

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

Luiz Fernando Fauth

**NEUTRALIDADE DA REDE E LIBERDADE DE
EXPRESSÃO: UMA ABORDAGEM A PARTIR
DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Brasília – DF

2012

Luiz Fernando Fauth

NEUTRALIDADE DA REDE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional no Curso de Mestrado em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público.

Orientadora: Profa. Dra. Flávia Santinoni Vera.

Brasília – DF

2012

Luiz Fernando Fauth

NEUTRALIDADE DA REDE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional no Curso de Mestrado em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/_____ com menção
_____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.....

Integrante: Prof.....

Integrante: Prof.....

RESUMO

O objetivo principal deste trabalho é avaliar se a regulação do princípio da neutralidade da rede é uma medida necessária e adequada para proteger a liberdade de expressão na internet. Essa avaliação é feita com base nos conceitos e na metodologia da Análise Econômica do Direito. A definição de liberdade de expressão adotada é a de um princípio apropriado a proteger a construção participativa de uma cultura digital. Observou-se que, nos mercados de banda larga fixa e móvel no Brasil, existem incentivos e condições que induzem a adoção de bloqueio e/ou discriminação de tráfego incompatíveis com a liberdade de expressão. Portanto, a regulação do princípio da neutralidade da rede pode ser um passo necessário para proteger a liberdade de expressão no mundo virtual. De outro lado, embora o conteúdo do princípio da neutralidade da rede possa ser adequado para enfrentar esses comportamentos indesejados, sua eficácia depende da existência de instituições capazes de assegurar o cumprimento da regulação proposta.

Palavras-chave: telecomunicações, internet, neutralidade da rede, liberdade de expressão.

ABSTRACT

The main purpose of this study is to evaluate if the regulation of the net neutrality principle is a necessary and suitable measure to protect freedom of expression on the internet. The evaluation rests on the concepts and methodology of the Economic Analysis of Law. The definition of freedom of expression adopted is of a principle appropriate to protect the participative construction of a digital culture. It was observed that, in fixed and mobile broadband markets in Brazil, there are incentives and conditions conducive to the adoption of traffic blocking and/or discrimination incompatible with freedom of expression. Therefore, regulation of the net neutrality principle may be a necessary step to protect free speech in the virtual world. On the other hand, although the content of the net neutrality principle might be suitable to address these unwanted behaviors, its efficacy depends on the existence of institutions capable of enforcing the proposed regulations.

Key words: *telecommunications, internet, net neutrality, free speech.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. INTRODUÇÃO À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	7
1.1. Contexto	7
1.2. Metodologia	9
1.3. Conceitos Fundamentais	20
1.4. Teoria Econômica do Direito de Propriedade	29
2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO	42
2.1. Evolução Doutrinária do Princípio da Liberdade de Expressão	42
2.2. Liberdade de Expressão e Regulação da Imprensa no Brasil: o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130	52
2.3. Concentração do Mercado de Comunicação e seus Desdobramentos no Brasil	61
2.4. O Potencial da Internet e a Formulação de uma Nova Teoria para a Liberdade de Expressão	65
3. EXPERIÊNCIAS DE REGULAÇÃO DA NEUTRALIDADE DA REDE	74
3.1. Internet: estrutura básica e regulação	74
3.2. O Debate da Neutralidade da Rede	79
3.3. Iniciativas de Regulamentação da Neutralidade da Rede no Brasil	81
3.4. A Regulação Norte-Americana	88
3.5. A Evolução na União Europeia	95
3.6. O Exemplo Chileno	101
3.7. Considerações Finais	103
4. REGULAÇÃO DA NEUTRALIDADE DA REDE COMO GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET	105
4.1. Objeto de Proteção: a liberdade de expressão	105
4.2. Necessidade de Proteção: incentivos para uma rede não neutra	108
4.3. Adequação das Regras Propostas: A neutralidade protege a liberdade de expressão na internet?	124
4.4. Potenciais Custos da Regulação da Neutralidade da Rede	129
CONCLUSÕES	136
REFERÊNCIAS	147

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Representação da Estrutura da Internet em Camadas	76
Figura 2: Cadeia de Valor da Exploração de Conteúdos, Serviços e Aplicações na Internet	79
Figura 3: Participação no Mercado de Banda Larga Fixa, 1º semestre de 2012, em percentual.....	112
Figura 4: Participação no Mercado de Telefonia Móvel, 1º semestre de 2012, em percentual.....	119
Figura 5: Evolução Relativa Anual do Tráfego Mensal da Internet, Global e América Latina, 2011-2016, base 2011 = 100.....	131

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADSL	<i>Asymmetric Digital Subscriber Line</i>
AED	Análise Econômica do Direito
AGU	Advocacia-Geral da União
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
CF	Constituição Federal
CGIbr	Comitê Gestor da Internet no Brasil
CLS	<i>Critical Legal Studies</i>
CSA	conteúdos, serviços e aplicações
DNS	<i>Domain Name System</i>
EUA	Estados Unidos da América
FCC	<i>Federal Communications Commission</i>
HHI	Índice de Herfindahl-Hirschman
HTML	<i>Hypertext Markup Language</i>
IP	<i>Internet Protocol</i>
ORECE	Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrônicas
PMS	poder de mercado significativo
SCM	Serviço de Comunicação Multimídia
SMP	Serviço Móvel Pessoal
STF	Supremo Tribunal Federal
STFC	Serviço Telefônico Fixo Comutado
TCU	Tribunal de Contas da União
TLD	<i>Top Level Domain</i>
VoIP	<i>Voice over Internet Protocol</i>

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF), de 5 de outubro de 1988, dedica capítulo específico à comunicação social. É nesse capítulo que se estabelece uma série de preceitos a serem observados pelas emissoras de rádio e televisão e pelas publicações impressas. Entre os princípios fundamentais aplicáveis à comunicação social, destaca-se o da liberdade de expressão, expressamente acolhido no art. 220 e também inscrito no rol dos direitos individuais, no art. 5º, inciso IX.

O universo da comunicação social em 1988, entretanto, circunscrevia-se ao rádio, à televisão e às publicações impressas, então compreendidos na locução do art. 222, que trata do capital das “empresas jornalísticas e de radiodifusão”. Com o surgimento da internet, todavia, o público brasileiro passou a ter acesso a uma infinidade de conteúdos oriundos, literalmente, de todas as partes do mundo. A internet também representou uma nova forma de disseminação de informação. As redes de radiodifusão e as publicações impressas caracterizam-se por um modelo vertical de comunicação, em que o material divulgado é definido pelos controladores desses veículos. Nas mídias tradicionais, o fluxo de informação é unilateral, pois tem origem no emissor e dirige-se a um receptor passivo, que tem pouca ou nenhuma oportunidade de diálogo com a fonte da informação. Já a internet torna possível um modelo multilateral, em que os próprios usuários da rede podem ser fontes de conteúdo. Além disso, são várias as possibilidades de reação do destinatário da informação, que poderá contestá-la diretamente junto à fonte ou ainda contribuir na disseminação desse conteúdo.

As novas possibilidades trazidas pela internet, todavia, dependem, para sua plena realização, da preservação da liberdade de comunicação nesse meio. Nesse contexto, destacam-se, primeiramente, os controles estatais sobre os fluxos de informação na internet. Com efeito, em algumas jurisdições, o Estado atua fortemente na limitação do acesso e da circulação de informações entre usuários de serviços de internet. Outra potencial ameaça de relevo, todavia, decorre das posturas a serem adotadas pelos operadores de rede e prestadores de serviços de telecomunicações que dão suporte ao acesso à internet. O aumento do tráfego de

dados na internet tem como consequência natural a necessidade de maiores investimentos em infraestrutura de redes de telecomunicações. Nesse sentido, com o objetivo de reduzir os investimentos necessários, ou de obter maior rentabilidade dessas inversões, as empresas que controlam as redes de telecomunicações podem ter incentivos para discriminar ou até bloquear certos tipos de tráfego, o que pode resultar na redução do espaço de discussão pública propiciado pela internet.

Esse conflito de interesses tem motivado intensa discussão sobre o que se denominou neutralidade da rede. No trabalho que se pretende realizar, busca-se contribuir para essa discussão por meio da perquirição quanto à necessidade e adequação de imposição da neutralidade da rede como forma de preservar o princípio da liberdade de expressão na internet.

O tema a ser tratado no estudo ora proposto encontra-se em discussão nos setores de telecomunicações e comunicação social e opõe, de um lado, provedores de conteúdos, serviços e aplicações de internet (CSA) e movimentos sociais e, de outro, prestadores de serviços e operadores de redes de telecomunicações.

Ao tempo de elaboração deste trabalho, duas propostas normativas sobre o tema encontram-se em debate no Brasil. A primeira delas consiste na proposta de revisão do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), aprovado pela Resolução nº 272, de 9 de agosto de 2001, da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), objeto da Consulta Pública nº 45, de 8 de agosto de 2011, daquela autarquia. A mencionada proposta consigna, em seu art. 59, a vedação ao bloqueio ou ao tratamento discriminatório de dados, salvo quando necessário à garantia da estabilidade e à segurança do serviço e das redes que lhe dão suporte.

Paralelamente, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2.126, de 2011, elaborado pelo Poder Executivo, que “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”, também conhecido como Projeto de Lei do Marco Civil da Internet. Em seu art. 9º, o Projeto estabelece que “o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicativo, sendo vedada qualquer

discriminação ou degradação do tráfego que não decorra de requisitos técnicos necessários à prestação adequada dos serviços”.

Não só no Brasil, entretanto, discute-se acerca da regulação da neutralidade da rede. Conforme será exposto no Capítulo 3 desta dissertação, medidas regulatórias para preservar o caráter livre e aberto da internet já foram adotadas nos Estados Unidos da América (EUA) e no Chile. Paralelamente, o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrônicas (ORECE) promoveu, em 2011 e 2012, uma série de Consultas Públicas com o objetivo de obter contribuições sobre a regulação de diversos aspectos do mercado de serviços de telecomunicações associados à neutralidade da rede. Trata-se, portanto, de discussão de âmbito internacional, motivada essencialmente pela necessidade de expansão e ampliação da capacidade das redes de telecomunicações e pela utilização cada vez mais intensiva de CSA providos por meio da internet.

Nesse contexto, o problema central de pesquisa proposto é: a regulamentação do princípio da neutralidade da rede é uma medida necessária e adequada à proteção da liberdade de expressão no ambiente da internet?

O enfrentamento do problema de pesquisa proposto exige o teste de duas hipóteses. A primeira delas, que se poderia denominar de hipótese principal, corresponde à verificação da necessidade de redes neutras para assegurar a liberdade de expressão na internet. Em outros termos, trata-se de verificar se é necessário que as redes de telecomunicações que dão suporte à internet sejam neutras para que seja garantido o pleno exercício da liberdade de expressão no ambiente virtual. Caso essa hipótese venha ser confirmada, deve-se passar para uma segunda indagação, relativa à adequação das medidas em discussão no Brasil para a devida garantia da liberdade de expressão na internet, o que deverá ser examinado em conjunto com uma avaliação dos custos derivados das diferentes opções disponíveis de regulação.

O objetivo central do estudo, portanto, é avaliar a necessidade e a adequação de imposição do princípio da neutralidade da rede por via regulamentar ou legislativa. Para que se possa responder a essas indagações, é necessário um parâmetro de avaliação. Para essa finalidade, optou-se por um parâmetro derivado diretamente da CF, qual seja, o princípio da liberdade de expressão. Não obstante,

além de um parâmetro de avaliação, é necessário ter um arcabouço procedimental para o trabalho que se pretende realizar. Aqui denominado de marco teórico, o conjunto de conceitos e técnicas escolhido é a Análise Econômica do Direito (AED). Portanto, espera-se que, como fruto deste trabalho, possa ser alcançada uma visão compreensiva do conjunto de incentivos que influenciam a conduta dos diversos agentes envolvidos no uso e no provimento de CSA e de infraestrutura de telecomunicações em diferentes cenários de regulação e seus impactos sobre o exercício da liberdade de expressão no ambiente da internet.

Como primeira etapa desse esforço, é necessário descrever, em linhas gerais, o marco teórico utilizado, qual seja, a AED. Nesse sentido, serão apresentados os principais pressupostos metodológicos dessa abordagem do direito, bem como suas mais evidentes limitações. Paralelamente, são tratados alguns conceitos fundamentais da AED e suas respectivas aplicações no ambiente virtual. Cabe esclarecer que a AED é tomada, neste trabalho, predominantemente, como uma ferramenta de análise, e não como fonte de valores fundamentais que sirvam de parâmetro para a avaliação que se pretende realizar. Como já observado, a neutralidade da rede será examinada à luz do princípio da liberdade de expressão, e não a partir de pressupostos de maximização da riqueza ou da eficiência. A AED, portanto, atuará como instrumental apto a identificar os diferentes incentivos que induzem comportamentos conformes ou não à preservação da liberdade de expressão no ambiente da internet.

O segundo passo do trabalho é definir o parâmetro de avaliação. Não basta, para essa finalidade, apenas enunciar o princípio da liberdade de expressão, vez que este se sujeita a diferentes interpretações e abordagens teóricas. Portanto, é necessário definir o que se entende por liberdade de expressão para os fins deste trabalho. Nesse mister, busca-se analisar a evolução teórica do princípio, relacionada à evolução tecnológica dos meios disponíveis para seu exercício. Paralelamente, examinam-se como as diversas variantes teóricas tratam dos limites à regulação do exercício da liberdade de expressão.

Nesse ponto, é concedida especial atenção ao julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130. Naquela oportunidade, o Tribunal apreciou a

compatibilidade da Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que “regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação”, também conhecida como “Lei de Imprensa”, aos preceitos da Constituição de 1988. No julgamento, portanto, o STF debateu os limites para a regulação da liberdade de expressão. Mostra-se de especial interesse, conseqüentemente, observar como as diversas variantes teóricas desse princípio foram tratadas pela Corte.

Ainda no estudo da liberdade de expressão, busca-se uma abordagem teórica que leve em consideração as alterações das condições do discurso propiciadas pelas novas possibilidades tecnológicas da internet. Nesse esforço, o trabalho busca expor as ideias de Jack Balkin acerca de uma teoria da liberdade de expressão para a era digital. As propostas de Balkin, que associam a liberdade de manifestação do pensamento no ambiente da internet com a proteção das condições necessárias para a construção de uma cultura digital, formam a base do conceito de liberdade de expressão que será utilizado como parâmetro para a avaliação das iniciativas de regulação da neutralidade da rede. Essa escolha justifica-se, primordialmente, por ser a teoria do autor desenvolvida de forma específica para as contingências do ambiente da internet. Além disso, conforme será exposto no Capítulo 2, sua adoção permite o máximo desenvolvimento da internet como ferramenta de construção participativa da cultura.

O terceiro capítulo tem o objetivo de descrever brevemente o funcionamento da internet e o debate sobre a neutralidade da rede, tendo como base a cadeia de geração de valor do mercado de provimento de CSA de internet. Nesse capítulo, também são estudadas algumas iniciativas, já deliberadas ou em fase de discussão, de regulação da neutralidade da rede. Especial destaque, evidentemente, é concedido à evolução do debate no Brasil, vez que constitui o próprio objeto da presente pesquisa. Paralelamente, são também examinadas as experiências norte-americana e chilena, além dos relatórios apresentados em Consulta Pública pelo ORECE.

O estudo dessas iniciativas internacionais é justificado por pelo menos três argumentos. Primeiramente, o debate sobre a neutralidade da rede no Brasil é ainda incipiente, quando comparado com outros países, especialmente os EUA e a União Europeia. A expansão do acesso à internet em banda larga no país é

fenômeno recente, assim como a utilização mais intensa de CSA prestados por meio dessa tecnologia, fatores que influenciam significativamente no debate sobre a neutralidade. Nesse sentido, as experiências de mercados mais maduros podem ser úteis para a compreensão de um cenário que somente agora se firma no Brasil. Outro aspecto a ser considerado é o caráter transnacional da internet, em que diferentes espécies de CSA podem ser prestados a partir de um determinado país e utilizados por usuários situados em qualquer ponto do planeta. Dessa forma, distintas legislações nacionais podem afetar o desenvolvimento de novos CSA em outros países. Por fim, cabe esclarecer que o que se busca no exame dessas experiências não é somente o resultado final alcançado, mas a evolução dos debates que conduziram às soluções adotadas. Com efeito, é a partir dos principais casos estudados – EUA e União Europeia – que se extraem os elementos mais importantes de análise que serão utilizados para o enfrentamento do problema de pesquisa proposto.

O último capítulo da dissertação tem o objetivo de fornecer respostas ao problema de pesquisa. Nesse esforço, primeiramente, é avaliada a necessidade da regulamentação da neutralidade da rede como medida de proteção da liberdade de expressão na internet. Para tanto, busca-se examinar se, nos mercados dos principais serviços utilizados para acesso à internet – SCM, para conexões fixas, e Serviço Móvel Pessoal (SMP), para conexões móveis – existem incentivos para que as operadoras de redes de telecomunicações adotem comportamentos incompatíveis com o parâmetro escolhido. A partir dessa primeira avaliação, parte-se para o exame da adequação das medidas propostas, em que se busca examinar se elas são efetivamente capazes de desestimular essas condutas. Nesse ponto, deve-se atentar não somente para o conteúdo da regulação em si, mas também para o contexto institucional responsável por assegurar sua eficácia. Por fim, são também avaliados os potenciais custos que podem decorrer de diferentes cenários de regulação da neutralidade da rede.

Ao final desse percurso, espera-se poder extrair conclusões acerca da existência de incentivos que tornem necessária a adoção de medidas de proteção da liberdade de expressão na internet e da adequação das propostas de regulação da neutralidade da rede para atingir essa finalidade.

1 INTRODUÇÃO À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

1.1 Contexto

Para o pensamento jurídico europeu, a segunda metade do século XX foi marcada pela busca da superação do juspositivismo. A ideia de um direito baseado tão somente em normas positivadas, desprovido de orientação a valores, permitia a construção de qualquer ordem jurídica. Como resultado, os mais diversos autoritarismos poderiam ter amparo no direito, o que efetivamente ocorreu com o nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália (BARROSO, 2010, p. 241-242)¹.

Nesse esforço, mostrou-se necessária uma retomada dos valores como base de fundamentação do direito sem, contudo, representar um retorno ao jusnaturalismo². Promove-se, conseqüentemente, uma reaproximação entre o direito, a ética e a filosofia do direito, na busca de valores substantivos que pudessem fundamentar os novos regimes constitucionais do Pós-Guerra. Esses valores são localizados nos princípios jurídicos fundamentais, previstos na própria Constituição, que passam a gozar de especial destaque na interpretação e aplicação do direito. A esse respeito, é pertinente a síntese apresentada por Barroso (2010, p. 250):

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução constante de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a democracia, a República e a separação de Poderes. Houve, ainda, princípios

¹ Em sentido contrário, Gico Jr. (2010, p; 13) afirma: “[...] a doutrina nazista era nitidamente contrária ao princípio basilar juspositivista da legalidade, segundo o qual o juiz deveria decidir apenas segundo a lei, tendo o Estado nazista relativizado a lei em nome do ‘são sentimento popular’ (*gesundes Volksempfindem*) para promover sua perigosa agenda por meio do próprio Poder Judiciário.”

² Sobre a distinção entre o neoconstitucionalismo e o jusnaturalismo, assim afirma Gico Jr. (2010, p. 13): “[...] a distinção mais marcante entre o neo-constitucionalismo e o jusnaturalismo é que naquele as valorações morais e éticas realizadas em paralelo com a suposta interpretação da lei são operacionalizadas por princípios jurídicos, incorporados expressa ou implicitamente às constituições nacionais e não por um direito natural metafísico, característico do jusnaturalismo. O fundamento da valoração seria, portanto, o resultado de um comando do próprio ordenamento jurídico (norma-princípio) e não de um padrão meta-jurídico.”

cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente, como o da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade.

Já na América do Norte, o século XX testemunhou o esforço de superação do formalismo jurídico. Popularizado por Christopher Langdell, o formalismo propunha, em síntese, que os princípios jurídicos deveriam ser cientificamente deduzidos a partir da jurisprudência já existente. Em outros termos, a principal tarefa do jurista seria pesquisar os casos já julgados em busca da doutrina e dos princípios a serem corretamente aplicados aos casos concretos (HOEFLICH, 1986, p. 119-121; ALVAREZ, 2006, p. 49).

A principal força a se opor ao formalismo foi o realismo jurídico norte-americano que, a partir da década de 1970, deu lugar a três movimentos ou tendências distintas de pensamento, algumas delas inconciliáveis. Na extrema esquerda do espectro político situa-se o movimento denominado *Critical Legal Studies* (CLS), que polariza com o *Law & Economics*, à direita. Entre os dois extremos, há autores que buscam inspiração na filosofia política e moral para a fundamentação de uma sociedade justa, como Ronald Dworkin, John Rawls, entre outros (GODOY, 2004, p. 74-79; ALVAREZ, 2009, p. 49-50).

Apesar de antagônicos, identificam-se pontos em comum entre os movimentos do CLS e de *Law & Economics*. Em ambos pode-se encontrar a rejeição à autonomia do direito em relação às demais ciências sociais e, conseqüentemente, o recurso a esses outros ramos do conhecimento em busca de seus métodos e técnicas, além da rejeição do formalismo ou convencionalismo dominante até a segunda metade do século XX na prática jurídica norte-americana³. Em outros tópicos, todavia, as diferenças são inconciliáveis. Para o *Law & Economics*, a conduta humana é guiada por valorações racionais, em busca da maximização de bem-estar. Já para o CLS, essa interpretação é derivada de uma escolha ideológica prévia, que permite justificar as desigualdades existentes como fruto de escolhas econômicas racionais. Além disso, se para o *Law & Economics*, o critério de eficiência econômica pode ser adotado como parâmetro objetivo para

³ Gary Minda (1995, p. 84-86), contudo, aponta que a tentativa de extrair princípios jurídicos da ciência econômica aproxima-se do formalismo de Langdell. A diferença estaria na fonte em que se buscam esses princípios, se na economia ou na jurisprudência. Daí falar o autor em paradoxo do *Law & Economics*, que tenta conciliar dois paradigmas incompatíveis: o formalismo de Langdell e o realismo jurídico. A proximidade com o formalismo foi maior nas primeiras gerações de teóricos do *Law & Economics*, que viam na economia a ciência autônoma capaz de explicar os fenômenos de outras ciências não autônomas, como o direito.

fundamentar a tomada de decisões; para o CLS, o direito não oferece bases concretas ou objetivas para as decisões, que são fruto, na verdade, de escolhas políticas prévias (FISS, 1986, p. 9; GODOY, 2004, p. 75-79; ALVAREZ, 2006, p. 50-51).

Observa-se, portanto, que o movimento *Law & Economics*, de que deriva a utilização de técnicas de análise econômica do direito, surgiu em um contexto de superação de escolas formalistas⁴. Emerge, por conseguinte, como uma reação à visão do direito como autônomo ou autossuficiente. Nesse esforço, procura na ciência econômica parâmetros objetivos e concretos para fundamentar decisões ou ainda para avaliar aquelas já tomadas, em cotejo com as alternativas disponíveis.

1.2 Metodologia

A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, “nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia [...] para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico” (GICO JR., 2010, p. 18). Situa-se, portanto, como um desdobramento do realismo jurídico norte-americano, na medida em que rejeita a noção de autonomia e autossuficiência do direito e entende como necessário o recurso a outros ramos do conhecimento. Nesse mister, assume uma visão notadamente instrumental do próprio direito, que passa a ser visto como “o conjunto de meios sociais, de instrumentos que servem a objetivos determinados, que surgem, por sua vez, de necessidades e interesses sociais externos ao direito” (ALVAREZ, 2006, p. 54).

Importa ainda ressaltar que a AED abarca uma ampla gama de temas jurídicos, que transcende àqueles normalmente associados à regulação de mercados, como o direito da concorrência ou da regulação. Com efeito, o ferramental da economia passa a ser utilizado para analisar o comportamento humano em diversas espécies de relações jurídicas, inclusive relações familiares e condutas criminais. Tal aplicação mostra-se possível a partir do pressuposto de que

⁴ “Apesar de a doutrina norte-americana distinguir entre o juspositivismo e o Doutrinalismo de Langdell, as semelhanças são evidentes entre uma e outra escola, separadas apenas pelo sistema jurídico” (GICO JR., 2010, p. 12). Visão crítica àquela aqui exposta pode ser encontrada em Owen Fiss, que atribui a ascensão do CLS e do *Law & Economics* majoritariamente à perda da confiança nos valores públicos como fundamento do direito (FISS, 1986).

o homem atua de forma racional na busca da maximização de seu bem-estar não somente em transações de mercado, mas também em escolhas e decisões nos demais domínios da vida (POSNER, 1983, p. 1-5). Dessa forma, a AED também se debruça sobre ramos como o direito de família, o direito processual, o direito penal, entre outros.

A AED apresenta, em uma face, um esforço de estudo do direito e das alternativas de alteração da legislação, com o objetivo de avaliar o impacto e a eficiência de cada uma. Nesse sentido, busca identificar as consequências das soluções jurídicas adotadas e das respectivas alternativas. Essa abordagem predominantemente descritiva é conhecida como AED positiva.

Em outra vertente, a chamada AED normativa representa uma abordagem de caráter prescritivo. Nessa seara, a AED não se limita a apontar os efeitos e consequências das diversas soluções disponíveis para problemas jurídicos. Ela assume a tarefa de indicar efetivamente qual solução deve ser adotada. Para tanto, contudo, é necessário que exista uma escolha política prévia que indique os objetivos a serem buscados. Em outros termos, a avaliação normativa a que se propõe a AED somente se mostra viável diante de uma escolha prévia que indique o critério que deverá ser utilizado para avaliar as alternativas de solução. Assim, por exemplo, diante de uma escolha política que estabeleça como finalidade a massificação do acesso à internet em banda larga⁵, a AED poderá avaliar possíveis políticas públicas a serem adotadas para a consecução desse objetivo (GICO JR., 2010, p. 20).

A AED positiva, portanto, independe de escolhas normativas ou valores éticos, morais ou políticos previamente estabelecidos. Seu papel é fornecer um conjunto de instrumentos que possa estimar os impactos de uma alteração do cenário jurídico, seja mediante a adoção de uma nova legislação, seja por meio do estabelecimento de um precedente jurisprudencial. Por outro lado, a AED normativa não pode ser independente da AED positiva. Para que se possa apontar, entre diversas alternativas possíveis, qual a melhor solução, é necessário que os impactos

⁵ Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010: “Art. 1º Fica instituído o Programa Nacional de Banda Larga – PNBL, com o objetivo de fomentar e difundir o uso e o fornecimento de bens e serviços de tecnologias de informação e comunicação, de modo a: I – massificar o acesso a serviços de conexão à Internet em banda larga; [...]”.

de cada uma delas sejam adequadamente estimados, o que se faz mediante a aplicação das técnicas e dos instrumentais da AED positiva (FRIEDMAN, 2008, p. 146-147).

Os pressupostos metodológicos adotados pela AED são derivados da ciência econômica. Nesse sentido, um ponto a ser destacado é o recurso à construção de modelos simplificados da realidade. Buscar compreender o mundo real diretamente, por meio do exame de todas as suas variáveis, pode mostrar-se um trabalho impossível de ser completado. Por conseguinte, a ciência econômica adota como procedimento a construção de modelos simplificados, em que é examinada a interação entre poucas variáveis selecionadas. Ao debruçar-se sobre o comportamento de um grupo restrito de elementos, o economista pode obter uma melhor compreensão dos fenômenos estudados e assim identificar interações entre variáveis que não seriam detectadas diretamente no mundo real. A dificuldade está justamente na seleção das variáveis que serão estudadas, pois uma escolha inadequada resultará em um modelo de pouca utilidade (ROBBINS, 1945, p. 94; VELJANOVSKY, 2006, p. 53-56; GICO JR., 2010, p. 25-26).

A construção de modelos simplificados da realidade revela a predominância de uma abordagem dedutiva na AED. Os modelos são construídos a partir de suposições, que são utilizadas na elaboração de hipóteses cuja validade é posteriormente testada no exame da realidade. As suposições utilizadas na formulação das hipóteses muitas vezes podem não parecer realistas. Algumas delas são expressamente rejeitadas em estudos de campo, como, por exemplo, a de que as empresas efetivamente operam a partir de cálculos constantes de custos e receitas marginais. Para Milton Friedman (2008), contudo, o aspecto mais importante das suposições é seu poder de explicação dos fenômenos da realidade, não sua verossimilhança. Com efeito, para o autor, uma teoria completamente realista seria excessivamente complexa e, em última análise, de pouca ou nenhuma utilidade (FRIEDMAN, 2008, p. 165).

A utilização de modelos, portanto, tem caráter eminentemente instrumental. A qualidade de uma teoria é avaliada a partir da confiabilidade dos resultados que ela proporciona para os fins que se deseja alcançar (FRIEDMAN, 2008, p. 172). Nesse contexto, a validade de uma hipótese decorre diretamente de

sua repetida exposição à contradição sem que venha a ser desmentida. Em outros termos, uma hipótese será válida na medida em que, por repetidas vezes, seus resultados esperados forem confirmados. A esse respeito, transcreve-se a seguinte síntese apresentada por Friedman:

[...] o único teste relevante da *validade* de uma hipótese é a comparação de suas previsões com a experiência. A hipótese é rejeitada se suas previsões são contraditadas (“frequentemente” ou com maior frequência que previsões de uma hipótese alternativa); ela é aceita se suas previsões não são contraditadas; grande confiança é associada a ela se ela sobrevive a muitas oportunidades de contradição. A evidência fática nunca pode “provar” uma hipótese; ela pode somente deixar de refutá-la, que é o que geralmente queremos dizer quando falamos, de uma forma inexata, que a hipótese foi “confirmada” pela experiência⁶.

A abordagem dedutiva da economia é contestada por Coase, que defende inflexão para o método indutivo. Nesse sentido, o procedimento seria inverso àquele anteriormente descrito, ou seja, partiria das observações da realidade para a formulação de hipóteses teóricas (KERKMEESTER, 2000, p. 391-392). Com efeito, ao estudar a história da organização dos serviços de faróis de navegação do Reino Unido, Coase constatou que, ao contrário do que sugerido na literatura econômica, era possível o provimento de tal serviço por meios privados, sem a interferência do Estado. A partir dessas constatações, o autor conclui pela validade de generalizações no desenvolvimento de modelos de regulação de determinadas atividades, desde que essas generalizações sejam derivadas de observações e estudos sobre como essas atividades são efetivamente desempenhadas em diversos arranjos institucionais (COASE, 1974, p. 375). Coase também pondera que hipóteses não realistas podem ser válidas quando o objetivo é apenas prever comportamentos futuros, desde que o façam de forma consistente. No entanto, seriam de pouca utilidade quando o objetivo for verificar como efetivamente os fenômenos estudados se desenrolam na realidade (KERKMEESTER, 2000, p. 394).

⁶ [...] *the only relevant test of the validity of a hypothesis is comparison of its predictions with experience. The hypothesis is rejected if its predictions are contradicted (“frequently” or more often than predictions from an alternative hypothesis); it is accepted if its predictions are not contradicted; great confidence is attached to it if it has survived many opportunities for contradiction. Factual evidence can never “prove” a hypothesis; it can only fail to disprove it, which is what we generally mean when we say, somewhat inexactly, that the hypothesis has been “confirmed” by experience* (FRIEDMAN, 2008, p. 149, tradução livre do autor, grifos no original). Sobre a importância da falsificabilidade das hipóteses para a Ciência Econômica, vale registrar o comentário de Posner (2007, p. 487): “Ainda que muitos economistas positivos sejam seguidores de Karl Popper e, portanto, acreditem que a falsificabilidade seja a característica definidora de uma teoria científica, na prática os economistas empíricos enfatizam muito mais a confirmação do que a falsificação.”

Uma primeira manifestação desse esforço de redução da realidade, para fins de análise e compreensão de fenômenos específicos encontra-se na escolha da unidade de avaliação utilizada para analisar o direito a partir da óptica econômica. Trata-se aqui do chamado individualismo metodológico, que busca examinar o comportamento econômico do indivíduo. As decisões racionais e as reações aos incentivos propiciados pelo meio - no caso da AED, pelo direito - são avaliados a partir do ponto de vista do indivíduo. Assim, para que se possa entender o comportamento de entes coletivos como o Estado, as empresas e as organizações, é necessário entender o comportamento das pessoas que compõem essas instituições.

A referência a indivíduo aqui não deve ser tomada como relativa exclusivamente a pessoas consideradas isoladamente. Ao contrário, é de extrema relevância para a ciência econômica o estudo das dinâmicas de interação entre os agentes. Com efeito, o indivíduo racional não toma suas decisões em um espaço vazio de interações sociais. Como tem demonstrado a teoria dos jogos, as escolhas racionais do agente econômico podem ser fortemente influenciadas ou mesmo determinadas por escolhas feitas pelos demais agentes (KERKMEESTER, 2000, p. 385; GICO JR., 2010, p. 25). Tampouco se supõe a inexistência de entidades coletivas, como nações, estados, igrejas ou ainda da cooperação social mediante a divisão social do trabalho. O que se afirma é que tais instituições são compostas por indivíduos, que, em última análise, são os responsáveis pelas ações desses entes coletivos. Um mesmo indivíduo pode integrar mais de uma organização coletiva simultaneamente. Nesse sentido, é através do estudo do comportamento dos indivíduos que se poderá compreender a conduta de tais entidades (MISES, 1995, p. 43-46).

Tampouco significa o individualismo metodológico que o indivíduo seja visto como um agente motivado unicamente por razões econômicas ou financeiras. Trata-se, antes, de uma simplificação metodológica adotada para facilitar uma primeira aproximação na elaboração de análises e na construção de argumentos econômicos. Na verdade, não se ignora que o indivíduo possa ter motivações de diferentes naturezas, algumas completamente dissociadas da maximização do ganho de riqueza. Com efeito, o caráter altruísta é expressamente reconhecido, especialmente quando se estudam relações de família. Assim, admite-se que a

busca do dinheiro não é a única motivação do indivíduo, mas que ela tem um importante papel e é efetivamente capaz de influenciar o comportamento humano. Assim, em uma situação de equilíbrio, uma alteração na estrutura de incentivos econômicos pode ocasionar mudança nas preferências e escolhas do indivíduo, sendo este o foco da ciência econômica. Dessa forma, ainda que motivado por fins altruístas – na busca de fundos para uma instituição de caridade, por exemplo - o indivíduo, no mercado, adotará um comportamento voltado à maximização de seu ganho (ROBBINS, 1945, p. 94-99; KERKMEESTER, 2000, p. 385; GICO JR., 2010, p. 25).

Ainda no que tange ao individualismo metodológico, cabe ressaltar que dele não se deve extrair qualquer proposição de caráter normativo. Em outros termos, o fato de que a ciência econômica tome o comportamento do indivíduo como ponto de partida de suas análises não significa endosso a teorias que defendam a maximização do bem-estar individual como valor a ser buscado. Tampouco se deve fazer confusão com o individualismo político, ou liberalismo. Com efeito, mesmo regimes coletivistas, ao serem examinados sob o ponto de vista econômico, devem ser examinados a partir da estrutura de incentivos que oferecem a seus agentes individualmente considerados (KERKMEESTER, 2000, p. 385; GICO JR., 2010, p. 25).

Outra suposição necessária para uma análise do direito a partir da perspectiva da ciência econômica é a de que a conduta humana é predominantemente racional. A suposição de racionalidade está vinculada a necessidade de que, para a validade da ciência econômica, a conduta humana seja previsível, ao menos no que tange às reações aos incentivos de natureza econômica. Também o direito, por sua vez, tem de pressupor um comportamento previsível por parte dos indivíduos, caso contrário seria impossível regular a conduta dos homens por meio de normas. Em outra vertente, cabe também indagar qual o modelo de comportamento humano mais adequado como premissa para a construção de um ordenamento jurídico: um em que os indivíduos são naturalmente altruístas e obedecem às regras espontaneamente ou um em que eles são maximizadores racionais de seu bem-estar e moldam sua conduta aos incentivos que recebem do meio em que vivem? (VELJANOVSKY, 2006, p. 52-53).

Afirmar que o indivíduo atua racionalmente significa supor que ele pauta seu comportamento a partir de uma escala de preferências. Essas preferências são completas, ou seja, o indivíduo sempre será capaz de fazer escolhas entre as alternativas que lhe forem apresentadas, seja por uma, por outra ou por ser indiferente a qualquer uma delas. As preferências são também transitivas, ou consistentes umas com as outras. Nesse sentido, por exemplo, se um indivíduo prefere vinho a cerveja e cerveja a água, necessariamente preferirá vinho a água.

Outro pressuposto é o de que as preferências são estáveis, caso contrário as mudanças de comportamento poderiam ser atribuídas a alterações na escala de preferências e, portanto, a teoria econômica seria de pouca utilidade na explicação do comportamento humano. Assim, no exemplo dado acima, se o indivíduo reduz seu consumo de vinho e aumenta o de cerveja, esse comportamento pode ser atribuído a um aumento da diferença de preços entre o vinho e a cerveja. Essa correlação, todavia, somente pode ser estabelecida se as preferências forem estáveis. Caso contrário poder-se-ia afirmar que a mudança nos hábitos de consumo deveu-se a uma mudança nas preferências do consumidor, que passou a gostar mais de cerveja do que de vinho, e conseqüentemente, nenhuma conclusão se poderia tirar da influência dos preços sobre o comportamento do indivíduo (ROBBINS, 1945, p. 91-92; GICO JR., p. 26).

Importante ressaltar, nesse ponto, que não cabe ao economista emitir juízos de valor a respeito das preferências individuais. Ele deve tão somente considerar essas preferências como dados da realidade e buscar como o indivíduo se comporta em relação a elas diante dos estímulos fornecidos pelo mercado (GICO JR., 2010, p. 26). Assim, a conduta racional, expressa em preferências, deve ser dissociada da noção de conduta eticamente adequada (ROBBINS, 1945, p. 91).

As preferências do agente econômico também podem ser vistas a partir do conceito de utilidade. A utilidade é uma característica inerente aos bens e serviços, referente à sua capacidade de satisfazer as necessidades humanas. Ou seja, o consumo de determinado bem ou serviço apresenta utilidade ao homem na medida em que é apto a satisfazer suas necessidades. Dessa forma, a conduta racional do indivíduo manifesta-se mediante a ordenação de suas escolhas conforme a utilidade que lhe proporcionam. Em outros termos, as preferências do

indivíduo são classificadas de acordo com o grau de utilidade que lhe fornecem. Cabe destacar que o conceito de utilidade é eminentemente subjetivo e introspectivo, pois reflete preferências pessoais que não podem ser comparadas (GARÓFALO, CARVALHO, 1990, p. 39; GICO JR., 2010, p. 26-27).

Assentado que a utilidade representa a capacidade de um determinado bem ou serviço de satisfazer necessidades humanas, deduz-se que o consumo de unidades adicionais de um mesmo bem ou serviço agregará mais utilidade ao consumo inicial. A utilidade total desfrutada pelo consumidor, portanto, será incrementada. Em outros termos, o estado inicial de insatisfação de necessidades será diminuído progressivamente com o consumo de unidades adicionais de um bem ou serviço específico. A contribuição que cada unidade adicional fornece à diminuição desse estado inicial de insatisfação representa a denominada utilidade marginal. De forma reversa, pode-se definir a utilidade marginal como “a variação da sua utilidade total em decorrência da variação de seu consumo” (GARÓFALO, CARVALHO, 1990, p. 41). Ao agir racionalmente, o indivíduo ordena suas preferências com base na utilidade marginal derivada de cada uma delas. Dessa forma, prosseguirá no consumo de um bem ou produto específico, ou ainda no exercício de determinada atividade, enquanto a utilidade marginal extraída de cada unidade adicional for superior ao sacrifício ou esforço incorrido para aquisição dessa mesma unidade adicional. A partir do momento em que o esforço for maior do que o benefício, o indivíduo, agindo racionalmente, cessará o consumo ou a atividade que estiver desempenhando.

Nesse ponto, cabe ressaltar que a utilidade marginal derivada do consumo de bens e serviços não é considerada constante. Ao contrário, a economia considera que a utilidade marginal comporta-se, em regra, de forma decrescente, o que deu azo à formulação da chamada Lei dos Rendimentos Marginais Decrescentes. A noção é intuitiva e pode ser compreendida a partir de um exemplo simples: um indivíduo com muita sede obterá grande utilidade de um copo de água; o segundo copo talvez ainda lhe proporcione utilidade semelhante; no entanto, na medida em que continua a beber água, sua sede diminui, até que chegará um momento em que estará saturado de ingerir tamanho volume de água que recusará as demais ofertas que lhe possam fazer.

A Lei dos Rendimentos Marginais Decrescentes pode ser explicada a partir de razões psicológicas e fisiológicas próprias do comportamento humano. Em uma vertente mais próxima da ciência econômica, no entanto, pode-se dizer que os bens podem ser alocados em diversas utilizações, e que estas são racionalmente ordenadas pelo consumidor de acordo com suas prioridades. Dessa forma, cada unidade adicional do bem será alocada ao uso mais importante que ainda não tenha sido atendido. Assim, a utilidade marginal extraída das unidades adicionais consumidas será, conseqüentemente, menor (GARÓFALO, CARVALHO, 1990, p. 46).

A hipótese de racionalidade do comportamento humano, todavia, não está livre de controvérsias, especialmente em contextos dissociados de questões econômicas, em que, não obstante, busca-se o auxílio da economia para o estudo de normas jurídicas. Nesse sentido, merecem destaque os avanços da economia comportamental e suas aplicações na análise do direito.

Ao apresentarem uma abordagem comportamental à análise econômica do direito, Jolls, Sunstein e Thaler (1998) não confrontam diretamente os pressupostos metodológicos da economia. No entanto, ressaltam a importância de hipóteses mais aderentes à realidade no que tange ao comportamento humano. Dessa forma, a análise econômica pode ser aperfeiçoada e alcançar desempenho superior em seus esforços de projeção da conduta dos agentes. Aceitam expressamente, portanto, o preceito defendido por Milton Friedman, de que a validade das suposições na ciência econômica deve ser verificada pela qualidade dos resultados fornecidos, e não por sua verossimilhança. A superioridade da abordagem comportamental sobre a tradicional, por conseguinte, residiria justamente em sua capacidade de fornecer resultados com maior exatidão (JOLLS, SUNSTEIN, THALER, 1998, p. 1484).

A abordagem comportamental tem como pressuposto a identificação de pelo menos três limitações do comportamento humano que o afastam da hipótese da conduta perfeitamente racional de maximização de utilidade. A primeira delas é a limitação da própria racionalidade. A capacidade cognitiva do homem não é, evidentemente, infinita, vez que constrangida por limitações do próprio raciocínio e falhas de memória. Cientes dessas limitações, os indivíduos buscam

racionalmente contorná-las. Para prevenirem-se de esquecimentos, fazem listas e anotações. Quando não conseguem avaliar todas as variáveis envolvidas em uma decisão, recorrem a regras de experiência⁷.

Ainda que o uso de tais “atalhos” possa ser entendido como uma conduta racional, os resultados alcançados a partir deles podem não ser consistentes com aqueles que seriam obtidos a partir de um comportamento perfeitamente racional. Aponta-se que, ao avaliar a probabilidade de ocorrência de um determinado fato, o indivíduo tende a supervalorizar sua experiência recente em relação ao fenômeno considerado. Por exemplo, alguém que tenha testemunhado ou sido vítima recentemente de um roubo tende a tomar mais cautelas em relação à possibilidade de repetição do fato – como não sair de casa à noite ou não frequentar determinados locais – do que alguém que não tenha tido essa experiência recentemente, ainda que a probabilidade de ocorrência de roubo possa ser a mesma para ambos. A adoção da hipótese pura da racionalidade, nesse caso, proporcionaria resultados inconsistentes, pois assumiria que ambos adotariam o mesmo grau ótimo de cuidados em relação à possibilidade de serem vítimas desse tipo de delito.

A disposição ou força de vontade dos indivíduos também é limitada, o que frequentemente os afasta dos comportamentos que seriam racionalmente esperados. Um fumante pode ter plena consciência dos males causados pelo cigarro e mesmo assim não ter disposição para abandonar o vício. As limitações da força de vontade são também evidentes em comportamentos que buscam “afastar tentações”, como não ter doces em casa, para quem está de dieta, ou manter dinheiro em aplicações sem liquidez imediata para evitar gastos impulsivos⁸.

Por fim, os autores mencionam que o interesse próprio dos indivíduos também é limitado em uma considerável gama de situações. Dessa forma, em diversas circunstâncias, seriam adotados comportamentos não compatíveis com a hipótese pura da racionalidade maximizadora de utilidade (JOLLS, SUNSTEIN, THALER, 1998, p. 1480).

⁷ No original, *rule of thumb* (JOLLS, SUNSTEIN, THALER, 1998, p. 1477).

⁸ Jolls, Sunstein e Thaler (1998, p. 1479) dão o exemplo dos *Christmas Cards*, que são sistemas de poupança em que os recursos somente podem ser sacados na época próxima aos feriados de final de ano.

A aplicação da metodologia da ciência econômica para o estudo do comportamento humano, tanto no mercado como em interações dissociadas do contexto econômico, está sujeita a considerável controvérsia. Os proponentes da AED, contudo, ainda que não ignorem as críticas, prosseguem na defesa de suas posições. A esse respeito, cumpre transcrever a seguinte passagem de Posner que, reconhecendo as limitações da ciência econômica, considera válida sua aplicação ao estudo do direito, tendo em vista a capacidade daquela de explicar parte considerável do comportamento humano mesmo fora dos contextos de mercado:

A fragilidade da economia deveria desencorajar nossas tentativas de aplicá-la ao comportamento independente do mercado? Sem dúvida, não. Ainda que boa parte do comportamento independente do mercado seja realmente desconcertante, continuará a sê-lo quer o abordemos do ponto de vista da economia, que pressupõe que os seres humanos se comportam racionalmente, quer do ponto de vista de outras ciências humanas, que não fazem esse pressuposto mas nada têm para colocar em seu lugar. A economia do direito pode muito bem ser um campo fraco, compartilhando a fragilidade geral da economia e outras fragilidades que lhe são específicas. Contudo, será forte a psicologia do direito? A sociologia do direito? A antropologia jurídica? A filosofia do direito como teoria positiva do direito? Esses campos de estudos jurídicos interdisciplinares, além de outros que aqui poderíamos citar, são mais antigos do que a Análise Econômica do Direito, mas ainda assim são candidatos mais fracos a um papel de liderança na configuração de uma teoria positiva do direito (POSNER, 2007, p. 493).

No mesmo sentido, Gico Jr.(2010) aponta as virtudes da aplicação do método econômico ao estudo do direito. Uma vez que as teorias desenvolvidas no âmbito da economia são passíveis de comprovação empírica, suas hipóteses são falsificáveis. Disso resulta a possibilidade de refutação e conseqüente evolução dos modelos econômicos, em busca do aperfeiçoamento das teorias e hipóteses de explicação do comportamento humano. Nesse processo, a economia também demonstra flexibilidade, pois pode incorporar conhecimentos de outras ciências, como no caso da abordagem comportamental, por exemplo.

Para o autor, a economia também apresenta maior precisão em sua linguagem. Os conceitos por ela utilizados são definidos de forma mais rigorosa. Assim, não podem ser distorcidos por meio de argumentação meramente retórica, como, por vezes, acontece em discussões jurídicas com conceitos aparentemente abertos, como o de interesse público, por exemplo, frequentemente invocado para justificar todo tipo de decisão administrativa. Na mesma toada, a construção de modelos econômicos requer clara explicitação de seus pressupostos, suposições e

hipóteses, o que daria a economia a vantagem da transparência (GICO JR., 2010, p. 30).

Reconhecendo, contudo, que a economia talvez não se mostre adequada à análise de todas as questões, o autor reitera a confiança na utilização do método econômico para o estudo do direito:

Do exposto é possível se concluir que existe um amplo espaço dentro da metodologia jurídica atual para técnicas que auxiliem o jurista a melhor identificar, prever e explicar as consequências sociais de escolhas políticas imbuídas em legislações (*ex ante*) e decisões judiciais (*ex post*). Em minha opinião, a AED é a proposta mais promissora para cumprir este papel, desde que se compreenda adequadamente sua metodologia e limitações (GICO JR., 2010, p. 30).

O presente estudo não ignora as limitações da ciência econômica. Debatê-las e eventualmente superá-las não faz parte do escopo estabelecido. Prossegue em seu intento, todavia, ao compartilhar a visão exposta por Gico Jr., de que o método econômico fornece ferramentas adequadas ao estudo do problema de pesquisa proposto. Não obstante, diante da necessidade de compreender adequadamente a metodologia econômica e suas limitações, passa-se, na seção seguinte, à discussão de alguns conceitos fundamentais da AED, bem como sua aplicabilidade diante das peculiaridades do espaço virtual.

1.3 Conceitos Fundamentais

Talvez o conceito mais utilizado no discurso da AED seja o de eficiência. Tanto do ponto de vista positivo como normativo, as diversas soluções possíveis para um problema na esfera do direito são comparadas ou avaliadas com base na eficiência resultante.

Uma primeira aproximação do conceito de eficiência está relacionada à quantidade de insumos necessários para a produção de uma determinada quantidade de um bem ou serviço. Trata-se da eficiência produtiva, que valoriza a maximização da produção de bens e serviços com o menor custo possível (HARRISON, 2000, p. 28-29).

Uma segunda definição de eficiência está associada à alocação ótima de recursos dentro da economia. Esse patamar será alcançado no momento em que os níveis de oferta e demanda convergirem para o equilíbrio. A produção de um

determinado bem ou serviço envolve custos, que são indicados na curva de oferta, de inclinação positiva. Supõe-se, nesse caso, que, ao determinar a quantidade ofertada em cada nível de preço, seja feita uma comparação direta entre este e o custo incorrido na produção de uma unidade adicional. O custo de produção é determinado pelos preços dos insumos utilizados. Esses preços, por sua vez, são definidos no mercado, a partir dos valores oferecidos por outros produtores de outros bens e serviços que utilizam os mesmos insumos. Por exemplo, o custo de produção de uma unidade adicional de etanol é determinado, entre outros fatores, pelo preço da cana-de-açúcar, que é determinado pelo preço oferecido em aplicações concorrentes do mesmo insumo, como a produção de açúcar. Surge assim o conceito de custo social, que corresponde ao valor do mesmo insumo na produção de outros bens e serviços. No exemplo, o custo social da utilização de uma determinada quantidade de cana-de-açúcar na produção de etanol é o valor que seria obtido com o seu emprego na produção de açúcar (HARRISON, 2000, p. 29).

Em termos de alocação de recursos, portanto, será eficiente produzir etanol até o ponto em que o valor de mercado do etanol produzido seja superior ao custo social que recai sobre a produção de açúcar. O valor que o mercado está disposto a pagar pelo etanol, por sua vez, será dado pela curva de demanda, de inclinação negativa. Assim, no ponto de interseção das curvas de oferta e demanda, o valor de mercado do etanol será equivalente a seu custo social. Para qualquer quantidade inferior a esta, o valor que o mercado está disposto a pagar será maior do que o custo social incorrido. Ao contrário, em quantidades superiores, o custo social excederá ao valor que poderá ser obtido no mercado. Portanto, a alocação ótima de recursos na economia será obtida no ponto de interseção das curvas de oferta e demanda, tendo em vista que, nesse ponto, há uma equivalência entre o valor de mercado de um determinado bem e seu custo social (HARRISON, 2000, p. 30).

Associado ao debate sobre eficiência, existe o conceito do ótimo de Pareto. Ele é identificado em situações em que não é possível alterar uma dada alocação de recursos sem que uma das partes seja prejudicada. Entre duas alocações diferentes de recursos, uma será Pareto superior à outra se, partindo-se da primeira para a segunda, for possível melhorar a situação de pelo menos uma

das partes sem que as outras sejam prejudicadas. O critério de eficiência de Pareto, portanto, restringe sensivelmente o espaço para políticas públicas que impliquem redistribuição de recursos, pois requer que nenhuma das partes envolvidas sofra qualquer espécie de prejuízo (HARRISON, 2000, p. 31-34).

Algumas das restrições do critério de Pareto, todavia, podem ser contornadas mediante a utilização do conceito de eficiência de Kaldor-Hicks. Segundo este último critério, uma determinada alocação de recursos será superior a outra se, quando comparadas, os ganhos das partes beneficiadas forem superiores às perdas dos prejudicados. Em outros termos, os ganhos gerados seriam mais do que suficientes para potencialmente compensar as perdas, ainda que não se fale em efetivo ressarcimento devido aos prejudicados. Nessa toada, o ponto importante do critério de Kaldor-Hicks é a possibilidade de implementação de políticas públicas que impliquem em realocação de recursos com vistas à maximização da riqueza (HARRISON, 2000, p. 34-36).

Um dos aspectos tradicionais da AED, principalmente em sua vertente mais conservadora, vinculada à chamada Escola de Chicago, é a ênfase no estudo das falhas de mercado. Para os adeptos dessa vertente da AED, mercados competitivos produzem resultados eficientes naturalmente, razão pela qual se mostram desnecessárias as intervenções governamentais. Existem situações, todavia, em que há impedimentos ao funcionamento normal do mercado, casos em que os resultados produzidos não serão tão eficientes. Nessas hipóteses, pode-se justificar a intervenção estatal, como forma de corrigir as falhas do mercado, de forma a que este volte a comportar-se como se fosse um mercado competitivo (ELKIN-KOREN, SALZBERGER, 1999, p. 555). As peculiaridades do espaço virtual podem trazer nuances ao estudo dessas falhas de mercado, tendo em vista que os mercados no mundo virtual nem sempre se comportam da mesma forma que no mundo real/material.

A estrutura ideal de mercado é a concorrência perfeita. Ela pode ser caracterizada pela presença de um grande número de ofertantes e demandantes, todos eles de porte pequeno quando comparados com o tamanho do mercado como um todo. Todos eles têm informação perfeita sobre os preços cobrados pelos ofertantes. Os produtos ou serviços são homogêneos, não há cooperação, e as

barreiras à entrada de novos competidores são baixas ou inexistentes. Como já abordado, o preço de equilíbrio de demanda e oferta é aquele resultante da interseção entre as duas curvas. Em uma estrutura de mercado perfeitamente competitiva, os ofertantes, individualmente considerados, não conseguem determinar os preços de mercado. São, portanto, meros tomadores de preços. Vendem tudo o que estão dispostos ao preço determinado pelo mercado. Ainda no mesmo cenário, tendo em vista o grande número de competidores e a inexistência de barreiras à entrada, o lucro dos ofertantes é mantido em um nível mínimo, chamado de lucro normal, interpretado como mais um dos custos de produção (HARRISON, 2000, p. 21).

Nesse ponto, a economia encontra o ponto de maximização de seus excedentes, conforme a descrição feita por Pinheiro e Saddi:

Quando o preço de mercado é p^* , os consumidores e as empresas maximizam seus excedentes, por isso, a esse preço, o excedente total da economia – igual à soma do excedente do consumidor com o lucro – também é maximizado. O excedente é máximo porque o benefício marginal tirado do consumo da última unidade (dado pela curva de demanda) é igual ao custo marginal de produzir essa unidade (dado pela curva de oferta). Para quaisquer outros preços que não p^* , o excedente será menor (PINHEIRO, SADDI, 2005, p. 56).

À medida que as condições da concorrência perfeita deixam de ser observadas, o mercado torna-se imperfeito, e os ofertantes deixam de ser meros tomadores de preço e passam a ter maior poder de mercado. Isso pode ocorrer quando: a) o porte de um ofertante é grande em relação ao tamanho do mercado; b) não há perfeita informação a respeito do comportamento dos preços; c) as barreiras à entrada de novos concorrentes são altas; ou ainda d) quando os produtos não são homogêneos. Em situações como essas, os ofertantes passam a ter maior poder para fixar preços acima daqueles que seriam obtidos em uma situação de concorrência perfeita, com a conseqüente redução da quantidade ofertada. Nessas hipóteses, o lucro das empresas pode superar o nível do lucro normal, circunstância em que se terá o chamado lucro econômico (HARRISON, 2000, p. 21). Os mercados imperfeitos apresentam relevantes problemas para questões associadas à eficiência na alocação de recursos, pois seu equilíbrio é obtido em pontos diversos daquele encontrado em situação de concorrência perfeita – geralmente com preço maior e quantidade menor – em que a economia encontra seu ponto de maximização de excedentes.

Uma situação típica de falha de mercado é a ocorrência do monopólio, situação em que uma única empresa atende a totalidade do mercado. Uma das causas da ocorrência de um monopólio é a existência de elevadas barreiras à entrada de novos competidores, como a necessidade de elevados investimentos iniciais, por exemplo. Nos mercados virtuais, esses custos podem ser substancialmente reduzidos. É possível atender a um mercado consideravelmente grande unicamente por meio virtual, sem a necessidade de estabelecimento de uma rede de lojas ou filiais, por exemplo. A digitalização de determinados produtos ou serviços também pode reduzir a necessidade de investimentos iniciais elevados. No espaço virtual é possível distribuir livros, músicas e filmes em formato digital, unicamente por meio da internet, sem que se tenha de imprimi-los ou gravá-los em mídias próprias para distribuição física (ELKIN-KOREN, SALZBERGER, 1999, p. 556).

Em outros casos, o monopólio decorre do tamanho do mercado atendido. Determinados negócios dependem de uma escala mínima para serem viáveis, de forma que, em mercados de pequenas dimensões, não haverá espaço para concorrentes. Nos mercados virtuais, as barreiras são reduzidas, quando não eliminadas, de forma que se pode falar que, para determinados produtos ou serviços, a dimensão do mercado é verdadeiramente global. Essa afirmativa é ainda mais relevante para os serviços ou produtos que podem ser consumidos integralmente via internet (ELKIN-KOREN, SALZBERGER, 1999, p. 556). Assim, por exemplo, o poder de mercado exercido por um único jornal ou meio de comunicação em uma determinada localidade pode ser sensivelmente reduzido no momento em que seus consumidores passam a desfrutar de outras fontes de informação disponíveis na internet.

A escassez de bens públicos também pode dar origem à formação de um monopólio. Limitações ao uso de radiofrequências ou de licenças para ocupação do solo urbano para construção de redes de telecomunicações podem reduzir a quantidade possível de competidores. No espaço virtual, o problema não se coloca da mesma forma. Em princípio, não há limites à quantidade de informações e serviços que pode ser oferecida por meio da internet (ELKIN-KOREN, SALZBERGER, 1999, p. 557). Um prestador monopolista de televisão a cabo, por exemplo, terá grande poder de mercado na definição de quais conteúdos estarão

disponíveis a seus assinantes. Essa mesma capacidade não estará presente nos conteúdos acessados por seus usuários por meio da internet⁹.

A expansão do ambiente virtual, todavia, coloca outros problemas relacionados à formação de monopólios. O funcionamento adequado das redes de comunicação requer a interconexão e a interoperabilidade entre redes e equipamentos funcionalmente compatíveis. Uma longa cadeia de equipamentos, redes e protocolos pode ser necessária para a transmissão de determinado conteúdo de um ponto a outro no planeta. É indispensável, portanto, que todos eles “conversem” entre si, para que a informação possa chegar íntegra e compreensível a seu destino. A compatibilidade entre todos esses elementos depende da utilização de padrões tecnológicos que podem ser objeto de monopólio por parte de um fornecedor exclusivo (ELKIN-KOREN, SALZBERGER, 1999, p. 558). Em um cenário como esse, a introdução de um padrão tecnológico concorrente pode ser extremamente difícil ou mesmo impossível.

As chamadas externalidades de rede também são propícias à formação de um monopólio. Elas ocorrem quando o valor de um determinado bem ou serviço cresce na medida em que é utilizado por um maior número de pessoas. Ele passa a ser preferido não apenas por sua superioridade, mas também, ou até exclusivamente, porque é o mais usado (ELKIN-KOREN, SALZBERGER, 1999, p. 558). O fenômeno é bastante comum na área de programas de computador. O fato de que a grande maioria dos usuários e das empresas utiliza o programa Microsoft Word certamente é um fator a influenciar a escolha de um usuário quanto ao editor de texto que irá comprar. Um produto concorrente, cujo formato não seja compatível com o dominante, poderá enfrentar sérias dificuldades para estabelecer-se no mercado, pois seus usuários teriam limitada capacidade de compartilhar arquivos com usuários do Microsoft Word.

Por fim, o uso de tecnologias da informação e da comunicação pode, em muitas vezes, representar importantes desafios a seus usuários. A grande

⁹ As hipóteses aqui levantadas, especialmente a de ausência de escassez no espaço virtual, não devem ser interpretadas literalmente. Com efeito, no decorrer desse estudo, será demonstrado que a capacidade das redes de telecomunicações que dão suporte ao tráfego de internet não é ilimitada e que, portanto, algum tipo de restrição à circulação de conteúdos pode ser legítima. De forma semelhante, um prestador de serviço de acesso à internet monopolista pode, tecnicamente, limitar os conteúdos acessados por seus usuários.

maioria dos usuários da internet não possui treinamento formal para a utilização da tecnologia. Nesse contexto, a introdução de novos equipamentos ou processos pode impor uma curva de aprendizado que nem todos estarão dispostos a enfrentar (ELKIN-KOREN, SALZBERGER, 1999, p. 558).

Outra falha de mercado que costuma justificar intervenção governamental são os bens públicos. Estes podem ser caracterizados pela não exclusividade e não rivalidade de seu uso. A não exclusividade reside na dificuldade ou mesmo impossibilidade de impedir que o bem possa ser utilizado por quem não pagou por ele, usuários chamados comumente de *free-riders*. A não rivalidade significa que o uso do bem por um indivíduo não impede que outros também venham a usá-lo. Bens com essas características não são adequadamente produzidos pelo mercado, tendo em vista a evidente dificuldade de cobrar por seu uso.

Um exemplo típico de bem público é a informação. Uma vez que ela seja produzida, pode ser extremamente difícil ou mesmo impossível impedir que outros usuários não pagantes façam uso dela, inclusive mediante reprodução. De igual forma, o fato de um usuário ter utilizado a informação uma vez não necessariamente impede que outros também o façam posteriormente. Uma intervenção governamental clássica nessa seara é a criação de leis de proteção da propriedade intelectual. Por meio de patentes, protegem-se as invenções e as inovações tecnológicas. As regras de direito autoral buscam assegurar adequada compensação a artistas e inovadores.

As interações no mundo virtual ocorrem, primariamente, mediante troca de informações. Com efeito, as redes que dão suporte à internet nada mais fazem do que transportar informação digitalizada de um ponto a outro. Tal cenário, em uma primeira análise, sugeriria a necessidade de massiva intervenção governamental, de forma a assegurar que os direitos de propriedade intelectual sejam adequadamente preservados. No entanto, o próprio desenvolvimento tecnológico associado ao crescimento da internet criou formas que permitem controlar o acesso e a disseminação da informação digital, sem necessidade de atuação estatal direta. Sítios da internet cobram pelo fornecimento de senhas de acesso a conteúdos, ao

passo que ferramentas de *software* permitem controlar quantas vezes um determinado conteúdo pode ser copiado ou reproduzido.

O surgimento dessas ferramentas, contudo, não significa que esteja afastada qualquer necessidade de intervenção estatal. Os novos mecanismos de controle de acesso e uso da informação podem mostrar-se excessivamente restritivos, de forma a impedir o adequado uso de um determinado conteúdo. Em outra vertente, também é constante o desenvolvimento de ferramentas para contornar e frustrar os bloqueios estabelecidos, o que pode requerer atuação governamental para contenção desse tipo de conduta.

Os mercados de concorrência perfeita pressupõem acesso irrestrito à informação concernente a preços, preferências e qualidade dos produtos e serviços oferecidos no mercado. Essa condição, entretanto, não é observada em muitos casos, o que pode levar ao exercício de poder de mercado por parte dos ofertantes (HARRISON, 2000, p. 21-22). Adquirir a informação necessária pode impor custos adicionais que reduzam a eficiência do funcionamento do mercado. O acesso à internet pode reduzir substancialmente esse problema. Em pouco tempo, mediante a utilização de sistemas de busca e serviços especializados, é possível coletar grande volume de informações a respeito de um produto, seu preço e qualidade. Muitos sítios de internet permitem que clientes emitam opiniões sobre produtos e serviços que já utilizaram, o que gera, por parte dos ofertantes, uma preocupação adicional com sua reputação.

No entanto, a massa de informação disponível na internet pode ser de tal magnitude que vem a ocasionar outro desafio igualmente significativo: o de selecionar os dados confiáveis e relevantes. O custo de adicionar uma informação à internet pode ser muito baixo. Por vezes, basta a disposição de participar de um fórum de discussão ou de inserir comentários em um *blog* ou sítio especializado. Como as fontes de informação são, portanto, bastante diversas, aumenta a dificuldade para identificar quais as que realmente são confiáveis. Dessa forma, as peculiaridades do mercado virtual desviam o foco da falta para o excesso de informação e a conseqüente capacidade de processá-la (ELKIN-KOREN, SALZBERGER, 1999, p. 562-563).

As peculiaridades do espaço virtual também podem alterar significativamente o comportamento de outro fenômeno bastante estudado pela economia e pela AED: os custos de transação. O conceito, desenvolvido principalmente por Coase, apresenta uma crítica às concepções da economia neoclássica, que, de forma simplificadora, pressuporia um mercado em que as trocas fluem livres de qualquer espécie de obstáculo.

O conceito de custos de transação, portanto, parte de uma abordagem mais realista do mercado, que considera que a realização de trocas envolve outros custos que não aqueles diretamente vinculados ao objeto transacionado. Eles estariam relacionados a cinco atividades necessárias à concretização de uma transação. Em uma primeira etapa, tem-se a busca de informações sobre os preços de mercado, as qualidades do objeto da negociação e, evidentemente, a procura por potenciais compradores ou vendedores e avaliação de suas respectivas reputações. O segundo momento é a negociação, em que as partes contratantes interagem para definição das características básicas do negócio, como preço, quantidades, prazo, etc. A terceira etapa é a formalização dos contratos, o que inclui não apenas a sua redação, como também seu registro nos órgãos competentes, conforme exigido pela legislação aplicável. Após celebrado o contrato, tem início a etapa de monitoramento, em que as partes acompanharão reciprocamente o cumprimento das obrigações assumidas. Por fim, pode surgir a necessidade de garantir a correta aplicação do contrato, o que implica exigir a execução de garantias, a aplicação de cláusulas penais e mesmo o recurso à justiça (PINHEIRO, SADDI, 2005, p. 62).

No espaço virtual, os custos de transação tendem a diminuir. Tanto a busca de informações como o processo de negociação podem ser significativamente abreviados com a utilização dos recursos da tecnologia da informação. De forma semelhante, soluções tecnológicas também podem assegurar ou ao menos facilitar o monitoramento e a execução de disposições contratuais. No entanto, não se pode descartar que, em virtude do massivo volume de informações disponível no espaço virtual, os custos de transação venham a aumentar. O excesso de informação pode requerer maior esforço para processamento (ELKIN-KOREN, SALZBERGER, 1999, p. 568-569).

1.4 Teoria Econômica do Direito de Propriedade

Existem várias teorias doutrinárias e filosóficas para justificar o direito de propriedade¹⁰. O objetivo da presente seção, todavia, não é examiná-las. O propósito ora adotado é o de expor os fundamentos econômicos do direito de propriedade. Assim, o que se buscará descrever é uma teoria da propriedade sob a óptica da economia.

Para tanto, serão abordadas as perguntas fundamentais propostas por Cooter e Ulen (2000, p. 74). A primeira delas corresponde à indagação sobre como os direitos de propriedade devem ser estabelecidos. A segunda diz respeito ao conteúdo do direito de propriedade, ou seja, o que os proprietários podem fazer com os bens e direitos que lhes pertencem. Nesse ponto, serão também examinados os efeitos econômicos da imposição de limitações ao direito de propriedade e a sua função social. A terceira pergunta refere-se ao objeto do direito de propriedade, especificamente sobre o que pode ser objeto de propriedade privada e o que deve ser objeto de outros regimes de propriedade. Por fim, faz-se breve descrição acerca dos remédios aplicáveis em situações de invasão ou violação do direito de propriedade. Antes de abordar essas quatro questões, todavia, propõe-se um questionamento preliminar, referente ao fundamento econômico para o estabelecimento de direitos de propriedade. Em outros termos, o estudo do tema inicia pela pergunta: por que criar direitos de propriedade?

Mesmo dentro da AED, a resposta a essa pergunta é formulada de distintas maneiras por diferentes autores. Cooter e Ulen (2000, p. 77-81) destacam que a instituição de direitos de propriedade tem como objetivo melhorar a alocação de recursos, pois permite que mais esforços sejam destinados à produção do que à proteção do domínio de bens e direitos. Nesse sentido, propõem o exemplo de uma sociedade hipotética de agricultores em que não há tribunais e tampouco polícia. Em um cenário como esse, os agricultores tem de empregar recursos não somente em suas lavouras, mas também em sua respectiva proteção, mediante a compra de armas e instrumentos de defesa ou a contratação de seguranças privados. A proteção da lavoura, portanto, representa um custo social sobre a atividade agrícola, vez que passa a competir com esta pelos recursos disponíveis na economia.

¹⁰ Algumas delas são abordadas em COOTER, ULEN, 2000, p. 114-117.

De outro lado, não se ignora que a operação de um sistema de proteção de direitos de propriedade, que inclui a atuação de tribunais e de um aparato estatal de força, também acarreta custos. No entanto, sempre que estes custos se mostrarem menores do que o custo social decorrente da necessidade de proteção privada da propriedade, será mais eficiente a instituição de direitos de propriedade. O fundamento, portanto, é a maior eficiência de um sistema institucional de proteção da propriedade, pois permite uma melhor alocação de recursos. Dessa forma, concluem os autores que “as sociedades criam a propriedade como um direito legal para estimular a produção, desencorajar o roubo e reduzir os custos de proteção dos bens”¹¹.

Essa avaliação de custos e benefícios é, segundo os mesmos autores, repetidamente executada mesmo nas sociedades modernas. Com a evolução da tecnologia, recursos antes inexistentes ou não aproveitados passam a ser relevantes do ponto de vista econômico. Consequentemente, passam a requerer proteção, que eventualmente pode ser provida de forma mais eficiente mediante a instituição de um sistema de direitos de propriedade. O espectro de radiofrequências, por exemplo, não tinha qualquer valor econômico antes da invenção do rádio. Atualmente, com o desenvolvimento das tecnologias e dos serviços de telecomunicações que se utilizam de radiocomunicação, algumas faixas de radiofrequências assumem valor econômico elevadíssimo, dada sua utilidade na prestação desses serviços. Nesse sentido, a atribuição de direitos de propriedade passa a ser um modelo viável para gestão do espectro. Da mesma forma, conforme o exemplo de Cooter e Ulen (2000, p. 81), as leis de proteção de *software* buscam desencorajar a utilização não autorizada por terceiros e permitir que os desenvolvedores de programas de computador possam aplicar mais recursos em sua atividade.

Vera (2012), por sua vez, destaca a importância do direito de propriedade como pressuposto para a realização de trocas. Somente com direitos de propriedade definidos é que se pode transacionar bens e direitos no mercado. A realização das trocas conduz a uma melhor alocação de recursos, o que implica ganho de bem-estar para a sociedade como um todo:

¹¹ “Societies create property as a legal right to encourage production, discourage theft, and reduce the costs of protecting goods” (COOTER, ULEN, 2000, p. 81, tradução livre do autor).

Ter o direito de propriedade sobre um bem permite que a sua circulação na sociedade, desde a aquisição, uso e transferência (como na alienação), gere uma alocação de recursos mais eficiente seguida de um valor adicionado. Por consequência, a garantia de propriedade alavanca a geração de emprego e riqueza de uma nação. Além do incentivo criado aos cidadãos para produzir, eles também farão o melhor uso do bem, transferindo-o, quando interessante, para uma pessoa que dará a ele um valor (e uso) maior. Uma alocação mais eficiente dos recursos permite que todos enriqueçam. Por sua vez o crescimento econômico decorrente é pré-requisito essencial para qualquer ímpeto do Estado de buscar justiça distributiva e bem-estar social. Sociedades que garantem mais direito de propriedade privada e que permitem um uso amplo desse direito são empiricamente mais suscetíveis ao crescimento e desenvolvimento social e econômico (VERA, 2012, p. 202).

Demsetz (1967) destaca primeiramente que a instituição de direitos de propriedade é fundamental para a formação de expectativas do que se pode e do que não se pode fazer com um determinado bem. O proprietário de um bem, portanto, tem expectativas quanto ao que a sociedade lhe permite fazer com ele, assim como em relação à proteção contra a interferência indevida de terceiros. Outro papel importante dos direitos de propriedade é permitir que os custos e benefícios de externalidades sejam internalizados. Externalidades aqui são os efeitos benéficos ou prejudiciais de determinada conduta, cujos custos ou benefícios não são diretamente apropriados por quem a executa. O exemplo clássico é o da poluição gerada por uma fábrica. O custo imposto à comunidade adjacente – tratamentos de saúde, menor disponibilidade de recursos naturais, desvalorização imobiliária, etc. – não são diretamente atribuídos ao agente poluidor.

Uma das formas de resolver problemas relacionados a externalidades é justamente a criação de direitos de propriedade, o que permite que os custos ou benefícios sejam adequadamente apropriados pelas partes envolvidas. No exemplo da fábrica poluidora, pode-se atribuir aos habitantes da comunidade o direito de não sofrer com a poluição, o que permitiria, em tese, uma negociação em que esse direito seria total ou parcialmente alienado à fábrica, que passaria então a ter o direito de poluir. Nesse caso, todavia, ela teria arcado com o custo de aquisição desse direito, ou seja, o custo da poluição teria sido internalizado. Essa solução somente seria viável, no entanto, se os custos da própria internalização forem inferiores ao custo a ser internalizado. Isso significa que, diante de elevados custos de transação, a negociação do “direito de poluição” não seria possível, e a atribuição de direitos de propriedade poderia não gerar um resultado eficiente do ponto de vista alocativo.

Com base nessas considerações, Demsetz (1967, p. 350) afirma que o processo de criação de novos direitos de propriedade ocorre em função de mudanças econômicas e tecnológicas que fazem com que o benefício da internalização de externalidades seja superior ao próprio custo da internalização. Para ilustrar o ponto, o autor resgata o exemplo histórico dado pelos índios Montagnes, que habitavam território próximo à atual província de Quebec. Observou-se que aquela etnia desenvolveu sistema relativamente sofisticado de direito de propriedade sobre o território, ao contrário de outras tribos. Esse fenômeno foi atribuído à importância que o comércio de peles assumiu para aquela comunidade.

Como relata Demsetz (1967, p. 351-352), não havia indícios da existência de direitos de propriedade antes do desenvolvimento do mercado de peles. Por sua vez, a atividade de caça, mesmo quando praticada em pequena escala, produz externalidades. Cada animal caçado impõe um custo externo aos caçadores subsequentes, custo este que não é internalizado pelo primeiro caçador. À medida que o comércio de peles assume relevância econômica e que a atividade de caça se intensifica, esses custos se tornam maiores. Dessa forma, pode-se chegar ao ponto em que a internalização desses custos, mediante a atribuição de direitos de propriedade, propicie benefícios superiores ao custo dessa internalização. Nessa situação, serão criados direitos de propriedade. A evidência histórica utilizada por Demsetz indica que, com efeito, foram estabelecidos direitos de propriedade sobre a terra - como meio para limitar o acesso à caça - de forma concomitante ao desenvolvimento do mercado de peles. A presença de sistemas de propriedade era mais evidente em regiões próximas aos centros de comércio de peles.

Já para Lara, o estabelecimento de direitos de propriedade sobre bens corpóreos “tem como fundamento a racionalidade e a eficiência da exploração econômica” (2012, p. 358). Nesse sentido, afirma, em síntese, que o estabelecimento da propriedade privada é indispensável para a utilização mais eficiente dos recursos econômicos, pois permitiria a superação de fenômenos como a “tragédia dos comuns”, que impedem a maximização da eficiência na exploração de recursos escassos quando não há definição de direitos de propriedade.

O autor ressalta, contudo, não ser este o fundamento do estabelecimento de direitos de propriedade sobre direitos não materiais, como as invenções e outras obras intelectuais. Nesses casos, a razão para a definição de direitos de propriedade reside na necessidade de proteger o esforço empreendido na criação da inovação. Não se busca aqui a eficiência da utilização do recurso, tendo em vista que, ao contrário, o estabelecimento de mecanismos de proteção da propriedade intelectual limita sua utilização por todos os interessados, o que seria o resultado mais eficiente¹². O que se pretende é assegurar que os agentes econômicos tenham incentivos adequados para investir em esforços para produção de novos inventos e obras intelectuais. A esse respeito, assim conclui o autor:

A proteção à obra intelectual não se presta a outro objetivo senão o de preservar os investimentos que foram necessários para a sua produção. Não há nenhum indício de que a atribuição de propriedade à obra intelectual possa ser capaz de gerar, por si só, eficiência alocativa. A proteção tem por finalidade um ato do passado, que é o investimento. Portanto, é necessário pensar o regime de propriedade intelectual segundo reflexos de eficiência para o futuro, sem afastar sua função primordial de proteção aos investimentos (LARA, 2012, p. 366).

A partir da leitura dos diferentes autores aqui cotejados, é possível identificar uma linha comum, ainda que sob diferentes formulações. Esse traço comum é a preocupação com a eficiência. Em outros termos, para a economia, a importância da criação de um sistema de direitos de propriedade está diretamente relacionada à eficiência na alocação de recursos. Mesmo no que tange à propriedade intelectual, conforme as ponderações de Lara (2012), não se podem perder de vista os “reflexos de eficiência para o futuro”, consistentes na manutenção de incentivos adequados ao investimento em pesquisa, desenvolvimento e inovação¹³.

Estabelecido o fundamento do direito de propriedade para a economia, a pergunta que ora se coloca é como distribuir a propriedade entre os diversos agentes econômicos. Para tanto, considere-se inicialmente um cenário em que não

¹² Conforme esclarecem Cooter e Ulen (2000, p. 128-138), a proteção da propriedade intelectual mediante patentes ou direitos autorais confere ao respectivo titular um direito de monopólio sobre o licenciamento daquele invento ou conteúdo. Essa situação de monopólio, de um lado, restringe a utilização e aumenta o preço do produto, propiciando a seu titular a fruição de lucro econômico. De outro lado, são esses ganhos que constituem o incentivo ao investimento em novas invenções.

¹³ “Sem proteção à propriedade intelectual, o comportamento racional do agente seria o de usar apenas inovações produzidas por outros ou, investindo em inovações, manter sua obra em segredo. Em última análise, pode-se inferir que haveria redução relevante no volume de inovações e, por consequência, na taxa de desenvolvimento” (LARA, 2012, p. 363).

existem custos de transação, e, portanto, as trocas podem ocorrer de forma absolutamente livre. Em tal cenário, os agentes têm incentivos para efetuar trocas em busca de maior eficiência alocativa. As trocas voluntárias fazem com que os bens e direitos transacionados no mercado migrem de agentes que os valorizam menos para outros que os valorizam mais, o que possibilita alcançar um nível ótimo de alocação de recursos e maximização da riqueza. Em um cenário como esse, como afirma Coase (1960, p. 8), a definição de direitos de propriedade é importante para permitir a realização das trocas. No entanto, a distribuição inicial desses recursos é indiferente para o resultado de sua alocação final, pois a ausência de custos de transação induz a realização de trocas que maximizam a riqueza. A distribuição inicial de direitos, portanto, na ausência de custos de transação, é indiferente em termos de eficiência alocativa. Seus efeitos recaem unicamente sobre a distribuição da riqueza (DEMSETZ, 1967, p. 349).

O mesmo não ocorre quando se consideram custos de transação positivos. Nesse cenário, os custos de transação podem ser superiores aos ganhos que seriam obtidos com as trocas, hipótese em que estas não se realizariam. Portanto, em um cenário com custos de transação, os agentes podem ter incentivos a não realizar trocas, o que pode impedir que os recursos migrem para os agentes que mais os valorizam. Nesse contexto, as trocas podem não produzir uma alocação ótima de recursos. Portanto, a distribuição inicial de recursos passa a não ser mais indiferente em termos de eficiência alocativa (COASE, 1960, p. 16). A busca pela eficiência, nesse caso, recomenda que os recursos sejam distribuídos aos agentes que mais os valorizam, pois este seria o resultado condizente com um estado de alocação ótima de recursos. Trata-se aqui do que Cooter e Ulen denominam Teorema Normativo de Hobbes: “O direito deve ser estruturado de forma a minimizar o prejuízo causado por falhas nos acordos privados”¹⁴. A ideia é assim desenvolvida pelos autores:

Quando as partes falham em chegar a um acordo privado, elas perdem o ganho da troca. Para minimizar o prejuízo resultante, o direito deve alocar os direitos de propriedade a parte que mais os valoriza. Ao alocar os direitos de

¹⁴ “Structure the law so as to minimize the harm caused by failures in private agreements” (COOTER, ULEN, 2000, p. 94, tradução livre do autor).

propriedade à parte que mais os valoriza, o direito torna a troca desnecessária e portanto poupa o custo da transação.¹⁵

Uma outra questão fundamental inevitável no estudo da propriedade é seu conteúdo, ou o que significa ter direito de propriedade sobre um determinado bem ou direito. Tal indagação conduz à pergunta acerca do próprio conceito de direito de propriedade. Pode-se dizer que o direito de propriedade define as ações que um indivíduo pode adotar frente aos demais em relação a um objeto (OSTROM, 2000, p. 339).

A propriedade, com efeito, corresponde a um conjunto de direitos que podem ser exercidos por seu titular, em relação a seu objeto. Para Ostrom (2000, p. 339), esse conjunto é formado por cinco componentes, identificados como direitos de acesso ao bem, retirada de uso, gestão, exclusão e alienação¹⁶. Diferentes regimes de propriedade conferirão a seus titulares subconjuntos desses direitos, que poderão ser detidos por indivíduos ou coletividades.

O direito de acesso é o direito de entrar em uma determinada área e usufruir dos benefícios que não importem extração de utilidade do bem, como tomar banho de mar ou admirar uma paisagem. A retirada, ao contrário, inclui a possibilidade de extrair recursos ou produtos, como pescar, cortar árvores ou colher frutos. A gestão compreende a faculdade de regular internamente o uso do bem, inclusive transformá-lo por meio de benfeitorias. A exclusão corresponde ao poder de determinar a quem serão conferidos direitos de acesso e de retirada, e regular como esses direitos poderão ser transferidos. Por fim, o direito de alienação supõe a capacidade de vender ou de qualquer outra forma transferir os direitos de gestão e de exclusão (OSTROM, 2000, p. 339).

O exercício dos direitos de propriedade pode ser limitado pela legislação, seja por razões políticas, seja para assegurar ou evitar a produção de externalidades. Limitações ao direito de propriedade impostas pela regulação tendem a diminuir o valor do bem, pois o titular do direito não poderá exercê-lo em

¹⁵ *“When the parties fail to reach a private agreement, they lose the surplus from exchange. To minimize the resulting harm, the law should allocate property rights to the party who values them the most. By allocating property rights to the party who values them the most, the law makes exchange of rights unnecessary and thus saves the cost of a transaction”* (COOTER, ULEN, 2000, p. 94, tradução livre do autor).

¹⁶ No original: *access, withdrawal, management, exclusion, alienation*. Adotou-se aqui a tradução utilizada por Vera (2012, p. 203).

sua plenitude. Outrossim, ao contrário da desapropriação, que exige indenização, as limitações ao direito de propriedade impostas pela regulação normalmente não ensejam direito a obtenção de compensação junto ao Estado.

De um lado, a ausência de obrigação de indenizar por parte do Estado cria incentivos à regulação excessiva, pois o Poder Público não internaliza os custos impostos pela regulação que emite. De outro, o risco de uma nova regulação não compensada que limite a utilização de determinado bem pode conduzir a um nível mais eficiente de investimentos. Nesse sentido, Cooter e Ulen (2000, p. 166-169) apontam que, se todas as regulações fossem compensadas, os proprietários não se preocupariam com o risco de perda de investimentos. Assim, poderiam investir livremente em suas propriedades, com a confiança de que limitações supervenientes à utilização desses investimentos seriam indenizadas. Nesse caso, os investimentos serão perdidos, mas o custo será arcado pela coletividade que financia o Estado. Já se a regulação não é compensada, os proprietários tendem a internalizar esse risco, por meio de investimentos mais prudentes. O nível de investimentos tende a ser menor, ponderando-se o respectivo ganho com o risco de que venham a ser perdidos.

Uma das mais relevantes limitações que se pode estabelecer ao direito de propriedade é sua afetação a uma função social. Atribui-se a Léon Duguit a difusão do conceito de propriedade como função social, em substituição à noção de propriedade como direito subjetivo (PINTO, 2005, p. 181)¹⁷. O conceito surge da ideia de que o indivíduo não é um fim, mas um meio para garantir o bem-estar da sociedade. Nesse sentido, a propriedade não representaria mais um direito subjetivo, mas sim uma obrigação que seu titular teria para com a coletividade: a obrigação de utilizar o seus bens de acordo com os desígnios da comunidade. “A propriedade é para todo possuidor de uma riqueza o dever, a obrigação de ordem objetiva, de empregar a riqueza que possui em manter e aumentar a interdependência social” (DUGUIT *apud* PINTO, 2005, p. 183). Adverte-se, portanto, que “a função social da propriedade apresenta uma vocação estatista só comparável ao socialismo, uma vez que reconhece como legítimas medidas drásticas destinadas

¹⁷ Estudo sobre os autores que influenciaram Duguit pode ser encontrado em Mirow (2010).

a obrigar o proprietário a utilizar um bem privado segundo o plano governamental” (PINTO, 2005, p. 185).

O regime constitucional brasileiro, posto que mencione a função social da propriedade, não adotou a doutrina de Duguit em sua integralidade. A linha adotada no Brasil e nos demais países que incorporaram a função social da propriedade em seus respectivos ordenamentos foi intermediária entre a noção de propriedade como direito absoluto e como pura função social. Nesse esforço, preserva-se a propriedade como um direito subjetivo, mas que deve cumprir uma função social (PINTO, 2005, p. 185). Nessa toada, Pinheiro e Saddi (2005, p. 97) afirmam que a função social de que trata a Constituição brasileira não é de fato uma restrição à propriedade, que permanece assegurada como um direito fundamental, mas sim a seu uso indevido.

A obrigação de que a propriedade cumpra uma função social convive, no direito constitucional brasileiro, com outras limitações que buscam conformar o uso da propriedade ao bem comum, como a possibilidade de uso de bens pela autoridade competente em caso de perigo público iminente (art. 5º, inciso XXV), a necessidade de harmonizar o uso da propriedade com o meio ambiente (art. 170, inciso VI), a necessidade de adaptar os imóveis de uso público ao acesso de pessoas com deficiência (art. 227, § 2º), entre outros (VERA, 2006, p. 5).

Para os fins deste estudo, releva apontar que a legislação referente às redes de telecomunicações estabelece uma série de limitações ao uso e operação destas, bem como sujeita sua propriedade ao cumprimento de sua função social. Nesse sentido, é pertinente transcrever o teor do art. 146 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997:

Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:

- I - é obrigatória a interconexão entre as redes, na forma da regulamentação;
- II - deverá ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional;
- III - o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social. [...]

A terceira pergunta fundamental no desenvolvimento de uma teoria econômica do direito de propriedade diz respeito ao objeto desse direito, ou seja, o

que pode ser juridicamente apropriado pelos indivíduos. Essa questão conduz à discussão acerca das vantagens e desvantagens de regimes de propriedade privada individual *versus* propriedade coletiva ou controlada pelo Estado.

A teoria econômica tradicional defende que os chamados bens públicos devem ser objeto de propriedade coletiva, ao passo que os bens privados devem conformar-se a um regime de propriedade privada individual (COOTER, ULEN, 2000, p. 106). Os bens privados caracterizam-se por sua rivalidade e exclusividade. A rivalidade consiste em que o consumo do bem por um indivíduo prejudica ou diminui o seu consumo por outros. Já a exclusividade refere-se à capacidade que o proprietário tem de excluir outros indivíduos do consumo deste bem. Bens públicos puros, por sua vez, são bens que não são rivais nem exclusivos. Um exemplo clássico, já tratado neste trabalho, é a informação. O uso de uma informação por uma pessoa não impede que outras também se beneficiem dela. Da mesma forma, uma vez que a informação é difundida, é extremamente difícil, senão impossível, impedir que outros usuários não pagantes também possam ter acesso a ela.

Devido a essas características, o fornecimento de bens públicos por agentes privados não é eficiente, pois não há como assegurar adequada remuneração a seus fornecedores. Surge, portanto, a necessidade de alguma espécie de ação coletiva - seja espontânea por parte da própria comunidade, seja coordenada pelo Estado - para o adequado provimento desses bens. Ao contrário, bens privados, em razão de sua rivalidade, devem ser consumidos por quem mais os valoriza. Uma vez que potenciais usuários não pagantes podem ser facilmente excluídos, esses bens podem ser livremente transacionados no mercado, em busca de sua utilização mais eficiente, mediante a clara e explícita definição de direitos de propriedade.

Ostrom (2000), contudo, traz importante contribuição a essa discussão, especialmente no que tange aos chamados bens ou recursos de uso comum¹⁸. Estes, ao contrário dos bens privados e públicos puros, caracterizam-se pela rivalidade e pela não exclusividade. Em outros termos, o consumo desses recursos por um indivíduo reduz o estoque disponível para os demais. No entanto, pode ser extremamente difícil ou mesmo impossível excluir usuários não pagantes. São

¹⁸ No original, *common-pool resources* (OSTROM, 2000).

exemplos típicos desses bens os recursos naturais como peixes de uma determinada região, água para irrigação, entre outros.

Ostrom (2000) relativiza a postura tradicional, que defenderia a superioridade de regimes de propriedade individual sobre os de propriedade coletiva para o gerenciamento de recursos naturais escassos. Nesse esforço, entende que a discussão sobre propriedade privada *versus* propriedade coletiva está comprometida por uma série de confusões conceituais. Primeiramente, esclarece a diferença entre um regime de livre acesso e um de propriedade comum. No primeiro, não há exclusão de potenciais usuários, todos os interessados são supostamente livres para usufruir de um determinado recurso. Já na propriedade comum, um grupo claramente estabelece seu direito sobre um determinado objeto, cujo consumo é vedado àqueles que não pertencem ao grupo (OSTROM, 2000, p. 335-337).

Em segundo lugar, a autora traça a diferença entre bem de uso comum e regime de propriedade. O primeiro conceito refere-se a uma característica inerente ao bem, consistente em sua rivalidade e não exclusividade. Não define, por si só, um regime de propriedade. Com efeito, “não há qualquer associação automática de recursos de uso comum com regimes de propriedade comum – ou com qualquer outro tipo de regime específico de propriedade”¹⁹.

Outra distinção importante, na visão da autora, é a que diferencia o recurso em si do fluxo de rendimentos que ele proporciona. O primeiro representa o estoque principal do recurso, do qual são retirados rendimentos periódicos. Assim, um lago representaria o estoque, ao passo que os peixes que dele são retirados, os seus rendimentos. Da mesma forma ocorreria com um rio e as quantidades de água que dele são retiradas para irrigação. A mesma distinção se pode fazer com infraestruturas de uso comum que precisam ser utilizadas para a retirada de recursos, como represas, estações de bombeamento e dutos para água de irrigação. A gestão adequada desses recursos requer o estabelecimento de regimes eficientes de propriedade tanto para o recurso principal como para os rendimentos que dele são extraídos (OSTROM, 2000, p. 338).

¹⁹ “[...] *there is no automatic association of common-pool resources with common property regimes – or, with any other particular type of property regime*” (OSTROM, 2000, p. 338, tradução livre do autor).

A autora expõe então a concepção do direito de propriedade como um conjunto de direitos, que envolve o acesso, a retirada, a gestão, a exclusão e a alienação, já relatada neste estudo. A partir dessa exposição, afirma a possibilidade de diferentes arranjos institucionais que envolvem a apropriação coletiva de um ou mais dos direitos que compõem a propriedade. Tais arranjos podem diferenciar-se de forma significativa, de acordo com as características da comunidade ou do recurso a ser explorado. A construção desses arranjos busca maior eficiência na exploração do recurso, comparando-se o custo de sua gestão coletiva com o de estabelecimento de direitos de propriedade privada individual. Outrossim, é possível a convivência de regimes de propriedade coletiva com a propriedade privada. Por exemplo, fazendeiros podem ter título privados sobre suas terras ao tempo em que se submetem a um regime de propriedade comum sobre a água disponível para irrigação.

O ponto a ser registrado, portanto, é o de que vários regimes de direito de propriedade são possíveis sobre recursos de uso comum. A propriedade privada individual é um deles, mas não necessariamente o que conduz a maior eficiência.

Por fim, a última questão relevante para a construção de uma teoria econômica do direito de propriedade diz respeito às medidas ou remédios a serem utilizados quando esse direito é violado. Entende-se aqui que a violação ao direito de propriedade pode dar-se tanto de forma direta, mediante invasão ou expropriação, como de forma indireta, mediante a produção de externalidades que diminuam o valor da propriedade alheia.

Basicamente, duas naturezas de remédios são possíveis em tais situações: medidas de interdição e indenizações. No primeiro caso, estabelecem-se claramente os direitos de propriedade e determinam-se condutas e proibições coercitivas. Já no segundo caso, não se proíbe diretamente a conduta prejudicial, mas determina-se o dever de indenizar os prejuízos dela decorrentes. As duas soluções não são mutuamente excludentes. Pode-se determinar uma proibição para o futuro, cumulada com o dever de indenização por prejuízos causados no passado.

A definição do melhor remédio a ser utilizado, para a teoria econômica, depende dos efeitos sobre a eficiência alocativa. Em um ambiente sem custos de transação, medidas proibitórias podem ser mais eficientes, caso possam ser

transacionadas. A parte que sofre os efeitos da medida pode negociar com o autor a “compra” do direito de retomar sua conduta, ou outra solução intermediária. Nesse cenário, supõe-se que as trocas conduziriam a uma eficiência alocativa superior.

O mesmo não ocorreria caso os custos de transação fossem suficientemente altos para impedir a ocorrência das trocas. Nessa hipótese, a solução mais eficiente será o estabelecimento do dever de indenizar. A indenização, de um lado, faz com que aquele que pratica a conduta prejudicial internalize os custos de sua atividade, mediante a devida compensação aos prejudicados. De outro lado, ao não proibir terminantemente a conduta, permite que seu valor econômico continue a ser produzido (COOTER, ULEN, 2000, p. 103).

Com o enfrentamento das quatro questões fundamentais propostas por Cooter e Ulen (2000, p. 74), além da indagação preliminar sobre o fundamento econômico do direito de propriedade, buscou-se expor brevemente a abordagem da ciência econômica quanto a essa instituição jurídica. A importância desse esforço para os fins do presente estudo justifica-se na medida em que as regras de neutralidade da rede podem ser vistas como limitações ao exercício do direito de propriedade sobre as redes de telecomunicações.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O objetivo do presente capítulo é de buscar um conceito de liberdade de expressão que possa servir de parâmetro para a avaliação das propostas de regulação da neutralidade da rede. Nesse sentido, procura explorar algumas discussões teóricas acerca dos fundamentos da liberdade de expressão e sua manifestação no espaço virtual. Nesse sentido, inicialmente, serão abordados alguns dos fundamentos desse princípio, ora sob o prisma da liberdade individual, ora sob a óptica de uma instituição indispensável ao regime democrático. Em um segundo momento, busca-se estudar como as diferentes variantes teóricas foram abordadas em recente decisão do STF que enfrentou o tema da regulação da liberdade de expressão e de imprensa. Na terceira seção do capítulo, relatam-se alguns estudos que buscam investigar o poder dos meios de comunicação na formação da opinião pública, os fatores que contribuem para o viés nas coberturas jornalísticas e as características do mercado de comunicação brasileiro. Por derradeiro, parte-se para a busca de uma teoria da liberdade de expressão adequada ao ambiente virtual.

2.1 Evolução Doutrinária do Princípio da Liberdade de Expressão

Uma primeira noção de liberdade de expressão está associada a um direito fundamental de caráter individual. Trata-se, nesse sentido, de uma decorrência da própria dignidade da pessoa humana, que assegura ao indivíduo o direito de expressar sua personalidade das mais diversas formas. Esse conceito concentra suas atenções no autor da mensagem, que deve ser protegido de qualquer impedimento ao exercício desse direito. Resulta, portanto, em uma defesa de um papel de abstenção do Estado, cuja atuação deve ser contida para não criar obstáculos à livre manifestação do pensamento (SANKIEVICZ, 2011, p. 22-24).

Nos EUA, essa concepção da liberdade de expressão foi denominada de corrente libertária. Para Fiss, (2005, p. 28-29) a visão libertária manifesta uma leitura individualista da Primeira Emenda à Constituição Norte-Americana e trata a liberdade de expressão de forma semelhante à liberdade religiosa. Nesse contexto,

o foco recai sobre o Estado como inimigo natural da liberdade, que deve ser controlado para que não venha a silenciar o discurso.

Uma síntese da teoria libertária é apresentada por Binembojn (2006, p. 4):

(1) a teoria libertária, centrada na figura do autor da mensagem, seja ele um artista, escritor, jornalista ou qualquer outro sujeito que realize atividade expressiva de ideias, tal teoria prega que as garantias da Primeira Emenda visam a proteger fundamentalmente a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas. Aqui a liberdade de expressão se identifica com uma dimensão da chamada liberdade dos modernos, para usar a expressão cunhada por Benjamin Constant, vista como emanção da personalidade individual a ser defendida da intervenção estatal.

Para Sarmiento (2007, p. 5) a teoria libertária “tem como ideal regulativo o modelo do ‘mercado de ideias’, em que agentes privados comunicar-se-iam uns com os outros livremente, sem qualquer interferência estatal”. Nessa toada, o autor afirma que, apesar de reconhecer a existência de falhas de mercado, a teoria libertária entende como ainda mais prejudicial a interferência do Estado, pois este poderia facilmente silenciar manifestações que fossem contrárias à maioria ou ao grupo político que estiver no poder. O autor ressalta ainda a prevalência dessa teoria no debate constitucional norte-americano.

Na Alemanha, a concepção da liberdade de expressão como um direito individual que se exerce contra o Estado foi ressaltado no célebre Caso Lüth. Com efeito, a Corte Constitucional chega a afirmar que:

Sem dúvida, os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a defesa da liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; eles são direitos da resistência do cidadão contra o Estado. Isto é o que se deduz da evolução histórica da ideia de direito fundamental, assim como de acontecimentos históricos que levaram os direitos fundamentais às constituições dos vários Estados. Os direitos fundamentais da *Grundgesetz* também têm esse sentido, pois ela quis sublinhar, com a colocação do capítulo dos direitos fundamentais à frente (dos demais capítulos que tratam da organização do Estado e constituição de seus órgãos propriamente ditos), a prevalência do homem e sua dignidade em face do poder estatal. A isso corresponde o fato de o legislador ter garantido o remédio jurídico especial para proteção desses direitos, a Reclamação Constitucional, somente contra atos do poder público (ALEMANHA *apud* BRASIL, 2009, p. 218).

No mesmo julgado, a Corte destacou a importância da liberdade de expressão como um aspecto da personalidade humana em sociedade e como um

dos mais preciosos direitos do homem. Caracterizou-a ainda como a condição indispensável para qualquer outra forma de liberdade.

Essa concepção de liberdade de expressão, todavia, apresenta algumas insuficiências, que deram origem a uma corrente alternativa ou complementar, denominada democrática ou mesmo ativista. Essa corrente vê a liberdade de expressão não somente como um direito individual, mas também e principalmente como uma condição necessária ao estabelecimento de uma democracia. Parte-se aqui do pressuposto de que, para o regular funcionamento da democracia, precisa haver amplo e desinibido fluxo de ideias, ou um debate público robusto. O foco, portanto, deixa de ser exclusivamente o emissor do discurso, mas também seus receptores, que precisam ter acesso à informação necessária ao exercício de seus direitos e deveres como cidadãos. Binembojn (2006, p. 4) oferece a seguinte síntese dessa doutrina no debate constitucional norte-americano:

(II) a teoria democrática, que vê a Primeira Emenda, essencialmente, como instrumento de autogoverno, de forma a permitir que os cidadãos sejam livremente informados sobre os assuntos de interesse geral e, desse modo, estejam aptos a formar livremente a sua convicção; tal teoria coloca a figura do destinatário da mensagem no centro de gravidade das liberdades de expressão e de imprensa.

A teoria democrática reconhece que nem sempre um mercado desregulado poderá assegurar um amplo fluxo de ideias capaz de ensejar um debate público sólido e consistente. Não se pode negar que há grande desigualdade nas condições de acesso aos meios necessários para o efetivo exercício da liberdade de expressão: os veículos de comunicação social. Também se discute aqui o papel desempenhado pelas corporações que controlam esses meios. Ao moverem-se essencialmente a partir de incentivos econômicos, podem não ter interesse em permitir a expressão de todos os pontos de vista. Nesse contexto, a intervenção do Estado deixa de ser algo a ser evitado a qualquer custo para mostrar-se necessária e, por vezes, imprescindível.

Fiss (2005, p. 47-48) destaca que o discurso por vezes pode ter um efeito silenciador, ou seja, a fala de alguns pode acabar por suprimir a de outros. Assim acontece com o discurso de ódio, que inibe a participação de suas vítimas no debate público. Semelhante efeito silenciador, para o autor, seria causado pela pornografia, que reduziria a mulher à condição de objeto sexual, o que reduziria a

sua credibilidade no embate político. Consequências análogas decorrem da ausência de limitação aos gastos em campanhas políticas. Nesse caso, o espaço público seria dominado pelas correntes com maiores recursos econômicos, e as demais seriam praticamente alijadas da arena política. Nesse contexto, o autor defende a firme atuação do Estado na regulação do debate público, ainda que seja por meio da redução do espaço destinado a determinados discursos, a fim de que a pluralidade seja respeitada:

O Estado não está tentando arbitrar entre os interesses discursivos dos vários grupos, mas, ao contrário, está tentando estabelecer condições essenciais para a autogovernança global, assegurando que todos os lados sejam apresentados ao público. Se isso pudesse ser realizado simplesmente pelo fortalecimento dos grupos desfavorecidos, o objetivo do Estado seria alcançado. Mas nossa experiência com programas de ação afirmativa e outros similares nos ensinou que a questão não é tão simples. Algumas vezes nós devemos reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes de outros (FISS, 2005, p. 49).

O autor também destaca a incapacidade do mercado desregulado em prover todas as informações necessárias ao debate público. Reforça que, em razão dos incentivos econômicos a que estão sujeitos os operadores privados de meios de comunicação social, esses podem não ter interesse em promover um amplo debate de ideias. Nesse esforço, lamenta o abandono da *fairness doctrine* nos EUA. Trata-se aqui de regulamentação expedida pela *Federal Communications Commission* (FCC – órgão regulador das comunicações) que exigia que os meios de comunicação sujeitos à sua regulação apresentassem uma cobertura equilibrada dos temas abordados, de forma a permitir a manifestação dos diversos pontos de vista envolvidos. Essa regulamentação foi abandonada pela FCC na década de 1980, e tentativa de restaurá-la por meio de projeto de lei foi abortada mediante veto do Presidente Ronald Reagan.

Em suas razões de veto (ESTADOS UNIDOS, 1987), o Presidente Reagan admite que a doutrina da *fairness doctrine* tivera reconhecida sua constitucionalidade pela Suprema Corte em 1969. Adverte, todavia, que o raciocínio da época estava condicionado à natural escassez de canais de radiofrequência e, conseqüentemente, limitação à quantidade de canais de televisão e rádio disponíveis. Dessa forma, conclui que o aumento da quantidade de canais de comunicação decorrente da evolução tecnológica retira os fundamentos para o

restabelecimento daquela regulamentação. Por essas razões, vetou o projeto aprovado pelo Congresso, por entendê-lo inconstitucional.

Fiss (2005, p. 110), entretanto, localiza o problema na lógica interna de cada canal de comunicação especificamente considerado. Não importa a sua quantidade, enquanto forem regidos exclusivamente por mecanismos de mercado, não haverá garantias de que atuarão no sentido de promover um robusto debate público. A partir dessas considerações, reforça a necessidade de superação da visão restritiva da intervenção do Estado na regulação dos meios necessários à realização do debate democrático:

Nós devemos aprender a abraçar uma verdade que é cheia de ironia e contradição: que o Estado pode ser tanto um inimigo como um amigo do discurso, que ele pode fazer coisas terríveis para enfraquecer a democracia, mas também algumas coisas maravilhosas para fortalecê-la (FISS, 2005, p. 144).

A preocupação com a saúde do debate público e a correspondente necessidade de regulamentação estatal é compartilhada por Dworkin (2011, p. 493-542), ainda que não nos mesmos termos propostos por Fiss. A abordagem de Dworkin é precedida da construção de um conceito de democracia. Assim, duas concepções antagônicas são de logo confrontadas. Uma primeira noção de democracia, denominada majoritarista, concentra sua atenção no respeito à decisão da maioria. A noção adversária proposta pelo autor é a de democracia co-participativa, em que o foco reside na participação “de todo o povo, agindo em conjunto como parceiros plenos e iguais, no empreendimento coletivo do autogoverno” (DWORKIN, 2011, p. 502). Ao comparar os dois conceitos, Dworkin ressalta que não há valor intrínseco em um modelo que se limita a permitir que um número maior de pessoas imponha sua vontade a um grupo menor. O governo da maioria, portanto, somente será “justo e valioso” caso seja efetivamente respeitada a igualdade entre os participantes do processo político, por meio do qual será definida a maioria (DWORKIN, 2011, p. 510).

Para a corrente majoritarista, é importante que os cidadãos tenham adequada informação para o exercício de seus direitos. Assim, deve-se garantir que todos tenham acesso à informação para que possam votar de acordo com suas convicções. Nesse contexto, Dworkin entende que a melhor interpretação do princípio da liberdade de expressão é o da chamada “aposta democrática”

(DWORKIN, 2011, p. 509). Essa aposta consiste na visão de que a melhor maneira de proteger a liberdade de expressão é afastar a atuação do Estado. Ela presume, portanto, que a atuação estatal será prejudicial à democracia em qualquer caso, mesmo quando supostamente voltada ao aperfeiçoamento do debate público (DWORKIN, 2011, p. 496).

Já para a elaboração de uma teoria de liberdade de expressão adequada à concepção co-participativa da democracia, é necessário aprofundar na compreensão desse conceito e de suas dimensões. Para Dworkin (2011, p. 510) o conceito de democracia co-participativa requer que as instituições permitam o exercício do autogoverno por parte dos cidadãos, em um processo de parceria em que “cada um é membro ativo e igual”. Para tanto, deve ser avaliado o atendimento de três dimensões fundamentais.

A primeira delas é a da soberania popular. No contexto da democracia co-participativa, o conceito de soberania popular designa um modelo de relacionamento entre povo e autoridades, em que estas estão subordinadas àquele, e não o contrário. A segunda dimensão é a igualdade de cidadania, que se manifesta na igualdade de oportunidades de participação no debate político. Nesse aspecto, Dworkin ressalta que a igualdade pode ser comprometida quando grupos de maior poder econômico passam a dominar a arena política, com a consequente exclusão dos menos favorecidos. Por fim, a terceira dimensão é o discurso democrático, que consiste na interação entre os participantes do debate democrático em um ambiente propício ao intercâmbio de ideias. Para o autor, o objetivo desse debate é fazer com que a eventual derrota de um grupo seja decorrente da incapacidade de convencimento dos demais e não somente em virtude de sua inferioridade numérica (DWORKIN, 2011, p. 510-512).

O atendimento de cada uma dessas dimensões impõe certos condicionamentos ao regime que se pretende adotar para a proteção de liberdade de expressão. A soberania popular requer que o Estado seja impedido de suprimir discursos que sejam contrários aos detentores do poder, pois nesse caso não se poderia dizer que o povo é soberano (DWORKIN, 2011, p. 513).

A igualdade de cidadania, por sua vez, exige que não haja disparidade de oportunidades de participação no debate político por razões como a riqueza, o

que pode justificar a regulamentação de limites de gastos ou doações para campanhas políticas. Ainda na defesa da igualdade, Dworkin rejeita a posição defendida por Fiss quanto à necessidade de impor limites a discursos de ódio ou preconceito. Entende que essa tese fundamenta-se em suposição empírica incerta, pois não estaria demonstrado o real efeito que esses discursos têm sobre a disposição de suas vítimas em participar do debate público. A igualdade dos cidadãos não seria compatível com um regime que protegesse determinados grupos dos efeitos de discursos de seus contendores, mediante censura. Nesse sentido, ressalta que “precisamos atacar coletivamente o preconceito e a predisposição, mas não assim” (DWORKIN, 2011, p. 515).

Quanto ao discurso democrático, Dworkin reconhece a dificuldade de estabelecimento de uma regulamentação adequada. De um lado, pondera que eventual regulação estatal do discurso pode ter efeitos negativos sobre a diversidade e disponibilidade de informações. De outro, critica a degeneração do discurso político norte-americano, reduzido a uma sucessão de *jingles* e *slogans* desprovidos de qualquer conteúdo relevante, o que ensejaria algum tipo de regulação do Estado, ainda que indireta (DWORKIN, 2011, p. 515).

Diante dessas exigências da democracia co-participativa, Dworkin propõe um modelo equilibrado, ou minucioso, para regulamentação da liberdade de expressão. Nesse esforço, busca uma alternativa à aposta democrática e a um modelo intervencionista que, a título de aprimorar o debate democrático, possa comprometer as demais dimensões da democracia co-participativa. O modelo idealizado por Dworkin permite a regulação do discurso democrático, desde que não se prejudique nem a soberania popular nem a igualdade entre os cidadãos. No modelo que propõe, por exemplo, não seria admitida qualquer restrição à divulgação de detalhes da vida privada de autoridades públicas, ainda que limitações dessa espécie pudessem eventualmente aprimorar o discurso democrático. Tampouco seria admitida, por ofender a igualdade da cidadania, a proibição de discursos discriminatórios. No entanto, aceita a limitação de gastos em campanhas políticas, como forma de promover a igualdade, desde que eles sejam suficientemente altos para não suprimir os diferentes discursos políticos (DWORKIN, 2011, p. 516-520).

Uma perspectiva mais intervencionista da regulação da liberdade de expressão é oferecida por Sarmiento. Este, assim como Dworkin, parte da premissa de que a democracia não deve ser somente o governo da maioria. Ela deve encarnar um ideal de autogoverno popular, em que os cidadãos participam do processo não somente mediante o voto, mas também como atores relevantes do debate na esfera pública. As decisões coletivas não devem ser somente fruto do embate entre os grupos de interesse, mas sim resultado de um debate cooperativo que forneça soluções que possam ser racionalmente aceitas por todos. Um modelo de democracia como esse, todavia, requer que seja assegurada a igualdade de condições de participação no debate, para que todos possam falar e ser ouvidos. A esfera pública, portanto, deve desenvolver-se de forma livre de interferências prejudiciais por parte do Estado ou do poder econômico (SARMENTO, 2007, p. 19-22).

O debate público, todavia, tem sofrido alterações substanciais com a evolução da tecnologia. O aumento do alcance dos meios de comunicação eletrônica de massa transformou esses canais nos principais veículos da discussão política. Conseqüentemente, é crescente a importância que assumem na formação da opinião pública. Nesse ponto, o autor destaca a concentração do controle econômico dos meios de comunicação. Os vultosos recursos econômicos necessários para ingresso e permanência nesse mercado acabam impedindo o acesso da grande maioria da população a esses veículos para expressão de seu pensamento ou pontos de vista.

Além disso, os incentivos econômicos a que estão sujeitos esses veículos não fornecem estímulos adequados a que promovam um debate aberto e robusto. Ao contrário, a busca pela audiência, requisito indispensável para a receita publicitária, tende a limitar o espaço destinado a temas mais espinhosos e que eventualmente venham a contrariar os interesses não só dos detentores dos meios de comunicação, como também de seus financiadores, os anunciantes. O mercado por si só, portanto, não é capaz de propiciar uma arena pública adequada para o desenvolvimento dos debates políticos exigidos pela democracia plenamente participativa. Por essa razão, mostra-se necessária a regulação estatal não somente na promoção do pluralismo externo, decorrente da existência de vários canais distintos de comunicação, mas também do chamado pluralismo interno. Em outros

termos, faz-se necessária a intervenção do Estado na composição da programação de cada canal ou meio de comunicação, a fim de preservar a diversidade de informações e de opiniões (SARMENTO, 2007, p. 23-26).

Como desdobramento dessa postura, observa-se interessante proposta interpretativa relativa ao direito de resposta, sugerida tanto por Sarmiento (2007, p. 31-32) como por Binembojn (2006, p. 14). Trata-se de uma abordagem do instituto como um direito coletivo, que possa ser exercido não somente pelos indivíduos que se sentirem ofendidos por determinado conteúdo, mas também pelos diversos segmentos da sociedade, como forma de assegurar o pluralismo e a diversidade de opiniões na programação dos meios de comunicação social.

Sarmiento (2007, p. 28), no entanto, avança ainda no sentido de propor que a regulação estatal é necessária também para proteger a liberdade de expressão quando vista como um direito individual. Assim, se o exercício dessa liberdade é tão importante a ponto de ter-se como emanção direta do princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário que se propicie aos indivíduos o acesso aos recursos indispensáveis ao exercício desse direito. Não somente os controladores dos meios de comunicação devem ter o privilégio de exercer plenamente sua liberdade de expressão. É necessário que o Estado atue para assegurar a todos os meios adequados para essa finalidade.

Em outra vertente, o indivíduo, como destinatário da informação, deve ter o direito de escolher a que tipo de informação quer ter acesso. Dessa forma, é necessário assegurar a maior diversidade possível de informação a todos. Nem ao Estado nem aos meios de comunicação deve-se atribuir o poder de suprimir ou impedir o acesso à informação. Nesse ponto, o autor ressalta que a diversidade de informações não é apenas relevante para atuação do indivíduo na esfera pública, mas também em sua vida privada (SARMENTO, 2007, p. 27). Dessa forma, sintetiza:

Reconhece-se que mesmo os direitos individuais clássicos, como a liberdade de expressão, dependem da atuação do Estado, tanto para protegê-los de ameaças provenientes de terceiros, como para assegurar os pressupostos materiais que tornem faticamente possível o seu exercício. Não fosse assim, tais direitos tornar-se-iam promessas vãs para os mais fracos, numa sociedade marcada por relações sociais tão assimétricas e opressivas (SARMENTO, 2007, p. 29).

No Caso Lüth, já mencionado neste capítulo, também foi reconhecida a dimensão objetiva da liberdade de expressão. Naquela oportunidade, considerou-se que os direitos fundamentais constituem princípios axiológicos, cuja eficácia se estende a todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, fica o Estado obrigado a reconhecê-los na interpretação e aplicação de todos os ramos do direito (BRASIL, 2009, p. 218-219; SARMENTO, 2007, p. 13). Na jurisprudência constitucional alemã, a dupla dimensão da liberdade de expressão foi expressamente reconhecida no Caso Spiegel, conforme citado pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu Voto proferido no julgamento da ADPF nº 130:

Se, primeiramente – correspondendo à posição sistemática do dispositivo e seu entendimento tradicional -, é assegurado um direito fundamental subjetivo às pessoas e empresas que atuam na imprensa, o qual garante aos seus titulares liberdade em face do poder coercitivo do Estado e lhes assegura, em certas situações, uma posição jurídica privilegiada, o Art. 5 GG encerra, ao mesmo tempo, também um aspecto jurídico-objetivo. Ele garante o instituto “imprensa livre”. O Estado é – independentemente de direitos subjetivos dos indivíduos – obrigado a considerar, em sua ordem jurídica, em toda a parte onde o campo de validade de uma norma atinja a imprensa, o postulado de liberdade desta. As primeiras consequências disso são os postulados da livre criação de órgãos de imprensa, dos deveres de informação das autoridades públicas; mas poder-se-ia também pensar em um dever do Estado de combater os perigos infligidos a uma imprensa livre que poderiam advir da formação de monopólios de opinião (ALEMANHA *apud* BRASIL, 2009, p. 221-222).

A partir desses elementos, observa-se que a liberdade de expressão apresenta ao menos duas dimensões. Em um primeiro momento, existe o direito fundamental de índole individual de livre manifestação da personalidade, associado diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa dimensão, o papel do Estado é visto majoritariamente como prejudicial, associado à censura e à limitação das liberdades individuais. No entanto, também é possível sustentar, a exemplo do que faz Sarmiento (2007), que mesmo para o exercício da liberdade de expressão como direito individual é necessária a intervenção do Estado, com o objetivo de permitir que todos tenham acesso aos meios adequados ao efetivo exercício a liberdade de manifestação do pensamento.

Mas a liberdade de expressão não está somente relacionada à manifestação do indivíduo, ela é também um pressuposto da democracia. Esta, para seu adequado funcionamento, exige que as ideias sejam livremente expostas para os participantes do processo democrático. Dessa forma, é preciso assegurar não somente a existência de uma arena pública apta ao livre debate de ideias, mas

também que todos os grupos sociais tenham acesso a essa arena. Nesse sentido, alguma regulação estatal pode ser necessária para garantir o efetivo implemento dessas condições. Na seção seguinte, avalia-se como essas diversas abordagens foram discutidas pelo STF em caso paradigma que avaliou os limites da regulação do exercício institucionalizado da liberdade de expressão.

2.2 Liberdade de Expressão e Regulação da Imprensa no Brasil: o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130

Ao julgar a ADPF nº 130, o STF teve a oportunidade de estabelecer os limites à intervenção estatal na regulação dos meios de comunicação social, especialmente no que tange à atividade de imprensa. Diversas abordagens sobre a liberdade de expressão foram discutidas nesse julgamento, em que se avaliou a recepção, pela Constituição de 1988, da Lei nº 5.250, de 1967, conhecida como Lei de Imprensa. Nesse sentido, um exame das posições defendidas pelos Ministros daquela Corte - em julgamento em que o Tribunal reconheceu, por maioria, que a Lei de Imprensa não fora recepcionada pelo atual regime constitucional em sua integralidade - mostra-se de especial relevância para o presente estudo, no momento em que se avaliam argumentos que buscam justificar a atuação do Estado como regulador do debate público.

Em seu Voto, o Relator do Processo, Ministro Ayres Britto, ressalta que a liberdade de expressão é um direito “conatural à espécie humana”, pois “sem ele o indivíduo como que se fragmenta em sua incomparável dignidade e assim deixa de ser o ápice da escala animal para se reduzir a subespécie” (BRASIL, 2009, p. 42). Com efeito, classifica os direitos associados à liberdade de consciência e livre manifestação do pensamento como “sobredireitos” da personalidade, que se sobrepõem, em um critério cronológico, aos demais direitos também associados à personalidade humana. Dessa forma, eventuais transgressões a direitos como honra, imagem e vida privada somente podem ser resolvidas mediante a devida indenização, não se podendo cogitar, portanto, de qualquer espécie de restrição prévia ao exercício da liberdade de expressão:

Não há como garantir a livre manifestação do pensamento, tanto quanto o direito de expressão *lato sensu* (abrangendo, então, por efeito do *caput* do art. 220 da CF, a criação e a informação), **senão em plenitude. Senão colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como, por**

exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros. Tal inviolabilidade, aqui, ainda que referida a outros bens de personalidade (o entrechoque é entre direitos de personalidade), não pode significar mais que direito de resposta, reparação pecuniária e persecução penal, quando cabíveis; não a traduzir um direito de precedência sobre a multicitada parêntese de sobredireitos fundamentais: a manifestação do pensamento e a expressão em sentido geral (BRASIL, 2009, p. 47, grifos no original).

Já ao voltar-se ao exercício da liberdade de imprensa, o Ministro Ayres Britto ressalta sua importância como requisito da democracia. Nesse esforço, qualifica essa atividade como “irmã siamesa da democracia”, pois “é pelos mais altos e largos portais da imprensa que a democracia vê os seus mais excelsos conteúdos descenderem dos colmos olímpicos da pura abstratividade para penetrar fundo na carne do real” (BRASIL, 2009, p. 43-44). Nesse papel, a liberdade de imprensa seria merecedora de “uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados” (BRASIL, 2009, p. 40).

Tais considerações levaram o Ministro Ayres Britto a concluir pela impossibilidade de regular matérias afetas ao que denominou de núcleo duro da liberdade de imprensa. Assim, não pode o legislador pretender regular as dimensões temporais e materiais dessa atividade:

[...] a liberdade de informação jornalística, para se revestir do pleno desembaraço que lhe assegura a Constituição, há de implicar interdição à lei quanto a duas nucleares dimensões: **primeira, o tempo de início e de duração do seu exercício; segunda, sua extensão ou o tamanho de seu conteúdo.** Coordenadas de tempo e de conteúdo que exprimem o que vimos chamando de “núcleo duro” ou essência mesma da liberdade de imprensa. Seu epicentro. Restando claro que, se o Estado puder interferir nesse compactado núcleo, estará marcando limites ou erguendo diques para o fluir de uma liberdade que a nossa Lei Maior somente concebeu em termos absolutos, ou seja, sem a mínima possibilidade de apriorístico represamento ou contenção (BRASIL, 2009, p. 55, grifos no original).

Observa-se, portanto, na tônica das passagens aqui transcritas, clara tendência a rejeitar a atuação estatal na regulação da liberdade de expressão, especialmente no que toca à atividade de imprensa propriamente dita, que tem relação mais próxima com o debate político. Diante da argumentação exposta pelo Relator da ADPF nº 130, há pouco espaço para propostas que busquem de alguma forma regular o debate público travado nos meios de comunicação social, tais como aqueles propostos por Fiss, Sarmiento ou mesmo Dworkin. Com efeito, é possível identificar tendência ao modelo de “aposta democrática” descrito por este último.

O Ministro Eros Grau adiantou voto para acompanhar o Relator. No entanto, os votos subsequentes apresentam uma visão menos radical quanto à possibilidade de imposição de limites legislativos à liberdade de imprensa. O Ministro Menezes Direito ressaltou a que a proteção da dignidade da pessoa humana pode requerer a intervenção do Estado no sentido de estabelecer limites à liberdade de imprensa. A atuação estatal, no entanto, deve limitar-se a essa finalidade, não sendo lícito cogitar-se de regulação impeditiva, punitiva ou que venha a intimidar o exercício dessa liberdade. Por entender ser esse o caso da Lei de Imprensa, acompanhou o Relator no sentido de considerá-la incompatível com a Constituição de 1988 (BRASIL, 2009, p. 86-94).

Ao acompanhar o Relator, a Ministra Cármen Lúcia também destacou as duas dimensões da liberdade de expressão:

[...] a liberdade de imprensa – como a manifestação talvez mais importante da liberdade, porque a liberdade de pensamento para informar e ser informado, que é garantia de todo mundo, se compõe, exatamente, para realização da dignidade da pessoa humana, ao contrário de uma equação que pretendem ver como se fossem dados adversos. Eu acho que são dados complementares, quer dizer, quanto menos a informação, menos a possibilidade de liberdade que o ser humano tem, e portanto, menor dignidade em relação ao outro, criando cidadanias diferentes.

O segundo dado que eu gostaria de enfatizar é que o fundamento da Constituição é exatamente o da democracia, que não se compadece, absolutamente com qualquer tipo de restrição [...] (BRASIL, 2009, p. 97-98).

O Ministro Ricardo Lewandovski, por sua vez, destacou que Lei de Imprensa é incompatível com os princípios democrático e republicano. Ressaltou também que, “nos países em que a democracia deita raízes mais profundas, salvo raras exceções, a manifestação do pensamento é totalmente livre [...] sem que seja submetida a qualquer disciplina legal” (BRASIL, 2009, p. 105). Observa-se, portanto, mais um reforço da “aposta democrática” descrita por Dworkin, já identificada anteriormente no julgamento.

O Ministro Joaquim Barbosa, no entanto, introduz no debate as preocupações da teoria democrática. Ao fazer referência a Fiss, expressa preocupação com o poder dos meios de comunicação para perseguir ou estigmatizar grupos minoritários, de modo a excluí-los do debate público:

Imagine-se, por exemplo, a situação de total impotência e desamparo a que pode ser relegado um grupo social marginalizado e insularizado de uma determinada sociedade, quando confrontado com a perseguição sistemática

ou a vontade deliberada de silenciá-lo, de estigmatizá-lo, de espezinhá-lo, por parte de um grupo hegemônico de comunicação ou de alguns de seus porta-vozes (BRASIL, 2009, p. 110).

Nesse sentido, resgata um traço fundamental da teoria democrática, que é a preocupação não só com o emissor da mensagem, mas também com o receptor, traço que reputa ausente do Voto do Relator. Reconhece, então, expressamente, sua filiação a essa teoria:

É tendo em mente esses riscos que o ultraliberalismo pode trazer que eu, a exemplo de Fiss, penso que sem dúvida o Estado pode, sim, ser um opressor da liberdade de expressão, mas ele pode ser também uma fonte de liberdade, desobstruindo os canais de expressão que são vedados àqueles que muitos buscam, conscientemente ou inconscientemente, silenciar e marginalizar. Lamentavelmente, esses aspectos da questão não estão examinados pela Corte no julgamento deste caso (BRASIL, 2009, p. 111)²⁰.

Partindo dessas considerações, o Ministro Joaquim Barbosa apresenta conclusões distintas das até então aceitas pela Corte. Seu voto é no sentido de recepção parcial dos conteúdos da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988, ainda que, em determinados casos, seja necessário recorrer à técnica da interpretação conforme à Constituição.

No art. 1º, § 1º, da Lei nº 5.250, de 1967²¹, proíbem-se a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social e o preconceito de raça ou classe. Nesse ponto, o Ministro Joaquim Barbosa concorda com a proposta do Procurador-Geral da República de que a menção a subversão da ordem política e social seja interpretada como circunscrita às situações previstas no art. 136 da Constituição de 1988 (Estado de Defesa). No entanto, considera não ser

²⁰ A opção pela teoria democrática é reforçada na seguinte passagem: “Contudo, Senhores Ministros, não basta ter uma imprensa livre. Em primeiro lugar, é preciso que ela seja suficientemente diversa e plural, de modo a oferecer os mais variados canais de expressão de ideias e pensamentos aos mais diversos segmentos da sociedade; em segundo lugar, é preciso que essa salutar e necessária diversidade de imprensa seja plena a ponto de impedir que haja concentração. Situações como as existentes em algumas unidades da nossa Federação, em que grupos hegemônicos dominam quase inteiramente a paisagem audiovisual e o mercado público de ideias e informações, com fins políticos, não é nada positivo para a formação da vontade pública e para a consolidação dos princípios democráticos. Noutras palavras, a concentração de mídia é algo extremamente nocivo para a democracia” (BRASIL, 2009, p. 117).

²¹ “Art. 1º É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. § 1º Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe. [...]”.

incompatível com a nova ordem constitucional a proibição do preconceito de raça ou classe²².

Também em consonância com o parecer da Procuradoria-Geral da República, o Ministro Joaquim Barbosa entende que as referências do art. 2º da Lei de Imprensa a moral e bons costumes²³ podem ser compatibilizadas com o espírito da nova Carta se interpretadas em conformidade com a obrigação de respeito aos “valores éticos e sociais da pessoa e da família” imposta aos meios de comunicação eletrônica de massa pelo art. 221, inciso IV, da Constituição de 1988. Outra discordância em relação ao Voto do Relator foi quanto à recepção dos dispositivos penais da Lei nº 5.250, de 1967. O Ministro Joaquim Barbosa entendeu que as regras estabelecidas naquela lei não se apresentam incompatíveis com o texto constitucional vigente, tendo em vista a necessidade de tratamento especial aos crimes de calúnia, injúria e difamação, quando cometidos pela imprensa, “em razão da maior intensidade do dano causado à imagem da pessoa ofendida” (BRASIL, 2009, p. 114).

O Ministro Cezar Peluso, embora acompanhe as conclusões do Relator, adota as ressalvas consignadas nos Votos dos Ministros Menezes Direito e Joaquim Barbosa, ao ressaltar não ser a liberdade de expressão um direito absoluto. Nesse sentido, sua proteção deve ocorrer em equilíbrio com a dos demais valores associados à dignidade da pessoa humana. Destaca ainda ser possível ao legislativo estabelecer regulamentação da atividade de imprensa (BRASIL, 2009, p. 122-124).

²² Nesse sentido, merece destaque precedente do próprio STF que considerou que a liberdade de expressão não pode ser utilizada para proteger o discurso de incitação ao preconceito racial. Trata-se do *Habeas Corpus* nº 82.424-2, também conhecido como Caso Ellwanger. O entendimento encontra-se expresso nos seguintes termos na ementa do julgado: “13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade jurídica” (BRASIL, 2003, p. 525-526).

²³ “Art. 2º É livre a publicação e circulação, no território nacional, de livros e de jornais e outros periódicos, salvo se clandestinos (art. 11) ou quando atentem contra a moral e os bons costumes. [...]”

A Ministra Ellen Gracie acompanhou as conclusões do Voto do Ministro Joaquim Barbosa. No entanto, em seu Voto, destacou a necessidade de compatibilizar a proteção da liberdade de expressão com a dos demais direitos da personalidade. Rejeitou expressamente, portanto, a proposta do Relator de colocar esses outros direitos em um estado de “momentânea paralisia”, por entender que tal sistema poderia causar “a própria nulificação dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra de terceiros” (BRASIL, 2009, p. 128).

A maior divergência, entretanto, foi expressa pelo Ministro Marco Aurélio, que votou em sentido contrário ao acolhimento da ADPF nº 130. Para ele, não se poderia dizer, mesmo após mais de quarenta anos de aplicação da Lei nº 5.250, de 1967, vinte dos quais sob o novo regime constitucional, que a imprensa brasileira não fosse efetivamente livre. Nesse contexto, sua retirada do ordenamento jurídico ocasionaria um vácuo normativo com consequências negativas tanto para a imprensa como para a sociedade (BRASIL, 2009, p. 134-144).

O Ministro Celso de Mello, de um lado, destacou a necessidade de preservar a mais ampla liberdade de imprensa. De outro, contudo, ressaltou também ser imprescindível compatibilizá-la com a proteção de outros direitos e valores de igual estatura constitucional. Nesse esforço, retomou a proposta lançada por Sarmiento e Binembojn, aqui já discutida, que entende ser o instituto do direito de resposta não somente um direito individual, mas também uma ferramenta disponível para que a sociedade possa ter o devido acesso à informação:

Vê-se, daí, que a proteção jurídica do direito de resposta permite, nele, identificar uma dupla vocação constitucional, pois visa a preservar tanto os direitos da personalidade quanto assegurar, a todos, o exercício do direito à informação exata e precisa (BRASIL, 2009, p. 187).

Não obstante essas considerações, entendeu que não seria possível compatibilizar a Lei de Imprensa com o regime constitucional instituído em 1988. Nesse ponto, destacou que eventual vácuo legislativo sobre a matéria, especialmente no que tange ao direito de resposta, não resultaria em prejuízo efetivo, vez que a matéria já encontraria, na própria Constituição, a normatização necessária para assegurar sua eficácia (BRASIL, 2009, p. 197-200).

O Ministro Gilmar Mendes votou pela recepção parcial da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988, especificamente dos artigos que tratam do

direito de resposta (arts. 29 a 36). Nesse esforço, primeiramente, percorreu as correntes jurisprudenciais e doutrinárias acerca da liberdade de expressão no direito norte-americano, além de dissertar sobre o tratamento do tema pela Corte Constitucional alemã, especialmente no que se refere à dupla dimensão desse princípio. Ao tratar da liberdade de expressão sob o prisma da Constituição brasileira de 1988, defendeu que não se poderia interpretar os dispositivos concernentes à matéria como vedação peremptória à atuação legislativa:

É fácil ver, assim, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição. [...]

Tem-se, pois, aqui expressa a reserva legal qualificada, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral (BRASIL, 2009, p. 227-228).

Na sequência, após relatar experiências de regulação da atividade de imprensa no direito comparado, sustenta que as disposições constitucionais sobre o tema são insuficientes para regular a matéria de forma completa, especialmente no que tange ao direito de resposta:

Seria exacerbado otimismo pretender que o texto constitucional fosse suficiente na regulação da atividade dos meios de comunicação em geral. Mesmo a existência das normas da legislação civil, penal e processual não seriam bastantes para o tratamento adequado do assunto. Temas como o direito de resposta, por exemplo, ficariam sem regulamentação específica, o que poderia ser extremamente danoso não só aos indivíduos, mas aos próprios meios de comunicação (BRASIL, 2009, p. 249).

Nesse sentido, dada a necessidade de regulamentação infraconstitucional sobre o tema, entendeu que a Lei nº 5.250, de 1967, representaria disciplina adequada. Considerou, nesse esforço, que a aplicação da Lei de Imprensa pelos tribunais já havia retirado da norma seus excessos autoritários. Assim, na ausência de lei específica, ela seria uma garantia dos indivíduos e da própria liberdade de expressão contra os abusos do poder da imprensa (BRASIL, 2009, p. 249-255).

O abuso do poder da imprensa, com efeito, assume especial relevância na fundamentação apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes. Após relatar o histórico dos fatos que ficaram conhecidos como o “Caso da Escola de Base”,

ressalta que entre a imprensa e o cidadão existe uma notória disparidade de armas. Dessa circunstância decorre a necessidade de regulamentação do direito de resposta, entendido como uma garantia fundamental para minimizar o desequilíbrio natural existente entre o poder dos meios de comunicação e o indivíduo. “É o princípio da igualdade de armas, portanto, que fundamenta o direito de resposta, no sentido de assegurar ao indivíduo meios proporcionais de réplica em face da ofensa veiculada pela imprensa” (BRASIL, 2009, p. 262). Interessante notar, nesse ponto, que o direito de resposta, no Voto do Ministro Gilmar Mendes, é tratado primordialmente como um direito do cidadão de retificar informações que tenham sido equivocadamente veiculadas a seu respeito. Não se tratou, portanto, da dimensão coletiva do direito de resposta, proposta por Sarmiento e Binembojn e endossada pelo Ministro Celso de Mello. A esse respeito, leia-se a seguinte passagem em que o Ministro Gilmar Mendes define a finalidade e os limites do direito de resposta:

O direito de resposta [...] é assegurado a todo aquele (pessoa física ou jurídica, pública ou privada) que sofra agravo proveniente de informação (notícia) errônea ou inverídica veiculada por meio da imprensa. Trata-se de uma garantia de resposta, retificação, correção, esclarecimento, contestação ou refutação da notícia inverídica ou errônea, de forma proporcional ao agravo sofrido, no mesmo meio de comunicação (BRASIL, 2009, p. 261-262)²⁴.

A conclusão de seu Voto é no sentido de ressaltar a necessidade de uma regulamentação mínima do direito de resposta, o que poderia ser obtido mediante a manutenção dos arts. 29 a 36 da Lei de Imprensa. A retirada desses dispositivos do ordenamento causaria insegurança jurídica, que afetaria negativamente não só os cidadãos como também os próprios órgãos de imprensa. Por essas razões, diverge do Relator e propõe que a Lei nº 5.250, de 1967, seja considerada parcialmente recepcionada pela nova ordem constitucional, na parte que dispõe sobre o direito de resposta (BRASIL, 2009, p. 266-268).

²⁴ Em passagem posterior, durante os debates orais, o Ministro Gilmar Mendes defende uma ampliação desse entendimento, sem contudo abraçar a tese do direito de resposta como direito coletivo: “Em relação ao direito de resposta, eu gostaria até de fazer mais uma lembrança, uma referência. Vejam que o nosso modelo – e aqui, talvez pudéssemos até considerar que o modelo comportaria uma interpretação conforme – é restritivo, porque se limita a exigir o direito de resposta por fato inverídico ou errôneo. Nós conhecemos, hoje, sistemas mais protetivos. Vejam a posição em Portugal, por exemplo, que permite também o direito de resposta contra opiniões ofensivas, não apenas contra fato inverídico ou errôneo. Eu, na verdade, proporia uma interpretação conforme da disciplina da Lei de Imprensa para dizer que, também aqui, deveríamos abranger o juízo de valor ofensivo” (BRASIL, 2009, p. 284).

O exame dos votos apresentados durante o julgamento da ADPF nº 130 revela uma ampla variedade de abordagens acerca do princípio da liberdade de expressão. Uma primeira visão, mais radical na defesa de uma liberdade quase absoluta de manifestação do pensamento, foi apresentada pelo Relator. Os votos que se seguiram, todavia, ressaltaram o caráter não absoluto dos direitos fundamentais e a necessidade de que a proteção da liberdade de expressão seja feita em harmonia com a de outros direitos da personalidade, especialmente em questões atinentes a honra, imagem e vida privada.

Alguns votos podem ser destacados por sua filiação a teorias mais democráticas ou ativistas da liberdade de expressão. É o caso do Voto do Ministro Joaquim Barbosa, que manifestou, de forma clara, sua filiação às posições defendidas por Fiss, já examinadas neste capítulo. Em outra vertente, o Ministro Celso de Mello demonstrou simpatia com a noção do direito de resposta como direito coletivo, posição defendida por Sarmento e Binembojn, conforme também já relatado. O direito de resposta também ganhou destaque no Voto do Ministro Gilmar Mendes, que vê nesse instituto o remédio para superar, ou o menos amenizar os efeitos, da disparidade de armas ou assimetria de poder entre imprensa de massa e o indivíduo. No entanto, da leitura de seu Voto, não se pode dizer que tenha abraçado as teses de Sarmento e Binembojn, tendo em vista que sua ênfase foi sempre a de que o direito de resposta é um instituto de defesa do cidadão contra o poder da imprensa, a ser utilizado em caso de publicações inverídicas ou ofensivas.

Para os fins deste trabalho, todavia, algumas passagens do julgamento merecem especial atenção, por tratarem da internet. A esse respeito, o Relator entendeu que esta não pode ser considerada como integrante do conceito de imprensa, tendo em vista ausência de previsão constitucional nesse sentido (BRASIL, 2009, p. 27-28)²⁵. No entanto, a ementa do julgado prescreve que “silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação” (BRASIL, 2009, p. 4).

²⁵ Curioso registrar, a esse respeito, que o Voto da Ministra Cármen Lúcia menciona fato noticiado pela “imprensa nacional” e apresenta como referência o endereço de um sítio eletrônico da internet (BRASIL, 2009, p. 328 e nota 1).

2.3 Concentração do Mercado de Comunicação e seus Desdobramentos no Brasil²⁶

A influência dos meios de comunicação social na formação da opinião pública é amplamente reconhecida. Nesse sentido, deve ser citado o estudo de DellaVigna e Kaplan (2006), que, a partir de uso de ferramental estatístico, documentou o impacto que a introdução de uma rede de notícias conservadora (Fox News) teve no comportamento do eleitorado norte-americano nas eleições presidenciais de 2000. Concluiu-se que, nas cidades em que estava disponível nos sistemas de televisão a cabo, a emissora foi responsável por aumentar a votação do Partido Republicano em cerca de 0,4 a 0,7 ponto percentual. Em termos nacionais, a cifra chega a 0,15 a 0,2 ponto percentual, o que não se pode ter como desprezível, tendo em vista a pequena margem de votos que separou os dois principais candidatos naquela oportunidade (George W. Bush e Al Gore). De forma semelhante, observou-se ganho de 0,8 ponto percentual na votação do Partido Republicano nas eleições para o Senado, no mesmo ano. Outro efeito identificado foi o aumento do comparecimento de eleitores nas cidades em que a Fox News estava disponível, especialmente naquelas predominantemente democratas, o que leva os autores a atribuir, ao menos em parte, o impacto da emissora no resultado eleitoral à mobilização de eleitores conservadores em localidades de maioria liberal. DellaVigna e Kaplan, por fim, concluem que a emissora conseguiu alterar o posicionamento político de 3% a 8% de seu público telespectador.

Em outra vertente, Sutter (2001) reconhece que proprietários de veículos de comunicação dispõem-se a sacrificar parcialmente seus lucros em benefício da defesa de posições políticas. O ponto é ilustrado com diversos exemplos de empresas de comunicação norte-americanas que, em diferentes períodos, assumiram abertamente o patrocínio de causas políticas. Tais relatos também são encontrados em Anderson e McLaren (2009, p. 3-5), que citam exemplos de veículos com marcadas posições políticas e que não geram resultados financeiros positivos.

Em outra vertente, é pertinente ressaltar que a capacidade que os meios de comunicação têm de influir no cenário político parece estar relacionada à

²⁶ Esta seção reproduz parcialmente conteúdo de trabalho anterior do autor (FAUTH, 2010, p. 39-62).

concentração do mercado. A esse respeito, Anderson e McLaren (2009) relatam que o poder de ocultar ou manipular informações pode ser atenuado pela competição, motivo pelo qual, nesses mercados, esse tipo de consideração deve ser levado em conta em políticas antitruste. No mesmo sentido são as conclusões de Gentzkow e Shapiro (2006), que apontam que a competição entre veículos de comunicação contribui para a redução do viés das coberturas jornalísticas, uma vez que uma maior diversidade de fontes de informação permite ao destinatário da comunicação identificar versões falseadas da realidade.

Paralelamente, deve também ser citado outro achado de DellaVigna e Kaplan (2006) a respeito do fenômeno Fox News. Segundo os autores, o efeito da introdução da emissora sobre o comportamento dos eleitores foi menos intenso nas localidades em que havia maior diversidade de canais de televisão. Tais conclusões convergem com as evidências empíricas coletadas por Gentzkow e Shapiro, que apontam que, em mercados com maior disponibilidade de emissoras de televisão, a cobertura jornalística das eleições de 2000 nos EUA foi mais equânime. Portanto, uma maior diversidade de fontes de pode contribuir tanto para diminuir o viés jornalístico em veículos específicos, como para assegurar, em seu conjunto, uma cobertura mais equilibrada.

Da mesma forma, Sutter (2001) afirma que a mudança no perfil de controle das empresas de comunicação nos EUA pode reduzir a tendência de sacrificar lucros em favor da politização da cobertura jornalística. Segundo o autor, a disposição para abraçar causas políticas, ainda que em detrimento da maximização de lucros, é mais comum em empresas de propriedade familiar ou de controle concentrado. À medida que grandes grupos econômicos, com base societária dispersa, passam a assumir o controle, concede-se maior ênfase aos resultados financeiros, e as questões políticas perdem importância.

Esses dois últimos fatores ganham especial relevo no caso brasileiro, em que não só o mercado dos meios de comunicação tradicionais é concentrado, mas também igualmente concentrado é o modelo de propriedade das empresas que nele atuam.

As concessões de televisão são outorgadas em caráter local, o que necessariamente se traduz na existência de milhares de emissoras distintas em todo

o País. Além disso, os limites de propriedade estabelecidos no art. 12 do Decreto-Lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967, impedem que, formalmente, uma mesma entidade seja detentora de mais de dez concessões em todo o território nacional. Entretanto, uma das características mais marcantes do mercado de televisão no Brasil são os vínculos de afiliação que agregam as emissoras locais a grandes redes nacionais, de quem adquirem a maior parte da programação que transmitem (JAMBEIRO, 2002, p. 108-109). Dessa forma, o mercado apresenta-se substancialmente verticalizado, com grande concentração de funções nos nódulos principais dessas redes, também conhecidos como “cabeças-de-rede” (GIANSANTE *et al.*, 2004, p. 13).

Outro fator peculiar ao caso brasileiro é a concentração de um número expressivo de outorgas, tanto de rádio como de televisão, em mãos de poucos grupos familiares com forte envolvimento em atividades políticas. Essa realidade é evidenciada por Bayma (2001) que, a partir de pesquisa em bases de dados do Ministério das Comunicações, da Anatel e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), destaca a quantidade de outorgas detidas, entre outras, pelas famílias Barbalho, Lobão, Magalhães, Marinho, Saad e Sarney. O estudo também revela significativo número de permissões e concessões outorgadas a empresas em que parlamentares, governadores e prefeitos figuram como sócios ou diretores.

O fenômeno ganhou, no meio acadêmico, a alcunha de “coronelismo eletrônico”. Com efeito, o coronelismo original possui vários aspectos em comum com sua versão tecnológica²⁷. Ambos ocorrem em momentos de transição que enfraquecem os respectivos modelos econômicos em que se sustentam. Assim, o coronelismo da República Velha foi contemporâneo da progressiva diminuição da importância da agricultura na economia do País, ofuscada pela crescente industrialização. Já nos tempos atuais, a implantação de um novo modelo político,

²⁷ O coronelismo é um fenômeno político identificado na chamada República Velha (1889-1930), caracterizado por uma relação de troca de favores entre o Estado e uma decadente elite agrária que, a despeito de sua decrescente importância econômica, preservava relevante poder político ao controlar o comportamento do eleitorado local por meio do “voto de cabresto”. Segundo Victor Nunes Leal (*apud* SANTOS, 2006, p. 4), “o coronelismo é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente os senhores de terra [...] Desse compromisso fundamental resultam as características secundárias do sistema coronelista, como sejam, entre outras, o mandonismo, o filhotismo, o falseamento do voto, a desorganização dos serviços públicos locais”.

após 1988, assiste ao surgimento de novos meios e formas de comunicação social, que relativizam o poder exercido pelos radiodifusores (SANTOS, 2006).

Paralelamente, observam-se intensos laços de clientelismo entre os coronéis e o Estado. Atualmente, o fenômeno manifesta-se na outorga de concessões e permissões de rádio e televisão. Tradicionais moedas de troca política, as licenças para exploração de serviços de radiodifusão continuam a ser utilizadas com essa finalidade, a despeito de inovações normativas que exigem, para as emissoras comerciais, a realização de licitação prévia (BAYMA, 2001, p. 3). Em outra vertente, à semelhança do modelo original, o coronelismo eletrônico também é capaz de conferir significativo poder político aos detentores das radiofrequências, especialmente em nível local, dada a importância do controle dos meios de comunicação como condicionante do debate público. Nesse sentido, são pertinentes as observações de Santos (2006, p. 21):

Se a terra no coronelismo servia ao coronel como instrumento de ampliação da sua influência, a radiodifusão no coronelismo eletrônico é ainda mais eficiente: serve para difundir a imagem protetora do coronel, serve para controlar as informações que chegam ao eleitorado e serve, por fim, para atacar os inimigos. Estas funções da radiodifusão justificam, para o coronel, a busca do controle desses meios e o cuidado para deixar seus inimigos longe deles.

Uma derradeira característica apontada pela citada pesquisadora é a resistência do coronel à introdução de um novo paradigma econômico. Por essa razão, os expoentes do modelo opõem-se sistematicamente à entrada de novos atores no mercado da comunicação social, o que, ademais, enfraqueceria o poder que detêm sobre as fontes de informação da população. É nesse esforço, inclusive, que ganham destaque os contratos de afiliação, pois a oferta de programação de qualidade, fornecida pelas cabeças-de-rede, opera como barreira à entrada de competidores, conforme descreve a autora:

A oferta de novas tecnologias de comunicação, a globalização e a democratização da sociedade podem desarticular o coronelismo eletrônico, por isso, o coronel se aferra à posse da radiodifusão. Ao mesmo tempo, busca alianças com os empresários nacionais para receber conteúdo de qualidade oferecendo uma barreira aos grupos internacionais (SANTOS, 2006, p. 21).

Do exposto, infere-se que o mercado brasileiro de radiodifusão apresenta alto grau de concentração. O modelo de controle societário das empresas, conforme relatado por Bayma (2001), demonstra marcada presença da

propriedade familiar, em um possível reflexo da limitação à participação de pessoas jurídicas no capital dessas empresas, vigente até a Emenda Constitucional nº 36, de 28 de maio de 2002. Outrossim, a propriedade de emissoras de rádio e televisão também possui forte viés político, evidenciado no fenômeno do coronelismo eletrônico. Todos esses fatores, de acordo com a literatura aqui consultada (sobretudo ANDERSON, MCLAREN, 2009; GENTZKOW, SHAPIRO, 2006; e SUTTER, 2001), reforçam a tendência e a capacidade de interferência desses meios de comunicação no cenário político. Nesse cenário, portanto, não se pode descartar a necessidade de intervenção regulatória para assegurar o pleno exercício da liberdade de expressão, tanto na sua dimensão de direito individual, como na de pressuposto da democracia.

2.4 O Potencial da Internet e a Formulação de uma Nova Teoria para a Liberdade de Expressão

O desenvolvimento da internet e a crescente disseminação das tecnologias da informação e da comunicação são vistas como fenômenos que podem contribuir significativamente para o aperfeiçoamento do processo democrático ou, ao revés, para sua deterioração. Nesse sentido, são pertinentes as projeções formuladas por Luño (2003, p. 57-107). O autor apresenta um projeto de computopia, sistema baseado na participação democrática e permanente de todos os cidadãos, por meio das novas tecnologias. Os estudos acerca desse conceito levaram ao desenvolvimento de dois conceitos de teledemocracia, que Luño identifica como as versões “forte” e “fraca” (LUÑO, 2003, p. 61-73). A acepção “fraca” seria caracterizada pelo emprego das tecnologias da informação e da comunicação para reforçar o exercício da cidadania, sem contudo implicar substituição do sistema de democracia representativa. Haveria tão somente maior aproximação entre os representados com seus representantes.

Já a acepção “forte” de teledemocracia envolveria uma retomada da democracia direta, por meio de um “plebiscito permanente”, possibilitado pela universalização do acesso às redes digitais de informação. Um modelo de democracia com essas características teria profundos impactos na política, no direito e na moral. No campo da política, permitiria o funcionamento de um poder democrático real e efetivo, com o deslocamento do protagonismo político dos

partidos para os cidadãos. Dessa forma, Luño acredita que poderiam ser corrigidas ou superadas as disfunções dos sistemas eleitorais e as distorções do sistema representativo. Adicionalmente, prevê ainda a possibilidade de redução da corrupção e a eliminação da manipulação da opinião pública. No campo do direito, a adoção de um modelo de teledemocracia forte poderia propiciar maior participação no processo legislativo. Por derradeiro, outros impactos seriam sentidos no domínio da moral, em que haveria a formação de uma nova moral, própria do ciberespaço, baseada na solidariedade e voltada à prevenção dos usos prejudiciais das redes e sistemas de informação. (LUÑO, 2003, p. 73-84).

O modelo de teledemocracia forte projetado por Luño, todavia, não está imune a riscos. As mesmas tecnologias que abrem novas possibilidades de aprimoramento do sistema democrático também podem mostrar-se prejudiciais. Com efeito, a teledemocracia forte pode conduzir a um modelo vertical nas relações políticas, com a dissolução das estruturas e relações associativas e comunitárias que realizam a intermediação entre o indivíduo e o Estado, de que resultaria uma progressiva despersonalização e alienação política do cidadão. Outro risco relevante é a mercantilização das relações políticas, tendo em vista o caráter eminentemente comercial da internet (LUÑO, 2003, p. 84-91).

No campo do direito, os riscos tampouco são negligenciáveis. A teledemocracia forte pode ocasionar o empobrecimento do processo de elaboração normativa e conseqüente perda de qualidade das leis, decorrente da substituição do processo legislativo convencional por um sistema plebiscitário. Tampouco se pode desconsiderar a vulnerabilidade dos sistemas informáticos a ações criminosas, que podem tanto resultar em adulteração de resultados como em colapso do sistema. Além disso, é importante ter sempre em mente a possibilidade de que a teledemocracia venha a relativizar ou mesmo suprimir o direito à intimidade (LUÑO, 2003, p. 91-97).

Já na esfera da moral, existe a possibilidade de que, ao invés de contribuir para uma nova moral baseada na solidariedade, a teledemocracia acabe por provocar um esvaziamento dos valores comunitários (LUÑO, 2003, p. 97).

Portanto, é possível concluir que as potencialidades e os riscos da incorporação das novas tecnologias ao processo democrático apresentam um

dilema a opor, de um lado, um inovador e aperfeiçoado modelo de cidadania, em que a efetiva participação democrática de todos é reforçada, e, de outro, um modelo de manipulação do processo democrático, seja pelo poder político seja pelo poder econômico:

As NT [novas tecnologias] e, sobretudo, a internet, ao projetarem-se ao âmbito jurídico-político em forma de teledemocracia, suscitam um dilema básico e inevitável, de cuja alternativa depende o futuro da cidadania: em seu polo positivo, podem afirmar um novo tipo de cidadania, uma *cibercidadania*, que implique um novo modo mais autêntico, profundo e baseado nos parâmetros tecnológicos do presente, para uma participação política com vocação planetária; mas, como contraponto, vislumbra-se um polo negativo desses processos, que podem incubar uma indesejável *ciudadania.com*, cujo titular seja degradado a mero sujeito passivo da manipulação de poderes públicos e privados²⁸.

A conclusão de Luño, portanto, é a de que se faz imprescindível um novo modelo de regulação adequado ao contexto das novas tecnologias:

[...] a alternativa razoável não pode ser outra que não a de uma organização política e uma disciplina jurídica eficaz e democrática dos meios tecnológicos de informação e controle; de forma que as NT, longe de atuarem como meio opressivo, convertam-se em veículo para uma convivência política em que o progresso não seja alcançado ao preço da liberdade e da justiça²⁹.

Um modelo adequado de regulação da internet, todavia, pode ter de transcender as preocupações com questões relacionadas ao funcionamento da política para atingir a própria construção da cultura. Nesse sentido, os efeitos transformadores da internet sobre as condições e as características do discurso levaram à formulação de uma nova teoria da liberdade de expressão, proposta por Balkin (2004, 2008), baseada no conceito de cultura democrática.

Na visão de Balkin (2004, p. 6-9), a internet altera algumas das condições em que o discurso é exercido. Ela reduz substancialmente o custo de distribuição da informação; o que, por sua vez, permite que se alcance uma base

²⁸ “Las NT y, sobre todo, Internet, al proyectarse al ámbito jurídico-político en forma de teledemocracia, suscitan un dilema básico e ineludible, de cuya alternativa depende el porvenir de la ciudadanía: en su polo positivo, pueden afirmar un nuevo tipo de ciudadanía, una *ciberciudadanía*, que implique un nuevo modo más auténtico, profundo e instalado en los parámetros tecnológicos del presente, para una participación política con vocación planetaria; pero, como contrapunto, se vislumbra un polo negativo de estos procesos, que pueden incubar una indeseable *ciudadanía.com*, cuyo titular quede degradado a mero sujeto pasivo de la manipulación de poderes públicos y privados” (LUÑO, 2003, p. 100, tradução livre do autor, grifos no original).

²⁹ “[...] la alternativa razonable no puede ser otra que la de una organización política y una disciplina jurídica eficaz y democrática de los medios tecnológicos de información y control; de forma que las NT, lejos de actuar como medio opresivo, se conviertan en vehículo para una convivencia política en la que el progreso no se consiga al precio de la libertad y de la justicia [...]” (LUÑO, 2003, p. 106, tradução livre do autor).

muito maior de destinatários, inclusive no que tange à sua localização geográfica. Uma mensagem veiculada na internet pode alcançar destinatários no mundo todo em pouco tempo, o que nem sempre é possível com outros meios de comunicação tradicionais. Essa maior facilidade de atingir os destinatários também permite que algumas barreiras típicas do cenário pré-internet sejam contornadas. Conforme já discutido neste capítulo, um dos efeitos da concentração dos meios de comunicação é a dificuldade de acesso a plataformas de difusão de informação que permitam que os indivíduos possam ter suas mensagens veiculadas à coletividade. A internet, embora não substitua os meios de comunicação eletrônica de massa, oferece uma alternativa de fácil acesso para que as mais diversas opiniões sejam divulgadas.

Outra relevante alteração das condições do discurso propiciadas pela internet é a redução do custo de produção de conteúdo inovador, especialmente da inovação que é feita sobre conteúdos já existentes. Na opinião de Balkin (2004, p. 9-10), a internet não substituirá a mídia de massa como principal fonte de informações e conteúdos para formação da agenda pública de discussão. No entanto, ela permite que, a partir dessas informações, os indivíduos possam produzir novos conteúdos, seja pela crítica, pela transformação, pela adição de complementos entre outros processos criativos.

A soma desses três elementos, por sua vez, propicia uma maior democratização do discurso, tendo em vista que, por meio da internet, um maior número de pessoas tem condições de produzir um volume maior de informações, acessível também por um maior número de destinatários, dispersos geograficamente.

O desenvolvimento dessas novas tecnologias, no entanto, também propicia a criação de mecanismos mais sofisticados de controle e restrição do discurso, o que revelaria uma contradição da revolução digital. Balkin identifica dois focos em que esse fenômeno seria especialmente perceptível. O primeiro são os mecanismos de gerenciamento de direitos autorais, que têm o objetivo de determinar as condições de uso de um determinado conteúdo adquirido pelo usuário, como quantas cópias ele pode fazer, em que tipos de equipamento ele pode ser executado, entre outros. Outra área de grande sensibilidade para essa tendência é a operação de redes de telecomunicações, que servem de transporte para os

conteúdos digitais da internet. As empresas que controlam essas redes podem ter incentivos para discriminar e até mesmo bloquear o acesso a determinados conteúdos como forma de induzir seus usuários a consumirem conteúdos que elas próprias fornecem (BALKIN, 2004, p. 15-22).

Essas contradições, por sua vez, revelam a necessidade de uma adequada teoria da liberdade de expressão, capaz de proteger de forma adequada as manifestações do discurso nas novas plataformas tecnológicas propiciadas pela revolução digital. Nesse esforço, Balkin (2004, p. 30-31) aponta que a teoria democrática possui insuficiências que a tornam incapaz de desempenhar essa tarefa a contento. Para o autor, ela concede especial atenção ao debate de natureza política e, conseqüentemente, deixa a descoberto as manifestações da cultura popular, bem como a dimensão da liberdade de expressão como direito individual de manifestação da personalidade.

Dessa forma, uma teoria apropriada para a liberdade de expressão no contexto das tecnologias digitais teria de levar em consideração algumas características fundamentais do discurso que, nesse novo contexto, se apresentam de forma mais saliente. O discurso na internet não conhece barreiras temáticas, ele pode versar sobre qualquer assunto em qualquer tipo ou forma de expressão. Ele é essencialmente inovador. A internet propicia que qualquer usuário possa ter acesso a ferramentas que lhe permitam transformar-se em um criador de conteúdos, e não apenas destinatário. Essa inovação ocorre principalmente por meio da construção de novos significados a partir da adaptação ou transformação conteúdos já existentes. O discurso na internet também se apresenta como participativo e interativo. Ele é construído a partir da troca de informações. Por fim, o discurso na internet permite a formação de comunidades, culturas e subculturas que, por sua vez, também contribuem na formação da identidade do indivíduo (BALKIN, 2004, p. 31-32). O quadro é assim descrito nas palavras do autor:

Resumindo, a internet torna mais salientes cinco características da liberdade de expressão: o discurso versa sobre uma ampla variedade de assuntos, incluindo não apenas política, mas também cultura popular. O discurso das pessoas comuns é cheio de inovação e criatividade. A criatividade vem da construção sobre o que já existia antes. O discurso é participativo e interativo, em oposição à mera recepção de informação. Ele mescla as atividades de leitura e escrita, de produção e consumo. Finalmente, o discurso envolve a participação e a autoformação cultural. A internet nos lembra como essas

características são centrais e importantes para o discurso de forma geral. Ela nos revela de novas formas o que sempre existiu³⁰.

Balkin então sustenta que uma teoria de liberdade de expressão baseada tão somente na deliberação de natureza política não seria suficiente para abarcar essas características do discurso que, embora sempre tenham existido, ganharam maior importância com o desenvolvimento da internet. Dessa forma, defende que, se a democracia deve ser o fundamento da liberdade de expressão, aquela deve ser tomada em seu sentido mais amplo: não apenas no que diz respeito ao autogoverno, mas sim da própria construção da cultura (BALKIN, 2004, p. 32).

Cultura, para o autor, é o “processo coletivo de construção de significados em uma sociedade”³¹. Ele ocorre por meio de um conjunto de ferramentas e práticas sociais utilizadas para o diálogo e a troca de ideias. Portanto, uma cultura democrática, nesse contexto, compreenderia um processo participativo em que todos pudessem contribuir para a construção do conhecimento. A ideia central aqui é a de participação. A internet tem o potencial de permitir que todos possam participar da formação da cultura e não apenas de seu consumo. Assim, ao passo em que o indivíduo participa na construção da cultura, esta contribui para a formação do indivíduo, vez que este também é produto da cultura (BALKIN, 2004, p. 33).

No contexto de uma cultura democrática, a liberdade de expressão ganha um novo conteúdo. Ela passa não apenas a proteger a livre deliberação de assuntos de interesse público, mas também outras prerrogativas fundamentais que ganham especial relevância com o desenvolvimento tecnológico: o direito de disseminar conteúdos, o direito de interagir e trocar ideias, o direito de criar sobre conteúdos já existentes e o direito de participar na formação da cultura que forma o indivíduo. Nas palavras de Balkin:

³⁰ “To sum up, the Internet makes particularly salient five facts about free speech: Speech ranges over a wide variety of subjects, including not only politics but also popular culture. The speech of ordinary people is full of innovation and creativity. That creativity comes from building on what has come before. Speech is participatory and interactive as opposed to mere receipt of information. It merges the activities of reading and writing, of production and consumption. Finally, speech involves cultural participation and self-formation. The Internet reminds us how central and important these features are to speech generally. It reveals to us in a new way what has always been the case” (BALKIN, 2004, p. 32, tradução livre do autor).

³¹ “By ‘culture’ I mean the collective processes of meaning-making in a society” (BALKIN, 2004, p. 34, tradução livre do autor).

O que é a liberdade de expressão, vista da perspectiva do ideal da cultura democrática? Eu diria que ela tem quatro importantes componentes que se tornaram mais salientes com a tecnologia digital: (1) o direito de publicar, distribuir e atingir uma audiência; (2) o direito de interagir com os outros e trocar ideias com eles, o que inclui o direito de influir e de ser influenciado, de transmitir cultura e de absorvê-la; (3) o direito de apropriar conteúdos culturais que estejam disponíveis, de inovar, anotar, combinar e depois compartilhar os resultados com os outros; e (4) o direito de participar e produzir cultura, e conseqüentemente o direito de contribuir para o desenvolvimento das forças culturais e comunicativas que moldam o indivíduo³².

A proteção da liberdade de expressão na era digital, para Balkin, está associada à promoção de valores de liberdade tanto na elaboração legislativa, como na regulação de aspectos técnicos de operação das redes de telecomunicações. É preciso que essas normas reflitam valores de ampla participação popular, igualdade de acesso a tecnologias da informação e da comunicação, promoção do controle democrático e possibilidade de criação e inovação. Decisões regulatórias a até tecnológicas podem ameaçar significativamente esses valores. Dessa forma, especial atenção deve ser dada a essas decisões, pois elas serão de especial relevância para o futuro da liberdade de expressão na internet (BALKIN, 2004, p. 49-50).

É nesse contexto que ganha especial relevância o debate sobre a neutralidade das redes de telecomunicações. Como admite Balkin (2008, p. 102), as empresas que controlam essas redes podem ter incentivos a bloquear ou exigir o pagamento de valores adicionais para permitir a circulação de determinados conteúdos. Essas companhias, conseqüentemente, tornar-se-iam os maiores censores da internet e, como não há suficiente competição no fornecimento desses serviços aos consumidores, estes não teriam como contornar essas restrições.

Além disso, tal conduta teria efeitos negativos significativos sobre as possibilidades inovação no ambiente da internet. A enorme variedade de CSA e modelos de negócios que floresceram na internet somente foi possível porque os empreendedores que desenvolveram essas ferramentas não tiveram de pedir

³² *“What is the liberty of expression, viewed from the perspective of the ideal of democratic culture? I would say that it has four important components that have been made more salient by digital technology: (1) the right to publish, distribute to, and reach an audience; (2) the right to interact with others and exchange ideas with them, which includes the right to influence and to be influenced, to transmit culture and absorb it; (3) the right to appropriate from cultural materials that lay at hand, to innovate, annotate, combine, and then share the results with others; and (4) the right to participate in and produce culture, and thus the right to have a say in the development of the cultural and communicative forces that shape the self”* (BALKIN, 2004, p. 43, tradução livre do autor).

licença - seja ao Governo, seja aos proprietários das redes - para torná-las disponíveis aos possíveis interessados. Para Balkin (2008, p. 106) a preservação de um ambiente propício à inovação na internet é essencial para a promoção da liberdade de expressão nesse ambiente. A ausência de barreiras à disseminação de novos serviços e aplicações permite que novas alternativas de comunicação sejam criadas. É por meio desses serviços e aplicações que os usuários da rede podem interagir, trocar ideias e participar na construção da cultura. Assim, a liberdade de expressão deve proteger não apenas o conteúdo que é veiculado, mas as plataformas, a infraestrutura, os sistemas e aplicações que permitem que esse conteúdo seja veiculado. A liberdade de expressão, portanto, deve também compreender o direito de desenvolver e disseminar novas redes sociais, *softwares* de comunicação e outras ferramentas necessárias à interação, à disseminação e à criação de novos conteúdos. Para a plena realização da liberdade de expressão na internet, portanto, é necessário que se garantam as condições necessárias ao desenvolvimento de ferramentas inovadoras de comunicação nesse ambiente.

Do quadro aqui desenhado, observa-se importante evolução das teorias de interpretação do princípio da liberdade de expressão, que acompanhou a evolução tecnológica das plataformas que permitem o efetivo exercício do direito à livre manifestação do pensamento. De uma noção essencialmente individualista, parte-se para uma preocupação de índole coletiva, na medida em que fica claro que o debate público é construído a partir dos conteúdos veiculados nos meios de comunicação de massa e que são poucos os grupos que têm acesso a essas plataformas. Surgem então teorias que passam a justificar e mesmo a demandar a intervenção do Estado como forma de garantir a diversidade de opiniões e a democratização do acesso à esfera pública de debates. Muitas dessas teorias foram expostas nos debates travados no STF a respeito da possibilidade de edição de uma legislação reguladora da atividade de imprensa no Brasil. Já nesse julgamento, apontou-se para a importância que então assumia a internet como meio para troca e veiculação das mais diversas opiniões.

As potencialidades e os riscos que as novas tecnologias da informação e da comunicação representam para a democracia foram exploradas a partir da obra de Luño. O autor projeta a possibilidade de transformação do modelo de democracia hoje existente em um novo sistema de democracia direta com suporte na

universalização do acesso às redes digitais de informação. No entanto, alerta para os riscos que decorrem da utilização dessas novas tecnologias caso não se adote um sistema adequado de regulação.

É na busca de balizas para a regulação do discurso na internet que Balkin parte para a formulação de uma nova teoria da liberdade de expressão, que entende necessária para o adequado tratamento de aspectos do discurso que, ainda que sempre presentes, ganharam maior relevância no ambiente virtual. Nesse sentido, propõe o conceito de cultura democrática, ideal regulativo em que todos podem participar da construção da cultura, que por sua vez atua de forma decisiva na construção da identidade do indivíduo. A partir desse conceito, ressalta que especial atenção deve ser dada a decisões regulatórias e tecnológicas que possam afetar substancialmente as condições de produção e de disseminação do discurso na internet. Nesse esforço, identifica como uma das áreas que carecem de maior atenção os debates em torno da neutralidade da rede, tendo em vista a suposição de que os controladores das redes de telecomunicações podem ter incentivos a restringir o livre tráfego de conteúdos e informações nessa infraestrutura. A partir do trabalho de Balkin, portanto, observa-se que o debate em torno da neutralidade de rede é de crucial importância para o futuro da liberdade de expressão no ambiente da internet.

3 EXPERIÊNCIAS DE REGULAÇÃO DA NEUTRALIDADE DA REDE

O presente capítulo tem o objetivo de relatar as iniciativas de regulação da neutralidade da rede no Brasil³³. Paralelamente, serão também analisados alguns modelos de regulação já implementados - casos do Chile e dos EUA, bem como os estudos em curso no âmbito da União Europeia.

O exame dessas experiências internacionais justifica-se, de um lado, por tratar-se de tema pioneiro, em que não há uma tradição legislativa, seja no Brasil, seja no exterior. Dessa forma, as primeiras iniciativas adotadas revelam aspectos cuja discussão pode ser relevante no momento em que se discute a adoção de medidas similares no direito brasileiro. Além disso, é também pertinente ressaltar o caráter necessariamente mundial da internet. Nesse contexto, regulações adotadas em outros países, especialmente aqueles que concentram grande parte do tráfego e dos conteúdos disponíveis na rede – como os EUA e a União Europeia – podem afetar a experiência de usuários situados em outras regiões, assim como condicionar as alternativas de regulação que serão adotadas em outros ordenamentos.

De forma preliminar, contudo, apresenta-se breve descrição da estrutura de regulação da internet e do foco de discussão acerca da neutralidade da rede.

3.1 Internet: estrutura básica e regulação

Bitelli (2004, p. 322) aponta que “não há ainda certeza se a Internet deve ser colocada como um ‘meio’, ‘veículo’, ‘ente’, ‘agente’ ou instrumento da comunicação social”. Não obstante, é necessário considerar que, por meio dela, permite-se a circulação de informações e de conteúdo audiovisual, a comunicação interpessoal e mesmo a prestação de serviços de telecomunicações. Com efeito, a crescente disseminação do acesso à internet em alta velocidade é o fator mais significativo na promoção da convergência tecnológica.

³³ As informações constantes deste capítulo encontram-se atualizadas até novembro de 2012.

Sua origem remonta a projeto de rede de comunicações militares desenvolvido, nos EUA, pela Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (*Advanced Research Project Agency – ARPA*), na década de 1960, de que resultou a então denominada ARPAnet. Em função das finalidades que motivaram sua criação, projetou-se uma rede que pudesse garantir a continuidade da comunicação entre os computadores dos órgãos de defesa, mesmo diante de um ataque que destruísse parte da rede. Dessa forma, o produto final caracterizou-se por ausência de nodo central, arquitetura flexível, redundância de conexões e funções e capacidade de reconfiguração dinâmica, entre outros. De uso inicialmente militar, a rede passou a ser utilizada também para fins acadêmicos. Já em 1989, seu desenvolvimento passou a ser liderado pela Fundação Nacional de Ciência (*National Science Foundation – NSF*). Em 1992, foi permitido seu uso com finalidades comerciais, o que propiciou não só o amplo acesso à internet em termos mundiais, mas também o surgimento de um novo modelo econômico, baseado na sociedade da informação (BITELLI, 2004, p. 324-325; TAKAHASHI, 2000, p. 133).

A estrutura de funcionamento da internet pode ser vista a partir de diferentes camadas, conforme representado na ilustração da Figura 1. Uma primeira camada básica é composta pela infraestrutura física de telecomunicações, indispensável para o transporte e a distribuição dos sinais de dados. Outra camada, intermediária, é composta pelos protocolos e padrões técnicos que garantem a interoperabilidade dos diversos segmentos de rede, a correta sinalização e endereçamento, e, em última instância, a possibilidade de que pacotes de dados consigam ser enviados de um ponto a outro independentemente de seu conteúdo, das redes que deverá percorrer e dos equipamentos terminais utilizados para envio e recepção. Por fim, há uma terceira camada composta por uma miríade de aplicações utilizadas para composição e leitura das informações e conteúdos transmitidos.

A regulação da camada de infraestrutura compreende os serviços de telecomunicações e as redes que lhes dão suporte. No Brasil, a autoridade responsável por essa tarefa, nos termos da Lei nº 9.472, de 1997, é a Anatel, autarquia especial vinculada ao Ministério das Comunicações, organizada segundo o modelo de agência reguladora.

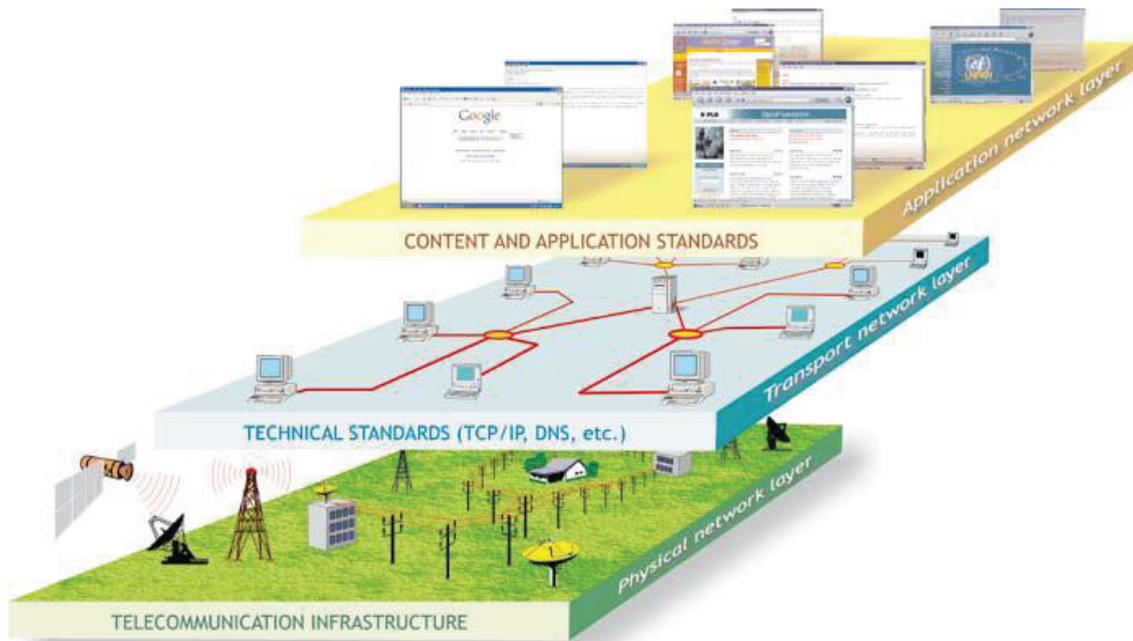


Figura 1: Representação da Estrutura da Internet em Camadas (KUBRALIJA, GELBSTEIN, 2005, p. 33)

O acesso à internet no Brasil teve início com suporte na utilização do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC, ou telefonia fixa), também conhecido como acesso discado. Essa tecnologia, todavia, não permite a navegação em velocidades elevadas, tendo em vista que, nos termos do Regulamento daquele serviço, aprovado pela Resolução nº 426, de 9 de dezembro de 2005, da Anatel, ele está limitado a um fluxo de 64 kbit/s³⁴. Torna-se então necessária a utilização de outros serviços de telecomunicações para suporte ao acesso em alta velocidade à internet. Atualmente, as alternativas mais utilizadas são o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM)³⁵ para banda larga fixa, e o Serviço Móvel Pessoal (SMP)³⁶, para o acesso com mobilidade.

Na camada intermediária, as trocas de dados na internet transcorrem por meio de um protocolo específico de comunicação, denominado Protocolo

³⁴ A tecnologia popularmente conhecida como ADSL (*Asymmetric Digital Subscriber Line*), posto que utilize a mesma rede empregada na prestação do STFC, não configura propriamente esse serviço, vez que não emprega processos de telefonia e tampouco limita-se à velocidade de 64 kbit/s.

³⁵ Nos termos do art. 3º do Regulamento do SCM, aprovado pela Resolução nº 272, de 9 de agosto de 2001, da Anatel, cuida-se de “serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação do serviço”.

³⁶ Cuida-se da telefonia móvel, cujo regulamento foi aprovado pela Resolução nº 477, de 7 de agosto de 2007, da Anatel.

Internet (*Internet Protocol – IP*), em que as informações transmitidas, após serem convertidas em arquivos digitais, são repartidas em pacotes e remetidas ao endereço de destino. As rotas utilizadas para cada pacote podem ser distintas, o que pode ocasionar descompasso em sua recepção. Dessa forma, exige-se que as informações recebidas no destino sejam processadas e reconstituídas. Em outros termos, o protocolo IP somente garante que as informações chegarão ao ponto de destino, mas não assegura que cheguem na ordem pré-estabelecida. (BRASIL, s.d., p. 6-7).

A troca de informações por meio do protocolo IP, todavia, necessita de adequado sistema de endereçamento, a fim de que os pacotes de dados sejam efetivamente transportados para os destinos desejados. Para tanto, existem os endereços IP, que designam, por meio de números, os diversos computadores conectados à rede. A utilização de endereços numéricos, no entanto, não se mostra a mais adequada para o uso massificado e diverso alcançado pela internet. Nesse sentido, passou-se a associar os endereços numéricos a nomes comuns, de mais fácil memorização, por meio do sistema de nomes de domínio (*Domain Name System – DNS*). Dessa forma, os usuários que procuram o sítio do Instituto Brasiliense de Direito Público podem utilizar o endereço www.idp.edu.br, em vez de memorizarem o endereço numérico 189.23.86.149 (GONÇALVES, 2009, p. 4).

O DNS opera de forma hierarquizada. Cada nome de domínio é formado por várias sequências de caracteres, separados por pontos. A sequência mais à direita é denominada domínio de primeiro nível (*Top Level Domain – TLD*). Os TLD mais conhecidos entre os usuários da rede são os genéricos (gTLD), como “.com”, “.org”, “.net”, “.edu”, entre outros. Existem ainda os TLD associados a países ou territórios (*Country Code TLD – ccTLD*), como “.br” para o Brasil, “.jp” para o Japão e “.mx” para o México, por exemplo. Cada TLD poderá comportar muitos domínios de segundo nível, como “.idp”, no exemplo do parágrafo anterior (FELD, 2003, p. 338; GONÇALVES, 2009, p. 5).

No plano internacional, as políticas para o DNS, inclusive a criação de novos TLD, são coordenadas, desde 1998, pela Corporação da Internet para Nomes e Números Atribuídos (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – ICANN*). Cuida-se de uma organização privada sem fins lucrativos que opera

mediante contrato com o Departamento de Comércio do Governo Norte-Americano (FELD, 2003, p. 346-347; GONÇALVES, 2009, p. 8).

No Brasil, nos termos do Decreto nº 4.829, de 3 de setembro de 2003, as atribuições relativas à administração e regulação da internet, inclusive quanto aos nomes de domínio, estão a cargo do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGIbr)³⁷. Cuida-se de colegiado que congrega representantes de órgãos governamentais, do setor empresarial, da comunidade científica e tecnológica e do terceiro setor. As atribuições do órgão encontram-se previstas no art. 1º do mencionado decreto, transcrito a seguir:

Art. 1º Fica criado o Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGIbr, que terá as seguintes atribuições:

I - estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da Internet no Brasil;

II - estabelecer diretrizes para a organização das relações entre o Governo e a sociedade, na execução do registro de Nomes de Domínio, na alocação de Endereço IP (Internet Protocol) e na administração pertinente ao Domínio de Primeiro Nível (ccTLD - country code Top Level Domain), ".br", no interesse do desenvolvimento da Internet no País;

III - propor programas de pesquisa e desenvolvimento relacionados à Internet, que permitam a manutenção do nível de qualidade técnica e inovação no uso, bem como estimular a sua disseminação em todo o território nacional, buscando oportunidades constantes de agregação de valor aos bens e serviços a ela vinculados;

IV - promover estudos e recomendar procedimentos, normas e padrões técnicos e operacionais, para a segurança das redes e serviços de Internet, bem assim para a sua crescente e adequada utilização pela sociedade;

V - articular as ações relativas à proposição de normas e procedimentos relativos à regulamentação das atividades inerentes à Internet;

VI - ser representado nos fóruns técnicos nacionais e internacionais relativos à Internet;

VII - adotar os procedimentos administrativos e operacionais necessários para que a gestão da Internet no Brasil se dê segundo os padrões internacionais aceitos pelos órgãos de cúpula da Internet, podendo, para tanto, celebrar acordo, convênio, ajuste ou instrumento congêneres;

VIII - deliberar sobre quaisquer questões a ele encaminhadas, relativamente aos serviços de Internet no País; e

IX - aprovar o seu regimento interno.

Por fim, a terceira camada trata do desenvolvimento de aplicações que assegurem uniformidade na produção e na leitura de informação transmitida pela

³⁷ No âmbito daquele Comitê, a administração de nomes de domínio e a distribuição de endereços IP é disciplinada pela Resolução nº 1, de 25 de outubro de 2005.

internet, como, por exemplo, o padrão HTML (*Hypertext Mark-up Language*), largamente utilizado, e que hoje forma a base do que se conhece como *World Wide Web* (WWW). A existência de padrões como o HTML faz com que as informações sejam, de um lado, codificadas de acordo com esse padrão e, na ponta do receptor, os códigos sejam corretamente interpretados de forma a que a informação original possa ser adequadamente reproduzida para seu destinatário. Trata-se, portanto, de um insumo básico a todos os agentes que queiram explorar CSA na internet, assim como para todos os usuários que queiram ter acesso a essas informações. Esses padrões são desenvolvidos pela indústria e por organizações não governamentais como o Consórcio World Wide Web (W3C), responsável pelo desenvolvimento de uma evolução do HTML, o *Extended Mark-up Language* (XML) (KUBRALIJA, GELBSTEIN, 2005, p. 53).

3.2 O Debate da Neutralidade da Rede

Para o correto entendimento das implicações e motivações do debate acerca da regulação da neutralidade da rede, é preciso, primeiramente, fazer uma breve incursão na cadeia de geração de valor dos negócios de exploração de CSA na internet, descrita a partir da ilustração da Figura 2.



Figura 2: Cadeia de Valor da Exploração de Conteúdos, Serviços e Aplicações na Internet (MONTEIRO, 2012, p. 3)

No primeiro elo da cadeia, situam-se os produtores ou detentores de direitos sobre conteúdos, que podem ser gravadoras, estúdios de cinema, agências de notícias, grupos de mídia ou mesmo usuários da rede. O segundo elo da cadeia é composto pelos provedores de CSA, que são corporações ou indivíduos especializados no desenvolvimento e exploração de serviços e aplicações voltados à distribuição de conteúdos aos usuários ou à comunicação e troca de dados entre estes, como aplicações de Voz sobre Protocolo Internet (VoIP)³⁸ e redes sociais. Também figura nesse elo a atividade de comércio eletrônico. Esse segundo elo apoia-se em empresas que fornecem soluções tecnológicas para o adequado funcionamento de suas atividades de exploração de CSA. Trata-se aqui de soluções de armazenamento de dados, de publicidade e de cobrança, entre outros.

A quarta etapa da cadeia é composta pelos agentes que operam a camada de infraestrutura física de telecomunicações da internet. Trata-se da etapa de conectividade, que é explorada pelos operadores de redes de telecomunicações, seja no atacado, seja no varejo, por meio do provimento de acesso ao usuário final. Por fim, diretamente relacionada a este último, a quinta etapa da cadeia é constituída pelos equipamentos terminais utilizados para acessar a rede, como computadores pessoais, telefones móveis inteligentes (*smartphones*), entre outros, e das aplicações que o usuário deve utilizar para reprodução da informação, como navegadores de internet, leitores de mídia e demais programas de computador.

No debate sobre a neutralidade da rede, destacam-se os agentes que compõem o segundo e o quarto elo da cadeia acima descrita, quais sejam, os provedores de CSA e os operadores de redes de telecomunicações. Os primeiros remuneram os operadores de serviços de telecomunicações que lhes oferecem a conexão local à internet. No entanto, tradicionalmente, não se envolvem em pagamentos adicionais a partir dessa etapa, especialmente no provimento de conexão ao usuário final (PAGE, ROSSI, RAND, 2010, p. 6-8).

A evolução no segmento de CSA tem ocasionado crescentes aumentos do volume de dados que trafega por meio das redes de telecomunicações que dão suporte à internet, especialmente devido à expansão de aplicações de uso intensivo de rede, como distribuição de conteúdos de vídeo (CISCO, 2012, p. 6). O

³⁸ Compreende serviços comerciais como Skype, Viber, entre outros.

crescimento de tráfego projetado para os próximos anos demandará investimentos adicionais por parte dos operadores de rede, que não poderá ser financiado sem aumento das receitas já exploradas ou pela criação de novas fontes de receita. Nesse contexto, passaram a ser discutidos novos modelos de financiamento dos investimentos na camada de infraestrutura física de telecomunicações, que envolvem a cobrança de quantias adicionais dos provedores de CSA (PAGE, ROSSI, RAND, 2010, p. 16-20; MONTEIRO, 2012, p. 14). Como será analisado no capítulo seguinte, alguns modelos buscam a tarifação de qualquer tipo de tráfego gerado, ao passo que outros se concentram na oferta de níveis diferenciados de desempenho, mediante remuneração (PAGE, ROSSI, RAND, 2010, p. 25-42).

Em outra vertente, alguns desses CSA competem direta ou indiretamente com serviços tradicionais de telecomunicações explorados no varejo pelos operadores de rede, como voz, trocas de mensagens ou distribuição de conteúdo audiovisual. Essa concorrência, por sua vez, cria incentivos a que esses CSA sejam bloqueados ou degradados pelos operadores de rede, de forma a que não mais possam representar concorrência viável a seus serviços tradicionais.

As condutas de bloqueio, discriminação ou priorização de determinados CSA suscitam discussão acerca de sua conformidade ao princípio da neutralidade da rede, que, na definição usada pelo ORECE, requer que toda comunicação eletrônica que trafegue em uma rede seja tratada de igual forma, independentemente de conteúdo, aplicação, serviço, equipamento terminal, origem ou destino (UNIÃO EUROPEIA, 2012a, p. 4). Pode-se dizer, portanto, que, na cadeia de valor da internet, o debate da neutralidade da rede opõe os interesses dos provedores de CSA aos dos operadores de redes de telecomunicações.

3.3 Iniciativas de Regulamentação da Neutralidade da Rede no Brasil

A neutralidade da rede no Brasil ainda não está oficialmente regulamentada. No entanto, algumas iniciativas encontram-se em andamento e merecem ser destacadas. Além do projeto de lei do chamado Marco Civil da Internet, a Anatel, no âmbito de suas atribuições, também já demonstrou a intenção de incorporar o princípio à sua regulamentação, que atinge diretamente as prestadoras de serviços de telecomunicações. Em paralelo, apesar da limitação

inerente às suas competências, o princípio da neutralidade também tem sido defendido pelo CGLbr.

Pode-se identificar uma iniciativa pioneira na regulamentação da neutralidade da rede no Brasil em decisão da Anatel acerca de operação de aquisição, pela empresa Telemar Norte Leste S.A., do controle societário das empresas do Grupo Brasil Telecom, nos termos do Ato nº 7.828, de 19 de dezembro de 2008, daquela agência reguladora. Naquela oportunidade, a aprovação da mencionada operação societária fez-se acompanhar da imposição de condicionamentos a serem observados pelas empresas envolvidas. Nesse sentido, o item 4.1 do Anexo ao referido Ato, estabelece que a Telemar – assim entendidas todas as prestadoras integrantes do respectivo grupo econômico, considerada a operação então autorizada – deverá manter a neutralidade de sua rede.

A medida encontra fundamento nas considerações que foram tecidas pela Relatora do caso perante o Conselho Diretor daquela autarquia, Conselheira Emília Maria Silva Ribeiro Curi, consignadas na Análise nº 130/2008-GCER, de 12 de dezembro de 2008. O trecho que se transcreve a seguir permite vislumbrar o conceito de neutralidade da rede então adotado pela Anatel, cujo foco era o tratamento isonômico das diversas espécies de CSA que demandam recursos de internet:

Também a neutralidade de rede, em relação ao tráfego internet consiste no transporte isonômico de tráfego sem qualquer discriminação em termos de qualidade de serviço (QoS), em função da origem, do destino e do conteúdo transportado, sendo um dos pilares que sustentam o sucesso da Internet. Possibilita, com isso, o compartilhamento isonômico por todos os usuários e provedores de serviços.

Em função disso, proponho que deve ser assegurada, pelas prestadoras pertencentes ao grupo econômico resultante da operação em tela, a neutralidade de suas redes (BRASIL, 2008, p. 40).

Em outra iniciativa, o CGLbr, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo Decreto nº 4.829, de 2003, aprovou a Resolução CGLbr/RES/2009/003/P, que dispõe sobre *princípios para a governança e uso da internet no Brasil*. Trata-se de uma série de dez princípios que compreendem: liberdade, privacidade e direitos humanos; governança democrática e colaborativa; universalidade; diversidade; inovação; neutralidade da rede; inimputabilidade da rede; funcionalidade, segurança e estabilidade; padronização e interoperabilidade; e

ambiente legal e regulatório. Nesse contexto, é importante destacar o princípio da neutralidade da rede, assim redigido pelo CGLbr:

Neutralidade da Rede

Filtragem ou privilégios de tráfego devem respeitar apenas critérios técnicos e éticos, não sendo admissíveis motivos políticos, comerciais, religiosos, culturais, ou qualquer outra forma de discriminação ou favorecimento.

O princípio proposto pelo CGLbr é bastante eloquente e abrangente. A discriminação de tráfego nas redes de internet somente deve obedecer a critérios técnicos e éticos. Portanto, não são admitidas discriminações de caráter comercial, como aquelas que visam a prejudicar o desempenho de CSA de operadores concorrentes. A vedação à discriminação comercial, ao mesmo tempo, também sugere que sistemas de pagamento por priorização de tráfego, que compreendem o tratamento privilegiado a determinados conteúdos mediante pagamentos adicionais, tampouco devem ser aceitos.

É necessário reconhecer, contudo, que os princípios aprovados pelo CGLbr constituem, primordialmente, recomendações de boas práticas a serem seguidas de forma voluntária. Não se trata o CGLbr, propriamente, de um órgão regulador com competências normativas. Da mesma forma, carece de poderes de fiscalização e de aplicação de sanções por inobservância de suas recomendações, consoante se pode verificar do rol de suas atribuições já transcrito neste capítulo.

Paralelamente, em 2011, a Anatel promoveu Consulta Pública para colher comentários e sugestões da sociedade acerca de proposta de revisão do regulamento do SCM. Trata-se da Consulta Pública nº 45, de 2011. Nela, entre outros aspectos pertinentes à regulamentação do serviço, foi incluída proposta de adoção expressa de regras a respeito da neutralidade da rede, refletidas no art. 59 da minuta de regulamento, nos seguintes termos:

Art. 59. É vedado à Prestadora realizar bloqueio ou tratamento discriminatório de qualquer tipo de tráfego, como voz, dados ou vídeo, independentemente da tecnologia utilizada.

§ 1º A vedação prevista no **caput** deste artigo não impede a adoção de medidas de bloqueio ou gerenciamento de tráfego que se mostrarem indispensáveis à garantia da segurança e da estabilidade do serviço e das redes que lhe dão suporte.

§ 2º Os critérios para bloqueio ou gerenciamento de tráfego de que trata o § 2º deste artigo [sic] devem ser informados previamente a todos os Assinantes

e amplamente divulgados a todos os interessados, inclusive por meio de publicação no sítio da Prestadora na Internet

§ 3º O bloqueio ou gerenciamento de tráfego deve respeitar a privacidade dos Assinantes, o sigilo das comunicações e a livre, ampla e justa competição.

Naquela oportunidade, o órgão regulador das telecomunicações reconheceu a diversidade de fatores que se inter-relacionam no debate sobre a neutralidade da rede. No entanto, não deixou de propor a adoção do princípio. Nesse esforço, admitiu a utilização de técnicas de gerenciamento de rede, desde que transparentes e limitadas à garantia da segurança e da estabilidade do serviço e das redes que lhe dão suporte. De modo adicional, a Anatel também introduziu ressalva quanto à necessidade de que os critérios de gerenciamento da rede sejam compatíveis com a privacidade dos usuários, o sigilo das comunicações e a livre, ampla e justa competição. A discussão do tema no âmbito da Anatel pode ser resumida nos seguintes excertos da manifestação da Relatora do processo, Conselheira Emília Maria Silva Ribeiro Curi, expressas na Análise nº 398/2011-GCER, de 27 de julho de 2007:

No art. 52 da Proposta da SPV³⁹ é introduzida a temática da neutralidade de rede, sob a forma de vedação ao bloqueio ou tratamento discriminatório de qualquer tipo de tráfego. O tema, contudo, envolve reflexão necessariamente mais ampla, conforme já tive a oportunidade de registrar por oportunidade do 8º Congresso Brasileiro de Jornais, promovido pela Associação Brasileira de Jornais, painel “Liberdade de Expressão da Era Digital”:

Fundamentalmente trata-se [a neutralidade da rede] de um princípio sob o qual os usuários da Internet teriam o direito de acessar qualquer tipo de conteúdo, serviços e aplicações, conforme sua vontade, sem a interferência de operadores de rede. Sob um ponto de vista prático, isso significa que todo tráfego, isto é, todos os pacotes de dados transmitidos utilizando o Protocolo Internet (IP), deveriam ser tratados da mesma forma, independentemente do seu conteúdo, da sua origem ou destino, da aplicação ou dos equipamentos utilizados. Em outras palavras, não deveria ser permitido o bloqueio ou tampouco a degradação da conexão no acesso a quaisquer sítios, serviços, aplicações ou mesmo com base nos tipos de informações específicos que são transmitidos.

A definição de neutralidade expressa acima é razoavelmente ampla. O princípio genérico de neutralidade pode então ser analisado sob vários pontos de vista: econômico, social, político e de liberdades individuais. Ou seja, os detalhes dessa discussão passam, assim, por temas variados que vão desde a eficiência econômica, à liberdade política e à liberdade de expressão de ideias. Não espanta, assim, que o debate em torno do tema seja acirrado e que por vezes ocorra da definição do conceito de neutralidade de rede se tornar confusa, exatamente por abarcar tamanha gama de questões.

³⁹ Superintendência de Serviços Privados, unidade administrativa da Anatel responsável pela elaboração da proposta de revisão da regulamentação do SCM.

Portanto, uma série de aspectos devem ser considerados, entre eles:

- 1) a não discriminação dos conteúdos disponibilizados nas redes, de forma a que os detentores de infraestrutura não estabeleçam práticas que priorizem determinados conteúdos – notadamente os produzidos por provedores do mesmo grupo econômico – em detrimento de outros;
- 2) a gestão do aumento do tráfego nas redes de acesso e a necessidade de investimentos em infraestrutura para suportá-lo;
- 3) a possibilidade de cobrança, pelos detentores da infraestrutura junto aos provedores de conteúdo, de valores adicionais para a disponibilização de diferentes tipos de conteúdos, notadamente aqueles que demandam mais banda;
- 4) a diferenciação dos acessos entre banda larga fixa e móvel, decorrente da gestão do espectro de radiofrequências;
- 5) a importância de não se fragmentar a Internet, com conteúdos específicos distribuídos exclusivamente por provedores de acesso determinados;
- 6) o incentivo à produção de conteúdo na Internet. [...]

O objetivo do texto proposto é conciliar o princípio maior da neutralidade das redes com as necessidades de bloqueio e gerenciamento de determinados tipos de tráfego para garantia da segurança e da estabilidade do serviço e das redes que lhe dão suporte. Paralelamente, busca-se assegurar que os procedimentos de gerenciamento de tráfego sejam transparentes, que não venham a comprometer o sigilo das comunicações e a intimidade dos usuários e que, igualmente, não venham a ser utilizados para fraudar a competição (BRASIL, 2011a, p. 38-40).

Uma leitura das contribuições apresentadas na citada Consulta Pública nº 45, de 2011, permite identificar como se posicionam os diversos segmentos envolvidos quanto ao princípio da neutralidade da rede. Nesse sentido, foram reunidas as contribuições apresentadas especificamente quanto a este dispositivo da Consulta Pública e, posteriormente, classificadas quanto ao segmento econômico do respectivo autor: prestadores de serviços de telecomunicações, fabricantes de equipamentos, entidades de defesa do consumidor e usuários individuais.

É possível afirmar a existência, senão de um consenso, pelo menos de uma tendência majoritária nas contribuições das prestadoras de serviços de telecomunicações, no sentido de criticar uma suposta rigidez na proposta da Anatel acerca da neutralidade da rede. Há grande preocupação com os investimentos que serão necessários para comportar o crescimento esperado no tráfego de dados na internet, especialmente a partir da massificação do uso de aplicações de vídeo. Por essa razão, muitas contribuições ressaltam a necessidade de se permitir a adoção de novos modelos de negócios. De forma específica, muitas contribuições sugerem a aprovação de texto semelhante, retratado da seguinte forma na Contribuição nº

714, apresentada por Alexander Castro em nome do Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal (SINDITELEBRASIL):

É permitido às prestadoras ofertarem serviços customizados que atendam a perfis de consumo específicos e adotar medidas para gestão e diferenciação de tráfego, inclusive aquelas que envolvam diferenciação de custos, preços e priorização por tipo de tráfego, desde que tais medidas não afetem a liberdade de escolha dos Assinantes nem a livre competição, e, adicionalmente, sejam informadas previamente e claramente previstas nos contratos com os usuários (BRASIL, 2011b)⁴⁰.

O texto em destaque tem a clara intenção de permitir, expressamente, a adoção de modelos de pagamento por priorização de tráfego. Em sistemas dessa natureza, busca-se compartilhar o ônus do financiamento de novos investimentos entre usuários e provedores de CSA. Para os usuários finais, a ideia contempla a possibilidade de oferecimento de uma gama de planos de serviço, com diferentes velocidades e limites de utilização. Já os provedores de CSA teriam a possibilidade de optar, mediante pagamento, pelo tratamento prioritário do tráfego que geram, o que permitiria que seus serviços tivessem um desempenho superior.

Foram identificadas duas contribuições formuladas por fabricantes de equipamentos de telecomunicações: a Contribuição nº 734, apresentada por Wagner Ferreira em nome de Alcatel-Lucent, e a Contribuição nº 738, apresentada por Mauro Augusto Ponzoni Falsetti em nome de Cisco. Em ambas, sugere-se a exclusão do dispositivo que trata da neutralidade da rede. A fundamentação adotada nos dois casos também é semelhante. Alega-se que as operadoras de serviços de telecomunicações devem ter ampla liberdade para adotar medidas de gerenciamento do tráfego que circula em suas redes (BRASIL, 2011b).

Entre as contribuições apresentadas por usuários ou entidades de defesa do consumidor, encontram-se sugestões em sentido oposto. Cabe ressaltar a Contribuição nº 21, apresentada por Daniela Batalha Trettel em nome do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC). Nela, a entidade destaca que a proposta da Anatel é vaga na definição dos critérios de gerenciamento de redes, que necessitariam de definição mais precisa para que fosse efetivamente assegurado o princípio da neutralidade da rede (BRASIL, 2011b).

⁴⁰ Propostas de mesmo conteúdo podem ser encontradas nas Contribuições nº 22 (Oi), nº 698 (Telefônica/Vivo), nº 702 (Karem da Silva Alves em nome de CTBC), nº 703 (Claro S.A.), nº 708 (Embratel S.A.), nº 711 (Fabiola Assad Calux em nome de Net Serviços) e nº 722 (Oi) (BRASIL, 2011b).

Em sentido semelhante é a Contribuição nº 704, oferecida por Carol Elizabeth Conway⁴¹, que defende que “sejam explicitadas as condições taxativas em que será admitido o gerenciamento de tráfego bem como o alcance e a finalidade dessa providência”. O objetivo seria o de “tornar claro que a regra é a vedação a qualquer forma de tratamento discriminatório, não devendo se admitir, sob um incerto conceito de gerenciamento de tráfego, práticas que direta ou indiretamente tenham os efeitos de discriminação, sendo excepcional qualquer medida dessa natureza” (BRASIL, 2011b).

Verifica-se, portanto, da parte dos prestadores de serviços de telecomunicações e de seus fornecedores de equipamentos, críticas à proposta da Anatel, por ser excessivamente restritiva e inibir o desenvolvimento de novos modelos de negócios. Já entre as contribuições apresentadas por usuários individuais e entidades de defesa do consumidor, as críticas são no sentido de que a redação proposta pela agência reguladora não é clara o suficiente para explicitar o princípio da proibição de bloqueio ou tratamento discriminatório de qualquer tipo de tráfego ou conteúdo.

Também em 2011, por meio do Projeto de Lei nº 2.126, o Poder Executivo submeteu ao Congresso Nacional proposição legislativa com o objetivo de estabelecer “princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”. Conhecido como Marco Civil da Internet, o projeto foi resultado de um processo de consulta pública aberta na internet e teve como inspirações diretas a Constituição de 1988 e os princípios aprovados pelo CGLbr na já citada Resolução CGI.br/RES/2009/003/P. O projeto tem como finalidade fixar alguns conceitos fundamentais para o funcionamento da internet no País, assim como definir regras básicas de atribuição de responsabilidades, direitos e deveres de prestadores, usuários e autoridades públicas, regras para acesso a dados de conexão, entre outros aspectos. O objetivo último do projeto é uniformizar determinados conceitos e regras para evitar decisões judiciais contraditórias sobre aspectos relevantes do

⁴¹ Em consulta ao perfil de Carol Elizabeth Conway na rede social Linked In verifica-se que ela ocupa o cargo de Diretora de Assuntos Regulatórios na empresa Universo Online S.A. (UOL). Tal circunstância indicaria tratar-se de representante do segmento de provedores de serviços, aplicações e conteúdos de internet. No entanto, na mencionada Contribuição nº 704, não há qualquer menção à sua filiação à mencionada empresa, de forma que não é possível afirmar-se que tenha formulado a citada contribuição na qualidade de sua representante.

ambiente da internet, de forma a conceder maior segurança jurídica a prestadores de serviços de telecomunicações, provedores de CSA e usuários finais.

Um dos aspectos abordados na proposta é a neutralidade da rede, que é tratada no art. 9º da proposição, nos seguintes termos:

Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicativo, sendo vedada qualquer discriminação ou degradação do tráfego que não decorra de requisitos técnicos necessários à prestação adequada dos serviços, conforme regulamentação.

Parágrafo único. Na provisão de conexão à Internet, onerosa ou gratuita, é vedado monitorar, filtrar, analisar ou fiscalizar o conteúdo dos pacotes de dados, ressalvadas as hipóteses admitidas em lei.

De forma coerente com os princípios aprovados pelo CGI.br, o projeto do Marco Civil da Internet também acolhe a neutralidade da rede de forma abrangente. A discriminação entre diferentes tipos de tráfego somente pode ocorrer por questões técnicas relacionadas à prestação adequada dos serviços. A parte final do *caput* do dispositivo sugere algum grau de indeterminação da norma, ao remetê-la expressamente à regulamentação posterior. No entanto, a redação do dispositivo induz ao entendimento de que o objetivo da regulamentação será o de definir os requisitos técnicos que permitirão a discriminação de tráfego. Em uma primeira leitura, portanto, não há espaço para que, em normas infralegais, admita-se a possibilidade de concessão tratamento preferencial para CSA específicos por critérios políticos, comerciais ou qualquer outro dissociado dos requisitos técnicos necessários à adequada prestação do serviço.

3.4 A Regulação Norte-Americana

Nos EUA, a FCC aprovou regras básicas de neutralidade da rede no final do ano de 2010, baseadas em princípios de transparência, vedação ao bloqueio e à discriminação não razoável de conteúdos e gerenciamento razoável da rede (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2010a).

A adoção dos mencionados princípios de regulação partiu do diagnóstico de que o caráter aberto da internet deveria ser preservado. A internet, na visão da FCC, é uma ferramenta que propicia o surgimento de novos desenvolvimentos tecnológicos. Tradicionalmente, por ser uma rede de uso comum,

concentra seu poder de inovação nas pontas, seja em novos CSA, seja em novos equipamentos terminais que dela podem fazer uso.

O desenvolvimento de novos CSA e modelos de negócios incentiva o crescimento da demanda por acesso e volume de transmissão de dados. Essa maior demanda, por sua vez, pressiona os provedores de infraestrutura, que passam a ter incentivo para investir na expansão e na modernização de suas redes. Com um público maior, maiores são também os incentivos para o desenvolvimento de um novo ciclo de inovações em CSA e modelos de negócios. Trata-se, na visão da FCC, de um verdadeiro ciclo virtuoso da internet. A continuidade desse ciclo, no entanto, alerta a agência reguladora, depende de reduzidas barreiras à inovação. Se os provedores de infraestrutura tiverem a capacidade de limitar o universo de usuários que poderão ter acesso a determinadas inovações, ou de impor encargos excessivamente onerosos para os inovadores, os incentivos à criação de novos CSA poderão ser drasticamente reduzidos (ESTADOS..., 2010a, p. 17909-17911).

Paralelamente, a FCC também reconheceu o crescente papel da internet como plataforma para o discurso público e o engajamento político. Consequentemente, concluiu pela necessidade de se preservar a neutralidade e o caráter aberto da internet. A questão que se propôs a enfrentar na sequência, portanto, foi quanto à necessidade de intervenção regulatória para essa finalidade (ESTADOS..., 2010a, p. 17912-17915).

Nesse esforço, a FCC identificou três categorias de incentivos que podem levar os operadores de redes de telecomunicações a comprometer a neutralidade e o caráter aberto da internet. O primeiro deles diz respeito a condutas anticompetitivas de bloqueio ou discriminação de conteúdos ou qualquer outro tipo de tráfego que signifique concorrência com os serviços prestados pelo operador da rede ou de empresas afiliadas. Por exemplo, um prestador de serviços de telecomunicações pode adotar práticas que impeçam ou dificultem o funcionamento de alternativas de comunicação por voz que representem algum tipo de concorrência com os serviços de telefonia fixa ou móvel prestados por ele ou por outras empresas do mesmo grupo econômico. O mesmo pode ocorrer com serviços de distribuição de conteúdo audiovisual que de alguma forma possam concorrer com o serviço de

televisão por assinatura explorado na mesma rede utilizada para prover acesso à internet em banda larga.

Uma segunda possibilidade seria o desenvolvimento de negócios baseados na cobrança de quantias adicionais para priorização de determinados tipos de conteúdo. Em tais modelos, os fornecedores de infraestrutura podem oferecer, aos provedores de CSA, tratamento prioritário no escoamento do tráfego gerado, mediante pagamentos adicionais. A FCC entende que tais cobranças podem gerar ineficiências, tendo em vista que as operadoras de telecomunicações podem ser o único canal disponível para que um provedor de conteúdos possa atingir seus usuários. Além disso, as operadoras de telecomunicações tampouco suportariam integralmente os custos que essa prática pode representar em termos de diminuição de incentivos à inovação e ao surgimento de novos modelos de negócios. Com efeito, a FCC chega a afirmar que esses custos representam externalidades negativas, que podem ser significativas, dado o caráter extremamente dinâmico das inovações no campo da internet (ESTADOS..., 2010a, p. 17919-17920).

A terceira categoria de incentivos, diretamente relacionada à segunda, diz respeito à degradação da qualidade de transmissão para os demais provedores que não aceitem se submeter ao modelo de priorização paga. Se as operadoras de telecomunicações têm a faculdade de cobrar a mais para conceder tratamento prioritário a determinados conteúdos, poderão deliberadamente degradar a qualidade da rede de uso comum, como forma de forçar a adesão a contratos de pagamento por priorização.

Além da identificação dos possíveis incentivos a esse tipo de comportamento, a FCC também observou casos concretos em que essas condutas foram efetivamente adotadas. À guisa de exemplo, podem ser citados dois casos. O primeiro diz respeito a uma operadora regional que bloqueou a transmissão de sinais do aplicativo Skype em suas redes, pois representava potencial competição a seus próprios serviços de telefonia de longa distância. Em outro caso, uma operadora de porte nacional deliberadamente discriminou a transmissão de conteúdos de redes de troca de arquivos (redes *peer-to-peer*) em função do volume de dados que representava em sua infraestrutura. Em ambos os casos, mostrou-se necessária a atuação da FCC para cessação das condutas.

Por fim, a FCC apresentou uma sucinta avaliação dos custos decorrentes da regulação que introduz, comparados aos respectivos benefícios. Para a agência reguladora, a preservação do ciclo virtuoso da internet, em que inovações nas bordas incentivam o investimento em expansão e modernização das redes, que, por sua vez, conduz a novos ciclos de inovação, supera os eventuais custos que as novas regras possam impor sobre os operadores de redes de telecomunicações. Ao contrário, permitir modelos de pagamento por priorização pode criar incentivos à degradação da qualidade das redes. Adicionalmente, a FCC não encontrou evidências de que a ausência de princípios de neutralidade poderia efetivamente reduzir os preços cobrados dos usuários de serviços de banda larga (ESTADOS..., 2010a, p. 17927-17931).

Conforme já mencionado, a regulação da FCC é estruturada em torno de quatro princípios fundamentais: a) transparência; b) vedação ao bloqueio de conteúdos; c) vedação à discriminação não razoável de conteúdos; e d) gerenciamento razoável das redes.

No quesito da transparência, as regras adotadas pela FCC exigem que os provedores de serviços de acesso à internet tornem públicas informações acerca de suas práticas de gerenciamento de redes, do desempenho de seus serviços e dos termos de suas ofertas comerciais. A agência americana entende que regras de transparência podem contribuir para o desenvolvimento da competição, da inovação, da ampliação das escolhas dos consumidores e da expansão do uso da banda larga em pelo menos cinco aspectos. Primeiramente, a transparência favorece a tomada de decisões informadas por parte dos consumidores. Paralelamente, uma vez que estes têm conhecimento das condições de prestação do serviço, terão mais confiança nesses prestadores, o que a FCC entende ser positivo para a expansão do uso da banda larga. Na outra ponta da rede, a maior disponibilidade de informações também contribui positivamente para a inovação em CSA, vez que esses empreendedores passam a ter melhor conhecimento acerca do funcionamento das redes de telecomunicações que servirão de suporte a seus produtos. A FCC também acredita que a divulgação dessas informações atuará como incentivo à observância da legislação por parte dos operadores. Por fim, destaca que, com as regras de transparência, a própria FCC terá acesso facilitado às práticas de gerenciamento de redes e outros procedimentos operacionais

adotados pelos prestadores de serviços de telecomunicações (ESTADOS..., 2010a, p. 17936-17941).

Já a diretriz da vedação ao bloqueio busca evitar que os operadores de redes de telecomunicações criem impedimentos à circulação de qualquer tipo de CSA lícito, assim como a conexão de qualquer tipo de equipamento lícito e não prejudicial ao funcionamento da rede. Estão excluídos da vedação, portanto, os conteúdos ilícitos, como, por exemplo, pornografia infantil. Para a FCC, equipara-se ao bloqueio a degradação da qualidade da transmissão que torne inútil ou inacessível determinado CSA. Além disso, a imposição de pagamentos adicionais como forma de evitar o bloqueio não é admitida (ESTADOS..., 2010a, p. 17941-17944).

O terceiro componente da regulação da FCC determina que um provedor de serviços de banda larga não pode discriminar, de forma não razoável, o conteúdo lícito transmitido a seus consumidores. A agência esclarece quais os principais pontos que serão observados na implementação da norma:

Ao avaliar a discriminação não razoável, as práticas que nos preocupariam incluem, mas não estão limitadas a, discriminação que prejudica um competidor, atual ou potencial, do provedor de serviço de banda larga (como degradar aplicações ou serviços de VoIP quando o provedor oferece serviços de telefonia), que prejudica usuários finais (como dificultar que os usuários finais acessem os conteúdos, aplicações, serviços ou equipamentos de sua escolha), ou que prejudica a liberdade de expressão (como reduzir a velocidade do tráfego de um determinado *blog* porque o provedor de banda larga discorda da mensagem do *blogueiro*).⁴²

Especial atenção foi dada aos modelos de pagamento por priorização de tráfego. A FCC considera que a adoção de sistemas dessa natureza representam um desvio relevante em relação às práticas historicamente adotadas no ambiente da internet. Esse desvio, na opinião da agência reguladora, pode causar importantes prejuízos à inovação e ao investimento em novas tecnologias, pois os preços cobrados tendem a situar-se em um patamar ineficiente, tendo em vista que os operadores de redes de telecomunicações não internalizarão integralmente os

⁴² “In evaluating unreasonable discrimination, the types of practices we would be concerned about include, but are not limited to, discrimination that harms an actual or potential competitor to the broadband provider (such as by degrading VoIP applications or services when the broadband provider offers telephone service), that harm end users (such as by inhibiting end users from accessing the content, applications, services, or devices of their choice), or that impairs free expression (such as by slowing traffic from a particular blog because the broadband provider disagrees with the blogger’s message)” (ESTADOS..., 2010a, p. 17946, tradução livre do autor).

custos de redução da inovação e de retirada de determinados provedores de CSA do mercado. Os modelos de pagamento por priorização de tráfego podem ter efeitos especialmente prejudiciais para provedores de conteúdos de natureza não comercial, como bibliotecas, organizações políticas e mesmo indivíduos. Por último, a FCC também entende que tais modelos podem incentivar as operadoras de telecomunicações a degradar a qualidade do tráfego não priorizado como forma de induzir a adesão aos sistemas de pagamento. Por essas razões, ainda que não tenha expressamente vedado a implementação de sistemas de pagamento por priorização, a FCC considera que estes dificilmente serão considerados em conformidade com a regra de vedação à discriminação não razoável (ESTADOS..., 2010a, p. 17944-17948).

Por fim, o último preceito adotado pela FCC diz respeito ao gerenciamento razoável das redes, que será permitido, sempre que estiver ligado a uma finalidade legítima relacionada à arquitetura da rede e à tecnologia empregada. A FCC esclarece que são consideradas práticas legítimas aquelas destinadas a lidar com tráfego que seja prejudicial à segurança e à integridade da rede ou que seja indesejado pelos usuários, seja por questões de segurança ou de controle parental de conteúdos. Também estão contempladas as medidas tomadas para reduzir ou mitigar os efeitos de congestionamentos na rede (ESTADOS..., 2010a, p. 17952).

É importante ressaltar que a regulação introduzida pela FCC não contempla somente os preceitos aqui analisados. Além de diversas disposições de caráter procedimental, relativas ao recebimento e tratamento de reclamações acerca do descumprimento dos princípios estabelecidos, também existem disposições especiais para as redes de banda larga móvel. Neste último caso, considerado o estágio inicial de desenvolvimento dos serviços de internet móvel, a FCC adotou uma abordagem mais branda, sem contudo deixar de condenar o bloqueio ou discriminações de CSA que possam concorrer com aqueles oferecidos pelas próprias operadoras de serviços móveis ou empresas a elas afiliadas (ESTADOS..., 2010a, p. 17956-17962).

Também deve ser destacado que a decisão da FCC não foi unânime. Com efeito, somente foi adotada mediante uma apertada maioria de três votos a dois. Nesse contexto, assumem relevância as opiniões divergentes.

O pronunciamento dissidente do Comissário Robert M. McDowell destaca que as normas são, além de desnecessárias, potencialmente prejudiciais ao futuro desenvolvimento da internet. Além disso, ressaltou que a FCC não teria competência para editá-las (ESTADOS..., 2010a, p. 18049-18076). Em linha semelhante, a Comissária Meredith Attwell Baker afirma não haver evidências suficientes de comportamento abusivo por parte dos operadores de redes de telecomunicações para justificar as medidas tomadas pela FCC. Além disso, ressalta que os principais prejudicados serão os consumidores. Uma vez que, na prática, haverá sérias limitações ao estabelecimento de um mercado de dois lados, em que tanto usuários finais como provedores de CSA contribuam para os investimentos na modernização e expansão das redes, esse custos serão integralmente assumidos pelos consumidores. Os resultados, portanto, serão negativos para a ampliação do acesso a essas tecnologias, bem como para seu desenvolvimento. Também foram levantados questionamentos a respeito da competência da FCC para produção dos novos regramentos (ESTADOS..., 2010a, p. 18084-18098).

Para os fins do presente trabalho, mostra-se de especial relevância destacar a avaliação quanto à constitucionalidade das regras adotadas, especialmente em relação ao princípio da liberdade de expressão. Nesse esforço, a FCC reconhece que, durante o procedimento de consulta pública, vários comentários foram feitos no sentido de alertar para possível violação desse princípio. A argumentação dos críticos, em síntese, é a de que as regras propostas pela FCC retirariam dos operadores de redes de telecomunicações o controle sobre o conteúdo que é transmitido por meio delas. Essa circunstância configuraria infração aos direitos de liberdade de expressão desses agentes, que transmitem não apenas conteúdos de terceiros, mas também conteúdos próprios.

A FCC considerou que tais comentários são im procedentes. Em sua visão, os operadores de redes de telecomunicações são meros condutos para o discurso de outros. Além disso, em sua função típica de prestadores de serviços de telecomunicações, eles não exercem atribuições de coordenação editorial comparáveis a de um radiodifusor ou mesmo de um operador de serviço de televisão por assinatura (ESTADOS..., 2010a, p. 17981-17983).

A questão, no entanto, não está pacificada e foi levada à justiça norte-americana. A operadora Verizon contestou as regras da FCC perante a Corte de Apelações do Distrito de Columbia. Entre os diversos argumentos apresentados, encontra-se questionamento quanto à constitucionalidade das normas, em face do princípio da liberdade de expressão. A empresa defende que os operadores de redes de telecomunicações, ao transmitirem conteúdos próprios e de terceiros, exercem funções de direção editorial ao selecionarem qual o conteúdo será transmitido e de que forma. Tal função é protegida pela Primeira Emenda à Constituição Norte-Americana, e está sendo subtraída desses agentes pelas regras da FCC. Além disso, ao proibir, na prática, a adoção de modelos de pagamento por priorização de tráfego, a FCC retira desses operadores fontes adicionais de receita que poderiam ser utilizadas para custear a modernização e a expansão das redes e, portanto, sua capacidade de produzir e disseminar conteúdos (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2012, p. 42-44).

3.5 A Evolução na União Europeia

As regras adotadas no âmbito da União Europeia não determinam diretamente a adoção do princípio da neutralidade da rede. No entanto, várias disposições constantes de diretivas adotadas pelo Parlamento e pelo Conselho da União Europeia são compatíveis com esse princípio.

Com efeito, o art. 8º, nº 4, alínea *g*, da Diretiva 2002/21/CE, de 7 de março de 2002⁴³, acrescido pela Diretiva 2009/140/CE, de 25 de novembro de 2009, estabelece que as autoridades nacionais de regulação devem proteger os interesses dos cidadãos europeus, entre outras medidas, por meio do fomento à “capacidade dos utilizadores finais de acederem e distribuírem informação e de utilizarem as aplicações e os serviços à sua escolha” (UNIÃO EUROPEIA, 2009a). Ao motivar a adoção da Diretiva 2009/140/CE, o Parlamento e o Conselho da União Europeia consideraram, entre outros fundamentos, que “a Internet é essencial para a educação e para o exercício prático da liberdade de expressão e para o acesso à informação”, portanto, qualquer restrição a esses direitos fundamentais deve estar

⁴³ “Relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicação electrónicas (diretiva-quadro)” (UNIÃO EUROPEIA, 2002a).

em conformidade com a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (UNIÃO EUROPEIA, 2009a).

A motivação da Diretiva 2009/136/CE, de 25 de novembro de 2009, que alterou a Diretiva 2002/22/CE, de 7 de março de 2002⁴⁴, por sua vez, esclarece que a normatização da União Europeia não impõe nem proíbe limitações de acesso a determinados CSA, mas exige que tais condições sejam adequadamente informadas aos usuários finais:

(28) Os utilizadores finais deverão ter a possibilidade de decidir quais os conteúdos que querem enviar e receber e que serviços, aplicações, hardware e software pretendem utilizar para esses fins, sem prejuízo da necessidade de preservar a integridade e a segurança das redes e serviços. Um mercado competitivo proporcionará aos utilizadores um vasto leque de conteúdos, aplicações e serviços à escolha. As autoridades reguladoras nacionais deverão promover a possibilidade de os utilizadores acederem e distribuírem informação e de utilizarem as aplicações e serviços à sua escolha, tal como previsto no artigo 8º da Directiva 2002/21/CE (Directiva-Quadro). Dada a importância crescente das comunicações electrónicas para os consumidores e as empresas, os utilizadores deverão, em qualquer caso, ser informados de forma completa sobre quaisquer limitações impostas à utilização dos serviços de comunicações electrónicas pelo prestador de serviço e/ou rede. Essa informação deverá, por opção do prestador, especificar o tipo de conteúdo, aplicação ou serviço em questão, ou aplicações ou serviços individuais, ou ambos. Em função da tecnologia utilizada e do tipo de limitação, essas limitações poderão exigir o consentimento do utilizador nos termos da Directiva 2002/58/CE (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas).

(29) A Directiva 2002/22/CE (Directiva «Serviço Universal») não exige nem proíbe condições impostas pelos prestadores, em conformidade com a legislação nacional, limitando aos utilizadores finais o acesso e/ou a utilização de serviços e aplicações, mas prevê a obrigação de prestação de informações relativas a tais condições. Os Estados Membros que pretendam implementar medidas relativas ao acesso e/ou à utilização de serviços e aplicações pelos utilizadores finais devem respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, nomeadamente em relação à privacidade e ao direito a um processo equitativo, e quaisquer medidas dessa natureza deverão ter plenamente em conta as metas políticas definidas a nível comunitário, tais como a promoção do desenvolvimento da sociedade da informação comunitária (UNIÃO EUROPEIA, 2009b).

Com efeito, vários comandos constantes da Diretiva 2002/22/CE, com a redação dada pela Diretiva 2009/136/CE, impõem aos prestadores de serviços de telecomunicações o dever de fornecer a seus usuários informações completas acerca das condições de fruição dos serviços, inclusive quanto a eventuais restrições de acesso a CSA e à conexão de equipamentos terminais. São ilustrativos

⁴⁴ “Relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva serviço universal)” (UNIÃO EUROPEIA, 2002b).

a esse respeito os comandos insertos nos arts. 20, nº 1, alínea *b*, e 21, nº 3, alíneas *c* e *d*⁴⁵.

No segundo semestre de 2010 foi conduzida, pelo ORECE⁴⁶, uma Consulta Pública acerca da abertura da internet e da neutralidade da rede, cujo relatório final aponta para elementos que devem ser considerados na regulamentação do assunto. Nesse sentido, merece destaque a necessidade de se permitir algum grau de liberdade para que os operadores possam gerenciar o tráfego de suas redes, como forma de equacionar problemas de congestionamento e segurança. Com efeito, o mencionado relatório informa ter havido consenso entre os participantes quanto à necessidade de gerenciamento de tráfego para a operação eficiente da internet. Em outra vertente, também houve relativo consenso quanto à necessidade de que os critérios de gerenciamento de tráfego sejam transparentes, para que os consumidores possam fazer escolhas conscientes quanto à contratação de serviços de internet. De forma complementar, também foi identificada preocupação quanto ao sigilo das comunicações, que poderia ser comprometido por algumas ferramentas de gerenciamento de tráfego

Uma das questões formuladas durante essa Consulta Pública procurou abordar especificamente aspectos relacionados à liberdade de expressão, pluralismo da mídia e diversidade cultural. De acordo com o Relatório da Comissão

⁴⁵ “Art. 20. Contrato. Nº 1. Os Estados-Membros devem garantir que, ao subscreverem serviços que fornecem ligação a uma rede de comunicações pública e/ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, os consumidores, e outros utilizadores finais que o solicitem, tenham direito a um contrato com uma empresa ou empresas fornecedoras de tal ligação e/ou serviços. O contrato especificará, de forma clara, exhaustiva e facilmente acessível, no mínimo: [...]b) Os serviços prestados, incluindo, nomeadamente: [...]informações sobre quaisquer condições que restrinjam o acesso e/ou a utilização de serviços e aplicações, caso essas condições sejam permitidas pela legislação nacional nos termos do direito comunitário, [...]informações sobre eventuais procedimentos instaurados pela empresa fornecedora para medir e condicionar o tráfego a fim de evitar esgotar a capacidade num segmento da rede, ou ultrapassá-la, bem como sobre o modo como esses procedimentos poderão repercutir-se na qualidade do serviço, [...] todas as restrições que o prestador impõe à utilização dos equipamentos terminais fornecidos; [...] Art. 21. Transparência e publicação de informações. [...] Nº 3 Os Estados-Membros asseguram que as autoridades reguladoras nacionais possam obrigar as empresas que oferecem ligação a uma rede de comunicações electrónicas pública e/ou a serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público a, nomeadamente: [...]c) Informar os assinantes de qualquer mudança das condições que restringem o acesso e/ou utilização de serviços e aplicações, caso essas condições sejam permitidas pela legislação nacional em conformidade com a legislação comunitária; d) Informar sobre eventuais procedimentos instaurados pelo fornecedor para medir e condicionar o tráfego, a fim de evitar esgotar a capacidade num segmento da rede, ou ultrapassá-la, bem como sobre o modo como esses procedimentos poderão repercutir-se na qualidade do serviço; [...]” (UNIÃO EUROPEIA, 2009b).

⁴⁶ Instituído pelo Regulamento (CE) nº 1.211/2009, de 25 de novembro de 2009, do Parlamento Europeu e do Conselho (UNIÃO EUROPEIA, 2009c).

Europeia sobre o assunto, poucas respostas foram apresentadas a essa questão. Destacou-se, contudo, a preocupação de organizações de defesa de usuários e de provedores de CSA quanto a possíveis ameaças advindas de modelos de negócio baseados em gerenciamento de tráfego que possam eventualmente limitar a livre circulação de informações e conteúdos na internet (UNIÃO EUROPEIA, 2010, p. 5).

Já a partir do segundo semestre de 2011, o ORECE iniciou uma nova série de Consultas Públicas relacionadas à neutralidade da rede. Elas envolvem aspectos como transparência nas ofertas aos usuários, fixação de critérios mínimos de qualidade nos serviços de acesso em banda larga à internet, condições de interconexão entre redes de diferentes operadores e critérios e práticas de diferenciação de tráfego.

As questões referentes à transparência nas ofertas aos consumidores são tratadas no relatório *“BEREC Guidelines on Net Neutrality and Transparency: Best practices and recommended approaches”* (UNIÃO EUROPEIA, 2011). O documento busca submeter à consulta pública diretrizes gerais para adoção de regulamentações que imponham deveres de transparência nas ofertas feitas pelos prestadores de serviços de acesso à internet em banda larga a seus usuários. O pressuposto é o de que, de posse de informações adequadas acerca das limitações e práticas de gerenciamento de tráfego adotadas pelos diferentes operadores, os consumidores poderão fazer escolhas conscientes. No entanto, reconhece-se que, para que uma política de transparência seja eficaz, é necessário não somente um mercado competitivo, que ofereça diversas alternativas para os consumidores, mas também que estes consigam efetivamente migrar de um operador para outro, sem custos excessivamente onerosos.

No relatório *“BEREC Guidelines for Quality of Service in the scope of Net Neutrality”*, o ORECE trata da utilização de parâmetros mínimos de qualidade de serviço como forma de evitar a degradação excessiva do tráfego de dados, seja da internet como um todo, seja para CSA específicos. Nesse sentido, a imposição de critérios mínimos de desempenho que devem ser observados pelos operadores impediria a deterioração da qualidade das redes como forma de induzir tanto usuários como provedores de CSA a migrarem para serviços especializados ou modelos de priorização de tráfego. Além disso, uma regulação dessa espécie

também poderia garantir um patamar mínimo de desempenho para qualquer CSA que vier a ser ofertado por meio da internet. O ORECE ressalta, todavia, que medidas como essa devem ser adotadas somente após estudos detalhados que indiquem claramente sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (UNIÃO EUROPEIA, 2012b, p. 7). A existência de um mercado competitivo em que os consumidores possam livremente escolher e trocar de prestador pode tornar esse tipo de regulação desnecessário.

Em outra vertente, no relatório *“An assessment of IP-internconnection in the context of Net Neutrality”* (UNIÃO EUROPEIA, 2012c), o ORECE busca estudar e descrever o funcionamento do mercado dos acordos de interconexão entre os operadores de redes de telecomunicações. Basicamente, trata-se de mercados em que há trocas de tráfego entre operadores locais ou regionais e outros de estatura nacional e internacional, e entre estes últimos e outros operadores de menor porte em outras regiões, países ou continentes. O ORECE, no citado relatório, reconhece que esse mercado evoluiu satisfatoriamente ao longo dos últimos anos, sem necessidade de intervenção regulatória. Os maiores problemas relacionados à neutralidade da rede encontram-se no interior das redes dos provedores de serviços, e não propriamente nos ajustes de interconexão ou mesmo no escoamento de tráfego entre os operadores. Portanto, o relatório alerta que qualquer medida regulatória que se tome nesse contexto pode ser prejudicial. Consequentemente, deve ser tomada com extrema cautela (UNIÃO EUROPEIA, 2012c, p. 48-50).

Por fim, cabe citar o relatório *“Differentiation practices and related competition issues in the scope of Net Neutrality”* (UNIÃO EUROPEIA, 2012a), que aborda questões relativas às práticas de discriminação de tráfego que são ou podem ser adotadas pelos operadores de redes de telecomunicações. Nesse documento, a análise realizada pelo ORECE busca identificar os incentivos que os operadores podem ter para adotar esses procedimentos, sua efetiva capacidade de implementá-los, bem como seus efeitos sobre os consumidores.

Nesse esforço, foram idealizados três possíveis cenários para estudo: 1) operador verticalmente integrado e com poder de mercado significativo (PMS); 2) operador não verticalmente integrado, mas com PMS; e 3) operador não

verticalmente integrado e sem PMS. No primeiro caso, existem fortes incentivos à adoção de práticas de bloqueio ou discriminação de tráfego, tendo em vista objetivos de eliminação de possíveis concorrentes. O exemplo clássico é o de bloqueio de aplicações de VoIP por operadores de rede que também prestam serviços tradicionais de telefonia. Em tais hipóteses, dada a existência de PMS, o operador poderá adotar tais práticas sem ser ameaçado por competidores reais ou potenciais. Nesse cenário, os danos potenciais aos usuários são significativos, tanto do ponto de vista estático como dinâmico. No primeiro caso, a redução da competição permite a prática de preços mais elevados. No segundo, a restrição à disponibilidade de CSA pode conduzir a uma queda na demanda tanto por esses serviços como pelo próprio acesso à internet, o que produz efeitos negativos sobre o desenvolvimento desses mercados (UNIÃO EUROPEIA, 2012a, p. 8).

No caso de operadores não verticalmente integrados, mas com PMS, também há incentivos à adoção de práticas de bloqueio ou discriminação de tráfego, ainda que de natureza diversa daqueles mencionados no parágrafo anterior. Trata-se aqui de buscar redução de custos ou maximização de receita. Nesse sentido, o ORECE reconhece que a adoção de procedimentos de gerenciamento de tráfego pode ser positiva em termos de eficiência, desde que seja agnóstica em relação aos CSA afetados. Caso contrário, poderá haver distorções nas condições de competição no mercado.

Esses incentivos à discriminação e bloqueio de conteúdos podem ser mitigados em mercados competitivos, em que os consumidores possam optar por outros prestadores que não imponham limitações ao acesso aos CSA disponíveis na internet. Portanto, em cenários em que o operador não tem PMS, a probabilidade de ocorrência desse tipo de comportamento é menor. No entanto, tampouco se pode descartar o risco de que medidas de bloqueio ou diferenciação de tráfego venham a ser implementadas de forma generalizada no mercado, situação que pode requerer intervenção regulatória.

Quando se fala dos incentivos que são gerados em mercados competitivos, no entanto, o ORECE ressalta que não basta a existência de uma pluralidade de concorrentes. Também é necessário que os consumidores tenham adequado conhecimento acerca dos critérios de gerenciamento de tráfego adotados

pelos diversos operadores, para que possam fazer escolhas informadas (transparência). Além disso, é preciso que a eventual migração de um operador para outro possa ser feita de forma fácil e sem custos excessivos. Outra alternativa a ser considerada para evitar a adoção de comportamentos prejudiciais é a introdução de padrões mínimos de qualidade e desempenho que devam ser observados independentemente de serviço, aplicação ou conteúdo (UNIÃO EUROPEIA, 2012a, p. 9).

Como já relatado, os documentos aqui mencionados foram submetidos a Consulta Pública, cujo período de apresentação de contribuições encerrou-se em julho de 2012. Não há, portanto, decisão definitiva acerca do conteúdo desses documentos.

3.6 O Exemplo Chileno

A neutralidade da rede foi oficialmente regulamentada no Chile por meio da Lei nº 20.543, de 18 de agosto de 2010 (CHILE, 2010a). Essa norma introduziu novos dispositivos na Lei Geral de Telecomunicações daquele país – Lei nº 18.168, de 15 de setembro de 1982. Sua regulamentação foi feita por meio do Decreto nº 368, de 15 de dezembro de 2010 (CHILE, 2010b).

De forma geral, a nova legislação proíbe que os prestadores de serviços de telecomunicações adotem medidas arbitrárias de bloqueio, interferência, discriminação ou restrição do direito de qualquer usuário a utilizar, enviar, receber ou oferecer qualquer CSA lícito por meio da internet. No entanto, admite a adoção de medidas de gestão de tráfego e administração da rede, desde que não afetem a livre concorrência. De igual modo, os operadores não podem restringir a utilização de equipamentos terminais de livre escolha do usuário, desde que sejam lícitos e que não importem em prejuízo ao funcionamento da rede e à qualidade do serviço (CHILE, 2010a).

A regulamentação da citada Lei, constante do Decreto nº 368, de 2010, repete os mesmos princípios. No entanto, avança na definição das práticas que devem ser consideradas como restritivas da liberdade de utilização de CSA prestados por meio da internet. Nos termos do art. 8º do citado decreto, essas práticas consistem em:

Artigo 8º Serão consideradas como práticas restritivas da liberdade de utilização dos conteúdos, aplicações ou serviços que se prestam por meio da internet, as seguintes:

- 1) Toda a ação que, arbitrariamente, tenda a bloquear, interferir, dificultar, restringir e/ou de qualquer forma obstaculizar o direito de qualquer usuário de Internet para utilizar, enviar, receber ou oferecer qualquer conteúdo, aplicação ou serviço lícito por meio da Internet, assim como qualquer outro tipo de atividade ou uso lícito realizado por meio da rede, em especial aquelas medidas de gestão de tráfego ou administração da rede que, nesse aspecto, afetem os níveis de serviço contratado pelo respectivo usuário.
- 2) Toda a ação que, arbitrariamente, tenda a priorizar ou discriminar entre provedores de conteúdos, aplicações e/ou usuários. Em todo caso, sempre se entenderá como arbitrária a ação de priorização ou discriminação que afete a provedores de conteúdos, aplicações e/ou usuários em relação a outros de similar natureza.
- 3) Toda a ação que impeça ou restrinja o direito dos usuários a acessar informação verdadeira e atualizada relativa às características dos serviços de acesso à Internet oferecidos ou contratados, conforme o caso, a que se refere o artigo 5º do presente regulamento⁴⁷.
- 4) Toda a ação que impeça, restrinja ou limite o direito dos usuários a incorporar ou utilizar qualquer tipo de instrumentos, dispositivos ou aparatos na rede, sempre que sejam lícitos e não danifiquem ou prejudiquem a rede ou a qualidade do serviço prestado a terceiros⁴⁸.

De forma complementar a essas definições, o regulamento da Lei nº 20.543, de 2010, também adota regras de transparência e qualidade de serviço. No primeiro caso, trata-se de disciplinar a forma e o conteúdo das informações que deverão ser adequadamente divulgadas aos usuários, acerca das características técnicas e comerciais dos serviços contratados ou oferecidos. Já no que se refere à qualidade de serviço, a regulamentação chilena adota como referência as

⁴⁷ O art. 5º do Decreto nº 368, de 2010, trata de medidas de transparência que devem ser adotadas pelos prestadores de serviços de acesso à internet (CHILE, 2010b).

⁴⁸ “Artículo 8º Se considerarán como prácticas restrictivas a la libertad de utilización de los contenidos, aplicaciones o servicios que se presten a través de Internet, las siguientes: 1) Toda aquella acción que, arbitrariamente, tienda a bloquear, interferir, entorpecer, restringir y/o de cualquier forma obstaculizar el derecho de cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red, en especial, aquellas medidas de gestión de tráfico o administración de red que, en aquél carácter, afecten a los niveles de servicio contratados por el respectivo usuario. 2) Toda aquella acción que, arbitrariamente, tienda a priorizar o discriminar entre proveedores de contenidos, aplicaciones y/o usuarios. Em todo caso, siempre se entenderá como arbitraria la acción de priorización o discriminación que afecte a proveedores de contenidos, aplicaciones y/o usuarios respecto de otros de similar naturaleza. 3) Toda aquella acción que impida o restrinja el derecho de los usuarios a acceder a la información veraz y actualizada relativa a las características de los servicios de acceso a Internet ofrecidos o contratados, según sea el caso, a que se refiere el artículo 5º del presente reglamento. 4) Toda aquella acción que impida, restrinja o limite el derecho de los usuarios a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos em la red, siempre que sean legales y no dañen o perjudiquen la red o la calidad del servicio prestado a terceros” (CHILE, 2010b, tradução livre do autor).

recomendações do Instituto Europeu de Normas de Telecomunicações (CHILE, 2012b).

3.7 Considerações Finais

No presente capítulo, demonstrou-se que é crescente a preocupação com a neutralidade da rede em diversos ordenamentos. Nesse sentido, diversas iniciativas já foram adotadas ou estão em estudo. O que se busca, em todas elas, é preservar o caráter aberto da internet, que garante que seus usuários possam ter acesso desimpedido a qualquer tipo de CSA lícito, independentemente de sua origem, destino ou equipamento terminal.

Esse é, na verdade, o núcleo central do conceito de neutralidade da rede, que, com pequenas variações, encontra-se presente nas diversas iniciativas analisadas. Há relativo consenso na rejeição de práticas arbitrárias de bloqueio ou discriminação de CSA lícitos que resultem em prejuízo aos usuários ou à livre concorrência. No entanto, persiste o debate acerca da adoção de modelos de pagamento por priorização de tráfego, nos quais se permite que os operadores de redes de telecomunicações possam cobrar taxas adicionais para garantir desempenho diferenciado para CSA específicos.

Outros elementos de regulação também são comuns. Nesse sentido, devem ser destacadas as regras que buscam obrigar os prestadores de serviços de acesso à internet a adotarem políticas de transparência em suas ofertas. Subjacente a essas iniciativas está a ideia de que, de posse de adequados conhecimentos sobre as características técnicas e comerciais dos serviços oferecidos, os usuários poderão fazer escolhas informadas. Outro aspecto relevante é a imposição de padrões de qualidade, analisada nos estudos da União Europeia e já implementada na regulamentação chilena. Aqui o objetivo perseguido é garantir um desempenho mínimo na rede, assegurado a qualquer tipo de CSA.

Os elementos presentes nas regulações aqui examinadas fornecem insumos úteis à análise que se pretende realizar no capítulo seguinte. Com efeito, ao se perquirir sobre a necessidade e adequação da incorporação do princípio da neutralidade da rede como forma de proteção da liberdade de expressão na internet,

será também preciso examinar os elementos que devem compor eventual legislação a ser adotada.

4 REGULAÇÃO DA NEUTRALIDADE DA REDE COMO GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET

Conforme já demonstrado nos capítulos anteriores, o objeto central de estudo da pesquisa ora desenvolvida é a regulação da neutralidade da rede no Brasil. Para análise do tema, escolheu-se um parâmetro de estatura constitucional, qual seja, o princípio da liberdade de expressão. Assim, o que se busca é examinar se a adoção da neutralidade da rede é uma demanda imposta pela necessidade de proteção da liberdade de expressão no ambiente virtual. O referencial teórico selecionado para fazer essa correlação é a AED. Todos esses fundamentos já foram abordados nas seções antecedentes.

Este último capítulo tem a intenção de abordar diretamente o problema de pesquisa, a partir dos elementos que já foram expostos. Nesse esforço, o procedimento que se propõe é semelhante àquele adotado no relatório que fundamenta a regulação adotada pela FCC para a neutralidade da rede. Por conseguinte, parte-se da identificação do bem jurídico que se quer proteger, que, para fins deste estudo, é a liberdade de expressão. Em um segundo momento, verificam-se quais as efetivas ameaças a que ele está exposto no ambiente da internet, como forma de identificar a necessidade de intervenção regulatória ou legislativa. Confirmado o diagnóstico, parte-se para uma análise das iniciativas em curso no Brasil, com destaque para a proposta de regulamentação da Anatel e para o projeto de lei do Marco Civil da Internet. Em ambos os casos, o que se busca é verificar se as medidas propostas mostram-se efetivamente aptas a eliminar ou minimizar os efeitos das ameaças identificadas à liberdade de expressão. Em um último momento, apresenta-se um breve levantamento dos possíveis custos decorrentes da adoção da neutralidade da rede, que também devem ser sopesados no momento da decisão.

4.1 Objeto de Proteção: a liberdade de expressão

Como etapa preliminar ao enfrentamento direto do problema de pesquisa, é necessário identificar corretamente o bem jurídico que se pretende proteger. Nesse esforço, apenas mencionar o princípio da liberdade de expressão

não é suficiente. Com efeito, conforme exposto no Capítulo 2, o conceito de liberdade de expressão conhece diversas variantes teóricas, o que torna imperioso definir ao menos uma delas como ponto de partida.

Ainda no Capítulo 2, observou-se que a liberdade de expressão apresenta-se não somente como direito fundamental individual, mas também como garantia da democracia, o que suscita discussões a respeito da necessidade de regulação de seu exercício. Muitas dessas teorias foram manifestadas não somente em foros doutrinários, mas também em caso paradigma do STF em que, ao julgar a conformidade da antiga Lei de Imprensa ao ordenamento constitucional contemporâneo, aquela Corte debateu os limites da regulação do exercício do direito da liberdade de manifestação do pensamento.

Nesse debate, não se pode menosprezar o papel da evolução tecnológica dos meios utilizados para expressão de ideias e opiniões de qualquer natureza. O crescente predomínio dos grandes veículos de comunicação eletrônica de massa apresentou um desafio incontornável: ao mesmo tempo em que se reconhecia a liberdade de expressão como direito individual, não se podia fechar os olhos para a realidade de que muito poucos tinham acesso aos meios aptos para o efetivo exercício desse direito (BALKIN, 2008, p. 114-115). A concentração dos meios de comunicação nas mãos de poucos e grandes grupos econômicos representou uma barreira quase intransponível para a eficácia do direito à livre manifestação do pensamento em sua dimensão positiva. Nesse contexto, surgem teorias – identificadas como de vertente democrática - que defendem a regulação da liberdade de expressão, como forma de assegurar que seu exercício seja feito de forma mais equânime e evitar que grupos sociais minoritários ou menos favorecidos sejam excluídos do debate público.

Esse cenário sofre algumas alterações importantes com o advento das comunicações via internet. Conforme analisado por Balkin (2004, p. 6-9) a internet transforma as condições do discurso e abre novas oportunidades de participação popular nos processos de produção do conhecimento. Deve-se destacar que, para o mesmo autor, um sistema de liberdade de expressão depende não somente de proteções contra a censura, mas também da infraestrutura disponível para a livre manifestação do pensamento (BALKIN, 2008, p. 106).

Nesse sentido, o estudo de medidas relativas ao exercício da liberdade de expressão na internet deve estar baseado em pressupostos teóricos adequados à realidade que se busca estudar. Em outros termos, o estudo desse tema no ambiente da internet deve ter como ponto de partida um conceito de liberdade de expressão adequado às condições do discurso propiciadas pela nova tecnologia.

A partir dessas premissas, um retorno ao Capítulo 2 revela uma teoria de liberdade de expressão desenvolvida especificamente a partir do novo cenário que surge com o advento da internet. Trata-se da abordagem proposta por Balkin, relacionada ao conceito de cultura democrática. Nesse termos, a liberdade de expressão deve ser vista como o instituto que permite a ampla participação dos indivíduos nos processos de criação da cultura, o que compreende não apenas a produção de peças artísticas ou de opinião, mas também das aplicações, serviços, conteúdos e plataformas tecnológicas utilizados para a livre manifestação do pensamento no mundo virtual. Trata-se, por certo, de conceito abrangente, que busca preservar a realização de todo o potencial das novas tecnologias como meios para o desenvolvimento de formas inovadoras de produção do conhecimento. Com efeito, ele se mostra apto a proteger a cultura de inovação em CSA e modelos de negócios que tem caracterizado a internet desde o seu surgimento.

Cabe, desde logo, ressaltar que a escolha por outras abordagens da liberdade de expressão pode conduzir a resultados diversos quando se examina o tema da neutralidade da rede. Tome-se, por exemplo, a corrente que Balkin (2004, p. 19-21) denomina teoria capitalista da liberdade de expressão. Parte ela da associação da liberdade de expressão com a propriedade das redes de telecomunicações. Nesse sentido, o direito a ser protegido é o da operadora dessas redes, que deve ter assegurada a prerrogativa de selecionar os CSA que poderão circular por meio de sua infraestrutura. Sua adoção como parâmetro de avaliação da necessidade de preservação da neutralidade de rede, portanto, resultará inarredavelmente em conclusão pela rejeição de qualquer iniciativa regulatória ou legislativa nesse sentido. Não por acaso, essa teoria está implícita na contestação apresentada pela operadora Verizon, perante a Corte de Apelações do Distrito de Columbia, em face da regulação da neutralidade de rede adotada pela FCC, conforme visto no capítulo anterior.

A adoção da abordagem de Balkin, portanto, é uma escolha metodológica, que se justifica por se apresentar, esta teoria, como um desdobramento de abordagens precedentes que já se preocupavam com as condições de exercício do discurso em diferentes contextos tecnológicos. Não se trata, portanto, de uma escolha ditada por parâmetros de maximização de eficiência, como seria de se esperar de uma abordagem normativa da AED. Com efeito, não se pretende apontar qual seria o conceito de liberdade de expressão mais adequado para a maximização da riqueza. Ao contrário, este último instrumental, em sua variante positiva, será utilizado para identificar incentivos ao comportamento dos agentes envolvidos que apontem eventual necessidade e adequação de uma regulação da neutralidade da rede, a partir de um conceito previamente estabelecido de liberdade de expressão. Esse esforço será iniciado na seção seguinte, com a identificação das potenciais ameaças existentes à liberdade de expressão na internet, no contexto da neutralidade da rede.

4.2 Necessidade de Proteção: incentivos para uma rede não neutra

Conforme observado no capítulo anterior, ao introduzir regulação sobre neutralidade da rede nos EUA, a FCC partiu do diagnóstico de alguns incentivos que podem levar as operadoras de redes de telecomunicações a adotarem condutas incompatíveis com o caráter livre e aberto da internet.

Em um primeiro nível, situam-se os incentivos explícitos de eliminação de potenciais concorrentes na exploração de serviços que também podem ser oferecidos por meio de aplicações de internet. O exemplo mais comum é o de aplicações de VoIP, como *Skype* ou *Viber* por exemplo, que podem atuar como substitutos próximos de serviços de telefonia, especialmente nas modalidades de longa distância. Esse mesmo fenômeno também pode ser observado em aplicativos de trocas de mensagens em terminais móveis (*smartphones*), que podem concorrer com os tradicionais serviços de mensagens de textos (torpedos) das operadoras de telefonia móvel, como *What's App*, *iMessage* e similares. Já no mercado de distribuição de conteúdo audiovisual, os tradicionais serviços de televisão por assinatura passam a enfrentar a concorrência de aplicações que funcionam por meio da internet, como os sítios especializados (*You Tube*, *Hulu*, entre outros) e serviços

de distribuição de conteúdos sob demanda, como *Netflix*, também conhecidas como aplicações *over-the-top* (OTT).

Um segundo tipo de incentivo está relacionado à exploração do “garaglo” que muitos operadores de serviços de banda larga têm em relação à distribuição de CSA a seus usuários. A utilização das redes desses operadores permite que provedores de CSA tenham acesso a milhares, senão milhões de usuários. Paralelamente, muitas dessas aplicações dependem de parâmetros mínimos de desempenho de rede para funcionar adequadamente, como reduzidas latência e variação de latência nos casos de aplicações de VoIP, e grande capacidade de transmissão, nos casos de distribuição de conteúdos audiovisuais. Nesse contexto, os operadores dessas redes têm incentivos para explorar a posição de que desfrutam, mediante a cobrança de valores adicionais tanto para evitar o bloqueio como para garantir o desempenho necessário ao adequado funcionamento dessas aplicações. Dessa forma, passariam a explorar uma nova fonte de receitas.

Por fim, uma terceira categoria de incentivos identificada pela FCC, diretamente relacionada com a anterior, residiria na degradação da qualidade das redes de uso comum, como forma de induzir usuários e provedores de CSA a migrarem para serviços especializados ou modelos de pagamento por priorização de tráfego (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2010a, p. 17915-17925).

Paralelamente, no estudo conduzido pelo ORECE sobre práticas de diferenciação de tráfego adotadas por operadores de redes de telecomunicações, observaram-se condições que favorecem a adoção desses procedimentos. Entre elas, destacam-se a existência de integração vertical por parte dos operadores de rede, e a existência de mercados pouco competitivos, em que os operadores têm significativo poder de mercado. Quando os operadores são verticalmente integrados, o incentivo está relacionado à eliminação de concorrência potencial na oferta de outros serviços de telecomunicações, como voz, mensagens instantâneas ou distribuição de conteúdo audiovisual. No entanto, mesmo na ausência de integração vertical, outros incentivos persistem, como o de maximização da receita, especialmente em mercados pouco competitivos. Outrossim, ressaltou-se que um mercado competitivo caracteriza-se não somente pela existência de vários competidores. É necessário não só que os usuários tenham adequada informação

sobre as ofertas de cada um deles, mas também a efetiva capacidade de migrar de um prestador para outro sem custos excessivos (UNIÃO EUROPEIA, 2012a).

O objetivo desta seção é verificar se os mesmos incentivos e condições encontram-se presentes no mercado brasileiro. Nesse esforço, parte-se da premissa de que, como maximizadoras de lucro, as operadoras de redes de telecomunicações sempre terão incentivos a adotar condutas para reduzir o risco da concorrência e aumentar a receita. Dessa forma, na esteira das conclusões da FCC, presume-se que, presentes as condições adequadas, as operadoras terão incentivos para bloquear ou discriminar o tráfego de concorrentes ou impor cobranças adicionais como forma de incrementar o faturamento.

Por conseguinte, o foco de análise deve residir no estudo das condições do mercado, com base nos achados dos estudos do ORECE, ou seja, verificar se há efetiva competição e operadores de rede verticalmente integrados. Paralelamente, na análise das condições de concorrência no mercado, serão analisados aspectos a elas indiretamente associados, como existência de adequada informação sobre as diferentes ofertas e a capacidade dos usuários de trocarem de prestador, sem custos excessivos. Também será avaliada a existência de parâmetros mínimos de qualidade obrigatórios.

O potencial risco que essas práticas representam à liberdade de expressão está, no curto prazo, associado à restrição do acesso a CSA disponíveis na internet, que pode ser bloqueado ou dificultado. Ademais, no longo prazo, a imposição de bloqueios ou a necessidade de negociação de acordos financeiros reduz o incentivo ao desenvolvimento de novos CSA para internet. Portanto, além de representar uma ameaça ao círculo virtuoso de inovação na internet, apontado pela FCC, a adoção de práticas de bloqueio ou discriminação pode comprometer a diversidade de CSA na internet no futuro e, conseqüentemente, reduzir a capacidade desse novo meio de servir de fundamento para uma verdadeira cultura democrática, conforme preconizado por Balkin (2004).

Como já relatado na seção 3.1 do capítulo anterior, os principais serviços de telecomunicações utilizados para acesso à internet em banda larga são o SCM, para a banda larga fixa, e o SMP, para o acesso móvel. Portanto, a análise a ser realizada deve estar focada nesses dois mercados.

De forma preliminar, contudo, é necessário enfrentar indagação relativa à eventual condição de bens substitutos desses dois serviços. Em outros termos, é necessário saber se os acessos em banda larga fixa e móvel poder ser considerados bens substitutos, o que conduziria à necessidade de estudo desses dois mercados de forma integrada. Nesse sentido, cumpre observar, primeiramente, que os dois serviços são prestados por meios tecnológicos substancialmente distintos. O SCM é predominantemente prestado por meio de redes fixas, embora também possa ser explorado por meio de redes sem fio. No entanto, de acordo com a respectiva regulamentação⁴⁹, deve ser sempre destinado ao acesso fixo, ou seja, não oferece mobilidade. Já o SMP é necessariamente explorado por meio de redes sem fio, em radiofrequências predeterminadas pela Anatel. Dessa forma, observa-se que os serviços em questão atendem a necessidades distintas. O primeiro mostra-se mais apto a atender às necessidades de grandes empresas, bem como de usuários residenciais. Já o segundo apresenta maior vocação para o atendimento de usuários individuais em mobilidade.

Outrossim, em virtude dessas diferenças técnicas, as ofertas de banda larga móvel não costumam equiparar-se, em termos de velocidade e capacidade, às de banda larga fixa. Além disso, é comum apresentarem franquias de consumo mais restritas. Dessa forma, não é possível afirmar-se que sejam bens substitutos. Não obstante, vale ressaltar que, ao regulamentar a neutralidade da rede nos EUA, a FCC reconheceu a necessidade de contínuo acompanhamento desses mercados, inclusive de eventual estabelecimento de concorrência entre ofertas de banda larga fixa e móvel (ESTADOS..., 2010a, p. 17962).

Ao final do primeiro semestre de 2012, o Brasil contava com 18,7 milhões de acessos de banda larga fixa, divididos entre 3.407 prestadores de SCM autorizados pela Anatel (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES, 2012, p. 131, 134). Esses dados, que aparentemente sugerem uma fragmentação do mercado, no entanto, devem ser vistos em conjunto com a distribuição dos usuários entre os diversos prestadores, que, conforme pode ser visto na Figura 3,

⁴⁹ Assim prescreve o art. 3º do Regulamento do SCM, aprovado pela Resolução nº 272, de 2001, da Anatel: “Art. 3º O Serviço de Comunicação Multimídia é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço.”

demonstra um predomínio de poucos e grandes grupos empresariais, contrastado com uma grande quantidade de pequenos prestadores.

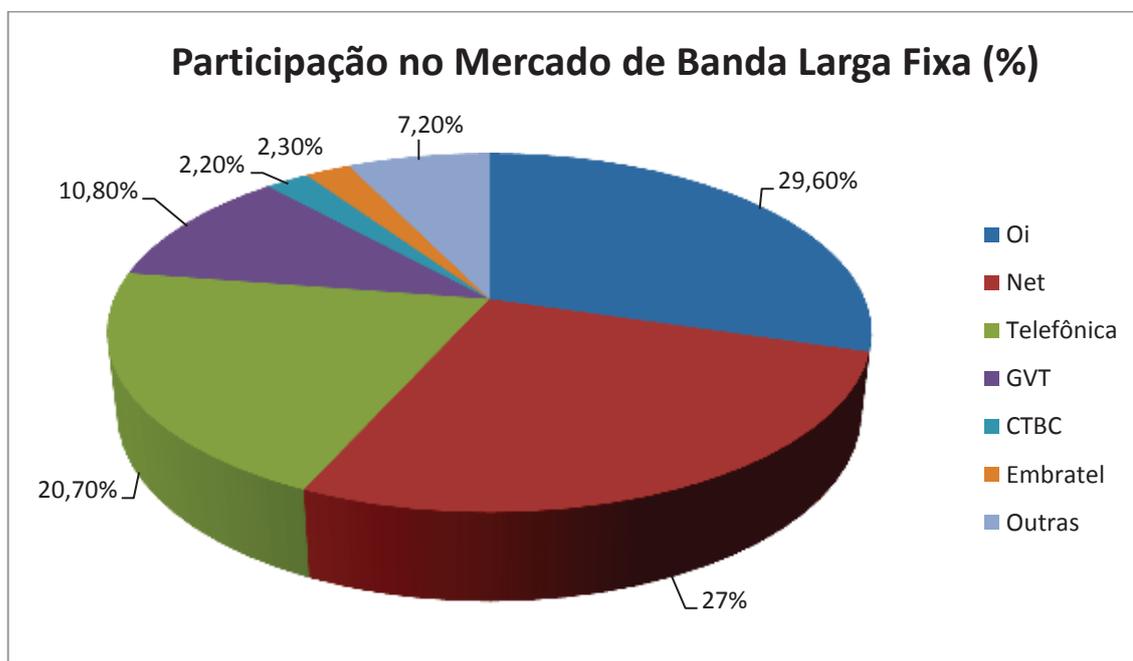


Figura 3: Participação no Mercado de Banda Larga Fixa, 1º semestre de 2012, em percentual (ASSOCIAÇÃO..., 2012, p. 132)

Em outra vertente, é possível fazer algumas ilações a respeito do grau de concentração do mercado a partir do Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI)⁵⁰. De acordo com as diretrizes para avaliação de fusões e aquisições horizontais publicadas pelo Departamento de Justiça e pela *Federal Trade Commission* (FTC) dos EUA, mercados com HHI acima de 2.500 são considerados altamente concentrados. Já aqueles com HHI entre 1.500 e 2.500 são considerados moderadamente concentrados. Por fim, mercados com HHI inferior a 1.500 são tidos como competitivos (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2010b, p. 18-19). No caso presente, ainda que não se disponha das participações de mercado de todas as prestadoras de SCM, considerando-se apenas as seis maiores operadoras identificadas na Figura 3, já é possível estimar um HHI de, no mínimo, 2.160,42, ou seja, um mercado moderadamente concentrado.

⁵⁰ O Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI) é calculado pela soma dos quadrados das participações de mercado das empresas que atuam nesse mercado. Um mercado com quatro firmas, com participações, respectivamente, de 30%, 30%, 20% e 20% terá um HHI de 2.600 ($30^2 + 30^2 + 20^2 + 20^2 = 2.600$) (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2010b, p. 18).

Essa figura, todavia, deve ser considerada à luz das características regionais de cada mercado. As empresas dos grupos Oi, Telefônica e CTBC estão associadas a concessionárias de telefonia fixa, de atuação regional. Dessa forma, ainda que tais fatos não estejam refletidos no gráfico da Figura 3, é possível supor que a atuação da Telefônica seja predominante no Estado de São Paulo, ao passo que a CTBC teria maior concentração em regiões situadas no interior dos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Goiás e Mato Grosso do Sul. A Oi, por sua vez, tem maior poder de mercado nas demais regiões do País, conforme divisão estabelecida pelo Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público, aprovado pelo Decreto nº 6.654, de 20 de novembro de 2008. De toda forma, é possível observar que, considerado o mercado nacional, a fatia das concessionárias do STFC é superior a 50%.

A concentração do mercado de varejo de SCM é fortemente influenciada, à montante, pelo mercado de infraestrutura de rede fixa de acesso para transmissão de dados. Trata-se aqui das redes de telecomunicações utilizadas para acesso às dependências dos usuários contratantes. A rede de acesso constitui infraestrutura essencial (*essential facility*) para a prestação do SCM aos usuários finais. Nesse mercado, predominam as redes das concessionárias do STFC, legadas das antigas operadoras estatais monopolistas de telecomunicações, anteriormente utilizadas somente para serviços de telefonia, e hoje também usadas para oferta de acesso à internet em banda larga, por meio da tecnologia ADSL. Trata-se de infraestrutura de difícil e custosa duplicação, o que, por certo, representa importante barreira à entrada de novos competidores no curto prazo. O controle dessa rede permite que as operadoras exerçam efetivo poder de mercado na oferta de SCM aos usuários finais. É importante ainda observar que a principal concorrente dessas concessionárias é a empresa Net, que faz uso de sua rede originalmente empregada na oferta de TV a Cabo para exploração de serviços de acesso à internet em banda larga.

Essas características levaram a Anatel, por meio de seu Plano Geral de Metas de Competição, aprovado pela Resolução nº 600, de 8 de novembro de 2012, a reconhecer o mercado de “oferta atacadista de infraestrutura de rede fixa de acesso para transmissão de dados por meio de par de cobre ou cabo coaxial em taxas de transmissão iguais ou inferiores a 10 Mbps”, como um dos mercados

relevantes em que os grupos detentores de PMS estão sujeitos a medidas regulatórias assimétricas com o objetivo de promover a competição. Os grupos detentores de PMS nesses mercados foram definidos pela Anatel, por município, por meio do Ato nº 6.617, de 8 de novembro de 2012.

Outro aspecto a ser considerado é a existência de integração vertical no mercado, ou seja, saber se os operadores de redes de telecomunicações também utilizam essas mesmas redes para prestar outros serviços a seus usuários finais, como voz ou distribuição de conteúdo audiovisual. Nesse sentido, rápida pesquisa nos sítios eletrônicos das principais empresas mencionadas na Figura 3 (Oi, Net, Telefônica, GVT, CTBC e Embratel)⁵¹ revela que todas elas exploram, além do acesso em banda larga à internet, telefonia fixa e televisão por assinatura. Portanto, em tese, no provimento de acesso à internet, todas elas têm incentivos para adoção de condutas que eliminem ou dificultem a atuação de concorrentes nos segmentos de voz e distribuição de conteúdo audiovisual.

Conforme ressaltado nos estudos do ORECE, contudo, um mercado competitivo não se caracteriza tão somente pela existência de diversos prestadores concorrentes. É necessário também que os usuários tenham conhecimento adequado sobre as características técnicas e comerciais das diferentes ofertas, bem como a capacidade de substituir um prestador por outro, sem incorrer em custos excessivos. Portanto, também deve ser verificado se o mercado é suficientemente transparente e se existem barreiras que impeçam ou dificultem a rescisão de contrato por parte do usuário.

No primeiro quesito – transparência – cumpre notar que o Regulamento do SCM, aprovado pela Resolução nº 272, de 2001, da Anatel, exige que os usuários sejam adequadamente informados a respeito das características do serviço contratado, conforme tratado em diversos dispositivos, a seguir transcritos:

Art. 46. Devem constar do contrato de prestação do serviço com o assinante:

I - os direitos e deveres da prestadora, constantes do Capítulo III deste Título;

⁵¹ Respectivamente: www.oi.com.br; www.netcombo.com.br; www.vivo.com.br; www.gvt.com.br; www.ctbc.com.br, e www.embratel.com.br; todos acessados em 3 de dezembro de 2012. A empresa Embratel é controlada pelo grupo mexicano Telmex, do qual também fazem parte as empresas Net e Claro.

II - os direitos e deveres dos assinantes, constantes do Capítulo IV deste Título;

III - o número do Centro de Atendimento ao Assinante, bem como o endereço eletrônico da prestadora na Internet, onde o usuário possa encontrar informações sobre o serviço, inclusive especificações para conexão de terminais de telecomunicações a redes de suporte; [...]

VI - os parâmetros de qualidade do serviço, constantes do Capítulo II deste Título.

Art. 47. São parâmetros de qualidade para o SCM, sem prejuízo de outros que venham a ser definidos pela Anatel: [...]

IV - divulgação de informações aos seus assinantes, de forma inequívoca, ampla e com antecedência razoável, quanto a alterações de preços e condições de fruição do serviço; [...]

VII - fornecimento das informações necessárias à obtenção dos indicadores de qualidade do serviço, de planta, bem como os econômico-financeiros, de forma a possibilitar a avaliação da qualidade na prestação do serviço. [...]

Art. 55. Sem prejuízo do disposto na legislação aplicável, as prestadoras de SCM têm a obrigação de: [...]

II - tornar disponíveis ao assinante, com antecedência razoável, informações relativas a preços, condições de fruição do serviço, bem como suas alterações; [...]

IV - tornar disponíveis ao assinante informações sobre características e especificações técnicas dos terminais, necessárias à conexão dos mesmos à sua rede, sendo-lhe vedada a recusa a conectar equipamentos sem justificativa técnica comprovada;

V - prestar esclarecimentos ao assinante, de pronto e livre de ônus, face a suas reclamações relativas à fruição dos serviços; [...]

Art. 59. O assinante do SCM tem direito, sem prejuízo do disposto na legislação aplicável: [...]

IV - à informação adequada sobre condições de prestação do serviço, em suas várias aplicações, facilidades adicionais contratadas e respectivos preços; [...]

VI - ao conhecimento prévio de toda e qualquer alteração nas condições de prestação do serviço que lhe atinja direta ou indiretamente;

Portanto, ao menos no plano normativo, aplicam-se exigências sobre as prestadoras de SCM no sentido de obrigá-las a adotarem práticas de transparência. De forma semelhante, o mesmo regulamento também proíbe procedimentos que tenham como objetivo impedir que o usuário possa rescindir o seu contrato de prestação de serviço. A esse respeito, são pertinentes os seguintes dispositivos:

Art. 50. É vedado à prestadora condicionar a oferta do SCM à aquisição de qualquer outro serviço ou facilidade, oferecido por seu intermédio ou de suas coligadas, controladas ou controladoras, ou condicionar vantagens ao

assinante à compra de outras aplicações ou de serviços adicionais ao SCM, ainda que prestados por terceiros. [...]

Art. 59. O assinante do SCM têm direito, sem prejuízo do disposto na legislação aplicável: [...]

VII - ao cancelamento ou interrupção do serviço prestado, a qualquer tempo e sem ônus adicional; [...]

XVII - a ter bloqueado, temporária ou permanentemente, parcial ou totalmente, o acesso a comodidades ou utilidades solicitadas;

Outrossim, cabe esclarecer que, de acordo com a Anatel, a atual regulamentação do SCM não permite a inserção de cláusulas de fidelidade nos contratos de prestação desse serviço. Esse entendimento pode ser deduzido de decisão tomada pelo Conselho Diretor daquela autarquia no julgamento de recurso administrativo em face de decisão que aplicou sanção de multa a operadora do serviço por exigência de fidelização de seus usuários, conforme relatado pelo Conselheiro Jarbas José Valente na Análise nº 63/2012-GCJV, de 9 de fevereiro de 2012 (BRASIL, 2012a)⁵².

No entanto, esse cenário pode ser alterado caso seja aprovada pela Anatel a proposta de nova regulamentação do SCM, constante da Consulta Pública nº 45, de 2011. Se acolhida, a proposta permitirá que as prestadoras estabeleçam, em seus contratos com os usuários finais, prazos de permanência de até doze meses, desde que associados à concessão de algum benefício.

Paralelamente, a mesma proposta também trata da oferta conjunta do SCM com outros serviços de telecomunicações explorados pela mesma prestadora⁵³. Nesse ponto, a Anatel busca regulamentar os conhecidos “combos”,

⁵² Referente aos processos nº 53500.005450/2009, nº 53542.003102/2009 e nº 53500.023911/2009, em que, em virtude de cobrança de multa por rescisão contratual antecipada, foi aplicada sanção de multa à operadora Brasil Telecom S.A., no valor de R\$ 659.613,79 por infração ao disposto no art. 59, inciso VII, do Regulamento do SCM.

⁵³ A esse respeito, assim dispõe o art. 57 da proposta de regulamento objeto da Consulta Pública nº 45, de 2011: “Art. 57. É vedado à Prestadora condicionar a oferta do SCM ao consumo casado de qualquer outro serviço ou facilidade. § 1º A Prestadora pode, a seu critério, conceder descontos, realizar promoções, reduções sazonais e reduções em períodos de baixa demanda, entre outras, desde que o faça de forma não discriminatória e segundo critérios objetivos, em ofertas não prejudiciais à justa competição. § 2º É permitida a Oferta Conjunta do SCM com outros Serviços de Telecomunicações. § 3º Na hipótese de Oferta Conjunta, cada Serviço de Telecomunicações oferecido em conjunto permanece sob a regência de seu respectivo Regulamento do Serviço. § 4º A Prestadora deve informar ao Assinante todas as condições de preço relativas à Oferta Conjunta, inclusive nos casos em que houver rescisão parcial de contratos celebrados na oferta. § 5º O preço relativo à oferta do SCM em separado não poderá exceder aquele relativo à Oferta Conjunta de menor preço na qual as condições de fruição do SCM sejam semelhantes às previstas para o caso de sua oferta em separado. § 6º É vedada a instituição de multa por rescisão parcial dos contratos

ou pacotes de serviços de telecomunicações contratados de forma agregada. Nesse contexto, o usuário recebe descontos ou benefícios pela contratação de outros serviços. Portanto, ao rescindir o contrato em relação a um deles, poderá perder essas vantagens ou ter de enfrentar preços mais altos para os serviços remanescentes. Tais condições, por certo, impõem barreiras que dificultam a substituição de um prestador de serviços de banda larga por outro.

Por fim, outro elemento importante nesse cenário deve ser examinado. Conforme sugerido nos estudos do ORECE e já implementado pela regulamentação chilena, um dos remédios disponíveis para assegurar padrões mínimos e isonômicos de desempenho de rede para distintos CSA é o estabelecimento de metas ou padrões de qualidade obrigatórios. Nesse sentido, cabe destacar que, em cumprimento ao disposto no art. 2º do Decreto nº 7.512, de 30 de junho de 2011⁵⁴, a Anatel, por meio da Resolução nº 574, de 28 de outubro de 2011, aprovou o Regulamento de Gestão da Qualidade do SCM, que estabelece indicadores e metas para diversos aspectos relacionados à prestação do serviço, válidos para todas as prestadoras com, no mínimo, cinquenta mil assinantes. Entre esses indicadores, destacam-se aqueles de desempenho técnico da rede, como velocidade média, velocidade instantânea, latência, variação de latência, perda de pacotes, entre outros.

É importante destacar também a forma como será conduzida a medição desses indicadores: por meio de equipamentos específicos instalados diretamente nas residências de usuários voluntários. Para os demais usuários, ou para aqueles que não foram selecionados para o projeto, também é possível avaliar os principais parâmetros de qualidade do serviço por meio de teste feito pela internet, no sítio da Entidade Aferidora da Qualidade de Banda Larga (www.brasilbandalarga.com.br). Cumpre destacar, no entanto, que o projeto encontra-se ainda em fase inicial, e os resultados das primeiras medições ainda não foram divulgados pela Anatel.

celebrados na Oferta Conjunta. § 7º Em caso de rescisão parcial dos contratos celebrados na Oferta Conjunta, o benefício concedido pode ser reduzido proporcionalmente.”

⁵⁴ “Art. 2º A Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL deverá adotar, até 31 de outubro de 2011, as medidas regulatórias necessárias para estabelecer padrões de qualidade para serviços de telecomunicações que suportam o acesso à Internet em banda larga, definindo, entre outros, parâmetros de velocidade efetiva de conexão mínima e média, de disponibilidade do serviço, bem como regras de publicidade e transparência que permitam a aferição da qualidade percebida pelos usuários.”

Observa-se, portanto, que o mercado de SCM, apesar de aparentemente fragmentado, apresenta moderada concentração. Além disso, as principais prestadoras desse serviço integram grupos econômicos que atuam em vários segmentos do setor de telecomunicações, portanto, têm incentivos para bloquear ou discriminar tráfego de dados de concorrentes potenciais. Paralelamente, apesar de a regulamentação vigente ser clara em relação à transparência e impedir práticas de fidelização de usuários, esse cenário pode mudar com a adoção de um novo regulamento em estudo pela Anatel. Conforme proposta apresentada em consulta pública, a agência reguladora estuda permitir as cláusulas de fidelização, bem como regularizar as ofertas de pacotes, procedimentos que dificultam a troca de prestadores de serviço por parte dos usuários.

Por conseguinte, é possível concluir que a atual estrutura do mercado favorece a adoção de práticas de bloqueio e discriminação arbitrária de serviços, conteúdos e aplicações de internet. Não obstante, algumas medidas de regulação já foram adotadas para mitigar esses incentivos, como as obrigações de transparência, a proibição de cláusulas de fidelização e a imposição de padrões mínimos de qualidade para as prestadoras de médio e grande porte. No entanto, essas garantias regulatórias podem ser enfraquecidas no futuro próximo, caso prosperem as intenções da Anatel de permitir a fidelização e oficializar a prática das ofertas conjuntas.

Nesse cenário, garantias adicionais podem mostrar-se necessárias para garantir a ampla liberdade de circulação de conteúdos pela internet. Essa percepção é reforçada pelo exposto desejo dos operadores de redes de telecomunicações, manifestado na Consulta Pública nº 45, de 2011, da Anatel, conforme já visto no capítulo anterior, de que sejam permitidas práticas de “gestão e diferenciação de tráfego, inclusive aquelas que envolvam diferenciação de custos, preços e priorização por tipo de tráfego”. Por essa razão, diante dos elementos discutidos até o momento, não é possível descartar a existência de riscos ou ameaças à liberdade de expressão na internet.

Outro mercado a ser estudado é o do SMP. Trata-se do serviço com maior quantidade de acessos ativos: 256,1 milhões ao final do primeiro semestre de 2012 (ASSOCIAÇÃO..., 2012, p. 8). Esse mercado, no entanto, encontra-se dividido

em um pequeno número de operadores nacionais e regionais. Uma vez que a exploração do serviço depende do uso de radiofrequências específicas identificadas pela Anatel, o número de prestadores é necessariamente mais reduzido. Com efeito, as operadoras de SMP podem ser resumidas no seguinte conjunto: Vivo, TIM, Claro, Oi, CTBC e Sercomtel⁵⁵. A divisão do mercado entre elas pode ser vista na Figura 4.

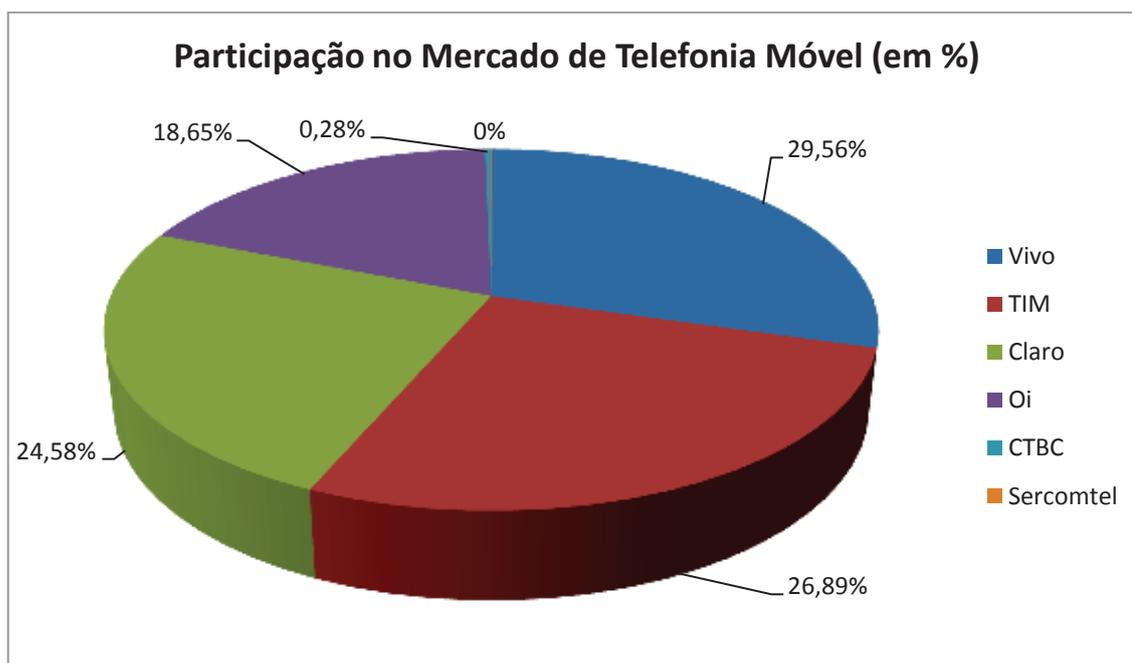


Figura 4: Participação no Mercado de Telefonia Móvel, 1º semestre de 2012, em percentual (ASSOCIAÇÃO..., 2012, p. 110)

O HHI calculado para as participações de mercado descritas na Figura 4 é de 2.548,94, o que indica um mercado de grande concentração. No entanto, considerando que, das seis operadoras identificadas, apenas as quatro maiores têm operação nacional, o HHI estimado é bem próximo daquele que seria obtido caso o mercado fosse dividido igualmente entre elas (2.500).

No que tange à integração vertical, é ocioso dizer que todas as operadoras de SMP exploram, além dos serviços de dados, serviços de voz e de transmissão de mensagens instantâneas. Além disso, todas elas integram grupos econômicos que atuam em outros segmentos do setor de telecomunicações. Alguns deles já foram mencionados nesta seção como os grupos Telefônica (Vivo), Telmex

⁵⁵ A empresa Unicel, embora formalmente autorizada pela Anatel, já não mais possuía usuários ativos ao final do primeiro semestre de 2012. Já a operadora Nextel, embora também formalmente autorizada, ainda não havia iniciado suas operações de SMP, apesar de ter uma operação ativa do Serviço Móvel Especializado (SME).

(Claro), Oi e CTBC. A operadora TIM atua predominantemente em serviços móveis, mas também conta com operações de banda larga fixa (por meio da aquisição da operadora AES Atimus) e de redes de longa distância (aquisição da operadora Intelig). Portanto, há claro incentivo ao bloqueio ou discriminação de serviços e aplicações potencialmente concorrentes, especialmente as de VoIP e de troca de mensagens instantâneas.

Em termos de transparência, o Regulamento do SMP, aprovado pela Resolução nº 477, de 7 de agosto de 2007, da Anatel, contém dispositivos semelhantes àqueles aplicáveis ao SCM, a saber:

Art. 6º Respeitadas as disposições constantes deste Regulamento bem como as disposições constantes do Termo de Autorização, os Usuários do SMP têm direito a: [...]

III - informação adequada sobre condições de prestação do serviço, facilidades e comodidades adicionais e seus preços; [...]

V - conhecimento prévio de toda e qualquer alteração nas condições de prestação do serviço que lhe atinja; [...]

X - resposta eficiente e pronta, pela prestadora, às suas reclamações, solicitações de serviços, pedidos de informação, consultas e correspondências; [...]

Art. 22. Antes do início da prestação do serviço, a prestadora deve fornecer ao Usuário todas as informações necessárias ao correto uso do serviço, incluindo:

I - cópia do Contrato de Prestação do SMP;

II - cópia do Plano de Serviço de opção do Usuário;

III - o Código de Acesso do Usuário;

IV - explicações sobre a forma de pagamento pela utilização do serviço;

V - Área de Registro à qual está associada a Estação Móvel do Usuário;

VI - explicações para o bom entendimento da conta de serviços.

Art. 81. O Usuário deve ser informado sobre os aspectos relativos às programações incluídas nas facilidades dos Planos de Serviço e eventuais bloqueios na Estação Móvel ou na Central de Comutação e Controle, antes de qualquer ato que indique adesão ao plano.

§ 1º O Usuário deve, ainda, ser informado sobre a faculdade de alteração da programação das facilidades e dos bloqueios. [...]

Quanto à facilidade de migração de uma operadora para outra, diversos incentivos e barreiras devem ser considerados. Por meio da regulamentação da portabilidade dos códigos de acesso, aprovada por meio da Resolução nº 460, de 19 de março de 2007, a Anatel facilitou a troca de prestador de

SMP, ao permitir que o usuário leve, para a nova operadora, o código de acesso que já utilizava na operadora antiga. Ainda de acordo com o citado regulamento, o processo de portabilidade, e conseqüente migração, é feito a partir de uma solicitação do usuário para a nova prestadora, que então se encarrega de todos os procedimentos necessários para ultimar a operação.

Os incentivos gerados pela portabilidade, no entanto, encontram barreiras de natureza diversa. Primeiramente, cumpre ressaltar que, na regulamentação do SMP, é expressamente permitida a imposição de prazos mínimos de permanência (cláusulas de fidelização) de até doze meses, desde que associados à concessão de benefícios. Em caso de rescisão antecipada, é permitida a cobrança de multa contratual proporcional ao benefício concedido e ao prazo remanescente⁵⁶.

Outra barreira à troca de operadoras está relacionada ao diferencial de preços praticados entre as chamadas para terminais da mesma prestadora e para terminais das operadoras concorrentes. Com efeito, algumas prestadoras adotam como prática de mercado situar os preços das chamadas dentro de sua rede em patamares significativamente inferiores àqueles praticados para chamadas para outras redes. Essa prática induz o usuário a permanecer na operadora que serve a maioria de seus contatos, sejam profissionais ou familiares, pois a escolha de uma outra operadora pode tornar essas chamadas substancialmente mais caras. O custo

56 Sobre o tema, assim dispõe o art. 40 do Regulamento do SMP: "Art. 40. A prestadora do Serviço Móvel Pessoal poderá oferecer benefícios aos seus Usuários e, em contrapartida, exigir que os mesmos permaneçam vinculados à prestadora por um prazo mínimo. § 1º Os benefícios referidos no **caput**, os quais deverão ser objeto de instrumento próprio, firmado entre a prestadora e o Usuário, poderão ser de dois tipos: a) Aquisição de Estação Móvel, em que o preço cobrado pelo aparelho terá um valor abaixo do que é praticado no mercado; ou b) Pecuniário, em que a prestadora oferece vantagens ao Usuário, em forma de preços de público mais acessíveis, durante todo o prazo de permanência. § 2º Os referidos benefícios poderão ser oferecidos de forma conjunta ou separadamente, a critério dos contratantes. § 3º O benefício pecuniário deve ser oferecido também para Usuário que não adquire Estação Móvel da prestadora. § 4º O instrumento a que se refere o § 1º não se confunde com o Termo de Adesão a Plano de Serviço aderido pelo Usuário, sendo de caráter comercial e será regido pelas regras previstas no Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/1990, devendo conter claramente os prazos dos benefícios, bem como os valores, com a respectiva forma de correção. § 5º Caso o Usuário não se interesse por nenhum dos benefícios acima especificados oferecidos, poderá optar pela adesão a qualquer Plano de Serviço, tendo como vantagem o fato de não ser a ele imputada a necessidade de permanência mínima. § 6º Caso o Usuário não se interesse especificamente pelo benefício concedido para a aquisição de Estação Móvel, poderá adquiri-la pelo preço de mercado. § 7º O Usuário pode se desvincular a qualquer momento do benefício oferecido pela prestadora. § 8º No caso de desistência dos benefícios por parte do Usuário antes do prazo final estabelecido no instrumento contratual, poderá existir multa de rescisão, justa e razoável, devendo ser proporcional ao tempo restante para o término desse prazo final, bem como ao valor do benefício oferecido, salvo se a desistência for solicitada em razão de descumprimento de obrigação contratual ou legal por parte da Prestadora cabendo à Prestadora o ônus da prova da não-procedência do alegado pelo Usuário. § 9º O tempo máximo para o Prazo de Permanência é de 12 (doze) meses. § 10 A informação sobre a permanência a que o Usuário estará submetido, caso opte pelo benefício concedido pela prestadora, deverá estar explícita, de maneira clara e inequívoca, no instrumento próprio firmado entre a prestadora e o Usuário. § 11 O instrumento contratual assinado deverá conter o número do Plano de Serviço aderido pelo Usuário, conforme homologado pela Anatel.."

subjacente a essa opção limita substancialmente a disposição e a capacidade do usuário de efetivamente realizá-la.

Outro aspecto a ser considerado é a existência de regulação de qualidade. Nesse sentido, deve-se ressaltar que o já citado art. 2º do Decreto nº 7.512, de 2011, também obrigou a Anatel a adotar indicadores e metas de qualidade para a banda larga móvel, o que foi feito por meio do Regulamento de Gestão da Qualidade da Prestação do SMP, aprovado pela Resolução nº 575, de 28 de outubro de 2011.

Observa-se, portanto, que o mercado de serviços móveis apresenta significativa concentração. Além disso, as prestadoras do serviço são verticalmente integradas, vez que aliam a operação das redes à prestação de diversos serviços aos usuários finais, serviços esses que podem sofrer concorrência de aplicações disponíveis por meio da internet. Paralelamente, ao tempo em que a regulamentação exige medidas de transparência e facilita a troca de operadores, por meio da portabilidade, permite a imposição de cláusulas de fidelização. Além disso, práticas comerciais usuais nesse mercado, como o diferencial de preços entre as chamadas destinadas para usuários da mesma prestadora e de prestadoras concorrentes, podem impor custos excessivos e dificultar a migração de uma operadora para outra.

A partir das observações feitas nesta seção, é possível concluir que, no mercado brasileiro, encontram-se presentes incentivos para que as operadoras de redes de telecomunicações adotem práticas de bloqueio e/ou discriminação de tráfego. Além disso, observou-se que os mercados de prestação de banda larga fixa e móvel apresentam características favoráveis à adoção dessas práticas, como concentração moderada ou elevada, integração vertical dos operadores e elevados custos para troca de operadores. Portanto, existe um cenário favorável à adoção de procedimentos que podem limitar a diversidade de CSA disponíveis na internet, bem como a liberdade que os usuários têm para acessá-los e utilizá-los. Portanto, é possível concluir pela necessidade de intervenção regulatória para preservar a plena liberdade de manifestação do pensamento no ambiente virtual, dentro dos limites conceituais identificados na seção anterior.

Ao considerar-se a extensão do debate sobre a neutralidade de rede, no entanto, é inevitável também verificar a intensidade da intervenção requerida, especialmente quanto ao ponto levantado pelas prestadoras de serviços de telecomunicações na Consulta Pública nº 45, de 2011, da Anatel, relativo à adoção de modelos de negócios de pagamento por priorização de tráfego. A partir dos elementos aqui examinados, é possível, de forma preliminar, concluir que, uma vez que um nível mínimo de qualidade seja assegurado a todos os CSA, em princípio, não haveria óbice a que níveis diferenciados de desempenho sejam oferecidos, mediante remuneração.

Ao tratar do tema, conforme relatado no capítulo anterior, a FCC não proibiu expressamente a adoção de tais práticas, mas registrou uma série de ressalvas e avaliou que dificilmente modelos de pagamento por priorização de tráfego atenderiam à diretriz de vedação de discriminação não razoável. Essas ressalvas abordam quatro aspectos relevantes. Primeiramente, a FCC considera que modelos de pagamento por priorização de tráfego representam um importante desvio em relação a práticas tradicionalmente adotadas na internet. Em segundo lugar, a FCC também considera que relevantes barreiras à entrada de novos provedores de CSA podem resultar da adoção de modelos de negócio dessa natureza. Além da remuneração que terá de ser paga aos operadores de redes de telecomunicações, devem também ser considerados os custos de transação necessariamente incorridos na celebração de contratos com cada um deles. Além disso, a FCC avalia que a remuneração exigida pelos operadores de rede tende a ser fixada em patamares ineficientes, uma vez que esses agentes não internalizam integralmente os custos decorrentes da redução da inovação no mercado de CSA. Uma terceira preocupação expressa pela FCC diz respeito aos provedores de CSA de finalidade não comercial, como organizações não governamentais, igrejas, universidades ou mesmo indivíduos, que seriam mais duramente atingidos pelas exigências de pagamento por priorização. Por fim, uma última preocupação residiria no incentivo à degradação do tráfego não priorizado, como forma de induzir a adesão aos sistemas de pagamento por priorização (ESTADOS..., 2010a, p. 17947).

Algumas dessas preocupações podem ser afastadas quando se considera a existência de níveis mínimos obrigatórios de qualidade aptos a garantir patamares razoáveis de desempenho de rede disponíveis indistintamente a todos os

provedores de CSA. Atendida essa condição, bem como a vedação ao bloqueio e à discriminação arbitrária de conteúdos, os provedores de CSA continuariam a ter amplo grau de liberdade para inovar e atingir potencialmente todos os usuários dos serviços de varejo dos operadores de redes de telecomunicações. O pagamento de remuneração adicional e os consequentes custos de transação seriam uma opção disponível para aqueles provedores de CSA que queiram desfrutar de um diferencial competitivo, por meio de um desempenho técnico de qualidade superior. Nesse caso, a remuneração eventualmente exigida pelos operadores de rede não mais tenderia a ser ineficiente. Ela teria de ser fixada em um patamar que garantisse um ganho marginal líquido positivo em relação à opção pela rede de uso comum sem qualquer pagamento adicional. Além disso, assegurada a devida eficácia das normas de qualidade, não se haveria de temer degradação do tráfego não priorizado.

Por conseguinte, a proibição desse tipo de modelo de negócio pode não se mostrar necessária para assegurar a ampla diversidade de conteúdos na internet, desde que atendidas certas condições. Primeiramente, devem ser observadas as demais vedações ao bloqueio e à discriminação arbitrária de tráfego. Em segundo lugar, os parâmetros de qualidade devem ser estabelecidos de forma a compreender todos os aspectos técnicos necessários e suficientes para assegurar um adequado desempenho, de forma isonômica, para todos os provedores que não optarem pelos modelos de pagamento por priorização. Por fim, há de haver uma estrutura institucional adequada para garantir que esses padrões de qualidade sejam efetivamente observados pelos operadores de redes de telecomunicações, e não se transformem em meras recomendações de boas práticas. Especificamente quanto a este último ponto, algumas observações pertinentes ao cenário brasileiro serão feitas na seção seguinte.

4.3 Adequação das Regras Propostas: A neutralidade protege a liberdade de expressão na internet?

Conforme visto no capítulo anterior, o ponto central das iniciativas de regulação da neutralidade de rede é a proibição de bloqueio ou tratamento arbitrariamente discriminatório de dados. Com essa medida, busca-se assegurar que diferentes CSA recebam tratamento isonômico e possam trafegar livremente pela

internet. Em outros termos, o que se pretende é evitar que os operadores de redes de telecomunicações tenham o poder de determinar a quais CSA seus usuários poderão ter acesso.

Nesse sentido, tanto o art. 59 da Consulta Pública nº 45, de 2011, da Anatel, como o art. 9º do Projeto de Lei do Marco Civil da Internet abordam adequadamente esse ponto, ao proibirem o bloqueio, discriminação ou degradação de qualquer tipo de tráfego, independentemente de seu conteúdo, origem, destino ou equipamento terminal. Essa linha central também está presente nas demais iniciativas estudadas no capítulo anterior. A efetiva implementação de uma proibição dessa natureza pode ser capaz de dissuadir os operadores de redes de telecomunicações de adotarem práticas incompatíveis com a neutralidade das redes de internet.

Paralelamente, tanto o Projeto de Lei do Marco Civil da Internet como a proposta da Anatel admitem o gerenciamento das redes com fundamento em questões de natureza técnica. Com efeito, a imposição de um princípio absoluto de neutralidade da rede poderia colocar os operadores de redes de telecomunicações em situação de impotência diante de ameaças à segurança e à estabilidade do serviço e das redes que lhe são suporte. Por exemplo, ataques maliciosos a servidores de rede, que poderiam causar sérios danos à continuidade do serviço, não poderiam ser bloqueados. Dessa forma, mostra-se adequada a previsão de que, por razões técnicas, sejam adotados procedimentos de gerenciamento das redes. Tais possibilidades são também expressamente admitidas na regulação da FCC, bem como na legislação chilena sobre neutralidade da rede.

É importante, todavia, que os critérios de gerenciamento de tráfego sejam adequadamente divulgados tanto para os usuários finais, como para os provedores de CSA, a fim de que todos os interessados tenham conhecimento a respeito das características técnicas de funcionamento das redes. Medidas dessa natureza foram adotadas no Chile e nos EUA e também estão presentes na proposta da Anatel. No Projeto de Lei nº 2.126, de 2011, relativo ao Marco Civil da Internet, também há previsão nesse sentido, nos termos do art. 7º, inciso IV:

Art. 7º O acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...]

IV – a informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com previsão expressa sobre o regime de proteção aos seus dados pessoais, aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de Internet, bem como sobre práticas de gerenciamento de tráfego que possam afetar a qualidade dos serviços oferecidos; [...]

Outro ponto relacionado é a regulação de parâmetros mínimos de qualidade e desempenho das redes de telecomunicações. Conforme já ponderado, a fixação desses patamares pode assegurar a todos os provedores de CSA um nível mínimo esperado de desempenho da rede. Tais medidas contribuem para evitar que as redes de uso comum sejam propositalmente degradadas de forma a induzir os provedores de CSA a migrarem para modelos de pagamento por priorização de tráfego.

A extensão da regulação de neutralidade a ser aplicada aos serviços prestados por redes móveis também é ponto passível de discussão. Conforme já discutido neste capítulo, os serviços de banda larga móvel não são substitutos para os de banda larga fixa, pois se destinam a suprir diferentes necessidades, apresentam características técnicas marcadamente distintas, assim como também se diferenciam nas ofertas comerciais e no desempenho de rede. No capítulo anterior, observou-se que a regulação adotada nos EUA compreendeu tratamento diferenciado para as tecnologias móveis, considerando não somente as distinções aqui apontadas, como também o atual estágio inicial de desenvolvimento desse mercado.

Com efeito, a exploração de serviços de telecomunicações por meio de redes móveis depende da utilização de recurso escasso, qual seja, o espectro de radiofrequências. Trata-se de bem público administrado pela União, por meio da Anatel, nos termos dos arts. 157 e seguintes da Lei nº 9.472, de 1997. Portanto, a disponibilidade de recursos de espectro para a expansão da capacidade das redes de banda larga móvel depende de decisão administrativa daquela agência, e não apenas da capacidade de investimento dos eventuais interessados.

Em outra vertente, é também interessante observar que tais serviços encontram-se em plena evolução tecnológica no Brasil. Atualmente, estão em estágio de implantação as primeiras redes de transmissão de dados de tecnologia móvel de quarta geração, usualmente denominada 4G, em radiofrequências que foram licitadas pela Anatel no ano de 2012. Nesse sentido, o Edital da Licitação nº

4/2012/PVCP/SPV-ANATEL, de 17 de abril de 2012, referente às subfaixas de radiofrequências de 2.500 a 2.690 MHz, de 451 a 458 MHz e de 461 a 468 MHz, estabeleceu um cronograma a ser observado pelas prestadoras do serviço, que compreende etapas de implantação que devem ser concluídas a partir de 30 de abril de 2013 até 31 de dezembro de 2017.

Portanto, a exemplo do procedimento adotado pela FCC, mostra-se de maior adequação adotar tratamento diferenciado para a oferta de serviços de banda larga em redes móveis, tendo em vista as diferenças já estabelecidas em relação às redes fixas e o caráter ainda inicial de seu desenvolvimento no Brasil. Não obstante, tendo em vista que as redes móveis também são um importante canal de acesso à internet, não se pode descartar qualquer tipo de regulação. Nesse sentido, cabe observar, conforme já relatado na seção anterior, que a exploração de serviços móveis já está sujeita a regras de transparência e de qualidade. Para maior garantia de diversidade de CSA, pode-se acrescentar, a exemplo do que foi adotado pela FCC, regra geral de vedação de bloqueio de acesso a conteúdos lícitos e de serviços e aplicações que possam concorrer com aqueles prestados pelo operador móvel.

A adequação de uma regulação, todavia, não pode ser avaliada somente em relação a seu conteúdo. É também necessário examinar se existem condições fáticas adequadas para assegurar sua eficácia. Em outros termos, é necessário verificar se existem instituições aptas a garantir que os preceitos da regulamentação sejam efetivamente observados por seus destinatários.

No caso presente, tem-se que os principais destinatários das normas de neutralidade da rede são as operadoras de redes de telecomunicações. A conduta dessas empresas na exploração de suas atividades típicas – a prestação de serviços de telecomunicações – é regulada e fiscalizada pela Anatel, nos termos da Lei nº 9.472, de 1997. Portanto, o questionamento a ser enfrentado é saber se aquela autarquia dispõe dos instrumentos adequados para induzir os agentes regulados a adotarem comportamentos conformes à regulamentação.

Nesse sentido, o art. 19, incisos VI, IX e XVII, da Lei nº 9.472, de 1997, dá a Anatel o poder de reprimir infrações, fiscalizar e aplicar sanções às prestadoras de serviços de telecomunicações, consoante as normas dos arts. 173 e seguintes da

mesma Lei. Esses dispositivos são complementados por regulamentação expedida pela própria agência, no exercício de suas competências normativas, como o Regulamento de Fiscalização, aprovado pela Resolução nº 596, de 6 de agosto de 2012, e o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012.

No entanto, quando se observa a aplicação prática desses instrumentos, chega-se a diagnóstico distinto. Com efeito, Auditoria de Natureza Operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), objeto do Acórdão nº 2.109-Plenário, de 14 de novembro de 2006 (BRASIL, 2006), referente aos processos de acompanhamento da qualidade dos serviços de telecomunicações por parte da Anatel, constatou que o processo de aplicação de sanções pela agência apresenta, entre outras falhas, excessiva morosidade e baixa materialidade das sanções aplicadas, o que compromete a eficácia de sua atuação. Nesse sentido, é eloquente o seguinte excerto do Relatório de Fiscalização:

425. Do exposto acima, observa-se que devido a insignificância dos valores das multas cobradas na maioria dos PADOS⁵⁷ em desfavor das grandes prestadoras, a baixa materialidade dos PADOS em relação às receitas das prestadoras, e o baixo desempenho na arrecadação das multas, aliados ao prazo de tramitação dos processos, não ocorre a penalização efetiva dos infratores e a Agência fica debilitada na sua função de exigir que as operadoras cumpram as metas de qualidade (BRASIL, 2006).

Esse diagnóstico foi parcialmente confirmado mais recentemente em matéria publicada no jornal Folha de São Paulo, com base em suposto relatório elaborado pelo Grupo de Cobrança de Grandes Devedores da Advocacia-Geral da União (AGU). Na citada matéria, aponta-se grande descompasso entre o valor das multas aplicadas pela Anatel e o que é efetivamente arrecadado. Em 2010, a autarquia aplicou R\$ 277,3 milhões em multas, mas o valor arrecadado foi de apenas R\$ 76,8 milhões. Em 2011, o descompasso aumentou: os valores foram de, respectivamente, R\$ 615,7 milhões e R\$ 76,3 milhões para as multas aplicadas e arrecadadas. O valor total de multas aplicadas pela Anatel e ainda não pagas pelas operadoras de serviços de telecomunicações seria de cerca de R\$ 25 bilhões, considerados todos os encargos incidentes. A diferença entre os valores aplicados e arrecadados é atribuída ao excesso de instâncias recursais dentro da própria agência e ao comportamento das operadoras, que se utilizam de todos os

⁵⁷ Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigação, disciplinado nos arts. 71 e seguintes do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 270, de 19 de julho de 2001.

mecanismos processuais disponíveis para retardar o pagamento das multas (AGOSTINI, BORBA, 2012).

Outrossim, cumpre destacar que a Anatel realizou recente revisão de seus Regulamentos de Fiscalização e de Aplicação de Sanções Administrativas. Além disso, está em curso processo de revisão de seu Regimento Interno, objeto da Consulta Pública nº 20, de 2012, que, entre outros pontos, criará uma nova estrutura administrativa para a agência e buscará agilizar o trâmite interno de seus processos administrativos.

Do exposto, é possível concluir que, apesar de adequada em seu conteúdo, a regulação da neutralidade da rede pode ter sua eficácia comprometida diante das dificuldades encontradas pelo órgão regulador das telecomunicações para adequar a conduta das prestadoras aos preceitos estabelecidos pela regulamentação. Em outros termos, a aprovação de regulação nesse sentido, devido à ineficiência dos órgãos administrativos responsáveis por sua aplicação, pode não ser capaz de produzir os resultados almejados.

4.4 Potenciais Custos da Regulação da Neutralidade da Rede

Ao avaliar os potenciais custos da regulação da neutralidade da rede, parte-se da premissa de que a imposição do dever de neutralidade constitui uma limitação ao direito de propriedade sobre as redes de telecomunicações. Com efeito, conforme examinado na seção 1.4, com apoio no trabalho desenvolvido por Ostrom (2000), observou-se que a propriedade envolve um conjunto de direitos, que compreende acesso, retirada, exclusão, gestão e alienação. A regulação da neutralidade da rede afeta diretamente os direitos de exclusão e gestão.

O direito de exclusão confere a seu titular as prerrogativas de determinar a quem serão conferidos os direitos de acesso e retirada e de regular o exercício desses direitos. Ao vedar o bloqueio a qualquer espécie de CSA lícito, a neutralidade retira dos operadores de redes de telecomunicações parte dos poderes de determinar quem poderá fazer uso de sua rede para explorar CSA ou mesmo quais CSA serão explorados, desde que não representem ameaça à segurança e à integridade da rede, do serviço e dos usuários. Em outra vertente, a vedação à discriminação arbitrária, a regulamentação de parâmetros de qualidade e a eventual

imposição de condições para o gerenciamento das redes afetam diretamente o direito de gestão, que contempla a prerrogativa de regular internamente o uso do bem, inclusive transformá-lo por meio de benfeitorias.

Nesse sentido, há que se considerar quais os efeitos que esse tipo de limitação pode ter sobre o nível de investimento em redes de telecomunicações. Conforme também analisado na seção 1.4, com fundamento em Cooter e Ulen (2000, p. 166-169), observou-se que, quando as limitações ao exercício do direito de propriedade não são indenizadas pelo Estado, os investidores internalizam esse risco e passam a investir menos do que fariam caso fossem integralmente indenizados pela perda sofrida com novas limitações. Portanto, quanto maior o risco de perda por intervenção estatal, menor o investimento realizado. A partir dessas considerações, é possível presumir que cenários de maior previsibilidade regulatória induzem o investimento, ao passo que a incerteza quanto aos rumos da regulação, ao contrário, tem efeitos negativos sobre novas inversões.

A dinâmica da internet caracteriza-se por constante evolução tecnológica e inovação em modelos de negócios. Quanto maiores as incertezas sobre eventuais limitações regulatórias ao uso ou exploração dessas tecnologias e modelos de negócios, menor será o incentivo para desenvolvê-los. Por essa razão, quanto mais clara e previsível for a regulação da neutralidade da rede, maior o incentivo à continuidade do ciclo de inovações da internet, dentro das balizas estabelecidas. Por essa razão, mostra-se de especial importância que não predominem, na regulação da neutralidade, conceitos indeterminados, que dependam de interpretação de órgãos administrativos ou judiciais e possam gerar insegurança nos agentes econômicos. Dessa forma, sempre que possível, as condutas vedadas devem ser previamente definidas, a exemplo do que foi feito no Chile, em que o art. 8º do Decreto nº 368, de 2010, discrimina as condutas consideradas como práticas restritivas da liberdade de utilização CSA disponíveis na internet.

Quando se trata de investimentos em redes de telecomunicações, é também necessário ter uma estimativa do vulto de inversões que deverão ser feitas nos próximos anos para acomodar o aumento do tráfego resultante da expansão da penetração dos serviços e da crescente utilização de aplicações que demandam

grande capacidade de rede, como distribuição de conteúdos de vídeo, por exemplo. Nesse sentido, são pertinentes as projeções feitas pela empresa Cisco, fabricante de equipamentos para redes de telecomunicações (CISCO, 2012). O tráfego global da internet, em números aproximados, no período de 2011 a 2016, deve passar de 31 *exabytes* por mês para 110 *exabytes* por mês (CISCO, 2012, p. 6). Considerando apenas a América Latina, os números são de 1 *exabyte* em 2011, para 8 *exabytes* em 2016. Em base relativa, os números significam uma evolução de 100 para 359 para o tráfego global e de 100 para 726 para a América Latina. Com fins ilustrativos, representa-se, na Figura 5, a evolução relativa anual desse volume.

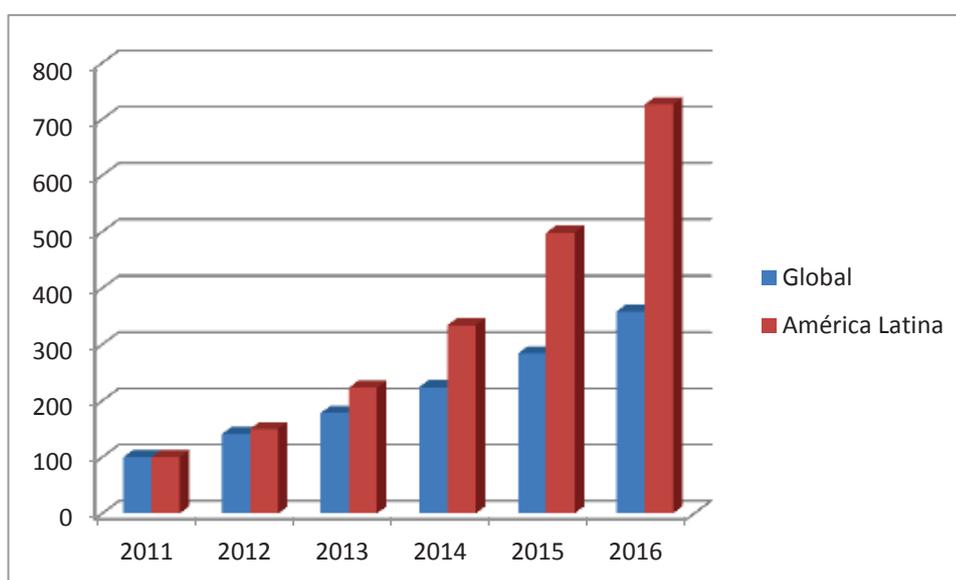


Figura 5: Evolução Relativa Anual do Tráfego Mensal da Internet, Global e América Latina, 2011-2016, base 2011 = 100 (CISCO, 2012, p. 6)

Para o Brasil, as projeções são de um crescimento de uma base de 230 *petabytes*/mês em 2010 para 1.876 *petabytes*/mês em 2015. Estima-se ainda que, para comportar esse crescimento do tráfego de internet, os investimentos em infraestrutura de redes, entre 2012 e 2014, deverão ser 40% superiores à tendência estimada pela média dos últimos quatro anos (MONTEIRO, 2012, p. 10, 14).

O desafio, portanto, é identificar as possíveis fontes de financiamento desse investimento adicional. Algumas alternativas de modelos de financiamento foram avaliadas em estudo elaborado por Page, Rossi e Rand (2010, p. 25-44), com foco no mercado europeu.

O primeiro deles consiste, basicamente, em manter os atuais modelos de negócio, mas buscar um aperfeiçoamento nas ofertas comerciais aos usuários finais, de forma a maximizar a receita, especialmente de usuários mais intensivos (*heavy users*). Uma ampla variedade de modelos pode ser utilizada, que compreende o aumento linear de preços para todos os usuários ou o estabelecimento de faixas de cobrança por volume ou tipo de tráfego ou até mesmo pelo horário de utilização. O principal impacto dessa solução seria o aumento de custos para os usuários finais. Nesse sentido, os autores estimam que, para gerar os recursos suficientes para fazer frente aos investimentos necessários (receita anual adicional da ordem de € 9 bilhões, para redes fixas, e € 19 bilhões, para as redes móveis, para a Europa em 2014), seriam necessários aumentos de cerca de 21% na receita mensal por usuário de redes fixas e de 42% para redes móveis (PAGE, ROSSI, RAND, 2010, p. 17, 20, 25-28).

Esses aumentos teriam efeitos negativos sobre a penetração do serviço. Com efeito, os autores estimam que, com base em uma elasticidade-preço da demanda de -0,43 para internet fixa, a penetração em 2014 seria 5% menor do que poderia ser caso nenhum aumento fosse aplicado. Os autores ressaltam todavia que essa redução tende a ser predominantemente de potenciais usuários que desistiriam de contratar o serviço, e não de usuários atuais que rescindiriam seus contratos. Esse cenário seria também prejudicial para os provedores de CSA, vez que sua base de potenciais clientes seria reduzida (PAGE, ROSSI, RAND, 2010, p. 27-28).

Uma segunda alternativa consistiria em cobrar indistintamente de todos os provedores de CSA uma remuneração pelo tráfego gerado. Ainda de acordo com as estimativas para a realidade europeia, os autores estimam que a remuneração suficiente para gerar a receita adicional necessária seja da ordem de € 0,05 por *gigabyte* para redes fixas e de € 3,03 por *gigabyte* para redes móveis. Os autores projetam que, ao menos em redes fixas, essa cobrança não seria especialmente prejudicial para *blogs* individuais e pequenos empresários, com tráfego mensal médio de 60 *gigabytes*, vez que a remuneração mensal, nesses casos, seria de apenas € 3,00. Um dos principais desafios dessa solução é a necessidade de uma harmonização de práticas e modelos entre todos os agentes da cadeia de valor, potencialmente no mundo todo (PAGE, ROSSI, RAND, 2010, p. 29-34).

Em outra vertente, não se pode deixar de considerar que, nesse modelo, como todo tráfego gerado é cobrado, haverá tendência a que os CSA disponíveis na internet sejam também geradores de receita. A exigência de remuneração para qualquer espécie de tráfego certamente representa uma barreira à entrada de novos CSA na internet, especialmente aqueles não destinados a finalidades comerciais, com evidentes prejuízos à formação de uma verdadeira cultura democrática, conforme exigido pelo conceito de liberdade de expressão escolhido como parâmetro neste trabalho.

O terceiro modelo proposto envolve o estabelecimento de padrões de serviço diferenciados ao longo de toda a rede. Nesse cenário, os provedores de CSA poderiam optar por diferentes níveis de qualidade de serviço, mediante pagamentos adicionais. Esses níveis de qualidade seriam padronizados e disponíveis para todos os provedores de CSA, em diferentes segmentos de rede. Os valores cobrados nesse modelo seriam proporcionais à diferença de desempenho em relação ao tráfego não priorizado e ao ganho percebido pelo provedor de CSA. Em uma estrutura como essa, surge naturalmente a preocupação quanto aos incentivos à degradação do tráfego não priorizado, como forma de compelir os provedores de CSA aos modelos de qualidade diferenciada. Os autores, no entanto, entendem que essa preocupação é improcedente, desde que o mercado de varejo de serviços de banda larga seja competitivo (PAGE, ROSSI, RAND, 2010, p. 34-37).

Uma última alternativa residiria na possibilidade de acordos bilaterais de priorização de tráfego, a serem celebrados pelos provedores de CSA diretamente com os operadores de rede. Nesse caso, os procedimentos e níveis de priorização seriam livremente estabelecidos pelos contratantes, sem que seja necessário o estabelecimento de padrões para os diversos agentes do mercado. Dessa forma, uma maior variedade de modelos pode surgir, com potencial de atender de forma mais adequada às necessidades dos diferentes provedores de CSA (PAGE, ROSSI, RAND, 2010, p. 37-40). Este último modelo traz como principal preocupação, além da questão atinente à degradação do tráfego não priorizado, os elevados custos de transação que deverão ser suportados pelos provedores de CSA, vez que os contratos de priorização deverão ser negociados individualmente com cada operador de rede de telecomunicações.

A opção por uma regulação mais rígida da neutralidade da rede, em que acordos de priorização de tráfego não sejam permitidos, implica na escolha pela primeira opção. Não sendo possível explorar os provedores de CSA como possíveis fontes de receita, o ônus dos investimentos necessários para enfrentar o aumento de tráfego projetado para os próximos anos somente poderá recair sobre os usuários finais dos serviços. Nessa hipótese, como já analisado, haveria prejuízos à expansão da penetração dos serviços de banda larga e também aos próprios provedores de CSA. É possível, portanto, identificar também prejuízos à liberdade de expressão, tendo em vista que um número menor de pessoas teria acesso aos CSA disponíveis na internet, ao passo que o desenvolvimento de novos CSA também seria negativamente afetado pela redução do mercado potencial.

O segundo modelo, de cobrança por qualquer tipo de tráfego gerado, não seria aceito mesmo nos mais flexíveis modelos de regulação da neutralidade da rede. A exigência de pagamento pela geração de tráfego importa reconhecer que, não havendo pagamento, o tráfego será bloqueado. Como visto no capítulo anterior, um dos pontos comuns às experiências examinadas é justamente a vedação ao bloqueio de CSA, salvo por razões técnicas associadas à segurança da rede, do serviço e do usuário. Nesse sentido, vale aqui resgatar a seguinte consideração da FCC ao aprovar normas de neutralidade da rede: “À medida que um provedor de conteúdo, aplicação ou serviço puder evitar ser bloqueado tão somente pelo pagamento de uma remuneração, a cobrança dessa remuneração não será permitida de acordo com essas regras⁵⁸.”

Os dois últimos modelos não envolvem o bloqueio ou discriminação arbitrária de CSA, mas admitem que alguns CSA tenham desempenho superior, mediante pagamento por priorização de tráfego. Como já visto na seção anterior, tais modelos podem ser compatíveis com as exigências da liberdade de expressão, desde que seja garantido adequado desempenho aos CSA não priorizados. Os autores do estudo acima citado entendem que essa garantia está subjacente em um mercado competitivo, hipótese nem sempre presente, especialmente no caso brasileiro. Dessa forma, a alternativa aqui considerada foi a implementação de uma

⁵⁸ “*To the extent that a content, application, or service provider could avoid being blocked only by paying a fee, such a fee would not be permissible under these rules*” (ESTADOS..., 2010a, p. 17943-17944, tradução livre do autor).

regulação de qualidade, que seja apta a garantir um nível adequado e isonômico de desempenho para todos os CSA. Não há garantia, contudo, de que, em um cenário como esse, as receitas adicionais pela priorização de tráfego sejam suficientes para cobrir as necessidades de financiamento projetadas para os próximos anos sem que se tenha de recorrer a aumento dos preços cobrados dos usuários finais.

CONCLUSÕES

O presente trabalho teve como objeto de estudo as propostas de regulação da neutralidade da rede no Brasil, especificamente a proposta de alteração da regulamentação do SCM, proposta pela Anatel por meio da Consulta Pública nº 45, de 2011, e o Projeto de Lei nº 2.126, de 2011, referente ao Marco Civil da Internet. Para o exame dessas propostas escolheu-se como parâmetro de avaliação o princípio da liberdade de expressão, expressamente protegido pela Constituição de 1988. Essa avaliação foi feita com base nos conceitos e pressupostos metodológicos da AED. O objetivo fundamental proposto para este estudo foi o de verificar se a regulamentação da neutralidade da rede é medida necessária e adequada para proteger a liberdade de expressão na internet.

O marco teórico utilizado para a avaliação que se pretendeu realizar foi a AED. Os principais conceitos e os pressupostos metodológicos dessa abordagem do direito foram expostos no Capítulo 1. Também foram examinadas algumas das principais limitações da metodologia empregada pela AED. Concluiu-se, no entanto, que, apesar dessas limitações, a AED apresenta-se como uma ferramenta válida para o estudo do direito, dado que possui relativo poder de explicação e previsão de comportamentos, mesmo fora dos contextos de mercado. No mesmo capítulo, também foi brevemente apresentada a teoria econômica dos direitos de propriedade, que se mostrou necessária, tendo em vista tratar-se a imposição da neutralidade da rede de uma limitação ao direito de propriedade sobre as redes de telecomunicações.

O Capítulo 2 foi dedicado ao estudo do parâmetro de avaliação das propostas de regulação da neutralidade de rede, qual seja, o princípio da liberdade de expressão. Nesse esforço, foram descritas algumas das abordagens teóricas relativas a esse princípio. Observou-se que, além da dimensão de direito individual, a liberdade de expressão também é uma garantia necessária para o adequado funcionamento do regime democrático. Essa dimensão, por sua vez, tem justificado algumas propostas de regulamentação desse direito, com o objetivo de assegurar o pluralismo político e a diversidade de opiniões, bem como para evitar que grupos minoritários sejam completamente marginalizados do debate público. Em estudo

especialmente voltado ao julgamento da ADPF nº 130, observou-se como algumas dessas teorias foram tratadas em diferentes votos proferidos em discussão acerca dos limites da regulamentação da liberdade de expressão nos termos da CF de 1988.

O Capítulo 2 também teve a finalidade de definir um conceito de liberdade de expressão, necessário para que se tivesse uma definição do parâmetro a ser utilizado na avaliação das propostas de regulação da neutralidade da rede. Diante das diferentes variantes teóricas sobre a matéria, a mera enunciação do princípio não seria suficiente para os fins deste trabalho. Era necessário definir o que se entende por liberdade de expressão. Nessa tarefa, buscou-se na obra de Jack Balkin (2004, 2008) um conceito especificamente formulado a partir das características do discurso no mundo virtual. Com base nas considerações daquele autor, chegou-se a um conceito de liberdade de expressão que compreende a proteção das condições necessárias para a formação de uma cultura democrática. Isso significa que o que deve ser protegido é a capacidade de o indivíduo participar do processo de formação da cultura de sua comunidade, que, por sua vez, também molda a identidade do indivíduo. Para tanto, ele deve ter não só a prerrogativa de participar dos debates políticos travados no seio da coletividade, mas também o direito de disseminar conteúdos, de interagir e trocar ideias, de criar sobre conteúdos já existentes, enfim, de participar na formação do conhecimento. A escolha desse conceito fundou-se em sua especificidade para o ambiente da internet, assim como em sua capacidade de propiciar a plena realização do potencial dessa nova plataforma tecnológica.

O Capítulo 3 teve como objetivo descrever o debate da neutralidade da rede, o que se fez primordialmente pela análise dos processos, já concluídos ou em fase de discussão, de regulamentação da matéria em outros países. Primeiramente, no entanto, foram apresentadas as linhas básicas do debate, que reflete uma tensão entre operadores de redes de telecomunicações e provedores de CSA. A expansão do acesso à internet em banda larga e a utilização cada vez mais intensiva de conteúdos, serviços e aplicações inovadores oferecidos por meio da internet induzem um forte aumento no tráfego, que deve ser suportado pela infraestrutura física da internet. Esse aumento de tráfego é fortemente influenciado pela crescente utilização de aplicações de uso intensivo de rede, como jogos e aplicações de vídeo.

O aumento do tráfego projetado para os próximos anos cria uma natural pressão sobre a infraestrutura existente, e exige investimentos adicionais como forma de evitar o congestionamento e a queda de qualidade dos serviços. Esses investimentos, evidentemente, demandam correspondentes fontes de financiamento que, mantido o atual modelo de negócios, consistem basicamente nos usuários finais de serviços de acesso à internet em banda larga. Algumas alternativas em debate contemplam a exploração dos provedores de CSA como fontes adicionais de receita, mediante cobranças pelo direito de passagem de seu conteúdo ou por níveis diferenciados de qualidade de transmissão.

Tais modelos, no entanto, podem envolver o bloqueio ou a discriminação de determinados CSA, o que não é admitido pelo princípio geral da neutralidade da rede, que estabelece que qualquer tipo de conteúdo, serviço ou aplicação deve ser tratado de forma isonômica, independentemente da origem, do destino ou dos equipamentos terminais utilizados para sua geração ou consumo. Esses comportamentos também suscitam preocupações quanto à preservação da liberdade de expressão na internet, pois, de acordo com o conceito adotado para os fins deste trabalho, esta compreende a plena liberdade de acesso e geração de conteúdos por meio da internet, assim como o desenvolvimento de aplicações, serviços e plataformas para criação, consumo e circulação dos mais variados conteúdos.

Alguns incentivos para adoção de comportamentos incompatíveis com a preservação da liberdade de expressão foram identificados com apoio nas conclusões da FCC (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2010, p. 17919-17920). Primeiramente, trata-se da tentativa de excluir potenciais concorrentes, tendo em vista que alguns CSA disponíveis na internet podem concorrer direta ou indiretamente com serviços tradicionais de telecomunicações também explorados pelos operadores de serviços de acesso à internet em banda larga, como serviços de voz, de troca de mensagens ou mesmo de distribuição de conteúdo audiovisual (televisão por assinatura). Uma segunda categoria de incentivos está ligada à maximização de receita que pode ser obtida mediante a cobrança de valores adicionais dos provedores de CSA para garantir que seus sinais não sejam bloqueados ou degradados a ponto de comprometer seu adequado funcionamento. Por fim, com base nessas cobranças adicionais, o tráfego não pagante pode sofrer

degradação proposital, como forma de indução à adesão aos sistemas de pagamento.

Esses incentivos se mostram mais presentes caso atendidas certas condições examinadas pelo ORECE em relatório sobre práticas de discriminação de tráfego nos mercados europeus (UNIÃO EUROPEIA, 2012c). A primeira delas é a existência de PMS, o que ocorre em mercados pouco competitivos. Um mercado competitivo, ressaltou-se, não se caracteriza tão somente pela existência de diversos competidores. É também necessário que os usuários tenham informação adequada sobre as diferentes ofertas disponíveis e que possam migrar de um prestador para outro com relativa facilidade, sem incorrer em custos excessivos. Outro fator importante é a existência de integração vertical no mercado, observada quando os operadores das redes de acesso são também prestadores de serviços de telecomunicações de varejo ao usuário final.

O Capítulo 3, além de descrever algumas das diversas implicações do debate sobre a neutralidade da rede, teve também a finalidade de expor as iniciativas brasileiras de regulação da matéria. Nesse esforço, além daquelas mais notáveis – regulamentação do SCM pela Anatel e Projeto de Lei do Marco Civil da Internet – também foi identificada a imposição desse dever, pela Anatel, em autorização de operação de aquisição de prestadora de serviços de telecomunicações – compra da Brasil Telecom pela Telemar Norte Leste. Paralelamente, também foi relatado que a neutralidade constitui um dos princípios para a governança e uso da internet no Brasil aprovados pelo CGLbr. Adicionalmente, foi possível observar, a partir das contribuições apresentadas na Consulta Pública nº 45, de 2011, da Anatel, os posicionamentos adotados pelos diferentes agentes do mercado em relação à proposta de regulamentação da neutralidade da rede. Ao passo que os prestadores de serviços de telecomunicações, inclusive por meio de suas entidades representativas, demandam maior flexibilidade para a exploração de novos modelos de negócios - o que inclui a diferenciação de custos, preços e priorização por tipo de tráfego - usuários e entidades de defesa do consumidor requerem maior detalhamento das práticas de gerenciamento de tráfego permitidas.

O último capítulo teve como objetivo o enfrentamento do problema de pesquisa. Para tanto, a proposta de trabalho foi examinar os incentivos e as condições para adoção de condutas incompatíveis com o respeito à liberdade de expressão, dentro das premissas conceituais adotadas neste estudo, existentes nos principais mercados de acesso à internet em banda larga, quais sejam, os mercados do SCM e do SMP.

No mercado de SCM, observou-se relativo grau de concentração, derivado principalmente da concentração do mercado de redes de acesso para transmissão de dados. Observou-se que essas redes constituem ativo de difícil ou mesmo impossível duplicação no curto prazo, o que constitui importante barreira à entrada de novos investidores. Essas redes são predominantemente controladas pelas concessionárias do STFC oriundas do processo de privatização das antigas operadoras estatais de telefonia, que, juntas, controlam mais de 50% do mercado nacional de SCM.

O mercado de SCM também se mostra verticalmente integrado, pois, como foi observado, todas as grandes operadoras do serviço também exploram direta ou indiretamente, por meio de empresas do mesmo grupo econômico, outros serviços de telecomunicações, como telefonia fixa e televisão por assinatura.

Existem regras de transparência, aprovadas pela Anatel, que impõem às operadoras o dever de informarem a seus usuários sobre as características do serviço. Pela regulamentação atual, são proibidas as cláusulas de fidelidade, que podem dificultar a rescisão do contrato e a migração do usuário para outro prestador concorrente. Esse cenário, no entanto, tende a mudar caso a nova regulamentação do serviço, apresentada na Consulta Pública nº 45, de 2011, seja aprovada por aquela agência reguladora. Não só serão permitidas as cláusulas de fidelidade, como também serão reguladas as ofertas conjuntas do SCM com outros serviços de telecomunicações, os populares “combos”. Nesse último caso, o usuário recebe vantagens pela contratação de outros serviços. Portanto, caso venha a rescindir seu contrato de banda larga, poderá perder essas vantagens ou mesmo ter os preços dos demais serviços contratados reajustados. Impende ressaltar, no entanto, que a Anatel também estabeleceu indicadores e metas de qualidade para o SCM, o que pode assegurar algum grau mínimo de desempenho de rede disponível, de forma

isonômica, para todos os interessados. O sistema de controle das metas de qualidade, no entanto, ainda não está plenamente em operação.

Com base nessa avaliação, concluiu-se que o mercado de SCM apresenta os incentivos e as condições adequadas à adoção de comportamentos de bloqueio ou discriminação de CSA, incompatíveis com a preservação da liberdade de expressão na internet.

Já quanto ao mercado de SMP, observou-se que apresenta relativo grau de concentração. As operadoras desse serviço são verticalmente integradas na exploração de redes móveis, vez que também operam serviços de voz e de troca de mensagens. Algumas regras de transparência foram impostas a essas operadoras, assim como parâmetros de qualidade para transmissão de dados, ainda que, neste último caso, em menor extensão e detalhamento do que aqueles aplicáveis para o SCM. Quanto à facilidade para troca de prestadores, observou-se que, apesar da implantação da portabilidade do código de acesso, uma importante barreira dificulta ou mesmo impede que um usuário insatisfeito venha a migrar para outra prestadora. Trata-se de prática comum de mercado consistente na fixação de preços para chamadas dirigidas a usuários de outras prestadoras em patamar significativamente superior àquelas terminadas na rede da mesma prestadora. Nesse cenário, o usuário tende a permanecer na mesma prestadora utilizada pela maioria de seus contatos, sejam familiares ou profissionais. Outrossim, cabe ressaltar que, no SMP, são expressamente admitidas as cláusulas de fidelização, desde que associadas à concessão de algum benefício ao usuário e limitadas ao prazo máximo de doze meses.

A partir dessas considerações, concluiu-se que também no mercado de SMP estão presentes incentivos e condições propícios à adoção de práticas de bloqueio e discriminação de CSA incompatíveis com a preservação da liberdade de expressão na internet.

Portanto, vez que nos dois mercados examinados podem ser identificados incentivos e condições que induzem a adoção de práticas de bloqueio ou discriminação de tráfego incompatíveis com a preservação de um ambiente de plena liberdade de acesso, troca, geração e disseminação das mais diversas espécies de conteúdos, serviços e aplicações, mostra-se necessário algum grau de

intervenção regulatória para evitar que essas condutas sejam adotadas pelos agentes envolvidos.

Identificada a necessidade, em termos genéricos, de regulação, cabe verificar qual a extensão da intervenção requerida. No caso em análise, é preciso determinar se todas as práticas de bloqueio ou discriminação de tráfego devem ser proibidas, ou se existem alternativas mais flexíveis. Nos modelos analisados, bem como nas propostas em discussão no Brasil, são permitidos procedimentos de gerenciamento de redes voltados à garantia da segurança e integridade das redes, do serviço e dos usuários. Ataques maliciosos ou programas de computador potencialmente danosos (vírus) podem ser legitimamente bloqueados pelos operadores, diante do dano que podem causar.

Outra prática de discriminação de tráfego, no entanto, suscita maior discussão. Trata-se da possibilidade de que sejam oferecidos, aos provedores de CSA, níveis diferenciados de desempenho, mediante pagamentos adicionais. Ao examinar essas práticas, a FCC ponderou que elas dificilmente poderiam ser admitidas, por uma série de motivos, dos quais são destacados: a) os valores potencialmente excessivos e conseqüentemente ineficientes desses pagamentos, tendo em vista que os operadores de redes de telecomunicações não internalizariam integralmente os custos que essa prática teria em relação à diminuição de incentivos à inovação no desenvolvimento de novos CSA; b) os custos de transação que teriam de ser incorridos pelos provedores de CSA na celebração de acordos bilaterais com cada operador de rede de telecomunicações; c) os prejuízos especialmente graves que poderiam ser causados aos provedores de CSA sem finalidade comercial; d) os incentivos à degradação do tráfego não pagante, como forma de indução à adesão aos modelos de pagamento por priorização (ESTADOS..., 2010a, p. 17947).

Algumas dessas objeções podem ser afastadas caso certas condições sejam atendidas. Essas condições estão associadas à garantia de uma rede de uso comum de desempenho adequado, garantido de forma isonômica a todos os provedores de CSA. Esse objetivo pode ser alcançado caso essa rede de uso comum esteja submetida aos princípios básicos da neutralidade – vedação ao bloqueio ou discriminação arbitrária de qualquer tipo de tráfego – e sujeita a

parâmetros e metas objetivas de qualidade, aptas a assegurar um desempenho minimamente razoável, de forma isonômica, a todos os interessados.

Nessa hipótese, haveria um limitador natural para o valor das cobranças por níveis diferenciados de qualidade, vez que essas seriam inviáveis caso superiores aos ganhos marginais percebidos com o desempenho diferenciado. Os custos de transação não diminuiriam, mas seriam suportados apenas pelos provedores de CSA interessados em diferenciais de qualidade, desde que, em conjunto com a remuneração devida aos operadores de rede, não fossem superiores aos ganhos marginais obtidos com a melhoria do desempenho. Os provedores não comerciais, por sua vez, teriam à disposição uma rede de uso comum, em regime de melhores esforços, com um desempenho mínimo garantido e previamente conhecido. Por derradeiro, a degradação do tráfego não priorizado encontraria limite nos padrões de desempenho estabelecidos pela regulamentação.

Portanto, atendidas essas condições, não se mostra necessária a proibição de modelos de pagamento por priorização de tráfego, vez que garantidas condições minimamente adequadas para a inovação e o desenvolvimento de novos CSA e, portanto, para a preservação da liberdade de expressão na internet.

Estabelecida a necessidade de intervenção regulatória, bem como de seus limites, cabe indagar a respeito da adequação das normas propostas à finalidade ora vislumbrada, qual seja, a proteção da liberdade de expressão na internet. Como observado na seção 4.3, a regulamentação da neutralidade da rede, mediante a vedação ao bloqueio ou à discriminação de tráfego, ataca diretamente as condutas incompatíveis, motivo pelo qual deve ser tida como adequada.

No entanto, a medida da adequação não reside tão somente no conteúdo intrínseco da norma, mas também no cenário institucional responsável por assegurar sua eficácia social. Nesse sentido, observou-se que, por força do disposto na Lei nº 9.472, de 1997, a fiscalização da conduta das prestadoras de serviços e operadoras de redes de telecomunicações é atribuição da Anatel. Portanto, eventuais comportamentos desviantes das regras de neutralidade deverão ser apurados e punidos por aquela agência reguladora. No entanto, com base em auditoria do TCU e relatório da AGU (este último veiculado em matéria jornalística), observou-se que a Anatel apresenta relevantes falhas em seus processos de

apuração de infrações e aplicação de sanções. O excesso de instâncias recursais torna o processo moroso na esfera administrativa. Além disso, o valor das multas efetivamente cobradas dos infratores é significativamente inferior ao das multas aplicadas. Portanto, diante das deficiências da entidade administrativa responsável pela aplicação de eventuais normas relativas à neutralidade da rede, estas podem não produzir o resultado desejado.

Em outra vertente, avaliou-se que as redes móveis podem requerer um tratamento diferenciado. Nesse sentido, foi observado que a expansão de tais redes depende não apenas dos investimentos realizados pelos operadores privados, mas também da disponibilidade de faixas de radiofrequência administradas pela União por meio da Anatel. Além disso, as tecnologias móveis para transmissão de dados em alta velocidade ainda estão em estágio inicial de evolução. As faixas de radiofrequência destinadas às tecnologias mais modernas, de quarta geração, foram recentemente licitadas pela Anatel. As redes ainda se encontram em estágio de implantação, processo que, pelo cronograma estabelecido pela agência reguladora do setor, somente será concluído em 2017. Razões semelhantes também levaram a FCC a adotar regulação mais flexível para as redes móveis.

Estabelecida a necessidade de regulação da neutralidade de rede como forma de garantir a liberdade de expressão na internet e verificadas as limitações de sua adequação para o alcance desse objetivo, resta avaliar os potenciais custos que essa regulação pode acarretar. Para tanto, partiu-se da premissa de que a neutralidade da rede constitui uma limitação ao direito de propriedade das redes de telecomunicações. Com base nas ideias de Elinor Ostrom (2000), que analisa a propriedade como um conjunto de direitos, concluiu-se que a neutralidade afeta os direitos de exclusão (direito de definir que pode ter acesso ao bem) e de gestão (administração do bem e seu melhoramento ou reforma por meio de benfeitorias).

Na abordagem dos custos inerentes às diferentes alternativas de regulação, relatou-se, primeiramente, as expectativas de crescimento do tráfego de dados na internet nos próximos anos. Além disso, com base em estudo elaborado por Page, Rossi e Rand (2010), foram expostas as necessidades adicionais de

receita que deverão ser auferidas para fazer frente aos investimentos demandados pelo aumento projetado do tráfego.

Com base nesse contexto, foram feitas algumas ilações quanto aos impactos de diferentes opções regulatórias. Primeiramente, observou-se que a adoção de uma regulação rígida, em que não são admitidos procedimentos de gerenciamento de tráfego além daqueles necessários para assegurar a segurança e a integridade das redes, do serviço e dos usuários, resulta em imposição de aumento de custos aos usuários finais, vez que outras fontes de receita, notadamente os provedores de CSA, não podem ser exploradas. Esse cenário mostra-se prejudicial à expansão do acesso a serviços de internet em banda larga e ao desenvolvimento de novos CSA no futuro, tendo em vista a restrição da base de potenciais usuários.

Uma segunda alternativa, baseada na tarifação de todo tipo de tráfego gerado, foi descartada por ser incompatível com a preservação da liberdade de expressão na internet. Além de criar barreiras à entrada de novos CSA, especialmente aqueles sem finalidade comercial, essa alternativa implica aceitar o bloqueio do tráfego não pagante.

Duas outras alternativas baseiam-se na oferta de níveis diferenciados de desempenho aos provedores de CSA, mediante remuneração. Essas opções podem mostrar-se compatíveis com a preservação da liberdade de expressão na internet, desde que sejam atendidas determinadas condições. A principal delas é a garantia de uma rede neutra e com padrões mínimos de qualidade assegurados, disponível, de forma isonômica, para todos os usuários e provedores de CSA. Dessa forma, preserva-se um espaço de liberdade para inovação em CSA e para a livre troca de informações entre os usuários de internet, sem impedir que eventuais interessados possam ter à disposição níveis diferenciados de desempenho, mediante remuneração. Essa solução, em tese, alia a preservação da liberdade de inovação e de circulação de conteúdos na rede, com a possibilidade de exploração de fontes adicionais de receita junto aos provedores de CSA.

Algumas ressalvas, no entanto, são necessárias. Primeiramente, é preciso que existam instituições efetivamente capazes de garantir a eficácia das normas de neutralidade. Em outros termos, o sucesso do modelo depende, entre

outros fatores, de um contexto institucional apto a prevenir condutas desviantes do padrão estabelecido. Deve haver, portanto, instituições e mecanismos capazes de assegurar que a neutralidade e os padrões mínimos de desempenho das redes de uso comum sejam efetivamente observados. Essa condição pode não estar presente no caso brasileiro, dadas as limitações enfrentadas pela Anatel na aplicação da regulamentação do setor de telecomunicações.

Outra ressalva necessária é a de que esse modelo pode não garantir que sejam obtidas as receitas adicionais requeridas pelos novos investimentos, sem aumentos de custos para os usuários. Com efeito, uma vez que a adesão aos modelos de pagamento por priorização é opcional, seu sucesso estará vinculado ao diferencial de qualidade oferecido em relação à rede de uso comum, à remuneração exigida e aos custos de transação envolvidos na celebração dos diferentes contratos.

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Renata; BORBA, Julia. Anatel cobra dívida de R\$ 25 bi de teles. *Folha de S. Paulo*. 09/12/2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1198267-anatel-cobra-divida-de-r-25-bi-de-teles.shtml>. Acesso em: 10/12/2012.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, estado e sociedade*. v. 9; n. 29; p. 79-68; 2006.

ANDERSON, Simon; MCLAREN, John. *Media mergers and media bias with rational consumers*. Charlottesville: University of Virginia, 2009. Disponível em: www.virginia.edu/economics/Workshops/papers/anderson/bias/murdoch090209final.pdf. Acesso em 21/12/2009.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES. *O desempenho do setor de telecomunicações no Brasil: séries temporais, 1º semestre de 2012*. 2012. Disponível em: http://www.telebrasil.org.br/component/docman/doc_download/843-o-desempenho-do-setor-de-telecom-series-temporais-1-trimestre-2012?Itemid=. Acesso em: 30/10/2012.

BALKIN, Jack M. Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society. *New York University law review*. v. 79, n. 1, p. 1-55, 2004.

_____. The future of free expression in a digital age. *Pepperdine law review*. v. 36, p. 101-118, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção no novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAYMA, Israel Fernando de Carvalho. A concentração da propriedade de meios de comunicação e o coronelismo eletrônico no Brasil. *Revista electrónica internacional de economía de las tecnologías de la información y de la comunicación*. v. 3, n. 3, 2001, p. 141-171. Disponível em: www.eptic.he.com.br. Acesso em 19 dez. 2009.

BINEMBOJN, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*. n. 5, 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/meios-de-comunicacao-de-massa-pluralismo-e-democracia-deliberativa-as-liberdades-de-expressao-e-de-imprensa-nos-estados-unidos-e-no-brasil>. Acesso em: 17/10/2012.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. *O direito da comunicação e da comunicação social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. *Análise nº 130/2008-GCER, de 12 de dezembro de 2008*. Conselheira Emília Maria Silva Ribeiro Curi. 2008. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalRedireciona.do?caminhoRel=In%EDcio->

[Biblioteca-Apresenta%E7%E3o&codigoDocumento=221865](#). Acesso em: 15/11/2012.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. *Análise nº 398/2011-GCER, de 22 de julho de 2011*. Conselheira Emília Maria Silva Ribeiro Curi. 2011a. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalRedireciona.do?caminhoRel=In%EDcio-Biblioteca-Apresenta%E7%E3o&codigoDocumento=263351>. Acesso em: 15/11/2012.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. *Análise nº 63/2012-GCJV, de 9 de fevereiro de 2012*. Conselheiro Jarbas José Valente. 2012. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalRedireciona.do?caminhoRel=In%EDcio-Biblioteca-Apresenta%E7%E3o&codigoDocumento=272549> Acesso em: 12/11/2012.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Consulta Pública nº 45, de 8 de agosto de 2011. *Relatório de Contribuições Recebidas*. 2011b. Disponível em: <http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Relatorios/carregar.asp?pExpTipo=T&pCodContr=i=0&pCodProcesso=C1514&pCodTipoProcesso=1>. Acesso em: 15/11/2012.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Audiência pública: a convergência tecnológica e seus impactos concorrenciais. Procedimento Administrativo nº 08700.001638/2007-67. Relator: Cons. Luiz Carlos Delorme Prado. (s. d.) Disponível em: http://www.convergenciadigital.com.br/inf/relatorio_cade.pdf. Acesso em 19/11/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130*. Brasília: 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em 17/10/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 82.424-2*. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em 17/10/2012.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.109-Plenário, de 14 de novembro de 2006*. 2006. Disponível em: http://contas.tcu.gov.br/juris/SvlDeliberacao?termo=190092005*. Acesso em: 15/11/2012.

CHILE. *Decreto 368. Reglamento que regula las características y condiciones de la neutralidad de la red en el servicio de acceso a internet*. 2010b. Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1023845&idParte=0&idVersion=2011-03-18>. Acesso em: 16/11/2012.

_____. *Ley núm. 20.453. Consagra el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de internet*. 2010a. Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1016570&idVersion=2010-08-26>. Acesso em: 16/11/2012.

CISCO. *Cisco visual networking index: forecast and methodology, 2011-2016*. 2012. Disponível em: http://www.cisco.com/en/US/netsol/ns827/networking_solutions_sub_solution.html#~forecast. Acesso em 10/12/2012.

COASE, R. H. The lighthouse in economics. *The journal of law and economics*. v. 7, n. 2, 1974, p. 357-376.

_____. The problem of social cost. *The journal of law & economics*. v. 3, 1960, p. 1-44.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 3. ed. Reading: Longman, 2000.

DELLAVIGNA, Stefano; KAPLAN, Ethan. *The Fox News effect: media bias and voting*. NBER Working Paper Series. Working Paper 12169. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2006. Disponível em www.nber.org/papers/w12169. Acesso em 19 dez. 2009.

DEMSETZ, Harold. Toward a theory of property rights. *The american economic review*. 57, n. 2, 1967, p. 347-359.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ELKIN-KOREN, Niva; SALZBERGER, Eli M. Law and economics in cyberspace. *International review of law and economics*. n. 19; 1999; p. 553-581.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Communications Commission. *Report and order. In the matter of preserving the open internet broadband industry practices*. GN Docket 09-191. WC Docket 07-52. 2010a. Disponível em: http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1_Rcd.pdf. Acesso em: 10/10/2012.

_____. U.S. Department of Justice. Federal Trade Commission. *Horizontal merger guidelines*. 2010. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.pdf>. Acesso em: 30/10/2012.

_____. United States Court of Appeals for the District of Columbia District. *Joint brief for Verizon and MetroPCS*. USCA Case #11-1355. Document #1381604. 2012. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/98917674/Verizon-MetroPCS-Net-Neutrality-Brief-As-FILED>. Acesso em: 15/10/2012.

_____. *Veto of fairness doctrine*. Disponível em: <http://heartland.org/policy-documents/veto-fairness-doctrine>. 1987. Acesso em: 17/10/2012.

FAUTH, Luiz Fernando. Propriedade estrangeira dos novos meios de comunicação social eletrônica. *Revista de direito de informática e telecomunicações*. v. 5, n. 8, p. 39-62, 2010.

FELD, Harold. Structured to fail: ICANN and the “privatization” experiment. In: THIERER, Adam; CREWS JR., Clyde Wayne. *Who rules the net?: internet governance and jurisdiction*. Washington: Cato Institute, 2003. p. 333-362.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. The death of the law? *Cornell law review*. v. 72; n. 1; p. 1-16; 1986.

FRIEDMAN, Milton. The methodology of positive economics. In.: HAUSMAN, Daniel (ed.). *The philosophy of economics: an anthology*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 145-178.

GARÓFALO, Gilson de Lima; CARVALHO, Luiz Carlos Pereira de. *Teoria microeconômica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

GENTZKOW, Matthew; SHAPIRO, Jesse. Media bias and reputation. *Journal of political economy*. v. 114, n. 2, 2006, p. 280-316.

GIANSANTE, Moacir *et. al.* *Cadeia de valor*. Campinas: CPqD, 2004.

GICO JR., Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic analysis of law review*. v. 1; n. 1; p. 7-33; 2010.

GODOY, Arnaldo Moraes. Direito e filosofia nos Estados Unidos. *Revista de informação legislativa*. v. 41; n. 163, p. 69-83; 2004.

GONÇALVES, Pedro Costa. Regulação administrativa da internet. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*. Salvador, n. 19, 2009. Disponível em: www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-PEDRO-GONÇALVES.pdf. Acesso em 19/11/2009.

HARRISON, Jeffrey L. *Law and economics in a nutshell*. St. Paul: West Group, 2000.

HOEFLICH, M. H. Law & geometry: legal science from Leibniz do Langdell. *The american journal of legal history*. 30; p. 95-121; 1986.

JAMBEIRO, Othon. *A TV no Brasil do século XX*. Salvador: EDUFBA, 2002.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Stanford law review*. n. 50, 1998, p. 1471-1550.

KERKMEESTER, Heico. 0400 Methodology: General. In.: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of law and economics: volume I, the history and methodology of law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 383-401.

KURBALIJA, Jovan; GELBSTEIN, Eduardo. *Internet governance: issues, actors and divides*. Malta: Diplo Foundation, 2005.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. Análise econômica da propriedade intelectual. In.: TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p.357-381.

LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. *¿Ciberciudadani@ o ciudadani@.com?* Barcelona: Gedisa, 2003.

MINDA, Gary. *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end*. New York: New York University Press, 1995.

MIROW, M. C. The social-obligation norm of property: Duguit, Hayem and others. *Florida journal of international law*. v. 22, 2010, p. 191-226.

MISES, Ludwig von. *Ação humana: um tratado de economia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.

MONTEIRO, Tiago R. A viabilidade futura do modelo de negócio da internet. 56º *Painel Telebrasil*. 2012. Disponível em: <http://www.telebrasil.org.br/56-edicao>. Acesso em: 10/12/2012.

OSTROM, Elinor. 2000 Private and common property rights. In.: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Ecyclopedia of law and economics: volume II, civil law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p.332-352.

PAGE, Mark; ROSSI, Luca; RAND, Colin. *A viable future model for the internet: investment, innovation and more efficient use of the internet for the benefit of all sectors of the value chain*. Chicago: A. T. Kearney, 2010.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

ROBBINS, Lionel. *An essay on the nature and significance of economic science*. London: Macmillan, 1945.

SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Suzy dos. E-Sucupira: o coronelismo eletrônico como herança do coronelismo nas comunicações brasileiras. *Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação: e-compós*. v. 7, 2006. Disponível em www.compos.org.br/seer/index.php/e-compos/article/view/104/103. Acesso em 23 dez. 2009.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do estado. *Revista diálogo jurídico*. n. 16, 2007. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf. Acesso em: 17/10/2012.

SUTTER, Daniel. Can the media be so liberal?: the economics of media bias. *Cato Journal*. v. 20, n. 3, p. 431-451, 2001.

TAKAHASHI, Tadao. *Sociedade da informação no Brasil: livro verde*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

UNIÃO EUROPEIA. Body of European Regulators for Electronic Communications. *Differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality: draft for public consultation*. BoR (12) 31. 2012a. Disponível em: http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/public_consultati

ons/35-berec-draft-report-for-public-consultation-differentiation-practices-and-related-competition-issues-in-the-scope-of-net-neutrality. Acesso em: 15/11/2012.

_____. Body of European Regulators for Electronic Communications. *Draft BEREC guidelines on net neutrality and transparency: best practices and recommended approaches*. BoR (11) 44. 2011. Disponível em: http://berec.europa.eu/doc/berec/consultation_draft_guidelines.pdf. Acesso em: 15/11/2012.

_____. Body of European Regulators for Electronic Communications. *BEREC guidelines for quality of service in the scope of net neutrality: draft for public consultation*. BoR (12) 32. 2012b. Disponível em: http://berec.europa.eu/files/news/bor_12_32_guidelines.pdf. Acesso em: 15/11/2012.

_____. Body of European Regulators for Electronic Communications. *An assessment of IP-interconnection in the context of net neutrality: draft for public consultation*. BoR (12) 33. 2012c. Disponível em: http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/download/0/33-berec-draft-report-assessment-of-ip-inte_0.pdf. Acesso em: 15/11/2012.

_____. European Commission. Information Society and Media Directorate-General. *Report on the public consultation on “The open internet and net neutrality in Europe”*. 2010. Disponível em: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/library/public_consult/net_neutrality/report.pdf. Acesso em: 22/07/2011.

_____. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. *Directiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, que altera a Directiva 2002/12/CE relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva 2002/19/CE relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos e a Directiva 2002/20/CE relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas*. 2009a. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0037:0069:PT:PDF>. Acesso em: 12/11/2012.

_____. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. *Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro)*. 2002a. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:108:0033:0050:PT:PDF>. Acesso em 12/11/2012.

_____. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. *Directiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos do utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva serviço universal)*. 2002b. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:108:0051:0077:PT:PDF>. Acesso em: 12/11/2012.

_____. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. *Directiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, que altera a Directiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas, a Directiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas e o Regulamento (CE) nº 2006/2004 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor.* 2009b. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0011:0036:PT:PDF>. Acesso em: 12/11/2012.

_____. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. *Regulamento (CE) nº 1211/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, que cria o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eelectrónicas (ORECE) e o Gabinete.* 2009c. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0001:0010:PT:PDF>. Acesso em: 12/11/2012.

VELJANOVSKY, Cento. *The economics of law*. 2. ed. London: The Institute of Economic Affairs, 2006.

VERA, Flávia Santinoni. A análise econômica da propriedade. In.: TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 201-224.

_____. The social function of property rights in Brazil. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association annual papers*. 2006. Disponível em: <http://escholarship.org/uc/item/0tp371xs>. Acesso em: 20/09/2012.