. *The transformation of law in the welfare state*. In: TEUBNER, Gunther. *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter: Berlin, 1986, pp. 3-10).

⁵⁷⁸ FENWICK, Mark D.; KAAL, Wulf A. Ph.D.; VERMEULEN, Erik P.M. Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster than the Law? *American University Business Law Review*, Vol. 6, No. 3, pp. 561-594, p. 573. Available at: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aubl/vol6/iss3/1>

⁵⁷⁹ BROUSSEAU, Eric, GLACHANT, Jean Michel. Regulating networks in the ‘new economy’: organizing competition to share information and knowledge In: BROUSSEAU, Eric, MARZOUKI, Meryem e MÉADEL, Cécile, *Regulation, Governance and Powers on the Internet*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 63-92, pp. 90-91

também, pela limitação das técnicas de comando e controle para definir os níveis de performance e inovação desejáveis, bem como a complexidade dos elementos que compõem a matriz regulatória da Internet.

É importante registrar que as regras de comando e controle têm vantagens conhecidas, como o uso de procedimentos robustos e transparentes da sua elaboração e o fato desses processos serem geralmente projetados para ventilar questões de ampla preocupação pública; (o que é particularmente adequado quando o problema é generalizado e previsível). Conforme aponta Nathan Cortez, essas regras também costumam ser amplamente divulgadas e mais facilmente acessíveis do que adjudicações, além de estarem sujeitas a maior supervisão política instituições responsáveis⁵⁸⁰. Contudo, o que de fato se destaca é o seu caráter vinculativo e previsibilidade de sua aplicação.

De fato, “há regulação por normas de comando e controle quando a estrutura normativa incidente sobre o comportamento regulado faz uso do binômio prescrição-sanção”⁵⁸¹, sendo, de forma geral, fundamentada em lei e regulamentos. Pela sua estrutura deôntica, essas regras guardam em si uma tipicidade que não permite flexibilidade na sua aplicação; ou seja, são mandamentos que, a partir de um único comportamento fechado, só se pode cumprir ou descumprir. Em economias baseadas na inovação, essa lógica é desafiada pela impossibilidade de os reguladores acessarem todo o conhecimento relevante para a efetividade desse tipo de regra, que resta, assim, comprometida.

Assim, as formas alternativas de regulação pública pertinentes costumam ser apontadas a partir de algumas características recorrentes: (i) são baseadas em instrumentos de *soft law*, gerados a partir de processos descentralizados (seja por negociação ou por *case law*, de forma que permita a sua evolução); (ii) são resultado de consultas e audiências públicas, resoluções de conflitos, relatórios e guias, podendo resultar na consolidação de princípios de melhores práticas, diretrizes, compromissos públicos e cartas de intenções; (iii) a forma da regulação deve ser reflexiva, no sentido de que deve ser sempre revisada como uma função do desenvolvimento de conhecimento (o que exige que todos os agentes devem estar cientes de que o marco regulatório deve ser revisado em função da inovação, seja ela em relação a tecnologia ou a práticas) e (iv) ter por meta não apenas o desenho de uma regulação tradicional,

⁵⁸⁰ CORTEZ, Nathan. Regulating Disruptive Innovation. *Berkeley Technology Law Journal*. Berkeley, n. 29, pp. 175-228, 2014, p. 207.

⁵⁸¹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 164.

aplicada a partir de uma lógica hierárquica de cima para baixo, mas também o envolvimento dos agentes de mercado na prevenção de falhas⁵⁸².

Em relação às tecnologias de informação, é possível afirmar que alguns governos já aceitaram a necessidade de modelo de regulamentação mais flexível⁵⁸³ (a academia certamente já o fez), apesar disso não necessariamente se espelhar nas suas práticas. Embora isso possa ser interpretado como uma "manifestação de fé" libertária e ilusória em relação aos agentes desse mercado, também não deixa de ser uma aceitação dessas formas como modelo pragmaticamente possível⁵⁸⁴, e que além disso, pode encontrar formas de enquadramento na legitimidade regulatória. Por isso, essa flexibilização não afasta o uso de leis primárias e de mecanismos de controle centralizados na administração pública – estamos, afinal, na busca de mix ótimo, e as implicações da correção como paradigma de arranjo institucional indicam a importância dessa vinculação.

A discussão sobre os meios pertinentes ao ambiente regulatório aqui abordado está intrinsecamente ligada à discussão sobre as instituições que se utilizam desses mecanismos. Se na análise anterior a essa centramos o paradigma institucional no espectro da correção, cabe, na presente análise, avaliar o uso de soluções que misturem técnicas de *hard law* com *soft law*. Note-se que não se deve presumir “correlação lógica entre a opção por um determinado instrumento de regulação com a origem da sua fonte normativa – seja ela legislativa, administrativa ou privada”⁵⁸⁵. Ou seja, comando e controle, bem como outras estratégias de regulação, podem ser aplicados por atores distintos; contudo, nesta seção o comando e controle será tratado dentro de sua associação com a regulação estatal tradicional.

Além desse aspecto institucional, existem outras perspectivas sob as quais o debate sobre a forma da regulação pode ser abordada: como, por exemplo, uma consequência de um juízo sobre o momento da intervenção⁵⁸⁶, das relações dinâmicas de poder entre instâncias

⁵⁸² BROUSSEAU, Eric, GLACHANT, Jean Michel. Regulating networks in the ‘new economy’: organizing competition to share information and knowledge In: BROUSSEAU, Eric, MARZOUKI, Meryem e MÉADEL, Cécile, *Regulation, Governance and Powers on the Internet*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 63-92, 2012, p. 93.

⁵⁸³ Ibid., loc. cit.

⁵⁸⁴ Ibid., loc. cit.

⁵⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 163.

⁵⁸⁶ Como destacado em: “Quando a decisão de regular é relativamente contemporânea ao surgimento da nova tecnologia, até mesmo por falta de elementos de informação e dados de desempenho, o regulador não terá como ser detalhista. Nesse caso, será forçado a optar por bases mais principiológicas, parâmetros gerais, sob pena de fracasso no seu desiderato. Ao contrário, se a opção de regular se der em momento posterior, quando a inovação

públicas e privadas, como consequência de um determinado desenho arquitetônico ou tecnológico, ou, ainda como uma questão de competência dentre as diversas áreas do direito em que as falhas de mercado se refletem (como o direito constitucional, civil, autoral, penal ou trabalhista⁵⁸⁷).

Considerando o recorte do trabalho, nesta seção será abordada uma seleção dos mecanismos mais apontados pela literatura como aderentes ao contexto da Internet, sob a perspectiva de sua instrumentalidade para os governos. Leis primárias e secundárias têm sua pertinência reconhecida e advogada, de forma que se consigna, desde já, o seu importante papel no provimento de segurança jurídica e mecanismos de *accountability*. Além disso, a ênfase da análise será em quatro táticas consideradas alternativas ao comando e controle⁵⁸⁸, quais sejam, o uso da regulação por princípios, do direito concorrencial (essas duas primeiras claramente centradas na produção de políticas públicas pelo governo), o uso de mecanismos de *soft law* (que já se situam em um espectro mais híbrido) e da tecnologia (que, mesmo quando institucionalizada em política pública, se relaciona com uma esfera privatizada de influência regulatória).

Essas estratégias não devem ser entendidas como fórmulas, ou recomendações absolutas. A sua abordagem aqui tem o objetivo de indicar as peculiaridades e implicações de cada uma delas, de forma que permita definir a sua pertinência dentro do desenho regulatório proposto.

3.4.1. Regulação por princípios

disruptiva já estiver mais consolidada, é provável que o regulador acabe optando por uma regulação mais extensiva e minudente, com foco nas questões surgidas no processo de consolidação”. (BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 273, Rio de Janeiro, pp. 123-163, 17 set. 2016, p. 155.

⁵⁸⁷ Ibid., pp. 152-153.

⁵⁸⁸ Para um estudo detalhado das vantagens e desvantagens dos tipos de normas usadas para regulação (detalhada, vaga, legal, não legal, focada em processos ou focada em resultados): BLACK, J. *Rules and Regulators*. Oxford: Oxford University Press, 1997; BRAITHWAITE, J., A Theory of Legal Certainty, *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 27, Australia, 2002.

Devido à incerteza que caracteriza os ambientes tecnologicamente dinâmicos, a regulação através de princípios é apontada como solução adequada a esses campos⁵⁸⁹. Sendo entendidos como “normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida do possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes”⁵⁹⁰, o grau de realização dos princípios pode variar, sendo assim mais flexível que o das regras (que “expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos”⁵⁹¹).⁵⁹²

⁵⁸⁹ Nesse sentido, v.: BROUSSEAU, Eric, GLACHANT, Jean Michel. Regulating networks in the ‘new economy’: organizing competition to share information and knowledge. In: BROUSSEAU, Eric, MARZOUKI, Meryem e MÉADEL, Cécile, *Regulation, Governance and Powers on the Internet*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 63-92; GRAFENSTEIN, Maximilian von. *The Principle of Purpose Limitation in Data Protection Laws. The Risk-Based Approach, Principles, and Private Standards as Elements for Regulating Innovation*. Nomos: Baden-Baden, 2018.

⁵⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Lationamericana de Estudos Constitucionais*. v. 1, pp. 607-630, 2003, p. 609. Adota-se, aqui, um conceito condizente com a teoria de Robert Alexy, em que os princípios se distinguem em razão de sua estrutura normativa, e não necessariamente pela fundamentalidade ou hierarquia do valor normativo que constituem. (ALEXY, Robert. "Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen", In: ALEXY, Robert, *“Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie”*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, 262-287). Há que se atentar, contudo, para o “dissenso e ambiguidade” que marcam a trajetória conceitual dos princípios, que podem ser entendidos tanto como “pautas que sintetizam certas noções ou valores basilares do sistema jurídico” quanto como “comandos deonticos dotados de acentuada carga axiológica, de indeterminação, de generalidade e de fundamentalidade” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Saraiva: São Paulo, 2018, p. 129). Conforme ensina Virgílio Afonso da Silva, a diferenciação entre princípios e regras tem critérios e implicações variadas de acordo com a teoria interpretativa que se tem por referência. Nesse contexto, ele explica que a teoria de Alexy nada diz sobre a fundamentalidade da norma, podendo os princípios serem mandamentos nucleares de um sistema ou não - ao contrário do que defende, por exemplo, o Ministro Luís Roberto Barroso, para quem os princípios “são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. Saraiva, 2009). Ambas essas interpretações são condizentes com a abordagem dos princípios como técnica regulatória; afinal, a eleição de um determinado princípio pelo regulador também pode se fundamentar no seu conteúdo valorativo. A eleição de uma abordagem voltada para as suas implicações metodológicas se dá em razão desses serem os aspectos que endereçam os desafios de natureza regulatória relacionados a incerteza e complexidade de que se trata no presente contexto. Para uma discussão sobre essas distinções, veja-se os trabalhos citados nesta nota de Virgílio Afonso da Silva e a obra de Jane Reis Gonçalves Pereira (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Saraiva: São Paulo, 2018).

⁵⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Lationamericana de Estudos Constitucionais*. v. 1, pp. 607-630, 2003, p. 611.

⁵⁹² Além das implicações interpretativas, Ana Paula de Barcellos destaca que os princípios podem ser diferenciados das regras em relação a conteúdo, origem e validade, compromisso histórico, função no ordenamento, estrutura linguística e indeterminação dos efeitos. Sobre essas distinções, veja-se: BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 32-33.

Essa distinção em relação às regras (seja ela referenciada em caráter lógico, seja em relação a “grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade”⁵⁹³) é o que baseia a sua adoção como ferramenta adequada à conformação de serviços sujeitos a contextos em que riscos e desdobramentos são desconhecidos, ou em que as certezas presentes estão sujeitas a mudanças velozes.

Guardadas as suas variações⁵⁹⁴, a regulação por princípios (usualmente referida pela literatura internacional como *principle based regulation* - PBR), é a estratégia regulatória onde os princípios são usados para delinear valores e objetivos regulatórios, ficando os regulados livres para estabelecer suas formas próprias de a eles servir⁵⁹⁵. Sob uma perspectiva normativa, o rótulo evoca imagens de reguladores flexíveis que orientados para resultados, ancoram os padrões éticos desejáveis no âmbito das corporações, presumidas como empresas amplamente responsáveis⁵⁹⁶. A implementação via regra se associa ao *comando e controle*, que em sentido pejorativo (e que não lhe faz justiça) é vista como o emprego de uma “burocracia detalhista, onde a conformidade com as disposições detalhadas é mais importante do que a obtenção de um resultado geral”⁵⁹⁷.

Assim, uma abordagem baseada em princípios poderia garantir um grau maior de abertura e flexibilidade por parte dos reguladores e impedir que as tecnologias inovadoras (e as empresas que as desenvolveram) fiquem sobrecarregadas por um amontoado regulatório que frequentemente resulta de uma abordagem centrada na regra⁵⁹⁸. Além disso, essa estratégia permitiria revisões futuras do regime regulatório a serem baseadas na incorporação de novos

⁵⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Lationamericana de Estudos Constitucionais*. v. 1, pp. 607-630, 2003, p. 609.

⁵⁹⁴ Julia Black identifica quatro tipos de abordagem: princípios direcionados diretamente às empresas reguladas; princípios que caracterizam o relacionamento entre regulador e regulado; princípios aplicados por um regulador a outro (característica de normas produzidas em regime policêntrico) e princípios aplicáveis às relações entre uma gama de atores. BLACK, Julia. The Rise, Fall and Fate of Principles Based Regulation. London School of Economics and Political Science Law Department, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n. 17, pp. 1-25, 2010, p. 4. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/17332.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019.

⁵⁹⁵ BALDWIN, Robert, CAVE, Martin e LODGE, Martin. *Understanding Regulation*, 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 302.

⁵⁹⁶ BLACK, Julia. The Rise, Fall and Fate of Principles Based Regulation. London School of Economics and Political Science Law Department, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n. 17, pp. 1-25, 2010, p. 5. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/17332.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, loc. cit.

⁵⁹⁸ FENWICK, Mark D.; KAAL, Wulf A. Ph.D.; VERMEULEN, Erik P.M. Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster than the Law? *American University Business Law Review*, Vol. 6, No. 3, pp. 561-594, p. 590. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aublrvol6/iss3/1>. Acesso em: 14 mar. 2019.

conhecimentos, sem que tenham que passar por procedimentos de formação complexos. O regulador nem sempre tem conhecimento suficiente para determinar as exatas circunstâncias em que um determinado processo empreendedor irá se desenvolver; nesse sentido, estabelecer princípios deixa mais espaço para as companhias privadas acharem as soluções que melhor lhes servem para atingir aquela meta regulatória⁵⁹⁹. No entendimento de Mark D. Fenwick, Wulf A. Kaal e Erik P. M. Vermeulen essa dinâmica seria promissora:

Desse modo, a solução para a dicotomia reguladora de imprudência ou paralisia é a disposição de ir além da expectativa de resolução que envolve o processo de tomada de decisão regulatória. A “contingência” baseada em princípios pode facilitar uma nova flexibilidade, especialmente se for combinada com uma comunicação mais aberta por parte dos reguladores.⁶⁰⁰

As limitações dessa estratégia mais apontadas se relacionam com o grau de incerteza jurídica, já que, ao interpretar e aplicar os princípios de forma customizada, os regulados não têm como aferir se a conduta por eles escolhida de fato corresponde à exata expectativa do regulador⁶⁰¹. Além disso, a mesma flexibilidade que permite a adaptação do objetivo regulatório à forma mais aderente para aquele setor ou agente também pode acarretar mudanças de interpretação após uma determinada conduta ser adotada pela empresa, “ou seja, uma abordagem baseada em princípios pode facilitar os formuladores de políticas, legisladores e reguladores na promulgação de leis e regras baseadas em fatos pela porta dos fundos”⁶⁰². Do ponto de vista de aplicação e execução, as técnicas de PBR podem ser acusadas de leveza e baixo poder coercitivo, depositando demasiada confiança num possível comportamento

⁵⁹⁹ GRAFENSTEIN, Maximilian von. *The Principle of Purpose Limitation in Data Protection Laws. The Risk-Based Approach, Principles, and Private Standards as Elements for Regulating Innovation*. Nomos: Baden-Baden, 2018, p. 73.

⁶⁰⁰ Tradução livre do trecho original em inglês: “*In this way, the solution to the regulatory dichotomy of recklessness or paralysis is a willingness to move beyond the expectation of finality that surrounds regulatory decision-making. Principle-based “contingency” can facilitate a new flexibility, especially if it is combined with more open communication on the part of regulators*” (FENWICK, Mark D.; KAAL, Wulf A. Ph.D.; VERMEULEN, Erik P.M. Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster than the Law?, *American University Business Law Review*, Vol. 6, No. 3, pp. 561-594, 2017, p. 591. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aublrvol6/iss3/1>. Acesso em: 14 mar. 2019.)

⁶⁰¹ GRAFENSTEIN, Maximilian von. *The Principle of Purpose Limitation in Data Protection Laws. The Risk-Based Approach, Principles, and Private Standards as Elements for Regulating Innovation*. Nomos: Baden-Baden, 2018, p. 73.

⁶⁰² FENWICK, Mark D.; KAAL, Wulf A. Ph.D.; VERMEULEN, Erik P.M. Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster than the Law? *American University Business Law Review*, Vol. 6, No. 3, pp. 561-594, 2017, p. 591. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aublrvol6/iss3/1>. Acesso em: 14 mar. 2019.

responsável das empresas.⁶⁰³ Para endereçar as limitações da PBR é importante olhar para o meio do caminho – o espaço entre o valor expresso pelo regulador e a aplicação concreta que lhe dá o agente regulado. Que tipo de mecanismo poderia ser implementado entre esses dois momentos, de forma que otimize o uso da PBR?

Para Fenwick et al, uma alternativa se espelha na iniciativa do governo do Reino Unido direcionada ao mercado de empresas de tecnologia que oferecem serviços financeiros (conhecidas como *fintechs*) de implementar *sandboxes* regulatórias, onde empresas entrantes e estabelecidas podem implantar e testar produtos e modelos de negócios que visam tornar os serviços financeiros, desde empréstimos online a moedas digitais, mais eficientes⁶⁰⁴. A ideia por trás da iniciativa é proporcionar um espaço seguro para teste de produtos e serviços inovadores sem a submissão formal a um marco regulatório pré-definido, ainda que haja algum nível de supervisão por parte da autoridade reguladora com vistas a garantir que consumidores não sejam afetados negativamente⁶⁰⁵. Essas *sandboxes* permitiriam, assim: flexibilidade na experimentação da interpretação dos princípios; supervisão pelo agente regulador (relevante, principalmente, para proteção do consumidor em relação a riscos) e maior legitimidade do produto final da regulação, dada a participação das partes na sua constituição.

Por outro viés, as limitações da PBR também podem ser endereçadas pelo incremento da participação estatal, utilizando mecanismos que permitem algum tipo de validação ou supervisão por parte de autoridade pública sobre a forma como os agentes de mercado vêm adotando aquele princípio. É o que acontece, por exemplo, no mecanismo estabelecido pelos arts. 40 e 42 da Diretiva de Proteção de Dados da União Europeia 2016/679 – GDPR. O primeiro deles traz disposições acerca da adoção de códigos de conduta pelas empresas que controlem ou processem dados, designando, dentre outros, sua referência em princípios como transparência, legítimo interesse e proteção de menores⁶⁰⁶. Em sua seção 5, o dispositivo obriga

⁶⁰³ BLACK, Julia. The Rise, Fall and Fate of Principles Based Regulation. London School of Economics and Political Science Law Department, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n. 17, 2010, pp. 1-25, p. 3. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/17332.pdf> Acesso em 14/03/2019; BALDWIN, Robert, CAVE, Martin e LODGE, Martin. *Understanding Regulation*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 304.

⁶⁰⁴ FENWICK, Mark D.; KAAL, Wulf A. Ph.D.; VERMEULEN, Erik P.M. Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster than the Law? *American University Business Law Review*, Vol. 6, No. 3, pp. 561-594, 2017, p. 591. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aubl/vol6/iss3/1>. Acesso em: 14 mar. 2019.

⁶⁰⁵ Ibid.

⁶⁰⁶ *Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho*, União Europeia, 27 de abril de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 14 mar. 2019.

essas empresas a submeterem tais códigos à autoridade supervisora prevista no art. 55. Em sentido semelhante, o art. 42 estabelece um procedimento de certificação que permita a comprovação da conformidade das operações de tratamento de dados e de subcontratantes, que pode ser emitida por uma série de diferentes autoridades públicas previstas no art. 43. Esses mecanismos nada mais são do que uso de arranjos institucionais de correção (possivelmente mais aproximada aqui da sua forma de *autorregulação regulada*) para lidar com as limitações de legitimidade da PBR, o que indica a sua aderência ao parâmetro institucional eleito.

De toda forma, as suas possíveis limitações não devem ser interpretadas com impeditivo para empregá-la. Além dos arranjos institucionais flexíveis permitirem mecanismos de saneamento de eventuais déficits de legitimidade, a PBR é promissora porque, na prática ela promete uma vinculação legal a setores que até então vêm sendo autorregulados, bem como um maior grau de cumprimento para os casos em que o comando e controle não se mostra aderente.

3.4.2. Direito Concorrencial

O direito da concorrência é uma das formas relevantes para a regulação das tecnologias em razão da sua adequação aos ambientes caracterizados por um alto grau de inovação, uma constatação que supera um entendimento limitado de que esta seria uma função precípua do direito autoral⁶⁰⁷. Muitas das fundações da proteção da concorrência se relacionam diretamente com o desenvolvimento de novos serviços e produtos no qual se materializa a inovação. Barreiras à entrada no mercado, por exemplo, desestimulam a inovação por parte de novos entrantes, e a promoção de competição entre bens rivais é uma forma de estimular a inovação interna (qual seja, aquela que implica melhoria e aperfeiçoamento de produtos e serviços já existentes)⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ WU, Tim. Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement If Innovation Mattered Most. *Antitrust Law Journal*, Vol. 78, 2012, pp. 313-328. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2166525>. Acesso em: 01 abr. 2016 e LEMLEY, Mark A., Industry-Specific Antitrust Policy for Innovation, *Columbus Law Review*, v. 637, 2011.

⁶⁰⁸ WU, Tim. Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement If Innovation Mattered Most. *Antitrust Law Journal*, Vol. 78, pp. 313-328, 2012, p. 316.

Além disso, a sua atuação essencialmente *ex post* (seja ela administrativa ou judicial)⁶⁰⁹ é tida como vantajosa nesses ambientes, uma vez que, ao invés de estabelecer a conduta previamente desejada, se baseia em mecanismos que afetam o comportamento competitivo do mercado depois que eles já aconteceram (apesar do direito concorrencial também se valer, eventualmente, de mecanismos de comando e controle). Teria, assim, maior chances de promover a eficiência dinâmica⁶¹⁰ do que a regulação por comando e controle, que presume a eleição prévia dos resultados desejados e o desenho de regras em conformidade com eles. Apesar da estrutura dessas regras serem semelhantes, as diferencia o fato da regulação por comando ou controle ser essencialmente *ex ante*, diante da designação prévia do comportamento desejado, enquanto a regulação antitruste tem natureza “prioritariamente *ex post*, dado que impõe restrições a comportamentos privados depois que eles já ocorreram”⁶¹¹.

Na teoria econômica, Lewis Evans e Robert Hahn registraram essa adequação do direito concorrencial ao agregar maior flexibilidade ao processo regulatório, favorecendo significativamente a eficiência dinâmica e a produção de bem-estar. Assim, os autores defendem explicitamente a aplicação da regulação antitruste em detrimento da regulação setorial em mercados fortemente caracterizados por processos de “destruição criativa”:

A regulação antitruste envolve a aplicação *ex post* da lei, e é sobre a manutenção e a promoção da concorrência. Preocupa-se com o comportamento competitivo. Em contraste, a regulação setorial consiste em intervenção *ex ante* e busca um resultado específico (...). Assim, enquanto o foco da regulação setorial é nos resultados, o da regulação antitruste é na melhoria do processo competitivo. Essa distinção é particularmente importante nos mercados que funcionam de forma mais dinâmica. Neles, a regulação setorial, ao definir resultados esperados e regras ou preços específicos *ex ante*, arrisca que as configurações do mercado se tornem inconsistentes com a forma como ele deveria evoluir. Nesses, pode haver perdas significativas de eficiência.⁶¹²

⁶⁰⁹ O que não afasta, é claro, o emprego de mecanismos baseados em lógica *ex ante*, como por exemplo, a chancela de atos de concentração antes deles ocorrerem de fato.

⁶¹⁰ v. seção 3.1.1.

⁶¹¹ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 273, Rio de Janeiro, pp. 123-163, 17 set. 2016, p. 148.

⁶¹² Tradução livre do trecho original em inglês: “*Antitrust involves ex post application and enforcement of the law, and is about maintaining/enhancing the process of competition. It is concerned about competitive behaviour. In contrast, industry-specific regulation involves ex ante intervention and seeks a particular outcome (e.g. normal profits, particular indicators of competition, a specific tariff structure). Accordingly, while the focus of regulation is more on outcomes, the focus of antitrust is on enhancement of the competitive process. This distinction is particularly stark for dynamically changing markets. In a dynamic market, industry-specific regulation, by setting expectations for particular outcomes and specific rules or prices ex ante, risks regulatory settings that quickly become inconsistent with the way the market and competition would desirably evolve. In such cases, there may be significant efficiency losses.*” (EVANS, Lewis T.; HAHN, Robert W. *Regulating dynamic markets: progress in theory and practice*. Ssrn Electronic Journal, [s.l.], pp. 1-42, 2010, p. 11)

Partilhando do mesmo entendimento, Tim Wu indica também os desafios que ainda se impõem ao direito concorrencial dentro desse contexto. Segundo o autor, os debates seriam desproporcionalmente concentrados na substância da lei, em detrimento da atenção às políticas de implementação das mesmas, levadas à cabo por órgãos de Estado tais como Departamentos de Justiça, a Comissão Federal de Comércio, e as autoridades antitruste. Sem menosprezar a importância da substância da lei, ele atenta para a necessidade de tratar da forma de sua aplicação, que se materializaria, em grande parte, na preocupação com arranjos que preservem a inovação (que se relaciona com os pontos já abordados na seção 3.2 deste Capítulo).

Apesar dessas ponderações relacionarem a forma e tempo das intervenções concorrenciais *ex post* com o favorecimento da eficiência dinâmica, esse não é o único sentido em que a política antitruste pode ser considerada adequada aos setores tecnológicos. A experiência norte americana também fornece casos em que a intervenção contra comportamentos monopolistas e práticas anticoncorrenciais resultou em benefícios do ponto de vista da inovação devido à sua substância. Em relação a comportamentos excludentes (que, podem ser considerados a prática anticoncorrencial mais danosa do ponto de vista da inovação⁶¹³), na década de 80 o Departamento de Justiça dos Estados Unidos ganhou acionou a AT&T por protelar ou bloquear o surgimento de padrões de interoperabilidade e por punir os clientes que faziam negócios com seus concorrentes⁶¹⁴. Além da condenação ter um efeito imediato sobre preços, a ação também foi considerada um diferencial para o mercado de telecomunicações, que, a longo prazo, “passou da estagnação para a vitalidade e, o que é ainda mais importante, gerou muitos novos mercados, incluindo mercados como leilões online, publicidade vinculada a buscas ou redes sociais que nunca foram sonhadas por reguladores”⁶¹⁵.

Outro caso notório é o da empresa Microsoft, condenada no poder judiciário em 2001, após negar determinações do Departamento de Justiça para que vendesse o seu navegador Internet Explorer separado do sistema operacional Windows⁶¹⁶, com o objetivo de sustar o

⁶¹³ WU, Tim. Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement If Innovation Mattered Most. *Antitrust Law Journal*, Vol. 78, 2012, pp. 313-328, p. 317.

⁶¹⁴ United States vs. AT&T, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982)

⁶¹⁵ WU, Tim. *Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement If Innovation Mattered Most*. *Antitrust Law Journal*, Vol. 78, 2012, pp. 313-328, p. 317.

⁶¹⁶ United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

desenvolvimento e comercialização de plataformas inovadoras por parte dos competidores⁶¹⁷. A condenação é considerada mais uma referência de medida anticoncorrencial que favoreceu a inovação, tendo garantido a interoperabilidade necessária ao desenvolvimento e sobrevivência de sistemas operacionais e navegadores de diferentes fornecedores⁶¹⁸.

É claro que esse papel instrumental que o direito concorrencial pode ter na promoção de inovação de ofício, ou como solução temporal mais prudente diante do desenvolvimento do mercado, não exclui a pertinência da regulação setorial, seja ela implementada via comando e controle ou não. Não é demais lembrar que o escopo do direito concorrencial é limitado para lidar com questões que estejam além da sua base principiológica, o que pode acarretar, por exemplo, na não priorização de questões afetas a valores como pluralidade e liberdade de expressão⁶¹⁹.

A boa utilização desses meios dependerá, assim, não apenas da capacidade do regulador de identificar quais indústrias estarão sujeitas a mudanças tecnológicas mais dinâmicas⁶²⁰ e em que pontos de sua organização eles podem ter um efeito positivo. Será necessário, ainda, calcular os limites das suas fundações, de forma que permita conjugar, com eles, os instrumentos mais propícios a fins diversos.

3.4.3. Soft Law

⁶¹⁷ HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and innovation: where we are and where we should be going. *Antitrust Law Journal*, Connecticut, n. 77, p. 749-756, 2011, p. 751.

⁶¹⁸ Para detalhes sobre o precedente, v. HOVENKAMP, Herbert J. Restraints on Innovation. *Penn Law: Legal Scholarship Repository*, 2007. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2941&context=faculty_scholarship. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁶¹⁹ POLO, Michele. *Regulation for Pluralism in the Media Markets*. Milão: Universidade de Bocconi e IGIER, 2005, p. 24.

⁶²⁰ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 273, Rio de Janeiro, pp. 123-163, 17 set. 2016, p. 149.

A referência ao uso de técnicas de *soft law* para regular a Internet é uma das mais comuns, se relacionando com uma série de conceitos e dinâmicas institucionais que tiveram algum papel ao longo do trabalho. A *soft law* é associada, por exemplo, aos arranjos de governança tratados pela ciência política⁶²¹; aos instrumentos não normativos usados por organizações internacionais e organismos multissetoriais para recomendar práticas e princípios aderentes à Internet; à constatação da insuficiência dos mecanismos tradicionais do direito para lidar com a complexidade e a incerteza que caracterizam determinados ambientes regulatórios. Como foi demonstrado, muitas teorias segmentadas interpretam esse fenômeno, cada uma com preocupações e consequências distintas, de tal forma que não caberia generalizá-las ou presumir algum tipo de equivalência entre elas. No entanto, cabe atentar para o fato de que, em muitos casos, uma das distinções para as quais apontam é a adoção de mecanismos de *soft law* como resposta a essa complexidade.

Como tipo de instrumento regulatório disponível, é mais comum a associação da *soft law* à implementação de políticas públicas descentralizadas (ou não necessariamente centralizados) na figura do Estado, como orientações, diretrizes, recomendações, listas de princípios gerais (que não se confunde com a estratégia de PBR), circulares e cartas de compromisso, que são amplamente implantadas com a intenção de moldar o comportamento daqueles a quem são dirigidos, mas sem a necessidade de usar a lei formal⁶²². Ela se tornou relevante na busca por uma regulação mais procedimental e reflexiva diante de desafios de implementação e observância das formas tradicionais.

Sob uma perspectiva subjetiva, há uma literatura minoritária que segmenta a referência à *soft law* para se referir a estratégias alternativas à regulação direta adotadas necessariamente pela administração pública, sentido em que ela se relacionaria com estímulos e respectivas sanções positivas ao invés de ordens mandamentais sob pena de sanções negativas⁶²³. Apesar

⁶²¹ Vide Seção 2.1 do Capítulo 2 deste trabalho.

⁶²² SCOTT, Colin. Regulation in the Age of Governance: the rise of the post-regulatory state In: JORDANA, Jacin, LEVI-FAUR, David. *The Politics of Regulation – Institutions and Regulatory Reform for the Age of Governance*. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 145-176, 2004, p. 161.

⁶²³ Como, por exemplo, a de Egon Bockmann Moreira, para quem “a regulação *soft* estrutura-se através de incentivos/estímulos e respectivas sanções positivas, premiaias e não por meio de ordens mandamentais sob pena de sanções negativas. Pretende que o agente econômico, se assim o desejar, adote determinada conduta que a regulação busca atingir. A liberdade é a marca da regulação *soft*, que pode dar-se, por exemplo, através de fomento econômico, subsídios e benefícios fiscais. Como no tradicional dito econômico, aqui se pode levar o cavalo até a água, mas não se pode forçá-lo a beber: se o agente econômico se deixar seduzir, altera sua conduta e a submete ao padrão regulamentar.” MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 11, n. 44, Belo Horizonte, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98978>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

disso, é mais acertada a sua contextualização em um cenário mais diverso, que compreenda tanto os instrumentos emitidos por organizações fora do Estado, quanto aqueles dos quais se utilizam departamentos e agências de governo com o objetivo de evitar os requisitos processuais mais elaborados da lei formal⁶²⁴.

Por esse ângulo, trata-se de uma ordem de mecanismos que apesar de não serem vinculantes, podem ter uma importância relevante para os governos. Conforme apontado por Christian Joerges,

Tais normas de soft law geralmente obtêm pelo menos parte de sua força de sua localização dentro de uma matriz de poder de estado hierárquico. Por exemplo, uma agência pode preferir operar por meio de orientação que seja eficaz porque todas as partes sabem que as regras legais provavelmente virão se a orientação não for seguida. Alternativamente, pode haver uma disposição para seguir a orientação como parte de um padrão mais geral de cooperação. Outras normas implicam a implantação, ou pelo menos a existência, de mecanismos de controle não hierárquicos, como nas normas sociais, normas relativas a preço e qualidade estabelecidas por meio da concorrência.⁶²⁵

Como estratégia regulatória estatal, ela pode ser adotada, então, a partir do reconhecimento de documentos emitidos por atores externos para instrução de políticas públicas ou através da produção pela própria administração. Enquanto neste último sentido a sua legitimidade se ancora nas concepções tradicionais democráticas, no primeiro ela exige um teste duplo. Isto é, que englobe, além de um juízo sobre o cumprimento dessas normas, um esforço de justificação sobre por que elas, que são eficientes e socialmente aceitas, podem “merecer” reconhecimento⁶²⁶ - um juízo de legitimidade.

⁶²⁴ SCOTT, Colin. Regulation in the Age of Governance: the rise of the post-regulatory state In: JORDANA, Jacin, LEVI-FAUR, David. *The Politics of Regulation – Institutions and Regulatory Reform for the Age of Governance*. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 145-176, 2004, p. 161.

⁶²⁵ Tradução livre do trecho original em inglês: “Such soft-law norms typically derive at least some of their force from their location within a matrix of hierarchical state power. For example, an agency may prefer to operate through guidance which is effective because all parties know that legal rules are likely to be forthcoming if the guidance is not followed. Alternatively there may be a willingness to follow guidance as part of a more general pattern of cooperation. Other norms entail the deployment, or at least existence, of non-hierarchical mechanisms of control, as with social norms, standards relating to price and quality set through competition.” JOERGES, Christian. Constitutionalism and Transnational Governance: Exploring a Magic Triangle. In: JOERGES, Christian, SAND, Inger-Johanne, TEUBNER, Gunther (Eds.). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart Publishing, pp. 343-375, 2004, p. 343.

⁶²⁶ Conforme JOERGES, Christian. Constitutionalism and Transnational Governance: Exploring a Magic Triangle. In: JOERGES, Christian, SAND, Inger-Johanne, TEUBNER, Gunther. *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart Publishing, pp. 343-375, 2004, p. 344. A formulação do autor baseia-se em concepção anterior de Jurgen Habermas, em: HABERMAS, Jurgen; REHG, William. ‘Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?’, *Political Theory*, v. 29, n. 6, SAGE Publications Inc., pp. 766-781, dec. 2001.

O próprio requisito de efetividade pode não ser tão evidente assim. Isto é, por não serem necessariamente vinculantes, esses instrumentos podem ou não ser usados para orientar processos de produção de políticas públicas ou de interpretação judicial. Mais uma vez, observa-se aqui uma limitação relevante para, por exemplo, matéria de direitos fundamentais, onde a hierarquia do bem jurídico protegido não justificaria o risco de não cumprimento. Além disso, o baixo grau de vinculação também dificulta a apuração da eficácia desses mecanismos, tornando difícil a atribuição dos resultados atingidos à sua implementação.

Na regulação da Internet, isso fica demonstrado pela insuficiência, por exemplo, de códigos de conduta para regular a circulação de conteúdo nocivo online (como, por exemplo, apologia ao terrorismo), ou na dificuldade de absorção em políticas públicas nacionais de princípios de governança instituídos por órgãos como o *World Summit on the Internet Society* - WISIS e o Fórum Econômico Mundial - WEF. Ambos esses órgãos já consignaram, por exemplo, a importância de preservação de uma Internet global e aberta, o que não impede muitos governos de adotarem medidas em sentido oposto.

Nesse campo, há inclusive um papel promissor para os mecanismos de *soft law*, já que eles têm potencial para promover uma maior harmonização, em nível global, entre regulação interna e às políticas implementadas pelos diversos atores que compõem a estrutura de governança da Internet (inclusive outros países). Lembrando a abordagem normativa do acesso global da Internet, em que ele figura como algo desejável e digno de preservação, observa-se que a sua referência em *soft law* pode ter sido um dos fatores que contribuiu para sua inclusão nos princípios pertinentes à governança da rede enumerados no Marco Civil da Internet Brasileiro (Lei nº 12.965/2014, art. 2º, I). Além desse valor para a cidadania global (relacionado a liberdade de expressão e acesso a conhecimento), o alcance global também tem importância para os juízos de efetividade. Isto é, dependendo de como uma determinada política pública interna for desenhada, ela pode ter seus efeitos limitados por disposições em sentido contrário adotadas em outros regimes⁶²⁷.

Note-se ainda que, bem como acontece com a PBR, a *soft law* também pode aproveitar arranjos institucionais de correção que os atrelem mecanismos de transparência e *accountability* previstos em legislação. Ou seja, limitações de escopo e abrangência não devem

⁶²⁷ Por exemplo, uma medida de retirada de conteúdo tomada dentro de um determinado território com base em direito ao esquecimento certamente não é tão eficaz em cumprir sua finalidade original quando o material ainda pode ser acessado em outros países vizinhos.

excluir os instrumentos de *soft law* da busca pelo *mix ótimo*, sendo certo que suas limitações não afastam a sua legitimidade como estratégia regulatória cabível.

3.4.4. Tecnologia

Desde os trabalhos de Lessig e Reindenberg, o efeito regulador das tecnologias, especialmente na Internet, já é amplamente conhecido e problematizado pela literatura especializada⁶²⁸. Dentro da camada de conteúdo, softwares, códigos e algoritmos são responsáveis por um número de questões que se relacionam com as políticas públicas estatais de diferentes formas, o que faz delas um dos possíveis instrumentos não normativos através dos quais o Estado pode exercer seu poder regulador (ainda que indiretamente).

Em alguns casos, elas compõem alguma característica própria de serviços ou produtos disponibilizado online – como, por exemplo, as decisões algorítmicas sobre resultados de ferramentas de busca e sugestões customizadas de conteúdo. Neles, conhecer a operação e os efeitos destas ferramentas pode ter importância para a medida de desenvolvimento e alcance de uma determinada regulação. Em outros, elas constituem mecanismos intencionalmente escolhidos e desenhados (seja pelo Estado, pelos particulares) para endereçar alguma falha de mercado ou violação específica. Que é o caso, por exemplo, dos dispositivos de DRM (*digital rights management*), que controlam acesso, uso e distribuição de conteúdos protegidos por direito autoral; das ferramentas de bloqueio operadas por provedores de acesso à Internet; dos filtros de conteúdo comumente usados por esses mesmo atores ou por plataformas de conteúdo, ou, ainda, das ferramentas implementadas pela lógica da regulação desde a concepção⁶²⁹ ou tecnologias de previsão e controle para fins penais.

Sejam elas previstas em um mandamento legal ou não, essas tecnologias dão poder regulatório ao agente privado que as opera; o que também não é necessariamente uma limitação, ou sinônimo de ilegitimidade. Como soluções tecnológicas que são, esses mecanismos não são necessariamente bons ou ruins - mas também não são neutros.

⁶²⁸ Vide Seção 1.3 do Capítulo 1 deste trabalho.

⁶²⁹ Usualmente referida na literatura internacional pela expressão em língua inglesa *regulation by design*. YEUNG, Karen. Towards and Understanding of Regulation by Design. In: BROWNSWORD, Roger, YEUNG, Karen. *Regulating Technologies: Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*. Portland: Hart Publishing, pp. 79-108, 2008, p. 88.

Veja-se, por exemplo, o caso dos bloqueios e filtros de conteúdo, que ao longo deste trabalho foram usados como a ilustração de medidas ilegítimas, tanto por sua desproporcionalidade em relação à restrição de direitos fundamentais, quanto por sua eficiência questionável em relação à erradicação dos males que pretendem combater. Ambas essas tecnologias são usadas para prevenir o acesso a ou restringir a distribuição de algum tipo específico de informação.

Conforme explica Karen Yeung, essas tecnologias se distinguem pela sua capacidade de detectar, identificar e discriminar entre unidades com características prescritas em uma grande população⁶³⁰, o que faria deles não necessariamente uma ferramenta de controle, mas sim um poderoso mecanismo de identificação e seleção. Uma vez identificado um conteúdo, ele pode receber diferentes tratamentos, como ser examinado, privilegiado, extinto, tratado, restrito ou excluído. Trata-se, assim, em primeira instância, de uma tecnologia adjunta, que pode ser empregada com propósitos diferentes⁶³¹.

O uso de filtros e bloqueios como instrumentos de regulação deve ser considerado em relação às suas características já amplamente tratadas pela literatura especializada⁶³²: eles são automáticos e auto executáveis (sem prejuízo da possibilidade de evasão por comportamento do usuários); opacos (já que os critérios utilizados para identificar e as consequências da identificação dos conteúdos não são divulgados); e necessariamente envolvem intermediários (para quem são transferidos os custos e as decisões sobre critérios de operação)⁶³³. Além disso, eles são conhecidos por presumir uma simplificação em excesso dos elementos identificados (não sendo capazes, assim, de distinguir contexto, e por seguinte, o que seria legal, ilegal, ou inadequado de acordo com algum parâmetro) e a sua implementação costuma levantar preocupações relacionadas à censura prévia.

⁶³⁰ YEUNG, Karen, Towards an Understanding of Regulation by Design. In: BROWNSWORD, Roger, YEUNG, Karen. *Regulating Technologies: Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*. Portland: Hart Publishing, pp. 79-108, 2008, p. 88.

⁶³¹ Ibid., loc. cit.

⁶³² Ibid., loc. cit.; McINTYRE, TJ, SCOTT, Colin. Internet Filtering: Rhetoric, Legitimacy, Accountability and Responsibility. In: BROWNSWORD, Roger, YEUNG, Karen. *Regulating Technologies: Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*. Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 109-124, p. 109; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; MONIZ, Pedro de Paranaguá; VIEIRA JUNIOR, Sérgio Branco. Neutralidade da Rede, Filtragem de Conteúdo e Interesse Público: Reflexões sobre o Bloqueio do Site YouTube no Brasil. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 246, Rio de Janeiro, p. 50-78, 19 dez. 2014.

⁶³³ McINTYRE, TJ, SCOTT, Colin. Internet Filtering: Rhetoric, Legitimacy, Accountability and Responsibility. In: BROWNSWORD, Roger, YEUNG, Karen. *Regulating Technologies: Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*. Portland: Hart Publishing, pp. 109-124, 2008, p. 109.

Que, por sua vez, não são infundadas - basta lembrar que são essas as ferramentas usadas por países como China e Arábia Saudita para implementar medidas severas de controle de conteúdo online. Em cenários menos extremos, mas ainda questionáveis, os filtros e bloqueios também são usados por plataformas específicas⁶³⁴ e países como a Argentina⁶³⁵, Bélgica⁶³⁶, Reino Unido⁶³⁷ e Alemanha⁶³⁸ já determinaram (por via judicial ou administrativa) o uso de tais bloqueios para cessar o acesso a sites de compartilhamento de arquivos. Notadamente, a União Europeia adotou, recentemente, revisão da Diretiva de Direitos Autorais⁶³⁹ cujo art. 17 prevê que intermediários passam a ter a obrigação de impedir a disponibilização de conteúdos (sons, vídeos, imagens e textos, dentre outros) que infrinjam direitos autorais através do “uso de tecnologias efetivas de reconhecimento de conteúdo”.

É justamente devido à sua eficiência que os filtros de conteúdo atraem a atenção dos governos, apesar das suas conhecidas limitações sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Contudo, até a sua capacidade de, de fato, atingir os resultados desejados, é questionável. Existem mecanismos tecnológicos simples e disponíveis na Internet que tornam possível burlar esses filtros⁶⁴⁰. Uma vez baseados em identificação de determinados critérios fixos, basta a mudança em um deles por parte do infrator que o mesmo conteúdo pode voltar a ser livremente disponibilizado.

⁶³⁴ Como, por exemplo, o *Content ID* do Youtube: Youtube Ajuda. *Como funciona o Content ID*. Termos de Utilização do Youtube, Google, 2019. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=pt>. Acesso em: 30 abr. 2019.

⁶³⁵ La Justicia ordena el bloqueo de The Pirate Bay en la Argentina, *La Nación*, 30 de jun. de 2014. Disponível em: <https://www.lanacion.com.ar/tecnologia/la-comision-nacional-de-comunicaciones-ordena-el-bloqueo-de-the-pirate-bay-en-la-argentina-nid1705910>. Acesso em: 30 abr. 2019.

⁶³⁶ Belgian Court Order May Be Too Specific To Actually Block Pirate Bay Domain. *Slashdot*, 08 de out. de 2011. Disponível em: <http://yro.slashdot.org/story/11/10/08/2327227/belgian-court-order-may-be-too-specific-to-actually-block-pirate-bay-domain>. Acesso em: 30 abr. 2019.

⁶³⁷ The Pirate Bay 'breaches' BT's ban of the filesharing site. *BBC*, 22 de jun. de 2012. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-18518777>. Acesso em: 30 abr. 2019.

⁶³⁸ Cyberbunker prohibited from providing Internet access to the Piratebay. *Motionpicture Association (MPA) - Audiovisual Entertainment for Global Audiences*, 13 de mai. De 2010. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20100601095533/http://www.mpa.org/resources/68638b79-4e58-4ea5-9d22-533ea318a5ab.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019.

⁶³⁹ Modernisation of the EU Copyright Rules. *European Commission*, 29 de mar. de 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/modernisation-eu-copyright-rules>. Acesso em: 30 abr. 2019.

⁶⁴⁰ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; MONIZ, Pedro de Paranaguá; VIEIRA JUNIOR, Sérgio Branco. Neutralidade da Rede, Filtragem de Conteúdo e Interesse Público: Reflexões sobre o Bloqueio do Site YouTube no Brasil. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 246, Rio de Janeiro, p. 50-78, 19 dez. 2014, p. 68.

Naturalmente, essas limitações devem ser sopesadas diante do tipo de falha de mercado que se pretende sanar. Ao contrário do uso dessas ferramentas para restringir o discurso político, existe algo próximo a um consenso sobre a possibilidade de uso desses materiais para combater a circulação de imagens com abuso sexual infantil. Não que as limitações sejam sanadas, mas nesse caso os fins justificariam o controle prévio⁶⁴¹. Já o seu uso para combate à infração de direito autoral, por exemplo, envolve maior controvérsia, visto que sua imprecisão tem o potencial para impedir a circulação de conteúdo que não é infrator, vetando, por exemplo, os usos legais sem necessidade de autorização, como paródias e materiais com finalidade educacional. Afeta-se, aqui, também a perspectiva da inovação, no que toca sua relação com usos transformativos. Independente disso, a restrição a conteúdos legítimos é uma contingência inexorável do uso dessas ferramentas, o que precisa ser considerado diante da análise de seu mérito.

A escolha das ferramentas de filtragem como exemplo a ser aprofundado nesta subseção se dá por que, além de amplamente adotadas e de inspiram uma parte relevante dessas discussões, elas se relacionam intimamente com a forma como a rede de redes funciona e com as suas peculiaridades técnicas. Principalmente, no que toca a interação entre as diferentes camadas, a operação privada e o seu potencial de restringir e determinar condutas.

Certamente, esse tipo de regulação também se materializa em outras tecnologias. Como exposto no primeiro capítulo, a natureza regulatória é uma característica da rede, e se verifica em graus diferentes na diversidade de serviços e interfaces nela presentes. Assim, também poderiam ser exploradas as características regulatórias, por exemplo, de análises algorítmicas, da ativação e atuação de serviços de localização e até tecnologias mais recentes de reconhecimento facial (que são aperfeiçoadas e expandidas através da Internet). Todas elas possuem benefícios e limitações próprias; e todas elas devem ser analisadas sob uma perspectiva realista em relação à ausência de neutralidade na sua implementação.

3.5. Considerações finais

⁶⁴¹ Ressalte-se que, ainda nesse caso, a sua insuficiência é uma questão; como anotaram Ian Brown e Chris Marsden, os usuários que atualmente cometem esse tipo de crimes são mais propensos a ter suas informações encriptadas. Nesse sentido, os autores comentam, por exemplo, que quando a União Europeia resolveu obrigar a instalação de filtros para combater abuso infantil online, esse material já era amplamente encriptado, de forma que até uma medida extrema como um filtro de conteúdo só poderia evitar eventuais visualizações acidentais de tal conteúdo. (BROWN, Ian e MARSDEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013, p. 26)

Neste capítulo, foi proposta uma abordagem do desenho regulatório apropriado aos serviços prestados pela camada de conteúdo da Internet, considerando as características técnicas que a distinguem (Capítulo 1), a pluralidade de agentes e práticas que compõem a sua governança (Capítulo 2), experiências empíricas e a literatura acadêmica que se dedica aos desafios e requisitos peculiares à regulação de tecnologias e especificamente à regulação da Internet.

O cenário teórico relevante para esse debate se compõe por teorias distintas que se dedicam a interpretar a insuficiência dos meios tradicionais de aplicação do direito no enfrentamento de ambientes regulatórios complexos e caracterizados pela incerteza. Dentre elas, estão as ideias de *Estado Pós Regulatório*, de *Descentralização Administrativa*, o *Direito Administrativo Global* e o *Constitucionalismo Global*. Guardadas as suas diferenças, essas teorias têm em comum, além do fenômeno subjacente que as inspira, o esforço de justificação de arranjos de regulação indireta e através de instrumentos não necessariamente normativos, comumente referidos como *soft law*.

Apesar da possibilidade de interpretar essas teorias no sentido de uma possível *crise do Estado Regulatório*, essa perspectiva não foi contemplada por três razões principais. Em primeiro lugar, porque essa conclusão demandaria a adoção de uma experiência regulatória específica, já que a taxonomia sobre a evolução de modelos de intervenção do Estado na economia pode variar de acordo com o contexto histórico-econômico de que se trata. Por exemplo, enquanto no Brasil o Estado Regulatório é associado aos arranjos institucionais implementados a partir dos anos 1990/2000, após um processo de privatização que teria dado fim ao *Estado do Bem Estar Social*, na Europa a expressão *Estado Regulatório* ainda é muito associada a este, não sendo seguro contrapô-las sem a devida atenção às peculiaridades dessa experiência. Basta ver que, em 1984, diante de uma crise nas políticas de bem-estar social na Europa, Gunther Teubner se refere à *Crise do Estado Regulatório*, e começa, desde já, a propor uma interpretação pós instrumental do direito (v. nota de rodapé n. 297). Uma vez que, até este Capítulo, o trabalho não se baseia num recorte sobre a experiência e jurisdição brasileira, não seria responsável propor um cenário de crise de Estado Regulatório que presumisse homogeneidade entre os diversos contextos que foram levados em consideração.

Em segundo lugar, em relação ao contexto de crises regulatórias provocadas por tecnologias inovadoras, essa ideia de superação do modelo de Estado Regulatório ainda é questionável. Dizer que os meios tradicionais de intervenção são limitados é uma abordagem

que dialoga com o modelo atual, e busca nele as respostas a esses desafios a partir de um desenho regulatório específico.

Por fim, considerando os objetivos pretendidos, essa consignação ou não de uma crise do Estado Pós Regulatório, além de escapar do escopo do trabalho, é um diagnóstico do qual ele prescinde. Não é preciso configurar esse cenário de crise para buscar soluções que atendam aos interesses públicos envolvidos nesses ambientes complexos. Esse exercício já está em harmonia com a primeira seção deste Capítulo, onde foi apontada uma base teórica sólida que justifica um desenho regulatório específico para o ambiente da Internet, em conformidade, ainda, com os requisitos legais da legitimidade administrativa.

Os acadêmicos que se dedicaram à regulação de tecnologias identificaram desafios peculiares que elas impõem aos reguladores, em sua maioria relacionados ao descompasso entre a evolução da tecnologia e a velocidade da resposta das instâncias que produzem e implementam políticas públicas, à expertise necessária à identificação de um alvo regulatório, aos conflitos entre novos serviços e quadros regulatórios pré-existentes e à constante e inevitável variável da inovação. Diante deles, é aceito que uma determinada tecnologia possa exigir uma abordagem regulatória própria, que aperfeiçoe a inteligência das políticas públicas de forma a torná-las mais eficazes.

No caso específico da Internet, essa abordagem se harmoniza com uma variação da ideia de excepcionalismo, difundida quando da sua expansão para o consumo civil e que defendia que, diante das suas características inéditas, a Internet não poderia ser regulada. Apesar dessa consequência não se sustentar, o excepcionalismo como constatação e anuência das circunstâncias técnicas que distinguem a Internet ainda tem relevância, de forma que elas servem como um dos fundamentos do tratamento de um desenho institucional adequado.

Assim, esse ambiente regulatório foi enfrentado a partir (i) de uma perspectiva de legitimidade administrativa que engloba juízos de representação democrática e eficiência, e (ii) de juízos pragmáticos que compõem essa legitimidade, quais sejam, aqueles sobre *porque regular, quem regula e como regula*.

Em relação ao primeiro deles, tratou-se da pertinência das justificativas tradicionais da regulação, acrescentado a esse rol a promoção da inovação como um juízo necessariamente diferenciado, em razão da propensão à inovação ser uma característica técnica imbuída na Internet. Como fundamento, foi indicada a literatura acadêmica que já reconheceu a importância da promoção da inovação para o desenvolvimento econômico e o aumento de bem-estar, bem como a pertinência da ação estatal para a sua promoção que transcenda pesquisa e financiamento. Assim, tratando do papel da regulação, importa, nesta perspectiva, o tratamento

dispensado a assimetrias regulatórias, além do papel dos reguladores de legitimar novos negócios, aumentar a confiança em novos serviços e buscar soluções focadas em riscos urgentes.

No que toca os arranjos institucionais cabíveis, foram tomadas como parâmetro as experiências de correção, principalmente no contexto europeu. Dada a atuação de intermediários na composição e arquitetura da rede, esse debate orbita em volta das formas mais legítimas e eficientes através das quais o Estado pode exercer pressão sobre eles. Isto é, como vincular essas atividades privadas à regulação sem comprometer o seu desenvolvimento e preservando os direitos e liberdades dos usuários. Ainda que a opção por arranjos híbridos pareça uma consequência natural dessas circunstâncias, durante algum tempo elas contribuíram para a expansão de formas de regulação privada, ou para a edição de políticas públicas que as desconsideraram. Com base nessas experiências, foi feita uma análise do contexto institucional da regulação estatal da camada de conteúdo da Internet, chegando no parâmetro da correção, que apesar de suas limitações, pode ser considerado o mais constitucionalmente responsivo neste contexto.

Por fim, em relação à disputa sobre os meios de implementação da regulação, foi abordada uma seleção dos mecanismos mais apontados pela literatura como aderentes a cenários tecnologicamente complexos e incertos. Notadamente, foram analisadas as técnicas voltadas para o uso da regulação por princípios, do direito concorrencial (essas duas primeiras claramente centradas na produção de políticas públicas pelo governo), para mecanismos de *soft law* (que já se situam em um espectro mais híbrido) e para a tecnologia (que, mesmo quando institucionalizada em política pública, se relaciona com uma esfera privatizada de influência regulatória). Mais do que a prescrição de uma fórmula, esse exercício se destaca por explorar características, benefícios e limitações de cada uma dessas estratégias, que estão ao dispor dos reguladores para composição diante de produtos e serviços diversos entre si.

No último Capítulo que segue, as implicações dessa abordagem para a experiência brasileira serão testadas em relação a duas matérias já tratadas pela legislação nacional: as plataformas de compartilhamento operadas por intermediários e a política de proteção de dados. Para fins de contextualização, será feito um breve apanhado da tradição brasileira de regulação da Internet, sendo abordado, em primeiro lugar, o contexto regulatório geral no Brasil. Em seguida, tanto a regulação da proteção de dados, quanto a das plataformas de compartilhamento de conteúdo serão analisadas pela perspectiva de cada um dos parâmetros adotados.

4. REGULAÇÃO BRASILEIRA DE SERVIÇOS NA INTERNET: ESTUDOS DE CASO

Neste capítulo, os insumos teóricos abordados até aqui serão testados em relação à experiência brasileira de regulação da Internet – especificamente, em relação aos marcos regulatórios da proteção de dados e da regulação de conteúdo em plataformas de compartilhamento. O objetivo dessas análises é, por um lado, verificar como esses quadros consideraram os parâmetros de legitimidade propostos, se foram responsivos a eles, e como isso afetou o resultado final. Por outro lado, testa-se também esses parâmetros, sua aderência e o que se pode esperar deles em contextos empíricos concretos, em que reguladores reais são afetados por instâncias diversas quando precisam fazer escolhas em relação a riscos.

Cabe notar aqui a importância de perceber a regulação como um processo reflexivo, em que importa a abertura do regulador para explorar suas opções de conduta e fazer escolhas de resultados e transigências de acordo com seus objetivos. Não se pode esperar uma fórmula única para condução da atividade regulatória no campo de que se trata ou em qualquer outro, pois são muitos os elementos institucionais e sociais variáveis que influenciam no seu resultado final. No contexto da Internet, essa complexidade se agrava pela caracterização de uma estrutura de governança difusa, composta por diferentes atores e práticas e com efeitos intra e extraterritoriais. Ou seja, o comportamento dos usuários, as práticas comerciais e as determinações de organismos multissetoriais (dentre outros) participam do resultado final junto com as normas estabelecidas pelo regulador.

Assim, o que se propõe é um exercício de avaliação das escolhas do regulador brasileiro à luz dos aspectos distintivos de cada mercado e dos parâmetros de legitimidade apontados, de forma que se possa traçar um desenho regulatório que seja a eles responsivo. Além disso, apesar dos desafios hoje enfrentados pelos reguladores brasileiros em relação à Internet envolverem muitos outros setores e serviços, a análise dos casos eleitos permite uma abordagem da realidade brasileira a partir de dois marcos legais que são pilares das políticas públicas direcionadas à camada de conteúdo da Internet.

Em relação à regulação de conteúdo em plataformas, aplica-se o art. 19 da Lei nº 12.965/14, conhecida como “Marco Civil da Internet”. Como sabido, suas disposições transcendem em muito essa matéria específica, abordando diversos aspectos relacionados a direitos dos usuários e a obrigações dos provedores de acesso e prestadores de serviço online (como neutralidade de rede, direito de acesso, retenção de dados, dentre outros).

Apesar de não esgotar os arranjos institucionais que influenciam o uso da Internet no Brasil⁶⁴², sua estrutura principiológica e ordenadora lhe rendeu o título de “Constituição da Internet” (sendo associada ao já explorado fenômeno do constitucionalismo digital). Dela se extrai o objetivo do legislador de preservar as bases para a promoção das liberdades e direitos na Internet no Brasil, apresentando um novo cenário, em que a preservação de uma Internet livre se associa “não à ausência de leis, mas sim à existência de leis que possam garantir e preservar as liberdades que são usufruídas por todos justamente por causa da tecnologia e mais especificamente pelo desenvolvimento da Internet”⁶⁴³. Na síntese de Ronaldo Lemos e Carlos Affonso Souza,

Foi com essa motivação que o Marco Civil foi concebido: como uma lei que pudesse preservar as bases para a promoção das liberdades e dos direitos no Brasil. Distanciando-se assim de uma regulação repressiva da rede, o Brasil ofereceu um dos mais simbólicos exemplos que anima os debates globais sobre uma regulação da rede que tenha os direitos humanos como o seu fio condutor e que mantém o caráter principiológico para evitar uma caducidade precoce dos seus dispositivos.⁶⁴⁴

Dessa abordagem do Marco Civil que privilegia liberdades e a flexibilidade da regulação, depreende-se a clara intenção do legislador de privilegiar muitas das características técnicas descritas no Capítulo 1, consideradas essenciais para o desenvolvimento e crescimento da Internet na forma em que a conhecemos hoje. A ideia de que ela deve ser aberta, por exemplo, encontra amparo tanto em previsão expressa (art. 2º, IV) quanto na consagração extensa dos direitos que se relacionam com as suas dimensões técnica (espelhada, por exemplo, na eleição de padrões abertos e interoperabilidade como um de seus objetivos, conforme art. 4º, IV), econômica (à vista do art. 3º, VIII, que prevê a liberdade de modelos de negócios, e do art. 4º, III, que consigna a promoção da inovação) e social (como se depreende das garantias de

⁶⁴² Previamente à edição do Marco Civil já operavam no Brasil, por exemplo, o Comitê Gestor da Internet (CGI) e o Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), responsáveis, respectivamente, por coordenar e atribuir endereços IP em território nacional e por coordenar e registrar nomes de domínio. v. SUNDFELD, Carlos Ari, ROSILHO, André. A governança não estatal da internet e o direito brasileiro. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, set./dez. 2015. V. também KURBALIJA, Jovan J. *Uma Introdução à Governança de Internet*. Cadernos CGI.BR, Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2016. Disponível em: https://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr_Uma_Introducao_a_Governanca_da_Internet.pdf. Acesso em: 22 jun. 2018. Além disso, é possível verificar competências dispersas em órgãos governamentais distintos, especialmente no que toca a regulação de infraestrutura e a regulação setorial, como por exemplo, o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL e a Agência Nacional do Cinema – ANCINE.

⁶⁴³ LEMOS, Ronaldo, SOUZA, Carlos Affonso Pereira. *Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016, pp. 16.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, loc. cit.

liberdade de expressão, privacidade e natureza participativa da rede, respectivamente, nos incisos I, II e VII do art. 3º). Trata-se da consagração em lei de aspectos que, a princípio, nada mais eram do que características de uma rede, e que apesar de definidoras, seriam passíveis de serem modificadas ou moldadas a partir de políticas a ela externas, estatais ou não. Contudo, com o Marco Civil, elas passam a valer perante particulares e como referência normativa de conduta para o regulador brasileiro, própria base principiológica das regulações futuras.

Note-se, ainda, que a lei foi pioneira tanto em sua substância quanto no seu processo de produção, que se deu através de um longo debate pautado por uma abordagem colaborativa multissetorial⁶⁴⁵. Desde sua aprovação, a Lei é celebrada pela transparência e abertura desse processo, que permitiu a participação de uma gama de agentes interessados na matéria (como setor privado, entidades estatais, sociedade civil, terceiro setor, técnicos e acadêmicos), através de colaborações ao texto em consulta pública por meio de uma plataforma digital aberta e em audiências públicas realizadas no Congresso Nacional⁶⁴⁶. Conforme atestado por Lemos, Souza, de Souza e Nolasco, as exigências de identificação, abertura e publicidade em relação às partes interessadas foram instrumentais para a redução de assimetrias de informação e transigências de interesses ao longo do processo de negociação⁶⁴⁷.

Por sua vez, a Lei nº 13.709/2018 (“Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD) também costuma ser reconhecida por seu processo legislativo plural e participativo⁶⁴⁸, o que pode indicar uma tendência saudável do legislativo brasileiro de incorporar nesses processos voltados para a regulação da Internet os requisitos formais do multissetorialismo. Conforme será descrito de forma detida na próxima seção, a LGPD consolida o paradigma contemporâneo da proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro, provendo um marco institucional

⁶⁴⁵ LEMOS, Ronaldo; STEIBEL, Fabro; DE SOUZA, Carlos Affonso; NOLASCO, Juliana. NoC Internet Governance Case Studies Series: A Bill of Rights for the Brazilian Internet (“Marco Civil”) – A Multistakeholder Policymaking Case. In: GASSER, Urs; SCHULZ, Wolfgang. Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Case Studies. *Berkman Center Research Publication*, No. 2015-1, 18 feb. 2015, Appendix I. Disponível em: <http://bit.ly/2JzCUx3> Acesso em: 28 nov. 2018.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 74.

⁶⁴⁷ Tradução livre: “Esses esforços ajudaram a reduzir a assimetria de informação e facilitar negociações. Isso também ajudou a facilitar compromissos, quando necessário. O Ministério da Justiça, por exemplo, teve que mudar de posição acerca de registros de logaritmos; ISPs e companhias de telecomunicações tiveram que concordar em discordar sobre a neutralidade de rede; e a sociedade civil foi indiretamente forçada a revisar sua posição com relação à remoção de disseminação não consentida de imagem íntima.” Trecho original em inglês: “*These efforts helped to reduce information asymmetry and facilitate negotiations. It also helped to facilitate compromises, when necessary. The Ministry of Justice, for example, had to change its position about log records; ISPs and telecommunications companies had to agree to disagree on net neutrality; and civil society was indirectly forced to review their position with regards to the removal of revenge porn*”. *Ibid.*, p. 5.

⁶⁴⁸ Como já pontuei no Capítulo 3, seção 3.1.1.

aderente ao contexto tecnológico atual. Aplicando-se de forma transversal a uma diversidade de serviços prestados através da infraestrutura da Internet, ela afeta aspectos essenciais dos modelos de negócios que os caracterizam, revelando-se de fundamental importância para sanar as falhas relacionadas à proteção da privacidade para a forma que esses serviços irão se desenvolver no futuro.

Importa, desde já, esclarecer que não cabe aqui esgotar as discussões pertinentes a cada um desses casos concretos. Tanto a regulação de plataformas, quanto a proteção da privacidade, são matérias amplas em si, que se expressam a partir de bases teóricas, experiências e questões diversas. Não caberia, assim, explorar cada uma dessas peculiaridades. A proposta deste capítulo, reitera-se, é analisar as escolhas do regulador brasileiro em relação a essas duas matérias, a partir dos requisitos de legitimidade regulatória e respectivos insumos teóricos trazidos no capítulo anterior.

Conforme se extrai da literatura de regulação de tecnologias visitada, os desenvolvimentos tecnológicos, ao mesmo tempo em que não dispensam a relevância dos institutos e preceitos de políticas públicas consagrados, podem exigir uma adaptação do desenho regulatório. No caso da camada de aplicações da Internet, esse desenho precisa levar em consideração as implicações econômicas, sociais e políticas advindas de suas características técnicas e os sistemas de governança que atuam além da soberania nacional.

Considerando um conceito de legitimidade regulatória que inclui, além da participação democrática, exigências em relação à eficiência das políticas públicas implementadas, foi proposta uma abordagem do ambiente regulatório a partir de três perspectivas específicas – que, apesar de não esgotarem esse ambiente, são essenciais ao resultado final da política pública: a motivação da regulação (*por que regular*), os arranjos institucionais mais eficientes (*quem regula*) e a forma como ela é implementada (*como regular*).

Em relação à motivação, essa análise precisa considerar, além dos racionais conhecidos de intervenção regulatória, a importância de promover e proteger a inovação. Pragmaticamente, essa exigência pode afetar a conduta do regulador diante do surgimento de novos serviços de maneiras diferentes, que não necessariamente se relacionam com inovação. Pelo contrário, a atuação regulatória muitas vezes favorece a inovação por ser responsável por prover um nível mínimo de segurança jurídica necessário ao empreendimento. O resultado desse cálculo pode se expressar em algumas condutas que devem ser consideradas, como: escolha por omissão regulatória temporária; desenho de regimes de apoio à inovação que não operem de maneira contraproducente e muito menos proibitiva; regimes de responsabilidade sejam desenhados para proteger empresas inovadoras nascentes; legitimação de novos modelos de negócios e

outras práticas que aumentem a confiança em novos serviços; restringir outros atores governamentais de decisões prejudiciais e eliminar situações em que obrigações vagas ou sobrepostas criem dificuldades para novos entrantes. No que toca a assimetria regulatória, é preciso considerar-se, ainda, a postergação da imposição de requisitos que se aplicam a empresas já consagradas, mas que poderiam prejudicar agentes de menor porte e a pertinência da extensão de regimes regulatórios pré-existentes.

Em relação aos arranjos institucionais, a atuação de intermediários como elemento essencial desses mercados pode se materializar no favorecimento de regimes autorregulatórios, e assim aconteceu nos primeiros anos de expansão da Internet para o uso civil. Diante das notórias limitações desses quadros para tratar de matérias de direitos fundamentais – com os quais se relacionam fundamentalmente as motivações para regular a camada de conteúdo da Internet – aumentou a demanda pela presença do Estado nesses espaços, trazendo como paradigma de arranjo institucional a correção (que tem maior expressão na experiência europeia). Contudo, a correção, por si, é um conceito instável, dada a variedade da taxonomia, que implica na consideração de fenômenos diferentes sob o mesmo rótulo. Nesse espectro, é possível incluir desde delegação de competência para um agente privado, até estruturas de própria partição de competências entre Estado e particular (passando por sistemas de supervisão, implementação de mecanismos de monitoramento da atuação regulatória do particular ou que empreguem requisitos de transparência e responsabilização). Assim, mais do que uma identificação específica dessas estruturas, é necessário um exame voltado para implicações de implementação e para os incentivos gerados pelo arranjo.

Ainda, sendo os campos tecnológicos caracterizados por uma realidade técnica complexa e alto grau de incerteza, o debate sobre formas e estratégias orbita ao redor das soluções que apresentam algum grau de flexibilidade em sua aplicação e das que se implementam via tecnologia. Presume, assim, uma insuficiência (não impertinência) das lógicas de comando e controle, que não estariam aptas a abordar níveis de performance desejáveis de forma satisfatória.

Com base nesses insumos teóricos e nas implicações legais extraídas das escolhas políticas consignada no Marco Civil da Internet e na LGPD, serão examinadas a seguir as experiências nacionais de regulação da proteção de dados e de regulação de plataformas de compartilhamento de conteúdo.

4.1. Lei nº 13.709/2018 e a regulação da proteção de dados

Os debates atuais sobre regulação da proteção de dados se inserem num contexto de *recarga* desses arcabouços jurídicos, onde as garantias tradicionais de privacidade vêm sendo fortalecidas com novos conceitos, institutos e forma de proteção⁶⁴⁹. Enquanto sua origem pode ser identificada como uma reação ao processamento eletrônico de dados pelas administrações públicas e empresas privadas na década de 1970 (como aconteceu na Alemanha e na Suécia), a sua configuração atual foi precedida de pelo menos mais três paradigmas institucionais, sempre condicionados pelos desafios do cenário político e econômico peculiares a cada tempo⁶⁵⁰. Nesse sentido, a tendência do cenário atual pode ser atribuída, em grande parte, à evolução do contexto tecnológico e econômico, altamente caracterizado pela emergência de ciências de dados e de *big data* que possibilitam a “agregação eficiente de milhões de unidades de informação e a sua conversão em conhecimento valioso”⁶⁵¹ - um cenário que potencializa riscos individuais e coletivos de mal uso e violações em geral.

A partir dessas tecnologias, as lógicas de comercialização de informações pessoais embasam o modelo de negócios de grande parte dos serviços prestados através da Internet, que

⁶⁴⁹ É o contexto a que Serge Gutwirth, Ronald Leenes e Paul De Hert se referem como o *reload* ou *rebooting* da proteção de dados no prefácio à obra *Reloading Privacy*. GUTWIRTH, Serge, LEENES, Ronaldo, De Hert, Paul (Orgs). *Reloading Privacy*. London: Springer, 2014.

⁶⁵⁰ Conforme esclarece Laura Schertel Mendes sobre o surgimento das regulações de proteção de dados na década de 1970 “[o] impulso para o surgimento dessas normas foi o contexto generalizado do Estado Social, que requeria, para o funcionamento de sua burocracia, de planejamento sofisticado, o que, por sua vez, somente poderia ser alcançado por meio da coleta e do processamento de dados dos cidadãos”. A autora identifica, ainda, um processo de evolução desses arcabouços através de quatro gerações de normas, v. MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 38.

⁶⁵¹ Conforme destacam Sofia Ranchordás e Abram Klop, “[o] big data surgiu nesse contexto como um novo e complementar sistema de conhecimento que permite aos cientistas de dados usar e manipular conjuntos volumosos de informações. Essa tecnologia reconceitualiza como abordamos a constituição do conhecimento: com big data e análise preditiva, grandes quantidades de informações e matemática aplicada na forma de algoritmos substituem ferramentas tradicionais usadas para estudar o comportamento humano e tirar conclusões”. Trecho original em inglês: “*Big data emerged in this context as a new and complementary system of knowledge that allows data scientists to use and manipulate voluminous sets of information. This technology reconceptualises how we approach the constitution of knowledge: with big data and predictive analytics, large amounts of information and applied mathematics in the form of algorithms replace traditional tools used to study human behaviour and draw conclusions*” Tradução livre: (RANCHORDÁS, Sofia; KLOP, Abram. Data-Driven Regulation and Governance in Smart Cities. In: MAK, V.; BERLEE, A. e. TJONG TJIN TAI, E. (Eds.), *Research Handbook in Data Science and Law*. Edward Elgar Publishing, 2018, p. 1-35. Disponível em: <http://bit.ly/2NK0Ilm> Acesso em 21 mar. 2019)

muitas vezes se utilizam de coleta e tratamento de dados de usuários, para finalidades que constituem parcial, integralmente, ou que não constituem os objetivos que se propõem a cumprir. Soma-se a isso o desenvolvimento cada vez mais rápido de outras tecnologias que também funcionam a partir da instrumentalização de largas bases de dados (que não compõem exatamente a Internet, mas cujos efeitos são potencializados por ela e vice versa), como a Internet das Coisas (*Internet of Things* – IoT) e as análises algorítmicas preditivas.

É nesse contexto de risco potencializado que se verifica o incremento do tratamento autônomo da matéria de proteção de dados pessoais, como

uma tendência hoje fortemente enraizada em diversos ordenamentos jurídicos (...) que, a princípio, parecia apenas destinada a mudar determinado patamar tecnológico e a solicitar previsões pontuais no ordenamento, mas que, em seus desdobramentos, veio a formar a base para o que vem sendo tratado, hoje, como um direito fundamental à proteção de dados.⁶⁵²

Apesar de se relacionarem com diversos aspectos que compõem o que pode ser entendido como “autodeterminação informacional”⁶⁵³, essas políticas se sustentam como “uma constante referência objetiva a uma disciplina para os dados pessoais, que manteve o nexo de continuidade com a disciplina da privacidade, da qual é uma espécie herdeira, atualizando-a e impondo características próprias”⁶⁵⁴. Conforme constatado por Danilo Doneda, por meio da proteção de dados, as garantias à privacidade passam a ser vistas por uma ótica mais abrangente,

⁶⁵² DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico Journal of Law - EJLL*, v. 12, n. 2, pp. 91-108, 2011, p. 96. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em 21 mar. 2019. Acrescente-se, ainda, que ao tempo de conclusão deste trabalho, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado aprovou Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que inclui a proteção de dados pessoais – inclusive nos meios digitais – na lista de direitos e garantias fundamentais do cidadão. (Senado Federal, Avança PEC que inclui proteção de dados pessoais entre direitos fundamentais. *Senado Notícias*, maio 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2019/05/avanca-pec-que-inclui-protecao-de-dados-pessoais-entre-direitos-fundamentais> Acesso em 27 maio 2019)

⁶⁵³ Marina; VENTURINI, Jamila. Os desafios do avanço das iniciativas de cidades inteligentes nos municípios brasileiros. In: *Horizonte presente: tecnologia e sociedade em debate*. RHEIA, Jhessica; FRANCISCO, Pedro Augusto P., BARROS, Marina; MAGRANI, Eduardo (Orgs). Belo Horizonte: Casa do Direito e FGV – Fundação Getúlio Vargas, pp. 31-45, 2019, p. 36. Disponível em: <http://bit.ly/2JAiTX6> Acesso em: 21 mar. 2019.

⁶⁵⁴ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico Journal of Law - EJLL*, v. 12, n. 2, pp. 91-108, 2011, p. 95. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315> Acesso em 21 mar. 2019. Sobre o processo de evolução do conceito de privacidade e a configuração de uma matéria autônoma de proteção de dados, v. MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, cap. 1 e DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

pela qual outros interesses devem ser considerados, que engloba diferentes formas de controle tornadas possíveis com a manipulação de dados pessoais⁶⁵⁵.

Cabe notar, ainda, que além desses objetivos centrados na proteção de direitos individuais, essas regulações contemporâneas também assumem objetivos relacionados à importância de viabilizar o comércio internacional. Nesse sentido, são consignadas disposições que visam impedir o bloqueio de tráfego de dados necessário a transações e provisão de bens e serviços, e garantir a confiança dos consumidores no comércio eletrônico, dada a grande quantidade de dados pessoais recolhidos por provedores de serviço online⁶⁵⁶.

Essa tendência é representada pela edição ou atualização de leis dedicadas à proteção de dados, cujo arranjo institucional se baseia, na maior parte das vezes, na “garantia de um direito fundamental, e na concretização desse direito, por meio de um regime legal de proteção de dados, na forma de uma lei geral sobre o tema”⁶⁵⁷. Assim se verifica a tendência em países como Japão (onde as leis de privacidade, promulgadas originalmente em 2008, sofreram atualizações vigentes desde 2017⁶⁵⁸), Austrália (que igualmente promoveu as atualizações em 2017⁶⁵⁹), Coreia do Sul (onde a legislação originalmente promulgada em 2001 foi atualizada, mais recentemente, em 2014) e o Estado da Califórnia nos Estados Unidos⁶⁶⁰. Destaca-se, aqui, o Regulamento UE nº 2016/679 (Regulamento Europeu de Proteção de Dados – GDPR), aprovado em 2016 e vigente desde 2018, que além de ser parâmetro de proteção para um

⁶⁵⁵ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico Journal of Law - EJLL*, v. 12, n. 2, pp. 91-108, 2011, p. 95. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 21 mar. 2019.

⁶⁵⁶ BROWN, Ian e MARSDEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013, p. 52.

⁶⁵⁷ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47.

⁶⁵⁸ Japan, *Amended Act on the Protection of Personal Information*, Japan: Personal Information Protection Commission, 2 dec. 2016. Disponível em: https://www.ppc.go.jp/files/pdf/Act_on_the_Protection_of_Personal_Information.pdf. Acesso em 24.04.2019.

⁶⁵⁹ Australia, *Privacy Act n° 119*. Australian Government, 20 dec. 2018. Disponível em: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00025> Acesso em 24.04.2019

⁶⁶⁰ Além das atualizações legislativas ainda em curso ao tempo da finalização deste trabalho, como é o caso da Argentina (Argentina, *Proyecto de Ley Datos Personales*, INLEG 2018-46290265-APN-PTE. Buenos Aires: Poder Ejecutivo Nacional, 19 sep. 2018. Disponível em: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/mensaje_ndeg_147-2018_datos_personales.pdf Acesso em 24.04.2019) e da Índia (Índia, *The Personal Data Protection Bill*. Ministry of Electronics & Information Technology, 2018. Disponível em: https://www.meity.gov.in/writereaddata/files/Personal_Data_Protection_Bill,2018.pdf. Acesso em: 24 abr. 2019).

número relevante de países e impor efeitos extraterritoriais já sentidos ao redor do globo, foi reconhecidamente a principal inspiração para a edição da lei brasileira sobre o tema.

A Lei nº 13.709/2018 consolida essa garantia dos direitos do cidadão combinada com bases para o desenvolvimento da economia da informação⁶⁶¹ no Brasil. Até então, a privacidade no país era protegida por uma legislação difusa⁶⁶², envolvendo a Constituição Federal (art. 5º, incisos X, XII), a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e o *habeas data* (regulamentado pela Lei nº 9.507/97)⁶⁶³. Na síntese de Laura Schertel Mendes e Danilo Doneda,

A lei aprovada proporciona ao cidadão garantias em relação ao uso dos seus dados, a partir de princípios, de direitos do titular de dados e de mecanismos de tutela idealizados tanto para a proteção do cidadão quanto para que o mercado e setor público possam utilizar esses dados pessoais, dentro dos parâmetros e limites de sua utilização. Esta é uma experiência que vem se mostrando exitosa em diversos outros países, introduzindo o paradigma do controle – pelo qual se garante ao cidadão o controle sobre seus dados, inclusive para que os divulgue e use, em oposição ao paradigma do segredo e do sigilo.⁶⁶⁴

Após oito anos de trâmite no Congresso Nacional, foi aprovada uma lei de proteção de dados com estrutura garantista, resultado considerado positivo pela maioria das partes interessadas que participaram do seu processo de elaboração. Ao propor “um novo pacto sobre a utilização de dados pessoais”⁶⁶⁵, calcado em parâmetros de “respeito à privacidade, de transparência do tratamento de dados e de empoderamento do cidadão”⁶⁶⁶, a LGPD consigna no direito brasileiro as extensões legais necessárias à garantia da autodeterminação informacional nos tempos presentes.

⁶⁶¹ MENDES, Laura Schertel, DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, pp. 1-22, nov.-dez. 2018. Ebook p. 1.

⁶⁶² Para maiores detalhes sobre esses instrumentos, v. MELO, Noemy. VERONESE, Alexandre. O Projeto de Lei 5.276/2016 em contraste com o novo Regulamento Europeu (2016/679/UE), *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 14, ano 5, p. 71-99, jan.-mar. 2018, p. 74.

⁶⁶³ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico Journal of Law - EJLL*, v. 12, n. 2, pp. 91-108, 2011, p. 104-105.

⁶⁶⁴ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, pp. 555-587, nov.-dez. 2018, p. 583.

⁶⁶⁵ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Lei de Proteção de Dados não pode morrer na praia. *Folha de São Paulo*, Opinião. São Paulo, 20 julho 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2018/07/laura-schertel-mendes-e-danilo-doneda-lei-de-protecao-de-dados-nao-pode-morrer-na-praia.shtml>. Acesso em: 24 abr. 2019.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, loc. cit.

Essa tarefa se dá a partir da institucionalização de uma estrutura de proteção complexa, que cria novas figuras jurídicas e estabelece todo um aparato de monitoramento e proteção até então inédito na experiência pátria. Tal escopo em muito transcende os objetivos do presente trabalho, cujo objetivo é analisar as escolhas do legislador brasileiro à luz dos parâmetros de legitimidade regulatória propostos no capítulo anterior. Cabe assim destacar, dentre as suas características constitutivas gerais (já que aspectos específicos serão tratados conforme a sua necessidade) aquelas que mais importam para a análise proposta.

Diante disto, nota-se, em primeiro lugar, que a LGPD tem uma estrutura garantista, centrada nos direitos dos titulares de dados, na tipificação de condutas que possam prejudicá-los e na previsão de sanções aplicáveis em caso de descumprimento. Além de todos os requisitos impostos à coleta e ao tratamento de dados, são garantidos ao titular, dentre outros, direitos como o de consentir com os termos exatos de uso (art. 7º, I), de acesso às informações sobre o tratamento (art. 9º), de revogar seu consentimento (art. 15, III), de obter do controlador dos dados uma série de informações mediante requisição (art. 18 e incisos e art. 19, §3º, por exemplo) – inclusive o de portabilidade (art. 18, V), de peticionar sobre o uso de seus dados à autoridade de proteção (art. 18, §1º) e de solicitar revisão de decisões que lhe afetem, tomadas com base em tratamento de dados (art. 20). Ao mesmo tempo em que essa opção estratégica é legítima, ela também pode ser criticada no tocante à implementação prática, que além de enfrentar desafios por sua complexidade e extensão, foi centrada numa autoridade de proteção de dados cuja configuração atual é questionável (conforme será abordado a seguir).

Em segundo lugar, aponta-se a forte influência da regulação europeia no seu resultado final. Conforme identificaram Laura Schertel e Danilo Doneda, dentre os muitos traços que ilustram esta constatação estão a exigência de uma base legal para o tratamento de dados (consubstanciada em princípios gerais, regras especiais para dados sensíveis, e na criação de uma autoridade para a aplicação da Lei), a edição de regras distintas de responsabilidade para o operador e controlador e a institucionalização da portabilidade dos dados⁶⁶⁷. Destaque-se, ainda, a criação de uma autoridade administrativa voltada para a proteção de dados, que apesar de presente no GDPR não é uma peculiaridade dele, estando presente na grande maioria das

⁶⁶⁷ O que não exclui a influência, ainda que mais restrita, de outros diplomas, como a lei californiana, de onde a LGPD teria herdado o sistema de notificação em caso de incidentes de segurança. MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, pp. 469-483, nov./dez. 2018, p. 470.

legislações internacionais que tratam da matéria⁶⁶⁸. A análise da influência que o GDPR teve sobre a LGPD vai além da sua relevante contextualização comparativa ou histórica, permitindo também uma maior compreensão sobre algumas escolhas do legislador brasileiro que podem parecer deslocadas (o que sugere, também, uma possível importação de dispositivos sem o aparato institucional que os fundamenta).

Conforme é a proposta desta seção, a LGPD será analisada, a seguir, a partir da perspectiva dos parâmetros de legitimidade regulatória oferecidos no capítulo anterior. O objetivo desta abordagem não é esgotar a natureza e implicações da complexa estrutura de proteção que ela inaugura. Considerando que ela se direciona sensivelmente aos provedores de serviço online, serão avaliadas as escolhas do legislador em relação à importância de considerar a inovação como justificativa e vetor da sua estrutura, em relação ao arranjo institucional e à estratégia regulatória eleitos.

4.1.1. Por que regular? Proteção de dados e inovação

Diante do panorama acima descrito, depreende-se que a principal justificativa para regular a proteção de dados se relaciona com o direito fundamental à privacidade, enquanto componente fundamental da ideia de autodeterminação informacional. Nessa seara, os objetivos dessas políticas públicas e os fundamentos da promoção da inovação como racional da ação estatal se relacionam de forma mais tensionada, já que muitas das lógicas que compõem os modelos contemporâneos de proteção de dados podem ter um efeito restritivo sobre a inovação.

Na economia digital, as bases de dados se relacionam de forma essencial com a possibilidade de inovação, uma vez que representam ativos essenciais para o teste, desenvolvimento e comercialização de novos modelos de negócios. São consideradas insumos instrumentais à produção de novas *commodities* ou de novas formas de ofertar produtos e serviços já existentes⁶⁶⁹, principalmente no âmbito dos serviços prestados através da Internet.

⁶⁶⁸ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, pp. 1-22, nov./dez. 2018, p. 06. Conforme apontam os autores, dos 120 países que contam com Lei de proteção de dados, apenas 12 não escolheram esse arranjo institucional.

⁶⁶⁹ A ponto de haver uma discussão acadêmica sobre a possibilidade de dados serem tratados como *essential facilities*, que dariam vantagem competitiva aos atores estabelecidos na forma de efeitos de rede e barreiras de entrada. Sobre essa discussão, v. GRAEF, Inge. *Data as essential facility: Competition and Innovation on Online*

Uma grande parte dos modelos de negócios que acontecem na sua camada de conteúdo se baseia na coleta e tratamento de dados de seus usuários, seja para dar maior precisão ao bem final que se oferta, seja para direcionar a disponibilização de conteúdo publicitário (que é o que permite a rentabilização de serviços oferecidos sem custo financeiro para o usuário final). Bases de dados estruturadas, precisas e abundantes são a principal fonte de novas e diversas plataformas, com potencial para aumentar produção, ganhos econômicos e aperfeiçoar o desenvolvimento e implementação de políticas públicas (especialmente no contexto das tecnologias de inteligência artificial)⁶⁷⁰. “Novas oportunidades surgirão, aumentando a receita e criando novos empregos (...) [a] chamada 4ª Revolução Industrial (...) incentiva a coleta de dados por meio da digitalização, com o entendimento de que os dados são um recurso essencial para o sucesso em qualquer indústria baseada em software”⁶⁷¹.

Ocorre que justamente esses modelos de negócios voltados para inovação são os mais sensíveis e propensos aos riscos que caracterizam ambientes regulatórios tecnológicos complexos. Principalmente no que toca inovações externas protagonizadas por empresas entrantes no mercado (comumente referidas como *start ups*), o processo de empreendimento ocorre de forma dinâmica, que vai de tentativa a fracasso a outra tentativa, ao longo do qual as empresas se adaptam, interagem e aprimoram suas ideias iniciais à medida que aprendem continuamente com os clientes. Empresas estabelecidas, por sua vez, se baseiam em extensos planos de negócios com perspectiva de médio e longo prazo, considerando presunções em relação às incertezas antes de levantar recursos e consumir os gastos necessários ao desenvolvimento de um (integral ou parcialmente) novo plano de negócios⁶⁷². Por isso mesmo, atribui-se aos primeiros tipos de negócios a maior parte dos surgimentos de inovações externas, enquanto os segundos tendem a investir em inovações internas, onde o grau de risco é reduzido.

Soma-se a isso a diversidade de práticas características destes mercados que têm o potencial de afetar a privacidade, que de acordo com a taxonomia oferecida por David J. Solove

Platforms. 2016. 410 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, KU Leuven. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/34662689.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2019.

⁶⁷⁰ CORDOVA, Yasodara; PORCIUNCULA, Lorryne; BREBANT, Henri. Bid Data, Meager returns? (post-work report). *Medium*, 28 nov. 2018. Disponível em: <https://medium.com/digitalhks/big-data-meager-returns-c7e7beceb3a7>. Acesso em: 20 maio 2019.

⁶⁷¹ CORDOVA, Yasodara. Artificial Intelligence and The Need for Data Fairness in the Global South: why it's time for better agreements on access to data for developing countries. *Medium*, 21 mar. 2018. Disponível em: <https://medium.com/digitalhks/data-fairness-for-the-global-southd383b6159b86> Acesso em: 20 maio 2019.

⁶⁷² BLANK, Steve. Why the Lean Start-Up Changes Everything. *Harvard Business Review*, May 2013. Disponível em: <https://hbr.org/2013/05/why-the-lean-start-up-changes-everything>. Acesso em: 01 maio 2019.

podem ser divididas em quatro grupos: práticas que se relacionam com a coleta de informação (que se viabilizam através de ações de vigilância e interrogação); com o processamento de informação (relativas a agregação, identificação, insegurança, uso secundário e exclusão), disseminação de informação (violação de confidencialidade, divulgação, exposição, maior acessibilidade, chantagem, apropriação e distorção) e invasão (intrusão e interferência decisional)⁶⁷³. Temos assim que tanto a natureza dos processos de empreendimento quanto a diversidade de práticas características desses mercados resultam em alta imprevisibilidade em relação a riscos para o regulador.

⁶⁷³ Em sua obra, Solove descreve detalhadamente no que consiste cada uma dessas práticas, expressas de forma resumida no seguinte trecho destacado: “Vigilância é a observação, a escuta ou a gravação das atividades de um indivíduo. A interrogação consiste em várias formas de questionar ou investigar informações. Um segundo grupo de atividades envolve o modo como as informações são armazenadas, manipuladas e usadas - o que eu chamo coletivamente de "processamento de informações". A agregação envolve a combinação de vários dados sobre uma pessoa. A identificação está ligando informações a indivíduos específicos. A insegurança envolve descuido na proteção das informações armazenadas contra vazamentos e acesso indevido. O uso secundário é o uso de informações coletadas para um propósito diferente do uso para o qual foi coletado sem o consentimento do sujeito de dados. A exclusão diz respeito à falha em permitir que o titular de dados saiba sobre os dados que outras pessoas têm sobre ela e participe de seu manuseio e uso. Essas atividades não envolvem a coleta de dados, porque já foram coletadas. Em vez disso, essas atividades envolvem a maneira como os dados são mantidos e usados. O terceiro grupo de atividades envolve a disseminação de informações. A quebra de confidencialidade está quebrando a promessa de manter as informações de uma pessoa confidenciais. Divulgação envolve a revelação de informações verdadeiras sobre uma pessoa que afeta a maneira como os outros julgam sua reputação. A exposição envolve revelar a nudez, a tristeza ou as funções corporais de outra pessoa. O aumento da acessibilidade está ampliando a acessibilidade da informação. Chantagem é a ameaça de divulgar informações pessoais. A apropriação envolve o uso da identidade do titular dos dados para servir aos objetivos e interesses de outra pessoa. A distorção consiste em disseminar informações falsas ou enganosas sobre os indivíduos. Todas as atividades de divulgação de informações envolvem a divulgação ou transferência de dados pessoais ou a ameaça de fazê-lo. O quarto e último grupo de atividades envolve invasões aos assuntos privados das pessoas. Invasão, ao contrário dos outros agrupamentos, não precisa envolver informações pessoais (embora em numerosas instâncias, isso acontece). Intrusão diz respeito a atos invasivos que perturbam a tranquilidade ou a solidão de alguém. A interferência decisória envolve a incursão nas decisões do titular dos dados em relação aos assuntos privados.” Trecho original em inglês: *"Surveillance is the watching, listening to, or recording of an individual's activities. Interrogation consists of various forms of questioning or probing for information. A second group of activities involves the way information is stored, manipulated, and used-what I refer to collectively as "information processing." Aggregation involves the combination of various pieces of data about a person. Identification is linking information to particular individuals. Insecurity involves carelessness in protecting stored information from leaks and improper access. Secondary use is the use of collected information for a purpose different from the use for which it was collected without the data subject's consent. Exclusion concerns the failure to allow the data subject to know about the data that others have about her and participate in its handling and use. These activities do not involve the gathering of data, because it has already been collected. Instead, these activities involve the way data is maintained and used. The third group of activities involves the dissemination of information. Breach of confidentiality is breaking a promise to keep a person's information confidential. Disclosure involves the revelation of truthful information about a person that affects the way others judge her reputation. Exposure involves revealing another's nudity, grief, or bodily functions. Increased accessibility is amplifying the accessibility of information. Blackmail is the threat to disclose personal information. Appropriation involves the use of the data subject's identity to serve another's aims and interests. Distortion consists of disseminating false or misleading information about individuals. Information-dissemination activities all involve the spreading or transfer of personal data or the threat to do so. The fourth and final group of activities involves invasions into people's private affairs. Invasion, unlike the other groupings, need not involve personal information (although in numerous instances, it does). Intrusion concerns invasive acts that disturb one's tranquility or solitude. Decisional interference involves incursion into the data subject's decisions regarding her private affairs."* (SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Cambridge; London: Harvard University Press, 2008. E-book, Cap. 5)

Além disso, a proteção da privacidade característica dos regimes contemporâneos demanda arcabouços de proteção voltados para prevenção e interpretações restritivas das condutas permitidas referenciadas no consentimento. Uma lógica que se expressa, por exemplo, na adoção de corolários como o *princípio da finalidade* (adotado pelo art. 6º, I da LGPD) que demanda que os dados coletados sejam processados tão somente para os propósitos originalmente autorizados, ou pelo menos, na medida em que não forem incompatíveis com esses princípios originais⁶⁷⁴. Ou como o *princípio da prevenção*, que consolida no modelo brasileiro uma abordagem da proteção de dados que demanda a adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos. Conforme será analisado de forma mais detida no item 4.2.3 infra, esses arcabouços atuais são caracterizados pela adoção de institutos que imprimem lógicas *ex ante* para a proteção de dados, que vão além da possibilidade de reparação por danos *a posteriori*. Nesse cenário de menor flexibilidade para o regulador, fica preterida, também, a perspectiva da inovação como justificativa da política pública.

Aponte-se, nesse sentido, que a LGPD só se refere à inovação em um momento, na previsão do art. 2º, V (segundo a qual “*a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos (...) o desenvolvimento tecnológico e a inovação*”). Como a maior parte dos diplomas e até das discussões acadêmicas desta seara, o foco principal pousa sobre dados pessoais e privacidade, com menor atenção às ideias de acumulação digital e o acesso a dados equilibrado entre acesso público e aberto e uso comercial limitado⁶⁷⁵. Além dos avanços já conquistados, é necessário a atenção à perspectiva consignada por Yasodora Cordova, no sentido de que “os dados coletados em massa precisam ser considerados como elementos

⁶⁷⁴ Organization for Economic Cooperation and Development. *The OECD Privacy Framework*, 2013, p. 14. Disponível em: https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf. Acesso em: 24 abr. 2019.

⁶⁷⁵ Trecho original em inglês: “*The data necessary to the development of better cities, public policies, and common interest cannot be leveraged if kept in closed silos, yet access often costs more than is justifiable. Data are a primordial resource to all stages of new technology, especially tech adoption and integration, so the necessary long term investment in innovation needs a common ground to start with. The mismatch between the pace of the data collection among big established companies and small, new, and local businesses will likely increase with time, assuming no regulation is introduced for equal access to collected data.*” Tradução livre: “Os dados necessários para o desenvolvimento de cidades melhores, políticas públicas e interesse comum não podem ser aproveitados se mantidos em silos fechados, mas o acesso muitas vezes custa mais do que é justificável. Os dados são um recurso primordial para todas as etapas da nova tecnologia, especialmente a adoção e integração de tecnologias, de modo que o investimento necessário em longo prazo em inovação precisa de um terreno comum para começar. O descompasso entre o ritmo da coleta de dados entre grandes empresas estabelecidas e pequenas, novas e empresas locais provavelmente aumentará com o tempo, supondo que não seja introduzida nenhuma regulamentação para acesso igual aos dados coletados.” CORDOVA, Yasodara. Artificial Intelligence and The Need for Data Fairness in the Global South: why it’s time for better agreements on access to data for developing countries. *Medium*, 21 mar. 2018. Disponível em: <https://medium.com/digitalhks/data-fairness-for-the-global-southd383b6159b86/>. Acesso em 20 mai. 2019.

necessários à cooperação e ao crescimento de riqueza em diferentes campos, e não apenas como uma vantagem competitiva de grandes indústrias”⁶⁷⁶.

Apesar disso, é inegável que a própria consolidação de uma regulação própria e sistematizada da matéria tem um valor significativo para a perspectiva da inovação, principalmente quando conduzida a partir de um processo aberto e plural. Essa institucionalização é, afinal, um requisito fundamental para a “consolidação da confiança da sociedade na infraestrutura de informação e comunicação, garantindo direitos, ampliando a inovação e propiciando maior competitividade entre serviços que utilizam de forma legítima e transparente os dados pessoais”⁶⁷⁷. Se a inovação surge a partir de experimentação, um ambiente regulatório caracterizado por segurança jurídica tem muito a somar como forma própria de previsão de riscos, que dá previsibilidade mínima aos processos incertos de empreendimento⁶⁷⁸.

Desta forma, a escolha da lei brasileira em centralizar nas garantias do titular o arcabouço da proteção de dados não elimina o papel que ele cumpre em promover o ambiente institucional favorável à inovação. Mas também não descarta a necessidade das interpretações da lei (principalmente através da autoridade de proteção) de considerarem a importância da inovação como justificativa de política pública na sua implementação.

4.1.2. Quem regula: O arranjo institucional da LGPD

⁶⁷⁶ CORDOVA, Yasodara. Artificial Intelligence and The Need for Data Fairness in the Global South: why it’s time for better agreements on access to data for developing countries. *Medium*, 21 mar. 2018. Disponível em: <https://medium.com/digitalhks/data-fairness-for-the-global-southd383b6159b86>. Acesso em: 20 mai. 2019.

⁶⁷⁷ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, pp. 1-22, nov./dez. 2018. E-book, p. 7.

⁶⁷⁸ Nesse sentido, é interessante notar a análise de Maximilian von Grafenstein em projeto experimental voltado para o estudo dos desafios legais enfrentados por *start-ups* que prestam serviços através da Internet. Nesse trabalho, identificou duas dificuldades de harmonizar essas duas ideias, em particular no que toca à entrada de novas empresas no mercado, com modelos de negócios ainda em desenvolvimento (também conhecidas como start ups): (i) quando elas querem usar os dados fornecidos pelos seus próprios usuários, mas com modelos ainda em teste, não conseguem especificar exatamente as finalidades; (ii) quando querem usar os dados de usuários de serviços terceiros (onde além da dificuldade das empresas identificarem seus próprios propósitos para os dados tratados elas também o alto grau de certeza sobre significado e escopo dos requisitos legais que limitavam esses propósitos). GRAFENSTEIN, Maximilian von. *The Principle of Purpose Limitation in Data Protection Laws*. The Risk-Based Approach, Principles, and Private Standards as Elements for Regulating Innovation. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 37.

A partir de uma análise sistêmica da LGPD, é possível afirmar que ela implementa um arranjo institucional baseado em regulação estatal direta, exercida principalmente através da autoridade administrativa criada pelo art. 55-A (acrescentado pela MP nº 869/2018). Apesar de contar com uma disposição que se aproxima de regimes corregulatórios no art. 50, não se verifica um compartilhamento de competências entre governo e setor privado que conte com mecanismos de transparência e *accountability* das atividades deste último – conforme indicou-se como parâmetro relacionado ao resguardo de direitos fundamentais⁶⁷⁹.

Fica claro que a LGPD se afasta deste paradigma apontado no capítulo anterior, bem como dos arranjos instituídos pelos artigos 40 e 42 do GDPR, onde a estratégia de regulação por princípios é executada por arranjos essencialmente corregulatórios. Essa opção do regulador está em consonância com a experiência brasileira, onde, ressalvadas algumas experiências pontuais, não há de fato uma propensão a adoção desta forma, ou à experimentação institucional regulatória de forma geral.

O que se verifica são alguns casos de delegação de funções reguladoras em matéria essencialmente técnica – como, por exemplo, a certificação de aparelhos de radiofrequência, prevista no art. 19, XIII da Lei nº 9.472/1997 como competência original da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL e por esta delegada a Organismos de Certificação Designados (OCD). O objetivo de tal certificação é atestar, por meio de testes comprobatórios, que os produtos referidos atendem aos padrões estipulados pela Agência, devendo a certificação final emitida ser homologada pela ANATEL. Conforme previsto pela Resolução ANATEL nº 242/2000, dentre as funções delegadas aos OCD's estão algumas de natureza fiscalizatória e sancionadora (como por exemplo a adoção de providências cabíveis em caso de uso abusivo de marca ou certificado de conformidade), numa clara configuração de arranjo corregulatório em matéria que demanda expertise técnica específica.

Encontra-se na literatura nacional, ainda, referência a alguns modelos de supervisão de órgãos autorreguladores, como acontece nos mercados de Valores Mobiliários (onde Bolsas de Valores, Bolsas de Mercadorias e Futuros e outras entidades atuam como órgãos auxiliares da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, estando todas submetidas à supervisão pelo Banco Central)⁶⁸⁰ e de Seguros e Resseguros (onde convivem diferentes entidades autorreguladoras

⁶⁷⁹ v. Capítulo 3, seção 3.3.3.

⁶⁸⁰ v. DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro; BECUE, Sabrina Maria Fadel. Regulação e autorregulação do mercado de valores mobiliários brasileiro: limites da autorregulação. *Revista de Direito Empresarial – RDE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 1, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=78785>>. Acesso em: 25 mar. 2019; SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; OSÓRIO, Fábio Medina. *Aproveitamento de atuação regulatória permite imposição adequada de*

em complementaridade à Superintendência de Seguros Privados – SUSEP)⁶⁸¹. No primeiro caso, a Instrução CVM nº 461/2007 assegura à CVM a prerrogativa de autorizar o funcionamento dos órgãos autorreguladores (art. 9º) e determinadas operações (art. 16, parágrafo único), aprovar seus atos constitutivos e regras relativas às práticas internas (com possibilidade de rejeição dos mesmos, conforme art. 15, parágrafo único). Em arranjo semelhante, a SUSEP também é responsável por supervisionar as atividades autorreguladoras (Art. 127-A do Decreto nº 73/1966), aprovar atos constitutivos, fiscalizar, processar, julgar e punir essas entidades (art. 23, I e III, da Resolução CNSP nº 233) e exercer as competências sancionatórias também sobre os agentes de mercado (art. 21, p. 5º).

Interessante notar que, para Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho⁶⁸², o sistema brasileiro de governança de protocolos da Internet, no que se refere às atividades do CGI.br e do NIC.br, seria um “modelo não estatal de *corregulação pluriparticipativo e consensual*”. Note-se que não se trata, aqui, da regulação de prestadores de serviço online, já que esses órgãos são responsáveis, respectivamente, por coordenar e atribuir endereços IP em território nacional e por coordenar e registrar nomes de domínio usando o “.br”. Essas são atividades características das camadas física e lógica da rede, que não se confundem com os serviços que são objeto deste trabalho (classificados no Brasil como *serviços de valor adicionado*, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.472/97). Contudo, também elas estão sujeitas às características da rede que favorecem os arranjos corre regulatórios, como o alcance global e a intermediação inexorável de atores particulares. De fato, segundo esses autores, a própria origem do CGI.br e no NIC.br foi resultado de uma iniciativa do Ministério das Comunicações de institucionalizar práticas que já eram conduzidas por pesquisadores sediados na Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP⁶⁸³.

Como apontado, a LGPD também se aproxima do espectro entre auto e correção através da disposição do art. 50, segundo o qual:

Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, **individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que**

penalidade. Disponível in: <http://www.bsm-autorregulacao.com.br/assets/file/publicacoes-e-eventos/ArtigoAlexandreFabio.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2019.

⁶⁸¹ SANTANNA, Luciano Portal. Autorregulação supervisionada pelo Estado: desenvolvimento de um sistema de correção para o mercado de corretagem de seguros, resseguros, capitalização e previdência complementar aberta. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, v. 257, Rio de Janeiro, maio/ago. 2011, p. 201.

⁶⁸² SUNDFELD, Carlos Ari, ROSILHO, André. A governança não estatal da internet e o direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 270, Rio de Janeiro, set./dez. 2015, pp. 41-79, 18 jan. 2016.

⁶⁸³ *Ibid*, p. 57.

estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

(...)

§ 3º As regras de boas práticas e de governança deverão ser publicadas e atualizadas periodicamente e **poderão ser reconhecidas e divulgadas pela autoridade nacional.** (grifado)

Trata-se aqui de um mecanismo que estimula algum nível de auto-organização por parte dos agentes regulados, especificamente para elaboração de instrumentos de *soft law* que consignem boas práticas relacionadas às matérias e procedimentos necessários ao cumprimento dessa legislação. É uma iniciativa que vai ao encontro das lógicas baseadas em consentimento e em instrumentos não necessariamente normativos, cuja implementação passa pelas atividades inerentes ao modelo de negócios de atores privados. Se enquadraria, inclusive, dentro da concepção em amplo senso do que seria correção, onde se encontram quaisquer partições de competências entre estado e particulares. Existe, afinal, algum grau de delegação de competência para agentes privados, notadamente em relação ao detalhamento de procedimentos internos e práticas institucionais que se relacionam com o cumprimento da lei. Importa notar, contudo, que a vinculação à supervisão de autoridade pública é relativa, dado a redação do §3º em destaque a trata como uma possibilidade.

Trata-se de mecanismo semelhante a disposições como os arts. 40 e 42 do GDPR⁶⁸⁴, sendo que estes estão inseridos num diploma legal que apesar de ter inspirado a LGPD, guarda diferenças que se relacionam com arranjos institucionais e forma da regulação. Isto porque o GDPR é estruturalmente mais fiel à implementação através de arranjos híbridos e estratégias regulatórias consideradas alternativas (como *soft law*, PBR e regulação do risco), que têm o potencial de permitir maior aderência a uma matéria de tamanha complexidade. Enquanto isso, a LGPD é um instrumento essencialmente baseado em comando e controle, que se constitui, assim, em um modelo de regulação direta, exercida através de uma autoridade administrativa cujo desenho atual merece algumas críticas e apontamentos.

No texto originalmente aprovado pelo Congresso Nacional, a LGPD previa a criação de uma autoridade nacional voltada para a proteção de dados no âmbito da administração pública indireta, cujo desenho institucional poderia ser equiparado ao modelo de agências reguladoras

⁶⁸⁴ v. Capítulo 3, seção 3.4.1.

amplamente adotado no país a partir da década de 90⁶⁸⁵. Tal como esses órgãos, ela tinha competências normativas, fiscalizadoras e sancionatórias, contava com autonomia financeira, administrativa e técnica, e com conselho diretor composto por dirigentes indicados pelo Presidente da República com mandatos estáveis de 4 anos. Nela estavam centralizadas funções fundamentais ao devido funcionamento da Lei, como a de fiscalizar o tratamento de dados e sancionar o descumprimento, regulamentar hipóteses não especificadas na legislação, orientar a sociedade sobre a aplicação da Lei e receber demandas sobre violações às suas normas. Essa formulação inicial não persistiu na sua promulgação.

No momento da sanção presidencial, foram vetados, junto com outros dispositivos, os artigos relativos à criação desta autoridade, sob alegação de inconstitucionalidade por vício de iniciativa – especificamente, em razão da previsão de criação de órgão da administração pública por lei originada no Congresso Nacional. Apesar de não ser um entendimento unânime⁶⁸⁶, essa justificativa impediu a criação da entidade e fragilizou a LGDP do ponto de vista institucional, já que a autoridade era entendida como “um pilar fundamental da lei”, dada a amplitude de disposições centradas nas suas atividades⁶⁸⁷. De tal forma que a supressão da sua redação original, sem perspectiva concreta de reinstituição, representou um esvaziamento dos objetivos e princípios que embasaram a própria promulgação da LGPD, além de configurar um ambiente de grande insegurança jurídica sobre a matéria, tratada por uma lei estruturalmente descaracterizada⁶⁸⁸.

Em torno de seis meses após a promulgação, o governo expediu a MP nº 869/2018, que instituiu novas disposições tratando da criação da autoridade, trazendo, contudo, alterações no desenho institucional significativas para independência, eficiência e até a própria viabilidade

⁶⁸⁵ Sobre esses processos, v. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

⁶⁸⁶ Alguns especialistas publicaram na imprensa e revistas especializadas análises contestando essa justificativa. Por todos, v. Redação Jota. Ex-ministro diz que não há vício de inconstitucionalidade na criação da ANPD. Dados Pessoais, *Jota*, 31.07.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/docs/ex-ministro-diz-que-nao-ha-vicio-de-inconstitucionalidade-na-criacao-da-anpd-31072018>. Acesso em: 28 nov. 2018.

⁶⁸⁷ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, pp. 1-22, nov./dez. 2018, E-book, p. 6. Conforme apontam os autores, a importância dessa autoridade se atesta pelas mais de 40 hipóteses do texto legal em que a Autoridade é chamada para atuar, demonstrando que a sua competência vai desde a solicitação e análise de relatórios de impacto de privacidade, determinação de medidas para reverter efeitos de vazamentos de dados, disposição sobre padrões técnicos de segurança da informação até a autorização da transferência internacional de dados pessoais.

⁶⁸⁸ O cenário de insegurança jurídica foi apontado por vários acadêmicos brasileiros dedicados ao estudo da matéria, por todos, v. MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Lei de Proteção de Dados não pode morrer na praia. *Folha de São Paulo*, 20 jul. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/07/laura-schertel-mendes-e-danilo-doneda-lei-de-protecao-de-dados-nao-pode-morrer-na-praia.shtml?loggedpaywall>.

do órgão regulador originalmente pensado. A versão originalmente expedida, em dezembro de 2018, continha uma série de distinções importantes em relação ao modelo previsto na Lei antes de sua sanção, relacionadas principalmente à descaracterização do modelo de autarquia independente. Na versão mais atualizada (porém ainda não vigente) da Medida Provisória – cuja conversão em lei já foi votada na Câmara dos Deputados e agora depende de aprovação do Senado – essas distinções foram atenuadas pela inserção de alguns dispositivos com o objetivo de reaproximar a autoridade do modelo originalmente pensado antes da sanção da lei⁶⁸⁹. Permanecem, contudo, algumas diferenças institucionais significativas, com potencial para afetar o seu funcionamento e, por conseguinte, a própria eficácia da LGPD.

A primeira delas é a conversão do modelo de “órgão da administração pública indireta” para “órgão da administração pública” (art. 5º, XIX) integrante da Presidência da República (art. 55-A). Afastou-se a autoridade do modelo de agências reguladoras independentes, não havendo previsão que garanta autonomia financeira e administrativa, ainda que o art. 55-B confira autonomia técnica e decisória (art. 55-B) - sendo esta segunda fruto da votação de sua conversão em lei na Câmara dos Deputados⁶⁹⁰. Também foi nessa ocasião que foram inseridos os §§ 1º e 2º ao artigo 55-A, que trazem a possibilidade de conversão da autoridade em autarquia em até dois anos de sua implementação, e o art. 55-L, com a previsão de dotações orçamentárias próprias.

As principais implicações práticas dessa mudança se relacionam com as motivações para criação dos modelos de autarquias especiais que baseiam as agências reguladoras independentes brasileiras. Notadamente, os requisitos de independência administrativa (que se expressa em aspectos como autonomia de gestão, autonomia financeira, liberdade de organização dos serviços prestados e regime de pessoal compatível⁶⁹¹) e de neutralidade política (no sentido de que setores caracterizados por alta expertise técnica deveriam estar menos expostos às instabilidades e dinâmicas peculiares à política partidária). Ambas são significativamente afetadas pela vinculação da autoridade à Presidência da República – que,

⁶⁸⁹ Nesse processo, também foram reinseridos na redação da lei outros conteúdos que haviam sido vetados ou desacaracterizados pela MP 869/18, como o rol de sanções aplicáveis e a previsão de sabatina para dirigentes. Dado o escopo dessa análise, serão enfatizadas as questões que se relacionam de forma mais essencial ao arranjo institucional da autoridade.

⁶⁹⁰ Conforme versão submetida ao Senado Federal, disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7960345&ts=1559684281584&disposition=inline>. Acesso em: 16 jun. 2019.

⁶⁹¹ NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos e seu Regime Jurídico*. 1. ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 72-78.

aliás, permaneceria vigente ainda que a autoridade fosse convertida em autarquia (art. 55-A, § 2º).

Em primeiro lugar, importa notar que enquanto a autoridade for composta como órgão da administração pública direta, descaracteriza-se a independência administrativa. As agências reguladoras são tratadas como órgãos de expertise técnica, cuja estrutura decisória e funcional deveria estar afastada dos interesses políticos transitórios. A desvinculação da administração pública direta é forma de garantir um mínimo de afastamento da política partidária e a tecnicidade necessária à gerência de setores específicos da economia.

Por isso, elas geralmente são vinculadas ao órgão da administração pública direta (em posição de não subordinação) com competências relacionadas à matéria, de forma que permita o acompanhamento e harmonização das políticas públicas executadas pela Agência em relação às demais conduzidas pelo executivo federal, e que com ela se relacionam. Assim é que a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL está vinculada ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações, a Agência de Energia Elétrica – ANEEL ao Ministério de Minas e Energia, a Agência Nacional do Cinema – ANCINE à Secretaria Especial e Cultura do Ministério da Cidadania, por exemplo. Vincular a autoridade protetora de dados à Presidência da República é questionável, visto que esse é o epicentro das decisões políticas estruturais da administração pública, onde estão órgãos mais relacionados a interesses gerais (como a Casa Civil e o Gabinete de Segurança Institucional), enquanto setores técnicos específicos, quando presentes, o são na forma de conselhos (que têm característica mais voltada para consulta na formulação do que para execução propriamente dita de política pública).

Há, ainda, a previsão do art. 55-A que exige que a criação do órgão seja feita “sem aumento de despesa”. Considerando as exigências inerentes à criação de um corpo técnico extremamente especializado e capaz de conduzir processos regulatórios até então nunca implementados na administração pública brasileira, são no mínimo questionáveis a viabilidade da disposição e as suas extensões práticas. Aparentemente, ou ela não se sustentará ou a sua manutenção poderá promover esvaziamento do órgão. Note-se ainda, que se mantiveram algumas das disposições referentes à composição organizacional, continuando prevista a composição de conselho diretor (art. 55-D) formado por dirigentes indicados pelo Presidente da República com mandatos de 4 anos.

Em relação a esse ponto, especificamente, importa destacar que, diante de alguns entendimentos, a redação do art. 55-D deixa em aberto a possibilidade de autonomia para o modelo implementado pela MP nº 869/18. Segundo o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, o único ponto realmente diferenciado do regime especial reservado às

agências reguladoras estaria na investidura e fixação do mandato dos dirigentes, já que “independência administrativa” ou “autonomia administrativa”, “autonomia financeira”, “autonomia funcional” e “patrimonial e da gestão dos recursos humanos”, “autonomia nas decisões técnicas” e “ausência de subordinação hierárquica”, seriam elementos característicos de qualquer autarquia, em nada inovando⁶⁹². Nesse sentido, havendo previsão de um conselho diretor com mandato fixo, estaria resguardada a característica mais sensível. Este não é, contudo, o entendimento mais acertado dentro do contexto específico de que se trata.

Primeiro, porque a vinculação à administração pública direta elimina a possibilidade de institucionalização da autoridade no formato de autarquia, que é onde se verificam os mecanismos relacionados a independência orgânica e administrativa (esta última, com consequências em relação a autonomia de gestão, autonomia financeira, liberdade para organizar serviços e regime de pessoal compatível)⁶⁹³. Além disso, é preciso olhar para esse desenho institucional como um todo, considerando as limitações organizacionais e as contradições já apontadas, geradas por uma mera revisão do planejamento original que, ao invés de aperfeiçoar, tornou a figura confusa e possivelmente enfraquecida. As implicações reais deste desenho dependerão da forma como ele for implementado ao longo dos próximos meses, a começar pela sua votação no Senado e conversão definitiva em lei.

Por todo o exposto, o arranjo institucional da LGPD tem uma estrutura garantista, centrada nos direitos dos titulares de dados, na tipificação de condutas que possam prejudicá-los e na previsão de sanções aplicáveis em caso de descumprimento. Enquanto essa iniciativa é louvável e necessária, a lei centrou suas preocupações de implementação na autoridade de proteção de dados – que sequer sobreviveu à sua promulgação inicial, e hoje se constitui a partir

⁶⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 167.

⁶⁹³ De acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto, a independência orgânica seria reflexo da necessidade dos agentes reguladores serem neutros, não devendo estar sujeitos às vontades políticas que transcendam as metas e objetivos constantes das políticas públicas previstas para o setor. Teria como base, assim, a garantia de estabilidade dos dirigentes e a ausência de mecanismos típicos de controle hierárquico. Por sua vez, a independência administrativa, seria a responsável por garantir os meios concretos para um exercício da regulação de forma eficiente e ideal. Em relação aos seus desdobramentos: a autonomia de gestão consistiria na capacidade das agências de gerir e organizar seu orçamento, podendo distribuir seus recursos conforme entenda mais adequado ao benefício do setor que regulem; a autonomia financeira na existência de recursos próprios, de forma que a entidade não dependa de remessas provenientes da gestão do tesouro; liberdade para organizar seus serviços, referente à autonomia para determinar, internamente, como serão distribuídas as funções dos agentes que exercerão as atividades regulatórias; e o regime de pessoal compatível, que é o tratamento especial aos funcionários que exercem atividades regulatórias, que se justifica pela natureza de suas atividades, demandando maior grau de estabilidade. Segundo o autor, não faria sentido os dirigentes dos órgãos possuírem estabilidade, enquanto os demais agentes ficassem submissos a demissão por ato de vontade de qualquer dos dirigentes ou até da própria Administração pública central. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos e seu Regime Jurídico*. 1. ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Págs. 72 a 78.

de uma natureza jurídica que não se coaduna com as finalidades de um órgão técnico especializado. À exceção do art. 50, dispensou a aproximação a regimes de correção e autorregulação regulada, ao contrário do GDPR⁶⁹⁴, e juntou com ela as possíveis vantagens de institucionalização da inevitável ação dos particulares no âmbito da proteção de dados.

4.1.3. Como regula: formas e estratégias

A análise do caso da proteção de dados é interessante do ponto de vista da forma de abordagem regulatória justamente porque diferentes estratégias e mecanismos já foram implementados ou sugeridos para o campo. A fim de contextualizar o debate sobre forma, interessa notar a exposição de Ian Brown e Chris Marsden⁶⁹⁵, da qual se extrai que o paradigma atual das regulações estatutárias foi precedido por tentativas (em grande parte, frustradas) de regulação através de instrumentos privados baseados em consentimento, por código (quando da implementação de plataformas de privacidade) e por tentativas de reparação judicial *ex post* com pouco ou nenhum efeito coercitivo sobre os infratores.

No primeiro caso, eles se referem às estratégias baseadas no binômio *transparência e consentimento*, cuja essência é informar os visitantes e usuários de sites de bens e serviços online sobre as práticas de fluxo de informações que devem ser seguidas e oferecer uma opção para engajar ou não⁶⁹⁶. Sua validade se sustenta a partir da perspectiva do direito privado, baseada na vinculação contratual a partir da autonomia da vontade das partes, e a sua insuficiência já foi amplamente tratada. Os mesmos autores apontam, por exemplo, o fato de

⁶⁹⁴ SPINA, Alessandro. A Regulatory Mariage de Figaro: Risk Regulation, Data Protection, and Data Ethics. *European Journal Of Risk Regulation*, [s.l.], v. 8, n. 1, pp. 88-94, mar. 2017, p. 89. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/regulatory-mariage-de-figaro-risk-regulation-data-protection-and-data-ethics/276CE5C6D1B78142BAC87C365B1A8FF5>. Acesso em: 28 nov. 2018.

⁶⁹⁵ BROWN, Ian e MARSDEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013, pp. 53-55.

⁶⁹⁶ NISSENBAUM, Helen. A Contextual Approach to Privacy Online. *Dædalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, v. 120, n. 4, pp. 32-48, 2011, p. 34. Ebook. Disponível em: https://www.amacad.org/sites/default/files/daedalus/downloads/11_fall_nissenbaum.pdf Acesso em: 28 nov. 2018.

que poucos usuários teriam a expertise técnica necessária para ler, compreender e consentir, informadamente, sobre o uso de seus dados⁶⁹⁷.

Por sua vez, Helen Nissenbaum⁶⁹⁸ atribui essa falência ao fato desses regimes onipresentes se basearem em oferecer privacidade aos indivíduos em um esquema “pegar ou largar”⁶⁹⁹, onde seria impossível a configuração de um consentimento substancial e informado (e acrescente-se, legítimo), diante da complexidade dos fluxos de informação envolvidos nas operações desses serviços⁷⁰⁰. Enquanto os críticos “aderentes” ao modelo dominante entendem que essas limitações seriam saneadas a partir de maior transparência sobre as práticas de processamento de dados, a autora destaca a necessidade de reformulação dessa estratégia, considerando que a tradução dessas práticas de forma relevante e significativa para os usuários, além de ser difícil, passaria pela supressão de detalhes importantes (principalmente em relação a quem são os agentes que terão acesso aos dados)⁷⁰¹.

Por sua vez, as tentativas de regulação por código se referem ao uso de plataformas de preferência de privacidade (P3P)⁷⁰², um protocolo desenvolvido pelo *World Wide Web Consortium* - W3C⁷⁰³ no início dos anos 2000. Tal tecnologia tinha o propósito de permitir que os sites especificassem suas práticas de uso e divulgação de dados pessoais ao mesmo tempo em que os usuários esclarecessem suas preferências em relação a tais usos. A “negociação” a

⁶⁹⁷ BROWN, Ian e MARDSEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013, p. 54.

⁶⁹⁸ Em 2011, a autora já identificava que: “[o]s defensores da privacidade, a mídia popular e os indivíduos tornaram-se mais barulhentos e insistentes em apontar e protestar contra práticas desenfreadas de coleta de dados, disseminação, agregação, análise e promoção clandestinas e flagrantes; Até mesmo os industriais do setor e os reguladores do governo tradicionalmente pró-negócios admitem que os regimes existentes não fizeram o suficiente para conter práticas indesejáveis, como monitoramento e rastreamento associados a publicidade comportamental e coleta predatória de informações postadas em sites de redes sociais.” Trecho original em inglês: “*Privacy advocates, popular media, and individuals have become louder and more insistent in pointing out and protesting rampant practices of surreptitious as well as flagrant data gathering, dissemination, aggregation, analysis, and prol/2ling; even industry incumbents and traditionally pro-business government regulators admit that existing regimes have not done enough to curb undesirable practices, such as the monitoring and tracking associated with behavioral advertising and predatory harvesting of information posted on social networking sites.*” Tradução livre (NISSENBAUM, Helen. A Contextual Approach to Privacy Online. *Daedalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, v. 120, n. 4, pp. 32-48, 2011, p. 34. Disponível em: https://www.amacad.org/sites/default/files/daedalus/downloads/11_fall_nissenbaum.pdfhttps://www.amacad.org/sites/default/files/daedalus/downloads/11_fall_nissenbaum.pdf. Acesso em: 28 nov. 2018)

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 35.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, loc. cit.

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 36.

⁷⁰² BROWN, Ian e MARDSEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013, p. 53.

⁷⁰³ v. Capítulo 2, seção 2.2.

partir dessas informações era realizada via agentes de software de forma que se chegasse a um acordo sobre a troca de dados entre eles⁷⁰⁴. Dentre os motivos mais apontados para a sua baixa aderência, estão entendimentos de que seria impossível de executar e fiscalizar como política pública, além de uma solução empurrada pela indústria para escapar de regulação⁷⁰⁵. Também pode ser atribuído ao fato de que, bem como as estratégias baseadas em consentimento, as P3P presumem que as pessoas, além de conscientes sobre a importância da privacidade, querem e sabem como agir em relação à sua proteção⁷⁰⁶.

Além dessas tentativas de conformação *ex ante*, também as reparações de dano estipuladas via decisão judicial se mostraram pouco coercitivas, o que Brown e Marsden atribuem ao fato de os tribunais não disporem de mecanismos apropriados para mensurar em termos financeiros os danos advindos de uma eventual infração⁷⁰⁷. A partir da análise da experiência norte americana, eles atribuem essa ineficácia a fatores como resistência dos tribunais em conceder indenização quando não há perda monetária e ao fato da privacidade ser entendida dentro de um contexto específico dependendo de quanto valor tem para o usuário em um determinado momento, ou de quanta confiança tem na outra parte⁷⁰⁸.

Acrescente-se, ainda, o fato de que, ainda que penalizadas em altos valores, dificilmente essas violações serão reparadas proporcionalmente à sua extensão. Não se trata apenas de um cálculo estático sobre lucros auferidos e penalidades sofridas devido a uma determinada conduta infracional. O refinamento de tecnologias de microdirecionamento, a coleta e o tratamento de dados são muitas vezes uma parte indissociável do modelo de negócios dos provedores de serviço online, de tal forma que a penalização a *posteriori*, ainda que proporcional, dificilmente terá um efeito estrutural sobre essas práticas, a não ser que inviabilize esses modelos de negócios (o que também não é desejável). De fato, reparações posteriores por

⁷⁰⁴ GREENLEAF, Graham. An Endnote on Regulating Cyberspace: Architecture vs Law? *University of New South Wales Law Journal*, Volume 21, Number 2 'Electronic Commerce: Legal Issues For The Information Age'; 1998, p. 19. Disponível em: <http://bit.ly/2XFJ7Bt> Acesso em: 28 nov. 2018.

⁷⁰⁵ BROWN, Ian e MARSDEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013, p. 53.

⁷⁰⁶ SPIEKERMANN, Sarah; BERENDT, Bettina; GROSSKLAGS, Jens. E-Privacy in 2nd Generation E-Commerce: Privacy Preferences versus Actual Behavior. *CACM*, Vol. 48, No. 3, pp. 38-47, p. 42, 2005. Disponível em: <http://bit.ly/2JufA53> Acesso em: 28 nov. 2018.

⁷⁰⁷ BROWN, Ian e MARSDEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013, p. 54.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, loc. cit.

dano, instrumentos baseados em consentimento e até o uso de códigos de conduta e consignação de melhores práticas sempre esbarrarão nessa realidade.

É no contexto de insuficiência desses mecanismos que a LGPD consigna na experiência brasileira o paradigma atual de proteção de dados *ex ante* através de uma regulação estatutária que conforme a conduta dos agentes de mercado, de forma que viabilize a existência legítima desses serviços. Sendo que certo a regulação estatal direta através de estatuto pode se materializar através de diferentes estratégias regulatórias, cabe analisar a escolha do legislador brasileiro com destaque a dois pontos específicos: (i) o emprego de uma estratégia predominantemente voltada para lógicas de comando e controle (ao contrário da estratégia de regulação do risco adotada pelo GDPR europeu) e (ii) a adoção de exigências de privacidade desde a concepção (comumente referida pela expressão em inglês *privacy by design*).

Começando por este último, trata-se aqui do desdobramento, no âmbito da proteção de dados, da ideia de *regulação desde a concepção*, que implica numa abordagem do processo de desenvolvimento de sistemas de acordo com a qual as exigências de proteção de privacidade devem estar inseridas nos próprios códigos que os sustentam⁷⁰⁹. Tal condição se reflete em algumas exigências do GDPR e tem expressão máxima em seu art. 25 do GDPR⁷¹⁰, também podendo ser extraída do art. 46, §2º da LGPD, segundo o qual:

⁷⁰⁹ Esse é o entendimento adequado da privacidade desde a concepção como estratégia regulatória. Note-se que a Opinião nº 05/2018 do Supervisor Europeu de Proteção de Dados usa o termo *privacidade desde a concepção* para designar um conceito amplo de medidas tecnológicas para garantir a privacidade. Este conceito engloba um espectro mais alargado de abordagens, que inclui uma dimensão visionária e ética, consistente com os princípios e valores consagrados na Carta Fundamental da União Europeia. Em contraste, usa-se o termo *proteção de dados desde a concepção* para designar as obrigações legais específicas estabelecidas pelo Artigo 25 do GDPR (que contribuam para alcançar o objetivo mais geral de *privacy by design*, mas não o esgotam). BUTTARELLI, Giovanni (European Data Protection Supervisor). *Opinion 5/2018*. Preliminar Opinion on privacy by design. Brussels, 31 may 2018, pp. 1-29. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-05-31_preliminary_opinion_on_privacy_by_design_en_0.pdf. Acesso em: 28 nov. 2018.

⁷¹⁰ Artigo 25. Proteção de dados desde a concepção e por padrão.

1. Tendo em conta as técnicas mais avançadas, os custos da sua aplicação, e a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento dos dados, bem como os riscos decorrentes do tratamento para os direitos e liberdades das pessoas singulares, cuja probabilidade e gravidade podem ser variáveis, o responsável pelo tratamento aplica, tanto no momento de definição dos meios de tratamento como no momento do próprio tratamento, as medidas técnicas e organizativas adequadas, como a pseudonimização, destinadas a aplicar com eficácia os princípios da proteção de dados, tais como a minimização, e a incluir as garantias necessárias no tratamento, de uma forma que este cumpra os requisitos do presente regulamento e proteja os direitos dos titulares dos dados.
2. O responsável pelo tratamento aplica medidas técnicas e organizativas para assegurar que, por padrão, só sejam tratados os dados pessoais que forem necessários para cada finalidade específica do tratamento. Essa obrigação aplica-se à quantidade de dados pessoais recolhidos, à extensão do seu tratamento, ao seu prazo de conservação e à sua acessibilidade. Em especial, essas medidas asseguram que, por defeito, os dados pessoais não sejam disponibilizados sem intervenção humana a um número indeterminado de pessoas singulares.
3. Pode ser utilizado como elemento para demonstrar o cumprimento das obrigações estabelecidas nos n.os 1 e 2 do presente artigo, um procedimento de certificação aprovado nos termos do artigo 42.

Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

(...)

§ 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas **desde a fase de concepção do produto** ou do serviço até a sua execução. (grifado)

Considerando a natureza regulatória da arquitetura de sistemas que compõem esses serviços e o favorecimento do uso de respostas tecnológicas para implementação da regulação, essas exigências têm potencial para aumentar a eficiência das regras de proteção. Contudo, a sua implementação concreta exige mais do que a mera previsão em lei, sendo necessários, por exemplo: a definição de metodologias de integração dos requisitos de privacidade e proteção de dados como parte de projetos destinados a desenvolver e operar um processo, procedimento ou sistema de processamento de dados pessoais; identificar e implementar medidas técnicas e organizacionais adequadas a serem integradas nesses processos; e integrar o apoio à privacidade na estrutura de gestão e governança das organização, identificando tarefas e definindo e alocando recursos e responsabilidades⁷¹¹. Na mesma cadência, a Opinião nº 05/2018 do Supervisor Europeu de Proteção de Dados aponta também para a necessidade de avançar as engenharias de privacidade para o desenvolvimento de soluções tecnológicas aptas ao cumprimento destes fins:

Há uma necessidade de avançar o estado da arte e o uso de soluções de aprimoramento de privacidade. Embora a pesquisa tenha aumentado, assim como as iniciativas dedicadas ao desenvolvimento da disciplina de engenharia da privacidade, isso ainda não é suficiente para promover uma mudança na eficácia da proteção dos indivíduos e de seus dados pessoais. As organizações só podem se beneficiar da adoção de uma abordagem de privacidade por design. As políticas que promovem tecnologias e estratégias para o reforço da privacidade devem estar dentro das prioridades da agenda da UE e as administrações públicas devem dar o exemplo. A iniciativa do IPEN será um veículo para promover tecnologias de aprimoramento da privacidade entre as partes interessadas em nível internacional.⁷¹²

Enquanto o GDPR traz disposições mais detalhadas sobre a necessidade de desenvolvimento destas diretrizes, a LGPD traz uma disposição mais superficial, de onde se deduz que tais medidas deverão ser encaminhadas pela autoridade de proteção.

⁷¹¹ BUTTARELLI, Giovanni (European Data Protection Supervisor). *Opinion 5/2018*. Preliminary Opinion on privacy by design. Brussels, 31 may 2018, pp. 1-29, p. 11. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-0531_preliminary_opinion_on_privacy_by_design_en_0.pdf. Acesso em: 28 nov. 2018.

⁷¹² *Ibid.*, p. iii.

Já em relação à estratégia normativa, interessa analisar a escolha do legislador brasileiro - por mandatos de conduta, monitoramento, fiscalização e sanção - à luz das considerações do capítulo anterior e da adoção, pelo modelo europeu, da estratégia de regulação de risco. Como visto no capítulo anterior, as estratégias majoritariamente baseadas em mecanismos de comando e controle têm suas limitações destacadas diante da regulação de serviços prestados através da Internet. Principalmente porque, como ambientes altamente submissos ao rápido avanço tecnológico, são caracterizados por alto grau de incerteza em relação a riscos.

Sob a perspectiva de estratégia regulatória⁷¹³, a regulação baseada em risco pode ser entendida como aquela que prioriza determinadas ações em função de uma avaliação dos riscos que as atividades e agentes regulados em questão representam. Tais riscos podem ser considerados tanto em relação ao público em geral (que é a hipótese mais comum, notadamente aplicada em políticas públicas para saúde pública, segurança alimentar e políticas para o meio ambiente) ou em administração de riscos analisados sob uma perspectiva organizacional (ou seja, relacionado à possibilidade das organizações envolvidas no processo regulatório funcionarem de forma adequada ou não)⁷¹⁴.

Ao invés de privilegiar a conformidade típica das atividades e atores regulados, os marcos regulatórios que adotam essa perspectiva são voltados para a priorização de esforços de monitoramento, implementação e execução, definidos a partir de uma estrutura lógica de identificação e controle de riscos.⁷¹⁵ Em termos práticos, os elementos centrais desta estratégia são: (i) a identificação clara dos objetivos da política pública a partir dos riscos que as organizações reguladas apresentam no caso concreto; (ii) o desenvolvimento de um sistema que permita a avaliação desses riscos, e (iii) estabelecer uma ligação entre o sistema de avaliação de risco e a alocação de recursos, de forma que setores ou empresas classificadas como de alto risco recebam atenção prioritária de monitoramento e aplicação das regras pertinentes.⁷¹⁶ Nesse sentido, enquanto uma categoria referente a riscos elevados pode levar à aplicação de requisitos específicos, outra categoria que se refere a riscos baixos pode resultar na exclusão de requisitos;

⁷¹³ Ibid.

⁷¹⁴ BLACK, Julia. The Role of Risk in Regulatory Processes In: BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, LODGE, Martin. *Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, pp. 302-348, 2010, p. 324-325.

⁷¹⁵ BALDWIN, Robert, CAVE, Martin e LODGE, Martin. *Understanding Regulation*, 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 281.

⁷¹⁶ Ibid., p. 282.

outra categoria determina, por exemplo, a extensão e a maneira como os controladores de dados devem implementar medidas de proteção contra os riscos⁷¹⁷.

No campo da proteção de dados, a sua aplicação ganhou relevância a partir da promulgação do GDPR⁷¹⁸ europeu, cujas disposições voltadas para a execução da política pública são sensivelmente voltadas para identificação, avaliação e priorização de riscos envolvidos em cada tipo de dado.

Considerando a estrutura da norma, é possível afirmar que ela se baseia, em grande parte, na exigência de que agentes que lidem com dados controlem, formal e estruturalmente, os riscos para direitos e liberdades dos usuários envolvidos em cada operação de processamento de dados⁷¹⁹. Dentre os muitos pressupostos consignados, o Regulamento parte da premissa de que o tratamento de dados classificados como sensíveis implica riscos significativos para direitos e liberdades fundamentais, merecendo, assim, atenção especial (Considerando 51); em segundo lugar, enquanto a Diretiva nº 95/46/CE mencionou, mas não descreveu, quais são os riscos para os direitos e liberdades dos indivíduos, o GDPR apresenta uma visão geral detalhada dos critérios para a definição dos riscos, trazidos no considerando 75⁷²⁰; ainda, consigna que os

⁷¹⁷ VEIL, Winfried: DS-GVO: Risikobasierter Ansatz statt rigides Verbotsprinzip – Eine erste Bestandsaufnahme, in: Zeitschrift für Datenschutz 5 (8) (2015), pp. 347–353. Apud GRAFENSTEIN, Maximilian von. *The Principle of Purpose Limitation in Data Protection Laws. The Risk-Based Approach, Principles, and Private Standards as Elements for Regulating Innovation*. Baden-Baden: Nomos, 2018.

⁷¹⁸ Conforme salientou o Comitê Consultivo da União Europeia Article 29 Data Protection Working Party, abordagens baseadas em risco não são, exatamente, uma novidade do GDPR, visto que o regulamento europeu anterior (Diretiva 95/46/CE) já se referia a “riscos representados pelo tratamento” de dados e a “riscos específicos aos direitos e liberdades dos titulares de dados”, além de conter outras disposições que poderiam ser associadas a regimes de regulação de riscos. Contudo, na norma atual esses desempenham um papel ainda mais importante, em particular no que diz respeito à chamada abordagem do risco, baseada em Article 29 Data Protection Working Party, *Statement on the role of a risk-based approach in data protection legal frameworks*, 30 may 2014, pp. 1-4, p. 4. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp218_en.pdf. Acesso em: 28 nov. 2018.

⁷¹⁹ PINA, Alessandro. A Regulatory Marriage de Figaro: Risk Regulation, Data Protection, and Data Ethics. *European Journal Of Risk Regulation*, [s.l.], v. 8, n. 1, mar. 2017, pp. 88-94, p. 89. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/regulatory-mariage-de-figaro-risk-regulation-data-protection-and-data-ethics/276CE5C6D1B78142BAC87C365B1A8FF5>. Acesso em: 28 nov. 2018.

⁷²⁰ “(75) O risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, cuja probabilidade e gravidade podem ser variáveis, poderá resultar de operações de tratamento de dados pessoais suscetíveis de causar danos físicos, materiais ou imateriais, em especial quando o tratamento possa dar origem à discriminação, à usurpação ou roubo da identidade, a perdas financeiras, prejuízos para a reputação, perdas de confidencialidade de dados pessoais protegidos por sigilo profissional, à inversão não autorizada da pseudonimização, ou a quaisquer outros prejuízos importantes de natureza económica ou social; quando os titulares dos dados possam ficar privados dos seus direitos e liberdades ou impedidos do exercício do controlo sobre os respetivos dados pessoais; quando forem tratados dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas e a filiação sindical, bem como dados genéticos ou dados relativos à saúde ou à vida sexual ou a condenações

riscos envolvidos deverão ser classificados através de uma avaliação objetiva em “risco” ou “risco elevado”, de acordo com probabilidade e a gravidade de violações para direitos e liberdades do titular (Considerando 76). Os riscos figuram ainda, como um dos parâmetros de definição de responsabilização (art. 24) e desenvolvimento de sistemas de proteção de privacidade desde a concepção (art. 25), e baseiam os procedimentos previstos nos arts. 32 e 35, que trazem previsões específicas voltadas para avaliação de riscos.

O art. 32 estabelece um sistema de classificação e avaliação de riscos relacionados “à destruição, perda e alteração acidentais ou ilícitas e à divulgação ou ao acesso não autorizados, de dados pessoais transmitidos, conservados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento” (GDPR, art. 32, item 2). A avaliação desses níveis de segurança pode ser elaborada através de códigos de conduta ou procedimentos de certificação sujeitos à aprovação por autoridade administrativa⁷²¹, e deve guiar as medidas técnicas e administrativas adequadas ao nível de segurança necessário a cada nível de risco identificado. Ainda, a ideia do controle de riscos marca a essência da ferramenta regulatória que os controladores de dados devem usar para medir o impacto de novas tecnologias, a “Avaliação de Impacto de Proteção de Dados” ou DPIA - Artigo 35 do Regulamento (UE) 679/2016⁷²². O art. 35 da Diretiva também adota essa abordagem no tocante a tratamentos de dados realizados que utilizem novas tecnologias suscetíveis de implicar “elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares”. Nesses casos, exige-se a realização de uma avaliação de impacto das operações previstas sobre dados pessoais, incluindo avaliação dos riscos para direitos e liberdades de titulares de dados, bem como as medidas previstas diante desses riscos, incluindo medidas de segurança e procedimentos destinados a assegurar a proteção necessária.

penais e infrações ou medidas de segurança conexas; quando forem avaliados aspetos de natureza pessoal, em particular análises ou previsões de aspetos que digam respeito ao desempenho no trabalho, à situação económica, à saúde, às preferências ou interesses pessoais, à fiabilidade ou comportamento e à localização ou às deslocações das pessoas, a fim de definir ou fazer uso de perfis; quando forem tratados dados relativos a pessoas singulares vulneráveis, em particular crianças; ou quando o tratamento incidir sobre uma grande quantidade de dados pessoais e afetar um grande número de titulares de dados.” União Europeia, Parlamento Europeu e Conselho, *Regulamento (UE) 2016/679*, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=pt>. Acesso em: 30 jan. 2019.

⁷²¹ Numa clara opção por arranjos corregulatórios, conforme já abordado no Capítulo 3, item 3.3.3.

⁷²² PINA, Alessandro. A Regulatory Marriage de Figaro: Risk Regulation, Data Protection, and Data Ethics. *European Journal Of Risk Regulation*, [s.l.], v. 8, n. 1, mar. 2017, pp. 88-94, p. 91. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/regulatory-mariage-de-figaro-risk-regulation-data-protection-and-data-ethics/276CE5C6D1B78142BAC87C365B1A8FF5> Acesso em 28.11.2018

Em meio aos debates que precederam a aprovação da norma, a adoção desse modelo emergiu como sinônimo de uma abordagem mais flexível para garantir o seu cumprimento, o que fez com que fosse criticado como uma opção menos “séria e efetiva”⁷²³. Isso se deu em parte pela estratégia de regulação do risco, essencialmente voltada para uma abordagem escalonada e proporcional de conformidade, ter sido apresentada equivocadamente como uma alternativa à consignação de mecanismos de garantia de direitos centrados na autonomia informacional estabelecidos em regras de comando e controle.

Na verdade, diante da extensão quantitativa e diversidade do ambiente regulatório que engloba o uso de dados, estratégias voltadas ao risco têm potencial maior de efetividade. A sua flexibilidade não se relaciona com o nível de vinculação dos agentes regulados à regra, mas à possibilidade da implementação e fiscalização da regra priorizar as condutas que têm maior potencial danoso. Não se trata, assim, de incompatibilidade ou colisão entre as lógicas de comando e controle e as técnicas voltadas para riscos, mas harmonização de técnicas diversas justamente com o objetivo de potencializar a sua eficácia.

Rafael A. F. Zanatta trata deste cenário identificando que essa abordagem de regulação do risco fricciona o que ele chama de “modelo teórico dominante”⁷²⁴ da proteção de dados, tratando-se “menos de um processo de ruptura normativa na proteção de dados pessoais e mais como um processo de intensificação da regulação *ex ante* a partir de um ferramental teórico incorporado de outros campos”⁷²⁵. De fato, não se trata aqui de um modelo alternativo, ou que mitigue o paradigma de proteção estatutária desenhado no início desta seção. O que a regulação do risco fornece é uma estratégia de implementação dos dispositivos deste estatuto que adere a características fundamentais da matéria de proteção de dados que também são extremamente desafiadoras para os reguladores.

⁷²³ Ibid., p. 90.

⁷²⁴ Para Rafael A. F. Zanatta, o modelo teórico dominante da proteção de dados seria caracterizado por: (i) posituação de direitos individuais relacionados ao controle dos processos de coleta e tratamento de dados pessoais; (ii) a crença na conexão entre aumento do “poder de controle” e autonomia política em sociedades democráticas; (iii) contratualização do consentimento, garantindo-se os direitos de informação clara, finalidade específica, prevenção de riscos e segurança das informações, e (iv) o reconhecimento da vulnerabilidade dos cidadãos, com a possibilidade de autoridades independentes para aplicação desses direitos. ZANATTA, Rafael A. F., *Proteção de Dados Pessoais como Regulação de Risco: uma nova moldura teórica?* I Encontro da Rede de Pesquisa em Governança da Internet, pp. 180-181, Nov. 2017. Disponível em: http://www.redegovernanca.net.br/public/conferences/1/anais/ZANATTA,%20Rafael_2017.pdf. Acesso em: 30 jan. 2019.

⁷²⁵ Ibid., p. 180.

Como as demais matérias pertinentes às análises desenvolvidas neste trabalho, a necessidade de resguardar os direitos individuais através da proteção de dados se insere dentro de um contexto de incerteza tecnológica (e muitas vezes jurídica). Os estatutos de proteção de dados são desenvolvidos para um conjunto de serviços e tecnologias extremamente diversos e não exaustivos, visto que irão se aplicar também àqueles que sequer surgiram ainda no momento de sua formulação. Nesse contexto, um sistema de controle focado não apenas no cumprimento de regras e padrões formais, mas também nos aspectos técnicos da coleta de informações e nos aspectos éticos relacionados ao impacto real dessas regras (modificação de comportamento)⁷²⁶ deve ser estimulado.

Outras vantagens se relacionam com o reforço de lógicas de prevenção, já que, ao contrário das abordagens focadas em dano, a regulação do risco leva em consideração todos os efeitos adversos reais e em potencial, avaliados em uma escala muito ampla, variando do impacto sobre o bem pessoal afetado pelo processamento em questão até um impacto social geral⁷²⁷. Essa seleção de pontos focais de implementação e fiscalização adere, ainda, a esse campo caracterizado por quantidades massivas de informação e riscos extremamente variáveis⁷²⁸.

Naturalmente, ela também traz desafios relevantes de implementação, já que na prática, juízos de valor sobre a gravidade dos riscos podem ser extremamente complexos e variáveis. Ainda que essas limitações sejam levadas em conta, ela poderia acrescentar positivamente à estrutura da LGPD, oferecendo “uma perspectiva pouco tratada pela literatura brasileira, que demanda uma análise sobre os riscos existentes em inovações tecnológicas e processos de coleta”⁷²⁹. Além disso, somaria à dinâmica de sancionamento *ex post* característica dos arranjos de comando e controle mais essa perspectiva de atuação *ex ante*.

⁷²⁶ PINA, Alessandro. A Regulatory Marriage de Figaro: Risk Regulation, Data Protection, and Data Ethics. *European Journal Of Risk Regulation*, [s.l.], v. 8, n. 1, mar. 2017, pp. 88-94, p. 90. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/regulatory-mariage-de-figaro-risk-regulation-data-protection-and-data-ethics/276CE5C6D1B78142BAC87C365B1A8FF5> Acesso em 28.11.2018

⁷²⁷ GRAFENSTEIN, Maximilian von. *The Principle of Purpose Limitation in Data Protection Laws. The Risk-Based Approach, Principles, and Private Standards as Elements for Regulating Innovation*. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 80.

⁷²⁹ ZANATTA, Rafael A. F. *Proteção de Dados Pessoais como Regulação de Risco: uma nova moldura teórica?* I Encontro da Rede de Pesquisa em Governança da Internet, Nov. de 2017. Disponível em: http://www.redegovernanca.net.br/public/conferences/1/anais/ZANATTA,%20Rafael_2017.pdf. Acesso em: 30 jan. 2019.

4.1.4. Conclusões parciais

A LGPD provê um tratamento estrutural para a matéria da proteção de dados no Brasil, consolidando na experiência nacional um paradigma centrado nos direitos dos titulares de dados, seu monitoramento e execução pela figura da autoridade prevista no art. 55-A. Os avanços de sua consolidação no ordenamento jurídico brasileiro são incontestáveis. Num contexto econômico caracterizado por alto grau de digitalização, a omissão do legislativo vinha arriscando os direitos dos cidadãos relacionados à autodeterminação informacional, além de manter o país num patamar institucional desfavorável no âmbito do comércio internacional. Sanadas essas desvantagens pela promulgação da lei, propôs-se aqui uma análise das suas escolhas face aos requisitos de legitimidade regulatória elaborados no Capítulo 3.

Em relação às motivações da sua promulgação, depreende-se da análise uma abordagem essencialmente garantista, centrada da proteção de dados como herdeira do direito fundamental à privacidade. A lei se relaciona com a promoção da inovação, principalmente, sob a perspectiva da segurança jurídica, pois consolida um marco legal que dá as bases para desenvolvimento presente e futuro de uma economia digital. Não se destaca, contudo, pelo tratamento da matéria sob a perspectiva da acumulação digital e do acesso democratizado a dados, em função da sua importância para desenvolvimento de novas lógicas dentro dos setores público e privado.

Em relação ao arranjo institucional, há uma aproximação com o paradigma da correção em seu art. 50, que não é, contudo, suficiente para caracterizar a sua adoção. Diferentemente do GDPR, a LGPD não possui uma estrutura receptiva a estratégias regulatórias híbridas, sendo baseada em um modelo de regulação direta, exercida através de uma autoridade administrativa. Sobre esta autoridade, também pendem questões relevantes de desenho institucional, hoje centradas na sua composição como órgãos da administração pública direta. Ainda que seja de fato aprovada a disposição que torna possível a sua conversão em autarquia em até dois após a sua criação, a permanência de sua vinculação à Presidência da República é questionável do ponto de vista político.

Por fim, em relação à estratégia adotada, a lei se aproxima mais do comando e controle, em detrimento da adoção de formas mais flexíveis. Apesar de inspirada no GDPR, também não adota uma perspectiva de regulação do risco, que seria capaz de incrementar os mecanismos de controle *ex ante* e otimizar os esforços de implementação e monitoramento das obrigações estabelecidas.

Por força de seu art. 1º a LGPD entra em vigor 2020, e até a constituição propriamente dita da autoridade de proteção, não há maneira de avaliar as escolhas do regulador brasileiro de forma concreta. Há, contudo, espaço para sanar aquelas que se revelarem más escolhas institucionais, dentro do que permitirem os Decretos de regulamentação e as competências da autoridade.

4.2. Plataformas de compartilhamento e regulação de conteúdo

Dentro do vasto universo das plataformas que permitem a troca de uma igualmente vasta variedade de bens⁷³⁰, aquelas que permitem o compartilhamento de conteúdo gerado pelo usuário ocupam um lugar central dentro dos debates atuais sobre regulação da Internet. Conforme descrito na Introdução ao trabalho, muitas das tendências atuais que correm sob o rótulo de *techlash* foram motivadas pela difusão de conteúdo considerado nocivo nesses espaços (inclusive através do uso de tecnologias algorítmicas preditivas), seja por conter notícias falsas, discurso de ódio, propagandas terroristas ou infração a direito autoral. Muitos desses serviços também são referidos como redes sociais e se caracterizam por permitir a disponibilização de conteúdo (áudio, audiovisual ou textual) por cada usuário para os demais, tenha este sido originalmente criado por ele ou não.

A diversidade de questões que se relacionam com esse debate é inúmera. Em relação às suas premissas, ele se caracteriza, por exemplo, por discussões sobre o papel que a Internet cumpre como ferramenta de comunicação pública e privada, sobre a possibilidade de tratá-la como um meio de comunicação de massa⁷³¹ e de considerá-la, ou não, parte integrante da esfera pública de debate⁷³². Em relação às possíveis abordagens regulatórias, discute-se a

⁷³⁰ v. Capítulo 3, seção 3.3.

⁷³¹ Para Wolfgang Schulz, por exemplo, a regulação de conteúdo online é caracterizada por algumas diferenças estruturais em relação aos meios de comunicação tradicionais, que podem exigir uma reavaliação de regras e estratégias de implementação pré-existentes. Como, por exemplo, o volume de conteúdo disputado, a acelerada velocidade com que ele pode ser disseminado, a observabilidade, persistência, desafios de atribuição refletidos na dificuldade de identificar de imediato responsáveis por um determinado conteúdo, controle social fraco (normas e controle social, que fazem mais diferença, não têm muito efeito online, onde as pessoas estão distanciadas) e questões de jurisdição. SCHULZ, Wolfgang. *Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG*, *HIIG Discussion Paper Series*, 2018-01, pp. 1-14, p. 3. Disponível em: <https://www.hiig.de/wp-content/uploads/2018/07/SSRN-id3216572.pdf>. Acesso em 27 mai. 2019.

⁷³² v. MURRAY, Andrew. *Information Technology Law – The Law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 525; PAPACHARISSI, Zizi *The Virtual Sphere: the Internet as a Public Sphere*, New Media Society, vol 4, n. 1, pp. 9-27, 2002 e SLEVIN, James. *Internet and Society*, Cambridge: Polity Press, 2000, e FROOMKIN, A.

aplicabilidade de arcabouços ordenadores de mídias tradicionais às atividades dessas plataformas, em oposição à necessidade de reconhecer as suas características distintivas, bem como os problemas e limitações da delegação de aplicação e fiscalização da lei a atores privados.

A menção a esses tópicos esboça a complexidade da construção de um ambiente regulatório apto a fornecer respostas legítimas e eficientes a esse campo, uma tarefa que extrapolaria o escopo do trabalho. No sentido do que já foi feito em relação à proteção de dados, propõe-se uma análise do regime regulatório atualmente vigente no ordenamento jurídico brasileiro – que tem expressão principal no art. 19 do Marco Civil da Internet - para regulação de conteúdo dentro das plataformas de compartilhamento, a partir dos critérios e insumos teóricos considerados no capítulo anterior.

Após um momento inicial caracterizado pelo predomínio da autorregulação, a quebra do consenso sobre a preferência de abstenção estatal na Internet diante dos riscos para inovação, produtividade e liberdade de expressão também teve efeito em relação às plataformas de compartilhamento de conteúdo. Nesse campo, tornaram-se populares os regimes legais baseados em responsabilização civil por conteúdo postado por usuários, que podem se expressar via regras desenhadas especialmente para esses intermediários ou por um conjunto de regras regulatórias gerais aplicáveis à matéria⁷³³. Hoje, esses regimes são adotados de formas variadas por uma série de países, sendo comumente destacadas a regulação da União Europeia (arts. 12 a 14 da Diretiva 2000/31/CE), que baseia o desenvolvimento dos sistemas nacionais de notificação e remoção de conteúdo nos países membros e a dos Estados Unidos, na forma do art. 230 do *US Communications Decency Act* (considerada influente por ser aplicável na jurisdição onde estão baseados um número relevante de empresas de tecnologia).⁷³⁴

Michael. Habermas@discourse.net: Toward a critical theory of cyberspace. *Harvard Law Review*, Vol. 116, No. 3, pp. 751-873, jan. 2003.

⁷³³ GASSER, Urs, SCHULZ, Wolfgang. Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Studies. *Berkman Center Research Publication*, no. 2015-5, 18 feb. 2015, p. 5. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2566364>. Acesso em: 27 set. 2018.

⁷³⁴ A despeito destes destaques, ressalta-se que a previsão de tais regimes de responsabilização de plataformas é comum em uma série de países com os mais variados cenários jurídicos. Alguns estudos comparativos exploram as semelhanças e peculiaridades destes sistemas, permitindo uma perspectiva mais fidedigna à sua popularidade. Nesse sentido, v. o *World Intermediary Liability Map*, desenvolvido e atualizado por colaboradores do Center for Internet and Society da Stanford Law School, disponível em: <https://wilmap.law.stanford.edu/about>. Acesso em: 30 mai. 2019; v. ainda, GASSER, Urs, SCHULZ, Wolfgang. Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Studies. *Berkman Center Research Publication*, no. 2015-5, 18 feb. 2015, p. 5. Disponível em: <http://bit.ly/2JzCUx3> Acesso em: 27 set. 2018.

Apesar de implementados por previsão estatutária, esses regimes de natureza regulatória também se materializam em outras condutas estatais que têm o objetivo de influenciar e determinar a forma como se comportam esses agentes. São comuns, por exemplo, as formas do que Laura DeNardis chama de “mediação privada de censura”⁷³⁵, quando governos notificam essas plataformas para retirada, filtro ou bloqueio de conteúdo; bem como as práticas identificadas por Luca Belli⁷³⁶ como formas proeminentes de delegar funções regulatórias e de polícia a esses intermediários, notadamente o uso de injunção para remover conteúdo ilegal, a exigência de exclusão de informações específicas com base em direito ao esquecimento e o alistamento de agentes econômicos para combater discurso do ódio (a exemplo do acordo feito pela Comissão Europeia em conjunto com Facebook, Microsoft, Twitter e Youtube “com o objetivo de adotar um código de conduta específico para combater a propagação do discurso de ódio online”⁷³⁷).

O núcleo de um regime de responsabilidade é geralmente um conjunto de condições sob as quais o operador será responsabilizado por conteúdo de terceiros⁷³⁸. Dependendo dos mecanismos de imposição e implementação, esses regimes podem levar à formação de estruturas específicas operadas pelo próprio intermediário, como um procedimento de notificação e retirada para lidar com conflitos entre usuários em uma plataforma online (como acontece na Alemanha). Verifica-se, também, casos em que os intermediários são governados indiretamente por meio de mecanismos de regulação contextual, como, por exemplo, quando a legislação impõe um determinado procedimento de notificações previamente à remoção, de forma que permita o exercício de contraditório entre plataforma e usuário (a vista do que é feito no Canadá). Há outros casos, ainda, em que não se impõe tais requisitos, como o caso brasileiro,

⁷³⁵ DeNARDIS, Laura. The privatization of freedom of expression. In: PRAKASH, Pranesh; RISK, Nagla; SOUZA, Carlos Affonso (Eds.). *Global censorship: Shifting modes, persistent paradigms*. Information Society Project, Yale Law School, pp. 11-24, 2015, p. 13. Disponível em: <https://cis-india.org/a2k/a2kga-global-censorship/view>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁷³⁶ BELLI, Luca, FRANCISCO, Pedro Augusto, ZINGALES, Nicolo. Lei do Estado ou lei da Plataforma? Cuidado com a privatização da regulação e da polícia In: BELLI, Luca, CAVALLI, Olga (Orgs.). *Governança e Regulação da Internet na América Latina: análise sobre infraestrutura, privacidade, cibersegurança e evoluções tecnológicas em homenagem aos dez anos da South School on Internet Governance*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, pp. 447-470, 2019, p. 453.

⁷³⁷ Ibid., p. 459.

⁷³⁸ GASSER, Urs, SCHULZ, Wolfgang. Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Studies. *Berkman Center Research Publication*, no. 2015-5, 18 feb. 2015, p. 7. Disponível em: <http://bit.ly/2JzCUx3> Acesso em: 27 set. 2018.

e a plataforma só responde civilmente em caso de desobediência de decisão judicial obrigando a remoção.

Diante desta dinâmica, a legitimidade desses arcabouços costuma ser analisada a partir das restrições que eles geram para a liberdade de expressão e sua eficácia à remoção eficiente de conteúdos nocivos. Veja-se, por exemplo, o *backlash* gerado pela disseminação do vídeo dos ataques terroristas a mesquitas ocorridos em março de 2019, na cidade Christchurch, Nova Zelândia (que foi, inclusive, transmitido ao vivo por um dos atiradores). Após os responsáveis pelos ataques postarem as imagens em redes sociais, algumas plataformas de conteúdo relataram a remoção de um número sem precedentes de vídeos⁷³⁹, enquanto os infratores faziam uso de recursos tecnológicos que descaracterizassem as imagens a fim de impedir ou dificultar a sua identificação por ferramentas de filtragem. Tal cenário instigou reações sobre as limitações de tempo e das ferramentas utilizadas por esses serviços, diante da urgência e importância indiscutível de se impedir a difusão e uso para fins de propaganda de um vídeo ilegal em muitos ordenamentos (onde pode ser considerado crime de apologia ao terrorismo) que representa conduta e valores, além de abjetos, absolutamente contrários ao estado democrático de direito⁷⁴⁰.

Ao mesmo tempo, não podem ser desconsideradas as preocupações com a quantidade de conteúdos legais que são bloqueados com base na mesma lógica. Em junho do mesmo ano, a plataforma Youtube anunciou a adoção de novas regras para abordar a disseminação de discurso de ódio, dentre elas a proibição e restrição de vídeos que promovam a ideologia nazista ou que neguem a existência do holocausto e de outros vastamente documentados eventos violentos (como, por exemplo, o atentado na escola americana Sandy Hook Elementary School em 2012)⁷⁴¹. A restrição de conteúdos de forma geral – como no caso daqueles que contém discurso de ódio, racismo e misoginia - encontra amparo nos ordenamentos constitucionais

⁷³⁹Conforme relatado, por exemplo, por representantes do Instagram, Twitter, Youtube e do Facebook (que, segundo informado, chegou a remover 1,5 milhão de vídeos). v. LECHER, Colin. YouTube took down an ‘unprecedented volume’ of videos after New Zealand shooting - The platform disabled functions to stop the videos. *The Verge*, 18 mar. 2019. Disponível em: <https://www.theverge.com/2019/3/18/18270814/youtube-new-zealand-shooting-videos-moderation>. Acesso em: 24 mai. 2019. v. também: MAHTANI, Shibani. Facebook removed 1.5 million videos of the Christchurch attacks within 24 hours — and there were still many more. *The Washington Post*, 17 mar. 2019. Disponível em: <https://wapo.st/2JA2Toc> Acesso em: 24 maio 2019.

⁷⁴⁰ DWOSKIN, Elizabeth. Inside Youtube’s struggles to shut down video of the New Zealand shooting – and the humans who outsmarted its system. *The Washington Post*, 18 mar. 2019. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/technology/2019/03/18/inside-youtubes-struggles-shut-down-video-new-zealand-shooting-humans-who-outsmarted-its-systems/?utm_term=.87d2633e656a. Acesso em: 24 mai. 2019.

⁷⁴¹ Youtube. Our ongoing work to tackle hate. *Google blog*, 5 June 2019. Disponível em: <https://youtube.googleblog.com/2019/06/our-ongoing-work-to-tackle-hate.html> Acesso em: 14 jun. 2019.

garantistas em que a proteção da liberdade de expressão convive com a de outros direitos, gerando ao intérprete do direito a busca por soluções proporcionais de harmonização dos bens jurídicos em colisão. Além disso, muitos sistemas legais baseiam tais restrições numa abordagem da liberdade de expressão que reconhece também a sua dimensão coletiva, o que demanda um aparato institucional de proteção além da perspectiva libertária⁷⁴². Enquanto a legitimidade da medida é defensável, ela fica ameaçada por relatos, já correntes, de remoção de vídeos postados por professores de história com finalidades ou conteúdo educativos dentro da legalidade⁷⁴³.

Diante da centralidade da liberdade de expressão nessas políticas públicas, os regimes adotados se diferenciam pelo nível de restrições que impõem a esse direito. Ocorre que, diante de um grau menor ou maior, eles podem estimular a retirada de discursos que não violem a lei (seja por que são “apenas” controversos ou ofensivos, ou porque contenham marcas identitárias semelhantes às de conteúdo infrator⁷⁴⁴), gerando uma dinâmica que incentiva esses agentes a fazerem maiores restrições (já que “errar do lado de remover discursos controversos pode poupar o risco legal das plataformas e a despesa operacional de pagar advogados para avaliar o conteúdo”⁷⁴⁵). Conforme o diagnóstico de Daphne Keller,

Algumas plataformas simplesmente removem qualquer coisa que um acusador alega ser ilegal. Outras tentam eliminar as alegações inválidas, mas mesmo assim cumprem com muitas delas. Literatura sobre direitos humanos e as diretrizes de melhores práticas amplamente endossadas sugerem que as melhores correções para a remoção excessiva provêm de procedimentos robustos de remoção de plataformas - dando aos usuários acusados um aviso prévio e uma oportunidade de defender seu discurso, por exemplo, ou penalizando aqueles que fazem acusações de má-fé. Leis que carecem de tais

⁷⁴² MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 359-360.

⁷⁴³ WATERSON, Jim. YouTube blocks history teachers uploading archive videos of Hitler - Teachers trying to educate about fascism hit by service’s new policy on hate speech. *The Guardian*, 6 jun. 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2019/jun/06/youtube-blocks-history-teachers-uploading-archive-videos-of-hitler> Acesso em 14/06/2019

⁷⁴⁴ Que é o caso, por exemplo, dos memes e demais paródias de humor.

⁷⁴⁵ KELLER, Daphne. Who do You Sue? State and platform hybrid power over online speech. *Aegis Series Paper*, No. 1902. Hoover Working Group on National Security, Technology, and Law, pp. 1-39, 29 jan. 2019, p. 3. Disponível em https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/who-do-you-sue-state-and-platform-hybrid-power-over-online-speech_0.pdf. Acesso em: 24 mai. 2019. Veja-se, ainda, a compilação feita pela mesma autora de trabalhos empíricos que identificaram as remoções em excesso perpetradas com base em regimes de responsabilização. KELLER, Daphne. Empirical evidence of “over-removal” by internet companies under intermediary liability laws. *The Center for Internet and Society at Stanford Law School Blog*, 12 oct. 2015. <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/10/empirical-evidence-over-removal-internet-companies-under-intermediary-liability-laws> Acesso em: 28 nov. 2018.

proteções e, previsivelmente, lideram plataformas para silenciar a fala legal podem violar os direitos dos usuários da internet à liberdade de expressão.⁷⁴⁶

Dentro do marco legal da responsabilidade civil das plataformas de conteúdo, há um espaço de interpretação da lei que, dada a natureza técnica desses serviços, caberá inevitavelmente aos agentes privados por eles responsáveis. Essa tarefa ganha proporções maiores em relação aos conteúdos removidos além do marco legal, ou seja, que não estão no escopo do regime de responsabilidade, mas que são removidos com base em termos de uso. Nesse campo, o juízo regulatório desses atores privados se concretiza através da atividade de moderação de conteúdo ou da instalação de ferramentas tecnológicas de filtragem, respondendo por uma parcela significativa de decisões sobre o que pode ou não pode, deve ou não deve ser postado.

Previamente à promulgação do Marco Civil da Internet, o vazio legal do contexto brasileiro gerava incerteza e insegurança jurídica, dando espaço para adoção de medidas desproporcionais, tanto por parte do poder público (principalmente o poder judiciário), quanto por empresas privadas, visando lidar com a disseminação de conteúdo potencialmente ilegal em plataformas de compartilhamento⁷⁴⁷. Desde a aprovação da lei, o arranjo regulatório vigente para lidar com esses desafios tem expressão principal na disposição do art. 19, segundo o qual:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para,

⁷⁴⁶ Trecho original em inglês: “Some platforms simply remove anything that an accuser claims is illegal. Others attempt to weed out invalid claims, but nonetheless comply with far too many. Human-rights literature and widely endorsed best-practices guidelines suggest that the best corrections for over-removal come from robust platform takedown procedures—giving accused users notice and an opportunity to defend their speech, for example, or penalizing those who make bad-faith accusations. Laws that lack such protections and foreseeably lead platforms to silence lawful speech may violate internet users’ rights to free expression.” _KELLER, Daphne. Who do You Sue? State and platform hybrid power over online speech. *Aegis Series Paper*, No. 1902. Hoover Working Group on National Security, Technology, and Law, pp. 1-39, p. 3, 29 jan. 2019. Disponível em https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/who-do-you-sue-state-and-platform-hybrid-power-over-online-speech_0.pdf. Acesso em: 24 abr. 2019.

⁷⁴⁷ Para uma abordagem mais detalhada deste cenário, v. MONCAU, Luiz Fernando Marrey e ARGUELHES, Diego Werneck, Marco Civil da Internet and Digital Constitutionalism, *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online*. Oxford University Press: Oxford, 2019. No prelo. Conforme apontam os autores, o caso que se tornou simbólico da necessidade de uma arquitetura legal que desse confiança na regulação da matéria ficou conhecido como *Caso Cicarelli*, que gerou decisão judicial em sede liminar ordenando o bloqueio do site Youtube por quase 48 horas. Na ocasião, foi atendido pedido de uma então famosa modelo e seu parceiro à época, que buscavam a retirada e compensação pela divulgação de vídeo com imagens suas tendo relações íntimas em um local público. A decisão liminar em primeira instância foi duramente criticada e revista em sede recursal, tornando-se ilustração recorrente da desproporcionalidade que as medidas ao alcance do poder judiciário podem tomar no âmbito da Internet. À época, foi destacada, além desta desproporcionalidade, a ineficiência da medida, diante da proliferação do conteúdo por outros sites.

no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Trata-se de um regime de responsabilidade civil para as plataformas (ou “provedores de aplicação de internet”⁷⁴⁸) segundo o qual esses agentes só responderiam por danos causados por conteúdo postado por usuários em caso de desobediência à decisão judicial que obrigue a remoção. Estão excluídos de seu escopo os conteúdos referentes a direitos autorais e a disseminação não consentida de imagens íntimas, regulada pelo art. 21. Em outras palavras, à exceção desses conteúdos, as plataformas só podem ser “obrigadas” a remover um determinado conteúdo quando um juiz ou tribunal assim o decidir. Fora deste critério legal, a restrição a conteúdo fica a critério do agente econômico.

Como destacam Ronaldo Lemos e Carlos Affonso Souza, tal regime foi instituído com o objetivo de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura⁷⁴⁹, já que um regime de responsabilidade objetiva incentivaria o monitoramento privado e a exclusão de conteúdo

⁷⁴⁸ Que se diferencia do tratamento concedido aos provedores de conexão dado pelo art. 18, que os isenta de responsabilização pelos atos de seus usuários: Lei 12.965/14, art. 18: “O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.”

⁷⁴⁹ LEMOS, Ronaldo, SOUZA, Carlos Affonso, BOTTINO, Celina (Coords.). *Marco Civil da internet: jurisprudência comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Ebook.

potencialmente controvertido, o que representaria uma indevida restrição à liberdade de expressão⁷⁵⁰. Destaca-se:

Ao garantir um espaço central para o tema da responsabilidade civil, delimitando o regime de responsabilidade dos provedores, o Marco Civil favorece a tutela da liberdade de expressão e garante que novos modelos de negócios possam prosperar. O estímulo às liberdades e ao potencial da inovação da Internet não é usualmente lembrado quando se debate temas envolvendo responsabilidade civil.⁷⁵¹

Note-se que, ao colocar o Poder Judiciário como instância legítima para definir o que é ilícito e o que deve ser removido da rede, a lei isenta essas plataformas de responsabilidade diante de notificação privada. Para os autores, “isso seria um equilíbrio entre a criação de um espaço onde fosse possível cultivar as liberdades de expressão e de informação e, ao mesmo tempo, garantir à vítima da disponibilização de conteúdo lesivo os meios para identificar seu ofensor e remover o material impugnado.”⁷⁵²

A despeito desta celebração do regime atual pela perspectiva da liberdade de expressão⁷⁵³, existe uma controvérsia constitucional acerca das implicações do art. 19, que se baseia numa suposta inconformidade com o sistema protetivo do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, que trata do dever de indenizar. Trata-se do entendimento de que a isenção dos provedores de aplicações de toda e qualquer responsabilidade indenizatória diante de notificação extrajudicial seria desproporcional em favor das plataformas, além de dissociada da ideia de que caberia aos agentes econômicos assumirem os riscos do negócio⁷⁵⁴.

Essa discussão está atualmente sob exame do Supremo Tribunal Federal – STF no Recurso Extraordinário nº 1.037.396/SP (reconhecida repercussão geral), apresentado pelo *Facebook* contra decisão da 2ª Turma Recursal Cível do Colégio Recursal de Piracicaba/SP.

⁷⁵⁰ Ibid.

⁷⁵¹ LEMOS, Ronaldo, SOUZA, Carlos Affonso Pereira. *Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016, p. 108.

⁷⁵² LEMOS, Ronaldo, SOUZA, Carlos Affonso, BOTTINO, Celina (Coords.). *Marco Civil da internet: jurisprudência comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Ebook.

⁷⁵³ Além Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos, v. MONCAU, Luiz Fernando Marrey e ARGUELHES, Diego Werneck, *Marco Civil da Internet and Digital Constitutionalism, The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online*. Oxford University Press: Oxford, 2019. No prelo.

⁷⁵⁴ Procuradoria Geral da República, Ministério Público Federal. *Parecer nº 165/2018 – SDHDC/GABPGR*, Recurso Extraordinário nº 1.037.396/SP. Brasília, 25 set. 2018.

Confirmando decisão de primeira instância, a decisão da 2ª Turma, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 19 da Lei nº 12.965/2014, condenou a empresa ao pagamento de indenização por danos morais em razão da omissão, após notificação extrajudicial, para excluir de sua plataforma virtual perfil falso criado em nome da autora da ação. Apesar do julgamento ainda não ter sido concluído, o Parecer nº 165/2018 – SDHDC/GABPGR, apresentado pela Procuradora Geral da República, já se posicionou a favor da constitucionalidade do dispositivo.

A análise aqui proposta não discute a constitucionalidade do art. 19. Enquanto a regra do art. 19 é uma opção legítima do legislador brasileiro, em total consonância com a Constituição Federal, a sua manutenção é essencial para a segurança jurídica que ele provê como regime definidor da responsabilidade de intermediários. Em toda a sua relevância, tal regime constitui, contudo, apenas uma parte – ainda que extremamente relevante - de uma estrutura de governança que não pode ser atribuída somente à sua redação, mas a uma interação complexa de fatores distintos. Afinal, a política pública que resulta da regulação de conteúdo é influenciada por mais atores e práticas. Analisar as estruturas de governança que regulam intermediários - que são originadas de ou influenciadas por um regime de responsabilidade civil – implica considerar diferentes regras e atores que compõem essas estruturas⁷⁵⁵.

Por isso, importa abordar essa estratégia da perspectiva da teoria da regulação e das exigências extraídas da ideia de legitimidade regulatória. Como consequência da forma que foi estruturada, ela gera um alto grau de judicialização, ao mesmo tempo em que, o que não chega ao poder judiciário, se define de acordo com os critérios da própria plataforma. É importante que essa estrutura seja analisada não em termos absolutos, mas sim em relação aos incentivos gerados.

4.2.1. Por que regular: inovação nas plataformas de compartilhamento

⁷⁵⁵ De forma que, na maior parte dos casos, essas estruturas de governança não são o resultado da adoção de uma estratégia regulatória específica, mas sim o resultado da interação de fatores distintos. GASSER, Urs, SCHULZ, Wolfgang. Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Studies. *Berkman Center Research Publication no. 2015-5*, pp. 7-8. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2566364>. Acesso em: 27 set. 2018.

Conforme apontado por Ronaldo Lemos e Carlos Affonso Souza, o que possibilita o desenvolvimento de novas soluções no âmbito da Internet não são apenas as peculiaridades técnicas que permitem a sua abertura econômica, mas também uma moldura institucional caracterizada pela liberdade de iniciativa⁷⁵⁶. É em relação a esse direito, e da sua importância estrutural dentro do Marco Civil, que se pode extrair implicações para a matéria de regulação de plataformas relacionadas à inovação – além da sua consagração no art. 4º, segundo o qual a disciplina do uso da Internet do Brasil tem dentre seus objetivos a promoção da “inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso”.

Seguindo o preceito institucionalizado no art. 170 da Constituição Federal⁷⁵⁷, o Marco Civil prevê dentre os princípios que regem a disciplina do uso da Internet no Brasil elencados no art. 3º a “liberdade de modelos de negócios promovidos na Internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei”. Além das implicações extraídas de uma interpretação literal do dispositivo – como a permissão para que os prestadores de serviços online desenhem seus planos de negócios e remuneração sob formatações variadas – os autores extraem deste dispositivo dois parâmetros interpretativos “relevantes para a solução de controvérsias a respeito de serviços e aplicativos de Internet”⁷⁵⁸ e que também são úteis para a análise da inovação no contexto da regulação de plataformas de compartilhamento.

O primeiro deles é que “não se admite a presunção de que uma determinada maneira ou modelo para a exploração de uma área da atividade econômica da Internet é vedada”⁷⁵⁹, o que imporia, em caso de dúvida a respeito do regime de intervenção estatal aplicável, uma

⁷⁵⁶ LEMOS, Ronaldo, SOUZA, Carlos Affonso Pereira. *Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016, p. 46.

⁷⁵⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995). Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁷⁵⁸ LEMOS, Ronaldo, SOUZA, Carlos Affonso Pereira. *Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016, p. 48. A proposição dos autores – *voltada à resolução de controvérsias* – sugere que os propostos teriam sido majoritariamente inspirados pela atuação judicial. No entanto, considerando a função indiscutível que os reguladores também cumprem de intérpretes do sistema jurídico, o que destaco aqui é a sua aplicabilidade também neste âmbito, especificamente para extrair deles as implicações da proteção da inovação no campo aqui tratado.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 48.

interpretação pró-liberdade. Note-se que este parâmetro não deve implicar numa política abrangente de não intervenção, já que uma interpretação pró-liberdade pode demandar uma atuação comissiva – como é a própria instituição de regimes jurídicos de responsabilidade.

Já o segundo parâmetro sugerido deriva da proteção à inovação expressa no já mencionado art. 4º do Marco Civil, que, para Lemos e Souza, obrigaria os agentes públicos intérpretes da lei a “compreender e aceitar como novas as formas inovadoras de modelos negócios na Internet, impondo-lhes o dever de não lhes conferir tratamento refratário”⁷⁶⁰. Nesse caso, as consequências do parâmetro se relacionam mais com condutas relacionadas a inação temporária, tratamento de riscos urgentes e com a análise cautelosa de eventual necessidade de harmonização regulatória.

Nesse cenário, o arranjo regulatório das plataformas de compartilhamento de conteúdo focado em regime de responsabilidade seria favorável à dinâmica da inovação, uma vez que a proteção dos empresários que conduzem esses serviços é necessária ao desenvolvimento de novas formas tecnológicas e comerciais de produzir e distribuir conteúdos. Sem tal proteção, não haveria espaço ou interesse para inovar, pois as empresas que exploram essas atividades estariam permanentemente sob o risco de se verem responsabilizadas por ilícitos de terceiros. De tal forma que “(...) a adequada compreensão dos limites entre usuários de uma plataforma online e a pessoa jurídica responsável por essa plataforma torna-se elemento fundamental que viabiliza o exercício de atividades inovadoras na Internet.”⁷⁶¹

Tanto quanto no caso da proteção de dados, aqui a institucionalização de um quadro legal também cumpre o papel de prover a segurança jurídica que permite algum grau de previsibilidade em relação a riscos, configurando, assim, um passo importante no sentido de um ambiente regulatório ciente da e propício à inovação⁷⁶². Não se esgotam aí, contudo, os aspectos que devem ser levados em consideração pelos reguladores.

Conforme visto, é possível extrair algumas implicações do dever de promover a inovação na camada de conteúdo da Internet, que se relacionam com tempo e intensidade da intervenção regulatória. No caso brasileiro, as propostas de tratamento regulatório das plataformas de compartilhamento de conteúdo audiovisual ilustram bem essa necessidade. Como sabido, essas plataformas (como o *Youtube*, *Google Video*, *Facebook* etc) permitem que

⁷⁶⁰ Ibid., p. 49.

⁷⁶¹ Ibid., p. 56.

⁷⁶² Note-se, contudo, que regimes baseados em penalização e sanções mais rigorosas direcionadas a esses serviços podem incentivá-los a serem duros demais, gerando em sentido oposto restrição da inovação.

seus usuários compartilhem conteúdo audiovisual com base em um sistema de remuneração por publicidade com base em número de visualizações. De tal forma que, a partir do acesso a essas plataformas abertas, e prescindindo de uma infraestrutura sofisticada de produção, qualquer usuário torna-se um produtor de conteúdo em potencial. Não à toa, a popularidade dessas plataformas é responsável pelo surgimento de um segmento audiovisual próprio⁷⁶³, onde se popularizaram influenciadores digitais, *youtubers* e canais independentes com abordagens da produção audiovisual própria – que, em algumas oportunidades, acabaram levando-os aos meios de comunicação convencionais. Em um movimento contrário, canais de radiodifusão e de TV por assinatura também passaram a ocupar um espaço dentro dessas plataformas, cujo potencial inovador acabou, assim, por influenciar também lógicas pré-estabelecidas de janela e de produção audiovisual.

Diante deste quadro, as autoridades brasileiras formularam algumas propostas de regulação direcionadas ao chamado mercado de *vídeo por demanda* - uma nomenclatura que engloba diversos modelos de negócios distintos que têm em comum a característica de não linearidade no fornecimento de conteúdo audiovisual⁷⁶⁴. São exemplos a Notícia Regulatória publicada pela Agência Nacional do Cinema – ANCINE em 2016⁷⁶⁵, do PL nº 8.889/2017 e do PLS nº 37/2018, que incluem expressamente as plataformas de compartilhamento sob uma aparente perspectiva de harmonização das assimetrias regulatórias em relação a serviços lineares.

Medidas desse tipo desconsideram diferenças estruturais entre as plataformas e os serviços que inspiraram marcos regulatórios passados. Como, por exemplo, o fato de que não se caracterizam pela escassez de infraestrutura; que esses espaços servem, também, à experimentação da produção audiovisual, e ainda, que uma parcela relevante dos conteúdos ali

⁷⁶³ O termo segmento aqui é usada em sua acepção literal, e não se refere ao conceito tratado no âmbito da MP nº 2.228-1/2001.

⁷⁶⁴ Que inclui, além das plataformas, serviços de *streaming* de vídeo prestados mediante assinatura em plataformas próprias (como Netflix, AmazonPrime, Globosat Play) ou serviços por assinatura ligados à outorgas de serviços de comunicação eletrônica de massa prestados através de rede dedicada. Destaque-se que a análise aqui feita se aplica tão somente ao tratamento das plataformas dentro dessas propostas, e não desses demais serviços, que ainda que relevantes para esse ponto, não estão dentro do escopo da seção. Sobre as peculiaridades desses serviços bem como para uma análise do debate geral, v. OLIVEIRA, Isabel Cristina Veloso de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação e novas tecnologias: verticalização das OTTs de Vídeo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 37, pp. 200-218, dez. 2017.

⁷⁶⁵ Agência Nacional do Cinema – ANCINE. *Notícia regulatória – Comunicação Audiovisual sob demanda*, 2016. Disponível em: <https://www.ancine.gov.br/sites/default/files/consultas-publicas/not%C3%ADcia%20regulatória%20CAvD%20para%20Consulta%20Pública.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2018.

circulados se encontra fora do escopo regulatório (uma vez que são vídeos de caráter essencialmente doméstico). A regulação que desconsidera essas peculiaridades arrisca comprometê-las, e junto com elas, o surgimento de formas inovadoras de produzir e distribuir conteúdo. É por isso que, conforme apontado por Carlos Ragazzo e Isabel Veloso⁷⁶⁶, o ponto que os reguladores deveriam enfrentar não é a paridade entre modelos regulatórios, mas sim uma análise mais profunda do marco regulatório que considere cenários competitivos relevantes. Ainda que as propostas mencionadas não tenham evoluído, a demanda de alguns setores por harmonização regulatória é frequente em debates sobre plataformas de compartilhamento de conteúdo, principalmente no âmbito das matérias tratadas pela regulação setorial.

Ao mesmo tempo em que essas demandas precisam ser tratadas e abordadas, é importante que a referência para a tomada de decisão do regulador não seja o arcabouço pré-existente e já aplicável a outros setores, mas sim as exigências interpretativas da promoção de inovação consagrada pelo Marco Civil. O regime por ele instituído favorece a inovação na camada de conteúdo da Internet; contudo, a sua operação não garante, por si, essa finalidade, sendo essencial a observação dos seus termos pela regulação setorial.

4.2.2. Quem regula: o arranjo institucional no art. 19 do Marco Civil da Internet

A construção de arranjo institucional apto à regulação das plataformas de conteúdo pode ser presumida como essencialmente híbrido. Ao mesmo tempo em que alguns autores destacam a inexorabilidade de regulação estatal em matéria de conteúdo – visto que a maior parte dos ordenamentos jurídicos já possuem previsões que precedem esse mercado, como injúria, difamação e discurso de ódio⁷⁶⁷ – outros se ocupam da inexorabilidade da ação privada – visto que a atividade das plataformas implica numa regulação inerente do discurso. Uma vez que o

⁷⁶⁶ OLIVEIRA, Isabel Cristina Veloso de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação e novas tecnologias: verticalização das OTTs de Vídeo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 37, pp. 200-218, dez. 2017, p. 215.

⁷⁶⁷ MARSDEN, Christopher T. *Internet Co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 51.

exercício da expressão online passa necessariamente pela fruição desses serviços, alguns autores até as consideram como os formuladores e principais executores de regulação⁷⁶⁸.

Conforme já apontado anteriormente⁷⁶⁹, num primeiro momento prevaleceu no Brasil a autorregulação dessas plataformas baseada em termos e condições, código e moderação de conteúdo. Diante do vazio regulatório, a judicialização era comum, tornando o resultado final um mix de iniciativas privadas com controle judicial. Foi assim que foram conduzidas as primeiras interpretações oficiais do poder público em relação a matéria, a partir das demandas individuais apresentadas ao poder judiciário, e que em alguns casos não foram aderentes do ponto de vista de sua execução⁷⁷⁰.

Em relação ao art. 19 do Marco Civil da Internet, existem dois pontos que merecem destaque. O primeiro deles se refere ao parâmetro da correção indicado no capítulo anterior. Nesse caso, confirma-se aqui, mais uma vez, a tendência a não experimentação regulatória, dado que o regime estabelecido pelo art. 19 não deve se aproximar dos mecanismos de correção tratados no capítulo anterior. Seu resultado final é um sistema em que as políticas de conteúdo acabam sendo determinadas pelas próprias plataformas ou pelo judiciário – o que, conforme o segundo ponto de destaque, traz limitações que precisam ser consideradas na análise da política pública.

A partir da delegação de competências imbuídas nesses regimes, alguns entendimentos enquadram os regimes de responsabilização de plataformas dentro do espectro da correção. É assim, por exemplo, que Benoît Frydman, Ludovic Hennebel e Gregory Lewkowicz classificam o regime de responsabilidade de intermediários previsto na legislação norte-americana⁷⁷¹. O art. 230 do *US Communications Decency Act* confere ampla imunidade

⁷⁶⁸ Nesse sentido, BELLI, Luca, FRANCISCO, Pedro Augusto, ZINGALES, Nicolo. Lei do Estado ou lei da Plataforma? Cuidado com a privatização da regulação e da polícia In: BELLI, Luca, CAVALLI, Olga (Orgs). *Governança e Regulação da Internet na América Latina: análise sobre infraestrutura, privacidade, cibersegurança e evoluções tecnológicas em homenagem aos dez anos da South School on Internet Governance*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2019, pp. 447-470, p. 450 e demais autores citados no Capítulo 3, seção 3.3.

⁷⁶⁹ v. Capítulo 3, seção 3.3.

⁷⁷⁰ Além do *Caso Cicarelli* mencionado na nota 749, v. Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.117.633/RO, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin. Ministério Público do Estado de Rondônia vs Google. Brasília – DF, 09/03/2010. Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.193.764/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi. I P DA S B vs Google. Brasília – DF, 14/12/2010. Superior Tribunal de Justiça, Reclamação 5072/AC, Segunda Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi. Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado do Acre vs Google. Brasília – DF, 11/12/2013. Para interpretação desses casos, v. MONCAU, Luiz Fernando Marrey e ARGUELHES, Diego Werneck, *Marco Civil da Internet and Digital Constitutionalism, The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online*. Oxford University Press: Oxford, 2019. No prelo.

⁷⁷¹ v. FRYDMAN, Benoît; HENNEBEL, Ludovic; LEWKOWICZ, Gregory. Co-regulation and The Rule of Law In: BROUSSEAU, Eric; MARZOUKI, Meryem e MÉADEL, Cécile, *Regulation, Governance and Powers on the*

aos intermediários, prevendo que esses provedores não devem ser tratados como editor ou emissor de conteúdos, não podendo, também, ser responsabilizados por monitorá-los ou executar as políticas públicas a eles aplicáveis, exceto nos casos previstos em lei (especificamente, aqueles relacionados à legislação criminal, propriedade intelectual e tráfico sexual e prostituição⁷⁷²).

Sendo a taxonomia acerca desses arranjos institucionais extremamente variada, a classificação como correção, por si, não nos diz muito sobre os efeitos ou limitações de um determinado quadro. Por isso, mais do que refutar a classificação de regimes de responsabilidade de intermediários em correção (já que eles variam sensivelmente entre si), importa analisar as suas implicações para o ambiente regulatório que daí resulta.

Não se verifica no sistema brasileiro (ou no norteamericano, usado no exemplo dos autores) uma partição de competências que imprima um caráter híbrido ao resultado final da política pública; alguma dinâmica constante de supervisão institucional dessas atividades, ou, ainda, a aplicabilidade de mecanismos de transparência que permitam o seu escrutínio. Para fins de comparação, vale observar a experiência alternativa alemã na regulação da matéria, que junto com a previsão de um regime de responsabilidade, hoje também se caracteriza pela incidência do NetzDG.

Por força da Diretiva de E-Commerce da União Europeia, aplica-se na Alemanha um regime que limita a possibilidade de responsabilização de intermediários, implementado pelas plataformas a partir da instituição de sistemas de notificação para retirada de conteúdo. Seguindo iniciativa tomada em nível europeu, o Ministério da Justiça alemão tentou em 2016 estimular esforços autorregulatórios visando a implementação e o aperfeiçoamento dos mecanismos de denúncia de conteúdos infratores⁷⁷³. Diante da baixa aderência por parte do mercado, em 2017 foi aprovado o NetzDG, com o objetivo de melhorar o nível de aplicação e execução das leis nas redes sociais e plataformas de compartilhamento (especificamente, ele se

Internet. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 133-150. De fato, para os autores a correção se verifica sempre que o Estado coloca pressão nos agentes que configuram “pontos de controle” para obter resultados regulatórios.

⁷⁷² Congress of the United States of America, 47 U.S.C. §230, US Communications Decency Act, 03 jan. 2012. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title47/pdf/USCODE-2011-title47-chap5-subchapII-partI-sec230.pdf> Acesso em 24 abr. 2016 e Congress of the United States of America, *Public Law No. 115-164*, H.R.1865 - Allow States and Victims to Fight Online Sex Trafficking Act of 2017, 04 nov. 2018. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/1865/text>. Acesso em: 28 nov. 2018.

⁷⁷³ SCHULZ, Wolfgang. Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG, *HIIG Discussion Paper Series*, 2018-01, 13 aug. 2018, pp. 1-14, p. 5. Disponível em: <https://www.hiig.de/wp-content/uploads/2018/07/SSRN-id3216572.pdf>. Acesso em: 27 maio 2019.

aplica às ofensas previstas no Código Penal Alemão, com foco em matérias relacionadas a direitos coletivos, segurança pública e normas que salvaguardam os direitos individuais, como insultos, calúnias e difamação⁷⁷⁴).

Conforme mencionado anteriormente⁷⁷⁵, as principais obrigações trazidas pela lei orbitam ao redor da criação de um sistema de gerenciamento de reclamações eficaz e transparente (estipulando processamento e prazos máximos para resposta) e o seu monitoramento através da elaboração de relatórios semestrais sobre a atividade de gerenciamento de reclamações⁷⁷⁶. Apesar da sua promulgação ter sido precedida por preocupações quanto a possíveis efeitos extraterritoriais e bloqueios em excesso⁷⁷⁷, o NetzDG tem o papel de incrementar o arranjo institucional aplicável às plataformas, empregando alguns critérios e mecanismos de monitoramento dos conteúdos denunciados e removidos – sendo, assim, essencialmente corregulatório.

De fato, esse sistema de monitoramento através de relatórios teria potencial relevante para aprimorar e publicizar a atividade de moderação de conteúdo conduzida pelas plataformas, mas deixa a desejar na sua implementação em razão do seu escopo restrito. Além de tratar somente das ofensas previstas no Código Penal Alemão (deixando de fora, por exemplo, discursos de ódio e disseminação dolosa de informação falsa), o NetzDG institui um mecanismo de apuração de denúncias paralelo aos sistemas de notificação inspirados pelo regime da Diretiva de E-Commerce e aos mecanismos das próprias plataformas de moderação de conteúdo. Ainda, é apenas sobre o conteúdo retirado com base nesse primeiro mecanismo que as obrigações de monitoramento e supervisão recaem, deixando de fora do escopo da lei o volume de conteúdo mais significativo e cuja regulação é feita de forma mais privatizada e menos transparente.

Apesar dessas limitações, o NetzDG oferece uma alternativa corregulatória que pode inspirar outras iniciativas ou até revisões dos seus próprios termos. Ainda que seu escopo seja

⁷⁷⁴ Ibid., loc cit.

⁷⁷⁵ Capítulo 3, seção 3.3.3.

⁷⁷⁶ Para uma abordagem mais detalhada, v. THEIL, Stefan. The German NetzDG: A Risk Worth Taking? *Verfassungsblog*, 8 fev. 2018. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/the-german-netzdg-a-risk-worth-taking/> Acesso em: 28 nov. 2018.

⁷⁷⁷ Aparentemente infundadas, conforme seção 3.3.3.

considerado tímido⁷⁷⁸, os mecanismos que ele propõe têm potencial para produzir influência favorável na publicidade da regulação do discurso online e nos próprios debates⁷⁷⁹. Naturalmente, não se espera que ele resolva os complexos desafios envolvidos na regulação de conteúdo online, mas isso não impede que seja considerado um passo na direção correta. Conforme apontado por Stefan Theil,

Em vez de comprometer a liberdade de expressão, [o NetzDG] promete contribuir para debates mais inclusivos, dando menos destaque às vozes altas e radicais. De qualquer forma, parece razoável deixar que esse experimento regulatório atue e observe se os temores sobre um "efeito inibidor" da liberdade de expressão são corroborados pelas evidências. Uma revisão da lei e de seus efeitos é planejada após um período inicial de três anos de operação, que deve fornecer dados amplos e experiência regulatória, limitando o escopo de possíveis danos.⁷⁸⁰

Por sua vez, a política brasileira de regulação de conteúdo em plataformas repousa na atuação do judiciário e na autorregulação. Como visto, por força do art. 19 as plataformas somente são obrigadas a remover conteúdo mediante decisão judicial (ou seja, podem fazê-lo espontaneamente de acordo com critérios próprios⁷⁸¹).

Do ponto de vista normativo, a implementação deste tipo de regime pode ser criticado porque resume a regulação do discurso a um “teste de responsabilidade”⁷⁸² aplicado aos intermediários – que, por sua vez, não deveriam ser colocados na posição de decidir se removem ou não um determinado conteúdo. Segundo o Relatório Especial da ONU sobre

⁷⁷⁸ HELDT, Amélie Pia. Taking Speech Regulation Slightly: The NetzDG Reports. *Law And Social Media*, 29 aug. 2018. Disponível em: <https://lawandsocialmedia.wordpress.com/2019/03/02/taking-speech-regulation-slightly-the-netzdg-reports/>. Acesso em 24 abr. 2019.

⁷⁷⁹ THEIL, Stefan. The German NetzDG: A Risk Worth Taking? *Verfassungsblog*, 8 fev. 2018. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/the-german-netzdg-a-risk-worth-taking/>. Acesso em 28 nov. 2018.

⁷⁸⁰ Ibid. Trecho original em inglês: “*While the NetzDG is unlikely to resolve all challenges surrounding social media and freedom of expression, and undoubtedly presents a certain risk of stifling expression online, I believe it is nonetheless a significant step in the right direction. Rather than undermine freedom of expression, it promises to contribute to more inclusive debates by giving the loud and radical voices less prominence. In any case, it appears reasonable to let this regulatory experiment play out and observe whether fears over a ‘chilling effect’ on free expression are borne out by the evidence. A review of the law and its effects is planned after an initial three year operation period, which should deliver ample data and regulatory experience while limiting the scope for potential harm.*”

⁷⁸¹ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade Civil dos Provedores de Acesso e de Aplicações de Internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). In: George Salomão Leite; Ronaldo Lemos. (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1. Ebook, pp. 1-25, p. 3-4.

⁷⁸² GASSER, Urs, SCHULZ, Wolfgang. Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Studies. *Berkman Center Research Publication*, no. 2015-5, 18 fev. 2015, p. 9. Disponível em: <http://bit.ly/2JzCUx3> Acesso em: 27 set. 2018.

Promoção e Proteção do Direito de Livre Expressão e Opinião de 2013⁷⁸³, esse juízo de legalidade deve ser de competência de tribunal ou órgão administrativo independente dentro de um governo para julgar a legalidade ou ilegalidade de disponibilizar o conteúdo. Nesse sentido, o sistema brasileiro se alinha com a proteção da liberdade de expressão a partir da institucionalização da revisão e ponderação de direitos no judiciário. É importante destacar, a despeito disso, que essa escolha “sobrecarrega os tribunais para desenvolver um sistema de responsabilidade coerente nesse ambiente complexo” e que eles “não foram projetados para antecipar os efeitos secundários de seus julgamentos com a expertise que a matéria exige”⁷⁸⁴. Os incentivos criados pelos julgamentos e a estrutura de governança que emergem disso não podem ser facilmente antecipados pelos tribunais.

Além disso, o controle judicial tem como característica a seletividade, no sentido de que só chegam a ele os casos individuais em que se busca ativamente reparação. Isso significa que ficam de fora do mecanismo de institucionalização uma série de casos em que a pessoa escolheu não judicializar, ou em que sequer teve notícia de que havia algo errado. Muitos conteúdos restam como objeto de moderação baseada em autorregulação, e sobre essas retiradas e políticas não recaem quaisquer mecanismos de aferição. Conforme apontado por Daphne Keller:

A norma estabelecida parece oferecer um equilíbrio no exercício de direitos, na medida em que retira do provedor a pressão de remover todo e qualquer conteúdo apontado como ilícito, o que atingiria em cheio a liberdade de expressão na rede, **mas não o impede de assim proceder caso entenda que o material questionado é realmente contrário aos termos de uso e demais políticas que regem o funcionamento da plataforma.**⁷⁸⁵ (grifado)

Desta forma, o marco legal do art. 19 acaba se aproximando mais de um regime de autorregulação onde os intermediários conduzem uma parte relevante da regulação de conteúdo em geral, passíveis de responsabilização civil de acordo com o escrutínio judicial. Enquanto esse arranjo traz notórias vantagens para a proteção da liberdade de expressão, é possível cogitar-se os efeitos positivos que quadros institucionais mais estruturados ou diversificados

⁷⁸³ RUE, Frank de la. *Relatório Especial da ONU sobre Promoção e Proteção do Direito de Livre Expressão e Opinião*. Conselho de Direitos Humanos, Organização das Nações Unidas, 2013. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.40_EN.pdf. Acesso em: 30 mai. 2019.

⁷⁸⁴ GASSER, Urs, SCHULZ, Wolfgang. Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Studies. *Berkman Center Research Publication*, no. 2015-5, 18 feb. 2015, p. 8. Disponível em: <http://bit.ly/2JzCUx3>. Acesso em: 27 set. 2018.

⁷⁸⁵ LEMOS, Ronaldo, SOUZA, Carlos Affonso, BOTTINO, Celina (Coords.). *Marco Civil da internet: jurisprudência comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Ebook.

poderiam ter sobre a matéria. Afinal, casos como de Christchurch, bem como campanhas de ódio e desinformação ainda encontram nessas plataformas um ambiente propício para a sua disseminação, o que já vem sendo interpretado por alguns ordenamentos jurídicos como um indicativo de que a responsabilização de intermediários pode não ser estratégia suficiente.

No Reino Unido, por exemplo, está em discussão proposta do governo de regulação de “danos online”⁷⁸⁶, definidos, de forma geral, como

conteúdo ou atividade online que prejudica usuários individuais, particularmente crianças, ou ameaça nosso modo de vida no Reino Unido, seja minando a segurança nacional ou reduzindo a confiança e minando nossos direitos, responsabilidades e oportunidades compartilhados para promover a integração.⁷⁸⁷

Baseada na criação de um “dever de cuidado” para os intermediários, propõe-se, do ponto de vista institucional, a criação de um órgão regulador que se ocupe das empresas que permitem que usuários compartilhem ou acessem conteúdo gerado por outros usuários.⁷⁸⁸ Por si, tais propostas não devem ser necessariamente enquadradas como adequadas ou não, constitucionais ou não. Há agências reguladoras voltadas para o controle de conteúdo em formatos diversos, como a agência Sul Coreana dedicada a matérias deste tipo (à exceção da infração a direito autoral)⁷⁸⁹, de um lado, e de outro, numa versão mais extrema, a Agência

⁷⁸⁶ Tradução livre da expressão “online harms”, conforme o relatório: Her Majesty’s Government, *Online Harms White Paper*, UK: APS Group, April 2019. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/793360/Online_Harms_White_Paper.pdf/ Acesso em 16/04/2019

⁷⁸⁷ Trecho original em inglês: “*online content or activity that harms individual users, particularly children, or threatens our way of life in the UK, either by undermining national security, or by reducing trust and undermining our shared rights, responsibilities and opportunities to foster integration*”. A lista de conteúdos dentro do escopo da proposta inclui: “Exploração e abuso sexual infantil, conteúdo e atividade terrorista, crime organizado de imigração, escravidão moderna, pornografia extrema, disseminação não consentida de imagem íntima, assédio e perseguição virtual, crimes de ódio, incentivo ou assistência ao suicídio, incitação à violência, venda de produtos e serviços ilegais, como drogas e armas (na internet aberta), conteúdo carregado ilegalmente de prisões, sexting de imagens indecentes por menores de 18 anos (criar, possuir, copiar ou distribuir imagens indecentes ou sexuais de crianças e jovens com menos de 18 anos), cyberbullying e trolling, conteúdo e atividade extremista, comportamento coercitivo, intimidação, desinformação, conteúdo violento, defesa da autoflagelação, promoção da mutilação genital feminina, exposição a conteúdo legal por menores de idade, acesso a pornografia por menores de idade, acesso a material impróprio para crianças (inclusive menores de 13 anos utilizando as mídias sociais e menores de 18 anos usando aplicativos de namoro; tempo de tela excessivo)”. (Her Majesty’s Government, *Online Harms White Paper*, UK: APS Group, April 2019, p. 31. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/793360/Online_Harms_White_Paper.pdf/ Acesso em: 16 abr. 2019)

⁷⁸⁸ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade Civil dos Provedores de Acesso e de Aplicações de Internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). In: George Salomão Leite; Ronaldo Lemos. (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1. Ebook, pp. 1-25, p. 19-20.

⁷⁸⁹ PARK, Kyung-Sin. Intermediary Liability – Not Just Backward but Going Back In: GASSER, Urs; SCHULZ, Wolfgang. *Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Case Studies*. *Berkman*

Vietnamita que emite licenças para provedores de redes sociais, requisito indispensável para seu funcionamento⁷⁹⁰. Não se deve, assim, associá-las a solução ou a inadequação necessária.

Sua instituição deve, contudo, ser analisada sob a perspectiva de que a governança de conteúdo na Internet é protagonizada por atores diversos, e a adição de um órgão regulador a essa rede não necessariamente irá solucionar as atuais deficiências de modelos de responsabilidade. Pelo contrário, dependendo do modelo de administração pública que basear essas possíveis instituições, é possível que se gere mais incentivos à restrição da liberdade de expressão (por exemplo, pela implementação de regulamentos baseados em comando e controle, ou porque a montagem de um aparato administrativo nesse sentido geraria um efeito de cautela ainda mais inibidor sobre os intermediários, que poderiam se ver condicionados a realizar mais bloqueios). Mais proveitoso do que a expansão do sistema de governança existente, pode ser o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle, transparência e responsabilidade sobre as estruturas que já existem – no formato que sugere, por exemplo, a lei alemã NetzDG.

4.2.3. Como regula: formas e estratégias

Dado que a regulação de discurso precede as atividades da plataforma, sempre haverá, em maior ou menor grau, algum arcabouço jurídico aplicável. A maior parte dos ordenamentos tem previsões em matéria cível e penal que se aplicam transversalmente a meios diversos, tratando, por exemplo, de danos à honra, legislação eleitoral, proteção de menores e discurso de ódio. Essas infrações não deixam de se configurar porque foram cometidas em ambientes virtuais, ainda que isso desafie as lógicas tradicionais de execução da regulação.

Na seção anterior, apontamos que o resultado final da regulação de conteúdo é na verdade resultado de uma estrutura de governança, que não se limita à previsão legal de um

Center Research Publication, No. 2015-1, 18 feb. 2015, Appendix C. Disponível em: <http://bit.ly/2JzCUx3> Acesso em 27 set. 2018.

⁷⁹⁰ NGUYEN, Thuy. Roles and Liabilities of Online Intermediaries in Vietnam – Regulations in the Mixture of Hope and Fear In: GASSER, Urs; SCHULZ, Wolfgang. Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Case Studies. *Berkman Center Research Publication*, No. 2015-1, 18 feb. 2015, Appendix H. Disponível em: <http://bit.ly/2JzCUx3> Acesso em 27 set. 2018.

regime de responsabilidade. Isso se reflete de forma mais clara sob a perspectiva das formas, onde se destaca a necessidade de uma análise holística que considere a interação (ou não) de todos esses elementos⁷⁹¹.

Junto com os marcos legais de responsabilidade de intermediários, podem produzir efeitos instrumentos de direito privado (como termos e condições e políticas de uso) e de *soft law* (como códigos de conduta e diretrizes), funções de polícia delegadas a entidades de terceiro setor, além das ferramentas tecnológicas, como filtros de conteúdo. Na experiência brasileira, os mecanismos mais relevantes para essa dinâmica são as decisões judiciais e aqueles utilizados pelas próprias plataformas, no âmbito do que é autorregulado.

Dentro do escopo do art. 19 do Marco Civil, o que se aplica é um regime de responsabilidade com previsão estatutária, fiscalizado pelo poder judiciário, onde se delega às plataformas (ainda que indiretamente, através da isenção de responsabilidade) as funções de regular e executar as políticas públicas já vigentes em outras leis. Apesar da sua estrutura normativa, o regime brasileiro não é dotado da rigidez que costuma caracterizar os sistemas de comando e controle. Justamente por centrar a regra na isenção de responsabilidade, ele dá espaço para conformação por parte do agente privado que aplica a regra (o que, como apontado, foi justamente seu intuito de não criar incentivos para que esses operadores não bloqueassem conteúdo em excesso).

Ou seja, em termos absolutos, uma determinada mensagem que tenha conteúdo difamatório, por exemplo, só será de fato retirada e a lesão ao direito somente será sustada em absoluto depois que houver uma decisão judicial que obrigue a plataforma a tanto. Apesar do possível entendimento de que essa dinâmica prejudica as possibilidades de indenização e, por conseguinte, a eficácia das regras que controlam o discurso (como é o núcleo da argumentação do RE nº 1.037.396/SP), é importante notar que não se exime os intermediários de responsabilização em caso de dano. A reparação, quando cabível, porque assim reconhecida por um juiz, deverá ser realizada, prevalecendo a segurança jurídica.

Contudo, há algumas limitações das decisões judiciais que devem ser apontadas no âmbito desta análise. Além das questões institucionais acima apontadas (como a seletividade e a inaptidão para calcular efeitos sistêmicos), os processos judiciais brasileiros são conhecidos por sua lentidão, o que limita a sua utilização para casos que requerem maior urgência.

⁷⁹¹ GASSER, Urs, SCHULZ, Wolfgang. Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Studies. *Berkman Center Research Publication*, no. 2015-5, 18 feb. 2015, p. 18. Disponível em: <http://bit.ly/2JzCUx3>. Acesso em: 27 set. 2018.

Fora do escopo do Marco Civil, no âmbito da moderação de conteúdo protagonizada pelas plataformas, encontramos a atuação através de instrumentos de *soft law*, remoção a partir de notificação, e ferramentas tecnológicas de filtragem.

As remoções a partir de notificação são os procedimentos organizados pelas plataformas onde elas montam sistemas de recebimento, apuração e decisão sobre denúncias de usuários em relação a conteúdos. Apesar da sua adoção espontânea ser comum, também é possível verificar alguns casos em que o marco legal de responsabilidade de intermediário exige a sua implementação. É o que acontece no Canadá, onde os arts. 41.25 a 41.27 do *Copyright Modernization Act*⁷⁹² estipulam exigências relacionadas a garantia de contraditório e devido processo diante da apuração de tais denúncias⁷⁹³. Na prática, isso significa que um determinado conteúdo só deve ser removido mediante denúncia de um usuário após notificação do responsável por sua postagem, dando oportunidade para prestação de esclarecimentos e

Por sua vez, os filtros de conteúdo também cumprem um papel, apesar do Brasil não ter instituído obrigação expressa de instalação – o que, aliás, seria considerado inconstitucional diante da vedação à censura prévia prevista no art. 5º, IX da Constituição. Apesar disso, é comum as plataformas os instalarem para combater a disseminação de conteúdo dentro dos seus próprios termos, como o faz, por exemplo, o site Youtube, que dispõe da ferramenta conhecida como “Content ID”⁷⁹⁴ para bloquear conteúdos supostos infratores de direito autoral.

Ainda existem outras estratégias e exemplos que poderiam ser citados; contudo, nenhum deles esgota as questões que se relacionam com regulação de conteúdo – muito menos uma estratégia calcada apenas no controle judicial⁷⁹⁵.

⁷⁹² Como acontece, por exemplo, no Canadá House of Commons of Canada, *Copyright Modernization Act*, S.C 2012, c. 20, 29 jun. 2012. Disponível em: https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/annualstatutes/2012_20/page-1.html Acesso em: 28 set. 2018.

⁷⁹³ Tais exigências também foram consignadas em documentos setoriais de soft law como o conhecido como “Princípios de Manilla”. V. Global Civil Society, *Manilla Principles on Intermediary Liability: Best Practices Guidelines for Limiting Intermediary Liability for Content to Promote Freedom of Expression and Innovation*, v. 1.0, 24 march 2015. Disponível em: https://www.eff.org/files/2015/10/31/manila_principles_1.0.pdf. Acesso em: 20 mai. 2019.

⁷⁹⁴ Youtube. Como funciona o content ID. Youtube ajuda. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=pt>. Acesso em: 14 jun. 2019.

⁷⁹⁵ KELLER, Daphne. Internet Platforms: Observations on Speech, Danger and Money. *Aegis Series Paper*, No. 1807. Hoover Working Group on National Security, Technology, and Law, 13 June 2018. Disponível em: https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/keller_webreadypdf_final.pdf Acesso em 28 nov. 2018.

4.2.4. Conclusões parciais

A regulação de plataformas de compartilhamento de conteúdo no Brasil tem expressão institucional principal no art. 19 do Marco Civil da Internet, que estabelece a isenção de responsabilidade dos provedores de serviço online diante de conteúdo postado por terceiros, exceto em caso de decisão judicial em sentido contrário. Tal disposição deve ser reconhecida como uma escolha do regulador brasileiro por privilegiar a liberdade de expressão nessas plataformas, evitando criar incentivos para que esses agentes realizem remoções de conteúdo em excesso.

Partindo para a sua análise sob a perspectiva de legitimidade regulatória proposta, a inovação como justificativa para regulação se relaciona aqui, mais uma vez, com a instituição de um marco regulatório que provê segurança jurídica para a atividade empreendedora. Assim, um agente de mercado ciente dos limites de sua responsabilização, tem liberdade de seguir com o desenvolvimento de seu negócio sem temer demandas futuras que possam prejudicá-lo. Contudo, não se esgotam aqui as preocupações que devem ocupar o regulador em relação à inovação em plataformas. Principalmente no âmbito da regulação setorial, é importante, por exemplo, a atenção para alternativas legitimadoras de novos serviços mas que não cedam aos perigos da harmonização regulatória.

Em relação ao arranjo institucional, a instituição do art. 19 não deve ser entendida como um arranjo corregulatório, uma vez que não se verifica no dispositivo partição de competências que imprima um caráter híbrido ao resultado final da política pública, dinâmica de supervisão institucional ou a aplicabilidade de mecanismos de transparência que permitam o escrutínio das escolhas regulatórias feitas pelos particulares. O que prevalece no contexto brasileiro é a atuação do poder judiciário, que se limita pelas suas características essenciais de seletividade, uma vez que só chegam para sua apreciação os casos em que os usuários dispunham dos recursos materiais e imateriais para conduzir uma demanda. No presente caso, isso deixa um largo espectro de conteúdo sujeito à autorregulação pelas plataformas, que podem promover remoções e bloqueios com base em táticas próprias de moderação.

Esse arranjo institucional tem reflexos nas formas e estratégias adotadas. Nessa perspectiva, fica bem evidente o quanto o desenho regulatório final desta matéria se aproxima de um quadro de governança, onde condutas protagonizadas por agentes diversos produzem efeitos no resultado final. Em primeiro lugar, verifica-se, além das disposições estatutárias do Marco Civil, implicações equiparáveis a políticas públicas que podem ser extraídas da

jurisprudência do STJ. Além disso, também são aplicados instrumentos de *soft law* (ainda que com baixa relevância), políticas de notificação e remoção de conteúdo e ferramentas tecnológicas de filtragem e bloqueio. Não é possível atribuir o resultado final a nenhuma delas especificamente, mas somente ao seu conjunto. No contexto brasileiro, cabe atentar para os mecanismos aplicados além do controle judicial, sobre os quais não se exercita escrutínio público, restando, assim, maior espaço para possíveis violações.

CONCLUSÃO

1. O *objeto* de estudo desta tese é a regulação nacional dos serviços prestados através da infraestrutura da Internet. Seu *objetivo* é demonstrar que, enquanto há um papel importante a ser cumprido pelo Estado nessa regulação, a natureza técnica da Internet e as estruturas de governança que já a condicionam impõem desafios aos governos que demandam uma abordagem específica do ambiente regulatório, principalmente em relação aos requisitos de legitimidade e eficiência da regulação. Em segunda ordem, o trabalho tem o objetivo de consolidar uma base teórica e empírica da matéria apta a informar os debates correntes na experiência brasileira.
2. A discussão sobre a regulação da Internet vem evoluindo junto com seu processo de transformação e expansão. Sendo resultado de décadas de desenvolvimento tecnológico, a Internet se expandiu para o uso civil e comercial no início da década de 90, e a partir daí, passou a permear as diversas esferas da vida, tornando-se ferramenta de trabalho e lazer, de exercício da cidadania e da identidade.
3. A partir dessa expansão, começa um debate teórico sobre a implementação do direito posto na esfera virtual, ainda como uma possibilidade. Nesse momento, destaca-se o movimento teórico definido como *excepcionalismo*, de acordo com o qual a Internet, uma rede com configuração única, constituiria uma força democratizante, descentralizada e sem limites territoriais, estando assim imune ao poder institucional por partes dos governos estabelecidos. Guardadas as suas variações, o excepcionalismo alimentou a percepção de parte da academia de que a Internet seria impossível de controlar.
4. Essa concepção é superada a partir da constatação inexorável de que a arquitetura de sistemas a partir da qual a Internet é construída constitui, em si, uma forma de regulação (sendo referências nesse sentido os trabalhos de Joel Reindeberg e Lawrence Lessig). As suas capacidades técnicas e a forma como seus sistemas são desenhados impõem regras de comportamento aos usuários, sendo a implementação de políticas de uso, informação e acesso inerentes ao desenho das redes e suas configurações. Tudo que se faz online, se faz porque assim é permitido, e assim é permitido pelos responsáveis por esses códigos – a cadeia de empresas e agentes que operam os serviços que, em conjunto, materializam o acesso à Internet.

5. A partir daí, o foco do debate se torna não a possibilidade, mas a forma adequada de garantir a aplicação de políticas públicas ao mundo virtual. Nas décadas que se seguiram, uma série de iniciativas regulatórias desses serviços se revelaram ineficientes (por não cumprirem os objetivos que as fundamentaram) ou ilegítimas (por imporem restrições desproporcionais a direitos fundamentais e liberdades econômicas).

6. Hoje, esse debate sobre a regulação de serviços prestados através da Internet é caracterizado por uma animosidade pública em relação às grandes empresas de tecnologia, rotulada de *techlash*. Tal cenário pode ser relacionado às revelações que ocuparam o debate público nos anos recentes envolvendo, principalmente, vazamentos e comercialização de dados, práticas de vigilância e o papel que as plataformas supostamente vêm cumprindo como reguladores de conteúdo, principalmente durante as campanhas que precedem pleitos eleitorais. Nesse contexto, é possível reconhecer uma maior pressão sobre os governos nacionais para implementar medidas capazes de combater falhas desse tipo.

7. Torna-se, assim, ainda mais relevante o estudo sobre as peculiaridades dessa rede de redes e sobre como elas devem afetar as políticas públicas implementadas pelos Estado nação. Diante disso, a presente tese estabelece que as características técnicas da Internet, bem como a estrutura de governança que se desenvolveu com base nelas, exigem um desenho regulatório próprio.

8. Assim, tratou-se no primeiro capítulo de descrever essas peculiaridades da sua composição técnica, uma vez que elas influenciam os juízos sobre racionais regulatórios e aparatos institucionais que devem compor seu desenho regulatório. Os responsáveis por executar a política regulatória, bem como os motivos que a informam, são medidas de legitimidade inseparáveis dos arranjos de arquitetura e escolhas técnicas específicas. Isso se expressa na importância das motivações reconhecerem o seu potencial para promoção de liberdade de expressão e desenvolvimento econômico (dentre outros), ao passo em que a execução da regulação passa irremediavelmente por atores privados. E ainda, para serem eficientes, essas políticas precisam presumir a composição técnica da rede e as suas implicações na experiência virtual concreta.

9. A Internet é uma rede global de redes interconectadas, resultante de décadas de desenvolvimento técnico. A forma como o seu processo de evolução se deu determinou as

características sobre as quais ela cresceu e se diferenciou de todas as tecnologias de comunicação que haviam existido até então. Valores como flexibilidade, descentralização e abertura compõem a sua genética, e a descrição das circunstâncias determinantes para o seu resultado final importa para a avaliação dos impactos que a sua conversão por eventuais regimes regulatórios nacionais pode causar.

10. Diante da complexidade de sua constituição, ela pode ser dividida em três camadas (tomada por referência aqui a classificação de Yohai Benkler): uma camada física (que se refere à infraestrutura, incluindo instalações de transmissão, como cabos de fibra óptica e sistemas de telefonia, estruturas e diferentes tipos de *hardwares*), uma camada de código (inclui recursos virtuais e padrões técnicos exclusivos da Internet, que se traduzem em recursos críticos para a sua operação – por exemplo, endereços IP, nomes de domínio, protocolos padrões da Rede Mundial de Computadores) e uma camada de conteúdo (que incluiria desde os aplicativos com os quais os usuários finais e os dispositivos interagem diretamente até os conteúdos que nele circulam – como textos alfanuméricos, áudios, imagens, vídeo e multimídia de todos os tipos). Nela, escolhas de design têm implicações significativas em termos de política pública, que podem se relacionar com áreas tão diversas quanto a privacidade, a imposição de direitos de propriedade intelectual, a proteção dos vulneráveis e os debates que se relacionam de forma geral com liberdade de expressão, censura privada e acesso ao conhecimento.

11. Dentre as características dessa rede, foram destacadas: a sua abertura, os princípios da neutralidade de rede e o *end to end*, as “invariáveis” e a regulação por design tecnológico inerente à sua composição. A ideia de abertura se relaciona com a possibilidade de livre circulação de pacotes de dados pela rede, de forma eficiente e não discriminatória. Apesar da essência técnica da ideia de abertura, ela também tem relevância no sentido econômico e no sentido social. No sentido econômico, ela se relaciona com a capacidade dos usuários se conectarem e usarem a Internet para diferentes propósitos, aumentando suas oportunidades econômicas. Em perspectiva mais ampla, a abertura econômica também pode ser relacionada à propensão à inovação, que junto com o capital físico (infraestrutura) e humano (força de trabalho e expertise) é um dos fatores de produção essenciais ao crescimento e desenvolvimento econômico das nações.

12. Por sua vez, a abertura social se refere ao uso da Internet para expandir oportunidades “não pecuniárias”, como a facilitação do contato com amigos e família e o acesso a mais

informações sobre tópicos de interesse. Nesse sentido, a abertura se constitui a partir da garantia *online* dos direitos humanos já conhecidos, como liberdade de expressão, liberdade de associação, privacidade, não discriminação e direito à educação. Desta forma, a abertura social seria favorecida, por exemplo, quando leis restringindo a expressão política são flexibilizadas, mas diminuiria caso o governo fechasse uma eventual plataforma que disponibilize material educacional online.

13. Já a neutralidade de rede e o princípio *end to end* são características técnicas interligadas, que se tornaram verdadeiros corolários em matéria de governança da Internet. Ambos se relacionam com a ideia que permeia o conteúdo de abertura – a livre circulação de dados pela rede, sem possibilidade de discriminação de conteúdo. O argumento *end to end* é um princípio de desenho arquitetônico que organiza a divisão de funções, segundo o qual a inteligência da rede deveria se localizar em seus pontos finais – ou seja, na camada onde os seus usuários trocam informações, e não na camada de infraestrutura por onde essa informação é trocada.

14. Desta escolha arquitetônica deriva o argumento da neutralidade de rede, segundo o qual não poderia haver tratamento discriminatório dos conteúdos que por ali trafegam. Isso impediria, por exemplo, que os operadores cobrem dos usuários valores diferenciados pelo tráfego de dados utilizados, ou que privilegiem de alguma forma a qualidade do tráfego do conteúdo de determinados serviços – possivelmente até os deles mesmos, considerando que muitas dessas empresas são integradas verticalmente com provedores de conteúdo de diferentes naturezas.

15. Já as invariáveis são um grupo de atributos que definem e sustentam a operação da Internet, permitindo a concretização da sua abertura em todos os aspectos. Seu conteúdo pode se relacionar com escolhas técnicas ou políticas na forma como a rede funciona, e sua importância para essa operação como a conhecemos é tal que é possível dizer que essas características definem a sua própria essência. Com base na classificação de Leslie Daigle, foram consideradas aqui o acesso global, a interoperabilidade, o propósito geral, e a propensão à inovação.

16. Ainda, uma característica determinante da Internet que decorre da sua composição técnica é a função regulatória exercida por códigos e algoritmos que baseiam a sua operação. É possível afirmar que a Internet é um ambiente regulado em si mesmo, através dos códigos e

critérios que estabelecem seus limites físicos e virtuais. O que esses códigos permitem ou não permitem que as pessoas façam no ambiente *online* já constitui uma forma de regulação inerente ao sistema, que funciona de forma similar à arquitetura no mundo físico. Neste sentido, é possível dizer que o código funciona como a "lei" do ciberespaço, determinando que tipo de comportamentos serão aceitos e quais não.

17. A programação por código determina um número incontável de condutas individuais e coletivas no mundo virtual, com efeitos mais ou menos abrangentes. Por exemplo, tanto o exercício individual de liberdade de expressão (condicionado pelo que as interfaces permitem que seja publicado) quanto a possibilidade de disponibilização para o público de determinados serviços virtuais (que precisa obedecer a protocolos de interoperabilidade) dependem do cumprimento de requisitos pré-determinados e materializados através de códigos.

18. Não se deve associar a regulação por código exclusivamente à regulação privada, dado que a manipulação do código também pode ser protagonizada pelos governos (principalmente os autoritários). De forma geral, as ferramentas prediletas dos governos são os filtros e bloqueios de conteúdos, que podem ser usados em larga escala - como no simbólico caso do governo Chinês, onde se mantém um dos mais difundidos e sofisticados sistemas de controle de acesso a conteúdo, famoso como *Great Firewall of China*.

19. No âmbito dessa regulação que é intrínseca à experiência virtual, os debates mais recentes têm por objeto a atuação dos algoritmos. Os algoritmos são uma forma de código com design altamente otimizado e rigoroso, que oferecem soluções automatizadas para problemas complexos. É seguro dizer que a expansão dos algoritmos (associados a tecnologias de inteligência artificial) leva as capacidades regulatórias da Internet a outro patamar. Indo além da construção de uma arquitetura, eles permitem respostas automatizadas distintas direcionadas a agentes diferentes. Considerando que essas tecnologias se alimentam de dados fornecidos ou gerados pelos próprios usuários durante a fruição de uma diversidade de serviços e aplicativos (públicos e privados), desenha-se um cenário em que elas terão cada vez mais informação para realizar análises preditivas. Além da influência de comportamento que se atribui a uma arquitetura que vale para todos os usuários de um determinado sistema, os algoritmos possibilitarão, cada vez mais, o condicionamento de comportamento individual dentro e fora da Internet.

20. Considerando as implicações institucionais desta natureza técnica, é intuitiva a conclusão de que a sua governança é tão antiga quanto ela própria. Afinal, desde a introdução da rede de redes, alguém gerencia a distribuição de nomes de domínio, os endereços de IP, as possíveis respostas a ameaças cibernéticas, a interconexão entre as redes autônomas que a compõem e uma série de outros aspectos técnicos, políticos e normativos que, em conjunto, formam o que conhecemos como a Internet global.

21. A análise desse sistema é importante porque ao contrário do que costuma acontecer nas áreas de políticas públicas com efeitos globais, neste caso os regimes nacionais entraram em um sistema de governança que já existia. Essa circunstância importa, uma vez que coloca a regulação nacional desses serviços como peça a ser encaixada num sistema de governança bem mais amplo que inclui não apenas instituições como as que foram citadas, mas também empresas privadas e organizações da sociedade civil, dentre outros agentes.

22. Ainda, tal sistema exige dos governos democráticos algum grau de convergência entre suas políticas públicas e o quadro geral, não apenas pela harmonização como um fim em si mesma, mas pela própria eficiência da regulação empregada. Num ambiente de acessibilidade global, onde as condutas são influenciadas por meios diferentes, o efeito de uma decisão política fica sujeito à observação dessa estrutura geral.

23. Dotada de um conteúdo tanto diverso quanto fluido, a governança da Internet sintetiza uma estrutura complexa de atores, práticas, tecnologias, e infraestruturas que interagem entre si. Cada um desses elementos se submete à pluralidade e descentralização das atividades que tomam forma no mundo virtual, bem como ao passo dinâmico das transformações, principalmente tecnológicas, que afetam cada um deles.

24. Apesar de já ter sido usado com acepções mais restritas no passado, hoje o termo pode ser entendido como o rótulo mais simples, direto e inclusivo para o conjunto contínuo de disputas e deliberações sobre como a Internet é coordenada, administrada e moldada para refletir políticas públicas (Mueller). A fim de proporcionar uma maior compreensão desse conteúdo tão diverso, propôs-se uma abordagem da governança da Internet partir de três perspectivas: subjetiva, objetiva e normativa.

25. Em relação à dimensão subjetiva, em um primeiro momento ela era associada somente às instituições intergovernamentais e multissetoriais que foram implementadas para administrar

e coordenar os recursos críticos da Internet, dos quais dependia a sua operação com alcance global (como o ICANN, IANA, IETF W3C). Hoje, essa compreensão abarca também fóruns de discussão e todos os demais atores que exercem influência em comportamentos online através de suas atividades. Isso inclui organizações da sociedade civil, empresas privadas e os próprios Estados-nação, através de suas legislações e práticas institucionais que influenciam a operação de todas essas estruturas dentro de um determinado território.

26. Sob a perspectiva objetiva, a governança da Internet se concretiza a partir de práticas e matérias que podem ser agrupadas de acordo com critérios diferentes. Em relação às camadas da Internet, por exemplo, há as questões de política pública que se relacionam com a proteção da infraestrutura, como interconexão entre provedores de telecomunicações, interoperabilidade, neutralidade de rede e as políticas de expansão da banda larga que permitam universalização do acesso. No segundo grupo, referente à camada lógica, estariam as atividades técnicas e a coordenação para definição e implementação de protocolos e gestão de recursos críticos, atividades em grande parte incorporadas por órgãos como ICANN, IETF e W3C. Por fim, na camada de conteúdo e aplicativos estariam as questões de governança, apesar de também lidarem com questões de interoperabilidade e interface, que se relacionam com áreas tão diversas quanto a privacidade individual, a liberdade de expressão, a imposição de direitos de propriedade intelectual e a proteção dos vulneráveis. Também estão nessa esfera os estudos de gestão do acesso ao conhecimento e de proteção de propriedade intelectual. Naturalmente, há questões que atravessam mais de uma dessas camadas.

27. A dimensão normativa da governança da Internet pode ser entendida como um conjunto de instrumentos normativos que engloba, dentre outros, tratados internacionais, regulações governamentais e instrumentos de direito privado e códigos e diretrizes caracterizados com *soft law*. Para os fins de caracterização da matéria a que se propôs o Capítulo 2, foram analisados os princípios de governança que informam essas políticas de forma geral. Como não há uma taxonomia única, foram analisadas algumas propostas derivadas de agentes diferentes.

28. À exceção de casos como o do Marco Civil, em que esses valores foram expressamente institucionalizados, esses documentos não são vinculantes; no entanto, a difusão de instrumentos do tipo e as semelhanças que guardam são responsáveis pela sua presença em debates sobre governança e regulação da Internet que acontecem dentro e fora das esferas de governo.

29. Finalizando a análise da estrutura de governança da Internet, foram abordados alguns dos recursos teóricos utilizados pela literatura para aferir ou reconhecer legitimidade nos resultados de política pública que essa estrutura gera. Especificamente, as ideias de multissetorialismo, responsabilidade social corporativa e constitucionalismo digital. Trata-se de recursos da retórica da governança da Internet, em busca de justificativas para uma estrutura extensa e global, onde diferentes esferas de poder influenciam umas às outras – mas, além de tudo, influenciam o comportamento dos indivíduos. Servem, assim, como forma de certificar (ou pelo menos tentar) que essa estrutura se mova no sentido do interesse público, e que não resulte em um ambiente digital fragmentado, autoritário ou que comprometa o exercício de liberdades individuais.

30. Encerrados os capítulos dedicados a uma abordagem descritiva da Internet e da sua estrutura de governança, o Capítulo 3 abordou o desenho regulatório adequado aos serviços prestados através de sua camada de conteúdo.

31. Constatou-se, em primeiro lugar, a necessidade de ancorar esse exame num conceito de legitimidade regulatória que transcenda as exigências de participação democrática, englobando, também, o requisito de eficiência.

32. No tocante à regulação de tecnologias de informação, a legitimidade regulatória centrada na eficiência é um requisito indispensável e um desafio de apuração e performance, que implica um juízo sobre se os reguladores têm o direito de intervir, e em caso positivo, sobre se os objetivos e a estratégia regulatória eleita são aceitáveis. E a definição do que seria aceitável ou não em relação à regulação da camada de conteúdo da Internet deve passar, necessariamente, pela consideração das características essenciais que a diferenciam e as suas implicações de natureza econômica e social.

33. Em seguida, examinou-se as formas pelas quais o Estado se relaciona com as tecnologias. Em relação à regulação, especificamente, a análise da literatura especializada de regulação de tecnologias revela que há um meio termo entre as ideias de que esses setores exigiriam quadros regulatórios novos e a de que bastaria a aplicação dos conceitos e institutos que desde sempre basearam essa atuação. Trata-se da necessidade de, com base nos institutos conhecidos e na experiência empírica, desenhar um ambiente regulatório aderente às características do setor de que se trata.

34. No caso da Internet como uma tecnologia autônoma, essa literatura dialoga com as correntes teóricas que se desenvolveram a partir da década de 90, debatendo a possibilidade dela ser regulada. Destacou-se a relação entre excepcionalismo e ciberlibertarianismo, sendo esse último definido pela convicção de que a Internet não pode ou não deve ser regulada, enquanto o excepcionalismo se basearia, essencialmente, no seu tratamento como algo único, extraordinário. A impossibilidade ou impertinência da regulação poderia figurar como consequência dessa excepcionalidade, mas também seriam possíveis outros cenários, em que o tratamento excepcional geraria não a ausência total de regulação, mas sim a necessidade de uma regulação customizada.

35. Essa diferença deu ao discurso excepcionalista maior flexibilidade e relevância histórica, permitindo a sua evolução ao passo das transformações técnicas, políticas e sociais que afetaram a Internet ao longo do anos. De fato, até na literatura que se posiciona contra a ideia de que a Internet seria excepcional do ponto de vista regulatório (ou seja, de que ela seria inevitavelmente regulada pelos governos), encontrou-se o reconhecimento de que, dependendo da perspectiva, ela pode ser, sim, considerada única (Tim Wu). E mais, ainda, essas peculiaridades deveriam ser, além de constatadas, protegidas.

36. Foram analisados os autores que se dedicaram a mapear essas peculiaridades e à fundamentação teórica da sua proteção. Nesse sentido, destacou-se: a metáfora empregada por Andrew Murray de um *Ciberestado pós regulatório*; a abordagem de Pamela Samuelson baseada em cinco prescrições de conduta regulatória (decidir se a ordem legal pré-existente pode ser aplicada ao novo fenômeno ou se são necessárias regras novas; considerar a inovação; formular estratégias regulatórias flexíveis; preservar direitos humanos e aceitar a necessidade coordenação global); e a formulação de quatro desafios peculiares advogada por Roger Brownsword (expressos nos requisitos de prudência regulatória; legitimidade regulatória; eficácia e conexão regulatória).

37. Considerando um conceito de legitimidade regulatória que inclui, além da participação democrática, exigências em relação à eficiência das políticas públicas implementadas, propôs-se uma abordagem do ambiente regulatório a partir de três perspectivas específicas – que, apesar de não esgotarem esse ambiente, são pilares essenciais do resultado final da política pública: a

motivação da regulação (*por que regular*), os arranjos institucionais mais eficientes (*quem regula*) e a forma como ela é implementada (*como regular*).

38. Em relação à motivação, essa análise precisa considerar, além dos racionais conhecidos de intervenção regulatória, a importância de promover e proteger a inovação. Pragmaticamente, essa exigência pode afetar a conduta do regulador diante do surgimento de novos serviços de maneiras diferentes, que não necessariamente se relacionam com inação. Pelo contrário, a atuação regulatória muitas vezes favorece a inovação por ser responsável por prover um nível mínimo de segurança jurídica necessário ao empreendimento. O resultado desse cálculo pode se expressar em algumas condutas que devem ser consideradas, como: escolha por omissão regulatória temporária; desenho de regimes de apoio à inovação que não operem de maneira contraproducente e muito menos proibitiva; regimes de responsabilidade sejam desenhados para proteger empresas inovadoras nascentes; legitimação de novos modelos de negócios e outras práticas que aumentem a confiança em novos serviços; restringir outros atores governamentais de decisões prejudiciais e eliminar situações em que obrigações vagas ou sobrepostas criem dificuldades para novos entrantes. No que toca a assimetria regulatória, é preciso considerar-se, ainda, a postergação da imposição de requisitos que se aplicam a empresas já consagradas, mas que poderiam prejudicar agentes de menor porte e a pertinência da extensão de regimes regulatórios pré-existentes.

39. Em relação aos arranjos institucionais, a atuação de intermediários como elemento essencial desses mercados pode se materializar no favorecimento de regimes autorregulatórios, e assim aconteceu nos primeiros anos de expansão da Internet para o uso civil. Diante das notórias limitações desses quadros para tratar de matérias de direitos fundamentais – com os quais se relacionam fundamentalmente as motivações para regular a camada de conteúdo da Internet – aumentou a demanda pela presença do Estado nesses espaços, trazendo como paradigma de arranjo institucional a correção (que tem maior expressão na experiência europeia).

40. Contudo, a correção, por si, é um conceito instável, dada a variedade da taxonomia, que implica a consideração de fenômenos diferentes sob o mesmo rótulo. Nesse espectro, é possível incluir desde delegação de competência para um agente privado, até estruturas de própria partição de competências entre Estado e particular (passando por sistemas de supervisão, implementação de mecanismos de monitoramento da atuação regulatória do

particular ou que empreguem requisitos de transparência e responsabilização). Assim, mais do que uma identificação específica dessas estruturas, é necessário um exame voltado para implicações de implementação e para os incentivos gerados pelo arranjo.

41. Ainda, sendo os campos tecnológicos caracterizados por uma realidade técnica complexa e alto grau de incerteza, o debate sobre formas e estratégias orbita ao redor das soluções que apresentam algum grau de flexibilidade em sua aplicação e das que se implementam via tecnologia. Presume, assim, uma insuficiência (não impertinência) das lógicas de comando e controle, que não estariam aptas a abordar níveis de performance desejáveis de forma satisfatória.

42. No Capítulo 4, esses parâmetros de desenho regulatório para a camada de conteúdo da Internet foram testados junto à experiência brasileira, especificamente, em relação aos marcos regulatórios da proteção de dados e da regulação de conteúdo em plataformas de compartilhamento.

43. Para fins de contextualização, foi abordado o panorama regulatório de fundo, onde se destaca a promulgação da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), com o claro objetivo de estabelecer as condições institucionais de um desenvolvimento da Internet que preservasse liberdades e direitos individuais. Constatou-se, também, que o Marco Civil é deferente às peculiaridades técnicas da rede descritas no Capítulo 1, principalmente no que toca as implicações políticas, econômicas e jurídicas de sua abertura.

44. Passando aos estudos de caso, em relação à regulação da proteção de dados a Lei nº 13.709/2014 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD) dá tratamento estrutural para a matéria no Brasil, consolidando na experiência nacional um paradigma centrado nos direitos dos titulares de dados, seu monitoramento e execução pela figura da autoridade, prevista no art. 55-A.

45. Os avanços de sua consolidação no ordenamento jurídico brasileiro são incontestáveis. Num contexto econômico caracterizado por alto grau de digitalização, a omissão do legislativo vinha arriscando os direitos dos cidadãos relacionados à autodeterminação informacional, além de manter o país num patamar institucional desfavorável no âmbito do comércio internacional.

46. Em relação às motivações da sua promulgação, depreende-se da sua análise uma abordagem essencialmente garantista, centrada na proteção de dados como herdeira do direito fundamental à privacidade. A lei se relaciona com a promoção da inovação, principalmente, sob a perspectiva da segurança jurídica, pois consolida um marco legal que dá bases para desenvolvimento presente e futuro de uma economia digital. Não se destaca, contudo, pelo tratamento da matéria sob a perspectiva da acumulação digital e do acesso democratizado a dados, em função da sua importância para desenvolvimento de novas lógicas dentro dos setores público e privado.

47. Em relação ao arranjo institucional, há uma aproximação com o paradigma da coregulação em seu art. 50, que não é, contudo, suficiente para caracterizar a sua adoção. Diferentemente do GDPR, a LGPD não possui uma estrutura receptiva a estratégias regulatórias híbridas, sendo baseada em um modelo de regulação direta, exercida através de uma autoridade administrativa. Sobre esta autoridade, também pendem questões relevantes de desenho institucional, hoje centradas na sua composição como órgãos da administração pública direta.

48. Por fim, em relação à estratégia adotada, a lei se aproxima mais do comando e controle, em detrimento da adoção de formas mais flexíveis. Apesar de inspirada no GDPR, também não adota uma perspectiva de regulação do risco, que seria capaz de incrementar os mecanismos de controle *ex ante* e otimizar os esforços de implementação e monitoramento das obrigações estabelecidas.

49. Por sua vez, a regulação de plataformas de compartilhamento de conteúdo no Brasil tem expressão institucional principal no art. 19 do Marco Civil da Internet, que estabelece a isenção de responsabilidade dos provedores de serviço online diante de conteúdo postado por terceiros, exceto em caso de decisão judicial em sentido contrário. Tal disposição deve ser reconhecida como uma escolha do regulador brasileiro por privilegiar a liberdade de expressão nessas plataformas, evitando criar incentivos para que esses agentes realizem remoções de conteúdo em excesso.

50. Em relação à sua motivação, verificou-se que a proteção da inovação também aqui se relaciona com a instituição de um marco regulatório que provê segurança jurídica para a atividade empreendedora. Assim, um agente de mercado ciente dos limites de sua

responsabilização, tem liberdade de seguir com o desenvolvimento de seu negócio sem temer demandas futuras que possam prejudicá-lo. Contudo, não se esgotam aqui as preocupações que devem ocupar o regulador em relação à inovação em plataformas. Principalmente no âmbito da regulação setorial, é importante, por exemplo, a atenção para alternativas legitimadoras de novos serviços, mas que não cedam aos perigos da harmonização regulatória.

51. Em relação ao arranjo institucional, a instituição do art. 19 se afasta dos arranjos corregulatórios explorados no Capítulo 3, uma vez que não se verifica no dispositivo partição de competências que imprima um caráter híbrido ao resultado final da política pública, dinâmica de supervisão institucional ou a aplicabilidade de mecanismos de transparência que permitam o escrutínio das escolhas regulatórias feitas pelos particulares. O que prevalece no contexto brasileiro é a atuação do poder judiciário, que se limita pelas suas características essenciais de seletividade, uma vez que só chegam para sua apreciação os casos em que os usuários dispunham dos recursos materiais e imateriais para conduzir uma demanda.

52. Esse arranjo institucional tem reflexos nas formas e estratégias adotadas. Nessa perspectiva, destacou-se o quanto o desenho regulatório final desta matéria se aproxima de um quadro de governança, onde condutas protagonizadas por agentes diversos produzem efeitos. Em primeiro lugar, verificou-se disposições estatutárias do Marco Civil e implicações equiparáveis a políticas públicas que podem ser extraídas da jurisprudência do STJ. Além disso, também são aplicados instrumentos de *soft law* (ainda que com baixa relevância), políticas de notificação e remoção de conteúdo e ferramentas tecnológicas de filtragem e bloqueio. Não é possível atribuir o resultado final a nenhuma delas especificamente, mas somente ao seu conjunto. No contexto brasileiro, cabe atentar para os mecanismos aplicados além do controle judicial, sobre os quais não se exercita escrutínio público, restando, assim, maior espaço para possíveis violações.

BIBLIOGRAFIA

ABBATE, Janet. *Inventing the Internet*. The MIT Press: Massachusetts, 2000.

ABPI. Propostas para a Inovação e a Propriedade Intelectual. Vol. 1 Fatores de Crescimento Econômico, Competitividade Industrial e Atração de Investimentos. Rio de Janeiro e São Paulo: ABPI, 2018.

ARBIX, Glauco [et. al.] Inovação: estratégia de sete países. *Cadernos da indústria ABDI*, XV, Brasília, DF: ABDI, 2010, pp. 32-64. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/inovacaoestrategiasdesetepaises.pdf> Acesso em 20 dez. 2018.

Agência Nacional do Cinema – ANCINE. *Notícia regulatória – Comunicação Audiovisual sob demanda*, 2016. Disponível em: <https://www.ancine.gov.br/sites/default/files/consultas-publicas/not%C3%ADcia%20regulatória%20CAvD%20para%20Consulta%20Pública.pdf> Acesso em 28 nov. 2018.

AKDENIZ, Yaman. ALTIPARMAK, Kerem. *Internet: Restricted Access - A Critical Assessment of Internet Content Regulation and Censorship in Turkey.*, Ankara 1. Sulh Ceza Mahkemesi, no 2008/402, 05 may 2008, Disponível em: <<https://wilmap.law.stanford.edu/entries/akdeniz-y-and-k-altiparmak-internet-restricted-access-critical-assessment-internet-content>> Acesso em 01 abr. 2019.

ALEXY, Robert. "Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen", In: ALEXY, Robert, *“Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie”*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, 262-287.

ALVAREZ, Roberto dos Reis. Inovar é preciso, In: ARBIX, Glauco, SALERNO, Mario Sergio, TOLEDO, Demétrio, MIRANDA, Zil, ALVAREZ, Roberto. Inovação: estratégia de sete países. *Cadernos da indústria ABDI*, XV, Brasília, DF: ABDI, 2010, pp. 32-64. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/inovacaoestrategiasdesetepaises.pdf> Acesso em 20 dez. 2018.

AHLGREN, Bengt; BRUNNER, Marcus; EGGERT, Lars; HANCOCK, Robert; SCHMID, Stefan. *Invariants - A new design methodology for network architectures*, SIGCOMM Workshops, Portland, OR, USA, 30 aug. and sep. 3, 2004, p. 03. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/228966422_Invariants_A_new_design_methodology_for_network_architectures> Acesso em 09 nov. 2018.

ALMEIDA, Fernando Menezes de. A Legislação Federal sobre Ciência, Tecnologia e Inovação no Contexto da Organização Federativa Brasileira, In: FREITAS, Rafael Vêras de, RIBEIRO, Leonardo Coelho, FEIGELSON, Bruno (Coord.), *Regulação e Novas Tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 99-110.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARBIX, Glauco. MIRANDA, Zil. Inovar para sair da crise. In COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Orgs.) *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017.

Argentina, *Proyecto de Ley Datos Personales*, INLEG 2018-46290265-APN-PTE. Buenos Aires: Poder Ejecutivo Nacional, 19 sep. 2018. Disponível em: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/mensaje_ndeg_1472018_datos_personales.pdf Acesso em 24 abr. 2019.

Article 29 Data Protection Working Party, *Statement on the role of a risk-based approach in data protection legal frameworks*, 30 may 2014, pp. 1-4. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp218_en.pdf Acesso em 28 nov. 2018.

Australia, *Privacy Act n° 119*. Australian Government, 20 dec. 2018. Disponível em: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00025> Acesso em: 24 abr. 2019.

BALDWIN, Robert, CAVE, Martin e LODGE, Martin. *Understanding Regulation*, 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

_____. *Better Regulation: Is It Better for Business?* Federation of Small Businesses (FSB): London, 2004, p. 24. Disponível em: <https://www.fsb.org.uk/docs/default-source/fsb-org-uk/policy/assets/0952-better-regulation.pdf?Status=Master&sfvrsn=1> Acesso em 14 mar. 2019.

BALKIN, Jack M. Digital Speech and Democratic Culture: a Theory of Freedom of Expression for the Information Society, *New York University Law Review*, Vol. 79, 2004.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 273, Rio de Janeiro, pp. 123-163, 17 set. 2016.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Direito administrativo global: uma nova ótica para a regulação financeira e de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARLOW, Joe Perry. *Declaration of Independence of Cyberspace*, Davos, Suíça, 8 fev. 1996. Disponível em <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>. Acesso em 28 jun. 2015.

BARROS, Marina; VENTURINI, Jamila. Os desafios do avanço das iniciativas de cidades inteligentes nos municípios brasileiros. In: *Horizonte presente: tecnologia e sociedade em debate*. RHEIA, Jhessica; FRANCISCO, Pedro Augusto P., BARROS, Marina; MAGRANI, Eduardo (Orgs). Belo Horizonte: Casa do Direito e FGV – Fundação Getúlio Vargas, pp. 31-45, p. 36, 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27448/Horizonte%20presente%20tecnologia%20e%20sociedade%20em%20debate.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 21 mar. 2019.

BAUER, Johannes M. *Internet Governance: Theory and First Principles*, 2005. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/ccbd/e71165c9e01c0075643fcc005989d56b2ead.pdf>. Acesso em 13 set. 2018.

BERMAN, Paul Schiff, *Cyberspace and the State Action Debate: the cultural value of applying Constitutional norms to Private Regulation*, University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers , Vol. 71, No. 4, May 2000, pp. 1263-1310.

BERNERS LEE, Tim. *Hypertext and Our Collective Destiny*, [s.l.], 12 oct. 1995. Disponível em: https://www.w3.org/Talks/9510_Bush/Talk.html. Acesso em 18 set. 2018.

BELLI, Luca. Net neutrality, zero rating and the Minitelisation of the internet. *Journal Of Cyber Policy*, [s.l.], v. 2, n. 1, p.96-122, 27 out. 2016. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/23738871.2016.1238954>. Disponível em: https://internet-governance.fgv.br/sites/internet-governance.fgv.br/files/publicacoes/net_neutrality_zero-rating_the_minitelisation_of_the_internet_final.pdf. Acesso em 01 jan. 2019.

BELLI, Luca; FRANCISCO, Pedro Augusto, ZINGALES, Nicolo. Lei do Estado ou lei da Plataforma? Cuidado com a privatização da regulação e da polícia In: BELLI, Luca, CAVALLI, Olga (Orgs.). *Governança e Regulação da Internet na América Latina: análise sobre infraestrutura, privacidade, cibersegurança e evoluções tecnológicas em homenagem aos dez anos da South School on Internet Governance*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2019, pp. 447-470.

BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven: Yale University Press, 2006. Disponível em: http://www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf. Acesso em 12 dez. 2018.

_____. Freedom in the Commons: Towards a Political Economy of Information, *Duke Law Journal*, n. 52, v. 1245, 2003.

_____. “From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access”, *Federal Communications Law Journal*, vol. 52, Issue 3, Article 9, pp. 561-579, 2000. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1242&context=fclj>. Acesso em 13 set. 2018.

BEVIR, Mark. *Key Concepts in Governance*. London: Sage Publications, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3º ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BLACK, Julia. Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World. *Current Legal Problems*, v. 54, n. 1. Oxford: Oxford University Press, p. 103-146, 1 jan. 2001.

_____. Morgan: Social Citizenship in the Shadow of Competition. *Modern Law Review*, [s.l.], v. 67, n. 4, p.701-704, p. 702, jul. 2004. Wiley. http://dx.doi.org/10.1111/j.1468-2230.2004.507_2.x. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-2230.2004.507_2.x Acesso em 14 mar. 2019.

_____. The Rise, Fall and Fate of Principles Based Regulation. London School of Economics and Political Science Law Department, *LSE Law, Society and Economy Working Papers* n. 17, 2010, pp. 1-25. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/17332.pdf> Acesso em 14 mar. 2019.

_____. The Role of Risk in Regulatory Processes In: BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, LODGE, Martin. *Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 302-348.

BLANK, Steve. Why the Lean Start-Up Changes Everything. *Harvard Business Review*, May 2013. Disponível em: <https://hbr.org/2013/05/why-the-lean-start-up-changes-everything>. Acesso em 01 maio 2019.

BODY OF EUROPEAN REGULATORS FOR ELECTRONIC COMMUNICATIONS - BEREC. *Report on OTT services*. Rīga, 2016. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwia1-Tn29ffAhWKMewKHdJoD-oQFjADegQIBxAC&url=https%3A%2F%2Fberec.europa.eu%2Feng%2Fdocument_register%2Fsubject_matter%2Fberec%2Fdownload%2F0%2F5751-berec-report-on-ott-services_0.pdf&usq=AOvVaw1EJMH-2nvF0i_zo_S-k1jC>. Acesso em: 25 jan. 2019.

BORSOOK, Paulina. How Anarchy works. *Wired*, [s.l.], 10.01.95. Disponível em:Citar: <https://www.wired.com/1995/10/ietf/> Acesso em 28 dez. 2018.

BOWER, Joseph L. CHRISTENSEN, Clayton M. Disruptive technologies: Catching the wave. *Harvard Business Review*, jan/fev. 1995, p. 43-53. Citar: Disponível em: <https://hbr.org/1995/01/disruptive-technologies-catching-the-wave> Acesso em 01 abr. 2019.

BOX, Sarah. *Internet Openness and Fragmentation: Toward Measuring the Economic Effects*, Centre for International Governance Innovation and Chatham House, série 36, 2016. Disponível em: https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_no.36_web.pdf. Acesso em 12 nov. 2018.

Article 19, *Brasil*: Projeto de Lei de Ciber Crimes, Jan. 2012. Disponível em: <https://artigo19.org/blog/2012/02/03/analise-da-lei-azeredo/> Acesso em 28 nov. 2018.

BRODLEY, Joseph F. The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare, and technological progress. *New York University Law Review*, n. 62, p. 1020-1026, 1987.

BROUSSEAU, Eric, GLACHANT, Jean Michel. Regulating networks in the ‘new economy’: organizing competition to share information and knowledge In: BROUSSEAU, Eric, MARZOUKI, Meryem e MÉADEL, Cécile, *Regulation, Governance and Powers on the Internet*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BROWN, Ian e MARSDEN, Christopher T. *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. The MIT Press: London, 2013.

BROWNSWORD, Roger, SCOTFORD, Eloise e YEUNG, Karen, *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

BROWNSWORD, Roger. Autonomy, Delegation, and Responsibility: Agents in Autonomic Computing Environments. In: HILDEBRANDT, Mireille, ROUVROY, Antoinette (Orgs.). *Autonomic Computing and Transformations of Human Agency*. London: Routledge, 2011.

_____. The shaping of our on-line worlds: getting the regulatory environment right. *International Journal of Law And Information Technology*, [s.l.], v. 20, n. 4, 4 out. 2012, pp. 249-272. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/ijlit/eas019> Acesso em 28 dez. 2018.

_____. *What the world needs now: Techno-Regulation, Human Rights and Human Dignity*. Oxford: Hart, Projected Date: 200411, 2004 (Global governance and the quest for justice; v. 4), pp. 203-254.

_____. So What Does the World Need Now? Reflections on Regulating Technologies In: BROWNSWORD, Roger, YEUNG, Karen (Orgs.). *Regulating technologies: legal futures, regulatory frames and technological fixes*. Oxford: Hart, 2008.

BUAINAIN, Antônio Marcio. SOUZA, Roney Fraga. *Propriedade intelectual, inovação e desenvolvimento: desafios para o Brasil*. Rio de Janeiro: ABPI, 2018, 110 p.

BUKAJERA, Stanis; MAHAMBA, Fiston. Congo cuts internet for second day to avert ‘chaos’ before poll results. *Reuters*, 01 jan. 2019. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-congo-election/congo-cuts-internet-for-second-day-to-avert-chaos-before-poll-results-idUSKCN1OV1GL> Acesso em 15 mar. 2019

BUCCI, Maria Paula Dallari. COUTINHO, Diogo R. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas In COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Orgs.) *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, pp. 313-339. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/inovacao-no-brasil-avancos-e-desafios-juridicos-e-institucionais-1362>. Acesso em 01 abr. 2019.

BUDISH, Ryan; WEST, Sarah, Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies. *Berkman Center Research Publication* No. 2015-1, 14 jan. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2549270> Acesso em 28 nov. 2018.

BUTTARELLI, Giovanni. *Opinion 5/2018*. Preliminar Opinion on privacy by design. Brussels, 31 may 2018, pp. 1-29. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-05-31_preliminary_opinion_on_privacy_by_design_en_0.pdf Acesso em 28 nov. 2018.

Committee on The Financial Aspects of Corporate Governance, *The Cadbury Report*, 1992. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archivos.info/report>. Acesso em 27 nov. 2018.

California Public Utilities Commission (CPUC), *CPUC ESTABLISHES RULES FOR TRANSPORTATION NETWORK COMPANIES*, 19 sept. 2013. Disponível em:

<http://docs.cpuc.ca.gov/PublishedDocs/Published/G000/M077/K132/77132276.PDF>. Acesso em 28 nov. 2018.

Backlash. *Cambridge Academic Content Dictionary*. Cambridge University Press, 2019. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/backlash> Acesso em 28 nov. 2018.

Packet switching. *Cambridge Academic Content Dictionary*. Cambridge University Press, 2019. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/packet-switching>.> Acesso em 31 jan. 2019.

CANABARRO, Diego Rafael. *A Governança da Internet: atores, aspectos institucionais e questões políticas em confronto*. Trabalho apresentado no 8o ENCONTRO DA ABCP, 01 a 04/08/2012, Gramado, RS. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/02/governanca-internet-atores-aspectos-institucionais-e.pdf>. Acesso em 06 jun. 2018.

CARAL, José M.A. Emmanuel. Lessons from ICANN: is self regulation of the Internet fundamentally flawed?, *International Journal of Law and Information Technology*, Oxford, v. 12, n. 1, 2004, pp. 1-31.

CASSIOLATO, José E., LASTRES, Helena M. M.. Políticas de Inovação e Desenvolvimento In: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Orgs.) *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, pp. 19-55. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/inovacao-no-brasil-avancos-e-desafios-juridicos-e-institucionais-1362>. Acesso em 01 abr. 2019

CELESTE, Edoardo. Terms of service and bills of rights: new mechanisms of constitutionalisation in the social media environment?. *International Review Of Law, Computers & Technology*, [s.l.], Informa UK Limited, p.1-17, 21 maio 2018.

LA CHAPELLE, Bertrand de; FEHLINGER, Paul. Jurisdiction on the Internet: From Legal Arms Race to Transnational Cooperation. Centre for International Governance Innovation and Chatham House. Paper Series n. 28, 2016, pp. 1-15. Disponível em: https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_no28_web.pdf Acesso em 19 abr. 2019.

CHRISTENSEN, Clayton M. RAYNOR, Michael E. MCDONALD, Rory. What is Disruptive Innovation? *Harvard Business Review*, dez. 2005, pp. 44-53. Disponível em: <https://hbr.org/2015/12/what-is-disruptive-innovation> Acesso em 01 abr. 2019.

COFFEE, John C., Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms (September 2003). *Columbia Law and Economics Working Paper*, No. 237. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=447940> Acesso em 06 jun. 2015.

COGLIANESE, Cary; LEHR,, David, "Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era". Faculty Scholarship. 1734, 2017, pp. 1147-1223. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2736&context=faculty_scholarship>

_____. E-Rulemaking: Information Technology and the Regulatory Process, Faculty Scholarship at Penn Law, 2004, p. 355. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1103&context=faculty_scholarship Acesso em 28/12/2018.

COLLINGRIDGE, David. *The Social Control of Technology*. London: Frances Pinter Ltd., 1980.

COMISIÓN NACIONAL DE PRODUCTIVIDAD (Chile). *Regulación de Plataformas Digitales*. Santiago, 2018. (Tecnologías Disruptivas). Disponível em: <http://www.comisiondeproductividad.cl/2018/04/tecnologias-disruptivas-regulacion-de-plataformas-digitales/>. Acesso em: 25 jan. 2019.

Committee on The Financial Aspects of Corporate Governance, *The Cadbury Report*, 1992. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>. Acesso em: 27 set. 2018.

COOTER, Robert D., EDLIN, Aaron, LITAN, Robert e PRIEST, George (org). The Importance of Law in Promoting Innovation and Growth *In* COOTER, Robert D., EDLIN, Aaron, LITAN, Robert e PRIEST, George (orgs.) *Rules for Growth: Promoting Innovation and Growth Through Legal Reform*. EUA: The Kauffman Task Force on Law, Innovation, and Growth da Ewing Marion Kauffman Foundation, 2011.

Congress of the United States of America, *47 U.S.C. §230*, US Communications Decency Act, 03 jan. 2012. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title47/pdf/USCODE-2011-title47-chap5-subchapII-partI-sec230.pdf> Acesso em 24 abr. 2016.

Congress of the United States of America, *Public Law No. 115-164*, H.R.1865 - Allow States and Victims to Fight Online Sex Trafficking Act of 2017, 04 nov. 2018. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/1865/text> Acesso em 28 set. 2018.

CORDOVA, Yasodara; PORCIUNCULA, Lorraine; BREBANT, Henri. Bid Data, Meager returns? (post-work report). *Medium*, 28 nov. 2018. Disponível em: <https://medium.com/digitalhks/big-data-meager-returns-c7e7beceb3a7>. Acesso em 20 maio 2019.

_____. Artificial Intelligence and The Need for Data Fairness in the Global South: why it's time for better agreements on access to data for developing countries. *Medium*, 21 mar. 2018. Disponível em: <https://medium.com/digitalhks/data-fairness-for-the-global-south-d383b6159b86> Acesso em 20 maio 2019.

CORTEZ, Nathan. Regulating Disruptive Innovation. *Berkeley Technology Law Journal*. Berkeley, n. 29, pp. 175-228, 2014.

CRAWFORD, Susan P. The Internet and the Project of Communications Law, *UCLA Law Review*, n. 55, p. 359, 2007. Disponível em: <https://www.uclalawreview.org/the-internet-and-the-project-of-communications-law/>. Acesso em: 20 dez. 2018.

CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional Regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DAIGLE, Leslie. On the nature of the Internet. *Centre for International Governance Innovation and Chatham House*, Paper Series n. 7, 2015, Disponível em: https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_paper_no7.pdf. Acesso em 26 jan. 2018.

DeNARDIS, Laura. *The Global War for Internet Governance*. New Haven: Yale University Press, 2014

_____. *One Internet: And Evidentiary Basis for Policy Making on Internet Universality and Fragmentation*, Global Commission on Internet Governance e Chatham House, série 38, 2016. Disponível em: <https://www.cigionline.org/publications/one-internet-evidentiary-basis-policy-making-internet-universality-and-fragmentation>. Acesso em 20 nov. 2018.

_____. The Privatization of Free Expression, In: PRAKASH, Pranesh, RIZK, Nagla e SOUZA, Carlos Affonso (Eds.) *Global Censorship – Shifting Modes, Persisting Paradigms*. Information Society Project, Yale Law School, pp. 11-24, 2015. Disponível em: http://itsrio.org/wp-content/uploads/2015/10/a2k_global-censorship.pdf. Acesso em 13 mar. 2016.

DeNARDIS, Laura e MUSIANI, Francesca. Governance by Infrastructure, in MUSIANI, Francesca, COGBRUN, Derrick L., DeNARDIS, Laura e LEVINSON, Nanette S. (org) *The Turn to Infrastructure on Internet Governance*. London: Palgrave MacMillan, pp. 3-24, 2016.

Departamento de Políticas Econômicas e Científicas, *Over the top players*, 2015. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/569979/IPOL_STU\(2015\)569979_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/569979/IPOL_STU(2015)569979_EN.pdf). Acesso em 29 dez. 2018.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro; BECUE, Sabrina Maria Fadel. Regulação e autorregulação do mercado de valores mobiliários brasileiro: limites da autorregulação. *Revista de Direito Empresarial – RDE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 1, jan./abr. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=78785>. Acesso em: 25 mar. 2019.

DICKINSON, Greg.. How the world is going to war with Uber. *The Telegraph*, Londres. 26 jun. 2018. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/travel/news/where-is-uber-banned/>. Acesso em: 30 jan. 2019.

DIMITROPOULOS, Georgios. Global Administrative Law as 'Enabling Law': How to Monitor and Evaluate Indicator-Based Performance of Global Actors. *IRPA Working Paper GAL Series* n. 7/2012, 20 oct., 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2Nvbuhd>. Acesso em 01 abr. 2016.

Diretório Geral de Política Interna. *Over-the-Top (OTTs) players: Market dynamics and policy challenges*. Estrasburgo, 2015. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/569979/IPOL_STU\(2015\)569979_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/569979/IPOL_STU(2015)569979_EN.pdf). Acesso em: 28 dez. 2018.

División de Innovación del Chile. *Plan Nacional de Innovación 2014+2018*. División de Innovación, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Chile: Dez., 2015. Disponível em:

<https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2014/12/Plan-Nacional-de-Innovaci%C3%B3n1.pdf> Acesso em 28 nov. 2018.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico Journal of Law - EJLL*, v. 12, n. 2, pp. 91-108, 2011.

_____. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DRAKE, William J., CERF, Vinton G., KLEINWACHTER, Wolfgang. Internet Fragmentation: an Overview, *Future of The Internet Initiative White Paper*, World Economic Forum, 2016. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_FII_Internet_Fragmentation_An_Overview_2016.pdf. Acesso em 11 nov. 2018.

Congo internet restored after 20-day suspension over elections. *Aljazeera*, 20 jan. 2019. Disponível em: <https://www.aljazeera.com/news/2019/01/dr-congo-internet-restored-20-day-suspension-elections-190120062941741.html> Acesso em 15 mar. 2019.

EVANS, Lewis T.; HAHN, Robert W. *Regulating dynamic markets: progress in theory and practice*. Ssrn Electronic Journal, [s.l.], 2010, pp. 1-42, p. 11. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1646957> Acesso em 01 abr. 2016

FAGERBERG, Jan. Innovation: A Guide to the Literature. In: FAGERBERG, Jan e MOWERY, David C., *The Oxford Handbook of Innovation*, Oxford: Oxford University Press, 2007.

Federal Communications Commission - FCC, *Open Internet Order*, 30 FCC Rcd 5601 (7), 12 mar. 2015. Disponível em: <https://www.fcc.gov/document/fcc-releases-open-Internet-order>. Acesso em 15 jan. 2018.

FEINTUCK, Mike. Regulatory Rationales Beyond the Economic: In Search of the Public Interest. in BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 39-63.

FENWICK, Mark D.; KAAL, Wulf A. Ph.D; VERMEULEN, Erik P.M. Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster than the Law?, *American University Business Law Review*, Vol. 6, No. 3, pp. 561-594, 2017. Available at: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aubl/vol6/iss3/1> Acesso em: 01 maio 2017.

FOROZHAR, Rana. Year in a Word: Techlash. *Financial Times*, 16 dec. 2018. Disponível em: <https://www.ft.com/content/76578fba-fca1-11e8-ac00-57a2a826423e> Acesso em 28 nov. 2018

FROOMKIN, A. Michael. Habermas@discourse.net: Toward a critical theory of cyberspace. *Harvard Law Review*, Vol. 116, No. 3, jan. 2003, pp. 751-873.

FRYDMAN, Benoît, HENNEBEL, Ludovic, LEWKOWICZ, Gregory. Co-regulation and The Rule of Law In: BROUSSEAU, Eric, MARZOUKI, Meryem e MÉADEL, Cécile, *Regulation, Governance and Powers on the Internet*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 133-150.

FUKUYAMA, Francis. *What is governance?* Center for Global Development, Working Paper 314, jan. 2013. Disponível em: http://www.dphu.org/uploads/attachements/books/books_4962_0.pdf. Acesso em: 21 nov. 2018.

GALPAYA, Helani. Zero rating in emerging economies, *The Shifting Geopolitics of Internet Access: From Broadband and Net Neutrality to Zero Rating*, Research Series Six, Global Commission for Internet Governance, 2016, pp. 87-102, p. 94. Disponível em: <https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/GCIG%20Volume%206web.pdf>. Acesso em 15 jan. 2019.

GASSER, Urs, SCHULZ, Wolfgang. Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Studies. *Berkman Center Research Publication*, no. 2015-5, 18 feb. 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2JzCUx3>. Acesso em 27 set. 2018.

GASSER, Urs; GILL, Lex; REDEKER, Dennis. Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights, *Berkman Klein Center for Internet and Society Research Publication*, n. 2015-15, pp. 1-26, p. 28, 9 nov. 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120 Acesso em 01 abr. 2016.

GILES, Keir. Internet Use and Cyber Security in Russia. *Russian Analytical Digest - RAD*, n. 134. Center for Security Studies (CSS), 2013, pp. 02-04. Disponível em: http://www.css.ethz.ch/content/specialinterest/gess/cis/center-for-security-studies/en/publications/search/details.html?id=/i/n/t/e/internet_use_and_cyber_security_in_russia Acesso em 01 abr. 2016.

GILLESPIE, Tarleton. The Politics of Platforms. *New Media & Society*, Vol. 2, 2010, pp. 347-364.

Global Commission on Internet Governance - CGIG, *One Internet*, Centre for International Governance Innovation and Chatham House, 2016. Disponível em https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_final_report_-_with_cover.pdf. Acesso em 12 nov. 2018.

Global Civil Society, *Manilla Principles on Intermediary Liability: Best Practices Guidelines for Limiting Intermediary Liability for Content to Promote Freedom of Expression and Innovation*, v. 1.0, 24 march 2015. Disponível em: https://www.eff.org/files/2015/10/31/manilla_principles_1.0.pdf Acesso em 28 set. 2016.

GOLDMAN, Eric. The Third Wave of Internet Exceptionalism. *Santa Clara Magazine*, [s.l], 2008. Disponível em: <https://magazine.scu.edu/winter2008/afterwords.cfm>. Acesso em 28 dez. 2018.

GOLDSMITH, Jack e WU, Tim. *Who Controls the Internet? Illusions of a borderless world*. New York: Oxford University Press, 2006.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRAEF, Inge. *Data as essential facility: Competition and Innovation on Online Platforms*. 2016. 410 f. Thesis (Doctor of Laws). Faculty of Laws, KU Leuven. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/34662689.pdf>. Acesso em 24 abr. 2019.

GRAFENSTEIN, Maximilian von. *The Principle of Purpose Limitation in Data Protection Laws. The Risk-Based Approach, Principles, and Private Standards as Elements for Regulating Innovation*. Baden-Baden: Nomos, 2018.

GREENLEAF, Graham. An Endnote on Regulating Cyberspace: Architecture vs Law? *University of New South Wales Law Journal*, Volume 21, Number 2 'Electronic Commerce: Legal Issues For The Information Age', 1998, p. 19. Disponível em: <https://bit.ly/2XImHuy> Acesso em 28 nov. 2018

GUERRA, Sérgio. Riscos, Assimetria Regulatória e o Desafio das Inovações Tecnológicas, in FREITAS, Rafael Vêras de, RIBEIRO, Leonardo Coelho, FEIGELSON, Bruno (org), *Regulação e Novas Tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 83-98.

GUTWIRTH, Serge, LEENES, Ronaldo, De Hert, Paul (Orgs). *Reloading Privacy*. London: Springer, 2014.

HABERMAS, Jurgen; REHG, William. 'Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?', *Political Theory*, v. 29, n. 6, SAGE Publications Inc., pp. 766-781, dec. 2001.

HELDT, Amélie Pia. Taking Speech Regulation Slightly: The NetzDG Reports. *LawAndSocialMedia*, 29 aug. 2018. Disponível em: <https://lawandsocialmedia.wordpress.com/2019/03/02/taking-speech-regulation-slightly-the-netzdg-reports/>. Acesso em 24 abr. 2019.

HEMMATI, Minu. *Multistakeholder Processes for Governance and Sustainability: Beyond Deadlock and Conflict*. London: VA: Earthscan Publications, 2002. Disponível em: http://www.wageningenportals.nl/sites/default/files/resource/multi_stakeholder_processes_for_governance_and_sustainability_hemmati_2002.pdf. Acesso em 10 jan. 2019.

Her Majesty's Government, *Online Harms White Paper*, UK: APS Group, April 2019. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/793360/Online_Harms_White_Paper.pdf/ Acesso em 16 abr. 2019.

HOFMANN, Jeanette; KATZENBACH, Christian; GOLLATZ, Kirsten. Between coordination and regulation: Finding the governance in Internet governance. *New Media & Society*, [s.l.], v. 19, n. 9, SAGE Publications, p. 1406-1423, 31 mar. 2016.

HOFMANN, Jeanette. *Constellations of Trust and Distrust in Internet Governance*. GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2608414. Acesso em 10 jan. 2019.

_____. Multi-stakeholderism in Internet governance: putting a fiction into practice. *Journal Of Cyber Policy*, v. 1, n. 1. Informa UK Limited, [s.l.], pp. 29-49, p. 01, 2 jan. 2016. Disponível em:

<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/23738871.2016.1158303?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em 14 set. 2018.

HOVENKAMP, Herbert J. Antitrust and innovation: where we are and where we should be going. *Antitrust Law Journal*, Connecticut, n. 77, pp. 749-756, 2011.

_____. Restraints on Innovation. *Penn Law: Legal Scholarship Repository*, 2007. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2941&context=faculty_scholarship. Acesso em 20 abr. 2019.

House of Commons of Canada, *Copyright Modernization Act*, S.C 2012, c. 20, 29 jun. 2012. Disponível em: https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/annualstatutes/2012_20/page-1.html Acesso em 28 set. 2016

India, *The Personal Data Protection Bill*. Ministry of Electronics & Information Tecnology, 2018. Disponível em: https://www.meity.gov.in/writereaddata/files/Personal_Data_Protection_Bill,2018.pdf Acesso em 24.04.2019

Internet Society, *Internet Invariants: What Really Matters*, 03 fev. 2012. Disponível em: <https://www.internetsociety.org/internet-invariants-what-really-matters/>. Acesso: 05 maio 2018.

JOERGES, Christian. Constitutionalism and Transnational Governance: Exploring a Magic Triangle. In: JOERGES, Christian, SAND, Inger-Johanne, TEUBNER, Gunther (Eds.). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 343-375.

JOHNSON, David R., POST, David. The Rise of Law in Cyberspace, *Stanford Law Review*, n. 48, 1996, pp.

JOHNS, James. Growing the Digital Economy in World Economic Forum, *Digital Playbook 2017 – Approaches to National Digital Governance*, 2017. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/White_Paper_Digital_Policy_Playbook_Approaches_National_Digital_Governance_report_2017.pdf. Acesso em 09 set. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

KALRA, Aditya. Social media giants plan push-back in India's new regulations. *Thomson Reuters*, 11 jan. 2019. Disponível em: <https://uk.reuters.com/article/uk-india-socialmedia/social-media-giants-plan-push-back-on-indias-new-regulations-sources-idUKKCN1P50B5>. Acesso em: 04 abr. 2019.

KARP, Paul. Australia passes social media law penalising platforms for violent content. *The Guardian*, 4 abril 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/media/2019/apr/04/australia-passes-social-media-law-penalising-platforms-for-violent-content>. Acesso em 04 abr. 2019.

KAYE, David. *OL OTH 41/2018*, Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. Palais des Nations, Switzerland, 13 June 2018. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-OTH-41-2018.pdf> Acesso em 16 abr. 2019.

KERSBERGEN, Kees Van e WAARDEN, Van Frans. Governance as a Bridge Between Two Disciplines: Cross-disciplinary inspiration regarding shifts in governance and problems of governability, accountability and legitimacy. *European Journal of Political Research*. Vol. 43, pp. 143-171, 25 feb. 2004.

KELLER, Daphne. Who do You Sue? State and platform hybrid power over online speech. *Aegis Series Paper* No. 1902. Hoover Working Group on National Security, Technology, and Law, pp. 1-39, 29 Jan. 2019. Disponível em https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/who-do-you-sue-state-and-platform-hybrid-power-over-online-speech_0.pdf. Acesso em 24 abr. 2019.

_____. Empirical evidence of “over-removal” by internet companies under intermediary liability laws. *The Center for Internet and Society at Stanford Law School Blog*, 12 oct. 2015. <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/10/empirical-evidence-over-removal-internet-companies-under-intermediary-liability-laws> Acesso em 28 nov. 2018

_____. Internet Platforms: Observations on Speech, Danger and Money. *Aegis Series Paper* No. 1807. Hoover Working Group on National Security, Technology, and Law, 13 June 2018. Disponível em: https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/keller_webreadypdf_final.pdf Acesso em 28 nov. 2018

KLEINSTEUBER, Hans J. The Internet between Regulation and Governance In: Organization for Security and Co-operation in Europe, *Self-Regulation, Co-regulation and State Regulation*, 16 dec. 2004, p. 61. Disponível em: <https://www.osce.org/fom/13844?download=true> Acesso em 20 dez. 2018

KURBALIJA, Jovan J. Uma Introdução à Governança de Internet. *Cadernos CGI.BR*, Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2016. Disponível em: https://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr_Uma_Introducao_a_Governanca_da_Internet.pdf. Acesso em 22 June 2018.

KROLL, Joshua A.; HUEY, Joanna; BAROCAS, Solon; FELTEN, Edward W.; REINDEBERG, Joel R.; ROBINSON, David G.; YU, Harlan, Accountable Algorithms. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 165, 2017, p. 07, Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 2765268. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2765268>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

LAHORGUE, Simone. *Direito Autoral, Direito Antitruste e Princípios Constitucionais Correlatos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LIDLAW, Emily. B. “Internet Gatekeepers, Human Rights and Corporate Social Responsibilities”, Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science, 2012.

LECHER, Colin. YouTube took down an ‘unprecedented volume’ of videos after New Zealand shooting - The platform disabled functions to stop the videos. *The Verge*, 18 mar. 2019. Disponível em: <https://www.theverge.com/2019/3/18/18270814/youtube-new-zealand-shooting-videos-moderation>. Acesso em 24 abr. 2019.

LEINER, Barry M, CERF; Vinton G.; CLARK, David D.; KAHN, Robert E.; KLEINROCK, Leonard; LYNCH, Daniel C.; POSTEL, Jon; ROBERTS, Larry G.; WOLFF, Stephen. *A Brief History of the Internet*, Internet Society, 1997. Disponível em: https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2017/09/ISOC-History-of-the-Internet_1997.pdf. Acesso em 10 set. 2018.

LEMLEY, Mark; LESSIG, Lawrence. The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era, *UCLA Law Review*, Vol. 48, 2000. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=247737. Acesso em 23 dez. 2018.

_____. Industry-Specific Antitrust Policy for Innovation, *Columbus Law Review*, v. 637, 2011.

LEMOS, Ronaldo; STEIBEL, Fabro; DE SOUZA, Carlos Affonso; NOLASCO, Juliana. NoC Internet Governance Case Studies Series: A Bill of Rights for the Brazilian Internet (“Marco Civil”) – A Multistakeholder Policymaking Case. In: GASSER, Urs; SCHULZ, Wolfgang. Governance of Online Intermediaries: Observations from a Series of National Case Studies, Research Publication No. 2015-5, *The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series*, Appendix D, 18 feb. 2015.

LEMOS, Ronaldo, SOUZA, Carlos Affonso Pereira. *Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016.

LEMOS, Ronaldo, SOUZA, Carlos Affonso, BOTTINO, Celina (Coords.). *Marco Civil da internet: jurisprudência comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Ebook.

LESSIG, Lawrence. *The laws of cyberspace*, Taiwan Net '98 Conference, Taipei, March 1998. Disponível em: https://cyber.harvard.edu/works/lessig/laws_cyberspace.pdf. Acesso em 13 set. 2018

_____. *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.

_____. *Code: and Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, New York: Basic Books, 2006.

_____. *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*. Random House Inc.: New York, 2001, p. 103. Disponível em: http://www.the-future-of-ideas.com/download/lessig_FOI.pdf.> Acesso em 12 dez. 2018.

LEVI-FAUR, David. *From “Big Government” to “Big Governance”?* Oxford Handbooks Online, [s.l.], Oxford University Press, p. 1-20, 29 mar. 2012.

LOBO, Jorge. Princípios de Governança Corporativa. *Revista da EMERJ*, v. 10, n. 37, Rio de Janeiro, 2007.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MACRON, Emmanuel. Discurso concedido no Fórum de Governança da Internet (IGF), 2018. Disponível em: <https://www.intgovforum.org/multilingual/content/igf-2018-speech-by-french-president-emmanuel-macron> Acesso em 20 jan. 2019.

MARKOVA, Ekaterina. Bulgária: Supreme Court shuts down smartphone car service Uber. *Eurofound: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*. Dublin. jan. 2016. Disponível em: <<https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2016/bulgaria-supreme-court-shuts-down-smartphone-car-service-uber>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

MARRARA, Thiago. Serviços de taxi: aspectos jurídicos controvertidos e modelos regulatórios. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, pp. 1049-1063, 2 ago. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo, Malheiros, 2002.

_____. *Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos e seu Regime Jurídico*. 1. ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MARSDEN, Christopher T. *Internet Co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

MAST, Tobias, OERMANN, Markus, SCHULZ, Wolfgang. Doing Internet Governance: Constructing Normative Structures inside and outside of Intermediary Organisations, *Internet Policy Review*, vol. 5, n. 3, 2016. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/disclosing-and-concealing-internet-governance-information-control-and-management>. Acesso em 09 jan. 2019.

MAHTANI, Shibani. Facebook removed 1.5 million videos of the Christchurch attacks within 24 hours — and there were still many more. *The Washington Post*, 17 mar. 2019. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/world/facebook-removed-15-million-videos-of-the-christchurch-attacks-within-24-hours--and-there-were-still-many-more/2019/03/17/fe3124b2-4898-11e9-b871-978e5c757325_story.html?noredirect=on&utm_term=.e190ad9b3dda Acesso em 24 abr. 2019

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: Eficiência e legitimidade*. 2. Ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MCINTYRE, T. J., Internet Censorship in the United Kingdom: National Schemes and European Norms (March 18, 2018). In: Lilian Edwards (Ed.), *Law, Policy and the Internet*. Hart Publishing, 2018, p. 2. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3182549> Acesso em 14 mar. 2019.

MELO, Noemy. VERONESE, Alexandre. O Projeto de Lei 5.276/2016 em contraste com o novo Regulamento Europeu (2016/679/UE), *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 14. ano 5. pp. 71-99, jan.-mar. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, pp. 469-483, nov./dez. 2018.

_____. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, pp. 555-587, nov.-dez. 2018.

_____. Lei de Proteção de Dados não pode morrer na praia. *Folha de São Paulo*, Opinião. São Paulo, 20 julho 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2018/07/laura-schertel-mendes-e-danilo-doneda-lei-de-protECAo-de-dados-nao-pode-morrer-na-praia.shtml> Acesso em 24.04.2019

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito Administrativo e inovação: limites e possibilidades. *A&c - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, [s.l.], v. 17, n. 69, p.169-189, 1 jul. 2017.

MISHRA, Neha. Building Bridges: International Trade Law, Internet Governance and The Regulation of Data Flows. *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (no prelo), 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3263271>. Acesso em 13 nov. 2018.

Modernisation of the EU Copyright Rules. *European Commission*, 29 de mar. de 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/modernisation-eu-copyright-rules>. Acesso em 30 abr. 2019.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey e ARGUELHES, Diego Werneck, Marco Civil da Internet and Digital Constitutionalism, *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online*. Oxford University Press: Oxford, 2019. No prelo.

MOREIRA, Egon Bockmann. Situações Disruptivas, Negócios Jurídico-Administrativos e Equilíbrio Econômico Financeiro, In: FREITAS, Rafael Vêras de, RIBEIRO, Leonardo Coelho, FEIGELSON, Bruno (Coords.), *Regulação e Novas Tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 223-235.

_____. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98978>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

MORGAN, Bronwen; YEUNG, Karen, *An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=994783>. Acesso em: 14 mar. 2019.

Lyria Bennett. How to think about law, regulation and technology: problems with ‘technology’ as a regulatory target law. *UNSW Law Research Paper*, No. 2014-30, pp. 1-19, 12 July 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2464750>>. Acesso em: 1o maio 2016.

_____. Regulating in the Face of Sociotechnical Change, In: BROWNSWORD, Roger, SCOTFORD, Eloise e YEUNG, Karen, *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 573-596.

MUELLER, Milton. *Networks and States: The Global Politics of Internet Governance*. Cambridge: MIT Press, 2010.

_____. *Will the Internet Fragment?* Polity Press: Cambridge, 2017.

MUELLER, Milton, COGBURN, Derrick, MATHIASON, John, HOFMANN, Jeanette. *Net Neutrality as a Global Principle for Internet Governance*. The Internet Governance Project, NY, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2798314. Acesso em 04 jan. 2019.

MURRAY, Andrew. *Information Technology Law – The Law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

_____. Conceptualising the Post-Regulatory (Cyber)state In: BROWNSWORD, Roger, YEUNG, Karen (Orgs.). *Regulating technologies: legal futures, regulatory frames and technological fixes*. Oxford: Hart, 2008.

NELSON, Richard R.; WINTER, Sidney G.. In search of useful theory of innovation. *Research Policy*, [s.l.], v. 6, n. 1, p. 36-76, jan. 1977.

NISSENBAUM, Helen. A Contextual Approach to Privacy Online. *Dædalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, v. 120, n. 4, pp. 32-48, p. 34, 2011. Ebook. Disponível em: https://www.amacad.org/sites/default/files/daedalus/downloads/11_fall_nissenbaum.pdf Acesso em 28 nov. 2018

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de inovação na administração pública contemporânea: “destruição criadora” ou “inovação destruidora” do direito administrativo? *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 17, n. 194, pp. 65-71, abr. 2017.

Ofcom. *Addressing harmful online content: A perspective from broadcasting and on-demand standards regulation*. Londres: Ofcom, 2018. 35 p. Disponível em: <https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0022/120991/Addressing-harmful-online-content.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

Organização das Nações Unidas, ONU, Conselho de Direitos Humanos, *Resolução 20/8*, 16.07.2012, pp. 01-02. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G12/153/25/PDF/G1215325.pdf?OpenElement>> Acesso em 20 set. 2018.

Organização das Nações Unidas, ONU, Conselho de Direitos Humanos, *Resolução 38*, 04.07.2018, p. 04. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G18/203/73/PDF/G1820373.pdf>. Acesso em 30 jan. 2019.

OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1994. Reimpresso em 2011.

OLIVEIRA, Isabel Cristina Veloso de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação e novas tecnologias: verticalização das OTTs de Vídeo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 37, pp. 200-218, dez. 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FIGUEIROA, Caio Cesar. Contribuições para o novo marco regulatório dos drones – Entre nobres objetivos e inadequados procedimentos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 51-70, jul./set. 2016.

Open Net Initiative, *China*, 2012. Disponível em: <http://access.opennet.net/wp-content/uploads/2011/12/accesscontested-china.pdf>. Acesso em 05 jan. 2018.

Organization for Economic Cooperation and Development, *Economic and Social Benefits of Internet Openness*, Background paper for Ministerial Panel 1.1, 2016. Disponível em: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP\(2015\)17/FINAL&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP(2015)17/FINAL&docLanguage=En). Acesso em 09 out. 2018.

_____. *OECD Principles for Internet Policy Making*, 2014. Disponível em: <https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecd-principles-for-internet-policy-making.pdf>. Disponível em 01 jan. 2018.

_____. *OECD Reviews of Innovation Policy*. Disponível em: <http://www.oecd.org/innovation/inno/oecdreviewsofinnovationpolicychile.htm> Acesso em 28 nov. 2018.

_____. *OECD Science, Technology and Industry Outlook 2014*. Oecd Science, Technology And Industry Outlook, [s.l.], p. 1-480, 12 nov. 2014.

_____. *OECD Innovation for Development: A Discussion of the issues and a overview of the work of the OECD Directorate for Science, Technology and Industry*. Maio 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/innovation/inno/50586251.pdf> Acesso em 20 dez. 2018.

_____. *The OECD Privacy Framework*, 2013. Disponível em: https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf Acesso em 24 abr. 2019

O escândalo da espionagem dos EUA. *O Globo*, 28 set. 2013. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/o-escandalo-da-espionagem-dos-eua-10191175> Acesso em 01 fev. 2019.

PACHECO, Carlos Américo; BONACELLI, Maria Beatriz Machado; FOSS, Maria Carolina. Políticas de estímulo à demanda por inovação e o Marco Legal de CT&I In COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Orgs.) *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, pp. 213-239. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/inovacao-no-brasil-avancos-e-desafios-juridicos-e-institucionais-1362>. Acesso em 29 mar. 2019.

PAHL, Tom. Statement by the Acting Director of FTC's Bureau of Consumer Protection Regarding Reported Concerns about Facebook Privacy Practices. Federal Trade Commission,

26 march 2018. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2018/03/statement-acting-director-ftcs-bureau-consumer-protection> Acesso em 28 nov. 2018.

PAPACHARISSI, Zizi *The Virtual Sphere: the Internet as a Public Sphere*, New Media Society, vol 4, n. 1, pp. 9-27, 2002.

PARK, HYE JIN. União Internacional de Telecomunicações. *Discussions on Over-The-Top (OTT) in ITU-T SG3*. Geneva: Hye Jin Park, 2017. 33 slides, color. Disponível em: <http://novo.more.ufsc.br/slide/inserir_slide>. Acesso em: 07 jan. 2019.

PARKER, Christine. *The Open Corporation: Effective Self-regulation and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press. 2002. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/opencorporation/3C6D96ADBB3A5912A598F1F4E6759F19> Acesso em 14 mar. 2019

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Saraiva: São Paulo, 2018.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. O direito à “autodeterminação informativa” na jurisprudência portuguesa: breve apontamento. *Ars Iuris Salmanticensis – Tribuna de Actualidad*, vol. 5, pp. 27-30, 2017.

PERNICE, Ingolf. Global Cybersecurity Governance. A Constitutional Analysis. *Global Constitutionalism*, vol. 7, 2018, pp. 112-141.

Personal Information Protection Commission of Japan, *Amended Act on the Protection of Personal Information*, Japan, 2 dec. 2016. Disponível em: https://www.ppc.go.jp/files/pdf/Act_on_the_Protection_of_Personal_Information.pdf. Acesso em 24 abr. 2019.

PETERS, Guy. Governance As Political Theory. *Oxford Handbooks Online*, [s.l.], Oxford University Press, pp. 1-17, 29 mar. 2012.

PINA, Alessandro. A Regulatory Marriage de Figaro: Risk Regulation, Data Protection, and Data Ethics. *European Journal Of Risk Regulation*, [s.l.], v. 8, n. 1, mar. 2017, pp. 88-94. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/regulatory-mariage-de-figaro-risk-regulation-data-protection-and-data-ethics/276CE5C6D1B78142BAC87C365B1A8FF5>. Acesso em 28 nov. 2018

POHLE, Julia. Multistakeholder governance processes as production sites: enhanced cooperation "in the making". *Internet Policy Review*, vol. 5, p. 05, 30 sep. 2016. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/multistakeholder-governance-processes-production-sites-enhanced-cooperation-making>. Acesso em 28 nov. 2018

POLO, Michele. *Regulation for Pluralism in the Media Markets*. Milão: Universidade de Bocconi e IGIER, 2005.

Procuradoria Geral da República, Ministério Público Federal. *Parecer nº 165/2018 – SDHDC/GABPGR*, Recurso Extraordinário nº 1.037.396/SP. Brasília, 25 set. 2018.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RANCHORDAS, Sofia. Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy. *Minnesota Journal Of Law, Science & Technology*, Minneapolis, v. 16, n. 1, pp. 413-475, 2015.

RANCHORDAS, Sofia; KLOP, Abram. Data-Driven Regulation and Governance in Smart Cities. In: MAK, V.; BERLEE, A. e. TJONG TJIN TAI, E. (Eds.), *Research Handbook in Data Science and Law*. Edward Elgar Publishing, 2018, p. 1-35. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3126221>. Acesso em 21 mar. 2019.

Redação Jota. Ex-ministro diz que não há vício de inconstitucionalidade na criação da ANPD. Dados Pessoais, *Jota*, 31.07.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/docs/ex-ministro-diz-que-nao-ha-vicio-de-inconstitucionalidade-na-criacao-da-anpd-31072018>. Acesso em 28 nov. 2018.

REINDENBERG, Joel R. “Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology”, *Texas Law Review*, vol. 76, n. 3, 1998, pp. 553-584.

RHODES, R.A.W., *Understanding Governance*. Open University Press: New York, 1997. Reimpresso em 2010.

SAMUELSON, Pamela. A New Kind of Privacy? Regulating Uses of Personal Data in the Global Information Economy. v. 87, n. 751, *California Law Review*, pp. 773-774: Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3349&context=facpubs>. Acesso em 28 dez. 2018.

SANTANNA, Luciano Portal. Autorregulação supervisionada pelo Estado: desenvolvimento de um sistema de correção para o mercado de corretagem de seguros, resseguros, capitalização e previdência complementar aberta. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, v. 257, Rio de Janeiro, maio/ago. 2011.

SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; OSÓRIO, Fábio Medina. *Aproveitamento de atuação regulatória permite imposição adequada de penalidade*. Disponível in: <<http://www.bsm-autorregulacao.com.br/assets/file/publicacoes-e-eventos/ArtigoAlexandreFabio.pdf>> Acesso em 25 mar. 2019.

SCHACHT, Wendy H. Cooperative R&D: Federal Efforts to Promote Industrial Competitiveness. *Congressional Research Service*, dez. 2012, p. 1-11. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL33526.pdf>. Acesso em 01 abr. 2019.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, socialism and democracy*. ePub, Edição Kobo, cap. 1, posições 11-12/24. ISBN: 9781617208683. EUA, 2015. Publicação original de 1942.

SCOTT, Colin. Regulation in the Age of Governance: the rise of the post-regulatory state In: JORDANA, Jacin, LEVI-FAUR, David. *The Politics of Regulation – Institutions and Regulatory Reform for the Age of Governance*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004, pp. 145-176.

SELZNICK, Phillip. Focusing organizational research on regulation (1985) apud OGUS, Anthony I.. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1994. Reimpresso em 2011.

Senado Federal, Avança PEC que inclui proteção de dados pessoais entre direitos fundamentais. *Senado Notícias*, maio 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2019/05/avanca-pec-que-inclui-protecao-de-dados-pessoais-entre-direitos-fundamentais>. Acesso em 27 maio 2019.

SCHMIDT, Vivien A. Democracy and Legitimacy in the European Union. *Oxford Handbooks Online*, Oxford University Press, pp. 658-674, 30 ago. 2012.

SCHULZ, Wolfgang. Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG, *HIIG Discussion Paper Series*, 2018-01, pp. 1-14, p. 3. Disponível em: <https://www.hiig.de/wp-content/uploads/2018/07/SSRN-id3216572.pdf>. Acesso em 27 maio 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Iationamericana de Estudos Constitucionais*. v. 1, 2003, pp. 607-630.

SLEVIN, James. *Internet and Society*, Cambridge: Polity Press, 2000.

SMITH, Eve. The techlash against Amazon, Facebook and Google – and what they can do. *The Economist*, 20 jan. 2018. Disponível em: <https://www.economist.com/briefing/2018/01/20/the-techlash-against-amazon-facebook-and-google-and-what-they-can-do>. Acesso em 28 nov. 2018.

SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Cambridge; London: Harvard University Press, 2008. E-book.

SOLUM, Lawrence B; CHUNG, Minn. The Layers Principles: Internet Architecture and the Law, *Notre Dame Law Review*, v. 79, no. 815, pp. 815-948, 04 jan. 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1432&context=ndlr>. Acesso em 14 set. 2018.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; MONIZ, Pedro de Paranaguá; VIEIRA JUNIOR, Sérgio Branco. Neutralidade da Rede, Filtragem de Conteúdo e Interesse Público: Reflexões sobre o Bloqueio do Site YouTube no Brasil. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 246, Rio de Janeiro, p. 50-78, 19 dez. 2014.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade Civil dos Provedores de Acesso e de Aplicações de Internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). In: George Salomão Leite; Ronaldo Lemos. (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1. Ebook, pp. 1-25.

SOUZA, Marco Antonio Furlan de et al. *Algoritmos e lógica de programação*. São Paulo: Pioneira Thomson, 2005. xxiii, 214 p. ISBN: 8522104646. Disponível em: <https://www.dca.ufrn.br/~affonso/DCA800/pdf/algoritmos_parte1.pdf>

SPAR, Debora. *Pirates, Prophets and Pioneers: Business and Politics along The Technological Frontier*. Great Britain: Random House Business Books, 2001.

_____. When the anarchy has to stop, *The New Statesman*, [s.l.], 15 October 2001. Disponível em: <http://www.newstatesman.com/200110150021>

SPIEKERMANN, Sarah; BERENDT, Bettina; GROSSKLAGS, Jens. E-Privacy in 2nd Generation E-Commerce: Privacy Preferences versus Actual Behavior. *CACM*, Vol. 48, No. 3, pp. 38-47, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/2YNb19X>. Acesso em 28 nov. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari, ROSILHO, André. A governança não estatal da internet e o direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 270, Rio de Janeiro, set./dez. 2015, pp. 41-79, 18 jan. 2016.

SUNSTEIN, Cass. *Republic.com*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

TAMBINI, Damian, LEONARDI, Danilo, MARSDEN, Chris. *Codifying Cyberspace: Communications Self-regulation in the age of Internet Convergence*. Routledge: London, 2008.

TANI, Tommaso. The “Link tax” in the Experiences of Germany, Spain and the Article 11 of the EC Proposal for the New Copyright Directive. *Linkedin*, 6 feb. 2018. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/link-tax-experiences-germany-spain-article-11-ec-proposal-tani/> Acesso em 28 nov. 2018.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford University Press: Oxford, 2012.

_____. "Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of "Private" and "Public" Corporate Codes of Conduct," *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 18, 2011, pp. 617-638. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1457&context=ijgls> Acesso em 28/12/2018.

_____. After Legal Instrumentalism: Strategic Models of Post-Regulatory Law In: TEUBNER, Gunter (Org). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin, 1986.

_____. The transformation of law in the welfare state, pp. 3-10 In: TEUBNER, Gunther. *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter: Berlin, 1986.

THEIL, Stefan. The German NetzDG: A Risk Worth Taking? *Verfassungsblog*, 8 feb. 2018. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/the-german-netzdg-a-risk-worth-taking/> Acesso em 28 nov. 2018.

TUSIKOV, Natasha. *Chokepoints: Global Private Regulation on the Internet*. California: University of California Press, 2017.

UNESCO, *Principles for Governing the Internet – A comparative analysis*, 2015. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000234435>. Acesso em 13 set. 2018.

União Internacional de Telecomunicações, Council Working Group on International Internet-related Public Policies, *Online Open Consultation*, 25 mai. 2017. Disponível em: <https://www.itu.int/en/council/cwg-Internet/Pages/consultation-june2017.aspx>. Acesso em: 30 mar. 2018.

União Europeia, *Alterações do Parlamento Europeu à Proposta da Comissão – Diretiva (UE) do Parlamento Europeu relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE*, pp. 1-150, 20 march 2019. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245-AM-271-271_PT.pdf?redirect. Acesso em 10 abr. 2019.

União Europeia, Parlamento Europeu e Conselho, *Regulamento (UE) 2016/679*, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=pt>. Acesso em 30 jan. 2019

União Europeia, *Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho*, 25 nov. 2015. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R2120&from=EN>. Acesso em 02 abr. 2019.

UXO, Carlos. Internet politics in Cuba. *Telecommunications Journal Of Australia*, [s.l.], v. 60, n. 1. Telecommunications Association Inc., fev. 2010.

VAN EETEN, Michel JG, MUELLER, Milton. Where is the governance in internet governance? *New Media Society*, vol. 15, n. 5, 2012, pp. 720-736.

VEIL, Winfried: DS-GVO: Risikobasierter Ansatz statt rigides Verbotssprinzip – Eine erste Bestandsaufnahme, in: *Zeitschrift für Datenschutz* 5 (8) (2015), pp. 347–353. Apud GRAFENSTEIN, Maximilian von. *The Principle of Purpose Limitation in Data Protection Laws. The Risk-Based Approach, Principles, and Private Standards as Elements for Regulating Innovation*. Baden-Baden: Nomos, 2018.

VERMEULE, Adrian. Local and Global Knowledge in the Administrative State. *Harvard Public Law Working Paper*, No. 13-01 Harvard Law School, 2012.

VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018

WATERSON, Jim. YouTube blocks history teachers uploading archive videos of Hitler - Teachers trying to educate about fascism hit by service's new policy on hate speech. *The Guardian*, 6 jun. 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2019/jun/06/youtube-blocks-history-teachers-uploading-archive-videos-of-hitler> Acesso em 14 jun. 2019.

WEBER, Rolf H.. *Proliferation of 'Internet Governance'*. GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2014, pp.1-11, p. 3, 01 sep. 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2809808. Acesso em: 20 abr. 2019.

WERBACH, Kevin. Lessons for Policymakers and Regulators on the (Predictable) Future of the Digital Economy. Penn Wharton University of Pennsylvania. *Public Policy Initiative, Issue Brief: Volume 5, Number 1, jan. 2017, p. 3*. Disponível em: <https://publicpolicy.wharton.upenn.edu/issue-brief/v5n1.php>. Acesso em 02 dez. 2018.

_____. *How to Regulate Innovation - without killing it*. Entrevista concedida a Wharton University of Pennsylvania, 03 de fevereiro de 2017. Conforme trecho de entrevista concedida aqui: Disponível em: <https://knowledge.wharton.upenn.edu/article/how-to-regulate-innovation-without-killing-it/> . Acesso em 04 abr. 2019.

WEST, Jeremy. *A Framework for Understanding Internet Openness*. Centre for International Governance Innovation and Chatham House, série 35, 2016.

The White House. *A Strategy for American Innovation: Securing our Economic Growth and Prosperity*. National Economic Council, Council of Economic Advisers, and Office of Science and Technology Policy. The White House, Washington: February 2011. Disponível em: <https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/uploads/InnovationStrategy.pdf>. Acesso em 01 abr. 2016.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Mechanisms of Governance*. Oxford University Press: Oxford, 1996.

World Economic Forum, *Enhancing Europe's Competitiveness Fostering Innovation Driven Entrepreneurship in Europe*, World Economic Forum, jan. 2014.

World Wide Web Foundation, *History of the Web*. Disponível em: <<https://webfoundation.org/about/vision/history-of-the-web/>>. Acesso em 31/12/2018. http://www3.weforum.org/docs/WEF_EuropeCompetitiveness_InnovationDrivenEntrepreneurship_Report_2014.pdf. Acesso em 28 nov. 2018.

WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, Connecticut, v. 78, p. 313-314, 2012.

_____. Is Internet Exceptionalism Dead? In: SZOKA, Berim e MARCUS, Adam (Eds.) *The Next Digital Decade: Essays on The Future of Internet*. Washington DC: TechFreedom, 2010, pp. 179-188.

_____. Network Neutrality, Broadband Discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, [s.l.], pp. 141-179, 2003.

_____. *Network Neutrality: Competition, Innovation, and Nondiscriminatory Access*. Ssrn Electronic Journal, [s.l.], p.1-7, 2006.

_____. *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. Columbia Global Reports, 2018.

_____. Cyberspace Sovereignty? The Internet and the International System. *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 10, n. 3, 1997.

_____. Why The Courts Will Have to Save Net Neutrality. Opinion, *The New York Times*, 22 nov. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/11/22/opinion/courts-net-neutrality-fcc.html?_r=0> Acesso em 02 abr. 2019.

YOO, Christopher S. Beyond Network Neutrality. *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 19, pp. 2-77, 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=742404>. Acesso em 04 jan. 2019.

Youtube. Our ongoing work to tackle hate. *Google blog*, June 5 2019. Disponível em: <https://youtube.googleblog.com/2019/06/our-ongoing-work-to-tackle-hate.html> Acesso em 14 jun. 2019.

Youtube. Como funciona o content ID. *Youtube ajuda*. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=pt> Acesso em 14 jun. 2019.

ZANATTA, Rafael A. F., *Proteção de Dados Pessoais como Regulação de Risco: uma nova moldura teórica?* I Encontro da Rede de Pesquisa em Governança da Internet, Nov. 2017, pp. 180-181. Disponível em: http://www.redegovernanca.net.br/public/conferences/1/anais/ZANATTA,%20Rafael_2017.pdf. Acesso em: 30 jan. 2019.

ZIEWITZ, Malte; PENTZOLD, Christian. In search of internet governance: Performing order in digitally networked environments. *New Media & Society*, [s.l.], v. 16, n. 2, SAGE Publications, pp. 306-322, 9 maio 2013.

ZITTRAIN, Jonathan. *The future of the Internet: and How to Stop It*. New Haven: Yale University Press, 2008.

_____. Internet Points of Control. *Boston College Law Review*, vol. 44, n. 2, 2003. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2234&context=bclr/>. Acesso em 07 mai. 2019.

_____. A History of Online Gatekeeping. *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 19, No. 2, p. 254, 2006;. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=905862> Acesso em 07 mai. 2019.

ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism*. Profile Books: London, 2019.