

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E
DESENVOLVIMENTO**

RENAN FARIAS PEREIRA

**POR UMA MATRIZ DE REGULAÇÃO E GOVERNANÇA DA
INTERNET: A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO
REGULATÓRIO A PARTIR DA LEGITIMIDADE PELO
PROCEDIMENTO**

**João Pessoa - PB
2023**

RENAN FARIAS PEREIRA

**POR UMA MATRIZ DE REGULAÇÃO E GOVERNANÇA DA
INTERNET: A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO
REGULATÓRIO A PARTIR DA LEGITIMIDADE PELO
PROCEDIMENTO**

Tese apresentada como requisito parcial para a
obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Pós-
Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba.

**João Pessoa - PB
2023**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

P436p Pereira, Renan Farias.

Por uma matriz de regulação e governança da internet
: a construção de um modelo regulatório a partir da legitimidade pelo
procedimento / Renan Farias Pereira.

- João Pessoa, 2023.

163 f.

Orientação: Luciano do Nascimento Silva. Tese
(Doutorado) - UFPB/CCS.

1. Direitos humanos - Uso da internet. 2. Economia de dados. 3. Regulação
da internet. 4. Sociedade moderna. I. Silva, Luciano do Nascimento. II. Título.

UFPB/BC

CDU 342.7(043)

RENAN FARIAS PEREIRA

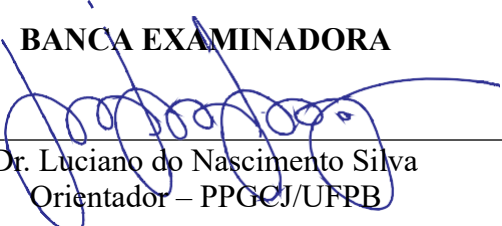
**POR UMA MATRIZ DE REGULAÇÃO E GOVERNANÇA DA
INTERNET: A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO REGULATÓRIO A
PARTIR DA LEGITIMIDADE PELO PROCEDIMENTO**

Tese doutoral apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB), Curso de Doutorado, Área de Concentração em Direitos Humanos e Desenvolvimento, Linha 1 – Direitos Sociais, Regulação Econômica e Desenvolvimento, como requisito para a obtenção do Título de Doutor em Ciências Jurídicas.

Orientador: Dr. Luciano do Nascimento Silva

APROVADO EM: 12/05/2023

BANCA EXAMINADORA



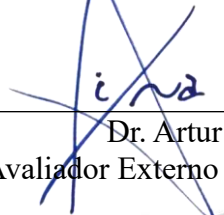
Dr. Luciano do Nascimento Silva
Orientador – PPGCJ/UFPB

(Assinado digitalmente em 26/06/2023 13:39)
GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA
COORDENADOR(A) DE CURSO
1453013

Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista
Avaliador Interno – PPGCJ/UFPB

(Assinado digitalmente em 22/06/2023 17:44)
JAILTON MACENA DE ARAÚJO
PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR
1724875

Dr. Jailton Macena de Araújo
Avaliador Interno – PPGCJ/UFPB



Dr. Artur Stamford da Silva
Avaliador Externo à Instituição – PPGD/UFPE



Dr. Sergio Pignuoli Ocampo
Avaliador Externo à Instituição – Facultad de Ciencias Sociales/UBA-Argentina

Emitido em 22/06/2023

DOCUMENTO Nº 1/2023 - PPGCJ (11.01.46.04)

(Nº do Documento: 1)

(Nº do Protocolo: NÃO PROTOCOLADO)

(Assinado digitalmente em 26/06/2023 13:39)
GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA
COORDENADOR(A) DE CURSO
1453013

(Assinado digitalmente em 22/06/2023 17:44)
JAILTON MACENA DE ARAÚJO
PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR
1724875

Para verificar a autenticidade deste documento entre em <https://sipac.ufpb.br/documentos/> informando seu número: **1**,
ano: **2023**, documento (espécie): **DOCUMENTO**, data de emissão: **22/06/2023** e o código de verificação:
fb4fd9374d

DEDICATÓRIA

Dedico esta Tese à minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Sabrina, por todo o companheirismo, cumplicidade e amor que foram essenciais para lidar com todas as inseguranças e desafios de um Doutorado. Eu te amo!

Agradeço aos meus pais, Pericles e Rosita, pelos sacrifícios realizados durante a minha vida, acreditando sempre que a educação é o melhor caminho para uma vida digna.

Aos meus irmãos Mirla (*in memoriam*) e Arthur, por terem me ensinado tanto sobre amor e companheirismo, mesmo quando distantes.

Aos meus avós, Antônio (*in memoriam*) e Lusinete, pelas valorosas lições de vida.

Aos meus sogros, Giovanni e Edna, por terem me acolhido como filho e sempre torcerem e me apoiarem.

Ao professor Dr. Luciano do Nascimento Silva. Sem sua orientação e lições não seria possível finalizar o Doutorado.

Aos professores da banca, por se disponibilizarem a ler, analisar, criticar, sugerir e acrescentar discussões ao meu trabalho, visto que estas contribuições servirão para o meu futuro profissional.

Ao professor Dr. Luciano de Almeida Maracajá, pelos incentivos na área acadêmica e pelos empréstimos de livros que foram essenciais para minha leitura.

Aos amigos de jornada: Aurora, Matheus e Álvaro, pelo compartilhamento de emoções durante esse percurso dificultoso que foi o Doutorado.

A todos os professores e servidores do Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB – pelo conhecimento compartilhado, pelos ensinamentos passados e pelos grandiosos serviços prestados que me fizeram deixar mais apaixonado a cada dia pela vida acadêmica.

À amiga Paloma, pela inspiração profissional, conselhos e indicações quando minha jornada acadêmica ainda era uma ideia. Obrigado por me fazer refletir sobre a comunicação do pesquisador.

À amiga e professora Rebeca Resende, pelo companheirismo no momento de superação de todos os obstáculos e pela criação, ao meu lado, do Modum Acadêmico.

A todos os amigos que contribuíram, ao seu modo, para a concretização do presente trabalho.

A Deus, por ser a fonte da minha Fé!

[...] na legitimação de decisões [...] trata-se dum aspecto do problema geral de “como alterar perspectivas” e da pergunta de como o sistema parcial político-administrativo da sociedade pode reestruturar as expectativas na sociedade, através das suas decisões, apesar de ser um sistema parcial. A eficácia desta atividade dum parte pelo todo dependerá, consideravelmente, de se conseguirem integrar novas expectativas em outros sistemas estabelecidos — quer personalidades, quer sistemas sociais, sem causar neles considerável transtorno de funções.

(Niklas Luhmann)

RESUMO

A sociedade moderna, impulsionada pela era digital e avanços tecnológicos, enfrenta complexos desafios na comunicação e na proteção de dados. A presente investigação doutoral tem por objeto a busca da construção de uma teoria sistêmica legitimadora cujo objetivo é o de estampar um outro modelo de Governança (Regulação) da Internet. Enquanto fenômeno histórico que possui efeitos no Direito, Política e na Economia, a construção de uma etapa digital na sociedade desencadeou a necessidade de analisar aspectos relacionados à própria organização, o que possui reflexos diretos no comportamento da sociedade, dos Estados e do Mercado. O problema central abordado nesta pesquisa é a necessidade de uma regulamentação eficaz da internet no Brasil diante das transformações sociais, políticas e econômicas decorrentes da revolução tecnológica. Os objetivos incluem a análise das complexidades criadas pela internet nos sistemas jurídico, político e econômico, e a formulação de um novo modelo de regulação da internet baseado na Legitimidade pelo Procedimento de Niklas Luhmann. A Tese adota uma abordagem histórica, comparativa e funcionalista, analisando o surgimento da internet, a legislação existente, experiências estrangeiras e implicações de um novo modelo regulatório. A metodologia combina a teoria dos sistemas de Luhmann, o método sistêmico, a observação da sociedade, a análise das estruturas existentes e a busca por soluções ideais. As análises foram concebidas a partir das observações de documentos com conteúdo normativo, fatos históricos acerca da estruturação da internet e a contribuição de outros observadores sobre o mesmo objeto. O trabalho se divide em três capítulos: o primeiro realiza observações acerca do surgimento da internet e aborda elementos normativos acerca da Rede. O segundo aborda as Teorias Clássicas e Contemporâneas da Regulação, analisando a sua (in)adequação quando se trata do objeto virtual, culminando na elaboração de um outro modelo conjecturado na Legitimação por Procedimentos. O terceiro capítulo observa a estrutura dos sistemas Político, Econômico e Jurídico para lidar com a complexidade da Internet e como a Regulação Legitimada por Procedimentos é construída enquanto acoplamento estrutural entre esses mesmos sistemas. A tese conclui que a função contributiva que a Governança da Internet, quando estruturada sob procedimentos, desempenha na sociedade é o de construir uma ilusão do funcionamento e proteção por parte dessas estruturas. A contribuição esperada deste trabalho é fornecer uma base teórica sólida para a discussão sobre a regulação da internet no Brasil, dada a insuficiência do modelo atual para lidar com as demandas dessa sociedade em constante evolução.

Palavras-chave: uso da internet; economia de dados; regulação da internet; legitimação pelo procedimento.

ABSTRACT

Modern society, driven by the digital era and technological advances, faces complex challenges in communication and data protection. The purpose of this doctoral research is to seek to construct a legitimizing systemic theory whose objective is to establish another model of Internet Governance (Regulation). As a historical phenomenon that has effects on Law, Politics and Economy, the construction of a digital stage in society triggered the need to analyze aspects related to the organization itself, which has direct consequences on the behavior of society, States and the Market. The central problem addressed in this research is the need for effective internet regulation in Brazil in light of the social, political and economic transformations resulting from the technological revolution. The objectives include the analysis of the complexities created by the internet in the legal, political and economic systems, and the formulation of a new model of internet regulation based on Legitimacy by Niklas Luhmann's Procedure. The Thesis adopts a historical, comparative and functionalist approach, analyzing the emergence of the internet, existing legislation, foreign experiences and implications of a new regulatory model. The methodology combines Luhmann's systems theory, the systemic method, observation of society, analysis of existing structures and the search for ideal solutions. The analyzes were designed based on observations of documents with normative content, historical facts about the structuring of the internet and the contribution of other observers on the same object. The work is divided into three chapters: the first makes observations about the emergence of the internet and addresses normative elements about the Network. The second addresses the Classical and Contemporary Theories of Regulation, analyzing their (in)adequacy when it comes to the virtual object, culminating in the elaboration of another model conjectured in Legitimation by Procedures. The third chapter observes the structure of the Political, Economic and Legal systems to deal with the complexity of the Internet and how Procedurally Legitimated Regulation is constructed as a structural coupling between these same systems. The thesis concludes that the contributory function that Internet Governance, when structured under procedures, plays in society is to build an illusion of the functioning and protection on the part of these structures. The expected contribution of this work is to provide a solid theoretical basis for the discussion on internet regulation in Brazil, given the insufficiency of the current model to deal with the demands of this constantly evolving society.

Keywords: internet use; data economy; internet regulation; legitimation through procedure.

RESUMEN

La sociedad moderna, impulsada por la era digital y los avances tecnológicos, enfrenta desafíos complejos en comunicación y protección de datos. El propósito de esta investigación doctoral es buscar construir una teoría sistémica legitimadora cuyo objetivo es establecer otro modelo de Gobernanza (Regulación) de Internet. Como fenómeno histórico que tiene efectos en el Derecho, la Política y la Economía, la construcción de un escenario digital en la sociedad desencadenó la necesidad de analizar aspectos relacionados con la propia organización, lo que tiene consecuencias directas en el comportamiento de la sociedad, los Estados y el Mercado. El problema central abordado en esta investigación es la necesidad de una regulación efectiva de Internet en Brasil a la luz de las transformaciones sociales, políticas y económicas resultantes de la revolución tecnológica. Los objetivos incluyen el análisis de las complejidades creadas por Internet en los sistemas legales, políticos y económicos, y la formulación de un nuevo modelo de regulación de Internet basado en la Legitimidad según el Procedimiento de Niklas Luhmann. La Tesis adopta un enfoque histórico, comparativo y funcionalista, analizando el surgimiento de Internet, la legislación existente, las experiencias extranjeras y las implicaciones de un nuevo modelo regulatorio. La metodología combina la teoría de sistemas de Luhmann, el método sistémico, la observación de la sociedad, el análisis de las estructuras existentes y la búsqueda de soluciones ideales. Los análisis fueron diseñados a partir de observaciones de documentos con contenido normativo, hechos históricos sobre la estructuración de internet y el aporte de otros observadores sobre el mismo objeto. El trabajo se divide en tres capítulos: el primero hace observaciones sobre el surgimiento de Internet y aborda elementos normativos sobre la Red. El segundo aborda las Teorías Clásicas y Contemporáneas de la Regulación, analizando su (in)adecuación respecto del objeto virtual, culminando en la elaboración de otro modelo conjeturado en Legitimación por Procedimientos. El tercer capítulo observa la estructura de los sistemas Político, Económico y Jurídico para enfrentar la complejidad de Internet y cómo la Regulación Procesalmente Legitimada se construye como un acoplamiento estructural entre esos mismos sistemas. La tesis concluye que la función contributiva que la Gobernanza de Internet, cuando se estructura bajo procedimientos, juega en la sociedad es la de construir una ilusión de funcionamiento y protección por parte de estas estructuras. La contribución esperada de este trabajo es proporcionar una base teórica sólida para la discusión sobre la regulación de Internet en Brasil, dada la insuficiencia del modelo actual para atender las demandas de esta sociedad en constante evolución.

Palabras clave: uso de internet; economía de datos; regulación de internet; legitimación por procedimiento.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Domicílios em que havia utilização da Internet, por situação do domicílio (%).....	29
Figura 2: Domicílios em que havia conexão por banda larga na utilização da Internet, segundo o tipo de banda larga (%)	30
Figura 3: Motivo por que as pessoas não utilizaram a Internet.....	31
Figura 4: Acesso à Internet e conexões de Internet banda larga para residências – EU-27 – 2009-2019.....	32
Figura 5: Indivíduos que não forneceram informações pessoais através da Internet, 2016....	33
Figura 6: Percentual de adultos que afirmam usar a internet – de acordo com a idade	35
Figura 7: Percentual de adultos que afirmam usar a internet – de acordo com o gênero.....	36
Figura 8: Modelo de pirâmide de sanções de aplicação regulatória	97

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Princípios da Governança na Internet- NETMundial	43
Tabela 2: Multas Administrativas impostas pelas ANPD na Europa.....	68
Tabela 3: Orçamento Europeu – Proteção de dados em 2019	69
Tabela 4: Sistematização do Conceito Expansivo de Regulação em Júlia Black (2001)	111

LISTA DE INFOGRÁFICOS

Infográfico 1: Infográfico sobre dados acerca do primeiro ano de RGPD na Europa	67
--	----

LISTA DE SIGLAS

ABRANET – Associação Brasileira de Internet

ABRINT – Associação Brasileira de Provedores de Internet e Telecomunicações

ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

CGI.br – Comitê Gestor da Internet no Brasil

FCC – Federal Communications Commision

IGF – Fórum de Governança da Internet das Nações Unidas

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

ISP – Internet Service Providers

LGT – Lei Geral de Telecomunicações

LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados

RGPD – Regulamento Geral de Proteção de DADOS

MC – Ministério das Comunicações

MCI – Marco Civil da Internet

MCTIC – Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações

OTT – Over-the-top

SCM – Serviço de Comunicação Multimídia

SEAC – Serviço de Acesso Condicionado

SMP – Serviço Móvel Pessoal

STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado

SVA – Serviços de Valor Adicionado

TIC – Tecnologias da Informação e Comunicação

EU – UNIÃO EUROPEIA

UIT – União Internacional de Telecomunicações

VoIP –Voz sobre IP

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 USO DA INTERNET E REGULAÇÃO: A ESTRUTURA DE GOVERNANÇA DA REDE NO MERCADO BRASILEIRO E MUNDIAL.....	22
2.1 Aspectos introdutórios do capítulo	22
2.2 O surgimento da internet como elemento de produção da comunicação	23
2.2.1 O uso da Internet e o paradoxo do desenvolvimento virtual	28
2.3 A Função do Comitê Gestor da Internet no Brasil e a sua influência na chamada Governança.....	37
2.4 O Processo de Normatização da Internet no Brasil: A Lei 12.965/2014 e a atuação do Comitê Gestor da Internet	49
2.5 O Inchaço de normas vazias: a influência da legislação europeia e a análise dos possíveis reflexos da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil	60
2.6 Coleta e monetização de dados pela Internet: do <i>stalking economy</i> aos desafios regulatórios da Agência Nacional de Telecomunicações e da Autoridade Nacional de Proteção de Dados	72
3 TEORIAS DA REGULAÇÃO E INTERNET: A INSUFICIÊNCIA INSTRUMENTAL DA GOVERNANÇA E O PAPEL DOS ATORES NO ÂMBITO DA TECNOLOGIA....	76
3.1 Aspectos introdutórios do capítulo	76
3.2 Pressupostos da Atuação do Estado na Economia: Teóricas Clássicas e Contemporâneas da Regulação e sua perspectiva na modernidade.....	76
3.2.1 Teorias Clássicas da Regulação	81
3.2.1.1 Teoria do Interesse Público.....	81
3.2.1.2 Teoria Econômica da Regulação – A Escola Neoclássica	84
3.2.1.3 Teoria das Falhas de Regulação.....	88
3.2.1.4 Teoria da Escolha Pública.....	91
3.2.1.5 Teoria da Regulação Social	93
3.2.2 Teorias Contemporâneas da Regulação	95
3.2.2.1 Teoria Responsiva da Regulação	95
3.2.2.2 Teoria do Direito Administrativo Global como mecanismo regulatório	100
3.3 A Construção Regulatória a partir do Procedimento: mecanismos para a sua legitimação	113

4 ESTRUTURA DOS SISTEMAS SOCIAIS, ECONOMIA DE DADOS DA SOCIEDADE E GOVERNANÇA DA INTERNET: A REGULAÇÃO COMO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL DA ECONOMIA, POLÍTICA E DIREITO.....	119
4.1 Aspectos introdutórios do capítulo	119
4.2 A Estrutura do Sistema Econômico e a Economia de Dados da Sociedade	119
4.3 A Estrutura do Sistema Político e a função regulatória da Internet	128
4.4 O Sistema Jurídico e a Internet: a ausência de estrutura e a construção de uma ilusão funcional	133
4.5 A Regulação pelo Procedimento como forma de Acoplamento Estrutural entre Direito, Política e Economia: Uma Construção Ilusão Funcional dos Sistemas Sociais.....	138
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	148
REFERÊNCIAS	154

1 INTRODUÇÃO

A sociedade moderna se caracteriza pelos seus múltiplos sistemas, cuja relação se inter-relaciona por meio da comunicação. A progressão da tecnologia proporciona transformações na forma como as pessoas produzem essa comunicação. O desencadeamento de uma era digital na sociedade desenvolveu reflexos diretos na própria construção da sociedade, culminando em aspectos comportamentais dos indivíduos, da coletividade e de todos os outros subsistemas que permeiam o Sistema Social.

Várias foram as barreiras ultrapassadas com o advento da internet, o que proporcionou não apenas a universalização das comunicações e da informação — ao menos em tese nos países economicamente desenvolvidos — mas recaindo em direitos e garantias formalmente construídas ao longo da história. A democracia não é mais a mesma. A liberdade se transformou. A privacidade, possivelmente, se tornou uma utopia. O mercado, enquanto entorno do Sistema Econômico, transmutou-se e utilizou desse mecanismo para a produção de mais comunicação e, assim, de mais complexidade.

Novos dispositivos, portanto, foram construídos como base de sustentação desse panorama. O surgimento de *tablets*, *smartphones* e outros dispositivos inteligentes passaram a ser usados pelo entorno da sociedade, servindo como mecanismo de comunicação. Entretanto, essa mesma comunicação gerou, por parte da camada mais alta dos detentores desses mecanismos, um acesso a dados irrestritos dos seus usuários.

No ano de 2020, o mundo se viu diante da declaração de Mark Zuckerberg — proprietário de três das maiores redes de comunicações do mundo — acerca da necessidade de regulação da internet. Em suas próprias palavras, se fazia necessária uma boa regulação, mesmo com a possibilidade de prejuízo ao Facebook®, mas em benefício de todos. A declaração, obviamente, não tem relação com uma racionalidade da empresa, que visa lucro. O propósito direto foi dar uma resposta aos constantes vazamentos de dados produzidos pela empresa, que afetam diretamente pleitos eleitorais e a forma como a sociedade vive.

Os constantes vazamentos proporcionaram, a seu turno, uma onda legislativa visando a proteção dos dados e da privacidade. Entretanto, a capacidade de utilização de dados, navegação on-line e o interesse direto de agentes do mercado e postulantes a cargos políticos faz com que a efetividade prática desses dispositivos seja questionável. Acrescente-se que a internet é um mecanismo que ultrapassa barreiras territoriais nas mais variadas formas, o que dificulta de maneira direta a forma de se fazer valer qualquer dispositivo, usando como parâmetro apenas a soberania de um único país.

No ano de 2015, matérias que relacionavam Direito e Internet tomaram destaque nas discussões acadêmicas e legislativas brasileiras, em razão do surgimento da Lei n. 12.965/2014, conhecida como o Marco Civil da Internet. Tratou-se, essencialmente, de um universo novo que trouxe elementos principiológicos nas garantias, direitos e deveres no uso da Internet no Brasil.

Em 2018, novas nuances surgiram com a Lei n. 13.709/2018, que trata da Lei Geral de Proteção de Dados. A inovação legislativa, aliás, alterou diretamente o Marco Civil da Internet, trazendo — em tese — mecanismos protetivos da liberdade e da privacidade dos usuários. Esse tipo de regramento, aliás, também é fruto de uma pressão internacional em torno de maiores mecanismos fiscalizatórios das relações virtuais.

O surgimento de serviços *Over-the-Top* — serviços já realizados por setores tradicionais, mas com desempenho elevado graças ao uso da internet e de novas tecnologias — proporcionou um acesso explosivo aos conteúdos on-line, para impulsionar o funcionamento do mercado. Esse tipo de estrutura culminou na transformação de inúmeras relações. Em relação ao Direito Trabalhista, novas discussões sobre a posição entre Empregado e Empregador no que concerne aos aplicativos intermediários de *delivery*. Nas relações regidas pelo Direito Civil, formas contratuais foram modificadas; direitos de personalidade ganharam novas vertentes, passando a existir inclusive a percepção de herança digital. No Direito Penal, novos tipos penais surgiram, ou foram adaptados, para punir o cometimento de crimes.

Em todos os sistemas da sociedade surgiram transformações e novas complexidades. Na Política, a própria noção de democracia se tornou volátil, sobretudo com a participação de programas de impulsionamento e disseminação de *Fake News* que alteraram substancialmente pleitos eleitorais. As próprias concepções de Direitos Fundamentais, sobretudo no que concerne ao “cidadão conectado” passaram a exigir uma demanda: a possibilidade de se conectar. As complexidades surgidas são as mais variadas.

No sistema jurídico já existem implicações diretas no processo decisório com a utilização de algoritmos para a confecção de peças e decisões. No sistema econômico, a internet passou a ser o fruto do modo capitalista, enquanto configura como o impulsionamento desse modelo econômico.

Ocorre que independentemente da ótica de observação de um sistema social que se adote, é possível vislumbrar que a internet fugiu ao controle. Seja na política, seja no direito ou na economia, as complexidades surgidas são tamanhas que os modos de respostas que são oferecidas, até então, são insuficientes.

Um exemplo disso é o atual modelo de Governança na Internet, inserido no mundo como o mecanismo de solução e regulação, que, em um viés flexível, não produz de fato meios para atingir os seus objetivos. Mesmo se vislumbrando em uma inclusão virtual, o que se percebe em tese é uma disparidade entre formas de acesso, velocidade, meios e conteúdos a serem acessados. Além disso, os dados dos usuários, obtidos pelas empresas controladoras das tecnologias, os torna quase reféns de seus controladores. Como resposta, países de todo mundo — incluindo o Brasil — viram nas legislações protetivas de dados um meio para alcançar a tão almejada segurança do usuário, mas que possivelmente, pela própria estrutura da internet, existirão obstáculos no percurso.

Analisando, portanto, o âmbito dos “direitos virtuais” em posição de proteção fundamental pela Constituição, a tese que ora se apresenta possui por objetivo propor um novo modelo regulatório para organizar as complexidades existentes, para permitir a participação de diversos setores, como o sistema de Governança na Internet atualmente almeja, mas não possui estrutura suficiente.

Sendo assim, o objetivo geral almejado pela Tese é o de abordar a questão regulação da internet no Brasil, partindo como ponto de referência os dados enquanto mecanismo de funcionamento da nova Economia da Sociedade. Para a persecução do objetivo geral, três serão os objetivos específicos: o primeiro se dá através da investigação das concepções de acesso à internet e Direitos Humanos, partindo de uma perspectiva do Desenvolvimento para a crítica ao modelo atual de governança.

O segundo, se dá com a análise estrutural dos sistemas sociais a partir da complexidade internet que surgiu, vislumbrando como o Direito, a Política e a Economia, enquanto sistemas da sociedade, estruturalmente, não possuem individualmente a estrutura para fornecer respostas que organizem as complexidades existentes. O terceiro, por fim, se dá por meio da formulação da ideia de uma nova Economia da Sociedade, com base na seara virtual e de um novo modelo de regulação da Internet, com base no parâmetro da Legitimidade pelo Procedimento, de Niklas Luhmann.

Assim, apresenta-se como problema de pesquisa desta Tese a seguinte pergunta: considerando a internet e a revolução tecnológica, com o surgimento de novas formas de informação e comunicação, um sistema de Governança na Internet capitaneado pela Legitimidade pela Participação é suficiente para organizar as inúmeras complexidades surgidas pelo constante avanço sobre o modo de uso da internet?

Em termos de hipótese, considerando, a necessidade de uma regulação inclusiva e minimizadora de disparidades sociais, tem-se que a estruturação de procedimentos

participativos e legitimatórios terão o condão de proporcionar um meio ambiente virtual que comporte um processo de decisão que abarque o processo inclusivo ao passo que promova a organização das complexidades.

A justificativa para a presente Tese, para além dos reflexos indiretos em uma possível segurança jurídica, é a análise de uma nova construção da realidade social diante dos avanços da tecnologia, enquanto se verifica a necessidade de uma legitimação participativa pelo procedimento no que diz respeito aos seus usuários, sobretudo quando se trata de um setor em que a velocidade das transformações supera — exorbitantemente — a velocidade de inovações legislativas.

Embora a utilização da internet e sua relação com o Direito não seja uma discussão recente, dada as inúmeras formas de avanço cotidiano que transformam o uso desses mecanismos ao mesmo tempo em que influenciam no modo de vida da sociedade, vislumbra-se o propósito de esclarecer o papel do Sistema Jurídico enquanto elemento organizador dessas complexidades, sobretudo verificando respostas diversas oferecidas pelo Sistema Político e pelo Sistema Econômico.

Mediante a análise de discussão jurídica, política e econômica, a presente Tese visa analisar as possíveis políticas regulatórias necessárias para estruturar a existência de uma gama considerável de mecanismos dispostos ao consumidor, discutindo, especialmente, a legalidade e constitucionalidade da legislação brasileira que versa sobre os respectivos mecanismos tecnológicos.

Os benefícios que os consumidores recebem no tocante à disponibilidade de opções são cristalinos e, por esta razão, a pesquisa se dispôs a analisar, nessa perspectiva, o respaldo jurídico e econômico na incidência de um marco regulatório ou de um modelo diverso de governança. Além disso, os novos meios de tecnologias usadas cotidianamente possuem influência direta em diversos campos, necessitando de uma avaliação quando ao impacto social existente.

Assim, observa-se que quanto ao viés acadêmico, há uma grande necessidade de vislumbrar as perspectivas do Direito Econômico, do Direito do Consumidor e dos Direitos Humanos sob o aspecto do Desenvolvimento, analisando essa relação com aspectos cotidianos de uma sociedade.

Acerca da metodologia utilizada para construção da tese, como adoção da Teoria Luhmanniana dos Sistemas como marco teórico, há uma comunhão, igualmente, com o método de abordagem, o sistêmico. Por meio desse pensamento, o raciocínio desta tese foi construído por meio de evoluções graduais do pensamento, interconectando-os como fora de

um estruturar um resultado. Esse processo se dá por meio da análise, inicialmente, de um contexto da estrutura e função da Internet na Sociedade, apontando-se dados em uma análise da sociedade. Essa forma de produção com base na observação proporcionará um mecanismo mais amplo para conjecturar possíveis soluções.

Ou seja, parte-se da observação de uma realidade, com as complexidades que são existentes acerca do objeto de estudo e explorando-se os fatos dispostos. A partir daí, são avaliados os padrões e formas com as quais os eventos se concretizam. Em seguida, investiga-se a estrutura existente, apontando-se (de acordo com formação de conjecturas) as razões para os padrões de comportamentos observados, quando da análise da Internet e sua relação com o Direito, a Política e a Economia.

Observando-se estruturalmente a comunicação — responsável pela organização procedimental e estrutural da sociedade — é possível compreender as mudanças de comportamento em uma lógica sistêmica; não implicando apenas como um processo contemplativo, mas desenvolvendo parâmetros para o objeto em estudo.

Quando aos métodos de procedimento utilizados, a tese se baseou no histórico, comparativo e funcionalista. O histórico se dá a partir de uma análise temporal e contextual dos reflexos do surgimento da internet nas searas econômica, política e jurídica, passando pelas construções legislativas existentes, além dos modelos de regulação da Rede. O método comparativo é utilizado, no que lhe concerte, em razão da observância das experiências estrangeiras — principalmente a Europeia — e a experiência brasileira no que tange aos seus respectivos regramentos para proteção de dados.

Convém ressaltar que embora o trabalho realize essa comparação, inclusive contextual — visto se tratar de regiões com poder aquisitivo, índice de desenvolvimento e questões sociais diversas — não se trata de um trabalho em Direito Comparado. Tampouco se tem em vista realizar a comparação estabelecendo um modelo colonialista onde a estrutura de governança europeia seria superior à estrutura brasileira. Conforme será lido adiante, a Tese aponta para um caminho diverso da atual Governança em uma perspectiva planetária.

Ademais, vislumbrou-se que a utilização destes procedimentos tem o condão de construir pontes, colocando a pesquisa em três vieses: o primeiro, seria o fato juridicamente relevante, cuja situação, embora tenha chegado diretamente ao Sistema Jurídico, não se vislumbra respostas adequadas. O segundo, as normas ideais, possuem o objetivo de analisar quais os fatores jurídicos são possíveis para minimizar ou organizar as complexidades existentes. O terceiro, e último, diz respeito a uma resposta à problemática que foi posta, confirmando ou negando sua hipótese.

Acerca do Funcionalismo, possibilita-se proceder com uma descrição das implicações de um novo modelo regulatório da internet, a partir da participação efetiva de inúmeros setores — não aos moldes atualmente promovidos — vislumbrando-se dentro de uma sociedade de consumo. Assim, busca-se interpretar as estruturas existentes no contexto de Governança e Proteção de Dados, para partir para um mecanismo ideal.

A adoção dos presentes métodos busca, para além da interpretação, a compreensão de uma necessária virada regulatória econômico-social acerca dos serviços que envolvem diretamente a internet e o acesso à comunicação, além da proteção da privacidade. Aliados, portanto, ao aporte da Teoria Luhmanniana dos Sistemas e pela Legitimidade pelo Procedimento, buscou-se chegar ao resultado da Tese.

Não se buscou, por fim, classificar a pesquisa a partir da metodologia aplicada, visto que, ao mesmo tempo em que o trabalho perfaz uma fase exploratória, com a explicação a partir das bibliografias pertinentes acerca do objeto em estudo; passa também por uma fase descritiva, por caracterizar a Internet e descrever determinadas situações contextuais dentro de uma observação da sociedade e, também, há uma fase explicativa, visto buscar identificar os fatores que levam a determinados sistemas da sociedade não possuírem estrutura para acompanhar as complexidades postas pela Internet.

No ponto específico da pesquisa bibliográfica, utilizando-se dos livros e teses abordados acerca da Teoria dos Sistemas; Direito da Sociedade, Economia da Sociedade; Política da Sociedade e Legitimidade pelo Procedimento, usou-se dos elementos construídos por Niklas Luhmann (1980; 1994; 2005; 2016). No que tange à noção de uma Sociedade interconectada, partiu-se da utilização de Manuel Castells, com a Sociedade em Rede (2000). Acerca do aporte construtivista de uma realidade social, utilizou-se da base de Berger e Luckmann (2000).

O que se busca, conforme inferências a Gadamer (2005), é alcançar a reflexão do contexto regulatório mediante a necessidade que se apresenta através da própria regulação, dos entes regulados e, sobretudo, dos usuários. Dessa forma, se traduz como meta analisar o sistema regulatório brasileiro para fins de melhor entendimento de sua sistemática, no âmbito da Internet, observando as relações jurídicas existentes e as implicações daí provenientes. Cada capítulo construído na presente tese está estruturado consoante os objetivos específicos supramencionados.

Em última alçada, o presente trabalho cogita surgir de maneira inédita como fonte de discussão sobre a Regulação da Internet, formando base teórico-doutrinária para discussão,

visto que embora muitos estudos tenham sido construídos até então, o atual modelo é considerado insuficiente para a demanda existente.

2 USO DA INTERNET E REGULAÇÃO: A ESTRUTURA DE GOVERNANÇA DA REDE NO MERCADO BRASILEIRO E MUNDIAL

2.1 Aspectos introdutórios do capítulo

O presente capítulo tem como objetivo apresentar o surgimento e estruturação da internet a nível mundial e as complexidades advindas o processo de normatização da Rede. Considerando, portanto, um contexto em que a Web é um produto/serviço disponível no mercado de consumo, suas estruturas acabam por ultrapassar barreiras geográficas, retirando limites territoriais que existiam em outros tempos.

O capítulo se estruturou no arcabouço histórico-temporal do surgimento da internet e seus mecanismos enquanto um mecanismo de comunicação da sociedade. Posteriormente, analisou-se o processo organizacional da normatização da Rede, com a estrutura do Comitê Gestor no Brasil e dos dispositivos legais que regem a matéria. Por fim, apresentou-se os reflexos da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil, que embora não seja um dispositivo legal exclusivo da Rede, gera seus principais efeitos no uso da Internet.

O capítulo foi orientado no sentido de indicar as razões pelas quais é necessária a existência de um sistema de regulação: a captação de dados dos usuários faz surgir complexidades e uma transformação na logística da sociedade. Esse fato demanda, portanto, uma análise de que a forma como o Sistema Econômico funciona mudou, visando preservar sua própria funcionalidade.

Dada as devidas premissas, foram apresentados dados acerca do acesso e uso da Internet no Brasil e no mundo, além dos mecanismos existentes para lidar com esse mesmo acesso. Para contextualização histórica do surgimento da internet, foram utilizadas as produções de Manuel Castells (1999; 2014), que, embora não parta do marco teórico da teoria dos sistemas, no processo seletivo de avaliação das obras componentes do trabalho, foram os textos que satisfizeram a descrição observacional do surgimento da internet.

Também foram colhidos dados de órgãos oficiais e instituições privadas de pesquisa, visando demonstrar os aspectos do acesso e uso da internet, como forma de viabilizar a discussão em torno da internet enquanto produto/serviço no mercado e as formas de captação de dados nesse mesmo mercado. Por fim, foi analisada a função da Agência Nacional de Proteção de Dados e sua estruturação enquanto agência de regulação vinculando à atuação relacionada à Rede.

2.2 O surgimento da internet como elemento de produção da comunicação

O fim da Guerra Fria e as transformações no modo de produção capitalista reestruturaram a forma de atuação do ser humano na vida social. Essa perspectiva foi construída, aliás, com a formação do discurso em torno da Globalização, que exigia um mundo a cada dia mais conectado. Para a concretização desse processo, se fazia necessário também um modo de comunicação que atravessasse barreiras em um tempo mínimo, de modo a viabilizar a velocidade das informações.

Esse novo sistema de comunicação buscou tornar uma língua universal — por meio da disposição própria de palavras, imagens e sons —, exercendo uma interferência direta no comportamento das pessoas, dos mercados e, também, do próprio Estado. Esse novo canal de comunicação cresceu e, ao mesmo tempo em que representa um mecanismo de influência — por moldar comportamentos — se torna influenciada por seus usuários, visto que é moldada a suprir necessidades específicas (CASTELLS, 1999, 40).

À época da construção da obra “*A Sociedade em Rede*”, o grau de interconexão era inferior. Entretanto, naquela época, Manuel Castells já dimensionava os efeitos da revolução tecnológica nas relações entre os seres humanos; a falta de legitimidade dos sistemas políticos; a fragmentariedade dos movimentos sociais e como essas *complexidades*¹ reestruturaram as pessoas em novos arranjos em grupos (CASTELLS, 1999, 41).

Diante desse aspecto, podemos conferir a própria noção de “realidade” como — nos dizeres de Berger e Luckman (1966, p. 11) — os fenômenos reconhecidos de forma independente da vontade. O “conhecimento”, portanto, seria a percepção de que esses fenômenos existem e cada um possui uma característica peculiar. Assim, partindo-se da premissa da Sociologia do Conhecimento, que, de forma sucinta, busca compreender os processos de transmissão e manutenção das situações sociais com base no desenvolvimento daquilo que se entende por conhecimento, é possível vislumbrar a análise da Construção Social da Realidade com base nessas transformações que foram proporcionadas pela revolução tecnológica. Ou seja, no presente trabalho de tese, busca-se uma análise sociológica “realidade da vida cotidiana” e suas bases estruturantes diante do surgimento da internet e como a construção dessa realidade impacta em necessidades outras que permeiam os Sistemas Jurídico, Político e Econômico.

¹ Manuel Castells não utiliza o termo complexidades, mas “mudanças confusas e incontroladas”. O autor da presente tese optou pelo uso desse conceito ante sua vinculação à Teoria Luhmanniana dos Sistemas.

A partir da perspectiva supramencionada, percebe-se que o surgimento de redes globais ocasionou não só a conexão, mas também a desconexão entre grupos, regiões e indivíduos. Esses processos são instrumentalizados segundo os objetivos do processamento na rede e de decisões adotadas com base nesses objetivos (CASTELLS, 1999, p. 41).

Se faz necessário, portanto, tomar como ponto de partida a transformação tecnológica e o surgimento da internet. Isso porque o enfoque de uma nova construção social desemboca diretamente em aspectos sociais, culturais e econômicos. A compreensão da sociedade, hoje, não mais comporta análise sem um vislumbre acerca das ferramentas tecnológicas, sobretudo ao ter como norte que os Sistemas Sociais são formados por comunicação.

A internet remonta à década de 60 do século passado e foi construída na efervescência da Guerra Fria, com a finalidade de proteger o sistema de comunicação norte-americano por pela União Soviética. Posteriormente, seu uso passou a ser diversificado, utilizados por grupos específicos e por indivíduos, com finalidades bem diferentes daquelas para as quais foram estruturadas.

A sociedade não pode determinar a tecnologia. Entretanto, pode modernizá-la ou extingui-la a depender da forma como exerce o seu domínio sobre ela. A atuação Estatal, inclusive, possui um aspecto direto na concretização dessas consequências. Por não ser objeto dessa tese, não se passará pelo histórico de cada Nação — ou das principais do contexto tecnológico — em sua relação com as revoluções tecnológicas. A percepção, para fins de análise, de que a relação do Estado compromete esse relacionamento é suficiente. Essa relação também passa pelo Mercado, que será abordado em momento oportuno.

A partir dos parâmetros ora explanados, é possível inferir que as transformações proporcionadas pelas tecnologias, nas sociedades contemporâneas, erigiram igualmente uma construção social de lugar. Ou seja, o espaço virtual se tornou *lócus* para realização de comunicação. Esse mesmo lugar, que se possa considerar artificial, passou a ter uma função essencial não só ao acesso de informações, mas à condução da própria sociedade (CARVALHO, 2014, p. 01).

Não se adota, tampouco, no presente trabalho, uma percepção utópica e perfeita das construções tecnológicas em face da sociedade. As transformações tecnológicas estão permeadas de *paradoxo*: enquanto trazem “maior” transparência, cria também novos meios de burlar a transparência; enquanto trazem “maior” controle social, traz também mecanismos de ausência de controle; enquanto insere pessoas na comunicação proporcionada pela informação, exclui pessoas desse acesso; enquanto traz fundamentos de representatividade, deslegitima a representatividade de certos grupos. Além disso, não se defende a falsa

percepção de uma “era tecnológica” de uma forma dissociada da era humana, sobretudo porque a tecnologia — ao menos até o momento — é controlada pelo ser humano² e para as necessidades do ser humano.

A instrumentalização da globalização, portanto, passou diretamente pelo surgimento dessas tecnologias da informação³. A partir desse ponto, comunidades virtuais foram formadas e ainda na década de 90 já se cogitava a formação de identidade virtual. Esse processo, é entendido como o momento em que “um ator social se reconhece e constrói significado, principalmente com base em determinado atributo cultural ou conjunto de atributos” (CASTELLS, 2014, p. 57-58). Isso não implica em uma transformação completa de identidade, mas a formação de novos mecanismos de interação dessas identidades.

Ao mesmo tempo em que a Revolução Tecnológica informacional proporcionou a conexão entre os seres humanos, paradoxalmente excluiu aqueles que não se submeteram a esse tipo de conexão. Trata-se da “exclusão dos agentes da exclusão” (CASTELLS, 1999, p.60), na qual, as pessoas não usuárias das ferramentas tecnológicas (à época um computador) não possuem espaço para a redefinição de determinados valores. Ou seja, o indivíduo não conectado construirá suas significações sem a existência de uma referência instituída.

Independentemente do grau de inclusão ou exclusão proporcionada por uma revolução tecnológica, o seu grau de penetrabilidade é incontestável. Isso significa, em outros termos, que existe uma inserção geral na atividade humana. No caso da revolução tecnológica, esse grau é substancialmente ampliado, sobretudo, porque há o surgimento de dados e comunicação que estão totalmente ligados. Com isso, se retorna ao mesmo questionamento se antes desse tipo de tecnologia, não havia informação. A resposta é positiva. Em todos os momentos da história da humanidade, informação e comunicação foram essenciais para construção da sociedade.

² Muito se discute acerca do surgimento das Inteligências Artificiais, que produzem atos até então produzidos por seres humanos, muitas vezes com um padrão de eficiência melhor. Não obstante, entende-se que mesmo diante de tamanho desenvolvimento, há no topo do controle um indivíduo que terá o controle da estrutura. Não se está dizendo, entretanto, que a inteligência artificial não tenha características em alguns aspectos superiores ao do ser humano, mas no topo do que se chama de cadeia do Poder, não se vislumbra a existência de quaisquer IA's no controle. Essa posição se coaduna com a de Carvalho (2014, p. 04) quando entende que a “natureza sempre exerceu um domínio total sobre o ser humano, enquanto a razão humana, cada vez mais, aprende a dominar as forças em ação no mundo”. Em seguida, a autora concebe a ideia de que enquanto há uma submissão do ser humano à natureza, há também uma consideração de “vencedor” quando utiliza dessas mesmas forças para ultrapassar obstáculos com as quais se depara.

³ Se utiliza o termo “tecnologia da informação” apenas para fins de identificação do conteúdo a ser abordado. Do ponto de vista teórico, essa terminologia encontra diversos problemas de natureza conceitual. Não foram essas tecnologias que passaram a trazer “informação” e tampouco foram elas que trouxeram “conhecimento”. Apenas a formatação do modo de transmissão do conhecimento e da informação se dá por base eletrônica.

Entretanto, quando se trata da revolução tecnológica, se refere também ao processo; ao modo de operação dessa comunicação e a velocidade para a transmissão de dados. Aliás, esse próprio processo possui uma característica intrínseca, chamada de *ciclo de realimentação*, o que faz com que os usuários não aprendam sobre tecnologia por meio do uso, mas por meio do fazer tecnologia, tornando o processo muito mais rápido. É por essa razão que se define uma proximidade entre “os processos sociais de criação e manipulação de símbolos (a cultura da sociedade) e a capacidade de produzir e distribuir bens e serviços (as forças produtivas)” (CASTEELS, 1999, p. 69).

De toda forma, a internet embora tenha surgido com propósitos eminentemente militares, se desenvolveu por uma união de setores que englobavam o exército, a ciência e o mercado. O ponto-chave para essa construção passava, justamente, pela transmissão de mensagens na forma de “pacotes”, levados em uma rede em que cada computador seria um ponto.

Foi com base nesse modelo de comunicação que surgiu a chamada ARPAnet (*Advanced Research Projects Agency Network*), cujos pontos eram estabelecidos por quatro computadores, sendo, posteriormente, ampliados (MONTEIRO, 2001, p. 28). Em progressão posterior, criou-se a chamada *Transmission Control Protocol Internet Protocol*, também conhecido como TCP/IP, o que permitiu a possibilidade de conexão entre diferentes redes, resultando em um aumento do alcance da rede.

Já na década de 90, outras redes foram criadas, inclusive fora das barreiras territoriais norte-americanas, iniciando o processo de formação da Internet aos moldes conhecidos na contemporaneidade. A partir de então, a tendência foi de completa ampliação e desenvolvimento de outros elementos e instrumentos para uso da plataforma de maneira comunicativa, gerando uma explosão do uso de dados. É na década de 90 que a Internet de fato se inseriu na sociedade de forma generalizada, com a criação do *World Wide Web* (WWW), cuja função era o de armazenar e organizar os portais de informação.

Longe de esgotar quaisquer esforços históricos em torno do surgimento da internet, a criação do WWW proporcionou em larga escala a produção de comunicação, com o surgimento de novos mecanismos e aparelhos com acesso direto ao espaço virtual. Não obstante, embora haja um ponto comum no fato de a internet ter proporcionado mais comunicação, se faz necessária ainda uma noção acerca de seu conceito.

O termo “comunicação” possui sentidos variados. Na presente tese, não será trabalhado com o conceito de comunicação enquanto “metáfora de transmissão de informações”, em que um emissor transfere algo e o destinatário recebe. O conceito de

comunicação atrelado a esta tese é o de processamento de seleção (LUHMANN, 2016, p. 164).

De forma geral, a comunicação, enquanto mecanismo estruturador da linguagem, tomou a função de posicionar o indivíduo enquanto ser com ações e reações diante das situações com as quais lida, o que não afasta com a relação de poder que se estabelece por seu meio. Isso levou, simultaneamente, para a estruturação da vida em sociedade.

Convém ressaltar aqui os sentidos de comunicação construídos por Wolton (1999, p.10) quando vislumbra três significados: uma experiência antropológica; uma técnica e uma função social. No primeiro caso, se trataria das regras de convivência em uma sociedade, admitindo-se a inexistência de sociedade sem comunicação. Nessa modalidade, a comunicação estaria intrinsecamente ligada à cultura ou a representação de outro indivíduo, partindo-se a uma compreensão de troca.

A segunda concepção diz respeito os métodos utilizados: telefone, televisão, rádio, informática, telemática (WOLTON, 1999, p. 10). Hoje se poderia acrescentar os softwares – usualmente chamados de aplicativos Over-the-Top, que funcionam como estruturas virtuais de comunicação.

A terceira e última aceção diz respeito a uma relação econômica, isso porque com a queda do comunismo, a comunicação se tornou uma necessidade funcional para o desempenho do comércio. Daí se justificaria o próprio papel das tecnologias para construção de um modelo de comunicação.

Conforme anteriormente já explanado, enquanto tese estruturada com base na Teoria Luhmanniana dos Sistemas, não se vislumbrará a comunicação sob o aspecto da mera transmissão de informações. Entretanto, a contribuição de Luhmann para a estruturação da comunicação é essencial para, posteriormente, concatenar com o objeto de estudo aqui trabalhado. Em sendo assim, tem-se três funções determinadas: representação, expressão e apelo (LUHMANN, 2016, p. 165). A representação se trata da seleção de uma informação; ou seja, do processo de escolha da informação. A expressão é a forma de participação ao outro.

Sendo assim, enquanto espaço construído virtualmente, a internet acaba se tornando um meio de comunicação, denominado por Castells (1999, p. 431) de a “espinha dorsal da comunicação global”, tendo em vista que se trata de uma rede para ligar outras redes. Isso não implica, entretanto, a ausência de complexidades. Embora tenha sido o — até o momento — mais importante meio de realização de comunicação e ter uma difusão de forma generalizada, muitos grupos não conseguem, até hoje, o acesso a esses mecanismos.

Embora exista no mundo inteiro uma quantidade exorbitante de usuários, muitos individualmente com mais de um equipamento para acesso, esse mesmo mecanismo favoreceu, igualmente, a manifestação de novas formas de desigualdade social. É nesse ponto que reside o paradoxo da Internet enquanto meio de comunicação, pois, ao mesmo tempo que inclui, igualmente exclui.

Considerando, portanto, o alcance de informações e dados que a rede proporciona, é necessário debruçar o olhar sobre a função do Estado, do mercado e dos demais atores que exercem poder de decisão acerca do funcionamento da internet. Verificando que a forma de normatização da rede não comporta a exclusividade do poder Estatal — como será visto adiante — há a necessidade de refletir sobre a existência de novos atores para a regulação da internet ao mesmo tempo em que os atuais mecanismos regulatórios possuem falhas que não acompanham as necessidades impostas pela rede.

Em razão disso, se faz necessário analisar o acesso à internet, considerando sua justificativa para a regulação não só em termos econômicos, mas igualmente vislumbrando a perspectiva dos usuários; bem como as manifestações normativas, legislativas e regulatórias proporcionadas pelas legislações e pelo sistema de Governança ora existente, conforme explanado nos próximos tópicos.

2.2.1 O uso da Internet e o paradoxo do desenvolvimento virtual

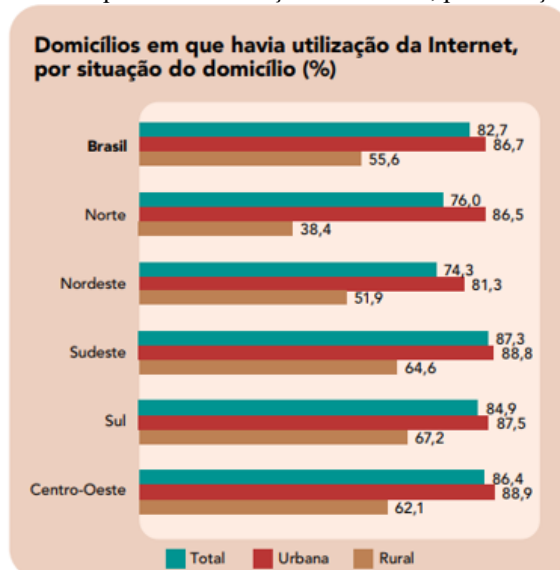
A importância da análise do acesso à Internet é essencial para a compreensão do contexto em que se insere o Brasil e o mundo no âmbito das políticas regulatórias. Como se trata de uma ferramenta de uso globalizado, que serve para as mais variadas atividades realizadas pelo ser humano, tornando-se uma estrutura basilar na forma de comunicação de uma sociedade, a utilização dos dados tem o escopo de demonstrar como as complexidades expostas demandam novos parâmetros regulatórios.

No ano de 2021, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) publicou a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD) -2016-2019⁴, em que se investigou o Acesso à Internet e a posse de telefone móvel celular para uso pessoal nos domicílios. Constatou-se, portanto, que entre 2018 a 2019, houve um aumento de 3,6% no número de domicílios com utilização de internet, configurando um total de 82,7% (IBGE, 2021, p. 05).

⁴ Utilizou-se desses dados por serem os mais atualizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Pela análise dos dados fornecidos pelo IBGE, é possível chegar a duas considerações: primeiro, ainda há uma quantidade expressiva de pessoas com baixo acesso à internet. Segundo, existem discrepâncias de duas naturezas em relação ao acesso à internet no Brasil: entre suas 05 regiões e, também, entre as zonas urbana e rural.

Figura 1: Domicílios em que havia utilização da Internet, por situação do domicílio (%)



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, PNAD(2019)

Em todas as 05 regiões brasileiras, a diferença comparativa entre o acesso na zona urbana e na zona rural ultrapassa os 20%. Além disso, em comparação às regiões com um maior Produto Interno Bruto (Sudeste, Sul e Centro-Oeste), ultrapassam 80% de acesso, enquanto as regiões com menos Produto Interno Bruto ficam abaixo desse percentual. Esses dados, por si só, já remetem à consideração de que há uma desigualdade no acesso à internet.

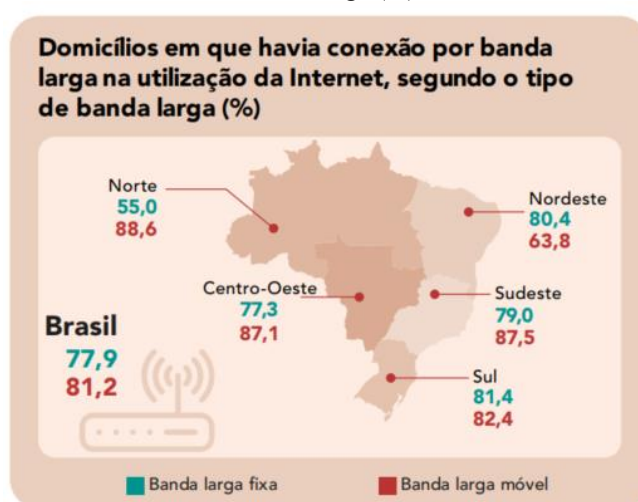
Não obstante, o motivo da não utilização da internet também foi pesquisado pelo IBGE, verificando-se as seguintes razões: primeiro, desinteresse no acesso, com 32,9%; segundo, o alto preço do serviço, com 26,2%; terceiro, a ausência de conhecimento para uso da rede, com 25,7%; em quarto lugar a indisponibilidade do serviço da área do domicílio, com 6,8% e, por fim, o alto preço do equipamento eletrônico. Ou seja, com exceção da primeira exposição de motivos, mais de 50% dos casos diz respeito a uma desigualdade material, seja financeira, seja pela falta de informação ou mesmo pela ausência de estrutura do próprio serviço (IBGE, 2021, p. 06).

Convém ressaltar que o tipo de internet é importante para a análise, visto que a evolução da tecnologia também caracterizará a qualidade de acesso do usuário. Com o crescimento das modalidades 3G, 4G e 5G, a internet discada caiu em completo desuso.

Diante desse patamar, a banda larga móvel possui 81,2% no ano de 2019 e a banda larga fixa possui uma utilização de 77,9% dos domicílios brasileiros (IBGE, 2021, p. 07).

Entretanto, esses dados também necessitam ser analisados em uma disposição regionalizada, considerando-se um comparativo da Região Norte em uma discrepância superior a 30% em relação às demais regiões brasileiras. Por outro lado, a Região Nordeste, quando da Banda Larga Móvel, possui acesso inferior a 20% quando comparadas às demais regiões, conforme é possível vislumbrar na Figura 02.

Figura 2: Domicílios em que havia conexão por banda larga na utilização da Internet, segundo o tipo de banda larga (%)



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, PNAD (2019)

O contingente de pessoas com 10 anos ou mais de idade, cujo acesso à internet não existe, possui uma referência de 39,8 milhões de pessoas⁵, conforme indicou a pesquisa realizada pelo IBGE. Os motivos pela ausência de acesso, conforme anteriormente citado, possuem mais uma natureza relacionada à desigualdade do que a outros aspectos. Entretanto, é importante frisar que a Região Norte permanece como sendo o local onde a indisponibilidade do serviço é mais acentuada, enquanto a Região Sudeste é o local onde essa indisponibilidade é menos acentuada⁶. A pesquisa ainda analisou a condição enquanto

⁵ O Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação, departamento ligado ao Comitê Gestor da Internet do Brasil, estimou – no ano de 2020 – que 46 milhões de pessoas não possuem acesso à internet no país.

⁶ Existe uma grande probabilidade de ocorrer uma redução desses dados nos próximos anos, tendo em vista que a Pandemia da COVID-19 exigiu um acesso maior por parte dos usuários, ao passo que não existia estrutura suficiente para abarcar a necessidade imediata. Aliás, o Instituto Mobilidade e Desenvolvimento Social alertou em estudo acerca da redução de oportunidades dos jovens em razão da ausência de acesso aos aparelhos eletrônicos e à internet, o que possivelmente teria um impacto em sua educação. Com as graves desigualdades acentuadas com a pandemia, os próximos estudos acerca do acesso à internet não poderão ser estruturados com base exclusivamente no acesso à rede em si, mas em todos os outros direitos sociais construídos e negligenciados, como é o caso da Educação. Embora a discussão, no momento, não seja de cunho pedagógico,

estudante/não estudante em relação ao acesso à internet, conforme é possível vislumbrar na Figura 03:

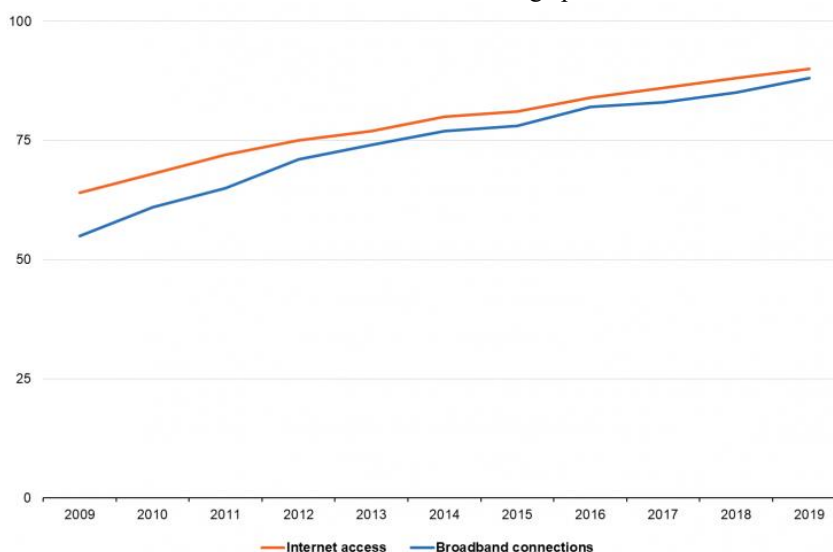
Figura 3: Motivo por que as pessoas não utilizaram a Internet



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, PNAD (2019)

No caso em questão, o principal motivo para a ausência de acesso, por parte dos estudantes, foi a questão financeira, seja pelo preço do serviço ou do equipamento. Além disso, 95,9% dos estudantes que não utilizam internet, eram provenientes do ensino público (IBGE, 2021, p. 11), o que corrobora para o argumento de desigualdade social em relação à possibilidade de acesso à internet.

O Gabinete de Estatísticas da União Europeia (EUROSTAT) divulgou, no ano de 2020, os dados referentes ao acesso à internet pelos 27 países que formam o bloco econômico. De acordo com as pesquisas promovidas, no ano de 2019 a taxa de acesso à internet atingia o patamar de 90%.

Figura 4: Acesso à Internet e conexões de Internet banda larga para residências – EU-27 – 2009-2019

Fonte: EUROSTAT (2020, s.p)

Conforme os apontamentos iniciais, um dos motivos preponderantes para a alta taxa de acesso — que em 10 anos aumentou 26 pontos percentuais — se deu pela tentativa de generalização da banda larga, bem como a promoção de políticas de preços acessíveis, como mecanismo de impulsionamento da informação.

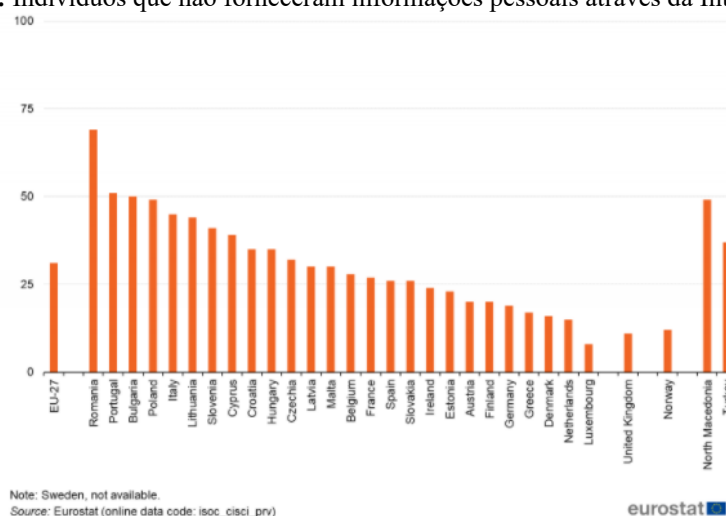
Da mesma forma que no Brasil, existe uma discrepância quanto ao acesso nas zonas urbana e rural. Entretanto, no caso dos países da União Europeia, a divisão é feita por três parâmetros: zona urbana; vilas e subúrbios; e zona rural. Nesse caso, respectivamente, a porcentagem se enquadra em 92%, 89% e 86%, demonstrando uma discrepância interna bem menos intensa do que o que ocorre no Brasil. Dos 27 países integrantes da União Europeia, 19 possuem um percentual de domicílios na zona rural com acesso inferior às demais zonas. Os países em que houve uma diferença maior entre a zona rural e os outros dois tipos de zona foram Grécia, Portugal⁷, Bulgária, Eslovênia e Romênia, cujos índices econômicos, em geral, já são inferiores em relação aos demais países do bloco econômico (EUROSTAT, 2020, p.02).

Percebe-se, aliás, que o acesso à internet nos países europeus integrantes do bloco possui uma relação intrínseca com o poder econômico que os países exercem, inclusive na própria União Europeia, como no caso da Alemanha, que possui um percentual de acesso à internet idêntico nas três zonas.

⁷ No dia 17 de maio de 2021 foi aprovada em Portugal a Lei 27/2021, descrita como a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital. A inovação legislativa trouxe não só elementos gerais acerca da inclusão no ambiente digital, como também a imposição de pontos de acesso gratuitos em espaços públicos, proteção contra a desinformação e a possibilidade de Ação Popular Digital para fazer valer os direitos coletivos no ambiente virtual.

A pesquisa realizada pela EUROSTAT ainda trouxe dados relacionados à ciência do usuário quanto à própria privacidade e proteção dos dados. Em dados estatísticos, 31% dos usuários não forneceram informações pessoais por meio da Internet; entretanto, quando os dados são analisados em relação aos países de individualmente, se verifica que existem alguns em que a informação foi mínima, enquanto em outros a informação foi excessiva. Ainda sobre o fornecimento de dados, 69% forneceram alguma informação pessoal, mas com ações de controle de acesso e 38% leram as políticas de privacidade antes do fornecimento.

Figura 5: Indivíduos que não forneceram informações pessoais através da Internet, 2016



Fonte: EUROSTAT(2020, s.p)

As pesquisas promovidas pela União Europeia possuem uma finalidade planejada: estabelecer o chamado “mercado único digital”, anteriormente colocado como uma das 10 prioridades políticas. Esse mecanismo poderá ser adotado com a implantação das seguintes estratégias: melhoria da acessibilidade de bens e serviços no continente europeu; desenvolvimento do ambiente digital para realização dos serviços; garantia de aproveitamento da economia digital por parte do mercado e da indústria (EUROSTAT, 2020, p. 7).

O Mercado Único Digital utiliza das mesmas premissas básicas do funcionamento da internet: superar barreiras nacionais. Como a própria União Europeia nasceu de uma proposta de mercado comum, o centro da discussão é o aumento dos índices econômicos e maior consolidação do porte do bloco europeu.

A Agenda Digital para a Europa foi arquitetada ainda em 2010, com uma revisão no ano de 2012. A revisão passava por uma série de estratégias econômicas, políticas e sociais, visando atingir metas específicas. Essas metas englobavam a implantação de Tecnologias da Informação no serviço público; o incentivo ao consumo da banda larga; a promoção de um

ambiente virtual seguro, a transformação da atividade econômica clássica para uma economia virtual e, por fim, uma política de competitividade entre as empresas por meio das tecnologias (COMISSÃO EUROPEIA, 2012, p. 05).

Em março de 2021, a Comissão Europeia já estabeleceu a “Década Digital da Europa: metas digitais para 2030”, em que visa a concretização de novos passos para a inclusão da tecnologia no continente europeu. O programa proposto, portanto, é estabelecido e estruturado em quatro bases: Habilidades, Governo, Infraestrutura e Negócios.

No ponto acerca das habilidades, a Comissão Europeia almeja possuir 20 milhões de especialistas em tecnologia da informação e, pelos 80% da população com habilidades digitais básicas. No que diz respeito à infraestrutura, a meta é produzir mais conectividade (mais velocidade). Acerca dos Negócios, é objetivo do bloco econômico que ocorra aumento da utilização de bases virtuais e aceleração daquelas empresas que não possuam uma intensidade digital muito alta. Por fim, quanto aos serviços públicos, a meta do bloco econômico é ter 100% dos serviços de forma *on-line* e a criação de uma identidade digital com 80% dos cidadãos cadastrados.

No ano de 2021, a Comissão Europeia promoveu consulta pública para elaboração de um conjunto de princípios digitais. Por meio da contribuição dos cidadãos, ONG's, sociedade, empresas e interessados, os Estados-membros da União Europeia pretendem conceber regras digitais para inclusão dos cidadãos. Alguns direitos estão em pauta, como a própria liberdade de expressão, a condução de negócios *on-line*, a proteção dos dados e da privacidade; educação digital universal; acesso aos serviços de saúde por meio digital; dentre outros. Além disso, a Comissão Europeia está empreendendo esforços para criação de uma declaração interinstitucional que oriente os Estados-membros e os cidadãos acerca das medidas a serem adotadas, de forma que os seus usuários tenham dimensão da proposta capitaneada pelo bloco europeu⁸.

Partindo para a análise nos Estados Unidos⁹, constata-se que, segundo a *Pew Research*, no ano de 2020, o percentual de adultos que utilizam internet estava no patamar de 93%. Tratou-se, nos últimos vinte anos, de um aumento de 41% no índice de acesso à rede. Esse percentual, inclusive, pode ser maior, em razão da metodologia aplicada pelo gabinete de pesquisa excluir aqueles que se recusaram a responder. A mesma pesquisa analisou o perfil

⁸ O último relatório produzido pelo Conselho da União Europeia, entendeu que as consequências da pandemia da COVID-19 evidenciaram a necessidade de acelerar os processos de digitalização de toda a União Europeia, o que, em tese, ajudaria não apenas a crise sanitária, mas a recuperação econômica.

⁹ Optou-se pela análise dos dados do Brasil, por conta do objeto da presente pesquisa. No caso da escolha entre Estados Unidos e União Europeia, a razão se deu em virtude de se localizarem as potências do Ocidente, bem como não possuírem nenhuma política de restrição de conteúdos virtuais.

dos usuários, constatando que a depender da idade, do grau de instrução e renda, a utilização da internet é onipresente (PEW RESEARCH, 2020).

Figura 6: Percentual de adultos que afirmam usar a internet – de acordo com a idade

	18-29	30-49	50-64	65+
2000	70%	61%	46%	14%
2001	72%	65%	50%	14%
2002	76%	70%	54%	18%
2003	78%	72%	56%	22%
2004	77%	75%	61%	24%
2005	83%	79%	66%	28%
2006	86%	82%	70%	32%
2007	89%	85%	71%	35%
2008	89%	84%	72%	38%
2009	92%	84%	75%	40%
2010	92%	85%	74%	43%
2011	94%	87%	77%	46%
2012	96%	91%	79%	54%
2013	97%	92%	81%	56%
2014	97%	92%	81%	57%
2015	97%	95%	82%	63%
2016	99%	96%	87%	64%
2018	98%	97%	87%	66%
2019	100%	97%	88%	73%
2021	99%	98%	96%	75%

Fonte: PEW RESEARCH CENTER (2020, s.p)

Pela análise dos dados, é possível perceber que entre 2000 e 2020, a inclusão das pessoas — sobretudo as idosas — foi considerável. Se verificados os adultos com mais de 65 anos, no ano de 2020, percebe-se que o percentual já supera o valor dos jovens adultos (18 a 29 anos) no ano 2000. Quando retratado por gênero, é possível verificar que ocorreu igualmente a inclusão ao longo dos anos, diferenciando-se em 1% o acesso entre homens e mulheres. A figura 07, portanto, serve para demonstrar que a internet gradativamente passou a fazer parte do cotidiano da sociedade, sobretudo a partir do novo milênio.

Figura 7: Percentual de adultos que afirmam usar a internet – de acordo com o gênero

	Men	Women
2000	54%	50%
2001	57%	53%
2002	61%	57%
2003	63%	60%
2004	66%	61%
2005	69%	67%
2006	72%	70%
2007	75%	73%
2008	74%	73%
2009	77%	75%
2010	77%	76%
2011	80%	78%
2012	83%	82%
2013	84%	84%
2014	84%	84%
2015	86%	86%
2016	89%	86%
2018	89%	88%
2019	90%	91%
2021	94%	93%

Fonte: PEW RESEARCH CENTER (2020, s.p)

Embora esses dados possam indicar, de maneira geral, uma completa inclusão, sobretudo com o avanço natural da internet em todos os aspectos cotidianos de uma sociedade, é importante salientar que os dados demonstram a existência de grandes desigualdades nesse acesso, sobretudo quando diz respeito à qualidade da conexão.

Um exemplo disso é o uso doméstico de internet banda larga. Enquanto os norte-americanos de raça branca possuem uma conexão doméstica no patamar de 80% (dados de fevereiro de 2021); usuários pretos possuem 71%, enquanto hispânicos caem para 65%. Ou seja, isso implica no entendimento de que minorias raciais possuem obstáculos maiores no mais norte-americano quando necessitam de internet no lar (PEW RESEARCH CENTER, 2020).

Embora as finalidades existentes acerca do acesso à internet não tenham sido alcançadas em uma perspectiva programática, é possível constatar que a sociedade hoje é conduzida e levada por intermédio da rede. O funcionamento dos negócios passa diretamente pela existência e aprimoramento da internet, que mesmo sendo uma ferramenta paradoxalmente excludente em diversos aspectos, demonstra sua imprescindibilidade na vida do ser humano.

Ao produzir provocações em diversos sistemas da sociedade (sobretudo o Político, o Jurídico e o Econômico), se leva diretamente à necessária construção de elementos que possam lidar com os paradoxos existentes, culminando assim em uma necessidade da regulação por outros mecanismos que não foram vislumbrados.

2.3 A Função do Comitê Gestor da Internet no Brasil e a sua influência na chamada Governança

No ano de 1995, o Ministério das Comunicações publicou a Portaria Interministerial n. 147, que criou o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), atribuindo-lhe o papel de acompanhamento dos serviços de Internet no país; estabelecimento de estratégias para a implantação e desenvolvimento de redes; emissão de pareceres sobre a tarifa de telecomunicações; a coordenação dos endereços de IP e registro de domínios na rede; a organização dos serviços de Internet no Brasil e, por fim, a deliberação das questões que fossem encaminhadas dentro das suas atribuições.

Como sua predecessora, existia a norma 004/1995 da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), que estabeleceu, de forma geral, o que se entendia por internet e todas as aplicações existentes relacionadas à rede. No ano de 2003, por intermédio do Decreto 4.829, o Poder Executivo Federal aumentou o papel do CGI.br, articulando atribuições para o desenvolvimento geral do uso da rede. Além disso, pôs na atribuição do comitê o papel de representar o país nas discussões mundiais acerca da rede.

À época da criação do comitê, a inovação ficava por conta do chamado modelo de gestão tripartite, com participação do governo, dos setores de produção e da sociedade civil. Muito provavelmente esse modelo foi adotado como reflexo da Emenda Constitucional 19/98, que colocou a “eficiência” como um princípio da Administração, já proveniente da construção neoliberal de que o mercado teria a oferecer um melhor resultado e que, ao Estado, competia repetir ao máximo esses meios ou deixar a cargo do próprio mercado a sua execução.

O modelo tripartite é também designado *multi-stakeholder*, cujo estabelecimento de regras, estruturas e políticas possuem o envolvimento e a tomada de decisão baseadas em vários setores. Em tese, uma ampla frente de discussão proporcionaria uma legitimidade maior no regramento imposto.

O CGI.br é composto por representantes 09 representantes do setor governamental (Ministérios, Agência Nacional de Telecomunicações e Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, além de representante do Fórum Nacional de Secretários Estaduais para Assuntos de Ciência e Tecnologia); 01 representante de notório saber em assuntos de Internet; 04 representantes do setor empresarial; 04 representantes do terceiro setor e três representantes da comunidade científica.

Convém ressaltar que o processo seletivo de escolha dos membros da sociedade civil, para um mandato trienal, se dá por meio de votos de um colégio eleitoral composto por entidades representativas da Comunidade científica, Empresarial e do Terceiro Setor. De antemão, esse mecanismo pode comprometer de maneira bastante peculiar o interesse dos usuários e da sociedade no que tange aos seus direitos no uso da internet. Isso ocorre, a princípio, porque os setores envolvidos possuem interesses próprios, podendo deixar a sociedade civil à margem da decisão das regras existentes, pela compreensão de que os demais setores elegerão representantes dentro de sua própria conveniência.

Antes da discussão acerca da legitimação do processo decisório, convém ressaltar que o processo de criação da CGI.br não se tratou de uma mera compreensão da necessidade desse olhar para as questões dos usuários e da rede. O projeto partiu de demandas internacionais existentes que levaram o país a adotar medidas para ter acesso político junto à ONU.

Há, ainda, uma lacuna a ser disposta: a relação entre Internet e telecomunicações. Do ponto de vista prático, não existem dúvidas acerca da consideração da internet como um meio de comunicação. É, aliás, o principal meio utilizado na contemporaneidade. Entretanto, a criação da CGI.br é anterior ao processo de privatização da Telebrás¹⁰ e, inclusive, anterior à criação da ANATEL. Isso proporcionou certo anacronismo, visto que a Lei 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações) não trouxe nenhum dispositivo direto relacionado à Internet.

Apenas no ano de 2005 a ANATEL veio aprovar a Resolução 410/2005, já revogada pela Resolução 696/2018, cujo conteúdo diz respeito ao Regulamento Geral de Interconexão e estabeleceu estrutura regulatória para interconexão da estrutura de telecomunicações, mas sem mencionar a estrutura da Rede.

¹⁰ Estatal do ramo de telecomunicações.

O Comitê Gestor da Internet, no que lhe concerne, tem uma relação direta com a concepção de *Governança na Internet*, termo cunhado pela Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, que estabelece o desenvolvimento por parte dos Governos, setor privado e sociedade civil, dos princípios, normas e regras para a evolução e uso da internet. Essa concepção, aliás, necessita da compreensão do que é Internet e as mais variadas concepções do termo governança.

A Norma 004/95 da Agência Nacional de Telecomunicações¹¹ definiu a internet como a designação de redes em conjunto, meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos que produzem a comunicação por intermédio de computadores, além do software e dados existentes nos equipamentos (ANATEL, 1995, p. 01).

No processo Janet Reno vs. American Civil Liberties Union (Estados Unidos) uma concepção de internet foi estabelecida como “rede internacional de computadores interconectados que permite que se comuniquem entre si dezenas de milhões de pessoas, bem como o acesso a uma imensa quantidade de informações no mundo” (EEUU, 1997, p. 01).

A internet não é uma rede internacional, conectada, aberta e com uma quantidade de usuários, com a aptidão de gerar suas próprias regras, com aceleração do tempo histórico e cuja estrutura permitiu a desterritorialização das relações jurídicas, econômicas, comerciais e políticas (LORENZETTI, 2004, p. 25). É necessário indicar, ainda, a ideia de que a Internet por si só não possui em sua concepção todos os desenvolvimentos digitais globais. Isso ocorre porque os conceitos de Sociedade da Informação e Tecnologia da Informação e Comunicação possui semânticas mais amplas (KURBALIJA, 2016, p. 21) e, inclusive, teorias mais aprofundadas sobre elas.

No conceito de Internet, se deve considerar o debate sobre governança, sobretudo porque não existe um consenso. Se for analisado o significado simples da palavra, se chegará ao sentido de governo ou mesmo do poder executivo de um país. Esse significado, inclusive, foi o que levou muitas nações a entender que o processo de governança na Internet seria objeto de atuação dos governos, sem a inclusão de outros interessados.

Ocorre que o entendimento em torno desse termo foi ampliado, compreendendo formas de participação de outros organismos e representantes, sobretudo pela natureza desterritorializada que a própria internet possui e pela necessidade de ampliar um espectro de observação para áreas além do sistema político.

¹¹ É importante indicar que a Norma 04/1995 é anterior ao próprio surgimento da ANATEL. A norma foi criada pelo Ministério das Comunicações, mas após a criação da Agência Reguladora, passou a fazer parte de seus dispositivos normativos.

A evolução da governança na Internet passa por fases. Inicialmente, com o surgimento da rede na década de 60 — conforme anteriormente já apresentado nesta tese — o governo estadunidense desenvolveu, visando a comunicação militar, a chamada DARPA Net. Dez anos depois, a estrutura evoluiu para um protocolo de transmissão de dados (TCP/IP), podendo adotar vários caminhos a serem seguidos.

Esse processo, nos Estados Unidos, forçou a criação de um modelo regulatório da Internet com o surgimento da *Internet Engineering Task Force* (IETF), onde o processo de tomada de decisões não dependia de um governo central, ocorrendo o planejamento com a participação de vários atores. Em razão dessa multicentralidade de interferências nos processos decisórios, que levou John Perry Barlow a apresentar — no Fórum Econômico Mundial de Davos — a chamada Declaração de Independência do Ciberespaço.

A declaração em si continha elementos que hoje são problemáticos. À época (1996) existia uma verdadeira admiração com o surgimento da internet no meio doméstico e a possibilidade de participação multissetorial para sua regulação. Não obstante, Barlow trouxe em sua declaração o espaço cibernético como o “lar da Mente”, razão pela qual os governos deveriam se abster de quaisquer decisões acerca da internet.

Aliás, Barlow apresentou a noção de que o “espaço social global” estaria “independente das tiranias” estatais, não possuindo o Estado o direito de impor regras ou impor métodos para atuação dos usuários. Fundou, portanto, o próprio Contrato Social, em cuja maneira de governar diferiria de tudo o que havia sido considerado na época, visto que a própria comunicação virtual cuidaria dos relacionamentos próprios.

A declaração de Barlow foi aparentemente proclamada de uma perspectiva de total afastamento do Estado, chegando a atacar diretamente as Nações que estariam inovando a legislação para conceber regulamentos voltados ao uso e estruturação da rede virtual. A base para isso seria a imaterialidade da internet, enquanto que a Administração só poderia versar sobre aquilo que é material¹².

Esse discurso foi montado, principalmente, pela atuação dos Estados Unidos durante a década de 90, no que tange à administração da estrutura da Internet. Isso se deu porque a *US*

¹² É importante salientar que por mais utópica que seja a ideia trazida por John Perry Barlow, trata-se de um contexto completamente diverso de uso da internet. Em 1996 não se tinha a quantidade de usuários existentes na contemporaneidade, bem como não existia uma ampliação das formas de utilização da rede. Ademais, mesmo naquela época, é possível considerar certa utopia, sobretudo porque a Internet tem sua gênese em uma ação estatal de militarização. O Estado estruturou a internet como mecanismo de comunicação e controle, não seria o seu uso doméstico que mudaria quaisquer perspectivas de atuação estatal no ciberespaço. Embora não exista um “espaço” material, aqueles que utilizam da rede podem e devem ser responsabilizados por quaisquer atos. O discurso de Barlow aparenta muito mais uma tentativa de fundar um Estado Virtual Paralelo para fazer frente ao que chama de “tiranias estatais”.

National Science Foundation terceirizou o sistema de domínios da internet a uma empresa privada, chamada *Network Solutions Inc. (NSI)*, o que chamou a atenção dos Estados e organismos internacionais (KURBALIJA, 2016, p. 23). Em razão das fortes pressões existentes, o governo dos Estados Unidos criou o “*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*” (ICANN), entidade sem finalidade lucrativa, cuja função seria a de transferir a política de gerenciamento do DNS¹³.

Durante o início dos anos 2000, foram realizadas a Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, em que se verificou como agenda diplomática a questão da governança na rede. A partir de 2003, em Genebra, criou-se o chamado Grupo de Trabalho sobre Governança na Internet e, em 2005, em Túnis, o Fórum de Governança da Internet como um evento convocado pela ONU, visando o diálogo multissetorial sobre políticas públicas na rede.

A Agenda de Túnis, portanto, se tratou do primeiro programa para direcionamento das políticas públicas, envolvendo o alinhamento dos Estados, visando ações locais para integração da sociedade aos mecanismos da Internet. Foi nesse contexto em que foi construído uma percepção de Governança na Internet como uma união de esforços dos governos, do setor privado e da sociedade civil para o estabelecimento de normas, regras e procedimentos decisórios para uso da internet.

Embora a ONU convocasse o Fórum de Governança na Internet, não existiria nenhum aspecto vinculante por parte dos Estados para as construções existentes, tratando-se de indicações para o desenvolvimento da internet à nível global. Ou seja, a construção não deixou de ser problemática, visto que se não existe nenhum tipo de vinculação por parte dos Estados no que tange à aplicação de “norma, regras e princípios” que seriam adotados para a implantação e desenvolvimento da internet, essa liberalidade acabaria por ensejar em discrepâncias quanto ao nível de desenvolvimento da internet local, sobretudo quando já existe uma carga de diferenças econômicas entre essas nações.

O primeiro Fórum de Governança da Internet ocorreu no ano de 2006 em Atenas e configurou o primeiro passo em direção à multissetorialidade, visto a participação das nações, empresas e representantes da sociedade civil. Dois anos depois, esse processo se alargaria com a eleição norte-americana, cuja utilização da internet foi maciça, surgindo inclusive os primeiros atos com tendência à internacionalização do ICANN (KURBALIJA, 2016, p. 25).

Foi nesse contexto que surgiram as primeiras contendas quanto à Neutralidade da Rede, visto que enquanto as plataformas virtuais a defendiam de forma enfática, os setores

¹³ Desde 2016, a administração do DNS é realizado pela *Internet Assigned Numbers Authority*, que é operado pelo ICANN.

tradicionais de telecomunicações partiram para a noção de que a diferenciação nos pacotes de navegação da Internet era fator favorável à livre concorrência¹⁴.

Dentre as críticas ao modelo do IGF, destaca-se a sua submissão do modelo estadunidense, sobretudo com um controle intenso sobre o ICANN. Embora, à época, o discurso do então presidente Barack Obama fosse o de uma internet independente e livre, essa “liberdade” estava sobre constante fiscalização e análise dos Estados Unidos. Essa situação gerou o descontentamento de países emergentes, que defenderam uma participação maior de todos os governos, levando o modelo de governança na internet para o sistema da ONU (KURBALIJA, 2016, p. 26).

A participação maior da Assembleia Geral das Nações Unidas passou a ser mais clara a partir de 2010, pelas exigências sociais surgiam e com a sua efervescência. Isso ocasionou diretamente uma inserção da governança nas pautas políticas, visto que esse conceito integrou outras temáticas, como clima, migração e segurança alimentar. A rede se tornou elemento essencial para a condução da política na modernidade, inclusive com a adoção de medidas extremas por parte de alguns Estados no sentido de bloquear o acesso dos usuários à internet, evitando assim críticas ou a comunhão de interesses para derrubar uma administração¹⁵, o que gerou discussões cada vez mais visíveis sobre a liberdade de expressão.

Os direitos de privacidade e a proteção de dados se tornaram objeto de constantes debates, a partir de 2013, em razão das revelações de Edward Snowden¹⁶. De forma geral, a acusação indicava que os Estados Unidos promoviam um verdadeiro sistema de vigilância global e espionagem de outras Nações, o que gerou uma crise diplomática de grande repercussão. Isso levou à inclusão da pauta sobre privacidade na rede, por parte da ONU, iniciando-se um novo ciclo de construção normativa sobre a temática.

No mesmo ano, o Brasil sediou o Encontro Multissetorial Global Sobre o Futuro da Governança da Internet, também denominado de NET-Mundial, cujo foco foi o de estruturar os princípios dessa governança e a construção de um programa evolutivo do ecossistema virtual. Dentro de toda essa construção principiológica protagonizada pelo encontro,

¹⁴ É importante salientar que a maioria dos setores tradicionais de telecomunicações são, ao mesmo tempo, provedoras de serviços de internet e de grandes conglomerados no ramo das comunicações. Aliás, a Verizon – grande empresa de telemóveis dos Estados Unidos – adquiriu em 1998 a Embratel, por meio de sua subsidiária MCI World Com. A mesma empresa é proprietária de muitos portais e serviços virtuais.

¹⁵ No ano de 2011, o Egito viveu um período de turbulência política com a insatisfação de seus cidadãos a um período ditatorial que já perdurava há trinta anos. Para conter a insatisfação política, o governo egípcio desativou a estrutura de conexão virtual e os provedores que conectavam o país ao restante do mundo. Estima-se que cerca de 80 milhões de pessoas foram desconectadas, causando um completo isolamento digital.

¹⁶ Edward Snowden é um ex-técnico da CIA, que revelou detalhes dos programas de vigilância dos Estados Unidos para espionagem da população e de vários países da Europa e da América Latina, inclusive o Brasil.

destacou-se:

Tabela 1: *Princípios da Governança na Internet- NETMundial*

Princípios	Estrutura
- Direitos Humanos e Valores Compartilhados	- Liberdade de Expressão - Liberdade de Associação - Privacidade - Procedimento protetivo em relação à vigilância - Acessibilidade - Liberdade e acesso à informação - Desenvolvimento
- Proteção de Intermediários ¹⁷	- Limitação à responsabilidade dos intermediários - Promoção do Crescimento econômico - Inovação - Criatividade - Livre Fluxo de Informações
- Cultura e Diversidade Linguística	- Proteção de aspectos culturais - Proteção de aspectos linguísticos - Proteção da Diversidade
- Espaço Unificado e Não Fragmentado	- Rede escalonada - Rede acessível - Identificadores de pacotes de dados - Fluxo de informações de forma livre
- Segurança, Estabilidade e Resiliência na Internet	- Estabilidade da rede - Confiabilidade da internet - Eficácia no tratamento de riscos e ameaças à segurança - Cooperação das partes envolvidas
- Arquitetura aberta e distribuída	- Sistema aberto - Colaboração voluntária

¹⁷ Intermediários são as empresas que atuam como provedoras de serviços de uso da Internet, de forma geral. Podem conectar uma empresa a outra e/ou ao usuário final da rede. Dessa forma, o acesso à internet é realizado pelo intermediário.

	- Participação
- Ambiente habilitado para inovação sustentável e criatividade	- Investimento em empreendimentos e infraestrutura - Inovação

Fonte: Autor – Baseado e Traduzido do *NETMundial Multistakeholder Statement*, 2014

A Declaração Multissetorial do NETMundial igualmente estabeleceu uma base principiológica dos procedimentos a serem adotados pela Governança na Internet, estabelecendo parâmetros procedimentais para deliberação. O primeiro elemento, é a *Multissetorialidade*, garantindo a participação de todos os interessados e flexibilizando as funções de cada um consoante o assunto a ser abordado.

O segundo elemento é a *Governança aberta, participativa e orientada por consenso*, se relacionando ao desenvolvimento de políticas públicas internacionais que devem surgir a partir de acordos deliberados pela participação dessas partes e do consenso conduzido por elas. Além disso, a *Transparência* deve ser um critério para facilitar a compreensão das decisões tomadas, com documentação dos acordos procedimentais a serem feitos.

A *Responsabilidade* surge como elemento para verificação da atuação, colocando nos Governos o papel primário de proteção dos Direitos Humanos na rede. Isso se dá, inclusive, com a *Inclusão*, estabelecendo-se como elemento para que os processos sejam realizados em um sistema de baixo para cima, sem prejudicar nenhuma categoria envolvida.

A *Distribuição* e a *Colaboração* são os elementos que proporcionariam uma descentralização colaborativa, refletidas nos interesses de cada representante das partes interessadas. Além disso, a *Participação Significativa* prevê que qualquer pessoa afetada pela Governança na Internet possa participar dos processos de decisão, sobretudo quando novos atores surjam de países em desenvolvimento ou sub-representados.

Por fim, como últimos elementos, a Governança da Internet deve promover *Baixas Barreiras e Agilidade*, configurando na possibilidade de um acesso à rede com alta qualidade — por ser ferramenta de desenvolvimento humano e inclusão social — e suas políticas devem ser ágeis, de modo que o desenvolvimento das tecnologias seja alcançado nos mais variados modos de acesso.

De todo esse conjunto de base principiológica acerca da Governança da Internet, percebe-se que houve um acúmulo de pauta sem o correto gerenciamento das necessidades anteriores que foram detectadas. Isso ocorre, sobretudo, porque enquanto não há a reestruturação de todos os problemas existentes quando se trata do ciberespaço, novas

demandas vão surgindo sem que o modelo de adotado para lidar com essas problemáticas esteja preparado de fato para interpretá-las e oferecer respostas.

Os mais variados Fóruns de Governança na Internet figuram como uma exemplificação desse fenômeno. Enquanto existia um olhar mais atento acerca da espionagem — onde até o momento inexistem indícios de solução — foram acrescentadas as demandas de conexão e acesso como direito humano e a própria evolução da governança na internet dentro de um contexto de desenvolvimento sustentável.

Consideradas, portanto, as bases da Governança da Internet, analisa-se quais são os problemas que o modelo traz na atual conjuntura. Da mesma forma que a internet é desterritorializada, as complexidades que surgem dessa desterritorialização também o são. Entretanto, o modelo de governança adotado possui linhas claras de uma base habermasiana. Isso ocorre porque há uma percepção do modelo deliberativo de Habermas, quando se vislumbra uma formação de consenso racional e não-coercitivo por parte dos participantes. A partir da adoção do *Princípio do Discurso*, Habermas (1997, p. 142) considera a validade das normas a partir da anuência dos possíveis atingidos, que seriam participantes de “discursos racionais” no processo de normatização.

É com base no princípio do discurso que se observa a logística existente na Governança da Internet, sobretudo quando a validade das decisões é encontrada no dispositivo normativo capaz de vislumbrar a concordância de todos os parceiros, tornando a normatização um processo discursivo (HABERMAS, 1997, p. 145).

O modelo habermasiano possui uma finalidade para utilização do Princípio do Discurso e, conseqüentemente, do Princípio da Democracia: o direito estabelece uma forma de comunicação em que a comunidade se vislumbra enquanto uma união voluntária de membros que são iguais e livres (HABERMAS, 1997, p. 146). Todo esse viés ocorre, pela teoria analisada, com a constituição da forma jurídica, quando há a aplicação de ambos os princípios como liberdades subjetivas de ação. Em seguida, institucionaliza-se juridicamente as condições para que ocorra o exercício da autonomia.

Essa sistemática deve conter, de antemão, um leque de garantias (direitos) que são essenciais para que os indivíduos — de forma geral — possam participar do processo democrático em condições totalmente iguais. Assegurando-se, portanto, a autonomia privada dos cidadãos por intermédio de direitos, o procedimento democrático estaria pronto para a formação do seu conteúdo. É possível classificar — com base no entendimento Habermasiano — a natureza dos direitos garantidores do processo democrático: Liberdade, Reconhecimento Social e Postulação Jurídica; para a Autonomia Privada. Participação e Condição de Vida;

para a Autonomia Pública (HABERMAS, 1997, p. 160).

A sistemática adotada por Habermas e denominada de “política deliberativa” estaria como um intermediário entre o republicanismo e o liberalismo, buscando-se elementos básicos para a formação de um modelo ideal. Esse modelo ideal busca, pelo lado do republicano, garantir uma ideia de democracia enquanto processo comunicativo, baseado na participação coletiva para sua formação. Da base liberal, os procedimentos devem garantir racionalmente, por meio do direito, uma imparcialidade como forma de justiça (CONSANI, 2016, p. 86/87).

Comparando, portanto, a base em Habermas de formação da tomada de decisão e da participação deliberativa, é possível vislumbrar esse mesmo viés quando da formação dos processos para deliberação da Governança na Internet, mas de uma forma mais ampla. Um exemplo disso é a noção de esfera pública geral e esfera pública parlamentar.

Na primeira estrutura, há a formação de opinião, enquanto na segunda, se forma a vontade política. Ou seja, as deliberações atualmente adotadas pelo sistema de Governança na Internet obedecem exatamente esse *script*. De um lado, a esfera pública geral é captada com base os anseios da sociedade em geral e dos seus cidadãos. Daí tem-se a necessidade de privacidade, de segurança, de proteção virtual, de acesso enquanto direito humano, dentre tantas outras pautas programáticas. Por outro lado, tem-se uma esfera pública parlamentar, onde a vontade política é formada com base nas deliberações dos atores que formam essa Governança¹⁸. Dessa forma, a possível legitimidade da governança na Internet seria garantida — por um lado — pela estruturação inclusiva da opinião e, de outro, pela participação de pessoas com conhecimento apropriado para intervir em questões técnicas e sociais.

Ocorre, entretanto, que esse sistema não vem produzindo efetivamente aquilo que se propõe a resolver. Embora possa existir discursivamente uma variedade de situações a serem solucionadas ou melhoradas, os dados já apresentados pelas mais variadas plataformas de pesquisa demonstram que pouco se caminhou em relação ao que propõe as deliberações do IGF. Essa situação possivelmente ocorre, como uma de suas razões, em virtude da percepção de que não há coação que não seja realizada pela força do argumento.

O multissetorialismo do IGF tem a participação de diversos atores, mas os

¹⁸ Aqui não se trata de uma esfera pública parlamentar no sentido do Poder Legislativo, embora possa ter repercussões internas. Não obstante, como o próprio nome já sugere, a formação de estruturas normativas que — ao menos em tese — garantam os anseios formados no âmbito da esfera pública geral, são elaboradas no âmbito das deliberações dos atores integrantes dessa Governança. Um exemplo disso é o próprio Comitê Gestor da Internet, que na esfera do Brasil realiza consultas a serem levadas em uma perspectiva global de intervenção da Internet. Ou seja, é o fluxo comunicativo que forma, de maneira geral, o padrão adotado para construção normativa dos dispositivos relacionados ao ciberespaço.

representantes da Sociedade Civil, por exemplo, são escolhidos pelos demais representantes das empresas privadas, cujos interesses setoriais são observáveis. Esse modelo de escolha já põe em xeque toda a noção de que ocorrerá uma “busca pela verdade” com base em meros argumentos, visto que existem interesses próprios de cada esfera dessa governança para concretização dos anseios. Assim, se vislumbra que enquanto existe uma grande percepção de inclusão do acesso à internet (visto de uma maneira macroscópica como todos os outros direitos relacionados à rede), na forma discursiva, em termos práticos, esses mecanismos não conseguem atingir a concretização porque entra em colisão com o próprio interesse de outros setores.

Além disso, é possível vislumbrar ainda que o multissetorialismo baseado em uma cooperação parece encontrar uma grande barreira em sua própria estruturação. Isso porque as entidades acabam por utilizar diversos modelos, sem uma homogeneidade, que termina por uma diferenciação que não se concretiza. O efeito dessa situação é a ausência de uma definição, que acaba por fomentar uma pauta programática não concretizável e desorganizada, visto que os atores acabam por se resignar às metas, mas cada um tenta seguir o procedimento mais conveniente.

Embora exista um forte discurso em uma participação ampla, coletiva e total, com existência de uma deliberação ascendente (de baixo, para cima), existem categorias que não estão bem estruturadas no sistema multissetorial e que não necessariamente levam à participação ou à defesa de interesses daquele que é atingido diretamente pela governança na internet, como prevê a Declaração NETMundial.

O contexto explanado leva, portanto, à compreensão de que o discurso em torno do Multissetorialismo da Governança da Internet usa como base a participação e cooperação como um mecanismo discursivo para atingir a legitimidade. Ou seja, há a abertura para a participação de representantes dos setores atingidos, escolhidos pelos setores com detenção de maior poder de decisão, cumprindo uma pauta voltada aos interesses de quem detém mais poder. As decisões são aceitas considerando-se que a mera participação desses representantes produz a noção de que o processo decisório foi legítimo.

Um dos grandes problemas da legitimidade do processo multissetorial de governança na internet, aos moldes ora explanados, diz respeito à impossibilidade de garantir que a deliberação moldada e estruturada na esfera pública informal, gerará qualquer vinculação na esfera pública parlamentar.

Isso implica na existência de dois aspectos pressupostos acerca da influência dos usuários e de determinados setores da governança. O primeiro é a existência de uma garantia

de que haja uma série de argumentações e polos diversos para serem considerados. O segundo, que ocorra um procedimento caracterizado como democrático para escolha de uma decisão melhor.

Ocorre que a inexistência, simultaneamente, de uma formalidade e um padrão vinculante para conectar a vontade dos usuários (sociedade civil de fato) à esfera parlamentar (nesse caso aqueles que detêm o poder de decisão na governança), existirá uma única conclusão: um grupo minoritário terá os meios totais para fazer valer seus desígnios, com uma roupagem de concretização de vontade coletiva, desnudando qualquer característica dos aspectos acima mencionados.

A inexistência de um canal de comunicação entre a vontade coletiva dos usuários para que existir a participação, acaba por tornar o modelo não atrativo, sobretudo porque mesmo ocorrendo um aumento progressivo do uso de internet no dia a dia, as decisões que permeiam o modelo de governança — por muitas vezes — não alcançam esses mesmos usuários. Os resultados na vida prática, portanto, se tornam mínimos e, ademais, ao usuário resta lidar com uma série de discrepâncias dos detentores do poder no uso das tecnologias para mecanismo de controle.

A ausência de uma instrumentalização que gere uma relação entre os usuários e os atores da governança gera um modelo deliberativo com uma falha essencial, sendo a ausência de uma atuação de quem detêm o maior interesse e de quem detêm direitos diretos relacionados às deliberações. A falta de uma instância garantidora e de um procedimento bem elaborado para a formação de uma decisão que indique o interesse coletivo leva à individualidade no processo decisório.

Ou seja, enquanto de um lado se estabelece princípios da governança da internet, em que inserem valores compartilhados, privacidade, liberdade de expressão, proteção da diversidade, acessibilidade, dentre outros fundamentos contidos na *Tabela 01*, o próprio procedimento para tomada de decisão já descumpra com aquilo que ele mesmo prevê. A própria possibilidade de igualdade de participação, tão preceituada e defendida, acaba por ser violada, visto que a decisão será tão somente econômica.

O uso da internet, atualmente, se trata diretamente de poder. Como toda forma de exercício do poder, as arbitrariedades serão intentadas e — em muitos momentos — serão concretizadas. Embora faça uso exclusivo de base principiológica com discursividade direcionada à proteção do usuário, o mecanismo para estruturação se trata de um “*autoritarismo indireto*”.

O termo foi pensado para atribuir uma caracterização de pluralidade no processo de

decisão na governança virtual; com uma roupagem democrática, mas que, na prática, configura uma interferência que não modifica o modo de atuação dos poderes político, econômico e jurídico. Ou seja, utiliza-se de uma ação, com todas as ferramentas participativas e deliberativas, mas essas mesmas ações atuam de forma desigual.

A distribuição do poder e os mecanismos de influência no próprio processo de governança são desiguais a medida em que proporciona uma violação dos procedimentos, sobretudo quando coloca a escolha dos representantes da coletividade nas mãos daqueles que tem interesse — por muitas vezes — diametralmente opostos a essa mesma coletividade. Trata-se de um paradoxo dentro de outro paradoxo.

Não existe, no processo decisório, um procedimento de escolha da sociedade civil para sua representação. Aliás, há que se considerar um adendo na reflexão: a quem compete e representação do usuário/coletividade? Isso porque a Sociedade Civil, que ocupa espaço para a deliberação, a divide com os Governos. Nesse caso, os Governos poderiam também representar os interesses do usuário/coletividade já que são — em tese — eleitos democraticamente? Sendo o usuário em si uma classe, visto que nem todo integrante da coletividade é necessariamente um usuário, haveria margem para uma tripla defesa no processo de governança? De outro lado, caso exista uma participação da comunidade acadêmica composta por cientistas que pesquisam diretamente o uso da internet, seriam estes os representantes dos usuários? A questão aparenta uma desorganização material (no que compete à representatividade) e procedimental.

Não há como configurar uma abordagem harmônica, com a adoção de políticas a serem implantadas em uma determinada nação, se o próprio processo de organização do instrumento básico para formulação dessas políticas se encontra com configurações não aceitáveis. O fluxo, embora discursivamente, seja plural, tecnicamente e, na prática, foge de toda concepção criada.

Saliente-se que não há como defender um mecanismo não participativo. De fato, a própria estrutura virtual acaba por reforçar a necessidade de um processo de elaboração de políticas que se instalarão intergovernamentalmente e que, de fato, necessita de certa harmonia, para reduzir as complexidades que ora se apresentam. Entretanto, a estrutura atual vai ao encontro oposto daquilo que propõe, criando paradoxos e complexidades difíceis de organização.

2.4 O Processo de Normatização da Internet no Brasil: A Lei 12.965/2014 e a atuação do Comitê Gestor da Internet

Embora exista uma indubitável desterritorialização do uso da internet, por ser uma plataforma com capacidade global de uso, não existem meios de normatização no mesmo patamar à nível mundial. Isso se dá por todos os elementos que envolvem a diferenciação de acesso e questões de soberania nacional. Existe, ainda, conforme citado, àqueles que defendem a ausência completa de normatização desse objeto.

Os desafios advindos dessas circunstâncias já foram anteriormente citados. A emergência de dispositivos internacionais, aos moldes da governança, demonstra mais uma construção de territorialização normativa em um ambiente sem delimitações geográficas. Mesmo no Brasil, que se destaca perante os organismos internacionais, vigorou por muito tempo a dúvida se existiria a necessidade de uma regulação virtual e, caso positivo, como isso seria promovido.

A princípio, recorreu-se ao famoso uso da analogia para os casos de inexistência de legislação, utilizando-se de regras do código civil, do código do consumidor, do código penal, dentre outros. A União Europeia, já acostumada com dispositivos supranacionais que possuem uma interferência na soberania territorial dos seus membros, promoveu um caminho diverso ao elaborar a Diretiva 2006/24/CE, estabelecendo regras quanto à atuação dos provedores de conexão à internet.

Seja pelo uso da analogia, ou pelas diretivas apresentadas pela União Europeia, as soluções se tornaram inadequadas em um contexto fático (CARVALHO, 2014, p. 91). Isso se deu essencialmente porque o uso da analogia implica em um método de interpretação jurídica quando da ausência de previsão legal, mas com a possibilidade de aplicação¹⁹ de outro dispositivo que regula casos semelhantes. Entretanto, embora existam práticas que de fato são semelhantes tanto do ponto de vista da esfera virtual, como na sociedade, tantos outros existem com grandes diferenças entre si, impedindo o uso desses dispositivos normativos para adequar o fato à norma.

Por outro lado, a criação de novos dispositivos aos moldes realizados pela União Europeia trouxe uma instabilidade relacionada à interpretação. Inicialmente, a diretiva possuiria a adesão apenas aos países que já se encontram inseridos no bloco econômico. Ocorre, entretanto, que os próprios países membros possuem relação tanto com os demais

¹⁹ Utiliza-se aqui o uso do termo “aplicação” como uso de um dispositivo para interpretar um caso análogo. No ponto de vista teórico da presente tese, entendemos que os dispositivos são criados e interpretados com base em uma construção normativa.

países que compõem o continente europeu, como com praticamente todos os países do planeta.

É inevitável o pensamento de que houve uma transferência de muitas ações realizadas pelo indivíduo. O que antes era produzido na chamada “vida real”, foi produzido em um espaço virtual, o que Levy (2003, p. 85) chamou de “mutação do urbano”. Não obstante, o próprio surgimento da União Europeia, enquanto bloco econômico dotado de supranacionalidade, leva ao favorecimento da desterritorialização normativa.

Quando Castells (2009, p. 393) afirma que a integração do continente europeu configura uma expressão do processo de globalização e, simultaneamente, uma reação a essa expansão, define bem essa relação que a internet favoreceu/proporcionou. Isso porque, ao mesmo tempo que a Europa queria barrar a inserção — proporcionada pela Globalização — de países de fora do eixo, construíram um bloco econômico com aspirações semelhantes, fortalecendo esse mesmo processo. Não é à toa que a construção da União Europeia criou uma moeda própria, representando uma identificação das nações componentes, o que abriu um precedente não só para a circulação de uma mesma moeda entre os Estados, mas para a possibilidade de utilização desses mesmos mecanismos à nível mundial²⁰.

Em retorno ao raciocínio, reconhece-se que a ausência de limites territoriais na base estrutural da internet acaba criando problemas de jurisdição, sobretudo quando da interpretação de qual dispositivo normativo é utilizado na análise de um determinado fato. Ou seja, a internet surgiu e se disseminou ao redor do mundo, mas não havia estrutura teórica ou jurídica suficiente para lidar com todas as questões que surgiram a partir de então. A limitação espacial existente por parte das leis acaba por reduzir qualquer eficiência normativa em face da rede, visto que elas só proporcionam efeitos e constroem realidades dentro daquele espaço territorial específico.

Em construção teórica, Carvalho (2013, p. 93) elabora a possibilidade de uma “nova visão de território”, em que não se vislumbra tão somente um local em que se inserem pessoas vivendo no cotidiano, mas o território enquanto uma simbologia. Essa nova percepção de território englobaria um “império do organizacional, no qual dados externos ao orgânico se impõem, na medida em que a solidariedade orgânica, antes vigente, é tornada impossível” (CARVALHO, 2013, p. 93).

²⁰ Não se está indicando, no presente trabalho, que haja um bloco econômico mundial, mesmo porque essa seria uma utopia, sobretudo após a saída do Reino Unido no ano de 2020. A interpretação deve ser dada apenas com base em um mecanismo de normatização que ultrapassou barreiras territoriais.

Não foi a internet que sozinha trouxe o fenômeno da desterritorialização, o que — inclusive — quebra com essa percepção de “sociedade da informação” como se apenas após a internet houve informação na sociedade. Um exemplo mais próximo, é o próprio setor tradicional de telecomunicações, que já trouxe essa possibilidade de desterritorialização, com a possibilidade de comunicação rápida, ao mesmo tempo, e em qualquer lugar do mundo.

Não obstante, a internet potencializou esse processo, possibilitando não só uma comunicação oral rápida, como o telefone, mas também uma comunicação escrita (CARVALHO, 2013, p. 94). A concepção, aliás, acaba não sendo mais especificamente em desterritorialização, mas, como adjetiva André Lemos (2013, p. 07), “des-re-territorialização”. Há, ainda, como chamar de multiterritorialidade, termo cunhado por Rogério Haesbaert (2013, p. 11) para se referir a uma existência de múltiplos territórios.

Retornando ao ponto do tópico, os Estados tentaram regular a internet dentro de suas próprias expectativas territoriais, ignorando inclusive os esforços que vêm sendo costurados ao longo do tempo. No caso do Brasil, embora tenha apresentado o modelo aceitável em âmbito mundial, não fugiu à regra com o surgimento da Lei 12.965/2014, também denominado de Marco Civil da Internet.

A inovação legislativa entrou em vigor com a estruturação de uma série de critérios para a atuação das autoridades públicas quanto ao uso da internet no país. Partindo de uma base principiológica, o discurso em torno da inclusão digital também permeou a construção social do significado de um Marco Civil da Internet no Brasil.

Uma das bases trazidas pela legislação foi, justamente, o estabelecimento do uso dos meios digitais como expressão da cidadania, o que serviu como base para o exercício de outras garantias constitucionalmente estabelecidas como a liberdade de expressão e a privacidade (PEREIRA, 2019, p. 84). A estruturação do processo regulatório da internet no Brasil, portanto, possui na lei uma dupla caracterização: de um lado, se voltou para a construção principiológica, com base na Constituição Federal e adaptação ao uso da internet. Por outro lado, estabeleceu também os procedimentos executórios para fazer valer esses mesmos princípios, além da responsabilização de danos causados por terceiros.

O Marco Civil da Internet foi estruturado em cinco capítulos, iniciando com as disposições preliminares; passando pelos direitos e garantias do usuário; em seguida, a provisão de conexão e de aplicações de internet; chegando aos mecanismos de atuação do Poder Público; e, por fim, as disposições finais.

Há que se considerar que na construção legislativa do Marco Civil, ocorreu uma constante preocupação no sentido de impedir que a lei estabelecesse mecanismos de censura

no país (TOMASEVICIUS FILHO, 2016, p. 273). Foi por intermédio desse esforço que a fundamentação e os objetivos da lei tiveram como primeiros dispositivos a colocação das garantias básicas que já são estabelecidas constitucionalmente, como a liberdade de expressão, o direito à informação, a privacidade, o respeito aos direitos humanos, dentre outros.

Aliás, do artigo 2º ao artigo 8º da lei, se vislumbra uma série de adaptações a direitos que já são estabelecidos em outros documentos normativos, mas incluídos em uma seara virtual. O artigo 7º, por exemplo, esmiúça em seus incisos o direito à intimidade dentro de um aspecto de exercício da cidadania na rede; partindo-se desde a inviolabilidade da vida privada e o sigilo das comunicações, até a retirada de dados pessoais a pedido²¹.

A partir do artigo 9º da lei, se passa ao capítulo de provisão de conexão e aplicação de internet, estabelecendo a Neutralidade da Rede como mecanismo base de sua estrutura. Em seguida, a lei estabelece outros dispositivos de proteção da intimidade e da vida privada em relação à guarda e disponibilização dos registros, como é possível interpretar das leituras dos artigos 10 e 11, ficando a cargo do artigo seguinte apenas a imposição de sanções administrativas como advertência, multa, suspensão temporária e proibição do exercício das atividades em caso de descumprimento.

Mais adiante, na seção III do Capítulo III, tem-se a Responsabilização por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros, estabelecendo a irresponsabilidade do provedor pelos danos, quando o conteúdo é gerado por pessoa alheia. O artigo 19, por sua vez, regulamentou a responsabilidade dos provedores caso ocorra, após ordem judicial, a determinação de providências acerca da retirada de algum conteúdo danoso e não tenha adotado as providências cabíveis. A responsabilização, no caso, seria subsidiária, concernente no descumprimento da ordem judicial e manutenção de conteúdo que prejudique os direitos da vítima.

Isso não muda, portanto, o critério de responsabilização. Inicialmente ela pertence ao usuário da internet que dispôs do conteúdo prejudicial, respondendo o provedor em conjunto com o usuário apenas quando mantiver o material disponível na rede. Aliás, a determinação de retirada de qualquer conteúdo impôs obrigações ao judiciário no que tange à identificação

²¹ Na prática, não é possível vislumbrar a eficiência dos dispositivos que resguardam informações pessoais, sobretudo pela generalidade do dispositivo, o que levou posteriormente à criação da Lei Geral de Proteção de Dados. Não obstante, é possível verificar uma série de ocorrências em que há o vazamento de dados pessoais e a captação desses mesmos dados para a construção de ferramentas publicitárias. Esse processo, inclusive, já chegou em processos eleitorais, com a utilização maciça de dados para construção de discursos e disseminação de Fake News.

do conteúdo ofensivo, indicação do endereço e, só poderia estabelecer em sede de tutela antecipada se houvesse prova inequívoca do fato.

Ainda sobre a responsabilidade pelos conteúdos gerados por terceiros, o Marco Civil da Internet estabeleceu que responderá subsidiariamente o provedor de aplicações de internet que disponibilize imagens, vídeos ou outros materiais que possuam cenas de nudez ou de atos sexuais, quando, após notificação, não adotar as medidas para indisponibilidade desse tipo de conteúdo. É o único caso, permitido pela legislação de princípios de uso da internet no Brasil, onde a notificação se dá extrajudicialmente.

Superada a questão atinente à responsabilização pela postagem de conteúdos, o Marco Civil da Internet ainda se dispôs, do ponto de vista explicativo, a apresentar a diferenciação entre os registros de conexão à internet e os registros de aplicações de internet. No primeiro caso, trata-se de distribuição, por meio de um terminal, de pacotes de dados pela internet. Essa distribuição, portanto, é realizada por meio da autenticidade de um protocolo de internet (IP)²². O segundo caso, qual seja, o provedor de aplicações de internet, trata-se das funcionalidades que um terminal conectado à rede proporciona. Ou seja, quaisquer serviços que englobem correio eletrônico, hospedagem ou conteúdo, trata-se de serviços de aplicação.

Diante dessa conceituação, a Lei 12.965/2014 estabeleceu, aos serviços de aplicação da internet dos entes do poder público, a “*busca*” por parâmetros de compatibilização, acessibilidade e facilidade de uso como mecanismo de política pública, utilizando-se de práticas educacionais para o uso responsável e cidadão da internet, com a promoção da inclusão digital, da redução das desigualdades (principalmente entre as regiões do Brasil) e da circulação de conteúdo nacional²³.

Embora não explicita o mecanismo de atuação, a atuação do poder público estabelecido no Capítulo IV do Marco civil da Internet, observa-se um viés multiparticipativo, visto que engloba sempre a possibilidade de uma convenção de esforços entre governo, sociedade civil, empresas e a comunidade acadêmica, para o desenvolvimento da internet no país.

Passados a construção e a estruturação do Marco Civil da Internet, é importante salientar a participação do Comitê Gestor, visto que o fundamento da legislação se deu,

²² O Internet Protocol (IP) trata-se de um código atribuído a um terminal para permitir a identificação. Já há algum tempo é possível a utilização do chamado Virtual Private Network (VPN) para criptografar e proteger o endereço de IP em redes públicas. Ocorre que a mesma técnica é, também, utilizada para mascarar usuários em casos de pirataria e outros ilícitos penais, visto que disfarça a localização do usuário. Trata-se de mais um mecanismo em que, ao mesmo tempo que protege o usuário para não ser vítima de ilícitos, proporciona facilidade para o cometimento de outros ilícitos.

²³ Artigos 24 a 28 do Marco Civil da Internet.

principalmente, com a Resolução de 2009 do comitê, que estabeleceu os princípios para a governança no país²⁴. Não obstante, o CGI.br também possuiu participação na fase de discussão, visto que propôs temas para o debate e registrou as propostas, comentários e mensagens de diversos setores da sociedade. Esse mecanismo contou, aliás, com a participação da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e do Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (CGI.br; 2013, p. 05). A formação do anteprojeto veio em seguida, com apresentação à sociedade e a formação de debates públicos, ainda em 2010, formando assim o Projeto de Lei 2.126/2011, que se tornaria posteriormente o Marco Civil da Internet.

Uma das primeiras críticas a serem direcionadas à Lei 12.965/2014 é, justamente, o fato de não ter trazido — no sentido da palavra — uma inovação. Embora tenha sido o primeiro ato legislativo em todo o planeta, direcionado a regulamentar os direitos relacionados ao uso do ciberespaço, o Marco Civil apenas reproduziu o que já existia no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Constituição Federal e de legislações infraconstitucionais. Tratou-se, portanto, de uma alegoria de que a partir da sanção legislativa, a internet foi uma “terra com lei”. Ao contrário, todos os dispositivos anteriores ao marco já poderiam ser interpretados dentro de uma perspectiva virtual.

Um exemplo da situação anteriormente apresentada são as disposições relacionadas à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem das pessoas, constante no art. 5º, X da Constituição Federal, replicado pelo artigo 7º, I da Lei 12.965/2014 em quase sua literalidade, quando a própria norma constitucional já poderia ser utilizada para quaisquer atos que a violassem. Nesse mesmo sentido é o comparativo entre o art. 5º, XII da Constituição Federal e o artigo 7º, II e III do Marco Civil da Internet, que versam acerca da inviolabilidade das comunicações.

Até mesmo a base principiológica estabelecida pela legislação de uso da rede também se trata de uma repetição dos dispositivos constitucionais, quando relacionados aos tratados internacionais de Direitos Humanos onde a República Federativa do Brasil seja parte. Não se concebe, sequer, que a legislação veio reforçar ou esmiuçar alguma situação jurídico-prática, visto que a base do Marco Civil se encontra com o mesmo patamar de generalidade constitucional, chegando em alguns momentos até a abstrair alguns de seus termos.

²⁴ Considerando que já se trabalhou exaustivamente a gama de princípios relacionados à seara virtual, optou-se por não analisar novamente os princípios trazidos pela Resolução, bastando dizer que no documento do CGI.br constam 10 elementos para o desenvolvimento da internet no país, cujo conteúdo e sentido foi reproduzido no Marco Civil.

Aliás, ao utilizar o termo “regulamentar os direitos relacionados ao uso do ciberespaço”, propositalmente posto, escancara-se a ineficiência do legislador ao regulamentar um espaço que não é exclusivo do Brasil e que, conforme já anteriormente apresentado, é multi-des-territorializado. Um exemplo que corrobora para essa insuficiência prática dos dispositivos normativos: um brasileiro poderia sofrer uma violação por parte de um infrator que estivesse em qualquer parte do planeta, sem que o Marco Civil da Internet possuísse mecanismos para fazer valer a força normativa de seus dispositivos.

A notoriedade da ausência de força para produzir eficácia também é observável quando o art. 11 da lei estabeleceu que o Marco Civil terá validade quando; nas operações de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, dados ou comunicações; um desses atos ocorra em território nacional ou, ainda, quando a atividade seja realizada por pessoa jurídica sediada no exterior, mas possua estabelecimento do mesmo grupo econômico localizado no Brasil. Além disso, as punições estabelecidas no art. 12 da lei se tornam impossíveis de serem impostas a uma empresa estrangeira, visto que esbarra na ausência de jurisdição para atuar no caso (TOMASEVICIUS FILHO, 2016, p. 277).

Para além das repetições contidas na legislação, o art. 3º, parágrafo único dispõe que os seus princípios não excluem outros previstos no próprio ordenamento jurídico e que contenham alguma relação à matéria tratada, figurando como uma obviedade em explicar que o ordenamento jurídico não é composto por legislações exclusivamente isoladas, mas por um conjunto — até mesmo excessivo no caso brasileiro — de normas e leis que dão corpo do plexo ordenatório de condutas de uma sociedade.

Ainda na construção de sentido dos dispositivos do Marco Civil, tem-se a proteção e defesa das relações de consumo realizadas na internet, estabelecido pelo art. 7º, XIII que nada mais é do que informar que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às relações de consumo. Convém ressaltar que a crítica ora realizada não indica que a reprodução de dispositivos não ocorra naturalmente no processo de inovação legislativa ou, ainda, que esse foi o primeiro caso. Entretanto, o processo de construção da Lei 12.965/2014, que no imaginário político figurou como um avanço fruto de um longo trabalho, na prática, não produziu as respostas esperadas.

Por fim, há de se ressaltar a existência de dispositivos na lei sem um comando, não dá uma permissão, não confere uma competência e, tampouco, não traz um conceito. Em outros termos, é uma *norma sem conteúdo*. É possível observar um grau de generalidade dos dispositivos normativos do Marco Civil, formando um agrupamento de palavras e termos

técnicos que formam a denominada “norma programática”. Além disso, muitas das terminologias técnicas trazidas no texto da lei não possuem nenhum efeito legal.

O art. 5º da lei, por exemplo, trouxe uma série de conceitos básicos acerca do uso da internet, mas olvidou-se de indicar os destinatários (provedores) das obrigações estabelecidas. Da mesma forma, o termo “dados pessoais”, aparece onde vezes na lei, indica-se uma necessidade de proteção, mas não consta nenhum conceito sobre o que são os dados pessoais quando relacionados à internet. Essa semântica, inclusive, só veio ser apresentada posteriormente com a Lei Geral de Proteção de Dados.

O dispositivo 2º, IV do Marco Civil da Internet prevê como fundamento do uso da internet a “abertura e a colaboração”, sem indicar — nos termos de Tomasevicius Filho (2016, p. 281) — o que se cogita falar acerca de abertura e, tampouco, ao que se refere a colaboração. O mesmo raciocínio se repete mais adiante, no art. 24, V, quando estabelece como diretriz para atuação do poder público a adoção de formatos abertos e livres, sem indicar do que se trata.

Quanto à responsabilidade civil, já anteriormente analisada dogmaticamente, é importante ressaltar que o Marco Civil da Internet reduziu a proteção aos usuários quando diminuiu, em simultâneo, o nível de responsabilização do provedor de aplicações. A lei definiu responsabilidades aos usuários e fornecedores de conteúdo virtual, indicando, ao menos no discurso, que resguardaria os direitos já construídos para permitir o uso regular da rede. Ocorre que ao firmar que ao provedor só ocorrerá a responsabilização por informação veiculada por terceiro após decisão judicial, a própria legislação dificulta a retirada do conteúdo nocivo e/ou prejudicial da internet, impondo um obstáculo natural às vítimas do dano.

Inclusive essa responsabilização passou, ao longo da história do uso da internet nos tribunais, por uma revisão de posicionamentos. Antes do Marco Civil da Internet, a justiça brasileira interpretava os fatos que lhe eram postos pelo Código de Defesa do Consumidor, analisando a responsabilidade objetiva do provedor. Dessa forma, nas competências existentes aos provedores de internet, cabia também a filtragem dos conteúdos que fossem publicados por terceiro.²⁵

Partindo do pressuposto que o provedor de aplicações é um fornecedor de serviços e considerando o período anterior à existência do Marco Civil, a responsabilidade era objetiva,

²⁵ Como exemplo é possível citar o seguinte julgado: TJMG-13a. Câmara Cível, Apelação Cível n. 1.0439.08.085208-0/001, relator Cláudia Maia, ac. un., j. 12.02.09, DJ 16.03.09

analisando-se exclusivamente o dano e o nexo de causalidade. Ocorre que se entendeu, posteriormente, que esta responsabilidade configuraria um ônus excessivo, visto que a internet possui uma estrutura tão variada e com capacidade de expansão tamanha que, do ponto de vista prático, seria comprometer o provedor automaticamente pela ausência de retirada do conteúdo disponibilizado por uma terceira pessoa.

Considerando, portanto, que a responsabilidade objetiva se transformou em uma tarefa sobrecarregada aos seguidores, o Superior Tribunal de Justiça revisou a matéria, reformando suas decisões e admitindo, a partir de então, a responsabilidade subjetiva após a notificação extrajudicial, dando início à segunda onda interpretativa da responsabilidade dos provedores de internet.

O STJ compreendeu que não fazia parte das atribuições do provedor de conteúdo a fiscalização pelas postagens, visto ser um elemento além da disponibilização do serviço. Por isso, o Código de Defesa do Consumidor foi afastado, bem como o Código Civil de 2002, o que rechaçou a compreensão de que aos provedores recairia o risco da atividade²⁶. Ou seja, a partir dessa interpretação, a responsabilização do provedor iniciaria quando — ao tomar conhecimento do conteúdo nocivo publicado por um terceiro e comunicado pelo ofendido — não providenciou a retirada do conteúdo, respondendo solidariamente.

Essa corrente interpretativa perdurou até a produção de efeitos do Marco Civil, que, como anteriormente explanado, deixou ao Judiciário o papel de examinar o dano que um determinado conteúdo causasse a uma pessoa e/ou empresa. Foi o Agravo em Recurso Especial n. 917.162 que tratou de efetivar o dispositivo do Marco Civil da Internet acerca da irresponsabilidade imediata do provedor, ao considerar que não existem meios de impor ao provedor o monitoramento do conteúdo e impedir a divulgação de futuras manifestações ofensivas, corroborando para que fosse firmado a posição de que apenas ao Poder Judiciário cabe a análise e determinação se uma manifestação pode ou não ser retirada na rede (STJ, 2021)²⁷.

Há, ainda, uma vulnerabilidade jurídica de forma geral, visto que não compreende, muitas vezes, acerca das abusividades do mercado virtual, sobretudo porque há um controle

²⁶ Compreensão marcada da leitura do Recurso Especial 1193764/SP com relatoria de Nancy Andrighi, j. 14.12.10, DJ 08.08.11

²⁷ No ano de 2021, o Brasil revisitou a discussão acerca da retirada de conteúdos e bloqueio de contas por parte da Redes Sociais, a partir da exclusão de postagens e contas de propagadores de *Fake News*. O Governo Brasileiro apresentou — em debate na Câmara dos Deputados — de uma proposta de decreto visando a proibição das redes sociais na exclusão de conteúdo sem decisão judicial. Esses conteúdos vêm foram excluídos com base nas regras contratuais da própria empresa proprietária da rede social, corroborando na ideia de que embora de forma insuficiente, essas empresas possuem mecanismos para exclusão sem a necessidade de decisão judicial.

total do funcionamento e do conhecimento por parte dos provedores. Existe, ainda, uma vulnerabilidade fática, porque notoriamente há uma superioridade da empresa em relação ao usuário. Essa superioridade também faz parte do próprio controle, visto que a partir dos acessos dos usuários, o provedor capta um perfil e facilita determinados conteúdos em detrimento de outros. Por fim, há uma vulnerabilidade informacional, visto a insuficiência de informações prestadas ao consumidor, por parte do provedor de conteúdo. Sem essa compreensão, não há um entendimento de todos os processos existentes e se favorece uma fragilização desse mesmo usuário.

É paradoxal, portanto, que o mesmo provedor de conteúdo que possui uma série de filtros, visando a promoção de conteúdos específicos ao usuário, alegue que não possui, em contrapartida, filtros e elementos para a exclusão desses mesmos conteúdos, por figurar como um ônus excessivo.

A partir daí, tem-se uma complexidade ao sistema do Direito, visto que o mesmo não consegue estruturar — dentro de sua função — meios para lidar com as complexidades advindas do meio comunicacional virtual (nesse caso, o entorno), não conseguindo organizá-las ao ponto de reduzi-las, mas, ao contrário, produzir ainda mais complexidade.

Acerca desse conteúdo, a matéria também foi levada ao Supremo Tribunal Federal, por intermédio do Recurso Extraordinário 1.037.396, cujo questionamento permeia a constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil quanto à necessidade de prévia e específica ordem judicial para a exclusão de conteúdo. No caso analisado, a Rede Social Facebook retirou em primeira instância o conteúdo suscitado pela promovente, mas na fase recursal, houve a determinação de indenização por dano moral, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor. Reconhecida a Repercussão Geral da questão posta em análise, o STF analisará a constitucionalidade do dispositivo, que até o fechamento da presente tese não houve decisão.

Vislumbrado, portanto, uma série de inconsistências, complexidades e paradoxos na construção do Marco Civil, constata-se que a legislação pouco trouxe de inovação e que mesmo do ponto de vista de funcional da lei, poucas foram as questões que realmente acresceram à relação do usuário na Rede. Sopesando, portanto, todo o contexto de dispositivos, é possível concluir que a lei que regulamentou a Internet no Brasil possui mais uma casca com aparente resolutividade, mas que, na prática, trata-se de uma norma vazia.

2.5 O Inchaço de normas vazias: a influência da legislação europeia e a análise dos possíveis reflexos da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil

A privacidade dos indivíduos é, comumente, objeto de estudo das mais variadas áreas das Ciências Sociais Aplicadas, sobretudo na sociedade moderna. Seja em estudos científico-teóricos ou até mesmo no âmbito ficcional, a possibilidade de um modo de controle dos seres humanos desperta um atrativo que, em muitos aspectos da revolução tecnológica, vem se tornando uma realidade.

A obra 1984, de George Orwell, trouxe — em uma distopia — uma sociedade onde o governo mantém todos os seus cidadãos com o controle máximo de suas vidas, pensamentos e cotidiano, por intermédio do “Grande Irmão”. Na obra, há um total medo, por parte dos indivíduos, em revelar seus pensamentos e desejos mais íntimos, o que leva a todos a agir conforme o governo exige e reproduzir aquilo que o governo determina que é o correto.

Talvez Orwell não imaginasse é que o contexto do romance publicado em 1949 alcançaria outro patamar ao imaginado pelo autor. A evolução dos elementos tecnológicos aumentou proporcionalmente as possibilidades de redução da privacidade. Um exemplo disso foi, no ano de 2015, por parte da *Cambridge Analytica*, empresa de consultoria britânica, que acessou dados pessoais de 87 milhões de usuários do Facebook, para uma amostragem dos eleitores estadunidenses e influenciar no resultado.

No Brasil, um caso de repercussão no ano de 2014, quando a TNL PCS, divisão da empresa de telecomunicações Oi, foi multada pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) em R\$ 3,5 milhões de reais, por vender informações de seus clientes a agências de publicidade. Conforme a apuração do departamento, havia um acordo entre a empresa brasileira e uma firma britânica para monitoramento das atividades dos clientes, traçando assim um perfil de navegação e o repasse dessas informações a outras empresas de publicidade.

No ano de 2016, a União Europeia promoveu um pacote de medidas visando a proteção de dados, com a publicação do Regulamento EU nº 2016/679, que tratou de dispor de normas direcionadas às empresas e aos organismos públicos que participam do mercado único digital²⁸. Por meio do regulamento, a União Europeia dispôs acerca de elementos para

²⁸ O mercado único digital é uma estratégia da União Europeia, visando fortalecer a economia, a indústria e a sociedade europeia na nova era digital. Em razão disso, as pessoas podem realizar suas compras sem fronteiras, bem como as empresas realizarem vendas em linhas por todo o bloco econômico. Nas medidas estabelecidas, houve o fim das tarifas de itinerância; a portabilidade de conteúdos; o acordo para desbloqueio do comércio eletrônico e a modernização da proteção de dados.

prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais, bem como o estabelecimento de sanções. Embora tenha sido estruturado em 2016, o regulamento apenas entrou em vigor dois anos adiante, por meio de incorporação ao Acordo sobre o Espaço Econômico Europeu.

As autoridades legislativas brasileiras buscaram influência direta na normativa europeia para a construção da sua Lei Geral de Proteção de Dados, com a edição da Lei 13.709/2018, cujo fundamento era o de garantir aos cidadãos proteção para a utilização econômica de dados pessoais pelas empresas. Convém ressaltar que não a revolução tecnológica em si não criou a necessidade de dados para a projeção de ações comerciais, mas foi ela que proporcionou uma amplitude na captação desses mesmos dados, chegando a interferir diretamente na privacidade dos seus usuários.

Nos propósitos da LGPD existe a necessidade — ao menos em tese — de trazer mais segurança aos usuários no tocante ao uso e tratamento dos seus dados pessoais. Entretanto, esse objetivo veio, sobretudo, com base principiológica, o que, do ponto de vista da eficácia, pouco produz efeitos. Convém ressaltar que a legislação estabeleceu — aos mesmos moldes da Europa — dois anos para a entrada em vigor, o que seria o tempo para que as empresas pudessem se adaptar aos comandos legais.

No âmbito europeu, o Regulamento Geral de Proteção de Dados foi estruturado para regulamentar a proteção de dados enquanto um direito fundamental, já estatuído na Carta Europeia de Direitos Humanos. Entretanto, a RGPD não ficou adstrita aos países integrantes do bloco econômico, mas àqueles também que possuam relações comerciais jurídicas e que tenham influência sobre aspectos da privacidade ou informação dos cidadãos, ou empresas europeias.

Alguns aspectos que permearam a construção da RGPD europeu formaram a base para a construção de diversas legislações semelhantes em outros países, o que corroborou diretamente para a manutenção da influência europeia da formação dos conceitos de proteção de dados. Acrescente-se que há um viés econômico para aqueles que tivessem o interesse em desenvolver as relações econômicas com o velho continente, afinal de contas, estabelecer um regime protetivo para os dados resguardaria essas relações comerciais.

Da análise da RGPD é possível vislumbrar certos aspectos provenientes da mesma base comum já anteriormente trabalhada, o formato da governança. Partindo de um pressuposto que não foi puramente legislativo — como no caso da LGPD — o regulamento europeu enfrentou a tutela dos dados de forma regulamentar. Diante dessa caracterização, a manifestação de vontade se tornou o ponto nevrálgico do regulamento, quando coloca no

consentimento do interessado o papel de permitir o tratamento de dados relacionados a si próprio (LIMBERGER, 2020, p. 484). Essa manifestação, portanto, seria traduzida de duas formas; a primeira, por meio de uma declaração; a segunda, diante uma inequívoca ação positiva. Independentemente da forma, essa manifestação deve ser livre, específica, informada e explícita (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2016, s.p.).

É perceptível que a caracterização do “implícito” não foi colocada no RGPD, visto que o comportamento tácito não tem validade, para fins de consentimento para a autorização da manipulação dos dados. Trata-se, portanto, do afastamento da omissão para a predominância da comissão (LIMBERGER, 2020, p. 484). Observa-se, portanto, uma exigência de quem mantém o total controle dos dados, a responsabilidade de informar, transmitir e requerer a autorização de um usuário que está longe do processo de formação daquela mesma estrutura. Mais uma vez, o usuário tem acesso à casca, enquanto o provedor tem acesso a todo o conteúdo.

O RGPD também trouxe elementos da Administração para ingressar no Direito, buscando a inserção de elementos como a “*accountability*”, o que de forma geral mais favorece a configuração de um enfraquecimento das normas do direito positivo em detrimento do estabelecimento de regras que se utiliza do discurso da desburocratização para fortalecimento de aspecto puramente econômico, em detrimento da proteção do usuário. Ou seja, são muitos princípios focados para a proteção do indivíduo com seus dados à mercê de empresas, cujas regras são flexíveis para não esbarrar nos obstáculos que uma possível legislação pode trazer²⁹.

A base principiológica da RGPD foi estabelecida dentro de um leque de termos que são abrangentes e que, muitas vezes, cabe uma margem de interpretação variada. Um exemplo disso é o artigo 5.1, “c” que traduz que os dados pessoais são “adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados”, estabelecendo como o princípio da minimização dos dados (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2016, s.p.). Entretanto, não há um limite para o que é considerado necessário, tampouco há, por si só, uma finalidade, cabendo interpretar em conjunto com o artigo 5.1, “a” que exige a licitude do tratamento dos dados.

²⁹ Essa discussão é essencial para compreender os motivos pelas quais as normas sobre a internet no Brasil possuem tão pouco conteúdo normativo. Ocorre que em países do *common law* ou, ainda, no caso da União Europeia, em que se configura um bloco supranacional, existe uma possibilidade de inserção desses elementos com uma mínima produção de efeitos. O caso contrário ocorre com o Brasil, que, por possuir uma tradução do *civil law*, transforma em lei aquilo que foi influenciado por regulamentos gerais estrangeiros.

A LGPD brasileira basicamente repetiu toda essa base principiológica, inclusive em uma tentativa de conceituação da necessidade enquanto uma limitação ao mínimo necessário para realização das finalidades, não podendo o responsável pelo tratamento dos dados cometer excessos (BRASIL, 2018, s.p). Essa vedação, aliás, impôs ao responsável pelo tratamento dos dados a atribuição de agir por meio da prevenção, de modo a diligenciar quando a atividade com os dados possa gerar efeitos lesivos.

Cinco são os eixos fundamentais para a estruturação da Lei 13.709/2018, que se consubstanciam na: generalização da aplicação legal; legitimação para o tratamento dos dados; base principiológica protetiva; obrigação e responsabilização dos agentes de tratamento de dados (MENDES; DONEDA; 2018, p. 471).

Nesses termos, o primeiro eixo diz respeito, justamente, ao objetivo da legislação, o qual é a proteção dos dados dos cidadãos. Percebe-se, aliás, que ao contrário do RGPD, a LGPD não teve como destinatária as pessoas jurídicas, resguardando apenas o cidadão no que concerne aos seus dados pessoais, independentemente se o responsável pelo tratamento for proveniente do setor público ou privado.

Saliente-se que do ponto de vista autorizativo da lei, elencou-se no artigo 7º as hipóteses de tratamento de dados: consentimento pelo titular; cumprimento de obrigação legal; para execução de políticas públicas; para realização de estudos por órgão de pesquisa, garantindo-se a anonimização; para a execução de contratos; para o exercício regular de direitos em processos judiciais, administrativos ou arbitrais; para proteção da vida ou incolumidade; para tutela da saúde; para atender aos interesses do controlador, com exceção de choque com direitos e liberdades fundamentais e; por fim; para proteção do crédito.

A legitimação — de uma forma dogmática — estaria nos elementos formadores do segundo eixo, quando a própria lei fornece os mecanismos de autorização para o tratamento de dados, consubstanciando-se não apenas as hipóteses acima elencadas, como também os mecanismos que a própria lei estabeleceu para sua concretização. A base principiológica, a seu turno, se configura como o terceiro eixo da LGPD, que de maneira geral visa garantir os instrumentos para a fiscalização e controle do uso dos dados do usuário por terceiros.

A já mencionada crítica, aliás, atribuída ao Marco Civil da Internet se repete quando se trata da Lei Geral de Proteção de Dados. Aliás, se discorda de Mendes e Doneda (2018, p. 474) quando se atribui ao caráter de uma inovação da matéria tratada como um dos motivos para a implantação de princípios na letra de lei, visto que essa prática vem sendo reiterada em todos os documentos normativos ou regulamentares que tratem da matéria. Aliás, atribuir ao princípio da finalidade a adjetivação de “poderoso princípio” que concretiza as finalidades da

lei é reconhecer que a própria legislação talvez não tenha a estrutura e os mecanismos suficientes para fazer valer o seu escopo, recorrendo-se ao princípio como uma caracterização generalista para indicar que a coleta de dados deve ser motivada e justificada.

Não se está indicando que a base principiológica deva — de alguma forma — ser extirpada, pois, do ponto de vista didático, ela contribui — ao menos em tese — para a concretização interpretativa da norma. Entretanto, dispor de um leque de princípios sem possuir, como contrapartida, uma estrutura de fiscalização suficiente para conduzir essa mesma finalidade, acaba por enfraquecer o dispositivo normativo e traduzir-se no raciocínio de que, na prática, o Direito não produz seus efeitos com as quais se propõe.

No que tange ao quarto fundamento da LGPD, tem-se dois aspectos: de um lado, a limitação do tratamento de dados, por parte de seus encarregados; de outro, os procedimentos necessários para efetivar os direitos e garantias dos titulares dos dados. Um exemplo disso se traduz no artigo 41 da lei, cujas obrigações são: lidar com as comunicações dos titulares dos dados (inciso I); adotar providências quando às comunicações da autoridade nacional (inciso II); orientação de funcionários acerca da prática do tratamento dos dados (inciso III) e, por fim, executar atribuições outras determinadas por controladores ou ainda pela legislação complementar (inciso IV).

Em outros trechos da lei, o mesmo ocorre, como a regra para a informação a ser fornecida ao titular do dado, acerca da finalidade, dos procedimentos e das práticas utilizadas para a execução daquela atividade, como consta no artigo 26. Ainda no artigo 46, que cuida da Segurança e Sigilo dos dados, é imposta uma série de medidas de segurança, de natureza técnica e administrativa, sobretudo quando há possibilidade de perda, destruição e alteração do dado, ou, ainda, uma forma de tratamento ilícita.

O quinto e último eixo legal é o que toca a responsabilização dos agentes, quando da ocorrência de tratamento dos dados. A LGPD optou pela responsabilização objetiva do controlador ou operador que cause danos das mais variadas naturezas, o qual é obrigado a repará-lo. Entretanto, a própria lei tratou de especificar situações para o operador e o controlador. No primeiro caso, apenas ocorrerá a responsabilização quando o ato for cometido de forma contrária à legislação ou às instruções repassadas pelo controlador. Ao segundo, cabe a responsabilização nas demais situações previstas. O artigo 43 ainda trouxe as excludentes de responsabilidade, que ocorre quando o dado apontado não foi tratado; quando foi tratado, mas não houve violação ou, por fim; quando o dano decorre exclusivamente por ato do titular de dados ou de terceiro alheio.

Não obstante, todas as opções, termos técnicos e princípios explanados na LGPD, a crítica direcionada à lei não se queda tão somente do ponto de vista estrutural, mas, igualmente, do executório. Isso porque é possível perceber que as obrigações estabelecidas, por vezes, são ambíguas, com uma interpretação dificultosa. O primeiro ponto que diz respeito a um problema de execução está relacionado à figura da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e do Conselho de Proteção de Dados, que no momento da sanção da Lei, foram vetados pelo Poder Executivo.

Os motivos ensejadores para o veto diziam respeito ao vício de forma, capitaneado no art. 61§ 1º, II da Constituição Federal. Convém ressaltar que aos moldes da construção legislativa, a Autoridade Nacional de Proteção de dados possuiria autonomia técnica, o que a colocaria no mesmo patamar de uma Agência Reguladora. Embora existam sérias críticas à efetividade da ação regulatória das Agências no Brasil, verifica-se que a intenção legislativa na criação de uma autoridade, com as funções estabelecidas no antigo artigo 55-J da LGPD, teria uma função no contexto protetivo do tratamento de dados. Ou seja, as funções de fiscalização; regulamentação de hipóteses que a legislação fosse silente; a orientação para que usuários e empresas tivessem informações sobre a estrutura normativa, se traduziriam como pontos-chave para a concretização das responsabilidades e direitos que ali estivessem.

Ademais, embora — de fato — a fundamentação de inconstitucionalidade por vício de forma fosse plausível, o veto à criação da Autoridade aos moldes inicialmente criados, criou um entrave para a internacionalização de proteção de dados, obstaculizando o acesso às discussões e análises que se encontram em curso, nos principais centros acerca da matéria. Isso reduz o patamar de confiabilidade internacional no que tange ao tratamento de dados (LIMBERGER, 2020, p. 491).

Não obstante, posteriormente, por intermédio da Lei 13.853/2019, foi criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), entretanto, inicialmente, não possuía capacidade ou a independência de uma Agência Reguladora, mas como órgão da Administração Pública Federal, vinculado diretamente ao Poder Executivo. Embora o art. 55-A da LGPD tenha trazido a possibilidade de transformação em autarquia, colocando uma avaliação a ser realizada dentro de dois anos, liberdade e autonomia de atuação podem restar prejudicadas, visto a ausência de independência.

Ou seja, inicialmente, mesmo existindo a criação de uma autoridade responsável pela fiscalização acerca do respeito à LGPD, a ausência de independência³⁰ corrobora para

³⁰ O artigo 55-B da LGPD estabelece a autonomia técnica e decisória da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, entretanto, sua natureza jurídica de órgão impede que exista, de fato, essa autonomia. Ademais, ainda que

entraves em sua atuação. Sendo a LGPD uma legislação que possui relação com inúmeros setores — público e privado — a vinculação a um dos poderes poderá, inclusive, gerar uma descrédibilização de suas atividades, não alcançando o patamar internacional que era almejado.

Para além das problemáticas existentes quanto à execução estrutural da LGPD, por parte do poder público, há também uma série de outras complexidades que, ao menos do ponto de vista de contexto atual, podem impedir a produção de efeitos legais. Da ótica dos custos, há de se considerar o patamar para adequação e o número de investimentos necessários para implementação da LGPD por parte das empresas. Isso leva também à estruturação das autoridades no âmbito fiscalizatório.

Em 2020, Didier Reynders, comissário da justiça da União Europeia, declarou ao *The Wall Street Journal*, acerca da impossibilidade por parte de alguns reguladores em exercer o seu papel, visto que o bloco econômico não dispõe de aporte financeiro e estrutura pessoal para cumprir as regras de privacidade. Isso ocorre, eminentemente, pelo aumento de orçamento causado pela necessidade de análise, fiscalização e investigação de violações da RGPD³¹.

Além disso, a disparidade entre os países do próprio bloco é uma questão a ser também considerada, visto que enquanto alguns países europeus possuem um volume de trabalho leve, para fiscalizar possíveis violações, outros se encontram sobrecarregados, o que gera, em contrapartida, tempos de respostas diferentes a depender do regulador que está lidando com o problema.

Há, ainda, um embate entre as Autoridades Nacionais de Proteção de Dados e as grandes multinacionais do ramo de tecnologia, que por possuírem uma estrutura e um *know how* íntimos às questões pertinentes ao tratamento de dados, acaba gerando investigações maiores, mais demoradas e com um custo maior, para chegar ao resultado. Há, portanto, uma necessidade na Europa de padronização quanto às formas de atuação interpretativa da regulação de dados no bloco e a estrutura disponível para todos os países atuarem de forma equânime.

Não se indica que a RGPD europeia não tenha produzido efeitos. Ao contrário, a utilização de mecanismos para imposição de multas vem surtindo efeito, o que acabará exigindo dos reguladores a existência de mecanismos aptos a abarcar os anseios de uma

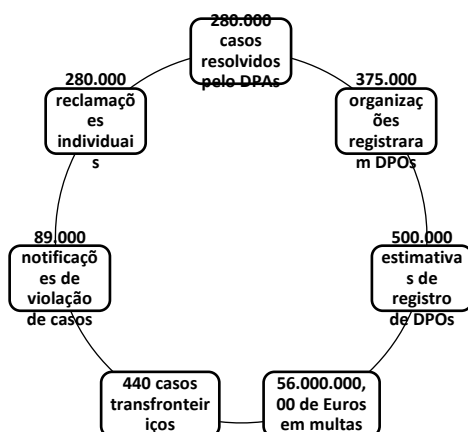
a autonomia estivesse garantida, o ideal para fins de atuação seria a independência.

³¹ Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/eu-privacy-regulators-found-to-lack-staff-funds-to-enforce-gdpr-11593423000>. Acesso em 26 ago. 2021

sociedade hiperconectada. A RGPD que veio para organizar uma complexidade, cria mais complexidade ao não conseguir suportar a demanda existente para aquilo que foi criada. Em contrapartida, ao não possuir estrutura para abarcar essa mesma demanda, enfraquece seu propósito e, ao final, deixa escapar certas ilegalidades no âmbito do tratamento de dados, que passam despercebidos.

A *International Association of Privacy Professions* divulgou, em 2019, dados acerca da do primeiro ano da RGPD na Europa, constatando que ocorreu um aumento dos relatos de violações de dados. Até antes da entrada em vigor da RGPD, eram relatadas cerca de vinte mil violações ao ano, ao passo que após o regulamento, esse número subiu para o patamar de sessenta e quatro mil relatos ao ano (IAPP, 2019).

Infográfico 1: Infográfico sobre dados acerca do primeiro ano de RGPD na Europa



Fonte: Adaptado da International Association of Privacy Professions, 2019

A DPA se trata do *Data Processing Agreement*, o qual é um documento estruturado para os controladores e operadores de dados, determinando as regras para a atividade contratada, as técnicas adotadas, os processos de organização visando a proteção do dado, além dos direitos e obrigações de cada uma das partes envolvidas na relação. Em contrapartida, o DPO é a sigla para *Data Privacy Officer*, que se trata da pessoa responsável por ser o intermediário entre o controlador, o titular do dado e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados. O DPO, no caso, tem por função monitorar as posturas dos envolvidos na relação e manter o controle da política de proteção de dados.

A Comissão Europeia divulgou em 2020 relatório acerca do uso dos poderes por autoridades de proteção de dados. Na oportunidade, considerando o interstício de 25 de maio de 2018 a 30 de novembro de 2019, ocorreu a emissão de cerca de 785 multas administrativas, cuja maioria das infrações diziam respeito a violações contra a legalidade, o

consentimento válido do usuário, a proteção de dados sensíveis, quebra da transparência e dos direitos dos titulares dos dados (COMISSÃO EUROPEIA, 2020, s.p).

Tabela 2: Multas Administrativas impostas pelas ANPD na Europa

200.000 EUR – descumprimento ao direito de oposição na Grécia
220.000 EUR – descumprimento ao direito à informação para empresa de corretagem da Polônia
250.000 EUR – descumprimento do direito à transparência na aplicação para smartphones por parte da Liga Espanhola de Futebol
14,5 milhões EUR – armazenamento ilegal de dados por empresa imobiliária alemã
8 milhões EUR - tratamento ilegal de categorias especiais de dados em grande escala pelos serviços postais da Áustria
50 milhões EUR – imposição, por parte do Google, de condições para consentimento dos usuários, na França.

Fonte: COMISSÃO EUROPEIA, 2020, s.p.

Convém ressaltar que a quantidade de multas aplicadas ou mesmo o valor dessas multas são um critério do pleno funcionamento do GRPD no âmbito europeu, mesmo porque, como anteriormente falado, a estrutura da União Europeia ainda não conseguiu que todos os países-membros atuassem de forma semelhante. Em vias exemplificativas, até o final de 2019 a Irlanda foi a autoridade com o maior índice de casos transfronteiriços, com 127 situações, seguidos da Alemanha, com 92; de Luxemburgo com 87; França com 64 e Países Baixos com 45 casos (COMISSÃO EUROPEIA, 2020, s.p).

Ao lado desses dados, estão igualmente os dados referentes ao número de funcionários trabalhando para autoridades nacionais de proteção de dados. Enquanto Irlanda, Países Baixos, Islândia, Luxemburgo e Finlândia aumentaram seus índices em mais de 115% cada um, países como Grécia, Bulgária, Estônia, Letônia e Lituânia tiveram redução de pessoal, o que contribui para uma redução da atividade fiscalizatória. Em dados exatos, isso implica dizer que enquanto a Alemanha possuía, em 2019, 888 funcionários para a proteção de dados, a autoridade nacional da Letônia possuía 19; e a da Estônia, 16 (COMISSÃO EUROPEIA, 2020, s.p). O orçamento é, igualmente, discrepante, conforme é possível analisar da tabela baixo:

Tabela 3: Orçamento Europeu – Proteção de dados em 2019³²

PAÍS	ORÇAMENTO (EUROS)
Alemanha	76,6 milhões
Itália	29,1 milhões
Holanda	18,6 milhões
França	18.5 milhões
Irlanda	15,2 milhões
Croácia	1,2 milhões
Romênia	1,1 milhões
Letônia	600 mil
Chipre	500 mil
Malta	500 mil

Fonte: COMISSÃO EUROPEIA, 2020, s.p.

A Comissão Europeia observa com preocupação essa discrepância entre os países, visto a compreensão de que a diferença entre investimento orçamentário e pessoal afeta a capacidade de cumprimento das regras da RGPD ao nível nacional, além de contribuir negativamente para a atuação das Autoridades Nacionais, que ficam limitadas para a participação e a contribuição. A compreensão da comissão é única: apenas com o esforço dos países para o fortalecimento das autoridades de proteção de dados é que poderá se falar no fortalecimento da estrutura criada e em cooperação transfronteiriça.

Outra demanda existente na União Europeia trata da necessidade de informar seus cidadãos quanto ao controle dos próprios dados, isso porque entendem que a proteção de dados favorece o fortalecimento de outros direitos fundamentais reconhecidos, como o respeito à vida privada, a liberdade de pensamento, a liberdade de religião, a liberdade de negócios, dentre outros.

Conforme o Eurobarômetro e a Agência dos Direitos Fundamentais (2019), na União Europeia 69% da população acima dos 16 anos já tinham ouvido falar do Regulamento Geral de Proteção de Dados e 71% já ouviram falar da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Dos inquiridos na pesquisa realizada, 23% não desejavam compartilhar seus dados com a Administração Pública e 41% não desejava compartilhar com empresas privadas.

Ocorre que mesmo com esses dados, o Conselho Europeu (2020) reconhece que existe um descumprimento dos controladores de dados em relação à facilitação dos direitos dos

³²Tabela concernente aos cinco países com maior orçamento e os cinco países com o menor orçamento.

usuários, visto que não se observa a utilização de todos os mecanismos aptos a proporcionar a resolução do problema àquele que suscita eventual direito. Até mesmo o próprio acesso é dificultado pelas plataformas, quando um usuário solicita acesso a informações pessoais.

Reconhece-se, inclusive, uma necessidade de inclusão de grupos considerados vulneráveis, como é o fato do direito das crianças em que se constata uma insuficiência por parte das organizações no que tange ao acesso — dentro dos parâmetros de compreensão de uma faixa etária — quanto ao processamento de dados. Ocorre que esse objetivo proposto pela comissão possui outro obstáculo: a ausência de linguagem clara e simples, de forma que ao usuário chegam informações complexas e, por vezes, incompletas (COMISSÃO EUROPEIA, 2020, s.p).

Ou seja, não produz resultados efetivos um dado em que uma porcentagem elevada já ouviu falar na RGPD ou, ainda, que o número de reclamações aumentou, quando a própria estrutura lógica com a qual foi criado o mecanismo não produz uma forma de comunicação em que se possa ser compreendida. Isso pode ocasionar, em contrapartida, uma série de reclamações que — por não se saber a extensão dos direitos por parte dos usuários — se tornam ineficientes. Por esse mesmo motivo que não é possível considerar efetiva o leque de multas que foram aplicadas, visto que ao analisar o sentido da palavra “Proteção de Dados”, constata-se que a RGPD não protege, visto impossibilita o retorno ao *statu quo*. Ao contrário, a legislação apenas pune quando há um descumprimento das normas, como é básico da estrutura do sistema jurídico.

É importante salientar que a experiência europeia, tanto em relação à questão positiva como à negativa, se diferencia substancialmente quando comparado à LGPD. Isso se dá, aliás, porque existem contextos de natureza econômica e política que diferenciam, completamente, da possível experiência brasileira.

A primeira crítica diz respeito, inclusive, ao contexto social em que se insere o país quando da estruturação do que seria a LGPD e o momento de sua vigência. Enquanto o bloco econômico europeu possui dificuldades econômicas para implantação do sistema de proteção de dados, no Brasil sequer a Autoridade Nacional está completamente definida. Até o fechamento da presente Tese, sequer existem indícios do orçamento direcionado pelo Governo Federal para implementação da ANPD, tendo sido publicada — em março de 2021 — a Portaria 01 que estabeleceu o Regimento Interno do órgão.

A submissão direta ao Governo Federal, por parte da ANPD, acarreta um modelo de incertezas sobre como a lei será interpretada e qual será a atuação da autoridade. Isso, diante de uma legislação que por si só já é complexa, traz a insegurança jurídica como resultado. Um

sistema em que predominará, essencialmente, a indicação política, tem a potencialidade de comprometer tudo aquilo que a base do modelo atual de governança na internet almeja.

Essa natureza jurídica torna a autoridade, portanto, completamente dependente do orçamento previsto pelo Poder Executivo, o que obstaculizará, igualmente, a aplicação de sanções direcionadas ao setor público, que a lei também estabeleceu parâmetros. Ademais, em um país de dimensões continentais como o Brasil, a possibilidade de entes municipais com pouquíssimos recursos implantarem um sistema de regularização aos moldes da lei é pequeno.

Com a vigência da lei, inclusive, é possível verificar que não houve — ao contrário da preocupação da União Europeia — uma análise sobre o conhecimento da legislação e dos direitos pelos usuários. Isso possivelmente acarretará, em contrapartida, na ausência de leitura de todas as informações disponíveis pelos portais no momento de captar os dados de um navegador, podendo surgir consequências negativas em um futuro próximo³³.

Em relação à implementação da LGPD nas empresas, ainda não existem dados concretos por parte da ANPD em relação à matéria. Não obstante, Sardenberg e Santiago (2021) publicaram relatório em agosto de 2021 em que se analisou o panorama do mercado na entrada em vigor das penalidades existentes na LGPD. Constatou-se, portanto, que 40% não estariam adequadas a partir do dia 01 de agosto de 2021, entretanto, 60% das empresas ignoram o impacto de incidentes de segurança relacionado ao risco cibernético (SARDENBERG; SANTIAGO, 2021, p. 12).

Diante desse panorama, em que de um lado há uma dificuldade de concretização da atividade fiscalizatória e de outro não se vislumbra orçamentos e estrutura suficiente para a implantação dos mecanismos — seja na seara pública, seja na seara privada — existe uma grande possibilidade de a LGPD se transformar em uma lei vazia: muito conteúdo técnico e poucas formas de concretização. Essa questão pode ser traduzida por uma situação de ausência de funcionalidade das estruturas construídas para lidar com a internet ou mesmo pela inexistência de uma estrutura legítima para esta regulação, conforme será discutido no próximo ponto.

³³ O Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – integrante do Comitê Gestor da Internet no Brasil e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, publicaram, em 2021, a Cartilha de Segurança para Internet, abordando questões relacionadas à proteção e vazamento de dados. A cartilha é fruto de um acordo de cooperação entre os dois institutos e tenta disseminar uma política educativa de dados. Entretanto, a divulgação desse portal é mínima e é preciso igualmente salientar as disparidades de acesso à internet, já discutidas anteriormente. Trata-se de uma complexidade que se retroalimenta.

2.6 Coleta e monetização de dados pela Internet: do *stalking economy* aos desafios regulatórios da Agência Nacional de Telecomunicações e da Autoridade Nacional de Proteção de Dados

O *stalking economy* se refere a uma manifestação econômica baseada na coleta e uso de informações pessoais de indivíduos sem conhecimento suficiente que esta prática é realizada. Esse ato é impulsionado pelo uso crescente da internet e das tecnologias, cuja coleta e compartilhamento de dados em larga escala é requisito para o seu funcionamento. Caracterizado, portanto, pela coleta sistemática e não autorizada de informações dos usuários, é possível captar informações básicas como preferências políticas, dados demográficos, hábitos de consumo.

A partir da estruturação de um perfil, o mercado pode direcionar e estruturar anúncios e produtos específicos dentro dos grupos de consumidores que se enquadram em um estereótipo. Isso ocasiona, portanto, uma nova formatação do funcionamento da economia da sociedade, que se baseia na coleta de dados para produção de pagamentos e, assim, gerar lucro.

O *stalking economy* também envolve a venda e compartilhamento de dados pessoais entre empresas, criando um ecossistema de informações amplo e conectado. Essas práticas de coleta de dados são usualmente realizadas sem o consentimento explícito dos usuários, que muitas vezes não têm conhecimento de como seus dados estão sendo usados e compartilhados, mesmo quando fornecem o consentimento.

Para compreensão da prática de coleta de informações, é necessário compreender também a existência da assimetria de informações nos mercados, termo cunhado por Stiglitz (1992) para se referir às situações em que uma das partes em uma transação tem mais informações relevantes do que outra, criando uma vantagem.

É possível a ocorrência de assimetrias em um variado número de transações financeiras, podendo afetar negativamente a eficiência e a equidade dessas transações, visto que é possível para o detentor das informações obter vantagens sobre as outras partes. Essa possibilidade de captação privilegiada de dados e de informações pessoais se dá em razão do fenômeno da monetização de dados pessoais, processo de estruturação das funcionalidades do dado para personalização de publicidades e desenvolvimento de novos produtos e serviços.

Ou seja, a monetização dos dados pessoais se dá pela venda do próprio dado para empresas e anunciantes que vislumbram nessas informações as oportunidades para direcionamento de sua publicidade. Exemplificando, uma empresa pode captar informações

sobre os usuários que frequentam seu site, coletando histórico de navegação, localização, idade, orientação sexual, interesses variados, dentre outros. A partir dessa coleta, essas informações podem ser vendidas para anunciantes que desejam veicular anúncios direcionados para aquele agrupamento.

A questão que permeia a regulação da internet perpassa, justamente, pela prática econômica de captação de dados que intervém diretamente na privacidade dos seus usuários, mapeando-os de maneira a auferir lucro. Daí porque se justifica a análise das estruturas criadas – sejam públicas ou privadas – para a regulação da internet, sobretudo no que tange aos organismos estatais.

Conforme mencionado em tópico anterior, a Agência Nacional de Telecomunicações foi criada no contexto da Emenda Constitucional 08/1995, cuja desregulamentação obrigava a criação de um ente regulador independente para fiscalização e normatização do setor de telecomunicações. Dois anos após a emenda, a ANATEL foi criada e inserida na estrutura da Administração Pública Indireta.

Parte das atribuições pertencentes ao Ministério das Comunicações foram repassadas à agência reguladora, sobretudo àquelas relacionadas a regulamentação e fiscalização setorial. Houve, ainda, a transferência de servidores e patrimônio, de maneira que possuisse representação em todo o Brasil.

Dentro das finalidades institucionais da ANATEL, destaca-se a implementação da política nacional de comunicações e a proposição de plano geral de outorgas e metas para o setor. Da mesma forma das mencionadas bases principiológicas que permeiam as atuações relacionadas à internet, o órgão regulatório foi igualmente construído com as mesmas bases administrativas, como o princípio da legalidade, celeridade, finalidade, impessoalidade, dentre outros, mesmo se tratando de um órgão com finalidade técnica.

Inicialmente, enquanto Agência Reguladora, a atuação da ANATEL esteve restrita à Norma 004/95, que tem por objeto o uso da Rede Pública de Telecomunicações para acesso à Internet. O dispositivo, entretanto, teria um caráter orientador do funcionamento da Rede no Brasil, conceituando tecnicamente os mecanismos de seu funcionamento.

Na atuação regulatória relacionada à Internet, a ANATEL esteve com sua estrutura voltada principalmente para a autorização de empresas para a prestação dos serviços de banda larga, implantação dos sistemas móveis de internet (3G, 4G e 5G), bem como a composição administrativa das reclamações de natureza consumerista.

A partir da Lei Geral de Proteção de Dados, a ANATEL aprovou a Resolução Interna nº 24/2021, que estabeleceu a Política de Proteção de Dados Pessoais da agência reguladora.

A resolução, que tem dentre as referências legais e normativas a LGPD e o Marco Civil da Internet, estabeleceu em momento futuro um mecanismo de Gestão de Incidentes de Dados, visando minimizar os impactos decorrentes de vazamento ou uso indevido dos dados (art. 35), bem como dispôs acerca da formulação de regras de boas práticas de governança para a mitigação de riscos relacionados ao tratamento de dados pessoais. Não obstante a publicação do dispositivo, a estrutura para gerir os vazamentos não foi concretizado até então³⁴.

Por outro lado, tem-se a Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Criada pela LGPD, houve o veto ao artigo que versava acerca de sua natureza jurídica, utilizando-se por fundamento a existência de inconstitucionalidade formal pelo descumprimento do art. 61§1º, II, alíneas *a* e *e* da Constituição Federal. Por essa razão, a ANPD passou a estar submetida à Presidência da República, não possuindo status de agência reguladora.

Posteriormente, foi publicada a Lei 13.853/2019 que estabeleceu natureza jurídica transitória à Autoridade, conferindo o status de autarquia federal e vinculando-a ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. A função estabelecida foi a de agência fiscalizadora, com autonomia técnica e decisória.

Analisando a atividade regulatória, tem-se que um dos objetivos é reduzir as complexidades que advém do binômio dos direitos dos usuários em contraponto à livre concorrência das empresas. Na perspectiva de Sustain (1993) a legitimação regulatória no contexto americano reside na própria intervenção do Estado na economia e nas relações sociais, verificando que os compromissos constitucionais fundamentam a implementação das medidas regulatórias.

Ocorre que embora tenha influência no modelo estadunidense, a experiência brasileira de regulação foi marcada por um processo diverso. Isso se deu, à priori, pela ordem de estruturação do sistema regulador, em que primeiro foram promovidas as privatizações para, posteriormente, criarem as entidades reguladoras, processo que será analisado no segundo capítulo.

Considerando que as agências reguladoras são autarquias em regime especial, a independência em relação ao poder instituidor é uma característica que a distingue das outras categorias autárquicas. Essa é, portanto, uma questão que acaba por enfraquecer a atividade da Autoridade Nacional da Proteção de Dados. Embora a LGPD estabeleça, em seu art. 55-J toda a sua competência, não se verifica uma legitimação do ponto de vista estrutural que

³⁴ Até o momento do fechamento da presente Tese, o único dispositivo que se refere à Gestão de Incidentes de Dados é a Resolução Interna 24/2021, não tendo sido encontrado dispositivos posteriores que versassem sobre este tipo de mecanismo.

permita a regulação do setor na seara virtual³⁵.

Embora a criação da ANPD tenha tido, portanto, o escopo de estruturar um organismo estatal para lidar com a proteção de dados, em que se exige uma especificação técnica acerca do objeto de suas funcionalidades, a ausência da independência de sua atuação e a vinculação direta enquanto órgão do Poder Executivo acaba por vincular sua direção às finalidades institucionais.

Convém ressaltar que embora o sistema regulador brasileiro tenha inspiração norte-americana, a estruturação do sistema de proteção de dados tem influência europeia. Independentemente das inspirações que estruturaram esse sistema, há um problema de legitimação das suas atuações, que se dá essencialmente pelo processo de tomada de decisões.

A questão posta, portanto, é a de que inexiste estrutura suficiente, baseada na construção de procedimentos voltados à tomada de decisão, que consigam regular os dados, sobretudo porque: (i) no caso da Internet, sua estrutura intrínseca abarca a própria absorção dos dados, elemento essencial para o seu próprio funcionamento; (ii) os dados virtuais hoje representam um elemento igualmente essencial para a geração de lucros por parte do mercado.

Ademais, analisando a ANATEL, verifica-se que embora seja a responsável pela regulação do setor de telecomunicações, inexistem elementos normativo-regulatórios que abarquem o direcionamento da captação de dados, restringindo-se às reclamações consumeristas acerca das falhas da prestação do serviço de Internet.

Por outro lado, a ANPD, enquanto estrutura voltada para execução da LGPD, embora possua a finalidade de regular a proteção de dados, a possui de maneira genérica, englobando a utilização e captação de dados seja na internet ou fora dela. Além disso, enquanto mecanismo criado apenas para a proteção de dados, acaba por não possuir ferramentas suficientes para lidar com a amplitude do que representa a Internet. Essa ausência estrutural se dá não apenas no plano prático, mas também nas construções em torno da tomada de decisão desses organismos, tópico que será abordado nos próximos capítulos.

³⁵ Convém ressaltar que a LGPD é uma legislação que não está exclusivamente restrita à seara virtual, muito embora o seu conteúdo normativo gere efeitos, principalmente, na Rede, em razão da monetização dos dados, objeto da presente tese.

3 TEORIAS DA REGULAÇÃO E INTERNET: A INSUFICIÊNCIA INSTRUMENTAL DA GOVERNANÇA E O PAPEL DOS ATORES NO ÂMBITO DA TECNOLOGIA

3.1 Aspectos introdutórios do capítulo

A estruturação deste capítulo teve como objetivo apresentar as principais correntes teóricas relacionadas à Regulação. Inicialmente, versou-se sobre o processo de intervenção do Estado na Economia. Posteriormente, partiu-se à discussão das Teorias Clássicas da Regulação: Teoria do Interesse Público, Escola Neoclássica, Falhas de Regulação, Escolha Pública e Regulação Social.

Posteriormente, discutiu-se acerca das Teorias Contemporâneas: Regulação Responsiva, Direito Administrativo Global e Estado Pós-Regulatório/Regulação Descentralizada. Por fim, apresentou-se a Construção Regulatória a partir dos Procedimentos, vislumbrando essa corrente como uma possibilidade de legitimação dos mecanismos regulatórios.

Saliente-se que este capítulo foi erigido de maneira a realizar uma análise crítica das correntes existentes em uma análise do objeto específico da presente tese, que é a Regulação da Internet. Não se aponta, portanto, uma outra estrutura regulatória como fórmula cabível a todos os setores de atuação, mas especificamente dentro de uma análise da Governança da Rede.

3.2 Pressupostos da Atuação do Estado na Economia: Teóricas Clássicas e Contemporâneas da Regulação e sua perspectiva na modernidade

A formação do Estado teve seu princípio na Era Moderna, figurando enquanto um sistema de organização do poder e manutenção do controle, erigido a partir da construção da ideia de conservação da paz. A crise do regime feudal da Idade Média consolidou a necessidade de manutenção do poder nas mãos de uma única autoridade, fenômeno historicamente conhecido como Absolutismo.

Esse poder concentrado nas mãos de um Monarca colocou a autoridade em posição acima de órgãos, pois a sua vontade formava a lei perante os cidadãos, o que o mantinha, igualmente, em situação de superioridade perante os tribunais. No âmbito econômico, o Estado Absoluto foi orientado pela doutrina mercantilista, cujo propósito era o aumento de riquezas e acúmulo de metais preciosos, visando fortalecer a figura do rei.

Nesse contexto, o aumento de impostos figurou como medida para o fortalecimento econômico do Estado, bem como o desenvolvimento de exportações, visando uma balança comercial favorável. É a partir dessa percepção que o Estado passou a ter um papel intervencionista na economia, impondo práticas protecionistas para beneficia a política estatal e minar a concorrência estrangeira, em um processo conhecido como monopólio estatal.

Ocorre que o absolutismo entrou em crise, em razão do descontentamento relacionado às políticas Estatais, o que fortaleceu o ideal de menos intervenção do Estado na vida particular. Desse processo de desmoronamento, fortaleceu-se o Estado liberal. Com viés iluminista, defensores da liberdade econômica surgiu como discurso relacionado ao afastamento da interferência do Estado.

A Riqueza das Nações, obra publicada por Adam Smith em 1776, trouxe uma ideia de produção de mercadorias dentro de uma lógica própria, a partir da investigação acerca da causa e da natureza da riqueza nacional, defendendo que o Estado só poderia atuar na economia quando houvesse desinteresse da iniciativa privada no desenvolvimento de certa atividade ou quando fosse impossível a prestação do serviço em regime concorrência, o que atrairia o monopólio estatal. É nesse espectro que surge as bases do que ficou denominado como Liberalismo Econômico.

A Revolução Americana teve um forte viés no discurso contra a política mercantilista da inglesa, cujo intuito era o de acumular riquezas com a exploração das colônias. Ao final do século XVIII as Revoluções Francesa e Industrial consolidaram as ideias de livre mercado e as bases do capitalismo.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão despontou como uma virada da burguesia sobre a nobreza, traduzindo-se por mudanças políticas, sociais, econômicas e filosóficas. Ficando fora da iniciativa privada, ao Estado é atribuído o papel de incentivador da concorrência e defensor da soberania e ordem pública, reconhecendo-se direitos individuais como propulsores do discurso liberal.

É possível sintetizar esse discurso em quatro eixos: (i) a ritualização da força; (ii) o postulado da certeza do direito; (iii) a limitação do âmbito da intervenção política; e (iv) a igualdade formal dos sujeitos (FEITOSA, 2007. 151). A partir dessa ótica, o Estado Absoluto era contraposto tanto da perspectiva política, com a estruturação de um Estado de Direito, quando de uma perspectiva econômica, com a concepção de um Estado Mínimo.

Não obstante, a concepção liberal-clássica também ingressaria em ranhuras sem a atuação do Estado. O modo de produção capitalista passou por crises, principalmente após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e da Crise de 1929, quando à economia ocidental

vinculada à Bolsa de Valores de Nova York despencou, causando a chamada Grande Depressão.

O sistema capitalista passa, então, por uma transformação com o retorno do Estado em uma postura intervencionistas, partindo de um capitalismo de concorrência para um capitalismo monopolista. Essa postura tem uma explicação: o início do século XX foi caracterizado por uma ampliação dos direitos individuais, exigindo do Estado uma postura de provedor de garantias.

O *Welfare State* se constituiu como um modelo de Estado consubstanciado na implementação de um aparelhamento de políticas públicas nas mais diversas áreas de atuação, mas com a prevalência do âmbito social. A autorregulação do mercado — nas concepções liberais — não conseguiam mais dar as respostas que a sociedade exigia e o discurso em torno de um mercado perfeito não mais prevaleceu (SOUZA, 2016, p. 18-19).

No âmbito político, as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) inauguraram o que se convencionou chamar de capitalismo social. O Estado Social de Direito possuía uma finalidade principal: a ideia de que a eficiência econômica é atingida quando há a garantia de um bem comum (BONOTTO, 2007, s.p).

Entretanto, como indica DE GIORGI (1998, p. 49-60), “a democracia moderna é uma história de promessas não cumpridas”. A percepção de um Estado de Bem-Estar acabou por extrapolar as competências do sistema político enquanto interferiu em complexidades a ser interpretadas por outros sistemas ou sub-sistemas, como economia, saúde, educação, dentre outros (Kuchler, 2006, p. 7 e 11).

Esse entendimento possui uma base na Teoria Luhanniana dos Sistemas. A crítica de Luhmann é a de que na teoria dos sistemas complexos, os sistemas não poderiam ser planejados, o que demandaria, em uma ótica dos processos autorreferenciais, em um controle político em elementos do sistema econômico. Há uma impossibilidade, portanto, de planejamento da sociedade em relação ao seu próprio futuro (LUHMANN, 1997, p. 126-127).

Denominando de utópica a compensação de desequilíbrios econômicos por meio de decisões políticas, Luhmann apontou que a Política — enquanto sistema social específico — não tem condições de determinar, nos demais âmbitos funcionais da sociedade, a interpretação das complexidades. Seria este o motivo para a impossibilidade de planejamento do sistema econômico³⁶.

³⁶ Existe uma crítica de que o núcleo conceitual da Teoria dos Sistemas em bases Luhmannianas conduziria a uma faceta interpretativa do neoliberalismo. Isso se dá, essencialmente, por conta do raciocínio de que os sistemas da sociedade são autopoieticos e independentes uns dos outros. A partir daí o Direito, a Política e a

Em uma “tentativa de inflar a vaca para conseguir mais leite” (LUHMANN, 2000, p. 215)), o Estado do Bem-Estar social adentrou em crise, sobretudo por três aspectos fundamentais: excesso de expectativas, o princípio da compensação das desvantagens sociais e o fato do Estado Social não se tratar de um sistema político, mas de uma degeneração do modelo liberal clássico.

As expectativas se formam a partir de uma seleção intermediária de um repertório estreito de possibilidades. No âmbito da Teoria dos Sistemas, a complexidade é evidenciada pela existência de várias possibilidades, enquanto a contingência estaria relacionada ao fato de que as escolhas realizadas nas possibilidades existentes, podem não ser as esperadas. No âmbito da expectativa, é possível que ocorra o desapontamento, visto que a expectativa que um indivíduo espera de outro indivíduo pode diferir da expectativa deste em relação ao que o outro espera dele.

Diante desse aspecto, o Sistema Político não conseguiu construir um mecanismo suficiente para direcionar as expectativas e, assim, evitar maiores possibilidades de desapontamentos. Isso se deu, essencialmente, em razão da interferência do sistema em um código que era essencialmente econômico³⁷.

Esse raciocínio leva diretamente ao Princípio da Compensação, visto que na medida que novas necessidades surgiram, o Estado tentou compensá-las, chegando ao paradoxo da competência para compensar a incompetência.

Feitosa (2007) traz outro panorama para acerca da crise do Estado Social, capitaneado nas seguintes esferas: (i) uma corrente liberal ortodoxa que atribuíu ao intervencionismo como fatos para a crise econômica; (ii) o enfraquecimento do Estado nacional ocasionado pelo processo de globalização; e (iii) a alteração das feições estatais pela globalização, com o surgimento do chamado Estado Regulador.

Economia não tolerariam a interferência dos demais sistemas. Por isso, o mercado atuaria em uma perspectiva autorregulatória e o planejamento da social-democracia deveria ser afastado, sobretudo pela impossibilidade de interferência da política na economia. A crítica, entretanto, demonstra uma interpretação isolada e descontextualizada da Teoria dos Sistemas Autopoieticos. Isso porque, à priori, há uma confusão de que o “mercado” figuraria como sub-sistema do Sistema Econômico quando, na realidade, se trata do Ambiente (Entorno) do Sistema Econômico. Além disso, no neoliberalismo a crítica ao Estado do bem-estar social diz respeito a uma defesa moral do livre mercado, o que na teoria de Luhmann não é possível. Inexiste uma defesa moral do livre mercado na Teoria dos Sistemas Sociais. Ademais, Luhmann encabeça a crítica de que um mercado autorregulado assegura uma maior liberdade na realização das necessidades individuais, mesmo quando existem condições de desigualdade (LUHMANN, 1988, p. 113).

³⁷ Da interpretação de Luhmann, a atuação política em outros sistemas decorre como consequência de três processos: (i) o rápido crescimento do entorno provocadas pela sociedade industrial, cuja regulação só pode ser realizada por meios políticos; (ii) os custos crescentes do Estado do Bem-Estar; (iii) o fato de a sociedade moderna – diante de todo o arcabouço de políticas sociais – a situação motivacional das pessoas, o que leva ao aumento da complexidade social.

Um novo modelo surge da crise do Estado Social (MAJONE, 1999), cujos elementos principais englobam a liberalização e a privatização. Simultaneamente, se tratava igualmente de uma reformulação do Estado de Bem-Estar, caracterizando-se pelo movimento pendular de participação das forças estatais e das forças do mercado.

O Estado Regulador se caracterizou, essencialmente, por uma redistribuição das atividades estatais. Ao passo que a atuação direta na economia era reduzida, arrogou como sua função de supervisionamento e regulação dos setores sociais. Isso ocorre, sobretudo, porque o processo de globalização promoveu o surgimento de forças a dividirem o poder com o Estado, surgindo o próprio processo de Governança.

Dessa forma, quando que o Estado Liberal foi caracterizado por uma supremacia de forças do mercado e o Estado Absolutista foi configurado com uma supremacia das forças estatais, o Estado Regulador se estabelece como o resultado a equilibrar essas duas forças e superar os problemas advindos dos dois modelos. Por essa nova estrutura, mantém-se as transformações promovidas pelos sistemas anteriores, enquanto promovia novas peculiaridades.

É importante, antes de adentrar literalmente no conceito de Regulação, verificar a construção do seu conceito. Feitosa (2007) dispõe de uma origem relacionada ao termo “*deregulation*”, justamente para contrapor a noção de “*regulation*” em que em uma tradução literal significaria “*regulamentação*”. Acaba-se evidenciando uma confusão terminológica, visto que a regulação estatal engloba a própria regulamentação, sobretudo ao relacionar a concepção do direito enquanto um regulador social.

O dimensionamento de intervenção estatal no mercado é o que se convém denominar de regulação econômica. Esse processo está diretamente direcionado aos elementos teórico-estruturais com as quais a administração pública dispõe para intervir, seja por meio de controle legislativo, da participação direta no mercado, da cobrança de impostos ou outro mecanismo que se relacione à economia.

Mesmo com a participação estatal na economia, o novo modelo de regulação englobou um processo de liberalização e privatização. Assim, serviços considerados utilidade pública passaram para as mãos do setor privado e à Administração Pública coube a regulação do setor, intervindo indiretamente.

A análise acerca do Estado Regulador não deve se direcionar à falsa percepção de que as dinâmicas estruturadas se restringiriam tão somente a um processo de recuo. Conforme explanado, essa redesignação também abriu margem para a uma dinamização dos poderes

regulatórios do Estado, culminando em um contraponto pendular entre a administração e o mercado (GONÇALVES, 2013, p. 44-45).

Essa experiência de reconfiguração administrativa ocorreu em quase todo o Ocidente. No Brasil, o modelo de regulação teve por influência a conjuntura norte-americana, principalmente com a criação das Agências Reguladoras, cuja função seria a de organizar as relações econômicas (SALOMÃO FILHO, 2008). Ocorre que no caso estadunidense, as Agências foram criadas de forma prévia, para acompanhar o processo de privatização. No caso brasileiro, as agências reguladoras só foram criadas após o processo de privatização, o que prejudicou o desempenho de suas funções.

Outra questão a ser abordada, no caso brasileiro, é a ausência de formulação de uma teoria geral da regulação, o que levou à redução funcional do Estado aos eixos de intervenção econômica indireta e prestação de serviços públicos. Dessa forma, o que se percebe no Brasil é uma adaptação de experiências estrangeiras, sem considerar as especificidades e peculiaridades estruturais internas.

Por essa razão, o tema da presente tese analisará, posteriormente, a possibilidade de um modelo de regulação que está acima de pressupostos exclusivamente internos, em razão do tipo de serviço que ultrapassa barreiras territoriais, como é o caso da Internet. Mesmo com a crítica à ausência da formulação de uma Teoria da Regulação, no Brasil, se faz necessária uma reflexão acerca de suas bases teóricas, para abarcar o raciocínio último de uma regulação aos moldes ora pensados.

Entende-se, portanto, que no caso da Regulação, como ora se analisa, ocorre uma retirada do Estado na intervenção econômica direta, voltando-se para a função de organizar as relações econômicas e sociais, admitindo inclusive que o poder de polícia sobre os mercados não é suficiente para desempenhar tal incumbência.

3.2.1 Teorias Clássicas da Regulação

3.2.1.1 Teoria do Interesse Público

Figurando como uma das escolas clássicas acerca da Regulação, a Teoria do Interesse Público parte do pressuposto que a regulação dispõe de normatividade para a proposição de soluções às imperfeições causadas pelo mercado. A finalidade justificadora da regulação seria, portanto, o alcance de um bem público, deixando a preservação do mercado à margem na discussão (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 23).

É a partir da norma, que são identificadas as falhas de mercado, trazendo ao Estado a sua função interventora. Sua atuação, portanto, se daria mais de uma perspectiva corretiva das práticas que viessem trazer ao mercado determinado desequilíbrio. Para além da correção dessas falhas, existe ainda uma questão de ordem social, justificando a regulação como elemento para redistribuição de riquezas e canalização de recursos para cumprir com o interesse da coletividade. Ou seja, enquanto ao Estado cabe como elemento corretor do mercado, serve também como elemento orientador do próprio mercado para impedir que este promova atos que interfiram na concretização da equidade e do bem-estar social. Há ainda outro pressuposto na teoria do interesse público: a regulação por parte de um governo basicamente não impõe custos demasiados à administração (POSNER, 2004, p. 50).

Trata-se, portanto, de uma corrente teórica com uma base ainda vinculada ao Estado do Bem-Estar Social, sobretudo porque mantém uma força do sistema político na promoção de redução de desigualdades. Diante desse quadro, a regulação se daria por meio de dois vieses: na concessão do serviço público e no exercício do poder de polícia.

No primeiro caso, tem-se o repasse de determinados serviços públicos para a seara privada, mas com o controle e fiscalização do Estado. Os serviços públicos estatais, cujo exercício direto se deu notadamente a partir do Estado Social, no início do século XX, não se sustentou perante a crise, sobretudo pela verificação de que o poder público não possuía estrutura suficiente para promover todo o leque de necessidades. Daí a aceitação da ideia de concessão do serviço público para entes privados, com uma fiscalização estatal.

No segundo caso, tem-se a possibilidade de regulação da atividade econômica a partir da limitação da liberdade dos particulares. Estes aspectos são vislumbrados com mais evidência no âmbito do Direito Administrativo. O interesse público, nesse caso, não serve somente como uma função do Estado perante o mercado, mas igualmente como mecanismo que orienta sua própria atividade.

Em uma perspectiva abstrata, o Estado deve perseguir o interesse público, mesmo que tenha que invariavelmente considerar as dinâmicas do mercado e do setor que porventura intervenha, pois, do contrário, não conseguiria fazer com que a regulação atingisse a finalidade última que é a alteração do comportamento dos atores econômicos (TEUBNER, 1986).

A teoria do Interesse Público possui críticas em sua estruturação. Isso porque o controle de atores privados por intermédio de um regime público não possui mecanismos suficientes para produzir uma eficácia na regulação, principalmente a partir da possibilidade de captura do poder concedente pelo concessionário, o que pode acarretar formação de

monopólios e fortalecimento das mesmas falhas de mercado que cogita combater (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 26).

Além disso, é importante analisar a própria premissa do Interesse Público. Longe de reduzir a necessária função de reduzir as falhas de mercado, mas a execução direta por parte do Estado do Bem-Estar Social ocorreu justamente pelo excesso de responsabilidades no sistema político, para lidar com elementos de outros sistemas. Embora repassar a atividade para o setor privado e fiscalizar essa atuação reduza o leque de atividades positivas da administração, a forma de legitimação dessa regulação recorre a elementos externos ao sistema político.

Daí que surge a captura, pois se trata da corrupção sistêmica da Economia em face da Política, em razão de uma intervenção da Política na Economia. Ao tentar reduzir complexidades em elementos do sistema econômico, sem possuir a estrutura para produzir respostas, o sistema econômico igualmente interfere em decisões políticas, prevalecendo seus interesses próprios.

Em uma análise das Teorias da Regulação Econômica, Posner (2004, p. 52-53) apresenta, até certo ponto, uma crítica ao posicionamento de que a fraqueza da regulação repousa sobre o despreparo de funcionários ou de estrutura para os organismos reguladores. Aponta-se, portanto, três fatores: (i) as consequências socialmente indesejadas da regulação são desejadas por grupos influentes na elaboração da legislação reguladora; (ii) a inexistência de má administração dos reguladores, em razão da possibilidade de um funcionário de uma agência possuir – no futuro – a possibilidade de se inserir no mesmo setor, mas na iniciativa privada; (iii) a inexistência de formulação de qualquer teoria que respalde o argumento de que as agências reguladoras sejam menos eficientes que outros organismos.

No primeiro caso, embora ratifique que as evidências empíricas não são decisivas em face da teoria do interesse público, por existir outros grupos além do mercado em que se apoiou a legislação, não leva diretamente ao posicionamento de que o interesse público foi atingido. Aliás, a captura por parte dos agentes privados não necessariamente necessita se dar diretamente perante o agente administrativo, mas pode igualmente se dar diante dos atores participantes do processo regulatório.

Aliás, os exemplos citados por Posner (2004, p. 52), ao contrário do que explicita, levam diretamente ao posicionamento contrário ao interesse público, sobretudo porque se trata de grandes conglomerados empresariais, dos mais variados setores econômicos, buscando perseguir, por intermédio da inovação legislativa, interesses próprios que vão de encontro a qualquer espectro concorrencial, mas diretamente ligado à formação de

monopólios.

Ademais, ao comparar a atividade de um funcionário de agência reguladora a de um funcionário do setor privado, relacionando às cobranças cotidianas e/ou burocráticas, ou ainda realizar comparações à competência destes no trabalho, Posner (2004, p. 52-53) termina por esquecer as finalidades de cada função. Um funcionário do setor privado possui a finalidade de servir como mão de obra para a obtenção de lucro do seu empregador. Um funcionário de uma agência reguladora está inserido no mecanismo de atuação do ente estatal para a finalidade específica da instituição que foi criada. Embora ambos sejam peças de uma atividade específica, no âmbito da Teoria do Interesse Público a finalidade é a de regular as falhas de mercado, enquanto uma empresa privada — como o próprio Posner exemplifica — muitas vezes tem interesse direto na formulação de medidas que venham beneficiar a lucratividade da empresa, mesmo que seja pelo alargamento dessas mesmas falhas de mercado.

Apesar disso, Posner (2004, p. 54-55) apresenta um viés plausível acerca das possibilidades de ineficiência das agências. Primeiro, o sobrecarregamento das atividades a serem desenvolvidas pela agência, visto que o Legislativo, ao não conseguir lidar com a inovação legislativa para realização da intervenção na economia, deixa ao papel da Agência realizar atividades impossíveis. A segunda questão, diz respeito ao custo da realização das atividades da agência, visto que ao não conseguir lidar com as negociações, o Legislativo aumenta sua atividade e delega para as agências.

Por esta razão, a regulação administrativa acaba sofrendo um ciclo que se inicia com sua criação, quando o Legislativo volta sua observação para determinado problema. Entretanto, enquanto novos problemas são postos para análise, repassa-se a complexidade às agências enquanto o próprio legislativo não possui meios para supervisionar a atividade regulatória.

Embora as críticas à Teoria do Interesse Público tenham posicionamentos suficientes para questionar sua eficiência, sobretudo em razão da captura das agências — processo que é estruturado de forma mais efetiva por parte do mercado — as questões que as permeiam dizem respeito, essencialmente, à ausência de estrutura para lidar com os problemas que são postos. Em uma sociedade globalizada, com vários vieses — inclusive ideológicos — de fato apenas levar a discussão ao Interesse Público, exclusivamente, não fornece as respostas para uma Regulação eficiente.

3.2.1.2 Teoria Econômica da Regulação – A Escola Neoclássica

A Escola Econômica da Regulação tem como pressuposto a negativa de interesse público em sua função, ao mesmo tempo em que possui o objetivo de corrigir o mercado. Suas premissas foram partidas de um artigo publicado em 1962, por Stigler e C. Friedland, em que se questionava os efeitos da regulação dos monopólios no setor de energia elétrica³⁸. Posteriormente, Harold Demsetz publicou artigo³⁹ acerca da realização de leilões no processo de concessão de serviços públicos, ratificando a posição de ausência de interesse público na regulação, cuja função é o de proteger o setor industrial.

A Teoria Econômica da Regulação possui uma carga teórica neoliberal, em que se defende que a regulação deve seguir uma lógica do mercado, com a interferência da estrutura econômica no comportamento político. Esse raciocínio leva, portanto, a uma sobreposição dos interesses privados, com sua participação direta na formatação regulatória.

Diante desse aspecto, existe a reprodução da lógica mercadológica como ponto-chave para a correção do mercado pela regulação. À agência reguladora, portanto, teria como função — dentro da Teoria Econômica da Regulação — a de buscar na iniciativa do mercado os meios de sua própria correção (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 29).

Existe ainda uma restrição da atuação das agências, cuja atividade só seria desempenhada quando determinados setores do mercado fossem atingidos ou caracterizados pela formação de monopólios naturais, cujo desequilíbrio do mercado poderia prejudicar o seu próprio funcionamento. A partir daí, faz-se sentido a existência da regulação, que mesmo assim não deve se pautar por quaisquer interesses públicos.

Em uma inspiração liberal, a Teoria Econômica da Regulação coloca no centro da discussão o mercado. Este é quem deve ser o elemento a estruturar, comandar e guiar a atividade econômica, afastando-se quaisquer funções do Estado que não seja a reprodução do próprio mercado. Esse afastamento interventivo da administração pública se dá, essencialmente, porque o comportamento político deveria ser norteadado pela teoria econômica.

A ideia de Stigler era a de modificar a base teórico-econômica acerca da regulação, sobretudo por uma ideia de que esse processo produziria um alargamento dos interesses do setor privado. Ou seja, a partir da noção de que o Estado possui o poder de coagir, seu exercício poderia se dar de formas variadas, inclusive com base na intervenção do setor privado (STIGLER, 1971).

³⁸ O artigo foi publicado no *Journal Law & Economics* 5, com o título “*What can regularos regulate? The case of elitricty.*”

³⁹ O artigo foi publicado no *Journal Law & Economics* 11, com o título “*Whi regulate utilities*”.

Essa percepção faz crescer a noção de que existem determinadas áreas do setor privado que – em uma perspectiva até paradoxal do mercado livre – preferem que o Estado intervenha não como mecanismo de abertura da concorrência, mas como instrumento de redução desta⁴⁰. Diante desse aspecto, os atos reguladores estariam motivados de um duplo interesse que se coadunam: de um lado, os interesses privados dos regulados, cujo benefício próprio vislumbra o aumento do lucro. De outro, a possibilidade de a regulação ser objeto de “moeda de troca” por apoio político, considerando-se que os integrantes dos órgãos reguladores também possuem seus próprios interesses.

Não se observa, portanto, qualquer superação da crítica apontada à Teoria do Interesse Público, mas apenas um fenômeno semelhante, mas em perspectivas diferentes. Isso porque enquanto na primeira teoria, se verificava a insuficiência dos meios de regulação por parte do Estado, com a interferência do mercado; na Teoria Econômica do Mercado se deixa escancarado que a regulação não busca o Interesse Público, mas uma reprodução das regras do mercado em determinadas situações. Dessa forma, os grupos privados que possuem maior poder de interferência acabam por se sobrepor não só aos usuários de produtos e serviços, como também perante os seus concorrentes diretos.

Essa prática simboliza, aliás, a corrupção sistêmica da Economia em relação à Política, sobretudo quando os grupos que possuem meios facilitados de interferência na regulação utilizam-se dos recursos financeiros para financiamento político, imiscuindo-se no processo de decisão política direcionado à regulação. A descrição desse processo nada mais é do que a própria captura econômica, que reproduz distorções do mercado por intermédio do ente estatal.

Críticas à Teoria Econômica da Regulação também surgiram a partir de Posner, cuja observação indicava que em algumas situações os consumidores eram beneficiados com a regulação. Além disso, as consequências que a regulação econômica trazia, dizia mais respeito ao beneficiamento dos interesses das empresas de pequeno porte ou às instituições que não possuíam finalidade lucrativa (POSNER, 1974).

Corroborando às críticas à regulação econômica, construiu-se o argumento de que ao lidar com demandas cotidianas entre indústria e consumidores, o regulador não vislumbriaria os interesses da indústria regulada, sobretudo porque se faria necessário encontrar um

⁴⁰ No ano de 2020, o Fundador da Rede Social Facebook, Mark Zuckerberg, admitiu a necessidade de regulação por parte dos estados nas redes sociais. Sob o argumento na necessidade de “conquistar a confiança dos usuários”, Zuckerberg argumentou que embora em curto prazo os efeitos de uma regulação possam causar efeitos prejudiciais às empresas, a longo prazo poderia produzir bons frutos. Essa manifestação vai de encontro aos próprios atos da empresa, considerando-se que houve um vazamento de dados para a consultoria eleitoral Cambridge Analytica.

resultado que garantisse apoio político das mais variadas searas de interesse na regulação (PELTZMAN, 1989).

O leque de direitos sociais construídos durante o século XX também se consolidaria como um mecanismo para questionar se de fato as indústrias teriam tanto poder no processo de regulação. Isso porque à medida que os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais estabeleceram grupos específicos de proteção⁴¹, estas garantias passaram a se sobressair em relação aos processos regulatórios⁴² (COGLIANESE e KAGAN, 2007).

A lógica de que o Estado deve se afastar quase inteiramente, com o mercado guiando toda a atividade econômica, inclusive quando o próprio Estado deve regular, possui uma inclinação neoliberal, o que levaria aos conceitos de desregulação, desregulamentação e autorregulação. Partindo-se das premissas estabelecidas pela Escola de Chicago⁴³ — com base neoclássica — a efetivação do mercado se dá com a criação das condições do próprio mercado (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 29-30).

Dessa forma, com a observância da livre iniciativa e concorrência como fundamento de toda a ordem econômica e com o afastamento do Estado na relação econômica, o caráter da teoria neoclássica tem um viés de autorregulação, ou seja, quando o próprio mercado se regula, afastando-se eventual interesse público que venha existir (SOUZA, 2016, p. 24).

Uma pretensa reprodução laboratorial das regras de mercado, termo cunhado por Salomão Filho (2008, p. 29) quando da crítica à Teoria Econômica da Regulação, tem um viés problemático a partir do momento que sua redução apenas ao que o mercado deseja não só torna os processos regulatórios reféns de um grupo — mesmo que Stigler venha afirmar a existência de grupos de interesse. A argumentação de que os direitos sociais freiam quaisquer impulsos mercadológicos também não se sustentam. Isso porque a validação e efetivação desses mesmos direitos passa por processos legislativos, cuja modificação pode ampliar ou reduzir na própria lógica observada às críticas da teoria econômica.

Ou seja, se de um lado as empresas ou indústrias podem interferir no processo regulatório, também o podem igualmente interferir no processo legislativo, o que coloca sobre os direitos sociais a mesma possibilidade de fragilidade do processo regulatório com interferência do sistema econômico. Diante dessa situação, a Teoria Econômica da Regulação

⁴¹ Dispositivos capitaneados do direito à saúde, segurança, meio ambiente, consumidor, dentre outros.

⁴² Embora o argumento possa questionar o alargamento de garantias sociais como movimento enfraquecedor da influência da indústria na regulação, o surgimento desses dispositivos pode ter se dado, dentre outros motivos e construções históricas, pelo excesso de poder das instituições privadas nos processos de regulação. Dessa forma, esses direitos podem ter surgido como mecanismo para frear os efeitos negativos do mercado e dos monopólios.

⁴³ Não existe um consenso pela Escola de Chicago acerca da natureza da regulação, muito embora se entenda que a Teoria da Captura venha a descrever a regulação de forma adequada.

consegue — por sua própria estrutura — intensificar os desvios da regulação, tornando-se mero reprodutor do sistema econômico.

3.2.1.3 Teoria das Falhas de Regulação

A reestruturação administrativa e a criação de agências reguladoras, cujo propósito seria o da atuação por especialistas em determinados setores, levou à análise das Falhas de Regulação. Isso ocorreu, essencialmente, porque se vislumbrou a ineficiência Estatal quando as demandas da sociedade não eram supridas por estas entidades.

As questões relacionadas às falhas de regulação possuem naturezas variadas. Inicialmente, se tem a dominância de grupos de interesse na participação direta da regulação, o que faz prevalecer — na maioria das vezes — a vontade do regulado sobre o regulador. Outro problema diz respeito à possibilidade de diagnósticos errados e análises superficiais, trazendo uma regulação além de ineficiente, incompleta.

Outro fator problemático nas falhas de regulação diz respeito à dicotomia entre a gestão dos riscos e os direitos, sobretudo com a consolidação das garantias sociais. Esses dois fatores contrapostos fomentam a ineficiência da estrutura regulatória, considerando-se que a partir do momento que os grupos de interesse atuam na regulação, os direitos podem ser concretamente atacados, levando ao retorno da discussão para o Legislativo.

A rápida alteração de circunstâncias e a obsolescência da regulação também é um fator de falha regulatória. Embora haja uma tentativa de repassar certas atribuições à agência reguladora, nem sempre existe a estrutura para lidar corretamente com as situações postas ou com as mudanças que ocorrem. Além disso, por vezes, há uma delegação de decisões políticas que pertenceriam ao legislativo e não ao órgão regulador, o que torna complexa a atuação da regulação na sociedade.

A norma reguladora é aquela na qual o Poder Legislativo, em um processo pré-estabelecido legalmente, analisa, discute, vota e aprova um dispositivo normativo com objeto específico. Sua implementação, em contrapartida, se dá com as atividades desenvolvidas pela agência reguladora. Embora ambas sejam compreendidas como uma concepção normativa, o papel da agência reguladora estará subscrito à legislação (MEDEIROS, 2012, p. 65).

A Teoria da Falha Regulatória prevalece quando existe uma descaracterização do interesse público, protagonizado por modelos próprios de influência. São três os vieses de manifestação dessas falhas: (i) o modelo instrumental, quando os fatores pessoais protagonizados pela constante troca de informações entre regulador e regulado,

desconfigurando o interesse público; (ii) o modelo estrutural, quando as indicações políticas para administração das agências são realizadas pela força do próprio setor regulado, cuja atuação se dá por intermédio dos recursos eleitorais para campanha; e (iii) o modelo da captura (SOUTO, 2011, p. 24-25). Os dois primeiros vieses, entretanto, são manifestações da própria captura, cujo comprometimento da atuação regulatória se configura de forma mais expressiva.

A captura das agências reguladoras, portanto, se configura como a mais evidente das falhas de mercado. Trata-se da utilização da influência por parte do sistema econômico, visando a formação de monopólios e a redução da concorrência. A agência reguladora, portanto, se localiza em um papel de total submissão aos comandos das empresas reguladas, desvirtuando quaisquer finalidades que possua a regulação.

Classicamente, o conhecimento jurídico aponta duas manifestações da captura, que seria a Econômica e a Política. Entretanto, é possível já se falar em Captura Judicial (MELO, 2010). A captura econômica ocorre essencialmente pelo setor privado, quando estes utilizam de seu poder econômico e influenciam a atividade reguladora. Tal fenômeno pode acontecer tanto quando há a contratação de profissional técnico, mas já ingressa à agência com interesse prévio ou, ainda, quando um profissional da Agência Reguladora se desvincula do ente e passa a trabalhar no mercado, levando todo o conhecimento e *modus operandi* adquirido para o setor privado⁴⁴.

Não obstante, a captura não ocorre tão somente com a influência direta do setor privado. Quando existe a interferência do poder público na forma como o ente regulador deve decidir ou quais diretrizes devem ser adotadas, a autonomia da agência é quebrada, servindo como estrutura de fortalecimento dos detentores de mandato eletivo, sobretudo no Poder Executivo.

Frise-se que embora as escolhas políticas para comando das agências reguladoras tenham o caráter técnico, a relação das agências com o setor político já é uma situação pré-existente, considerando-se que a nomeação também possui um caráter igualmente político. Ou seja, o próprio processo de escolha no comando da agência pode levar alguém previamente escolhido para o benefício de determinados setores específicos.

A captura pode ser ainda diretamente política e indiretamente econômica, quando o setor privado intervém na regulação utilizando-se de sua influência no âmbito político. Em razão disso, é possível se falar em uma captura, considerando-se que é o setor político que

⁴⁴ Embora exista a figura da quarentena, para os profissionais que findam suas atividades nas Agências Reguladoras, não existem meios efetivos de garantir a manutenção do sigilo.

promove a ação direta, mas apenas como intermediário daquilo que o setor econômico propõe.

No terceiro tipo de captura, a judicial, o Poder Judiciário intervém em atos administrativos movidos de oportunidade e conveniência. Ou seja, a lei permite à administração, em um parâmetro de legalidade, a escolha de determinadas diretrizes. Entretanto, o judiciário — cuja atribuição de julgar oportunidade e conveniência não possui atribuição — interfere na decisão administrativa, desvirtuando não só sua competência como também desconstituindo a atribuição do Executivo.

Existem outras três classificações para a Teoria da Captura, consubstanciada na produção de Shapiro (2010, p. 02-03), quais sejam: a captura política, a captura representativa e a captura de sabotagem. Na primeira situação, as agências são comandadas por administradores previamente escolhidos para promover atuação tendente a obstaculizar a própria atividade da agência. Ou seja, o administrador usa de sua posição para evitar o cumprimento dos regulamentos já estruturados ou, ainda, visando barrar a elaboração de novas regras regulatórias.

Na captura representativa, a sociedade não se encontra devidamente resguardada na regulação, em razão de a indústria já dominar a agência estatal e comandar como deve ser guiada, sempre em benefício próprio. Por sua vez, na captura de sabotagem, a agência já possui uma atuação visando o equilíbrio entre mercado e consumidores, entretanto, setores que se opõem à regulação utilizam-se das alterações normativas via Poder Legislativo, para impedir a regulação do setor por intermédio de Lei. A classificação de Shappiro, entretanto, se trata de manifestações das Teorias da Captura Econômica e Política, cuja explanação foi apresentada.

Independentemente das classificações acerca da captura, a discussão acerca da regulação deve (ou deveria) ser guiada pelo processo regulatório e não sobre concepções morais acerca da política da regulação. Ou seja, a regulação deve possuir uma finalidade específica no âmbito de sua concepção, mas não é a política que deve determinar sua forma de atuação, mas os processos estabelecidos para a atuação regulatória.

De outro lado, embora admita que a regulação econômica se trata sobre processos de interesse privado, Posner (2006, p. 56) reduz a captura quando defende que a regulação atende aos interesses de pequenas empresas. Existe, na contramão dessa análise, uma tentativa — mesmo que mínima — de buscar a permanência de empresas de vários em um segmento específico, entretanto, o sistema econômico prevalecerá no limite onde o próprio poder econômico consegue alcançar seu objetivo.

Não obstante, as críticas de Posner à teoria da captura configuram o ponto-chave para a consideração de uma regulação falha na estrutura. Inicialmente, seja por quaisquer interesses — público ou privado —, a inexistência de lisura na atuação da agência reguladora faz afastar quaisquer elementos que indiquem êxito. Além disso, a captura em si acaba por não produzir resultados quando existem mercados conflitantes, voltando-se sua atenção exclusivamente na relação entre mercado e consumo. Acerca da crítica de evidências significativas da promoção do interesse dos consumidores na atuação regulatória, essa não se estabelece concretamente, em razão que a própria base da captura diz respeito a uma sobrelevação do interesse privado sobre os consumidores, razão pela qual a atividade regulatória enquanto função organizativa de setores do mercado, deve considerar o interesse dos consumidores.

A mera existência de regulação em que existe a proteção consumerista não afasta, por si só, a captura das agências reguladoras, considerando que, em perspectiva prática, existem exemplos da concretização dos interesses dos grupos empresariais em detrimento do interesse dos usuários e consumidores.

Acerca desse aspecto, levando-se em conta o objeto do presente estudo, a captura ocorre no momento em que na Governança da Internet, os atores participantes das diretrizes regulatórias são escolhidos a partir do aval do mercado, o que contribui para que o processo de decisão seja adotado com base nos interesses diretos das estruturas econômicas. Enquanto se estabelecem mecanismos subjetivos para a atuação desses mesmos atores, suas decisões técnicas e práticas passam pelo crivo do mercado, em um viés exclusivo de obtenção de lucro com base em toda o uso virtual do usuário.

3.2.1.4 Teoria da Escolha Pública

As percepções acerca das “falhas de Governo” surgiram durante a crise do Estado do Bem-Estar Social, considerando-se a ausência da satisfação das expectativas em uma administração que não conseguia fornecer o necessário ou programado. Diante desse aspecto, uma das correntes acerca da Regulação se voltou para a utilização de técnicas econômicas como meio de participação da decisão política. Trata-se, portanto, a Escolha Pública, cuja base se dá com o diálogo entre política e economia (BUCHANAN, 1983, p. 19).

Convém salientar que a Teoria da Escolha Pública não diz respeito ao fortalecimento das bases de intervencionismo estatal na economia. Ao contrário, a ideia era a de que o Estado Liberal envidasse meios mínimos de atuação, deixando a economia às liberdades

mercadológicas. Sua premissa básica estabelece que o monopólio possui um modelo bilateral, cujos integrantes são o governo e os burocratas. Em razão disso, as políticas regulatórias que são produzidas igualmente reproduzem esses monopólios (NISKANEN, 1971).

Atribuindo ao Estado como o responsável pela não satisfação dos interesses públicos, a Teoria da Escolha Pública atribui ao mercado o representante desse interesse, estabelecendo que quaisquer outros representantes distorcem o mercado. Assim, o mercado se trata da representação perfeita do interesse público (SALGADO, 2009. P. 09).

Embora exista uma preponderância do papel do mercado na condução da regulação, as instituições e regras existentes possuem a função de organizar o comportamento do jogo político, sobretudo para a persecução dos interesses do mercado. Isso se dá essencialmente quando o cargo político é utilizado como mecanismo de poder. Possibilita-se, portanto, o aparelhamento estatal como finalidade última de ganhos pessoais (DOWNS, 1957, p. 29)

É essa percepção da necessidade de estruturação de um modelo que a redução do poder público que se levou às privatizações, mecanismo arraigado sob o argumento de que o aumento da concorrência econômica superaria as falhas de governo e a crise causada pelo intervencionismo do Estado do Bem-Estar Social. Para atingir estes resultados, a formação de um mercado político, para um vínculo entre os partidos políticos e os eleitores, é formado. Isso se dá com a construção de um discurso do mercado acerca das falhas do mercado, produzindo na sociedade o sentimento de que tudo aquilo promovido pelo Estado é ineficaz, ineficiente e desnecessário, porque o mercado já supre aquilo que o interesse público necessitaria (BORGES, 2001, p. 162).

A partir de então, arraigados com o discurso de ineficiência completa do Estado, o discurso político aos eleitores também é conduzido para fazer às vontades do mercado, demonstrando que o poder político estará disposto para promover uma retração estatal e deixar a cargo do setor econômico a condução das políticas de interesse público.

A Teoria das Falhas de Governo não deixa de trazer um retorno à Teoria Neoclássica da reprodução laboratorial das regras de mercado. O discurso se movimenta apenas no sentido de que o mercado atinge o interesse público, o que não é um mecanismo de controle da sociedade na argumentação dicotômica entre a eficiência estatal e a mercadológica.

É paradoxal que o Liberalismo enquanto defensor dos interesses privados e individuais venha — por meio da Teoria da Escolha Pública — posicionar o mercado como o defensor último do interesse público. Ao contrário, ao mercado há o interesse no lucro, razão de sua própria existência. Dessa forma, considerando seus objetivos próprios, não se observa quaisquer mecanismos produzam o interesse público por intermédio do mercado, mas uma

construção acerca de noções de interesse públicos, produzidas para levar a sociedade determinadas noções alinhadas mais com a individualidade do próprio mercado do que com a necessidade do coletivo.

3.2.1.5 Teoria da Regulação Social

A teoria da Regulação Social dos Mercados diz respeito à regulação de atividades econômicas com o escopo de atingir uma proteção da coletividade, impedindo a formação de monopólios ao mesmo tempo em que o usuário é salvaguardado em relação à qualidade do serviço que é prestado.

Também denominada de *Regulating-for-welfare* (HABER, 2011, p. 116) ou de Regulação Econômico-Social (FEITOSA, 2007, p. 197), o objetivo central desse tipo de regulação é a produção de resultados socialmente desejados com a manutenção de uma gestão eficiente das empresas, corrigindo os efeitos negativos produzidos pela atividade dos mercados (WINDHOLZ; HODGE, 2013, p. 19).

A regulação social tem um escopo mais intervencionista do que a regulação econômica. Enquanto a primeira tem o objetivo de corrigir falhas de mercado, a segunda teria a finalidade de promoção da concorrência e gestão da eficiência. Observa-se, portanto, uma tentativa de tentar colocar em uma balança a coletividade de consumidores e/ou usuários de um lado; bem como o mercado do outro lado; buscando uma atividade de contrapesar ambos os lados para se chegar a um equilíbrio (HUTTER, 1997, p. 281).

A regulação social parte do pressuposto de que o mercado gera externalidades negativas perante os consumidores e coloca nas mãos da administração o dever de redução dessas complexidades visando — justamente — o bem-estar. Não obstante, enquanto o Estado funciona como o freio para os possíveis resultados danosos do mercado e da indústria (HAWKING e HUTTER, 1993, p. 199), também tem em suas mãos o papel de impulsionar e incentivar o mercado, para manter a produtividade e o consumo em alta.

Dessa maneira, a atuação do mercado — de forma geral — não é tolhida, salvo quando existe a necessidade de proteger o consumidor e evitar abusos de poder econômico, preservando as garantias sociais que foram histórica e normativamente construídas. Existe na regulação social, grupos específicos a serem protegidos: consumidores, comunidades, trabalhadores, meio ambiente, dentre outros. São os interesses difusos e coletivos que recebem esta atenção na atuação regulatória, por parte de um Estado que deve maximizar os recursos (YEAGER, 1991, p.24; OLSON, 1982).

A articulação em torno de uma regulação social, até a década de 1960, era basicamente inexistente. Essa situação era justificada, sobretudo, pela baixa estruturação e visibilidade na atuação governamental (REICH, 2006, p. 25). Além disso, é de se considerar que a construção em torno do discurso sobre a importância dos direitos sociais ainda não havia atingido a materialização normativa necessária para a eficácia de medidas para sua proteção.

A princípio, a regulação social se deu mais sob o aspecto do sistema político, com a apresentação de soluções estratégicas para as externalidades negativas do mercado, apresentando-se mais como uma pauta governamental. Esse passo é construído, essencialmente, sobre o viés do Estado como articulador do interesse público, vislumbrando-se como a figura que captura os valores de uma sociedade e materializando em políticas públicas.

Essa pauta programática da regulação social acaba por exigir, mais uma vez, uma preocupação do sistema político que, muitas vezes, está além de suas possibilidades de redução das complexidades. Considerando-se que o assoberbamento do Estado foi um dos motivos para a crise do Estado do Bem-Estar Social, os parâmetros para uma regulação social podem também configurar o mesmo excesso de atribuições, tornando a regulação, nestes termos, possivelmente insustentável.

De fato, há de se considerar que ao Estado e seu poder de polícia, é possível a concretização na formulação de políticas públicas tendentes a interferir no mercado com a finalidade de corrigir suas falhas. Ocorre que em uma leitura acerca das falhas de governo — que não se pode desconsiderar — colocar o papel de corretor de uma determinada situação quando existem externalidades promovidas por esta mesma figura, acaba por tornar a própria regulação social uma utopia.

Pela forma como a regulação é construída, o mercado possui a figura do Estado para estabelecer a região limítrofe de atuação que não destrua ou reduza direitos sociais. Esse direcionamento não estabelece, entretanto, quando a externalidade é produzida pelo próprio Estado. Não existem mecanismos em impeçam, aliás, que haja a própria corrupção sistêmica da Política pela Economia, sobretudo com o fenômeno da captura já analisado anteriormente.

Outra situação de assoberbamento das funções estatais é a estrutura de garantidor das metas dos direitos sociais conquistados ao mesmo tempo em que se torna o ente responsável por manter a atuação do mercado isento de falhas. Esses objetivos não conseguirão ser concretizados exclusivamente por intermédio dos recursos do Estado e, se o fossem, o caminho seria o da coercitividade estatal perante o mercado, o que desconfiguraria a base constitucional da livre iniciativa (REICH, 2006, p. 17).

Toda essa questão leva à ausência de legitimidade das instituições, considerando a atuação programática conflituosa e não concretizadora de seus próprios objetivos. No âmbito da regulação da internet, por toda a questão envolvendo a própria desterritorialização, a regulação social não se traduz de forma suficiente a abarcar a necessidade de seu propósito, sobretudo porque o modelo acabaria por ser sobrepujado pelo sistema econômico, descaracterizando inteiramente o viés social que se propõe a resolver.

3.2.2 Teorias Contemporâneas da Regulação

3.2.2.1 Teoria Responsiva da Regulação

A regulação responsiva surgiu como uma variação teórica às análises acerca da regulação. Estruturada por Ayres e Braithwaite (1992), sua formatação está dimensionada em um escalonamento da intervenção estatal, cuja atuação se dá como um reflexo direto das condutas adotadas pelos atores regulados. Dessa forma, os reguladores devem ser versáteis antes da intervenção direta no mercado, verificando previamente a existência da autorregulação (BRAITHWAITE, 2006, p. 886).

Baseado em um sistema de punições — ou igualmente chamado de comando e controle — esta teoria estimula que as ações interventivas com a mensuração da forma punitiva têm a finalidade de que o regulador seja mais maleável para o objetivo regulatório. Assim, uma regulação eficiente necessita ser estruturada pela responsabilização dos regulados e pela gradação das punições, de forma que o próprio regulado integre na sua atuação as finalidades regulatórias estabelecidas.

Para a efetivação da regulação responsiva deve encontrar um equilíbrio, não devendo ser completamente dissuasiva ou cooperativa (NIELSEN; PARKER, 2009, p. 376). Parte-se, portanto, da percepção que o ser humano possui um senso de responsabilidade, sendo inerente a necessidade de se fazer confiável (BRAITHWAITE, 2001, p. 36). Consequentemente, uma sequência excessiva de punições pode interferir nas respostas adequadas a serem oferecidas, pois tem a potencialidade de degradar a relação entre o ente regulador e o setor regulado; em contrapartida, uma inovação legislativa baseada exclusivamente em persuasão, gera problemas de eficiência nos resultados, visto que poderia incentivar os regulados na prática de irregularidades.

Diante desse mecanismo, a regulação responsiva tem por objetivo adquirir níveis máximos de conformidade regulatória — aqui entendida como adequação do regulado à

regulação oferecida — por intermédio da persuasão. Quando essa conformidade regulatória não atingir o esperado, então nesses casos o regulador deve agir de forma intrusiva (AYRES E BRAITHWAITE, 1992, p. 50).

A Regulação Responsiva é representada por uma pirâmide regulatória, servindo como orientação para o regulador saber o momento da persuasão ou da punição (BRAITHWAITE, 2008, p. 88). Inicialmente, a base da pirâmide estrutura mecanismos persuasivos que, progressivamente, vão evoluindo em uma escala interventiva até o momento da punição. Nessa estrutura ainda cabe, de forma corretiva, o retorno a fases anteriores da pirâmide, para reparar quaisquer condutas errôneas por parte do agente (BRAITHWAITE, 2011, p. 484-485).

Essa estruturação possui um objetivo, quando a persuasão se encontra na base da pirâmide, há uma tentativa de encorajar os regulados para cumprir com seus deveres de forma voluntária, também denominada de positiva (GUNNINGHAM; JOHNSTONE, 1999, p. 117). A eficiência da Regulação Responsiva se encontra, justamente, no *Regulatory Enforcement Pyramid of Sanctions* (REPS)⁴⁵. Por meio dessa estrutura é possível solucionar o momento e a forma de atuação do regulador.

As premissas para a regulação responsiva também possuem estreita relação com as noções de *compliance* (BRAITHWAITE, 1985), considerando-se que determinados agentes serão atores racionais, quando a execução da norma tiver relação com uma escolha racionalmente econômica e serão atores virtuosos quando essa execução possuir um caráter social. Em contrapartida, quando os agentes não cumprirem a norma, o fenômeno pode ocorrer por irracionalidade ou incompetência (LACERDA e THOMAS, 2019, p. 10).

Toda essa relação estabelecida entre o REPS e os atores diz respeito ao controle dos níveis de persuasão. Dessa forma, quando há a ponderação entre os ganhos obtidos do descumprimento da norma e dos custos da execução desta, pode-se considerar o agente regulado como racional, o que o levará a atuar no processo em conformidade. Não obstante, o excesso de punições pode levar os atores virtuosos — ou seja, aqueles que agem segundo a responsabilidade social — a não cumprir com a normativa (BRAITHWAITE, 1985), o que demanda um sopesamento das ações de acordo com o problema que está disposto. A figura 08 demonstra ilustrativamente um modelo do REPS:

⁴⁵ Em tradução livre: Pirâmide de Sanções de Aplicação Regulatória. Será utilizada a sigla REPS para fins de identificação da estrutura em análise.

Figura 08: Modelo de pirâmide de sanções de aplicação regulatória⁴⁶



Fonte: Adaptado da ANEEL

A fase do Monitoramento corresponde à da Conformidade Voluntária, cujo momento é o da verificação de indicadores e análise das informações disponíveis no mercado. Cabe ao agente regulador, portanto, divulgar periodicamente os Relatórios de Desempenho do setor. Ultrapassada a primeira fase e verificada a existência de problemas, passa-se à Análise, cujo objetivo é estabelecer um vínculo com o setor regulado, investigando-se as questões apresentadas na fase anterior.

A terceira fase, denominada de Acompanhamento, o agente regulador verifica que os problemas identificados na segunda fase foram solucionados, bem como apresenta os Relatórios de Resultado acerca das medidas que foram adotadas. Por fim, caso os objetivos da política regulatória não sejam atingidos, passa-se à última fase, cuja regulação é mais interventiva, com a adoção de punições e mecanismos coercitivos mais fortes para atingir o objetivo final.

Dessa forma, considerando-se a gradação das medidas a serem adotadas pelo agente regulador, caso ocorra a falha nas primeiras fases da pirâmide, ao atingir o topo do

⁴⁶ A figura exposta se trata de uma exemplificação do funcionamento do REPS, entretanto, não se trata de um mecanismo taxativo, considerando-se que os Agentes Reguladoras vão estabelecer estratégias visando solucionar o problema regulatório encontrado.

escalonamento, chega-se a medidas mais bruscas e interventivas, inclusive a revogação da atividade pela empresa regulada.

Quando tratou do REPS, Ayres e Braithwaite (1992, p. 8-40) a estruturaram de forma que a autorregulação estivesse em sua base, confiando aos agentes regulados a estruturação de suas estratégias para incentivá-los a atingir a política firmada; trata-se de um exemplo de conformidade voluntária. No item seguinte da pirâmide seria o da autorregulação imposta, onde o agente regulador induz aos regulados a disposição de um plano de ação; trata-se do Diálogo setorial. Em seguida, tem-se a chamada *Command Regulation with Discretionary Punishment* e o *Command Regulation with Discretionary Punishment*, cujas atuação gradativa de punições são estabelecidas.

Alguns aspectos merecem destaque acerca da formatação da Regulação Responsiva. Inicialmente, diz respeito à falsa percepção de que o agente regulado é virtuoso e, em razão disso, o agente regulador deve buscar convencê-lo a agir conforme a norma, mesmo que tenha cometido uma infração econômica grave. Se parte do pressuposto de que a formação de diálogo entre reguladores e regulados terá o condão de restaurar o *statu quo* ou que seja superada a infração por intermédio de acordos, da mesma forma em que é pensava a justiça restaurativa.

Ocorre, entretanto, que o processo fiscalizador por parte das agências reguladoras também é custoso. As irregularidades de cunho econômico que são usualmente praticadas por agentes econômicos se direcionam — na grande maioria das vezes — na maximização de lucro e redução da concorrência, razão pela qual ignorar a gravidade das ações para estruturar uma adequação à norma pode ser um mecanismo incentivador ao regulado, cujos benefícios foram alçados sem que haja, a princípio, uma punição.

Braithwaite (2011, p. 487) parte do pressuposto que uma postura menos interventiva por parte do Estado aumentará a capacidade de resolução de problemas, considerando-se todo o esforço colaborativo. Ocorre que ao retrair os primeiros passos estatais no ato regulatório, servindo o Estado como uma espécie de monitorador da realidade, desequilibra a atuação de forças com o mercado, que possui mecanismos para protelar eventuais punições mais incisivas no setor.

Ademais, o sistema de Regulação Responsiva acaba por depositar uma fé de que existe um interesse no setor regulado em colaborar com a regulação, seja porque sopesará os ganhos e perdas; seja porque existirá uma racionalidade social de seus administradores. Essa flexibilização do regulador, portanto, incentivaria aos regulados uma suposta vontade de

negociar, mas não é possível vislumbrar quaisquer elementos que indiquem que esse fenômeno ocorrerá.

Esse incentivo, apregoado pelos seguidores da teoria, seria firmado sobretudo pela possibilidade de debate do setor regulado e da ciência de que a punição só será executada em casos últimos e extremos, o que traria uma legitimidade para o sistema, vinculando-se à concepção de participação dos entes e de que o processo punitivo respeitou toda uma gradação para ser aplicada.

Outro aspecto relacionado ao sistema responsivo de regulação diz respeito às diferenças entre os países considerados economicamente desenvolvidos e aqueles que se encontram em desenvolvimento. Isso porque existe uma defesa de que para estes países, considerando-se uma capacidade estatal deficitária, a regulação deve ser estruturada por intermédio da governança em rede, utilizando-se de outras entidades não estatais para intervir no modelo regulatório (BRAITHWAITE, 2006). Essa percepção, entretanto, acaba implicitamente por reconhecer os possíveis obstáculos estatais para dialogar com o setor regulado, indicando que, a depender do local, serão necessários o apoio de entidades que — por muitas vezes — possuem também interesses próprios na regulação.

Além disso, a existência de estudos em países desenvolvidos demonstra haver dificuldade na regulação responsiva igualmente nestes países. A *Australian National University* avaliou a implementação desse sistema no escritório de cobrança de impostos australianos. Dentre os fatores que obstaculizaram a implantação do sistema, estaria a ausência de instalações para treinar os inspetores a se comportarem de maneira flexível, a ausência de uma liderança que implementasse a nova política, o receio dos fiscais tributários na perda da coercitividade inerente à atividade, a consideração de que a abordagem era excessivamente branda, a implementação de uma teoria científica longe da prática, dentre outros (MASCINI, 2012, p. 50).

Existe uma percepção de que a regulação responsiva produzirá uma comunicação de forma inequívoca, onde o agente regulador transmitirá a mensagem acerca de quais serão as medidas da própria regulação a partir do comportamento do regulado. Ocorre que essa ideia parte do pressuposto de que existirá uma interação entre reguladores e regulados de maneira a atingir de forma satisfatória a relação estabelecida entre os dois polos (GUNNINGHAM 2011, p. 205).

Além disso, há uma ausência de padronização acerca do momento em que a agência reguladora deve estabelecer o vínculo com o regulado, ante a inexistência de pré-requisitos ou de atos normativos que estabelecem os critérios para atuação de ofício. Nesse caso, apenas

quando existem reclamações ou notícias que aportem à Agência setorial é que ocorrerá a atuação e monitoramento (KINGSFORD, 2011).

Ultrapassadas as críticas acerca do emissor das mensagens (regulador), existe também as incompatibilidades relacionadas ao receptor da mensagem (regulado). Isso porque deve existir — nas bases da regulação responsiva — uma capacidade para compreensão das mensagens emitidas pelo regulador, como mecanismo de eficácia da pirâmide regulatória (MASCINI, 2012, p. 51).

Dessa forma, se espera previamente que o regulado entenda com exatidão as exigências da agência reguladora, o que, a depender do porte da empresa de um determinado setor, configurará um ruído comunicativo cujos efeitos tornarão a regulação ineficaz. Aliás, existe de forma comum a compreensão de que o comportamento do regulador é sempre coercitivo (MASCINI, 2012, p. 51), sobretudo porque não deixa de interpretar como uma tentativa de interferência estatal na economia e em razão da possibilidade de ameaça de métodos sancionatórios mais rígidos (BALDWIN; BLACK, 2008, p. 63).

Por fim, em razão do discurso em torno da redução da carga de regulação sobre as empresas (TOMBS; WHYTE, 2010), existe uma maior probabilidade de a regulação responsiva ser ignorada para fins de cumprimento da política regulatória. Embora seja um mecanismo que reflete a redução das políticas de intervenção do Estado na economia, visto que é estruturada em um mecanismo “alternativo” de regulação gradativa, ao mesmo tempo, enfraquece a posição estatal para a coercitividade regulatória.

No âmbito da regulação da internet, verifica-se que, embora no estilo de Governança da Internet atualmente em vigor, a regulação responsiva estaria coadunada com uma regulação baseada no diálogo. Entretanto, quando se trata de grandes empresas detentoras de dados que, muitas vezes, o próprio agente Estatal não possui, esse tipo de intervenção que não intervém acaba por se tornar insuficiente para a necessidade ora posta.

3.2.2.2 Teoria do Direito Administrativo Global como mecanismo regulatório

Os discursos envolvendo o fortalecimento do direito internacional se tornaram mais evidentes em uma fase da sociedade consubstanciada na ultrapassagem das fronteiras geográficas. Esse processo denominado de Globalização estabeleceu, portanto, uma reestruturação na forma da atuação dos Estados, cujas decisões não integram mais apenas os limites de seus territórios, pois geram efeitos integrados no mundo. Essa interdependência

entre os Estados culminou na discussão acerca da regulação econômica em uma multiplicidade de relações e sistemas jurídicos que se contrapõem.

A partir desse cenário, surge na literatura jurídica estudos apontando a necessidade de construção de normas de direito administrativo que tenham como finalidade abarcar essas relações de cunho global. Esse novo mecanismo de governança, portanto, passa a se chamar Direito Administrativo Global⁴⁷. Sua estrutura está alicerçada nos procedimentos e mecanismos que servem de base para a administração mundial em um contexto internacional.

Dessa forma, são elaborados planos internacionais para organização de padrões regulatórios, que partem desde os padrões normativos direcionados aos órgãos regulatórios, até a formação de entidades privadas ou público-privadas para criação de um meio que abarque esse contexto.

A discussão em torno do Direito Administrativo Global — ou igualmente chamado de Governança Global — é entendida pelo surgimento de um espaço administrativo global em que se necessita de administração e regulação, o que levaria, inevitavelmente, à derrocada da separação entre o direito internacional e o direito interno, em razão da complexidade das relações que são estabelecidas, a partir de então, entre o Estado, o mercado e as entidades da sociedade civil (KRISCH; KINGSBURY, 2012, p. 15).

A expansão da governança global, portanto, uma variedade de funções administrativas e regulatórias foram desempenhadas de maneira diversa, com o surgimento de novos atores externos ao poder de administração interno. Isso desencadeou, portanto, na execução de regras e na fiscalização destas por entidades que não estão inseridas em nenhum dos clássicos entres integrantes da Tripartição dos Poderes (KRISCH; KINGSBURY, 2012, p. 18).

Ocorre que não é possível categorizar estes organismos como entidades administrativas, sobretudo porque ao vincular o termo “administração”, há uma direta relação a um sistema inteiramente estatal. Como existe um vínculo entre esferas variadas, com formas de regulação que se estabelecem de maneira condensada, forma-se, portanto, esse espaço administrativo global.

A criação de novas organizações internacionais exemplifica a formação do discurso em torno do Direito Administrativo Global, como é possível vislumbrar o surgimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciências

⁴⁷ *Global Administrative Law*

e Cultura (UNESCO), Organização Mundial da Saúde (OMS), Organização Mundial do Comércio (OMC), dentre outros.

Dessa forma, foi consubstanciado o pensamento de que a manutenção de organismos estruturados sob o viés da multilateralidade atingiria um nível de cooperação entre os Estados, visto que poderiam atuar em situações onde a própria Administração apresentava deficiência e logrando êxito ao buscar uma solução mais favorável aos conflitos existentes (BLAIR; CURTIS, 2009, p. 234).

A atividade administrativa global, portanto, possui uma rede de agências, organizações, instituições e órgãos, cujas peculiaridades no envolvimento da governança se dão a partir da capacidade de gerenciamento na regulação. As decisões e dispositivos normativos construídos nessa perspectiva acabam por interferir diretamente na administração estatal interna, bem como na elaboração de políticas públicas, em diversos setores do mercado (POSTIGA, 2013, p.182).

Essa concepção está diretamente ligada ao reconhecimento, por parte dessa corrente de pensamento, de parâmetros de juridicidade às normas que não possuem caráter estatal, considerando-se que não foram estabelecidas pelas fontes de Poder constituído, mas que possuem uma intrínseca relação com a forma que as instituições públicas atuam no cenário interno (SOUZA, 2019, p.87).

O que se tem, portanto, é uma atuação regulatória com atores privados, parâmetro que leva à análise acerca da constituição do Direito no âmbito do Direito Administrativo Global. Dessa forma, Kingbury (2009) estrutura a base da corrente teórica considerando que o critério para consideração do Direito é o conteúdo da norma e como há o relacionamento com as instituições públicas. Assim, as ordens de caráter privado recebem o status da juridicidade quando suas disposições e decisões são construídas com base em questões que possuem a aprovação da sociedade por ser uma matéria de seu interesse.

Essa forma de instrumentalização de um direito administrativo em uma perspectiva global possui um contexto: a ausência de mecanismos suficientes, no âmbito do direito administrativo local, para lidar com questões postas pela forma globalizada das complexidades existentes na sociedade globalizada.

Pela análise de Krisch et al (2005), é possível vislumbrar cinco vieses-base para uma regulação administrativa em âmbito global. O primeiro viés é a administração por organizações internacionais formais. Nesse caso, as organizações intergovernamentais são estabelecidas por intermédio de tratados ou acordos, constituindo-se como os atores administrativos principais. Seu mecanismo de funcionamento se dá com a adoção de

legislação subsidiária, para adotar decisões em face dos países integrantes na forma de sanções ou mesmo na responsabilização individualizada de certos atores.

O segundo viés é a ação coordenada de redes transnacionais, cuja estrutura formal é ausente para a formação de uma decisão vinculativa. Inexiste, ainda, um domínio da cooperação informação por parte dos reguladores locais. Por intermédio dessa forma de manifestação da regulação com parâmetros globais, não há a necessidade da formalização de um tratado, o que afasta justamente o caráter vinculativo das decisões. Por intermédio da formação de redes transnacionais, é possível também que os reguladores nacionais de diversos países desenvolvam arranjos para o reconhecimento mútuo de regras regulatórias, fenômeno este denominado de equivalência regulatória (KRISCH et al 2005, p. 21).

A administração distribuída surge como terceiro viés do direito administrativo global, concernente na atuação das agências reguladoras locais como integrante do espaço administrativo global. Sua função, portanto, é a de adotar decisões sobre questões que tenham repercussão e influência estrangeira. Essa manifestação se dá, sobretudo, quando há a necessidade do exercício da chamada jurisdição regulatória extraterritorial, considerando-se que a atividade regulada pelo Estado é exercida em outra região (KRISCH et al 2005, p. 21).

Essa logística é possível de ser aplicada, inclusiva, quando a administração local não consegue produzir, no âmbito da regulação, efeitos extraterritoriais imediatos, sobretudo quando são considerados relevantes para opinar acerca de algum regime com parâmetros internacionais. Ou seja, o regulador nacional surge como um representante técnico do Estado em âmbito internacional, apresentando questões que possuam relevância tanto em âmbito interno dos governos, como nos demais estados (KRISCH et al 2005, p. 22).

A administração por intermédio de acordos híbridos intergovernamentais-privados surge como um quarto tipo de administração global. Nesse tipo, um sistema formado por atores estatais e por atores privados estruturam a formação dos órgãos. No âmbito da internet, um dos exemplos desse tipo é o ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), órgão não governamental que inseriu representantes do governo e representou questões consideráveis acerca dos protocolos de internet.

Existe uma confirmação por parte de Krisch et al (2005) de que há um desafio nesse formado de administração global, sobretudo pela dicotomia de representantes da administração estatal que se sujeitam às normas locais e às restrições do direito internacional estarem em posição de gestão em companhia de atores privados que podem possuir interesses conflitantes a depender da matéria objeto da regulação. Entretanto, os autores não adentram sobre como esses conflitos podem ser superados, sobretudo levando-se em consideração a

força que o sistema econômico poderá exercer quando essas questões forem necessariamente exigidas pela regulação.

A última camada de manifestação do direito administrativo global seria o exercício das funções regulatórias por entidades privadas. No âmbito internacional, como há de uma forma geral uma ausência de instituições e órgãos públicos, o alcance de entidades privadas atinge níveis maiores no âmbito da regulação. Embora tenham semelhança com as mesmas ações das redes transnacionais (segundo tipo de exercício do direito internacional global), ou seja, não terem suas decisões um fator vinculativo, as formas de regulação já demonstraram padrões de eficácia⁴⁸ (KRISCH et al 2005, p. 23).

Assim, é possível vislumbrar que como parte da Globalização, os entes internos vêm sendo orientados por intermédio de regimes regulatórios vinculados ao direito administrativo global, que ultrapassam o viés da análise entre direito nacional e direito internacional e desembocam em mecanismos de inserção de normas e práticas regulatórias por meio da influência desse fenômeno, que CASSESE (2009) denomina de institucionalização da governança global.

É importante evidenciar, entretanto, que o Direito Administrativo Global não se confunde com o chamado Direito Administrativo Internacional, considerando-se que este se trata do processo de internacionalização das normas de natureza administrativa, referindo-se ao conjunto normativo que delimitam a incidência dessas regras independentemente da sua fonte proveniente (SILVA e SANTOS, 2016, p. 360).

Há uma ampliação da compreensão do Direito Administrativo Global, pois se trata de uma tentativa de assegurar a responsabilidade de uma administração global, para estruturar um sistema que sirva de interesse em uma quantidade razoável de Estados, buscando-se a formação de um conjunto de regras que interajam entre si (SILVA e SANTOS, 2016, p. 361).

Não obstante, embora seja fruto de um processo inevitável de globalização, é importante a análise dos limites do Direito Administrativo Global. A primeira questão diz respeito à ausência de legitimação constitucional internacional, cuja base seria essencial para a teoria. É possível analisar, em CASSESE (2006), quatro desafios que sintetizam as dificuldades para uma regulação global em uma perspectiva do direito administrativo sem o Estado.

⁴⁸ Como exemplo de regulação administrativa global, o autor utiliza a International Standardization Organization (ISSO), que possui regras de padronização de produtos em todo o mundo. Muitas dessas regras, aliás, são utilizadas posteriormente em tratados internacionais ou decisões regulatórias de outros órgãos.

A primeira questão diz respeito à existência do acolhimento de dispositivos normativos distintos no Direito Administrativo Global, enquanto uma ordem jurídica estatal é caracterizada por uma unidade. Ou seja, a falta de exclusividade entre os regimes internacionais pode comprometer a análise regulatória acerca de determinada matéria. Quando analisa um caso prático⁴⁹ (CASSESE, 2006, p. 669), verifica-se que a depender do tipo de objeto em análise, pode existir mais de um dispositivo normativo produzido por organismos internacionais para a questão, gerando um impasse sobre qual prevaleceria na demanda. Uma ordem estatal, por exemplo, por seu caráter de exclusividade, tem a potencialidade de produzir efeitos mais exatos para resolução regulatória.

A segunda questão que traduz a diferença entre o direito estatal e o direito administrativo global se refere ao aumento das possibilidades de autorregulação no segundo caso. Isso se dá, essencialmente, pela existência de reguladores e regulados inseridos em um patamar de igualdade e sem hierarquias, com o compartilhamento de decisões coletivas a partir de regras igualmente compartilhadas (CASSESE, 2006, p. 669). Essa é uma questão que, do ponto de vista estrutural, replica os mesmos problemas da Regulação Responsiva, item anteriormente analisado.

Embora exista um discurso acerca da convergência de opiniões nos setores, inexistente garantia de fato de que haja — em uma autorregulação voltada para o compartilhamento de regras — que as ordens não tentarão influenciar as outras dentro de seus próprios interesses. Isso se dá, essencialmente, porque mesmo em uma perspectiva globalizada do mercado, o interesse final é o lucro.

Uma terceira questão, que figura como um desafio para a internalização das decisões do Direito Administrativo Global no âmbito interno dos Estados — sobretudo os periféricos — diz respeito à natureza da tomada de decisões. Atribui-se, portanto, ao Direito Administrativo Interno a construção de decisões por intermédio de órgãos representativos, mas que possuem natureza política, em que o comando é realizado e os mecanismos coercitivos para cumprimento prevalecem (CASSESE, 2006, p. 669).

Em contrapartida, as decisões do Direito Administrativo Global são adotadas — em tese — por negociações e critérios científicos, cujo reflexo produz maiores efeitos em um âmbito mundial, mas pode não gerar os mesmos efeitos internamente. Há, todavia, uma questão a ser levantada: embora afirme que as decisões são realizadas por critérios científicos, a lógica das negociações e acordos realizados não foge a uma decisão adotada pelo mercado.

⁴⁹ O caso apresentado por Cassese (2006) diz respeito ao regramento de pesca de atum, cujo regime poderia ser aplicado três tipos de ordens internacionais, cuja matéria estaria relacionada.

Ou seja, critica-se a unilateralidade das decisões políticas do direito interno, enquanto se busca por uma unilateralidade de decisões que seriam adotadas pelo sistema econômico, o que não muda a unilateralidade da decisão.

O fato de existir uma decisão política do direito interno, não indica a ausência de colaboração ou discussão de determinada demanda, mas que existe um meio coercitivo para fazer valer aquele comando final. Ao contrário, no direito administrativo global, esse mecanismo está sujeito apenas a aceitação dos envolvidos, sem que exista uma força que obrigue ao cumprimento da regra regulatória.

Como última questão, tem-se a dificuldade no Direito Administrativo Global em estabelecer um parâmetro para o que é público e o que é privado. Isso ocorre, sobretudo, pela existência da inclusão de Estados-membros ou entidades subestatais nas Comissões regulatórias, cujo espaço é compartilhado em patamares de igualdade com o setor privado (CASSESE, 2006, p. 670).

Outro argumento acerca dos limites do Direito Administrativo Global diz respeito à fluidez de seus comandos, considerando-se que a atribuição para produção de normas ou de regras regulatórias podem possuir a legitimidade para se estabelecer como um sistema próprio de direito administrativo (VAN HARTEN; LOUGHLIN, 2006, p.122). Esse problema é evidenciado, sobretudo, pela inexistência de elementos comuns do direito administrativo interno que estejam na base do direito administrativo global. Além disso, enquanto construção ocidental, o direito administrativo foi erigido enquanto um instrumento de controle do poder público, estando em conformidade com o Estado de Direito (HARLOW, 2006, p. 207).

Por essa razão, a administração é impedida de atuar fora dos poderes que lhes são atribuídos por lei. Nos sistemas internos, o direito administrativo é estruturado em um mecanismo político e sob à ligação a uma Constituição, cujos valores são externados e refletidos (HARLOW, 2006, p. 208). É possível dizer, portanto, que, sobretudo nos países em desenvolvimento, existe uma incompatibilidade para absorção dos comandos regulatórios globais em uma perspectiva nacional, por esbarrar na questão da própria soberania.

Acrescente-se, aliás, a possibilidade de o Direito Administrativo Global servir como instrumento para uma dupla colonização. A primeira forma se dá quando o direito administrativo interno absorve — no âmbito de seus princípios — os valores estabelecidos por uma governança global, cuja estrutura engloba atores privados com concepções e contextos diversos. A depender dos mecanismos estabelecidos nessa absorção, países com estruturação geral maior que outros, poderão influenciar a absorção, impondo suas questões

em países com menor estrutura para produção de comandos regulatórios (HARLOW, 2006, p. 209).

O segundo mecanismo de colonização está relacionado ao que Harlow (2006, p. 209) chama de *cross-fertilization*⁵⁰. Trata-se da troca de princípios do direito administrativo entre sistemas jurídicos diversos. A globalização aliada a uma ferramenta transnacional de jurisdição culmina — nos Tribunais da União Europeia — na utilização de empréstimo de princípios de sistemas diversos, transformando-se em um padrão europeu⁵¹.

Embora exista a argumentação em torno de que padrões globais podem contribuir para garantia de padrões de legitimidade de seus comandos nos sistemas nacionais, ocorrendo um possível nivelamento dos padrões dos países que absorvem esse comando em relação aos que produzem a regra, essa afirmação corrobora com o mecanismo de colonização, descaracterizando o sistema jurídico nacional.

No âmbito da regulação da Internet, portanto, em que é possível vislumbrar uma discrepância dos países e órgãos que possuem o monopólio das decisões, bem como se tratar de uma ferramenta que está atrelada — essencialmente — aos dados e à privacidade das pessoas, do mercado e do próprio Estado, a produção de regras regulatórias por intermédio do Direito Administrativo Global pode configurar um mecanismo de controle de um país sobre o outro, o que culminaria na formação de mais uma ferramenta de colonização de países desenvolvidos sobre países em desenvolvimento.

3.2.2.3 O Estado Pós Regulatório ou a Descentralização Regulatória: a legitimação de uma pluralidade de atores para produção de regras formais

O Estado Pós-Regulatório é uma das correntes que examina a possibilidade de governança para além do Estado (SCOTT, 2003, p. 02). Isso se dá em razão do fenômeno da difusão de capacidades para o exercício de poderes que englobam agentes estatais, não estatais e, também, supranacionais.

As correntes clássicas de regulação do pressuposto de que as teorias econômico-regulatórias tendem a seguir o pensamento econômico, distinguindo o mercado da regulação. Dessa forma, ao Estado cumpre o papel de normatizar regras contratuais e resguardar o direito de propriedade, regulando apenas nas situações em que há falhas de mercado. Há, no entanto, uma questão posta: a possível ausência de conhecimento suficiente acerca do funcionamento

⁵⁰ Em tradução livre: fertilização cruzada.

⁵¹ Harlow (2006) utiliza o exemplo do uso do princípio da proporcionalidade, do Direito Alemão, como argumento decisório dos Tribunais Europeus, figurando como elemento padronizador das decisões de todo o bloco europeu.

do mercado, por parte dos reguladores, de maneira a produzir uma regulação eficiente (SCOTT, 2003, p. 03).

Por essa razão, Black (2001) trouxe a noção de uma redução entre a distinção dos mercados e dos Estados, figurando a regulação como um processo descentralizador. Essa perspectiva se dá, sobretudo, por uma mudança no pensamento acerca da natureza da regulação, cujo aspecto foi denominado pela autora como “*the decentred understanding of regularion*” (BLACK, 2001, 105).

A compreensão descentralizada da regulação possui uma barreira: as regras regulatórias estatais que se baseiam no viés de comando e controle. Isso ocorre porque para esta teoria não coloca o cerne da regulação no Estado. Além disso, a maneira como o Estado interpretaria e responderia aos novos desafios descentralizadores da regulação, faria parte do próprio processo de descentralização. Ou seja, embora o Estado não figura como mecanismo central da regulação, sua participação e as respostas que serão dadas não deixam de fazer parte do processo (BLACK 2001, p. 105).

Nesse ponto, Black (2001) contrapõe o sistema “Controle e Comando” do “Descentralizado”, sobretudo porque no primeiro, o Estado pode ser o único a editar as regras regulatórias de maneira unilateral, consubstanciada em uma relação de causa e efeito. O resultado desse mecanismo é, justamente, a ausência de eficácia pela produção de regras rígidas, mal direcionadas e com abordagens falhas.

A regulação descentralizada, portanto, centraliza sua análise a partir da falha regulatória, verificando alguns aspectos essenciais para a sua existência. A primeira questão abordada é a dupla-complexidade existente na regulação; tanto do ponto de vista das causas, como da interação entre os atores da sociedade. Considerando-se, portanto, a existência multifatorial dos problemas de uma sociedade, cujas possibilidades de reconhecimento não são absolutas, sobretudo pelas mudanças ocasionadas ao tempo, verifica-se que a dinâmica dos atores e dos sistemas podem produzir uma constante tensão entre a estabilidade do que está posto e a necessidade de mudança (BLACK, 2001, pp. 106/107).

Uma das questões da regulação descentralizada é a construção de conhecimento, sobretudo em razão de existir assimetrias entre as informações do agente regulador e das empresas reguladas. Isso indica que a Administração não possui conhecimento suficiente acerca de uma indústria como a própria indústria possui. No caso da descentralização, essa questão se torna mais complexa. Utilizando-se dos conceitos a Teoria dos Sistemas, Júlia Black (2001, p. 107) indica que os sistemas fechados constroem imagens de outros subsistemas pelo viés de sua própria observação e das experiências com o meio ambiente.

Dessa forma, no âmbito da regulação, há a complexidade da utilização de critérios próprios para a construção de informações de um sistema em relação a outro.

Além disso, há a complexidade da fragmentação do exercício do poder. Reconhece-se, portanto, que o governo não possui o controle absoluto do poder, sobretudo com o surgimento de novos atores. As esferas sociais possuem papel na elaboração de sistemas regulatórios, o que foi denominado de “regulação de muitas salas”. Esse tipo de estrutura leva à possibilidade de uma autonomia dos atores sociais, no sentido do desenvolvimento de ações de intervenção, conspirando que ao produzir mudanças no comportamento, influenciará diretamente nas decisões dos reguladores e, muitas vezes, impedirá a própria atuação estatal direta (BLACK, 2001, p.108).

A relação com o Estado, não obstante, não é ignorada. Enquanto mais um aspecto da compreensão de uma regulação descentralizada, constam as interações produzidas entre os atores sociais e o governo, sobretudo quando se trata de uma necessária pretensão normativa. Isso se dá, sobretudo, porque a regulação atualmente não pode ser descrita enquanto um processo único. Se trata de um processo em que existem variáveis múltiplas e inúmeras vias para sua implementação.

A base da regulação descentralizada, aliás, quebra com a noção de que a sociedade possui problemas e a Administração possui a solução. Considerando que ambos possuem necessidades e ambos possuem soluções, é criada uma dependência mútua para a resolução das situações. Essas interações e essa interdependência, portanto, não serão presumidas por uma restrição das fronteiras territoriais, sobretudo porque a globalização impõe uma ultrapassagem dessas barreiras (BLACK, 2001, p. 109/110).

A hipótese de uma regulação descentralizada, portanto, põe em xeque uma estrutura proveniente do exercício de um direito posto por uma autoridade governamental, considerando-se principalmente que há um esfrelamento de um setor público e de um setor privado na tomada de decisões. Não se trata do afastamento total do Estado na discussão regulatória, mas da existência do Estado como mais um dos atores inseridos na regulação. O seu papel, ademais, será o de fazer cumprir as decisões vinculativas (BLACK, 2001, p. 110).

Por fim, há uma última questão acerca das proposições normativas acerca da regulação. Considerando, portanto, que a atual forma de regular pode ser híbrida, multifacetada ou indireta. Analisando sob a ótica da Teoria dos Sistemas, a regulação é indireta, visto que há uma interação entre o sistema e o ambiente. Ou seja, enquanto cria padrões de interação onde os envolvidos no sistema regulatório se organizem (interação sistema e ambiente), por intermédio da processualização, forma-se uma estratégia nova de

regulação (BLACK, 2001, p. 111). Ocorre que essa dimensão não torna a regulação exclusiva do Estado, mas do oferecimento de respostas normativas para evitar a própria destruição dos sistemas, abarcando todos os que estão inseridos na proposta de regulação.

A análise de Black (2001) acerca da Regulação por uma interpretação da teoria sistêmica está mais atrelada aos conceitos de Teubner, que embora possua um modelo de base luhmanniana, incorpora a percepção de um desenvolvimento de subsistemas por intermédio de sujeitos, afastando-se da concepção de uma sociedade formada por Comunicação. Dessa forma, há uma interpretação da existência das chamadas “variáveis externas” que interferem na formação da regulação.

Para essa corrente teórica, uma compreensão descentralizada da regulação permite uma abertura cognitiva do conceito de regulação, permitindo uma configuração participativa entre diversos atores e a formulação de políticas públicas no âmbito regulatório. Ocorre que esse mesmo posicionamento também impõe complexidades: se a regulação sai das mãos do Estado, configurando-se como uma atividade independente da administração e, simultaneamente, é uma atividade que integra o Estado por não ser inteiramente conduzida pelo mercado, não há como identificar a natureza do processo regulatório.

Isso se dá porque, por um lado, a Regulação não se trataria da instituição normativa com estruturas de fiscalização, onde o Estado conduz todo o processo regulatório. Por outro lado, o mercado não se autorregula, visto que a presença da Administração ainda é constante e continua a fiscalizar as práticas regulatórias. Além disso, a condução dos processos de Governança, nos quais se observa uma vertente de redução do Estado e a inserção não só do mercado, mas de outros atores sociais, leva a todo um conjunto de práticas que interferem na condução dos mercados.

Seja por uma explicação dogmática, seja por uma conceituação acadêmica, a temática Regulação gera respostas diversas. Uma das explicações é, justamente, o fenômeno da Globalização e a existência das mais variadas estruturas de governança erigidas na contemporaneidade.

Em Ogus (1994), se verifica o conceito de regulação como uma estrutura político-econômica, referir-se a diversos mecanismos de organização da economia e formas jurídicas para sua manutenção. Ou seja, se trata do modo como o Estado objetiva atingir determinado comportamento que o mercado, sem a devida intervenção, não adotaria. Considerando uma multiplicidade de conceitos que variam a depender do posicionamento teórico que se observa a Regulação, Black (2001) apresenta uma sistematização dos conceitos existentes.

Tabela 4: Sistematização do Conceito Expansivo de Regulação em Júlia Black (2001)

1 – O que é Regulação	2 – Quem ou o que a faz?	3 – Como é conduzida?	4 – Em que áreas atuam?	5 – Quais técnicas são instrumentalizadas?
Um tipo de Instrumento Legal				
Um processo de: - controle, governo ou direção - alteração ou controle com referência a algum padrão ou propósito	- Instituições estatais nacionais (Regionais, Nacionais e “extra-nacionais”).	- Ministérios; - Departamentos; - Órgãos Supranacionais - Tribunais	- Mercado e Empresas (Setor Econômico) - Outras áreas (Educação, família, saúde, governo, dentre outras)	- Regras (Legais, ‘quase-legais’, ‘não-legais’; universais, setoriais, bilaterais); - Outros instrumentos (financeira, informacional) - Monitoramento - Sanção
Um processo de: - Habilitação-Facilitação - Coordenação - Influência - Padronização ou Ordenação - Renderização Constante	- Instituições não-estatais	- Indivíduos - Firms - Comitês - Associações - Redes de Comunicação	- Setor Econômico - Quaisquer outros	- Regras (Legais, ‘quase-legais’, ‘não-legais’; universais, setoriais, bilaterais); - Outros instrumentos (financeira, informacional) - Monitoramento - Sanção - Confiança
Um processo de: - Intenções - Orientado para solução de problemas	- Forças Econômicas	- Mercado	- Setor Econômico - Quaisquer outros	- Interação de Atores Racionais Intencionais
Um resultado da interação de atores e forças Um mecanismo de autocorreção Um mecanismo pela	- Forças Sociais	- Normas - Instituições - Linguagem - Quadros Cognitivos - Cultura - Sistemas - Redes de comunicação	- Setor Econômico - Quaisquer outros	- Estruturando - Enquadrando - Possibilitando - Coordenando - Traduzindo - Reproduzindo de forma autorreferencial

qual os sistemas autorreferenciais partem de uma organização de redes interrelacionadas para produzir um complexo geral integrado.	- Tecnologias	- Compreensão e capacidade de manipular o ambiente físico e humano	- Qualquer setor	- produtos desses entendimentos (estatísticas, probabilidades, engenharia, TI)
Fonte: BLACK (2001, p. 134/135). Traduzido e adaptado pelo autor.				

Fonte: BLACK (2001, p. 134-135). Traduzido e adaptado pelo Autor (2022)

Conforme interpretação da tabela acima exposta, a regulação assumiu e assume diversas características a depender o ponto de observação e do interesse direto em seu objetivo final. Em uma proposta capitaneada pela descentralização, com a existência regulatória a partir da interação de agentes e não como um exercício de poder, urge apresentar algumas questões.

Quando se afasta, discursivamente, a ideia de regulação afastada do exercício de poder, deve ser interpretado do ponto de vista do Estado enquanto único a promover a regulação. Isso porque os agentes e atores que estão interferindo e produzindo dispositivos regulatórios, representam estruturas de poder e de decisão. Ou seja, a regulação apenas deixa de ser uma exclusividade estatal, mas não deixou de ser produzida ou, ainda, não deixou de ser até certo ponto imposta.

Acerca da fragmentação regulatória existente, visto a participação de atores e diversos setores, a questão não pode ser unicamente atribuída ao processo de Globalização. Embora tenha sido um elemento fundante para o sistema de governança que ora se dispõe, a principal questão que envolve esse fracionamento da participação é o fato de se tratar de questões sociais cuja interpretação engloba mais de um subsistema da sociedade.

A situação mais problemática da regulação descentralizada diz respeito à inexistência de procedimentos que garantam a eficácia da regulação. Embora possa parecer um retorno à regulação clássica do Estado controlando e normatizando — processo esse que na conjuntura social que ora se expõe dificilmente ocorrerá —, uma reunião de atores diversificados sem

uma estrutura base que sustente a tomada de decisões tem a potencialidade de tornar a regulação frouxa.

O principal problema da descentralização reside no próprio sistema descentralizado. A inexistência de uma coercitividade não tem — por si só — como garantir que o mercado agirá conforme o convencionado. As ferramentas, para haver o correto cumprimento dos dispositivos regulatórios, não são suficientemente construídas para impulsionar o seu cumprimento.

No âmbito do objeto da presente pesquisa, inclusive, em que poucas empresas detêm quase a totalidade dos dados pessoais dos usuários de internet, presumir que um grupo de atores sociais das mais variadas naturezas consigam conter práticas abusivas a longo prazo não se sustenta por sua própria incapacidade estrutural.

Além disso, conforme já discutido no primeiro capítulo, a forma de organização desse modelo de Governança também é questionável do ponto de vista da ordenação, considerando-se que existe um agrupamento de forças que muitas vezes são opositoras em seus objetivos finais, mas que possuem dimensões de concretização diferentes, como é o caso do mercado e da sociedade civil, por exemplo.

Dessa forma, embora o Estado Pós-Regulatório com sua Regulação Descentralizada possa observar um fenômeno que vem acontecendo e contrapor problemas que outros mecanismos regulatórios anteriormente possuíam, não consegue, por outro lado, garantir que sua própria regulação seja observada ou até mesmo concretizada, corroborando mais para uma monopolização do mercado em relação à própria regulação e formando uma nova forma de atuação da captura.

3.3 A Construção Regulatória a partir do Procedimento: mecanismos para a sua legitimação

A regulação não se trata de um conceito fixo e imutável. Ao longo dos anos e das propostas, as perspectivas foram se alterando, conforme anteriormente explicado quando da análise das correntes teóricas clássicas e contemporâneas. A questão que envolve a falta de eficiência da regulação está atrelada mais a uma preocupação com os resultados da regulação do que a estruturação de sua função e dos seus procedimentos. Ou seja, as correntes teóricas, antes de analisarem como se dará a funcionalidade da regulação, acabam por conduzir sua análise aos resultados que a regulação pode produzir, não se buscando elementos que possam servir de base para esses mesmos resultados.

Não se indica, com isso, o total desmerecimento a determinados aspectos apresentados em outras correntes teóricas. Existem elementos, aliás, intrinsecamente interligados a questão regulatória. Entretanto, para a concretização dos fundamentos regulatórios, deve-se buscar a organização da base e não de possíveis efeitos da regulação, sobretudo quando existe uma dependência de variáveis que não conduzem a uma predição.

A proposta ora estruturada na presente tese, diz respeito ao aperfeiçoamento de procedimentos que fortaleçam os processos regulatórios. Na análise da procedimentalização, os estudos teóricos comumente se debruçam na inovação legislativa ou no desenvolvimento de políticas públicas para induzimento da regulação. Mesmo quando trata da regulação descentralizada, há a ideia de que a existência de diversos atores que estruturam a tomada de decisão o faz para apontar para o conteúdo normativo-regulatório.

A procedimentalização que aqui se expõe, diz respeito ao procedimento enquanto sistema social. Não se interpreta, entretanto, o procedimento enquanto ações sequencialmente determinadas, mas como decisões seletivas dos participantes, cuja eliminação de alternativas culminam numa transformação da incerteza do resultado para a redução das complexidades de uma forma compreensível (LUHMANN, 1980, p. 37-38).

Para ocorrer esse processo, é necessária a existência de comunicação. Isso se dá, sobretudo, porque ela informará aos participantes acerca das capacidades de seleção, dando sentido ao procedimento. Os participantes, portanto, não darão respostas (reações) com base exclusivamente nas possibilidades de escolha, mas também às possibilidades igualmente excluídas (eliminadas). Cada reação de um participante (aqui chamada de decisão parcial) se torna uma premissa para a decisão dos outros participantes do processo, cujo conjunto de decisões montará um histórico da decisão (LUHMANN, 1980, p. 39).

A partir disso, é essencial para o presente estudo a percepção de que os processos são sistemas e que necessitam de uma estrutura. Quaisquer fundamentações diversas não se constituiriam como sistemas ou estruturas. Os sistemas sociais possuem uma peculiaridade que é o seu relacionamento com a complexidade existente no mundo. A complexidade, a seu turno, se trata das possibilidades de distinção em um sistema. Isso indica que cada subsistema da sociedade abrangerá aspectos da sociedade, diferenciando tudo aquilo que está interna ou externamente constituído (LUHMANN, 1980, p. 39).

A construção de estruturas desempenha a função de reduzir as complexidades, se tratando ela mesma de uma seleção diante da complexidade existente no ambiente e são as normas jurídicas gerais que demarcam a estrutura. Embora essas normas não estabeleçam o procedimento, elas limitam formas de comportamento.

O sistema regulatório de governança se trata de um processo de decisões. Essas decisões são concretizadas por regras das mais variadas naturezas e pelas perturbações dos sistemas. Enquanto o processo se desenvolve, os participantes atuam de acordo com suas opções e suas abstenções. Essa percepção é essencial para compreensão do processo decisório, visto que não basta entender a participação por aquilo que “foi dito”, mas também por aquilo que “deixou de ser dito”. Isso significa que durante o processo decisório, as oportunidades desperdiçadas também integram o procedimento e quando da redução de uma determinada complexidade, essa oportunidade não deve ser novamente avaliada (LUHMANN, 1980, p. 42).

A comunicação entre os integrantes do sistema regulatório está permeada da seletividade. Isso não indica, entretanto, que a comunicação se trata de uma decisão propriamente dita ou de uma decisão parcial quando vista individualmente. É na intervenção dos demais participantes que a complexidade pode ser reduzida. Convém ressaltar, entretanto, que o surgimento de novas informações também leva ao aumento da complexidade, acarretando um inconveniente para concretização de uma decisão (LUHMANN, 1980, p. 44).

A existência de complexidade, todavia, não deve ser encarada negativamente. Sua completa inexistência acarretaria uma decisão acima de quaisquer críticas ou, até mesmo, acima de quaisquer mudanças, o que não é possível em uma sociedade complexa, com o surgimento diário de elementos que perturbam os subsistemas e provocam a possibilidade de redução dessas mesmas complexidades.

Para análise da legitimidade regulatória pelo procedimento, deve-se, mais uma vez, estabelecer um parâmetro para a natureza da própria regulação. Isso porque ao tempo em que Luhmann (1980) concebeu a teoria da Legitimidade pelo Procedimento, as formas de manifestação dessa teoria não eram configuradas como atualmente. Conforme explanado anteriormente, a Governança pela Internet, por exemplo, possui um processo decisório abarcando diversos atores que não necessariamente estão diretamente vinculados à administração.

Os preceitos processuais e a forma de organização são essenciais para o processo de decisão. O processo seletivo, portanto, adquire relevância quando existem diversos resultados possíveis e estas soluções são dependentes dele. De acordo com Luhmann (p. 1980, p. 165), a seletividade no âmbito da administração engloba o conhecimento das informações acerca de um determinado objeto, qual o contexto fático inicial, quais foram as orientações dispostas a partir da averiguação, os custos de uma determinada decisão, as possibilidades de eliminação em razão das informações insuficientes e as alternativas existentes.

Diante desse ponto, é possível traçar a problemática de uma exclusividade da Administração Pública para uma regulação da internet: o desconhecimento acerca de uma teoria da organização que conduza a um processo de decisão. Isso se dá essencialmente porque as decisões administrativas — sejam eivadas por normatividade ou não — são regidas por uma necessidade de uniformização. A direção nesses moldes culmina na não consideração das contribuições isoladas, levando a uma dispersão de informações significativas para a decisão.

O planejamento do processo de Governança da Internet, portanto, necessita de um planejamento que leve a um “sistema de processos de decisão” (LUHMANN, 1980, p. 167), com a finalidade de estimular o uso de informações relevantes para o desempenho da seleção. Este processo é realizado a partir da interação das decisões parcialmente isoladas, cuja organização visando a seleção ocorre, levando-se ainda em consideração que os atores possam utilizar como pressuposto a seletividade de outros atores.

Em uma sociedade com a complexidade aumentada pelos processos tecnológicos, a condução decisória a partir desse processo engloba obstáculos, sobretudo em razão da inexistência de evolução teórica ou prática nesse sentido. A Governança na Internet é um exemplo disso, quando dispõe de uma base principiológica geral para conduzir os atores do processo decisório regulador durante das diligências que lhes são exigidas.

O prejuízo para o processo decisório, nestes termos, é considerável, se observado que a decisão acerca do objeto será distorcida sobretudo pela influência dos poderes. Ou seja, verificando que existem poderes com maior influência no processo de decisão e que esta é conduzida por diligenciamentos e conduções isoladas em processos igualmente isolados, o resultado será carregado sem o reforço mútuo da seletividade. O molde de Governança da Internet, capitaneado exclusivamente por questões subjetivas mínimas e alguns princípios, não levará à eficácia da regulação, ficando ao poder do sistema econômico a última palavra na hora da decisão.

Do mesmo modo que Luhmann (1980, p. 168) considerou utópica a possibilidade de uma decisão com organização ótima e completamente racionalizada no sistema político, a situação igualmente perdurará também no âmbito de uma governança com múltiplas atuações. A razão para isso é o nível de complexidade não só de um sistema, mas de três sistemas intrinsecamente relacionados à regulação: a política, a economia e o direito.

Assim, a redução da complexidade por meio de processos internos se torna difícil em uma sociedade caracterizada por uma maciça globalização e com a capacidade que a internet proporcionou, tornando inexequível a possibilidade de uma racionalidade para a tomada de

decisão. Um efeito que pudesse trazer ao usuário da internet a sensação de eficiência enquanto a decisão se torna legítima é difícil, pela ausência da disposição dos passos de uma decisão e de uma reflexão aprofundada do problema.

Não obstante, embora no âmbito puramente administrativo se excluam a institucionalização de um tipo uniforme de procedimento em razão de sua própria estrutura, no âmbito da Governança da Internet a questão se torna maior, em razão da inexistência de barreiras territoriais para lidar com um produto que está no mercado e que alcança uma rede global de interconexão, o que demanda a necessidade de reflexão acerca do processo de legitimação da governança.

Na administração, as decisões são orientadas para atingir um objetivo específico, cuja captação de informações e de outros objetivos sobrecarregam a racionalidade da decisão. O discurso em torno da desburocratização, portanto, se apresenta para atingir uma condição de sucesso. Assim, a legitimação da regulação da internet estaria na possibilidade de escolher entre alternativas e objetivos variados, assegurando a concretização destes.

Essas decisões de um sistema de governança são igualmente adotadas em um critério de condições, cuja natureza varia a depender da matéria relacionada ao objeto. Entretanto, podem se referir às informações em um sistema de governança, conservando uma função solucionadora por uma estratégia de decisão. Portanto, a distribuição das atividades de governança deve ser programada através de uma condição: enquanto existam fenômenos descritos, devem ser apresentadas propostas ou decisões parciais.

O sistema de governança seria fundamentado por intermédio de procedimentos legitimadores, não possuindo a responsabilidade de atingir uma finalidade específica ou compromissos futuros, para verificando em hipóteses convencionadas anteriormente para uma decisão concreta posterior, mantendo-se — por fim — um padrão de neutralidade para as decisões.

No âmago decisório, a administração não deve prescindir das informações do público, sobretudo tratando-se de um produto-serviço, a qual é a internet. Embora exista uma tendência a possuir o máximo de informações possível sobre o objeto da decisão, o sistema de governança jamais as possuirá integral ou completamente, havendo de decidir em condições de parcial incerteza.

Essa limitação nas informações, aliás, não é causada exclusivamente em razão de sua inexistência, mas da necessidade de construir uma decisão. A busca do alcance de informações suficientes para uma decisão relacionada à internet não só seria excessivamente onerosa, como também beira a impossibilidade, em razão da velocidade com a qual essas

informações se modificam ao tempo.

4 ESTRUTURA DOS SISTEMAS SOCIAIS, ECONOMIA DE DADOS DA SOCIEDADE E GOVERNANÇA DA INTERNET: A REGULAÇÃO COMO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL DA ECONOMIA, POLÍTICA E DIREITO.

4.1 Aspectos introdutórios do capítulo

O último capítulo visa discutir a Regulação sob a ideia de Acoplamento Estrutural entre o Direito, a Economia e a Política. Vislumbrando, portanto, a existência da internet enquanto um elemento que aumenta a complexidade e irrita os três sistemas, a resposta para redução dessas complexidades estaria, justamente, na regulação.

Analisa-se, portanto, a Estrutura do Sistema Econômica em uma nova formação da sociedade, a qual é a Sociedade de Dados. Posteriormente, analisa-se o sistema político e sua função reguladora administrativa. Em seguida, se analisa o sistema jurídico e a redução das complexidades a partir do binômio lícito/não lícito. Por fim, analisa-se a Regulação enquanto acoplamento estrutural desses mesmos subsistemas da sociedade.

Ocorre que estruturalmente falando, os sistemas não possuem estrutura suficiente para lidar com essas mesmas complexidades. Não obstante, analisa-se que a ausência de estrutura não justifica, portanto, o afastamento das funcionalidades do sistema, razão pela qual a Regulação legitimada por procedimentos seria um viés para outra formação regulatória, de maneira a trazer a ilusão funcional à sociedade, por parte dos seus sistemas.

4.2 A Estrutura do Sistema Econômico e a Economia de Dados da Sociedade

As reflexões em torno do conceito de autopoiese tiveram ênfase nas análises científicas realizadas por volta dos anos 70 do século XX. A partir das concepções de Maturana e Varela (1973), se vislumbrou a possibilidade de autoreprodução das células, cujas concepções se inseriram em outros campos de conhecimento, como a Sociologia e o Direito.

A Teoria Luhmanniana dos Sistemas Sociais, portanto, se configurou como uma das aplicações do conhecimento acerca da autopoiese na análise da sociedade, sobretudo ao considerar que, na modernidade, existem complexidades que demandam novos métodos. Dessa percepção, portanto, foram erigidas as bases de sua teoria, que tem por suporte a conceituação dos sistemas pela autorreprodução, autorreferência e reflexibilidade.

Nessa corrente específica da teoria dos sistemas autopoieticos, é possível vislumbrar uma categorização: (i) sistemas psíquicos; (ii) sistemas vivos; e (iii) sistemas sociais. Os sistemas os psíquicos são provenientes das operações biológicas de um ser, a partir das transmissões realizadas a partir do cérebro e cuja autorreferência é a consciência. O que compõe esse sistema são os pensamentos, reproduzindo-se a partir de seus próprios elementos.

Os sistemas vivos são aqueles responsáveis por operações vitais, como as células, o corpo humano, os animais, dentre outros. Os sistemas sociais, por fim, são aqueles que promovem sua construção a partir da comunicação. Esta mesma comunicação só é gerada a partir de mais comunicação e tudo aquilo que não pertence ao sistema, está no entorno (ambiente). Dessa forma, o sistema psíquico, por exemplo, é entorno dos sistemas sociais.

Considerando que os sistemas sociais são formados pela comunicação, a sociedade se trata de um sistema de comunicações. Por conseguinte, o ser humano integra o sistema psíquico, como entorno do sistema social, configurando essa relação por sistema-entorno. Por sua vez, a Sociedade é constituída de outros subsistemas, como a Política, a Economia, o Direito, a Arte, a Religião etc. Esses subsistemas possuem a mesma caracterização dos sistemas sociais, possuindo a capacidade de se autoconstruir, autorreproduzir e autorreferenciar, a partir da comunicação estruturada por suas próprias regras.

Para a análise da temática, é necessário compreender a Economia na Teoria Luhmanniana dos Sistemas. Sua autopoiese, portanto, tem lugar na construção de sentido da atividade econômica, sobretudo ao ligar com as complexidades acerca da tomada de decisões sobre bens, a dicotomia existente entre capital e trabalho, o funcionamento dos mercados. Ou seja, o sistema econômico promove a autopoiese a partir da observação das operações econômicas.

O sistema econômico descreve aquilo que observa em seu ambiente, diferenciando-se e criando vínculo com esse entorno. É a partir das formatações comunicativas que intrínsecas a esse sistema que são estruturadas as dimensões para a decisão econômica. A partir dessa conjectura, verifica-se que a característica da autoreferenciabilidade do sistema econômico é possível em razão de sua diferenciação quando há uma provocação do entorno, mas dentro do seu próprio código de interpretação.

A teoria Luhmanniana dos Sistemas entende que a comunicação da economia orienta a circulação do dinheiro, cuja representação é caracterizada pelo pagamento, cuja função indica um determinado comportamento econômico. Ou seja, a realização do pagamento delinea a

comunicação realizada pela economia. Ao promover a autodescrição, o sistema econômico é avaliado como uma subjetivização do pagamento, podendo ser efetivado ou não efetivado.

A grande questão a ser repensada quando analisada a Economia da Sociedade, diz respeito à monetarização do sistema econômico, considerando-se que em Luhmann o dinheiro possui por função a transmissão dos critérios que agregarão o valor do lucro às decisões econômicas. Ou seja, o dinheiro em Luhmann é um meio de comunicação, embora não se exclua sua função de troca, considerando-se que esta também se trata de um meio de comunicação (LUHMANN, 1988, p. 329).

Diante desse aspecto, o sistema econômico tem por incumbência analisar as projeções de estabilidade, bem como vislumbrar a noção de escassez e de abundância existentes na sociedade. Por conseguinte, é a complexidade do entorno que aponta de forma simbólica para os níveis de expansão ou de limitação do valor agregado e é sobre esses dois resultados que o planejamento econômico é organizado. É a partir do planejamento que há a possibilidade de organização das estruturas econômicas, reduzindo-se assim as instabilidades do sistema econômico por intermédio do pagamento.

Sendo o sistema econômico recursivamente fechado, o ambiente provoca o sistema ao apresentar as estruturas da atividade econômica para ocorrer da concretização das funções da economia. É nas operações internas do sistema econômico que as contingências do ambiente são introduzidas, interpretadas e decididas, em um processo de comunicação.

Nas sociedades pré-monetárias, enquanto o código binário era caracterizado pela dicotomia do “ter/não ter”, na modernidade tem-se o código “pagamento / não pagamento” como característica do sistema econômico. É essa operacionalização que orienta para o preço das mercadorias, produtos e serviços.

Na teoria luhmanniana, os pagamentos possuem todas as propriedades de um elemento autopoietico, considerando-se que sua possibilidade só se dá com a existência de outros pagamentos e sua função é, essencialmente, permitir pagamentos em uma relação que se dá na autopoiese da economia. Dessa forma, a economia é formada pela realização de novos pagamentos contínuos, o que acarretaria sua inexistência enquanto sistema diferenciado, caso os pagamentos parassem de acontecer. (LUHMANN, 2013, p. 06).

Além da existência de pagamento, há uma complexidade a mais no que diz respeito à autopoiese da economia: a existência dos não-pagamentos. Isso se dá porque a decisão de adquirir ou não um produto em razão do seu preço, ou por direcionar o dinheiro para outra finalidade diversa se trata de um fenômeno comum para a economia. Assim, a existência de um pagamento implica na negativa do não-pagamento. A decisão do não-pagamento implica

na negativa do pagamento. Trata-se de eventos que estão interligados, embora um negue o outro (LUHMANN, 2013, p.07).

Ao receber o dinheiro, existe a liberdade de retenção ou de gasto, características que são complementares. A liberdade de escolha, portanto, consiste em uma decisão de renúncia de um lado e de permissão para a liberdade alheia de outro. Por isso que o pagamento se trata de um processo comunicativo, considerando-se que a aceitação ou rejeição de propostas de sentido implica binominalmente na possibilidade de decisão de outro.

Desde la teoría de sistemas se debe destacar que precisamente esta duplicación de la operación elemental (que niega los pagos con no-pagos y los no-pagos con pagos) diferencia al sistema, pues en el entorno de la economía no existen tales correspondencias. La idea orientada al intercambio o compra de “mercancías por dinero”, según la cual la circulación de las mercancías se dirige en dirección opuesta a la circulación del dinero conduce a engaño. En el lado del dinero la operación pago/no-pago está condicionada (o es condicionable) de una manera completamente diferente que en el lado de las mercancías. (LUHMANN, 2013, p. 07)

Diante dessa perspectiva, o sistema não ingressa em equilíbrio, pois a realização da autopoiese é realizada por meio de pagamentos em um sistema dicotômico de pagar e não-pagar. Por esta razão Luhmann (2013, p. 08) constrói a ideia de que todas as operações da economia são complexas, sobretudo em razão do relacionamento dos elementos do sistema que negam os seus opostos.

Por esta razão, a partir da realização de um pagamento, os preços indicam a formação de expectativas sobre o valor a ser pago e para sua comunicação. A autopoiese possui, portanto, uma dupla independência: em relação ao valor dos bens e serviços em sua realidade e em relação de uma suposta obrigação de gratidão quando uma parte entregar um valor maior que outra parte (LUHMANN, 2013, p. 08).

Outra questão a ser analisada na Economia da Sociedade é a função do lucro, entendido como o fenômeno onde o pagamento beneficia o próprio pagador. Ou seja, considerando que o pagamento se trata de uma cadeira que possibilita outros pagamentos, apenas o destinatário do dinheiro pode usufruir do direito recebido. Ocorre que em um sistema, o próprio pagador pode ganhar indiretamente. É por esta razão que a autopoiese do sistema se trata de um processo reflexivo, pois há uma auto-orientação.

O pagamento não se trata de exclusivamente obter o item ou um serviço, mas de poder aumentar as chances próprias de novos pagamentos. Quando o sistema estabelece esse parâmetro para a obtenção de lucro, se torna independente de quaisquer questões subjetivas

para promoção de novos pagamentos. Em contrapartida, o consumo é estabelecido em razões privadas, quando ele não é devidamente orientado para o lucro.

Luhmann (2013, p. 09) considerou que o sistema, por ser fechado, se encontra em independência em relação aos temas sociais, temporais e fáticos. Isso porque o sistema não depende da reciprocidade e das condições de influência da posição social para exercer sua função. Por outro lado, nas dimensões temporais e fáticas, o lucro pode ser interpretado pela apreensão de novos procedimentos. Esse processo não demandaria, entretanto, uma legitimação, mas um processo de seleção abstrato.

Embora seja um sistema fechado, como base da própria teoria dos sistemas, existe a possibilidade de sua abertura. É nesse patamar que adentra o conceito de *necessidades*. Na economia, não é suficientemente justificado a ocorrência de pagamentos para realização de pagamentos. No ambiente do sistema, existirá uma razão para o pagamento ser realizado. As necessidades surgem por intermédio das relações estabelecidas com a economia e, também, por meio da diferenciação do sistema econômico (LUHMANN, 2013, p. 10).

A concepção de necessidade também se refere a um mecanismo de inclusão populacional. Isso não se refere, entretanto, a uma questão de índices econômicos ou categorização de classes sociais, mas em uma perspectiva universal. A garantia de a economia permanecer enquanto sistema aberto e sistema fechado será determinado pela descrição das necessidades e da natureza destas.

Luhmann (2013, p. 11) apresenta, portanto, uma ideia de sistema econômico onde a dependência em relação ao entorno é condicionada nos limites de sua própria adaptação e da satisfação das necessidades existentes em uma sociedade. Dessa forma, a função da economia é a de vincular a cada distribuição uma oferta estável no futuro. É nesse patamar que adentra a percepção da *escassez*. A economia é baseada na satisfação das necessidades, que não operam de maneira unitária. As pessoas promovem uma estimulação mútua com a finalidade de adquirir seus provimentos. O que torna um bem escasso, portanto, é a interferência dos interessados em reservar um bem para o futuro em que alguns necessitam no presente.

Por essa ótica, a Teoria Luhmanniana dos Sistemas concebe que as economias são movidas pela escassez, cuja natureza é dupla: de um lado tem-se a escassez de bens e serviços e, por outro, a escassez artificial de dinheiro. Ao desempenhar o seu papel, a economia utiliza dos preços para condicionar as relações entre os dois tipos de escassez. Não se trata, todavia, de buscar aumentar riquezas ou reduzir a escassez, mas a sua regulação com a finalidade de satisfazer as necessidades. A partir de um sistema de pagamentos que geram outros pagamentos, se auto-alimentando, a tendência de construção do futuro é — a princípio —

ilimitadas. Essa interpretação sugere que o sistema tem garantido seu futuro por suas próprias provisões.

Há, entretanto, um adendo a ser considerado: não existem necessidades imutáveis. Elas variam de prioridade a depender dos diversos tipos de necessidades, das pessoas em si e, também, dos sistemas sociais. É nesse viés que adentra, portanto, a discussão acerca de uma economia baseada em dados.

Até então, a Teoria Luhmanniana dos Sistemas explica uma economia da sociedade em uma estrutura monetária, a partir dos conceitos de necessidades, escassez e pagamentos. Ocorre que o curso de conectividade revolucionou o funcionamento dos mercados e no modelo dos negócios até então conhecidos. Isso não implica dizer que a formação de outro modelo econômico marcado pelo processo de digitalização da atividade humana extirpe formações econômicas pretéritas. Entretanto, o entorno produziu um mecanismo em uma perspectiva capitalista que se tornou uma complexidade não só para o sistema econômico, mas para o sistema político e jurídico.

Parte-se, portanto, do pressuposto que o mercado opera por intermédio de transações e a partir de sua digitalização, sua facilidade operativa viabilizou a criação de novos mecanismos cujas barreiras territoriais foram ultrapassadas. Para fins didáticos, portanto, de conceituar a economia tradicional enquanto *status* prévio à revolução virtual e economia virtual para um contexto econômico em que as operações são realizadas por intermédio da internet.

No âmbito dessa Economia Digital, é possível vislumbrar uma Economia de Dados, cujo modelo impacta diretamente os sistemas sociais. Enquanto na economia tradicional a estrutura se baseava em uma finalidade específica: qual seja, a produção das necessidades para gerar novos pagamentos; na economia de dados a sua racionalização ocorre pelo tempo, modificando o modo como as necessidades são desenvolvidas.

A economia baseada em dados tem como pressuposto a captação dos mais variados atos ou fatos, sejam estes eventos individuais ou ações sociais; ou ainda quaisquer fenômenos da natureza, ou artificiais. Esse registro é realizado em uma estrutura de dado, de forma que é possível organizá-los visando utilização em ações futuras.

Com o uso massivo da internet, o fenômeno da datificação se torna um elemento do entorno do sistema social. Dessa forma, a integralidade das pessoas que utilizam internet, independentemente do aparelho, tem suas preferências e informações registradas, coletadas e transmitidas. Isso implica em um registro organizado e funcional das ações dos indivíduos e da sociedade em uma escala global.

Em uma economia baseada em dados, a datificação é utilizada para registrar o comportamento dos indivíduos, seus costumes, sua forma de consumo, de maneira a categorizá-los e servir como mecanismo impulsionador da economia. Essa estruturação é feita pelo mecanismo dos algoritmos, os quais são processos de tomada de decisão que manuseiam um conjunto de regras visando fornecer resultados.

Os dados, portanto, são utilizados para estabelecer parâmetros de decisão e sugerir a tomada de uma *decisão ideal* conforme o contexto de um determinado indivíduo ou grupo. Esses parâmetros são organizados de maneira a potencializar a decisão dos usuários e, assim, gerar o pagamento. Ademais, já existe tecnologia cuja inteligência analisa os dados e redireciona ou refina a decisão, com preferências determinadas previamente pela máquina.

De forma superficial, os algoritmos auxiliam na tomada de decisões nas transações realizadas no mercado, considerando o oferecimento de informações relevantes a um consumidor. Alguns outras estruturadas captam a própria característica dos consumidores e suas respectivas preferências. Essa fase da primeira captação de dados deixava nas mãos do consumidor a tomada de decisão (GAL; KOREN, 2017, p. 314).

Ocorre que assim como a internet, os algoritmos se tornaram mais sofisticados e passaram a executar e adotar decisões para o consumidor, realizando a transmissão de informações diretamente a outros sistemas, de maneira virtual. Por isso, os algoritmos identificam uma necessidade do consumidor, localiza um local ideal e executa a aquisição do bem ou serviço.

Por um lado, o algoritmo pode trazer maior agilidade para fatos cotidianos do consumo, mas, por outro, pode interferir em questões relacionadas à privacidade, sobretudo quando a coleta dos dados se dá em massa, exorbitando os objetivos de melhoria na velocidade da escolha de um usuário da internet. Esse é um processo que se retroalimenta: enquanto as transações econômicas são promovidas de forma online, as plataformas acumulam informações e dados não só sobre os consumidores, mas igualmente sobre os fornecedores de cada segmento do mercado. Dessa forma, é possível dizer que o formato do capitalismo atual não se estrutura sobre o pagamento, mas sobre os dados (SRNICEK, 2016, p. 29).

Para o Fórum Econômico Mundial, embora a existência dos mercados seja antiga, as plataformas virtuais são relativamente novas, o que demanda dos Estados incentivos para que a economia se desenvolva e seja um modelo de venda de bens e serviços (WEF, 2019, p. 08-09). Essa nova etapa do capitalismo é caracterizada pelo que Couldry e Mejias (2018) denominam de colonialismo de dados, considerando haver os sistemas computacionais se

apoderam e integram as pessoas e as coisas no processo informacional. Consequentemente, a captação de toda a vida dos indivíduos passa à centralidade dos processos econômicos.

A sociedade como um todo passou, portanto, a se tornar m recurso com a finalidade de captura das informações individuais visando o lucro, “[...] tudo gera dados capturáveis, que são armazenados e utilizados para formatação de perfis” (CASSINO, 2021, p. 27). Essa extração ocorre pelo que Silva (2019, p. 162) chama de *Positivação do tempo como mercadoria*, atribuindo dois sentidos para esta caracterização: (i) As plataformas indicam aos usuários a execução de ações mais rápidas, visando com que este obtenha mais tempo livre; (ii) as plataformas orientam uma manipulação online de maneira — em tese — mais confortável e segura.

O discurso da minimização do tempo, entretanto, é vantajoso para o mercado. Isso porque embora indique uma agilidade no processo de pagamentos, a captação e uso dos dados individuais acabam por influenciar o comportamento e as ações da sociedade, o que torna o usuário um ser colonizado economicamente. Essa colonização se dá não apenas por os dados serem capturados, mas porque a partir de então, os algoritmos delimitam e orientam o que o usuário terá acesso. Basta, portanto, uma simples consulta a um bem ou serviço, que o algoritmo lançará em tela uma série de outros produtos semelhantes ou associados, para produzir mais compras. Ou seja, a tomada de decisão hoje não pertence mais ao indivíduo, mas o algoritmo que promoverá a modulação dessa decisão.

Esta caracterização em que se vislumbra um momento da economia de coleta generalizada de dados é nomeada, por Shoshana Zuboff (2021) de Capitalismo de Vigilância, descrevendo a prática dos grandes conglomerados de Telecomunicações e de Tecnologia de Informação. Trata-se da alimentação de processos de captação de dados e aplicação em tecnologias com a finalidade de antecipar o que o indivíduo fará em termos econômicos, formando assim o chamado “mercado de comportamento futuro” (ZUBOFF, 2021, p. 23).

A lucratividade objeto do mercado, portanto, é estruturado a partir da sua intervenção na forma de incentivos, persuasão, sintonização do comportamento, a partir dos dados, cujos meios de produção ficam dependentes dos mecanismos de modificação do comportamento. É importante, aliás, ter em mente que essa percepção do capitalismo de vigilância não se enquadra em nenhuma percepção da economia, em termos práticos, como até então se conhecia. Isso porque o seu cliente não é o consumidor ou o usuário virtual, mas as empresas que necessitam desses dados para moldar o comportamento dos seus produtos e serviços.

Estes mecanismos, aliás, explicam os motivos pelas quais as empresas mais lucrativas do mundo se encontram no segmento das tecnologias, com faturamentos bilionários nas mãos

de um agrupamento pequeno. Este fato, aliás, levou o Congresso dos Estados Unidos a considerar que as gigantes do Vale do Silício (*Apple, Facebook, Google e Amazon*) impuseram um monopólio do setor de tecnologias, o que demandaria medidas antitrustes⁵².

Estes fatores levam, portanto, a uma superação de parte dos conceitos da Economia da Sociedade em razão da virtualização dos processos econômicos e sua estruturação pelos dados. De fato, permanece a perspectiva de um sistema econômico conduzido por meio de pagamentos para gerar novos pagamentos. Esse critério é a base da economia e à medida que os processos econômicos se tornam mais virtualizados, o processamento desses pagamentos também se torna mais rápido.

Entretanto, no âmbito das necessidades, a funcionalização toma outro rumo. Tradicionalmente, a necessidade surge das relações estabelecidas com a economia. Entretanto, em uma economia baseada em dados, estas necessidades são induzidas e orientadas pelo mercado. Não se trata, exclusivamente, de o indivíduo ou usuário vislumbrar um bem e serviço e conjecturar a necessidade, mas de todo um mapeamento pelo mercado das preferências desse usuário, visando indicar qual a necessidade. Não se trata mais da satisfação das necessidades em uma sociedade, mas da criação e imposição da necessidade na sociedade. Com isso, a função da economia não só a de estabilização futura por meio de uma oferta, mas a de condicionar essa oferta mediante a orientação das necessidades. Ou seja, não se trata apenas da satisfação das necessidades, mas da oferta e satisfação dessa mesma necessidade.

Outra questão diz respeito à noção de escassez. Enquanto na Economia da Sociedade a percepção de escassez se dá pela interferência dos interessados para reservar esses bens para o futuro, essa função passou a ser do dado. Os dados não só catalogam essa escassez, como planejam e estruturam a formação da necessidade. Ou seja, os dados partem da captação mínima de interesses de um usuário para, a partir da interpretação, fomentar a necessidade e a utilização de bens e serviços.

Esse novo comportamento, portanto, se diferencia do mecanismo anterior à virtualização dos processos da sociedade, porque o Mercado — entorno do sistema econômico — promoveu uma complexidade que impôs à economia novas respostas. Dessa forma, não é mais a utilização dos preços que condicionam a escassez de bens e serviços ou a escassez do dinheiro, mas os dados. São os dados que alimentam a formação de novos pagamentos e que geram essa alimentação com a finalidade não só de tornar ilimitado, mas de acelerar o processo de pagamento.

⁵² Informação retirada de notícia do Portal Veja. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/camara-dos-deputados-dos-eua-condena-monopolio-das-big-techs/>. Acesso em: 11 de out. 2022.

A este fenômeno, portanto, convém ser chamado de Economia de Dados da Sociedade, vislumbrando-se o fenômeno em que o sistema econômico, com a finalidade de controlar a escassez e produzir novos pagamentos, utiliza-se da captação de dados e promove não só a ilimitada continuidade do sistema, mas a aceleração desse processo para produção de mais pagamentos. Ocorre, entretanto, que as complexidades trazidas por este fenômeno não só atingem outros sistemas da sociedade, como também tem reflexos diretos no entorno, razão pela qual se torna necessária a regulação, enquanto função organizadora da complexidade.

4.3 A Estrutura do Sistema Político e a função regulatória da Internet

Conforme anteriormente explanado, o Sistema Social é autodiferenciado em subsistemas, segundo a função que desempenha na sociedade. O Estado, portanto, se trata de um subsistema pertencente ao sistema político, cuja complexidade interna de diferenciou e formou os Estados (KUNZLER, 2004, p. 132). Por esta percepção, o sistema político é limitado pela comunicação existente acerca do objeto de sua própria função, cujo binômio é governo/oposição.

O governo é formado pelos detentores de cargos políticos, emitindo decisões coletivamente vinculantes por quem exerce o poder. Por outro lado, a oposição se trata dos não detentores do poder e/ou de cargos públicos, mas que almejam chegar ao mesmo patamar, por intermédio da contraposição às decisões do governo. Essas contraposições são marcadas pela apresentação de outras possibilidades, com a finalidade última de deter o poder e retirar de quem o exerce, no momento das eleições. Simultaneamente, o ocupante dos cargos público e detentor do exercício do poder intenta a permanência desse *status*, contrapondo-se à oposição.

Conforme amplamente discutido na presente tese, o entorno dos sistemas sociais é complexo. Aos sistemas, cabe a função de reduzir essas complexidades, mantendo a ordem por meio de seus processos seletivos de decisão. O sistema político não foge à regra, visto que emite decisões vinculadas à coletividade. Em outros termos, o sistema político comunica o entorno por intermédio das decisões, podendo este aceitá-las ou recusá-las.

O poder é, portanto, o meio de comunicação utilizado pelo sistema político para alavancar a probabilidade de aceitação das decisões. Convém ressaltar que a comunicação não se trata de um percurso de informação entre emissor e receptor, mas a captação da realidade em um processo seletivo de informação, mensagem e compreensão. Isso implica dizer que a

comunicação é encerrada enquanto a compreensão se caracteriza pela distinção entre a comunicação e a informação.

No caso do sistema político, a decisão vinculada tem uma probabilidade maior de aceitação, visto que a existência do poder implica em uma consequência de possível sanção, aceitando-se a comunicação para evitar esta consequência. Paradoxalmente, quando uma sanção é aplicada, verifica-se a ausência de poder, visto que não houve comunicação suficiente para evitar o seu descumprimento. Ou seja, a comunicação do sistema político é exercida no limite do seu poder, visto que a desobediência e as consequências dessa desobediência caracterizam a recusa da comunicação.

Existe, portanto, uma relação entre o sistema político e o sistema jurídico, considerando-se que os direitos subjetivamente construídos só serão impostos por intermédio de um sistema político organizado, com decisões coletivamente vinculadas, ao mesmo tempo em que estas mesmas decisões possuem a característica da coercitividade, considerando-se a forma jurídica que são revestidas. Embora sejam ambos os sistemas autônomos, independentes e diferenciados, possuem uma relação de circularidade.

Aliás, essa relação exemplifica o Estado Democrático de Direito, na medida que a comunicação e o exercício do poder do sistema político são afetadas ao controle jurídico, ao mesmo tempo que o direito necessita de uma deliberação política para o exercício de sua função (SALIM e SILVA, 2016, 102). Mesmo independentes, para Luhmann (2002, p. 243), a diferenciação funcional do sistema político repousa na diferenciação entre quem governa (poder) e quem não governa (não poder), figurando a política enquanto um subsistema diferenciado quando esses papéis estão devidamente distinguidos e o monopólio do Estado para uso legítimo da coercitividade garante essa função. O Estado em si não se confunde como subsistema político, visto que se trata de uma estrutura organizacional para construir as decisões vinculadas.

Na realização da função política, o sistema necessita desenvolver outros mecanismos — para além da sanção — para lidar com as complexidades do ambiente. Durante o período do Estado interventor, a administração lidava com duas questões: de um lado, captava e selecionava no ambiente as distinções sociais (input) e, de outro, entregava políticas públicas dessa seleção (output) (DUTRA, 2020, 14). Ocorre que naquele contexto, as demandas e a complexidade do ambiente eram diversas de um período marcado pela efervescência da internet e das necessidades do ambiente. Obviamente, que existindo pendularmente momentos de profunda crise social, a sociedade demanda direitos básicos, mas, ao mesmo tempo, novas necessidades igualmente foram surgindo.

Saliente-se que o sistema político precede à complexidade advinda do ambiente e que darão base para as decisões coletivamente vinculantes. Isso se dá, essencialmente, porque o sistema constrói, a partir de sua própria base, a noção das coletividades e a forma como se dará sua própria legitimidade. Ou seja, ao mesmo tempo em que o sistema político constrói as decisões vinculantes coletivamente, também construirá — por intermédio da seleção — as coletividades que darão força para suas decisões.

Em Luhmann, o sistema político é fundado, na modernidade, por meio de três segmentos: Política, Administração e Público. Foi a estratificação da sociedade que promoveu essa divisão dos espaços comunicativos. São esses três espaços que contribuem para que a função do sistema político em produzir decisões coletivamente vinculantes seja formada. A diferenciação entre Política e Administração, portanto, ocorre com a separação dos poderes. Por outro lado, a diferenciação entre Política e Público ocorre por meio de um sistema político-democrático (LUHMANN, 1994, p. 63).

Essa participação dos indivíduos na formação das decisões coletivamente vinculantes ocorre por meio das eleições. Em um sistema como o brasileiro, os partidos políticos figuram como representantes dos cidadãos, servindo como intermediário da vontade da sociedade no seio político. Ou seja, no exercício do voto, a sociedade elege seus representantes, visando a formulação de políticas públicas e de atos que serão materializados pela Administração Pública.

A sociedade hipercomplexa, característica da modernidade, modificou a forma de comunicação, sobretudo quando surgem — de forma preestabelecida — as pautas partidárias, cuja função é a de informar ao público qual é o programa a ser instituído e qual candidato deverá ser escolhido. A Administração, portanto, utilizando-se de sua estrutura especializada, promove a seleção dos projetos que seguirão para a política, enquanto o Público exerce sua influência quando participa dos processos de criação da vontade do Estado (ZYMLER, 2000, p. 41).

O Estado do Bem-Estar Social proporcionou, portanto, um aumento nas discussões políticas, com a inserção de novas temáticas e interesses. Esse fenômeno, portanto, proporcionou uma reforma na comunicação orientada pelo poder, equilibrando entre a circularidade normal e a contracircularidade⁵³ (ZYMLER, 2000, p. 41).

⁵³ A contracircularidade se trata de uma modificação no fluxo comunicativo, caracterizado pelo aumento da complexidade da sociedade moderna. Se trata, essencialmente, de formas de intervenção da política por parte do Público e da Administração.

Diante desses aspectos, se faz necessária uma releitura a partir do contexto da sociedade atual. Embora o Estado do Bem-Estar Social tenha declinado, muitos elementos e garantias que foram erigidas naquele contexto, impõem cobranças na atualidade. O impulsionamento da internet e dos meios de comunicação, que garantiram em tempo real que os mecanismos informacionais adentrassem as barreiras globais, tiveram igualmente consequências no sistema político.

Não possuindo a presente tese o objetivo de discutir os processos eleitorais, esta análise restará restrita à questão da participação do público na formação da vontade do Estado e como a interferência do modelo de Governança da Internet — discutido no segundo capítulo — impacta diretamente a Política. De Giorgi (1998, p. 12) expõe que é possível a manutenção de um nível alto de opções de decisão no âmbito do sistema político, em razão da existência da democracia moderna. Entretanto, é possível afirmar que o nível de conexão promovido pela internet aumentou substancialmente, inclusive como integrante dessa própria democracia.

Isso se dá, sobretudo, porque não só as exigências do entorno dos sistemas sociais aumentaram, mas a própria discussão política acerca desses temas impôs novos fluxos de exercício do poder. Ou seja, enquanto a internet trouxe um aumento da complexidade no sistema político, sua consequente redução só pode ser promovida com a inclusão dessas temáticas na Política.

Ocorre, em contrapartida, que a estrutura da Internet e as bases do seu funcionamento colocam em análise se o sistema político possui estrutura, por si só, para lidar com os processos decisórios, principalmente por se tratar de um elemento que trouxe provocações não só ao sistema político. Conforme já anteriormente explanado, o sistema atual de Governança, embora tenha a participação dos Estados, engloba uma série de atores que se concretizam na tomada de decisão. Os mais variados setores possuem voz, muito embora o exercício da participação do Público fica restrito a entidades representativas.

Dessa forma, tem-se uma complexidade: por um lado, o sistema político não possui estrutura suficiente para a tomada de decisão de um elemento que não só engloba um único sistema político, mas também sistemas como o econômico e o jurídico. Por outro lado, o sistema de governança, enquanto modelo que privilegia as entidades privadas, não possuem a legitimidade suficiente e, tampouco, podem substituir a tomada de decisão, fazendo o papel Estatal.

As análises em torno da governança da Internet surgiram de um movimento de descentralização do Estado enquanto um ente soberano para conduzir a regulação. Em razão disso, na contemporaneidade, o termo opera enquanto um mecanismo de

interdisciplinaridade. Essa discussão, adentra, integralmente, na relação Regulação e Governança. Conforme já explanado no segundo capítulo, Júlia Black (2001) já trazia uma concepção de regulação que quebra com a centralidade do Estado.

Essa é uma percepção que atualmente prevalece. Existe uma interdependência recíproca entre os atores, vislumbrando-se como uma troca entre o governo e os demais representantes da sociedade. Aliás, o modo de governança já se insere em uma sociedade de maneira que se tornou uma complexidade ao Estado, visto que a ausência de sua participação nos processos regulatórios não impedirá os efeitos da regulação.

Acerca desse quesito, Orly Lobel (2005) indica que a teoria e a prática regulatória sofrerão uma modificação nos setores jurídico, político e econômico, considerando que a própria regulação, aos moldes tradicionalmente conhecidos, acaba por se transformar em um modelo novo de governança, capitaneado pela interdisciplinaridade. Essa modificação nas bases regulatórias é representada, essencialmente, pelas mudanças em questões de ambientalismo cívico, questões trabalhistas e governança digital, este último relevante para o objeto da presente pesquisa.

No primeiro capítulo, foram discutidas as correntes que permearam as possibilidades de regulação da internet, cujos momentos foram desde uma incerteza acerca da conveniência de sua normatização, sobretudo com os movimentos sobre a Internet livre de Barlow. Em seguida, surgem as correntes acerca do potencial normativo do ciberespaço, cujo escopo era o de versar sobre questões da infraestrutura da rede.

Apenas em um terceiro momento é que se pode falar em regulação da internet de forma propriamente dita, mas que já nasce com a incorporação de teorias políticas, jurídicas e econômicas e como um mecanismo que engloba diversos atores sociais, sejam estes atores inseridos no Estado ou independentes. A noção de regulação do meio virtual não consegue se desvincular de uma natureza descentralizadora, como defende Black (2001). Embora esta manifestação da regulação tenha repercussões diretas na comunicação do sistema político, não há como excluir inteiramente a participação do Estado.

Ademais, o contexto da análise em torno da governança teve sua gênese exatamente a partir da percepção de uma limitação estatal frente a regulação, principalmente quando a seara virtual é objeto de estudo. A partir daí a Internet trouxe uma complexidade ao sistema político que prejudica toda a percepção pela Teoria Luhmanniana dos sistemas. Esta percepção ocorre, sobretudo, pelo vislumbre de afastamento do estatocentrismo em um contexto de inevitabilidade de processos decisórios a partir de múltiplos setores.

Em razão disso, a Internet se trata de um fenômeno que demanda um mecanismo regulatório diverso, cujo ineditismo não recaia essencialmente em uma estrutura de completo rompimento às bases já existentes, sobretudo pela inexistência de estrutura dos sistemas da sociedade para lidar com a estrutura internet; mas que possa lidar com a organização das complexidades advindas de sua criação.

Diante dessa percepção, vislumbradas as complexidades para o Sistema Econômico e para o Sistema Político, resta ainda analisar a complexidade da Internet para o Sistema Jurídico, análise a ser conduzida no próximo item.

4.4 O Sistema Jurídico e a Internet: a ausência de estrutura e a construção de uma ilusão funcional

Conforme já amplamente analisado na presente tese, a sociedade moderna possui inúmeras complexidades, configurando-se como a base dos sistemas sociais. Essa mesma complexidade induz ao processo de seleção, cujas estruturas trazem consigo a contingência, que nada mais é que a possibilidade de diferença das expectativas acerca dos fenômenos experimentados no mundo. Ou seja, a contingência se trata do risco de desapontamento diante da possibilidade de um evento.

No âmbito dos sistemas sociais, a contingência é elevada a um segundo plano: Alter não pode esperar algo de Ego e, por isso, não detém uma referência orientadora de sua conduta. Dessa forma, Alter orienta o seu comportamento a partir da expectativa do comportamento de Ego. Por sua vez, Ego não deve se orientar por intermédio de uma referência, visto que necessitaria ter uma expectativa sobre a expectativa de Alter.

A partir do Sistema Jurídico é possível, em Luhmann, promover a estabilização social, temporal e material das expectativas de comportamento. Na seara social, estabilização ocorre com a institucionalização das expectativas. Isso não implica dizer, entretanto, que há duas posições antagônicas cujo direito estruturará um comportamento comum, mas em uma expectativa de consenso que se dá de maneira fictícia e presumida. Ou seja, a generalização do direito não ocorrerá com a aprovação ou reprovação individual visando um consenso, mas da suposição de um consenso.

As expectativas, entretanto, não são distribuídas de forma aleatória, mas se trata de um agrupamento estruturado em um sentido. Daí resulta a dimensão material da estabilização por parte do Direito. Existe — de maneira complexa — um conjunto de fundamentações que identificam comportamentos divergentes e convergentes em um processo comunicativo.

Assim, ao direito cumpre a identificação dessas expectativas de maneira prática. Essa manifestação se dá com o plexo decisório que é atribuído ao Direito.

Por fim, a generalização da dimensão temporal compõe na estruturação de instrumentos às expectativas, de maneira que ocorre uma estabilização caso haja frustração dessas expectativas. Ou seja, o direito enquanto elemento generalizador se trata de um modelo orientador de condutas que demanda essa estabilização temporal para continuidade de suas próprias operações, mesmo quando há um desapontamento em relação às expectativas.

O Direito, portanto, constituindo-se como subsistema da sociedade, tem por função garantir o mínimo para a orientação de condutas, reduzindo a complexidade da sociedade e organizando-a, de maneira a estruturá-la e colocá-la em outro patamar.

A função do direito, como todo subsistema na Teoria Luhmanniana dos Sistemas, é autorreferencial e autopoietico, guiado pelo binômio lícito/ilícito. Assim, todas as formas de comunicação do sistema jurídico são orientadas com base neste código binário e é por intermédio dele que o Direito processa e interpreta as expectativas jurídicas em um contexto conflituoso. É por intermédio da norma jurídica — aqui interpretada como uma expectativa de estabilização — que o Direito promove sua comunicação, sobretudo por sua característica da coercitividade e da possibilidade de sanções.

É por intermédio do conjunto de programas decisórios que o Direito se constitui e sua operação se dá em um condicionamento de suas próprias normas. Isso implica dizer que se as condições predeterminadas forem preenchidas, uma decisão específica será adotada. É assim que o sistema jurídico não só se constitui, mas se reproduz. É também por isso que apenas o Direito pode dizer o que o Direito é e apenas o Direito pode produzir o Direito, visto que as normas jurídicas são produzidas a partir de outras normas jurídicas.

Toda essa estrutura corrobora para o fenômeno da positividade do sistema jurídico, visto que é uma inovação legislativa que fixará a manifestação do Direito, afastando-se quaisquer associações com um direito pressuposto e metafísico. Ou seja, no acoplamento estrutural entre Direito e Política, em que esta inova a legislação por intermédio de uma decisão política, permite também ao Direito que este possa reduzir a complexidade, estabelecendo-se dentro do seu próprio código de interpretação. Ao estabelecer suas próprias condições de validade, o sistema jurídico se legitima, garantindo-se por sua própria característica da positividade.

Além disso, para o Direito legitimar a si próprio, não existem associações com valores como justiça ou verdade, tampouco existe a necessidade de um convencimento ou consenso acerca da vigência das normas. Essa legitimidade é manifesta por meio da decisão judicial,

cujas funções são organizar as expectativas comportamentais. Quando as regras impostas são devidamente observadas, com a operacionalização do sistema, por intermédio e procedimentos organizados juridicamente, alcança-se a legitimação do Direito.

Essa legitimação é, portanto, funcional e isso ocorre porque há uma premissa de que ocorrerá a aceitação de decisões em que sua materialidade é desconhecida, embora existam limites para essa mesma decisão. Dessa forma, o assecuramento das decisões que o Direito emitir serão obrigatórias em razão de um comportamento de concordância dos envolvidos. Isso não implica dizer que as partes necessitam ser convencidas acerca de uma decisão judicial, visto que nesse caso, o consenso é pressuposto e diz respeito à decisão em si, não do seu conteúdo.

Dada as premissas da função do Direito para a Teoria Luhmanniana dos Sistemas, há a necessidade de observar sua ausência de estrutura para lidar com os fenômenos que envolvem o surgimento da internet. A partir do momento em que a sociedade moderna se autoconsidera moderna, as suas próprias características passam pelo mecanismo contínuo de suas mudanças (DE GIORGI, 2005, p. 386). Uma das consequências dessa transformação contínua é a chamada desidentificação com o passado, considerando-se que a realidade é autoconstituída. Com isso, é possível verificar uma adaptação da sociedade diante de uma realidade construída pela própria sociedade.

A internet faz parte desse fenômeno, em razão do seu poderio não só de transmissão de informações, mas, principalmente, de alteração da realidade. É exatamente esta estrutura que se concretiza como elemento de representação da ação e do movimento, como pensa De Giorgi (2005, p. 387), “[...] o limite da sociedade é o mundo e o mundo é o horizonte das possibilidades. Horizonte dentro do qual aquilo que é possível pode sempre ser atualizado”.

O desenvolvimento de um mecanismo como a internet favorece e influencia a expansão da comunicação e, com isso, tem-se também a expansão da sociedade. Essa expansão aumenta — ao seu turno — a complexidade. Ocorre que os sistemas sociais acabaram por se tornar obsoletos com suas estruturas normativas, por se tornarem obstáculos à própria expansão da sociedade.

Os sistemas sociais possuem uma capacidade alta de adaptar-se e evoluir, a partir de si mesma. Assim ocorre com o Direito, com a Política, com a Economia ou quaisquer dos outros sistemas sociais. Essa possibilidade evolutiva se dá a partir da capacidade de aprendizado, construindo a realidade em seu interior, diante da relação que estabelece com o seu ambiente (DE GIORGI, 2005, p. 388).

A internet trouxe para o Direito complexidades demasiadas, cuja dimensão o sistema social não consegue lidar por completa ausência de estrutura. Diante dessas premissas, a alta complexidade da sociedade traz também o risco para essa sociedade. É o risco que permite a construção de “[...] estruturas nos processos de transformação dos sistemas” (DE GIORGI, 2005, 388). Sendo, portanto, uma construção comunicativa e descritiva da possibilidade de arrendimento futuro, o risco se relaciona a uma escolha adotada por uma consequência cujo objetivo era evitar um dano. Ou seja, o risco possui uma demanda: calcular o tempo de acordo com uma premissa própria. Ocorre que ao não saber quais são essas premissas, quaisquer tentativas de dedução do risco têm como consequência o seu aumento (DE GIORGI, 2005, 389).

A sociedade moderna se caracteriza, portanto, pela representação do futuro enquanto um risco. Isso se dá sobretudo em razão da contingência, visto que esta permanece abertas às possibilidades, podendo ou não ser selecionadas e gerar uma cadeia de outros eventos. O fenômeno da internet é, portanto, uma contingência para o Direito, pois todos os seus elementos geram eventos, que geram outros eventos, podendo ou não se verificar danos.

Daí repousa também a complexidade da internet em relação do Direito. Enquanto complexidade, o risco se caracteriza por distinções que geram novas distinções e construções de uma realidade que produz novas realidades. Se a alternativa para o risco é a segurança, então o Direito não possui a estrutura para configurá-la diante da internet. Quaisquer medidas jurídicas que venham a se traduzir como segurança da internet, acabam por não se concretizar, visto que “o incremento das medidas de segurança produz o incremento do risco⁵⁴” (DE GIORGI, 2005, p. 389).

Na modernidade, o risco potencializa as possibilidades de escolha e expande das possibilidades de decisão, o que culmina em uma multiplicidade de alternativas. O paradoxo se encontra justamente quando o aumento de segurança — mesmo que ela seja artificial — configure o aumento do risco. O próprio aumento exacerbado de informações que a internet proporcionou, tem como consequência um decréscimo da informação da opinião pública (DE GIORGI, 2005, p. 390).

Ao analisar o sistema jurídico, verifica-se que o Direito não tem como função a proibição do risco. Entretanto, quando este se manifesta, o Direito observará suas próprias

⁵⁴ A interpretação da semântica normativa dos dispositivos relacionados à Internet se configura como exemplo desse trecho. Seja o Marco Civil da Internet, que estabelece diretrizes de segurança na internet ou a Lei Geral de Proteção de Dados, que tem uma diretriz voltada marcadamente para a segurança do usuário, estes mesmos dispositivos não alcançam o seu objetivo, sobretudo pelo incremento do risco. Conforme explana De Giorgi, se se interpretar o perigo como possibilidade de verificação de um dano, será possível observar a produção da redução de risco.

estruturas de maneira a reduzir o risco do tratamento jurídico do próprio risco. Nesse ponto, não deixará de ocorrer uma aproximação dos sistemas jurídico e político. O sistema político possui naturalmente uma destinação maior para a minimização de riscos, entretanto, essas decisões de caráter político assumirão um modelo jurídico. Nesse patamar, a decisão política – na tentativa de minimização do risco a níveis razoáveis – levará o próprio risco de suas decisões para o direito (DE GIORGI, 2005, p. 391).

Este é exatamente o que ocorre no tratamento da internet. Surge a complexidade do setor virtual que leva suas consequências a inúmeros sistemas da sociedade. Para lidar com essa complexidade e com os riscos que a internet trouxe, o sistema político passou a inovar a legislação, em uma tentativa de estabilização desses riscos. Esse mesmo risco é levado ao direito, que não consegue se imunizar do direito do próprio direito. As consequências para esse fenômeno são: (i) fragilização de dispositivos normativos que poderiam ser interpretados para a seara virtual; (ii) desenvolvimento de novos dispositivos normativos que levam aos atores do direito o controle do risco ou que sancionam comportamentos em virtude do exercício do direito algum dano passível de ser evitado foi produzido.

Dessas consequências, é possível vislumbrar alguns problemas. Em primeiro lugar, aumento da imprevisibilidade em razão da multiplicação de tentativas de determinar causas aceitáveis. Ou seja, as possibilidades de prever as formas de exigibilidade em juízo dos interesses são estendidas sem que haja uma definição clara. Isso acarreta, ao seu turno, o alargamento da absorção do sistema jurídico por intermédio da jurisprudência, o que culmina em um retorno dos riscos à política, em temáticas cujo sistema político já havia direcionado ao direito.

Para além da relação entre Direito e Política em face do risco, há ainda a relação em face da Economia. O risco não possui consequências unicamente para os dois subsistemas citados, mas há também uma monetização do risco. Sendo assim, ao se externalizar, a Economia igualmente ativa seus mecanismos de segurança e, por conseguinte, aumentam as atitudes geradoras de risco.

É possível, portanto, vislumbrar uma função normativa do direito enfraquecida, visto que ocorre uma modificação das expectativas que lhes são dirigidas. Ao não conseguir apresentar as garantias diante da quebra das expectativas, o acesso ao direito também se torna um risco. Ou seja, o Direito não consegue lidar com suas próprias condições de risco, pois não consegue indicar que ao final de seu processo comunicativo, existirá um direito. Em outros termos, o próprio sistema jurídico não consegue dizer o que é Direito.

O surgimento da internet, portanto, alterou as expectativas dirigidas não só ao sistema jurídico, mas ao político e ao econômico. Essa alteração, portanto, trouxe consequências. Em um primeiro lugar, o sistema jurídico é visto, pelos demais sistemas, como um mecanismo de experimentação de determinadas soluções. Ou seja, as respostas são sempre dadas com uma certeza futura de um direito que possa ser reconhecido diferente daquele momento específico.

Dessa forma, a política estabelece objetivos indeterminados, fazendo com que o direito reaja a esta indeterminabilidade orientando-se a partir de uma casualidade e não de uma casuística. O resultado disso é o aumento da generalização do direito a partir do contato com o ambiente, possibilitando a normalização das violações com direito como sendo próprias do próprio direito ou como diz DE GIORGI (2005, p. 392), “a violação do direito” apresenta como um “agir normalizado”, se tornando um “aspecto estrutural da operação dos sistemas sociais”.

Esse fenômeno é possível de verificar quando se vislumbram as produções normativas relacionadas à internet no Brasil. Ao mesmo tempo em que se trata de normas com conteúdo generalizado, impondo à decisão judicial o dever de reduzir as expectativas, o próprio sistema jurídico não possui estrutura para lidar com os riscos promovidos pela própria internet. Essa ausência de estrutura também se relaciona aos processos do sistema econômico e aos processos do sistema político.

Entretanto, independente se existe ou não estrutura para lidar com as complexidades e riscos advindos do fenômeno internet, os sistemas — e especial o jurídico — necessitam apresentar suas respostas, pois isso é inerente à sua função. A inexistência dos sistemas e da prevalência de suas funções colocaria toda a sociedade sob o caos, o que levaria à barbárie. Sendo assim, para lidar com um fenômeno tão complexo, se faz necessária a existência de mecanismos que lidem com as principais complexidades trazidas. Outra manifestação da regulação, portanto, se traduz como uma opção para lidar com estas expectativas.

4.5 A Regulação pelo Procedimento como forma de Acoplamento Estrutural entre Direito, Política e Economia: Uma Construção Ilusão Funcional dos Sistemas Sociais

A escola do Construtivismo Lógico-Semântico parte do pressuposto que toda norma é comporta duas propostas: (i) uma hipótese, cuja função é descrever uma situação imprevista, onde para que um efeito se concretize, se faz necessário que a causa ocorra; (ii) uma tese, que tem por função delimitar a relação entre sujeitos diversos, traduzindo-se como um vínculo

condicional. Consequentemente, verificando-se a hipótese, tem-se o seu consequente, a qual é a tese (CARVALHO, 2016).

Para além da existência de uma norma jurídica de primeiro grau, em que se relaciona um fato ocorrido a uma conduta prescrita, há ainda a norma jurídica de segundo grau, a qual é aplicada pelo Estado-juiz com uma prescrição sancionatória a partir da constatação de que o fato prescrito se concretizou.

Conforme já explanado no segundo capítulo, as formas de regulação tiveram impacto na manifestação do Direito, da Política e da Economia, sobretudo quando se diz respeito à Internet. Isso se dá porque na descrição das situações específicas de ordem virtual, determinados conceitos são levados para todos os subsistemas.

Os sistemas funcionais de uma sociedade se diferenciam a partir do seu código, da sua função e pelos mecanismos comunicativos. Por um lado, a comunicação econômica se operacionaliza por intermédio da necessidade de garantir recursos disponíveis no futuro, em um sistema ter/não ter. No objeto do presente estudo, essa função é desenvolvida pelo dinheiro, mas sua organização não se centraliza nos preços em observação das transações, mas a partir dos dados. São os dados que estruturam toda a capacidade de consumo, produção e comércio.

Por outro lado, a política é estruturada de maneira a adotar decisões vinculantes coletivamente, de maneira a se comunicar pelo binômio poder/não poder, configurado, portanto, nas figuras do Governo e da oposição. As eleições, portanto, representam a reflexividade da política na decisão acerca das decisões estatais. No aspecto do objeto desta pesquisa, a Regulação funciona como um mecanismo para a adoção de decisões que se configurarão na administração das políticas voltadas à Internet.

O sistema jurídico, por sua vez, generaliza as expectativas normativas, reforçada contra a desilusão ao garantir sanções nos conflitos que lhes são levados. As normas, portanto, funcionam como mecanismo para a construção da reflexividade do direito, modificando-se constantemente como respostas à sociedade e suas demandas.

Dadas essas premissas, há a conceituação de regra-matriz, advinda do construtivismo lógico-semântico, capitaneada na construção de Paulo de Barros Carvalho, quando imaginou a regra-matriz de incidência tributária. Trata-se de uma estrutura reveladora de conteúdo normativo que pode ser utilizado na construção de quaisquer normas jurídicas. No âmbito da regulação, a questão funciona de maneira diferente. Isso se dá essencialmente porque na regulação, duas estruturas não estão direcionadas exclusivamente para a norma jurídica, mas para as regras estabelecidas no âmbito político e econômico.

Isso explica, portanto, o porquê que a Regulação se trata de um acoplamento estrutural entre o Direito, a Política e a Economia, visto representar um mecanismo para lidar com as complexidades da sociedade moderna em cujas áreas se tocam e se irritam mutuamente. Essa interação serve, portanto, para os sistemas selecionarem no ambiente as informações relevantes para suas operações internas.

Ocorre que uma decisão regulatória pode acarretar diversos aspectos. De um lado, as decisões políticas produzem efeitos que terão relevância para o sistema econômico, sobretudo porque afetam diretamente os mecanismos para produção de mais dinheiro. Por outro lado, uma decisão regulatória tem a potencialidade, igualmente, de produzir efeitos na esfera jurídica, ativando o Direito a agir de acordo com seu próprio código de interpretação.

Em uma interpretação funcional, os acoplamentos produzem irritações registradas pelas estruturas do sistema e cada um dos sistemas reage de maneira a processar essas informações e transformá-las em elementos próprios. É desse aspecto que surge a Regulação como um acoplamento estrutural entre Direito, Política e Economia, funcionando como fundamento para a diferenciação funcional na sociedade moderna.

Diante desse aspecto, quando as regras da regulação processam sua incidência, no âmbito do sistema político, funciona como uma programação representativa das decisões vinculantes, cujo cumprimento/não cumprimento de seus dispositivos implicará em consequências no âmbito da administração e, podendo, a depender do ato, ter consequências no âmbito jurídico. Os entes regulados, por sua vez, se tratam de elementos do mercado, o qual é o ambiente do sistema econômico. Dessa forma, suas regras incidirão de maneira a programar, por estes mesmos entes, estruturas para a produção de dinheiro, harmonizando — ao menos em hipoteticamente — com o cumprimento dos dispositivos. Além disso, se for considerado que para a submissão das regras regulatórias são englobados também custos, estes vão incidir sobre o lucro e consolidar o preço final dos produtos e serviços.

Ou seja, a obrigatoriedade do cumprimento das regras regulatórias importa também em custos que não deixam de ser provenientes de uma atuação estatal, sobretudo pela compreensão que a Regulação deve também ter a presença da Administração, não se configurando como uma estrutura puramente vinculada aos entes privados.

Em relação ao sistema jurídico, a regulação se refere, no direito, aos métodos de redução das complexidades. Partindo-se do pressuposto de que a regulação se relaciona a uma disciplina da Administração Pública, o seu regime — ou seja, a manifestação da norma por uma conduta e ser prescrita ou pela aplicação pelo Estado-juiz — é o de um direito público,

sobretudo por ser intermediado por procedimentos, função e por um regime jurídico voltado às instituições públicas.

A regulação, que, portanto, era um elemento considerado externo ao sistema jurídico, passa a ser entendido pela harmonização de seus elementos, sobretudo enquanto se transforma em um mecanismo de exercício do poder do Estado, mesmo que os mecanismos de articulação com os agentes privados em setores de regulação estejam menos verticalizados.

Diante desses fatores, a regulação não se trata exclusivamente de um ramo do direito que busca harmonizar e restabelecer uma ordem nos sistemas jurídico e econômico, como defende Marie-Anne Frison Roche (2001). Tampouco se torna um mecanismo de redução de complexidades entre o sistema político e o sistema econômico ou mesmo uma forma de o sistema econômico interferir nas políticas estatais por intermédio da captura. Estas hipóteses não abarcam, em sua inteireza, as manifestações que a Regulação promove nos três sistemas: jurídico, político e econômico.

Por mais que as relações tenham se modificado, o posicionamento que indica que a regulação separa o Direito e o Estado em razão do surgimento de novos mecanismos estatais e novos procedimentos não se sustenta, sobretudo porque, ao final, apenas o Direito poderá determinar o que é e o que não é direito. A indicação de que as autoridades reguladoras, enquanto independentes que são, são as responsáveis pela promoção interativa entre autoridades governamentais, sistema jurídico e agentes regulados como se surgisse uma nova categoria de Poder não se sustenta, visto que enquanto acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico, político e econômico, a regulação se traduz enquanto resultado e, sobretudo, mecanismo e não como estrutura acima destas categorias.

Enquanto Morand (1999) considera haver uma nova fase do Estado em que se renuncia à coação para adotar uma postura em que se incentiva os entes regulados, verifica-se tão somente um discurso voltado para uma visão puramente econômica. Não se vislumbra, na Regulação, uma renúncia das sanções, mas uma reestruturação procedimental em que, de um lado, há a caracterização incentivadora, mas, de outro, há também a possibilidade de sanção.

Por isso que a percepção de existência de um “Estado gasoso”, onde o direito se torna fluído pelo aumento de uma incerteza sobre as fronteiras do direito apenas corrobora para uma percepção não assertiva sobre a própria Regulação, que se configura como um dos mecanismos do Direito. Se existe, portanto, uma sanção final — mesmo que estas tenham por função assegurar a eficácia das transações regulatórias — não se abre margem para o enfraquecimento do Direito, mas para uma de suas manifestações e interpretações.

A existência de uma reconfiguração na atuação Estatal, sobretudo com a globalização das relações econômicas e políticas, não leva a uma fragmentação do Direito. A própria concretização de um Estado regulador, portanto, se traduz como um mecanismo para ligar com estes processos, ao mesmo tempo em que lida com a relação das autoridades políticas em um meio de estruturação econômica.

Nestes termos, ao contrário do pensamento que coloca quase um total afastamento do Direito no âmbito regulatório, a presente pesquisa vislumbra uma alternativa dividida em vieses. O primeiro viés, seria o de que a ausência de estrutura dos sistemas sociais para lidar com o fenômeno da Internet acaba por atrair a necessidade da Regulação, enquanto acoplamento estrutural, para lidar com esta complexidade, conforme já debatido anteriormente. O segundo viés é o de que a Regulação, enquanto acoplamento estrutural, só pode obter sua legitimidade quando são estabelecidos os procedimentos a serem seguidos, não sendo seu objetivo atingir um consenso, conforme discutido ao final do segundo capítulo. O terceiro viés é o de que a Regulação, enquanto resultado do acoplamento estrutural entre Política, Direito e Economia, também produzirá uma ilusão funcional para se fazer valer, se considerada a amplitude da Internet diante das estruturas hoje disponíveis.

Em relação à regulação, a norma jurídica de primeira ordem, cuja previsão descreve uma situação hipotética e um efeito em caso de concretização, aparece na posição de centralidade da regulação da rede, dirigindo-se aos seus destinatários que comporão a figura da Governança da Internet. A recursividade da produção normativa, portanto, se dará quando os legisladores e os demais atores que compõe a regulação da internet integram a atividade legislativa e se antecipam diante dos princípios e da interpretação da norma.

A legitimidade da Regulação, conforme já anteriormente explanado, não estará expressa por uma eleição, visto que as entidades regulatórias não são escolhidas por sufrágio, mas por uma rede de participantes que possuem posicionamentos divergentes e convergentes. Esta legitimidade será alcançada por intermédio dos procedimentos atribuídos igualmente pela norma, para realização das funções inerentes pela própria regulação.

A Regulação não comporta uma produção monopolística. Aliás, sua estrutura sequer foi pensada a ser exercida de forma uma. Por isso, ela estará inserida em um contexto em que existirá um jogo de comunicações e conflitos, em que caberá a regulação reduzir essas complexidades, buscando constantemente um equilíbrio entre os sistemas, mas igualmente produzindo mais complexidade à medida que reduz essas mesmas complexidades.

A questão que envolve a Governança da Internet se traduz em um empecilho não só estrutural, mas também geográfico. Sendo uma rede de dimensões internacionais, os jogos de

poder que englobam esta governança não estão apenas disponíveis para um único sistema jurídico. Cada Estado Soberano e a União Europeia, enquanto grupo supranacional, possui interesses próprios associados à Internet. Cada interesse está associado ao contexto social, econômico e político próprio, enquanto a estrutura internet — em tese — está disponível para todos⁵⁵.

Dessa forma, a própria Regulação, mesmo legitimada por seus procedimentos, não possuirá igual estrutura para produzir todos os efeitos pelas quais foi construída. Essa ausência de estrutura coloca em xeque, portanto, sua função e é nesse exato questionamento que repousa, portanto, o problema do objeto da presente pesquisa: como é possível lidar com as complexidades da Internet por intermédio da Regulação?

De maneira concreta, diante das estruturas hoje disponíveis na economia, no direito e na política, não é possível a redução das complexidades. Não obstante, independentemente da ausência da estrutura suficiente para lidar com as complexidades da Internet, se faz necessário que exista um mínimo, sob o risco de os seus usuários ficarem em meio ao caos. Em razão disso, à Regulação resta, no âmbito dos seus procedimentos, utilizar-se de uma ilusão funcional para agir.

A ilusão funcional da regulação, na mesma estrutura da ilusão funcional do sistema jurídico, parte do pressuposto de demonstração de capacidade para resolver os problemas sociais e econômicos da forma como a sociedade e os interessados no setor esperam que ocorra. Ou seja, embora limitado em sua capacidade de redução das complexidades, pela ausência de estrutura, os mecanismos disponíveis por esta Regulação podem ser disponibilizados de maneira a trazer a sensação de funcionamento e de concretização dos seus objetivos.

Essa ilusão funcional é necessária ao sistema social e se estabelece por intermédio da comunicação no sistema jurídico. Para a concretização dessa ilusão, é necessário um fundamento de racionalidade, visto que a sensação de verdade está intrinsecamente associada ao racional (GONÇALVES, 2013, p. 57). Sendo assim, para que o sistema social entenda que a engrenagem permanece a funcionar, a Regulação é estruturada de forma que suas decisões e regras estejam revestidas de uma suposta racionalidade, trazendo uma sensação de certeza.

Essa característica da Regulação está associada à do sistema jurídico. Sendo o processo regulatório um acoplamento estrutural dos sistemas jurídico, político e econômico, a

⁵⁵ Pegue-se, por exemplo, a União Europeia que possui o plano “Década Digital da Europa”, com metas estabelecidas até 2030 para fortalecimento de empresas e serviços públicos em forma digital. Ao mesmo tempo, países com menor poder aquisitivo – como é o caso do Brasil – embora tenha objetivos semelhantes, lida com diferenças sociais que obstaculizam o acesso à Internet.

função da regulação é a de trazer a certeza que o sistema jurídico pretende, de maneira a construir uma verdade e, portanto, construir uma realidade.

As discussões acerca de qual norma é o mais adequado para lidar com as controvérsias e trazer a funcionalidade ao sistema vão ocorrer na observação de segunda ordem, necessária para construir o conhecimento. Assim, os princípios constitucionais e os princípios erigidos nos dispositivos infraconstitucionais associados à matéria da internet servem para reduzir e, ao mesmo tempo, produzir novas complexidades (SILVA, 2014).

Leve-se em consideração, aliás, que o princípio se trata de uma construção. Sendo uma invenção, para se legitimar enquanto direito, se faz necessário da existência de uma verdade e esta é justamente a percepção de que a Regulação, enquanto acoplamento estrutural entre política, direito e economia, pode lidar com as complexidades da internet. A Governança da Internet, enquanto mecanismo regulatório, portanto, se sobressai enquanto invenção, sendo quaisquer questionamentos em torno dessa percepção uma incompatibilidade ao bom funcionamento do sistema social.

Esta percepção leva, então, à interpretação construtivista iniciado no tópico, visto que para representar as verdades dos sistemas sociais do mundo ocidental (SILVA, 2014), os princípios se configuram como uma invenção que norteará toda a atividade regulatória da internet. A regulação servirá como elemento do sistema jurídico para viabilizar as incertezas em certezas, inclusive levando suas concepções a uma possível decisão judicial, se necessário.

É justamente na observação de segunda ordem que, em uma perspectiva regulatória, se vislumbrará a estrutura normativa mais adequada para lidar com as controvérsias que englobam a internet, seja em uma perspectiva local, regional ou mundial, dando justamente funcionalidade à Governança da Internet ao interpretar os dispositivos de modo a tentar reduzir as complexidades. Assim sendo, embora seja a Regulação um acoplamento estrutural entre o Direito, a Política e a Economia, é o Direito que confere a esta estrutura a possibilidade de interpretar e entender os princípios construídos e, assim, lidar com as complexidades do setor regulado.

Uma regulação da internet, portanto, necessita de uma estruturação com possibilidades de os sistemas operacionais possuírem respostas, o que é denominado de “sistema técnico” (LUHMANN, 2011). Esse sistema possui em sua função a característica da previsibilidade, tendo em vista que os erros e as complexidades podem ser contidos, buscando evitar surpresas. Em uma regulação observada enquanto acoplamento estrutural, esta previsibilidade se dá pela Política na formação das decisões acerca da sociedade; para a Economia, no

momento em que o mercado contribui com essas decisões e para o Direito, está representado na lei e na construção principiológica que permeia o setor.

Esse sistema técnico, portanto, é limitado ao conhecimento dos efeitos e a contenção das falhas e quando diz respeito a quaisquer tipos de tecnológica — como o é a internet — existe a potencialidade de ficar fora de controle por não conseguir obter as expostas adequadas às complexidades que surgem e, por isso, necessita produzir sua ilusão funcional.

Essa ausência de capacidade para apresentar respostas é caracterizada pelo que De Giorgi denominar de “sociedade de risco”, visto que na sociedade global, marcada pela complexidade, os reflexos dos comportamentos abandonam a racionalidade, transportando a sociedade para um não-saber e com isso, ter apenas a certeza da incerteza (DE GIORGI, 2006). Esse pensamento, portanto, leva a uma compreensão de que a redução das complexidades aumenta a própria complexidade ao mesmo tempo em que em uma sociedade conduzida pela tecnologia do risco, a redução do risco amplia ao próprio risco.

Embora Luhmann parta de um pressuposto da necessidade de um sistema de regras para uniformizar a capacidade humana e social de resposta em uma sociedade em constante presença da internet, o crescimento de complexidades causais impede que se concretize a um “êxito desejável” e, por isso, recorre-se à ilusão funcional para trazer a sensação de que o sistema permanece em funcionamento. O Direito, portanto, promove, por meio da regulação, a instrumentalização da confiança social, artificialidade construída para ter uma percepção de certeza do futuro.

Se a confiança é um símbolo artificial que resulta da pressão para estabelecer certeza em relação ao futuro, que, ao ser surpreendida por eventos imprevisíveis, é reforçada, é possível concluir que a confiança jurídica opera em uma lógica paradoxal e circular: frustrações e surpresas demandam confiança que, por sua vez, geram frustrações e surpresas. Neste sentido, o direito é um sistema de controle que é responsável pela absorção e tratamento da frustração. (LUHMANN, 2017, p. 73)

A regulação, portanto, atua no âmbito normativo da mesma forma que o direito, adaptando-se às situações e se inventando a partir da situação que causou a adaptação (DE GIORGI, 2006, p. 149). Como a sociedade moderna apresenta inúmeros comportamentos diferentes e, com isso, um aumento exponencial da complexidade, o direito (e consequentemente a regulação) se utiliza dessas complexidades para reorganizá-las e, assim, manter a ordem sistêmica.

O surgimento de leis que versam sobre a Internet (Marco Civil da Internet e Lei Geral de Proteção de Dados) e os atos normativos eivados das agências reguladoras estabeleceram

um novo mecanismo do poder judiciário para exigir que os responsáveis pelas infrações (cíveis, administrativas ou criminais) existentes na seara virtual possam ser responsabilizados.

Todas essas decisões (judiciais e administrativas) poderiam ser possíveis, se a internet também não fosse um mecanismo de produção de desigualdades, que coloca tanto no âmbito interno, como no âmbito externo, contextos diferentes. Isso traz um resultado não só diferente no contexto da decisão judicial, mas também das políticas públicas associadas à internet, tornando toda a questão dissonante com a realidade.

É cada vez maior a atenção que economistas e formuladores de políticas públicas conferem ao Direito. Por outro lado, de parte dos juristas, pelo menos entre nós, a recíproca não está no mesmo plano. Submersos em discursões formais e, muitas vezes, desatentos ou desapegados em relação ao principal problema da economia, isto é a escassez, os operadores do direito parecem advogar um —direito fundamental às pretensões ilimitadas! que ignora a realidade (CAMPILONGO, 2014, p.37).

Um número crescente de dispositivos com conteúdo exclusivamente principiológico, cuja incorporação ao ordenamento jurídico acaba levando a uma atuação ativista do judiciário, acaba demonstrando um alargamento da insegurança jurídica. Entretanto, se avaliada a questão sob a ótica da teoria dos sistemas, os mecanismos voltados à regulação da internet possuem a função de demonstração de controle e segurança, refletindo a ilusão funcional do sistema.

Um exemplo disso é o artigo 7º da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que prevê o acesso à internet como essencial ao exercício da cidadania, garantindo-se a inviolabilidade da vida privada e sua proteção e a inviolabilidade das comunicações pela internet. Ao mesmo tempo, o artigo 1º da Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) fundamenta o tratamento de dados pessoais — inclusive nos meios digitais — visando proteger os direitos fundamentais da privacidade e livre desenvolvimento da personalidade natural. Ocorre que, para o funcionamento de uma Economia da Sociedade de Dados, o descumprimento das garantias da privacidade é mecanismo que impulsiona a produção de mais dinheiro. Para o funcionamento do comércio e da produtividade, as empresas necessitam captar os dados — seja esta captação realizada de forma consentida ou não — para alcançar seu objetivo final, o qual é o lucro.

Ao mesmo tempo, ao sistema político, se faz necessária a construção de políticas públicas voltadas à presença do usuário na rede, como mecanismo de desenvolvimento. Ao seu turno, ao sistema jurídico, no leque de estruturas que dizem quais são os seus direitos, cabe a concretização de que o usuário está protegido em todas as suas garantias. O paradoxo

repousa, justamente, no reconhecimento de que para que o sistema permaneça funcionando, os direitos necessitam ser descumpridos de um lado, para ser gerado o lucro e o sistema jurídico atue do outro, de maneira a punir pelo descumprimento.

Dessa forma, as complexidades surgem e aos sistemas não cabe a sua resolução, mas sua tolerância e organização para uma posição mais aceitável. É justamente por intermédio da comunicação e da linguagem que o sistema social legitima o seu subsistema normativo. A construção existente como resultado da comunicação e do pensamento é denominado de memória (DE GIORGI, 2006).

Em uma sociedade altamente complexa, a memória é um mecanismo de observação do passado e é ao mesmo tempo, uma necessidade para analisar o passado e, portanto, vislumbrar as modificações geradas no sistema. A comunicação concretiza o processo cognitivo a partir da sintetização das informações e, nesse caso, ela está vinculada não pela informação, mas pela compreensão da informação (LUHMANN, 1997).

A comunicação é um fato improvável. Isso se dá por três questões: i) impossibilidade de compreensão do que o outro diz; ii) a mensagem atingir destinatários distantes do contexto desejado e iii) concretização de resultados diversos do esperado. Nesses termos, ao se analisar o fenômeno da internet e dos meios de tecnologia, verifica-se que há um aumento exponencial desses obstáculos, pois se acrescenta a velocidade de transformação que atinge justamente a memória.

Ao tentar transformar a incerteza em certeza, o Direito não consegue alcançar a velocidade de mudança e acompanhar a observação da memória. A própria estrutura da internet produz tamanha quantidade de informações, que por sua própria estrutura impede a observação dos sistemas como um todo. Ao direito cabe a produção da ilusão funcional, lastreado nas observações de segunda ordem, verificando como lidar com os problemas virtuais que lhes são apresentados. Assim, a Regulação da Internet pode ser vislumbrado como um instrumento necessário pela necessidade do sistema, pois constrói e inventa uma realidade para que o Direito dela se utilize e, ao final, permita desenvolver suas próprias operações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente tese teve como proposta analisar a regulação da internet, vislumbrando a sociedade por uma economia conduzida por meio dos dados. Pensando a internet enquanto uma estrutura que trouxe complexidades para os sistemas econômico, político e jurídico, verifica-se que muitos são os problemas que envolve a condução de uma economia com base na extração — muitas vezes de maneira ilícita — dos dados dos usuários. Consubstanciado na dicotomia entre os mais variados serviços virtuais de um lado e da necessidade de preservação do próprio usuário por outro, o trabalho partiu da hipótese de que enquanto acoplamento estrutural do Direito, da Economia e da Política, a Regulação Legitimada pelo procedimento poderia ser o meio efetivo para construir uma ilusão funcional da regulação da internet.

A trabalho, então, foi erigido com uma base de três capítulos⁵⁶. No Capítulo 02 se investigou todo o contexto estrutural da Internet, estabelecendo suas principais diretrizes no Brasil e no mundo, para demonstrar a amplitude de seu alcance e sua existência enquanto um produto do mercado. Dessa forma, foram analisados os principais dispositivos normativos e o seu funcionamento em uma sociedade capitaneada por uma economia de dados. Tratou-se de um capítulo de cunho mais histórico, tendo em vista que foram estabelecidos o percurso do surgimento e estruturação da internet e quais são os órgãos que hoje atuam na chamada Governança da Internet, principal estrutura regulatória hoje existente. Almejou-se, portanto, analisar os impactos da internet e os mecanismos existentes para lidar com essa estrutura.

No Capítulo 03, a investigação passou a analisar a Teoria Geral da Regulação, cuja orientação foi esquadrihar os fundamentos e bases das correntes em torno desta estrutura normativa. Não se buscou, tão somente, tratar da atuação do Estado na Economia ou exclusivamente os mecanismos de autorregulação por parte do Mercado. Passou-se, portanto, por todas as correntes regulatórias, desde as clássicas, até as contemporâneas, vislumbrando-se se estas correntes teriam aporte para lidar com as complexidades advindas da internet e de um mercado estruturado pela captação de dados. Pensou-se, ainda, acerca da possibilidade da Regulação como Procedimento e sua legitimação, sendo um produto do acoplamento estrutural entre Direito, Economia e Política.

No Capítulo 03, analisou-se, portanto, a estrutura dos subsistemas Direito, Economia e Política. Foi analisada a estrutura de cada um dos sistemas, observadas sob a ótica da relação com a Internet e vislumbrando que nenhum dos sistemas possui — por si só — estrutura

⁵⁶ Neste momento, entender os capítulos como aqueles que tratam diretamente do objeto da tese, excluídas a Introdução e as Considerações Finais.

suficiente para lidar com as complexidades da Rede. Dentre os sistemas, é possível perceber que para o Direito, se vislumbra uma maior ausência de estrutura para lidar com a Internet do que para a Economia, tendo em vista que o espaço virtual é um produto e o serviço, estando à disposição do Mercado, que é ambiente o sistema econômico.

Em razão disso, foi erigido uma percepção de Regulação a partir da Legitimidade pelo Procedimento, visando um modelo de Governança (Regulação) da Internet. Analisando-se, portanto, o mecanismo de atuação regulatória no Brasil, vislumbra-se a Legitimidade Participativa com a contribuição da participação social pode contribuir para a construção das estruturas existentes em torno dessa governança, não só por intermédio da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, como também dos outros mecanismos associados à internet.

Sendo a internet e toda a sua estrutura o principal mecanismo de comunicação de indivíduos e de estabelecimento de negócios e comércio — interna e mundialmente — existe, em tese, um interesse por parte da sociedade para a que a estrutura normativa interfira no setor e a proteja.

Dessa forma, a tese foi apresentada de maneira a elaborar os parâmetros de um novo modelo regulatório, que envolve a legitimidade das estruturas construídas para designação do setor. Essa legitimidade foi entendida de diversas formas, a depender do contexto temporal a que se refere. Não obstante, toda a construção existente por trás dessa estrutura revela um mecanismo de Poder que é estabelecido entre o Estado e a sociedade, em uma comunicação do sistema político. A legitimidade, portanto, passa pela compreensão da sociedade acerca das suas demandas e necessidades e quais as medidas que serão adotadas para sua condução. É um processo seletivo e decisório.

A tomada de decisão diante da seleção das possíveis variáveis, principalmente por intermédio da redução das complexidades, depende também do surgimento de novas complexidades. Deste modo, o sistema jurídico surge enquanto mecanismos estruturados de comportamentos humanos, estabelecendo o que é e o que não é Direito.

Diante dessa perspectiva, a construção da presente tese parte do desenvolvimento de procedimentos que fortalecem a tomada de decisão (aqui interpretada pela deliberação e participação quando da elaboração normativa no setor da Rede). Esse processo, portanto, tem sua gênese a partir do sistema autopoietico e autorreprodução.

Ocorrendo a diferenciação do ambiente (entorno) e da interpretação dos códigos de informação, os sistemas se constroem. Essa diferença serve, portanto, para a análise da teoria dos sistemas, considerando que o sistema é orientado pelo entorno, mantendo, dentro de seus próprios limites, essa diferença.

A impossibilidade de os elementos dos sistemas se conectarem é o que causa o surgimento das complexidades. Estas podem aparecer em razão da ausência de informação ou de determinabilidade das informações, o que se torna um obstáculo para o sistema ter o suficiente para aprender e interpretar. Dessa forma, por parte dos sistemas resta a adaptação ao entorno e, conseqüentemente, à complexidade, desenvolvendo estruturas para reduzi-las.

No âmbito da Teoria Luhmanniana dos Sistemas é possível as modificações da realidade. Essas alterações não deixam de ser necessárias para existir o processo seletivo. Essa necessidade se dá para que as correções, complementações e ajustes ocorram na relação estabelecida entre o sistema e seu respectivo ambiente.

A comunicação, enquanto um procedimento autônomo e independente, processa as informações que alteram a realidade. Nesse caso, por meio de técnicas linguísticas, a comunicação acarreta a aceitação. Por este raciocínio, os sistemas elaboram estruturas em relação aos elementos de outros sistemas, visando proporcionar a redução das complexidades.

Esse fenômeno, denominado de acoplamento estrutural, demonstra o mecanismo com o qual os sistemas constroem seus processos comunicativos quando necessitam de elementos pertencentes a outros sistemas. Dessa forma, a comunicação se manifesta enquanto irritação ocasionada por outros sistemas e, posteriormente, essa mesma comunicação constrói sentido dentro do seu próprio sistema.

Nesse contexto, os sistemas interagem entre si, interpretando os elementos a partir dos seus próprios interesses. Vislumbrando como objeto da presente tese, tem-se que os sistemas jurídico, econômico e político acabam por funcionar de maneira que se irritam mutuamente. O direito, portanto, constrói elementos com cunho econômico e político, embora dentro do seu próprio mecanismo interpretativo. A economia constrói elementos em questões jurídicas e políticas, mas dentro da sua funcionalidade econômica. Por fim, a política constrói elementos em questões que irritam o direito e a economia, mas dentro da sua funcionalidade política.

Analisando, portanto, a Regulação, verificou-se que se trata de uma construção resultado do acoplamento estrutural entre os sistemas Jurídico, político e econômico. Isso se dá porque, no Direito, a sua reprodução inicial se concretiza pelo código binário lícito/ilícito. Na Economia, tem-se o código binário ter/não ter. Por fim, na política, tem-se o código binário poder/não poder. Por isso, a regulação se configura uma medida que tem natureza jurídica, política e econômica, visto o seu intento em reduzir as complexidades em cada um dos sistemas, construindo respostas de acordo com a comunicação e interpretação de cada sistema.

Entretanto, duas são as complexidades mais evidentes relacionadas à Regulação. A

primeira, diz respeito à sua legitimidade diante do objeto que se põe em discussão. A segunda, diz respeito à existência de estrutura suficiente para lidar com as complexidades de um sistema regulatório da internet.

No primeiro caso, um mecanismo baseado apenas na conformidade das normas regulatórias não fornece a legitimidade necessária para atuação, considerando a expectativa de respostas aos regulados e aos usuários dos serviços. Nesse caso, a corrente que ora se vislumbra é de uma legitimidade traduzida por procedimentos que garantam a participação dos interessados em uma estrutura construtiva de regulação.

Dessa forma, partindo de uma concepção funcionalista, ora entendida pelo estabelecimento de processos decisórios que providenciam a continuidade das funções sistêmicas, ao lidar com as complexidades sociais, os sistemas envolvidos constroem um resultado a partir da interpretação dos elementos que lhes são dispostos, chegando a uma decisão.

Sendo assim, os sistemas não se baseiam sob a forma de uma imposição, buscando apenas a maior aceitação possível, com a finalidade de produzir os seus efeitos por um período maior. A coação, portanto, não é suficiente, mas a associação pode produzir maior resultado ao longo do tempo. A legitimação depende, então, de parâmetros de aceitabilidade, dependendo de inúmeros motivos por parte dos seus indivíduos. Isso pode partir desde aspectos cognitivos, como suas convicções e memórias, até as ressignificações realizadas no curso do processo interpretativo. Esse caminho, portanto, deve permitir novos meios de harmonização, para encontrar a aceitação do todo.

A participação da coletividade é, portanto, um parâmetro para o indivíduo atingir o aprendizado. Não depende, entretanto, de uma convicção unitária ou voluntária, mas de um ambiente social em que sejam viabilizadas as transformações estruturais e a própria modificação de comportamentos. Isso é alcançado por meio do sistema e de suas funções, em que a decisão — no caso do processo regulatório — é alcançada pelas construções dos sistemas jurídico, político e econômico em uma estrutura cognitiva, com redução das expectativas e complexidades do entorno de cada sistema.

Considerando que aos sistemas cabe a redução de complexidades, a noção de legitimidade envolve a questão dos procedimentos existentes dentro de cada sistema. À vista disso, considerando a Regulação enquanto acoplamento estrutural entre os sistemas político, jurídico e econômico, os procedimentos construídos devem surgir no próprio processo de acoplamento.

Nesses termos, o processo decisório perpassa pelos elementos específicos que

interligam um elemento a outro, de maneira a construir um resultado que formará a decisão última. Essas ações são construídas autopoieticamente de acordo com suas próprias regras, construindo ao mesmo tempo, uma autoidentidade e a adaptabilidade às complexidades que surgirem.

A segunda complexidade, portanto, se relaciona diretamente à primeira, acrescentando-se a percepção de estrutura. Esses fatores foram pensados exclusivamente diante da Regulação da Internet e diz respeito à noção de estrutura. Como foi amplamente discutido, o mecanismo regulatório de Governança foi construído na forma de participação de grupos representativos com o viés de formar um consenso. Além disso, construções normativas e estruturação de Agências Setoriais contribuem com a implementação de mecanismos decididos nesse âmbito de governança.

Entretanto, a estrutura pelas quais a Internet opera impõe, necessariamente, uma sobrecarga aos sistemas. Essa sobrecarga ocorre, necessariamente, porque a sociedade acompanha a rápida progressão da internet de maneira que a estrutura interna dos sistemas não tem estrutura para lidar. Seja pela elaboração de normas, seja pela atuação de agências setoriais, seja ainda pelo próprio sistema de Governança como ora é operado, a internet se desenvolve de maneira muito mais célere.

Esse aspecto, aliás, é fruto de uma Economia da Sociedade capitaneada no acesso aos dados. Para que os pagamentos gerem novos pagamentos, a estrutura econômica hoje se transformou por meio dos dados. Deste modo, o mercado capta por intermédio da internet os dados de seus usuários e antecipa suas necessidades, fazendo com que os pagamentos gerem novos pagamentos. Ou seja, ao sistema econômico interessa uma regulação da internet para poder integrar e participar no funcionamento do próprio sistema.

Poder-se-ia, então, chegar à conclusão de que se aos sistemas não existe estrutura para lidar com a Rede, então a regulação se tornaria desnecessária, visto a não concretização da redução das complexidades. Entretanto, assim como o Direito quando não é possível reduzir as complexidades do entorno, a Regulação é utilizada como mecanismo para produção de uma ilusão funcional. A ilusão, portanto, é o mecanismo para transformação da incerteza em certeza, de maneira a vislumbrar ao entorno a percepção de que as funções sistemáticas — e regulatórias — estão atuando da maneira como dela se espera.

Essa ilusão funcional da Regulação depende, portanto, a reflexão acerca de um novo modelo regulatório. Essa nova visão sobre a Regulação não diz respeito à participação social na construção do ato normativo regulatório como estrutura a resolver as complexidades. Se trata, então, de uma melhor estrutura e organização dessas complexidades, de maneira a

proporcionar ao entorno a sensação de funcionalidade dos sistemas. Dessa forma, o mecanismo regulatório não atingirá essa ilusão aos moldes atualmente existentes.

Outra matriz de governança regulatória que possa trazer a ilusão funcional, diz respeito aos procedimentos que fortaleçam esses mesmos processos. Nesse caso, não se vislumbrou o procedimento como um conjunto de ações organizadas, mas como mecanismo seletivo e decisório dos participantes, em que a eliminação das alternativas existentes e da redução das complexidades transformam a incerteza em certeza.

Para que esse processo legitimador da decisão ocorra, a comunicação é mecanismo essencial, visto que os participantes do processo decisório só podem dar sentido ao procedimento quando possuem informações acerca da capacidade de seleção. É o conjunto de decisões parciais que se tornará premissa entre os participantes do processo, construindo um histórico decisório.

Essa matriz regulatória — quando se trata da internet — portanto, não possui mais espaço para uma intervenção total do Estado para controlar e comandar todo o processo, visto que a estrutura virtual impede esse viés. Por isso, enquanto processo de decisão, a regulação necessita que outros sistemas sociais integrem esse processo decisório, de acordo com a atuação dos participantes em uma estrutura de opção e abstenção. Ou seja, no processo decisório não basta apenas se pautar com base no que foi dito, mas igualmente pelo que deixou de ser dito.

Assim, buscou-se comprovar que as bases teóricas de outra matriz regulatória da Governança da Internet, voltando-se ao estabelecimento de novas estruturas para a utilização da internet e de seus dados, a partir de uma regulação participativa baseada no fortalecimento dos processos decisórios, poderá conduzir à ilusão funcional dos sistemas, de maneira a se consubstanciar no pleno funcionamento da regulação, o que, ao final, será realmente o que importa.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Norma 004/95 da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)**. Aprovada pela Portaria n. 148, de 31 de maio de 1995, do Ministério das Comunicações. Disponível em: http://www.anatel.gov.br/hotsites/direito_telecomunicacoes/TextoIntegral/ANE/prt/minicom_19950531_148.pdf. Acesso em: 14 jun. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Resolução Interna nº 24, de 07 de junho de 2021**. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/index.php/component/content/article?id=1552>. Acesso em: 24 fev. 2023.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

ALVES, Waldon Volpiceli. **Uma breve história das crises econômicas**. Rio de Janeiro: Sinergia, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AVELÃS NUNES, Antônio José. **A crise do capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo e globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. New York: Oxford University Press, 1992.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Competitividade: mercado, estado e organizações**. São Paulo: Singular, 1997.

BACHUR, João Paulo. **O Estado de Bem-Estar em Hayek e Luhmann**. *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, v. 25. N. 2. p. 101-121.

BALDWIN, R. and BLACK, J. Really Responsive Regulation. *The Modern Law Review*, 71 (1), 2008, pp. 59–64

BENTLEY, Arthur Fisher. **The process of Government: a study of social pressures**. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A Construção Social da Realidade: tratado da sociologia do conhecimento**. Tradução: Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985.

BLACK, Julia. **Procedimentalizando a Regulação: parte I** in MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Regulação Econômica e Democracia: o debate europeu**. São Paulo: Singular, 2006.

BLACK, Julia **Procedimentalizando a Regulação: parte II** in MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação Econômica e Democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.

BLAIR, Alasdair; CURTIS, Steven. **International politics: an introductory guide**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2009

BRAITHWAITE, John. **To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety**. Albany: State University of New York Press, 1985.

BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice and Responsive Regulation**. p. cm.— (Studies in crime and public policy). New York: Oxford University Press, 2001.

BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation and Developing Economies. **World Development** 34(5), 2006, pp 884-898.

BRAITHWAITE, John. **Regulatory Capitalism: How it Works, Ideas for Making it Work Better**. Cheltenham: Edward Elgar, 2008.

BRAITHWAITE, John. The essence of responsive regulation. **UBC Law Review** 44(3), 2011, pp. 475-520.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm /Acesso em: 15 de jul. 2021.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. **Marco Civil da Internet**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm/ Acesso em: 07 de mar. 2018.

BRASIL. **Portaria 01, de 8 de março de 2021. Estabelece o Regimento Interno da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1-de-8-de-marco-de-2021-307463618>. Acesso em: 15 jul. 2021

BONOTTO, Carmen Denise. **Teoria Política do Estado de Bem-Estar: uma visão luhmanniana**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.17, abr. 2007. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao017/Carmen_Bonotto.htm Acesso em: 19 set. 2022.

BORGES, Andre. **Democracia VS. eficiência: a teoria da escolha publica**. Lua Nova, n. 53, 2001

BUCHANAN, J. **Liberty, market and the state — political economy in the 1980s**. Wheatsheaf. Books, 1983.

CAMPILONGO, Celso Fernandea. A justiça eficiente e as portas da lei. In: SILVA, Luciano

Nascimento; BENE, Caterina Del. **Filosofia do Direito**, Estudos do Centro di Studi Sul Rischio dell'Università Del Salento, Itália, dos Profs. Drs. Niklas Luhmann e Raffaele de Giorgi. Livro I. p. 37-41. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

CARVALHO, Ana Cristina Azevedo P. **Marco Civil da Internet no Brasil: Análise da lei n. 12.965/2014 e do Direito de Informação**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014.

CASSESE, Sabino. **Administrative Law without the state? The challenge of global regulation**. Disponível em: <http://www.iilj.org/publications/administrative-law-without-the-state-the-challenge-of-global-regulation/>. Acesso em: 22 jun. 2022.

CASSESE, Sabino. **Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato**. Torino: EINAUDI, 2009.

CASSINO, João Francisco. O sul global e os desafios pós-coloniais na era digital. In: *Colonialismo de Dados*, 2021, p. 13-32.

CASTANHO, Maria Augusta Ferreira da Silva. **E-democracia: a democracia do futuro?** São Paulo: Mackenzie, 2009.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Trad. Roneire Venâncio Majer. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura; v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. In: **A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Ação Política**. Organizado por: Manuel Castells e Gustavo Cardoso. Belém: 2007.

COGLIANESE, Cary; KAGAN, Robert. **Regulation and Regulatory Processes**. Faculty Scholarship at Penn Carey Law, 2007.

COULDRY, Nick; MEJIAS, Ulisses A. **Data Colonialism: Rethinking Big Data's Relation to the Contemporary Subject**. Television and New Media – Volume 20, Issue 4, 2018.

DALL'AGNOL, Isabel Costa Cabral. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet**. Disponível em <
http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_2/isabel_dallagnol.pdf> Acesso em 20 de set. 2017.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 49)

DE GIORGI, Raffaele. **O Desafio do Juiz Constitucional**. Die Herausforderungen des Verfassungsrichters. (Tradução por Ricardo Menna Barreto). Campo Jurídico, vol. 3, n. 2, p. 107-120, 2015.

DEMSETZ, Harold. **Why Regulate Utilities?** *Journal of Law and Economics*, Vol. 11, No. 1, pp. 55-65. The University of Chicago Press, 1968

DOWNS, Anthony. **An Economic Theory of Democracy**, Nova Iorque, Harper and Row, 1957.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar. **Paradigmas inconclusos. Os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados (Parte II)**. Coimbra: Coimbra, 2007.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. **Le droit de la régulation**. Le Dalloz, n.7, p.610-616, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer (revisão da tradução de Enio Paulo Giachini). 7. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: EDUSF, 2005. (Coleção pensamento humano).

GAL, M.; ELKIN-KOREN, N. Algorithmic Consumers. **Harvard Journal of Law & Technology**, v. 30, n. 2, p. 309–353, 2017.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza: Horizontes críticos para a teoria dos sistemas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUNNINGHAM, Neil; JOHNSTONE, Richard. **Regulating Workplace Safety: System and Sanctions**. Oxford University Press, New York, 1999.

GUNNINGHAM, Neil; **Strategizing compliance and enforcement: responsive regulation and beyond**. Explaining compliance: business responses to regulation, 2011, pp. 199-221.

GUZZI, Drica. **Web e participação: a democracia no século XXI**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2010.

HABER, Hanan. Regulating-for-welfare: A comparative study of “regulatory welfare regimes. In: **The Israeli, British, and Swedish Electricity Sectors**. Law & Policy 33 (1), 2011, pp. 116–48

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen.. **Teoría de la acción comunicativa, I: Racionalidad de la acción y racionalización social**. Traduzido por Manuel Jiménez Redondo. Taurus Humanidades: Madrid, 1987, p. 343.

HARLOW, Carol. Global administrative law: the quest for principles and values. In: **The European Journal of International Law** Vol. 17 nº.1. EJIL 2006, p. 187-214.

HARTEN, Gus Van; LOUGHLIM, Martin. Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law. In: **The European Journal of International Law**. Vol. 17 no.1, 2006, p. 121-150.

HAWKING, Keith; HUTTER, Bridget M. The Response of Business to Social Regulation in England and Wales: An Enforcement Perspective. **Law & Policy** 15, 199–217, 1993.

HUTTER, Bridget M. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon press, 1997.

IAPP. **GDPR one year anniversary – Hundreds of Thousand of cases – and the DPOs to handle them**. Disponível em:

https://iapp.org/media/images/resource_center/GDPR_Anniversary_Infographic-1.png. Acesso em 12 ago. 2021.

IBGE. **Percentual de domicílios com utilização da Internet no total de domicílios particulares permanentes com utilização da Internet, por Grandes Regiões, segundo o tipo de equipamento utilizado para acessar a internet**. Disponível em:

<http://www.ibge.gov.br> /Acesso em: 08 de jun. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Ed. Dialética, 1ª ed. 2002, p. 462.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. The Emergence of Global Administrative Law. **Law and Contemporary Problems**, v. 68, 2005, p. 18.

KINGSFORD, Dimity Smith. **A Harder Nut to Crack? Responsive Regulation in the Financial Services Sector**. UBC L Ver, 2011, pp. 695-702.

KUNZLER, Caroline de Moraes. **A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. Estudos de Sociologia, v. 16, 2004, p. 123-136.

KUTTNER, Robert. **Everything for sale: the virtues and limits of markets**. Alfred A. Knopf, 1997.

LACERDA, Natália de Melo; THOMAS, Patrícia Thadeu. Teoria Responsiva da Regulação em situações de Crises Hídricas: uma análise a partir da atuação da Agência Nacional de Águas na Crise do Rio Pardo. **Journal of Law and Regulation**, [S. l.], v. 5, n. 2, p. 1–26, 2019

LEMOS, Ronaldo. **O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil**. In: Marco Civil da Internet. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

LEVINE, Michael E.; FORRENCE, Jeniffer L. **Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis**. Journal of Law, Economics, & Organization, Vol. 6, Special Issue: [Papers from the Organization of Political Institutions Conference, April 1990] (1990), pp. 167-198

LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Porto Alegre: Instituto Piaget, 2003.

LIMBERGER, Têmis. Informação e Internet: Apontamentos para um estudo comparado entre o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu e a Lei de Proteção de Dados Brasileira. **Novos Estudos Jurídicos**. Doi: 10.14210/nej.v25n2.p478-500

LUHMANN, Niklas. **O Paradoxo dos Direitos Humanos e três formas de seu desdobramento**. Themis, Fortaleza, v 3, n. 1, p. 153-161, 2000.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Col. Comunicação. São Paulo: Paulus, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Editora da UnB, 1980

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**. Esboço de Uma Teoria Geral. 1ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2016.

LUVIZOTTO, Caroline Kraus. Cidadania, ativismo e participação na internet: experiências brasileiras. **Comunicação e Sociedade**, v. 30, p. 297-312, 2016.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O paradoxo dos Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n.52, p. 31-48, 2010.

MAJONE, Giandomenico. **Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança**. Revista do Serviço Público, Brasília, v.1, n. 1, p. 5-35, jan/mar 1999.

MASCINI, P. Why was the Enforcement Pyramid so Influential? And What Price was Paid? **Regulation & Governance**, 7(1), 48-60, 2012.

MEDEIROS, Alice Bernardo Voronoff de. **Racionalidade e otimização regulatórias: um estudo a partir da teoria das falhas de regulação**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

MELO, Thiago Dellazari. **A “Captura” das Agências Reguladoras: Uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador**. Recife: UFPE, 2010

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, 2018, p. 469-483.

MONTEIRO, L. **A Internet como meio de comunicação: possibilidades e limitações**, 2001. Portal de relações públicas e transmarketing. Disponível em: <http://www.portal-rp.com.br/bibliotecavirtual/comunicacaovirtual/0158.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2021.

MORAND, Charles Albert de. **Le Droit Neomoderne des Politiques Publiques**. Paris: LGDJ, 1999 (Col. "Droit et Société" v.26)

MIGUEL, L. F. (2015). Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. **Opinião Pública**, 21(3), 601-625. 2015.

NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento Estrutural, Fechamento Operacional e Processos Sobrecomunicativos na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann**. São Paulo, 2005.

NISKANEN, William A. **Bureaucracy and representative government**. New York: Aldine Atherton, 1971.

NIELSEN, Vibeke Lehmann; PARKER, Christine. Testing Responsive Regulations in Regulatory Enforcement. In: **Regulation & Governance**, Volume 3, Issue 4. December, 2009.

OGUS, A. I. **Regulation: Legal form and economic theory**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

PARISER, Eli. **The Filter bubble** – what the internet is hiding from you. New York: Penguin Press, 2011.

PELTZMAN, Sam. **The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation**. Brookings Papers on Economic Activity, 20, 1989, pp. 1-59.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Trad. Mônica Baumgarten de Bolle. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PINHEIRO, Juliana Santos. **Neutralidade de Redes, Instituições e Desenvolvimento**. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, 2012.

POSNER, Richard. **The speech market and the legacy of schenck**. In: BOLLINGER, Lee C.; STONE, Geoffrey R. *Eternally vigilant: free speech in the modern era*. Chicago: Chicago University Press, 2002.

POSTIGA, Andréa Rocha. A emergência do direito administrativo global como ferramenta de regulação transnacional do investimento estrangeiro direto. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 1, 2013 p. 171-193.

REICH, Norbert. A crise regulatória: ela existe e pode ser resolvida? Análise comparativa sobre a situação da regulação social nos Estados Unidos e na Comunidade Européia. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. São Paulo: Singular, 2006. p. 17-52.

SALIM, Jacqueline Malta; SILVA, Juvêncio Borges. **Relação entre direito e política sob a perspectiva de Niklas Luhmann: parâmetros para atuação política do Judiciário**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Janeiro-Abril 2019, p. 94-107.

SALGADO, Lúcia Helena. **Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: um panorama do atual desenho institucional**. Rio de Janeiro: IPEA, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Concorrência**. SP: Malheiros, 2002

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SERRANO, Francisco Perujo. **Pesquisar no labirinto: a tese, um desafio possível**. Trad. Marcis Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2011.

SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth M. P. (2016). A Influência do Direito Administrativo Global no Processo Brasileiro de Contratação Pública à Luz do Princípio da Transparência. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, vol. 6, nº 2, pp. 65-88.

SILVA, Silvado Pereira da. **Digital communication, data economy and the rationalization of time: Algorithms, Market and control in the Age of bits.** *Contracampo – Brazilian Journal of Communication*, 38(1).

SILVEIRA, Henrique Flávio Rodrigues da. **Um estudo do poder na sociedade da informação.** *Ci. Inf. Brasília*, v. 29, n. 3, p. 79-90, set./dez; 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n3/a08v29n3.pdf>. Acesso em 23 de jul. 2018

SHAPIRO, Sidney A. **Protecting the Public Interest: Understanding the Threat of Agency Capture.** Senate Committee on the Judiciary: 2010.

SOUSA, Otavio Augusto Venturini de. **Teorias do direito administrativo global e standards: desafios à estatalidade do direito**, 2019.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do Poder Normativo das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo da Agências Reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOUZA, Francisco de Assis Diego Santos de. **Regulação para a Estabilidade Econômico-Financeira ou para o Desenvolvimento Social: a difícil missão dos Estados nacionais.** João Pessoa, 2016.

SRNICEK, Nick. **Platform capitalism.** Cambridge: Polity Press, 2017.

STIGLER, George J.; FRIEDLAND, Claire. **What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity.** *The Journal of Law and Economics* 5, no. (Oct., 1962): 1-16.

SUSTEIN, Cass R. **After the rights revolution: reconceiving the regulatory state.** Cambridge, Massa: Havard University Press, 1993.

TEUBNER, Gunther. **Dilemmas of law in the Welfare State.** Berlim/Nova York, 1986

TOMBS, Steve; WHYTE, David. A deadly consensus: worker safety and regulatory degradation under New Labour. **British Journal of Criminology**, 50(1), 2010, pp. 46–65.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho** [s.l.]: 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho** [s.l.]: 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Documento de trabalho: A proteção de dados como um pilar da capacitação dos cidadãos e a abordagem da EU para a transição digital – dois anos de aplicação do Regulamento Geral de Proteção de Dados** [s.l.]: 2020.

VAN HARTEN, Gus; LOUGHLIN, Martin. Investment treaty arbitration as a species of global administrative law. **European Journal of International Law**, Volume 17, Issue 1, February 2006, Pages 121–150

WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. **Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual.** Revista de Direito Administrativo, v. 264, p. 13-56. Rio de Janeiro: 2013.

WOLTON, Dominique. **Pensar a Comunicação.** Trad. Zélia Leal Agghirni. Brasília: UnB, 2004.

YEAGER, Peter Cleary. **The limits of law : the public regulation of private pollution.** Cambridge: University Press, 1991.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância,** Rio de Janeiro, Ed. Intrínseca, 2021

ZYMLER, Benjamin. **Política e Direito: uma Visão Autopoiética.** Tese-Faculdade de Direito da UnB, Brasília, 2000.