

6

PUBLICUM

.....

Entre exceção e harmonização: o debate teórico sobre a regulação da Internet

Clara Iglesias Keller

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro/RJ, Brasil. E-mail: claraigk@gmail.com

.....

Resumo

O artigo aborda os principais insumos teóricos subjacentes às discussões sobre regulação dos serviços prestados através da infraestrutura da Internet. Desde de sua expansão para o uso civil, na década de noventa, a alternância entre as ideias de exceção e harmonização caracterizam uma grande parte dos debates sobre a demanda por regulação nos mercados digitais. Existe um arcabouço teórico que é capaz de informar e fundamentar as escolhas regulatórias diante desses dilemas, hoje tratados a partir de perspectivas mais restritas a conflitos de interesse setoriais de última instância. Nesse contexto, o artigo visa acrescentar a esses debates uma perspectiva sobre o contexto teórico de insuficiência dos meios regulatórios tradicionais e busca por outros meios de legitimação; sobre os desafios peculiares que as tecnologias impõem aos reguladores e sobre como eles são tratados, especificamente, no âmbito da regulação da Internet. Propõe-se, assim, uma recapitulação da literatura acadêmica que já tratou disso, que transpassa todos os esses campos em que o debate se realiza e de onde deve partir as análises sobre a matéria.

Palavras-chave

Regulação da internet; Regulação de tecnologias; Excepcionalismo.

Between exception and harmonization: the theoretical debate on Internet regulation

Abstract

The article discusses the main theoretical inputs underlying the discussions on regulation of Internet based services. Since its expansion into civilian use in the nineties, the debate on the demands for regulation of digital markets has alternated between the ideas of exception and harmonization. There is a theoretical debate that basis and informs the regulatory choices before these dilemmas, currently approached from the narrow perspectives of topical sectoral conflicts of interest. In this context, the article aims to add to these debates a perspective on the theoretical context underlying these discussions, that encompasses

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 137-166, 2019.

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2019.44573

the insufficiency of traditional regulatory means and search for other means of legitimation; the peculiar challenges that technologies impose on regulators and on how they are specifically dealt with in the context of Internet regulation. Hence, it proposes a recapitulation of the academic literature that has dealt with such debates and that should be applied to digital regulation discussions across different markets.

Keywords

Internet regulation; Regulation of technologies; Exceptionalism.

Sumário

Introdução; 1. O debate instrumental: a insuficiência dos meios como um fenômeno subjacente; 2. O debate regulatório: deveres e desafios dos Estados perante as tecnologias; 3. O debate excepcionalista: como regular a Internet; Conclusões; Referências.

Introdução

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 foi apresentada ao 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.

Ao mesmo tempo em que o mundo virtual foi se expandindo para o mundo físico, também se viu tomado pelas contingências que tradicionalmente motivam a ação 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. Desde então, trava-se um debate sobre a regulação desses domínios pelos governos, que de forma simplificada, pode ser definido como um embate entre as ideias de *exceção* e *harmonização*. Isto é, enquanto alguns defendem o caráter excepcional da Internet (que motivaria um tratamento diferenciado pelos governos ou nenhum tratamento), outros defendem a sua *harmonização* em relação aos ordenamentos jurídicos que se comunicam com as atividades prestadas através dela.

No final da década de noventa, quando a Internet se apresentava como um ambiente virtual enigmático, com alcance global, e onde 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 aclama o surgimento da Internet como uma força democratizante, descentralizada, sem limites territoriais e imune ao controle institucional¹. 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*. 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 - alimentou a percepção de parte da academia de que ela seria impossível de controlar. 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. Johnson², 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 virtual.

Em pouco tempo ficou claro que a Internet não escaparia dos poderes e “forças que moldam a história da humanidade”³. A partir de trabalhos como os de Joel Reindeberg (1998) e Lawrence Lessig (1999 e 2006), as ideias excepcionalistas foram confrontadas 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. A forma como seus sistemas são desenhados impõe 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 ideia de que a operação da Internet seria dotada de uma natureza regulatória própria, principalmente na forma dos argumentos desenvolvidos por Lessig⁴, pavimentou o caminho que

¹ v. 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; JOHNSON, David. R, POST, David. Law & Borders: The Rise of Law in Cyberspace, *Stanford Law Review*, n. 48, p. 1367, 1996 e CRAWFORD, Susan P. The Internet and the Project of Communications Law, *UCLA Law Review*, n. 55, p. 359, 2007.

² 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.

³ 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.

⁴ A análise detida das ideias de Lessig não cabe no escopo deste artigo, mas para fins de contextualização, cabe destacar aquela que é contribuição mais popular do autor. Na obra “Code and Other Laws of Cyberspace” (publicado pela primeira vez em 1999 e revisto em 2006 como “Code 2.0”) ele 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 arquitetura. Aplicando cada uma dessas modalidades às peculiaridades da Internet, o autor conclui que, nesse ambiente,

vem sendo traçado pela literatura especializada dedicada à matéria, funcionando como um ponto de referência para os debates sobre as diferentes formas de regulação que nela se realizam, incluída a estatal. Apesar disso, essas discussões - multiplicadas ao longo dos anos para uma diversidade de esferas econômicas e políticas – estão longe de serem apaziguadas. Dentre os motivos para tanto, é possível identificar que as características que definem a Internet e que inspiraram as ideias excepcionalistas – como o alcance global, seu caráter privado, a propensão à inovação e a digitalização - ainda se materializam perante os reguladores como dificuldades de aderência dos mecanismos tradicionais do Direito às interações virtuais⁵.

Nesse contexto, exceção e harmonização continuam caracterizando uma grande parte dos debates sobre a demanda por regulação nos mercados digitais – seriam as redes sociais equiparáveis às demais publicações ou são intermediários que promovem uma forma alternativa de comunicação? Os serviços de transporte de passageiros disponibilizados por aplicativos devem ser tratados como os de taxi? Os conteúdos audiovisuais disponibilizados por plataformas de *streaming* devem ser enquadrados nas mesmas regras que o serviços de comunicação eletrônica de massa?

Uma abordagem prescritiva de debates como esses exige um trabalho extenso, que considere as especificidades da natureza técnica da Internet e as variáveis sociais e econômicas de cada mercado envolvido nessas discussões. Ainda assim, existe um arcabouço teórico que é capaz

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

⁵ Diante da ânsia em implementar mecanismos tradicionais de *enforcement*, que imprimem a lógica da autoridade e coação tradicional, algumas iniciativas regulatórias direcionadas à Internet impuseram às empresas que nela atuam 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 da revisão da Diretiva de Direitos Autorais Europeia⁵ (que, dentre outras disposições, obriga a instalação de filtros de conteúdo para fins de proteção de direito autoral). 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, em cima das quais foram construídos códigos tácitos de conduta e uma cultura própria de fruição.

de informar e fundamentar as escolhas regulatórias diante desses dilemas, hoje tratados a partir de perspectivas mais restritas a conflitos de interesse setoriais de última instância. Certamente, as análises setoriais que acontecem nesse nível têm pertinência e são fundamentais à produção de políticas públicas, mas não esgotam a argumentação jurídica relevante para a definição de um papel para o Estado diante das tecnologias que seja responsivo à diversidade de bens constitucionais que se apresentam nesses conflitos.

É importante acrescentar a essas análises os insumos teóricos que vem sendo desenvolvidos pela literatura especializada e que se relacionam de forma instrumental com esse contexto. Eles se relacionam com o cenário contemporâneo de insuficiência dos meios regulatórios tradicionais, uma constatação que fomenta a busca por outros meios de legitimação da ação estatal; com os desafios peculiares que as tecnologias impõem aos reguladores e sobre como eles são abordados, especificamente, no âmbito da regulação da Internet. O que se propõe-se aqui é uma recapitulação da literatura acadêmica que já tratou desses pontos, que transpassa todos os campos em que o debate se realiza e de onde deve partir as análises prescritivas de tais matérias.

Assim, o objetivo deste trabalho é oferecer uma síntese desses insumos que, ainda que limitada em sua extensão, permita uma compreensão de contexto mais amplo e forneça diretrizes para análises segmentadas mais aprofundadas que se relacionem com regulação de serviços prestados realizada a partir da infraestrutura da Internet. Com base nas perspectivas teóricas acima mencionadas, isso será feito em três seções, ordenadas a partir dos debates mais abrangentes para os mais específicos em relação à Internet. Assim, a primeira seção trata do debate instrumental, inspirado por uma diversidade de ambientes regulatórios considerados complexos e que se reflete em diferentes teorias voltadas para a insuficiência de meios. A segunda é voltada para as principais contribuições da literatura acadêmica que se dedicou, especificamente, aos desafios que as tecnologias impõem a reguladores. A terceira, por fim, aborda as teorias voltadas para a Internet como uma tecnologia autônoma que orbitam ao redor das ideias de exceção.

1. O debate instrumental: a insuficiência dos meios como um fenômeno subjacente

As relações jurídicas que se realizam no espaço virtual são influenciadas por uma diversidade de agentes, tanto 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, principalmente através de regulação (podendo, inclusive, ser considerado o mais importante dependendo da matéria de que se trata⁶). Após o mito da ausência de fisicalidade e dos desafios de definição jurisdicional terem seu valor argumentativo enfraquecido⁷, a atuação ordenadora dos governos, em conformidade com as finalidades do constitucionalismo 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 questionável⁸ - 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 público e de direitos e liberdades individuais nas suas atividades comerciais. Denúncias de comercialização de dados pessoais, de práticas de vigilância 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 desses serviços, que ganharam proporções insustentáveis nas democracias atuais.

De tal forma que a demanda por ação estatal 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

⁶ 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.

⁷ Me refiro aqui à perda de valor argumentativo, uma vez que, no caso da ausência de fisicalidade, ela ainda persiste no sentido da 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, entendo que não se trata de um desafio não exatamente superado, mas sim que perdeu seu valor argumentativo, visto que existem formas de materializar diferentes graus de limitação territorial para conteúdos online.

⁸ MARSDEN, Christopher T. *Internet Co-regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 51.

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 coletividade⁹. Apesar da urgência incontestável dessa reflexão, ainda é possível verificar a insistência em mecanismos que já foram implementados sem sucesso no passado e em políticas proibicionistas, ou até baseadas em responsabilidade criminal¹⁰.

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), tais medidas não são eficientes ao abordar os fins de direito que as inspiram. Diante dessas dificuldades, um dos argumentos comumente explorados no âmbito dessas discussões cogita da insuficiência dos mecanismos de formulação e implementação de políticas públicas do Estado Regulador diante deste ambiente tecnológico e dinâmico. Por essa perspectiva, a discussão sobre regulação da Internet é situada dentro de um debate instrumental mais amplo, sobre funções, modos e estratégias relevantes para a regulação de ambientes globalizados, complexos e altamente caracterizados pela incerteza de conhecimento¹¹.

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 terminologias¹². 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”¹³. Desse aspecto subjetivo fragmentado e necessariamente descentralizado do Estado, decorre a adoção de instrumentos de

⁹ Sobre a abertura da Internet e sua importância, v. WEST, Jeremy. *A Framework for Understanding Internet Openness*. Centre for International Governance Innovation and Chatham House, série 35, 2016.

¹⁰ V. por exemplo, a recente lei australiana prevê a possibilidade de aplicação de responsabilização criminal de executivos de plataformas de mídia social que falhem em remover o que se refere como “conteúdo violento abominável”. 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.

¹¹ 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.

¹² *Ibid.*, p. 51.

¹³ 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.

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”¹⁴ 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 da década de noventa 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*.

Colin Scott, por exemplo, se refere ao *Estado Pós Regulatório*¹⁵ 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 executivas¹⁶. Nesse modelo, a

¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 315.

¹⁵ 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)

¹⁶ 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:

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 fundamentais¹⁷.

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 borradas, entre os Estados e os mercados, entre o que é público e o que é privado¹⁸. 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)¹⁹; a *variedade de mecanismos de controle*, que antes era estruturado na hierarquia normativa do Estado e agora se realiza 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)²⁰; 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 governamentais²¹; 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 atores²².

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 revisá-las aqui. Para os propósitos desta discussão, é suficiente notar que a autorregulação, como um elemento de fechamento autopoiético, é central para a análise descentralizada. Ela fornece

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.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. Pág. 21.

¹⁸ 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.

¹⁹ *Ibid.*, p. 161.

²⁰ *Ibid.*, p. 164.

²¹ *Ibid.*, p. 165.

²² *Ibid.*, p. 166.

seu principal diagnóstico de falha regulatória e é considerada normativamente como a chave para o sucesso regulatório. A tarefa da regulação foi redefinida: é regular a autoregulação. No entanto, é fazê-lo indiretamente, de uma maneira "pós-regulatória".²³

Apesar de reconhecer a sua conformidade com diferentes significados²⁴, importa aqui a referência que a autora faz às técnicas de “regulação descentralizada”, que chama de *regulation in many rooms*²⁵. 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 autores²⁶, e tem como componente distintivo a criação de regras

²³ 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 (OUP), [s.l.], pp. 103-146, p. 126, 1 jan. 2001. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/clp/54.1.103> Acesso em 28/11/2018.

²⁴ 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 Binbenbim chama de administração policêntrica; (ii) às 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, por exemplo, às implicações da sociedade globalizada, e 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.

²⁵ “Regulação em vários espaços”, em tradução livre, 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 (OUP), [s.l.], pp. 103-146, p. 103-114, 1 jan. 2001. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/clp/54.1.103> Acesso em: 28 nov. 2018.

²⁶ 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.

de direito administrativo de alcance global por uma rede de agentes públicos e privados que não se confundem com a figura do Estado²⁷. Em seu âmbito, é possível identificar uma disputa 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. 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”²⁸. Sua relevância é atribuída a uma demanda por um direito administrativo desterritorializado, resultante da “febril desterritorialização da economia globalizada”²⁹, com potencial para influenciar o desenho regulatório institucional, interagindo com as fontes normativas primárias e condicionando tanto a interpretação jurídica do *hard law* (como o agir das Administrações Públicas nacionais, tornando-se importante componente da juridicidade administrativa)³⁰.

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 determinados³¹) e até exclusivamente não estatais com caráter transnacional³². Aqui, ganha relevância a aplicação de princípios materiais antes centrados na ideia de Estado de Direito – como o direito ao contraditório e à ampla defesa³³.

Enquanto o aprofundamento em cada uma dessas teorias e suas consequências de ordem diversa fogem ao escopo deste artigo 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

²⁷ 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.

²⁸ 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.

²⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 311.

³⁰ *Ibid.*, p. 316.

³¹ Como por exemplo a OCDE e a OMC.

³² 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.

³³ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 323.

funções. Além de servirem como pano de fundo para a busca de soluções eficazes, essas construções teóricas sobre um mesmo fenômeno subjacente encontram, na Internet, um lugar de legitimação, onde muitas vezes as suas alternativas institucionais se apresentam como a única solução viável.

No âmbito dos debates entre harmonização e exceção, essas teorias contribuem para a exploração de alguns pontos importantes. Como, por exemplo, o reconhecimento de uma insuficiência geral diante da globalização e da crescente complexidade dos sistemas relevantes para a atividade regulatória e a necessidade de buscas por meios de implementação alternativos à *hard law* – e, junto com ela, a busca por formas também alternativas de legitimação.

2. O debate regulatório: deveres e desafios dos Estados perante as tecnologias

Sob esta segunda perspectiva a ser explorada, as discussões sobre regulação da Internet se inserem no debate que trata do papel do Estado diante das tecnologias. Sobre isso, importa notar, em primeiro lugar, que a regulação não é a única forma através da qual os governos se relacionam com as tecnologias. Conforme já apontado em trabalho anterior em conjunto com Patrícia F. Baptista, as interações entre governos e tecnologias acontecem não apenas através da regulação, mas também sob perspectivas de instrumentalidade, equivalência e incentivo³⁴. Esses diferentes papéis devem ser considerados em conjunto, podendo se sobrepor de acordo com os interesses públicos pertinentes a cada caso.

Em segundo lugar, importa consignar que sob o rótulo de *tecnologias* 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; 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).

³⁴ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo*, [s.l.], v. 273, pp. 123-163, p. 139, 17 set. 2016. Fundação Getúlio Vargas.

Apesar dessa diversidade, há uma vertente acadêmica especializada³⁵ que reúne as reflexões características à *regulação de tecnologias* como um todo, que segundo Lyria Bennet 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.³⁶

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.

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 tecnologias³⁷: 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*³⁸ advindas de uma possível incompatibilidade entre novas lógicas de mercado e quadros regulatórios formulados em um

³⁵ BROWNSWORD, Roger, SCOTFORD, Eloise e YEUNG, Karen, *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*. Oxford: Oxford University Press, 2017; MOSES, Lyria Bennet. 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; 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>

³⁶ 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, p. 6, 12 July 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2464750>> Acesso em: 01 abr. 2016)

³⁷ *Ibid.*, loc. cit.

³⁸ 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.

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 partir do trabalho de David Collingridge³⁹ - 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")⁴⁰. Rotuladas sob o *dilema de Collingridge*⁴¹, 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 acompanhar o rápido ritmo em que se dá a evolução tecnológica”⁴². 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).

³⁹ COLLINGRIDGE, David. *The Social Control of Technology*. London: Frances Pinter Ltd., 1980.

⁴⁰ 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, p. 6, 12 July 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2464750>> Acesso em 01/04/2016.

⁴¹ Ibid., p. 12.

⁴² BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo*, [s.l.], v. 273, pp. 123-163, p. 139, 17 set. 2016. Fundação Getúlio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66659>.

Sob outra perspectiva, Mark Fenwick, Wulf A. Kaal e Erik P. M. Vermeulen⁴³ 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 inovação⁴⁴. Em sentido semelhante, Eric Brousseau e Jean-Michel Glachant entendem que economias baseadas no conhecimento e caracterizadas, ainda que em parte, por extensa inovação, “modelos regulatórios construídos no século XIX para administrar investimentos e a 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 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

⁴³ 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/aublrvol6/iss3/1> Acesso em 28/12/2018.

⁴⁴ Ibid. p. 573.

os campos da regulação, a atuação dos governos aqui continua submissa a juízos de conveniência e oportunidade, carecendo da devida motivação.⁴⁵

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 necessárias⁴⁶. 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 as opções de políticas públicas disponíveis (permitir, incentivar, encorajar, desencorajar ou proibir)”⁴⁷.

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. Ou seja, reflete-se aqui o embate semântico entre tratar as tecnologias de forma excepcional ou harmonizá-las em relação às regras existentes. 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 omissão⁴⁸.

Trata-se, na verdade, de um conflito apenas aparente, já que as ferramentas conhecidas do direito e as abordagens regulatórias especiais não se excluem. Essa é uma contribuição importante

⁴⁵ 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).

⁴⁶ MOSES, Lyria Bennet. 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.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 583.

⁴⁸ CORTEZ, Nathan. Regulating disruptive innovation. *Berkeley Technology Law Journal*, n. 29, Berkeley, p. 175-228, p. 201, 2014.

da literatura de regulação de tecnologias, e que tem grande relevância para o debate teórico sobre regulação de serviços prestados através da infraestrutura da Internet.

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 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**”.⁴⁹ (grifado)

A necessidade de um marco regulatório adaptado a peculiaridades tecnológicas também foi apontada 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”⁵⁰.

⁴⁹ 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, p. 30.

⁵⁰ 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.

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 mesmas⁵¹. 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 pretendidos.

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 estatal⁵². 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,

⁵¹ 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, p. 567, 2017. Available at: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aubl/vol6/iss3/1>).

⁵² 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.

os ambientes normativos operacionais para atividades offline e online (atividades funcionalmente equivalentes) podem ser bastante diferentes umas das outras”⁵³.

Do arcabouço teórico descrito nessa seção é possível extrair a necessidade de atentar para os pontos que diferenciam o tratamento regulatório das tecnologias e que se expressam nos desafios identificados pela literatura especializada aqui ilustrada. No caso da Internet, especificamente, esses desafios se traduzem, há mais de vinte anos, a implementação de lógicas regulatórias tradicionais que se revelaram ilegítimas ou ineficientes. De fato, as ideias excepcionalistas não afastaram a Internet da regulação, mas isso não significa que ela não exija um tratamento excepcional.

3. O debate excepcionalista: como regular a Internet

Como apontado na Introdução, a expansão da Internet para o uso civil foi acompanhada de um movimento teórico que, a partir de diferentes justificativas, entendia pela impossibilidade dela ser regulada. Esses autores defendiam, em última instância, que as suas características únicas impediriam a aderência das formas tradicionais do direito.

Já referidos na Introdução como *excepcionalistas*, é possível encontrar na literatura a referência aos mesmos autores como *ciberlibertários*⁵⁴, o que, a princípio, poderia indicar tratar-se de duas nomenclaturas que se referem à mesma teoria. Principalmente porque, à época em que surgiram, essas perspectivas contribuíam para o mesmo fenômeno - notadamente, a suposta 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 evoluíram.

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.

⁵³ BROWNSWORD, Roger. The shaping of our on-line worlds: getting the regulatory environment right. *International Journal of Law And Information Technology*, Oxford University Press (OUP), v. 20, n. 4, pp. 249-272, p. 254, 4 out. 2012.

⁵⁴ 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.

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 si. 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 estabelecido⁵⁵. 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 de Eric Goldman⁵⁶, que verifica três ondas de influência dessas ideias sobre a formulação de políticas públicas direcionadas à Internet nos Estados Unidos.

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 terceiros⁵⁷.

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, sabidamente responsáveis por implementar mecanismos de censura privada com restrições desproporcionais a liberdade de expressão.

⁵⁵ SUNSTEIN, Cass. *Republic.com*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 174.

⁵⁶ GOLDMAN, Eric. The Third Wave of Internet Exceptionalism. *Santa Clara Magazine*, [s.l.], 2008. Disponível em: <https://magazine.scu.edu/winter2008/afterwords.cfm>. OLDMAN, 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.

⁵⁷ 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.

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 específico⁵⁸.

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 consideradas antiexcepcionalistas a abordagem de Yochai Benkler⁵⁹ e de Tim Wu, que publicou alguns trabalhos partindo da premissa de que a Internet não estaria predestinada a um tratamento especial por parte dos governos a médio e longo prazo⁶⁰.

Com efeito, em artigo 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?⁶¹. 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 direito.

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

⁵⁸ GOLDMAN, Eric. The Third Wave of Internet Exceptionalism. *Santa Clara Magazine*, [s.], 2008. Disponível em: <https://magazine.scu.edu/winter2008/afterwords.cfm>. OLDMAN, Eric. The Third Wave of Internet Exceptionalism. *Santa Clara Magazine*, [s.], 2008. Disponível em: <https://magazine.scu.edu/winter2008/afterwords.cfm>. Acesso em: 28 dez. 2018.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ 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.

⁶¹ 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.

maneira como outros sistemas de comunicação de massa operaram, seja o telefone, o rádio ou a televisão”⁶². Para o autor,

(...) 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 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 visto⁶³.

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*⁶⁴. Ou, então, quando entende que a impraticabilidade do excepcionalismo coloca em risco, além dessa descentralização da rede, o seu caráter aberto – que se expressa em múltiplas oportunidades e possibilidades de natureza técnica, política e econômica. 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 original⁶⁵.

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

⁶² 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.

⁶³ 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).

⁶⁴ Ibid., p. 184.

⁶⁵ 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.

“normais” - na verdade, já começou a fazer isso de várias maneiras. Excepcionalismo, em suma, não pode ser assumido, mas deve ser defendido⁶⁶.

A abordagem do excepcionalismo como uma constatação teórica, que pode gerar consequências diferentes, vai ao encontro da literatura de regulação de tecnologias tratada na seção anterior. Dentro daquele contexto teórico, 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 quais seriam os pontos diferenciados do desenho regulatório aplicável à Internet.

Andrew Murray, por exemplo, se refere ao *Ciberestado Pós Regulatório*⁶⁷, 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 interconectado.

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 Samuelson⁶⁸ prescreve uma abordagem da regulação da Internet a partir dos desafios impostos pelas tecnologias da informação às ordens legais no últimos anos,

⁶⁶ 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.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ 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:

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”⁶⁹ de tecnologias da informação, nomeando como critérios de análise cinco desafios específicos para os reguladores, a saber⁷⁰: 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 a preocupação permanente de não inibir a inovação, como uma preocupação de fundo que acompanharia as reflexões sobre cada uma das questões enumeradas⁷¹:

Por exemplo, nos estágios iniciais do desenvolvimento de tecnologias de informação, quando havia apenas o mundo off-line, 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 on-line 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.⁷²

<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3349&context=facpubs> Acesso em: 28 dez. 2018.

⁶⁹ 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, p. 252, 4 out. 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/ijlit/eas019>. Acesso em: 28 dez. 2018.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 254-266.

⁷¹ *Ibid.*, p. 266.

⁷² 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 might have moved again, now to matters of regulatory prudence.*”

Esses entendimentos estão em harmonia com os debates sobre insuficiência dos meios e sobre os desafios peculiares que as tecnologias impõem aos reguladores. Tratando da regulação da Internet, especificamente, eles reconhecem nesse âmbito a necessidade de adaptação do desenho regulatório direcionado aos serviços prestados a partir desta infraestrutura⁷³. E, mais do que isso, apontam para os aspectos que seriam distintivos deste desenho, e por isso, dignos de atenção especial por parte do regulador.

Assim, é possível afirmar que o debate excepcionalista oferece às discussões específicas sobre regulação de serviços prestados online uma perspectiva de flexibilidade interpretativa sobre o que constitui exceção e quais as consequências jurídicas que podem ser daí extraídas. Ou seja, exceção não é sinônimo de abstenção estatal, mas sim, de atenção excepcional a pontos específicos e às formas de implementação do direito mais promissoras.

Naturalmente, essa abordagem é um primeiro passo dentro do processo regulatório desses serviços, e não tem a pretensão de compor fórmula regulatória ou juízo absoluto sobre o que se aplica ou não a um ambiente regulatório complexo e dinâmico como a Internet. Como já mencionado, outros insumos teóricos e empíricos, particulares do mercado de que se trata, também têm um papel fundamental na busca por soluções.

Conclusões

As discussões sobre a regulação de mercados digitais são tão vastas quanto as diferentes atividades que surgiram ou que se expandiram através da Internet. Atualmente, muitos setores se debruçam sobre os desafios de regulação impostos pelas peculiaridades do mundo virtual, o que demanda a consideração de uma série de particularidades e de conflitos de interesse setoriais. Há, também, algumas discussões de fundo teórico subjacentes a esses debates, com potencial para informá-los e das quais podem ser extraídas implicações empíricas relevantes.

A primeira delas representa o debate sobre uma possível insuficiência dos meios de aplicação do direito, que se reflete em teorias distintas, donde decorrem consequências teóricas e empíricas segmentadas, expressas a partir de diferentes terminologias⁷⁴. Trata-se das ideias de *Estado Pós Regulatório*, *Descentralização Administrativa*, *Direito Administrativo Global* e de

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.

⁷³ WEBER, Rolf H.. *Proliferation of 'Internet Governance'*. GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2014, pp.1-11, p. 3, 01 sep. 2014.

⁷⁴ Ibid., p. 51.

Constitucionalismo Global. A análise dessas teorias é importante porque elas contribuem para o reconhecimento de uma insuficiência geral dos meios diante da globalização e da crescente complexidade dos sistemas relevantes para a atividade regulatória, para a necessidade de buscas por meios de implementação alternativos à *hard law* e para a busca por formas de legitimação.

Em relação às tecnologias, especificamente, existe uma literatura sólida dedicada a explorar os deveres e desafios que a sua regulação impõe aos governos. 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. Diante do dilema entre exceção e harmonização, uma parte desses autores se dedicou a identificar quais seriam os desafios ou exigências específicas à regulação de tecnologias. De forma geral, essas peculiaridades se relacionam com o 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). A análise desses entendimentos demonstra que as ideias de harmonização e exceção não são excludentes, de forma que esses fenômenos não demandam uma “reinvenção da roda regulatória”, mas sim que se aperfeiçoe a inteligência das políticas públicas para endereçar desafios a eles específicos.

No que toca a regulação da Internet como tecnologia autônoma, essa discussão nasceu na órbita da exceção. A forma como evoluiu o debate acerca do excepcionalismo deu à concepção original dessa vertente teórica maior flexibilidade. Como visto, ao invés das características que diferenciam a Internet basearem a ausência de regulação (o que se confunde com o pensamento ciberlibertário), hoje é mais acertado admitir que elas devem influenciar o desenho regulatório próprio cabível aos serviços que são prestados através dessa infraestrutura. Diferentes autores identificaram diferentes peculiaridades, mas é seguro dizer que as questões peculiares orbitam ao redor de questões de legitimidade, incerteza e flexibilidade que acabam desaguando, também, no debate sobre os meios cabíveis.

Em conjuntos, esses fundamentos teóricos têm potencial para indicar e fundamentar as soluções que se apresentam aos reguladores em debates setoriais específicos. Contudo, apesar de sua importância, elas não os esgotam. Análises segmentadas demandam a abordagem das peculiaridades de cada mercado, da relevância pública dos bens jurídicos envolvidos, e da forma como a realidade técnica da Internet influencia as suas dinâmicas em particular. Tais exames

podem variar e transcendem a proposta deste artigo; contudo, a base teórica para o seu desenvolvimento está posta.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, [s.l.], v. 273, pp. 123-163, p. 139, 17 set. 2016. Fundação Getúlio Vargas.

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.

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

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.

BINENBOJM, Gustavo. **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 University Press (OUP), [s.l.], pp. 103-146, p. 103-114, 1 jan. 2001. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/clp/54.1.103> Acesso em: 28 nov. 2018.

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

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.

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, p. 252, 4 out. 2012.

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

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

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.

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.

DIMITROPOLOUS, 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.

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. 567, 2017.

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.

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. WU, Tim. Cyberspace Sovereignty? The Internet and the International System. *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 10, n. 3, 1997.

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.

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

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

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

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.

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.

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

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.

MOSES, Lyria Bennet. 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 mai. 2016.

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

MURRAY, Andrew. **Information Technology Law – The Law and Society**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

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.

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: 28/12/2018.

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.

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

SUNSTEIN, Cass. **After the Rights Revolution: reconceiving the regulatory state**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

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 dez. 2018.

TEUBNER, Gunther. After Legal Instrumentalism: Strategic Models of Post-Regulatory Law In: TEUBNER, Gunter (Org). **Dilemmas of Law in the Welfare State**. Berlin, 1986.

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

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

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

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.

.....

Minibiografia do Autor – Clara Iglesias Keller

Doutora em direito público pela UERJ. Mestre em direito público pela UERJ. Mestre em Direito da Tecnologia da Informação, da Comunicação e da Mídia pela *London School of Economics and Political Science*.

.....

Enviado em: 13 de agosto de 2019.

Aprovado em: 13 de agosto de 2019.