

Vol. 4

Nº 2

2016 - Novembro

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



Neutralidade de Redes entre Regulação e Concorrência: Uma Análise da Literatura Especializada a Partir da Teoria Das Múltiplas Funcionalidades do Direito

Victor Oliveira Fernandes³²⁵

RESUMO

O Brasil tem assistido a intensos debates acerca do estabelecimento de exceções à regra geral de neutralidade de redes prevista no Marco Civil da Internet. Nessas discussões, a literatura estrangeira especializada tem se revelado a principal fonte de orientação no enfrentamento de controvérsias jurídicas e econômicas. Considerando esse cenário, o presente artigo busca demonstrar que as abordagens teóricas sobre neutralidade de redes construídas nos últimos 15 (quinze) e por nós usualmente importadas se propõem a idealizar um modelo pretensamente neutro e universal de intervenção regulatória, que esconde uma compreensão estática do fenômeno jurídico diante de transformações na ordem econômica.

Palavras-chave: Neutralidade de Redes; Teoria das Múltiplas Funcionalidades do Direito.

ABSTRACT

Brazil is currently engaged in fierce debates over the exceptions to the general provision on Net Neutrality established by the “Marco Civil da Internet” (the Brazilian Bill of Rights for Internet Users). In these discussions, the most prominent sources employed to tackle the legal and economic issues posed by the Net Neutrality principle are of foreign origin. Taking this into account, this article aims to demonstrate that the theoretical approaches to Net Neutrality (that emerged elsewhere and have been imported to Brazil over the past 15 years) idealize an allegedly neutral and universal model of regulatory intervention, which conceals a static interpretation of the legal phenomenon before prominent changes in the economic order.

Keywords: Net Neutrality; Theory of Multiples Functions of Law.

Classificação JEL: K00 – K2 – K29; L00 – L4 – L42; L00 – L5 – L51;

³²⁵ Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB) e bacharel em Direito pela mesma instituição. É Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações da Agência Nacional de Telecomunicações e atualmente no cargo de Assessor Técnico na Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Ressalta-se que as opiniões do autor expressas neste artigo não representam posicionamentos das instituições mencionadas.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Parte I: Revisão da literatura jurídica e econômica sobre neutralidade de redes; 3. Parte II: As limitações da Análise Econômica do Direito (AED) e das ideias de *Law and Finance* na definição de regras de discriminação de tráfego: um olhar a partir da Teoria das Múltiplas Funcionalidades do Direito; 4. Parte III: As possibilidades de aprofundamento da funcionalidade coordenativa do Direito no Marco Civil da Internet; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. Introdução

Em 11 de maio de 2016, foi publicado o Decreto nº 8.771, que regulamenta o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.956/14) e estabelece exceções à regra geral de neutralidade de redes prevista nesse diploma.³²⁶ O Decreto define os requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações, bem como as situações emergenciais que, a princípio, tornariam lícita a discriminação ou degradação de tráfego.³²⁷ O texto atribui à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) competência para regulamentar e apurar as violações às regras de neutralidade,³²⁸ destacando também a competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) para apurar eventuais infrações à ordem econômica decorrentes dessas

³²⁶ O art. 9º do Marco Civil da Internet estabeleceu 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 aplicação”. O § 1º desse dispositivo, porém, remeteu à regulamentação por decreto presidencial a definição pormenorizada das hipóteses de exceção à regra geral de discriminação de tráfego: “a discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de: I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e II - priorização de serviços de emergência”.

³²⁷ Tais definições encontram-se nos arts. 5º, § 1º, e 8º do Decreto nº 8.771/16: “os requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações devem ser observados pelo responsável de atividades de transmissão, de comutação ou de roteamento, no âmbito de sua respectiva rede, e têm como objetivo manter sua estabilidade, segurança, integridade e funcionalidade. § 1º Os requisitos técnicos indispensáveis apontados no caput são aqueles decorrentes de: I - tratamento de questões de segurança de redes, tais como restrição ao envio de mensagens em massa (spam) e controle de ataques de negação de serviço; e II - tratamento de situações excepcionais de congestionamento de redes, tais como rotas alternativas em casos de interrupções da rota principal e em situações de emergência e Art. 8º “a degradação ou a discriminação decorrente da priorização de serviços de emergência somente poderá decorrer de: I - comunicações destinadas aos prestadores dos serviços de emergência, ou comunicação entre eles, conforme previsto na regulamentação da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel; ou II - comunicações necessárias para informar a população em situações de risco de desastre, de emergência ou de estado de calamidade pública”.

³²⁸ O art. 5º, § 2º, do Decreto nº 8.771/16 estabelece que: “a Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel atuará na fiscalização e na apuração de infrações quanto aos requisitos técnicos elencados neste artigo, consideradas as diretrizes estabelecidas pelo Comitê Gestor da Internet – CGIbr”.

condutas,³²⁹ além da competência da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacom) para assegurar o cumprimento dos direitos dos consumidores.³³⁰

Embora o ato normativo consigne diretrizes gerais para o controle dos atos de discriminação de tráfego, a definição precisa dos limites da licitude dessas condutas estará sujeita à eventual regulamentação específica da Anatel, além do enquadramento *ex post* por parte da autoridade antitruste. No enfrentamento das controvérsias ainda remanescentes, é factível que, tal qual ocorreu nas fases de elaboração legislativa,³³¹ a literatura jurídica e econômica especializada influencie a tomada de decisões das entidades responsáveis pela fiscalização do cumprimento da regra de neutralidade. Daí ser pertinente examinar os pressupostos teóricos dos principais trabalhos desenvolvidos sobre o tema nos últimos 15 (quinze) anos, a fim de identificar como a relação entre Direito e Economia neles está sendo pensada.

O diagnóstico do presente artigo é de que parcela significativa desses trabalhos preocupa-se quase que exclusivamente em investigar as possíveis repercussões econômicas das regras de não discriminação de tráfego, demonstrando uma nítida aproximação com perspectivas tradicionais de Análise Econômica do Direito (AED)³³² e, em certa medida, com as ideias de *Law and Finance*.³³³

Com o intuito de expor as limitações dessas correntes jurídico-econômicas, nosso objetivo é demonstrar que os principais estudos sobre neutralidade de redes, a serem analisados, idealizam modelos pretensamente neutros e universais de intervenção regulatória, os quais escondem uma visão estática do ordenamento jurídico diante das transformações na ordem econômica.

³²⁹ O art. 19 do Decreto nº 8.771/16 prevê que “a apuração de infrações à ordem econômica ficará a cargo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011”.

³³⁰ O art. 18 do Decreto nº 8.771/16 prevê que: “a Secretaria Nacional do Consumidor atuará na fiscalização e na apuração de infrações, nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990”.

³³¹ A respeito das influências da literatura internacional sobre neutralidade de redes no Brasil, J. Gregory Sidak defende que o debate público sobre neutralidade de redes no cenário nacional tem sido fortemente influenciado pelas abordagens teóricas da academia norte-americana. O autor sustenta, de forma crítica, que “os defensores da neutralidade de rede no Brasil têm invocado as teorias desenvolvidas por Tim Wu e Lawrence Lessig, compartilhando uma visão utópica da tecnologia e míope em relação à ordem econômica privada nacional” (tradução livre) (SIDAK, J. Gregory, *The Fallacy of Equal Treatment in Brazil’s Bill of Right for Internet Users*, *Revista Direito GV*, v. 8, n. 2, p. 651–676, 2012, p. 653).

³³² Na Parte III deste trabalho será oportunamente esclarecido o sentido em que a expressão “Análise Econômica do Direito (AED)” está sendo empregada.

³³³ Também na Parte III, será explicado o significado da expressão “*Law and Finance*” para os fins propostos no presente artigo.

Para alcançar o objetivo proposto, o texto será dividido em 3 (três) partes. Na Parte I, realizar-se-á uma breve revisão da literatura especializada, esclarecendo que luzes esses estudos podem lançar sobre o debate regulatório. Na Parte II, será feita uma breve incursão pelo marco teórico eleito, a Teoria das Múltiplas Funcionalidades do Direito, desenvolvida na obra de Curtis Milhaupt e Katharina Pistor,³³⁴ expondo-se as limitações dos pressupostos normativos da Análise Econômica do Direito (AED), identificados nos trabalhos analisados na Parte I. Já na Parte III, serão exemplificadas algumas possibilidades de aprofundamento da funcionalidade coordenativa do Direito no Marco Civil da Internet e no Decreto nº 8.771/16. Por fim, será delineada uma breve conclusão sobre os assuntos explorados no presente trabalho.

Em busca de um consenso semântico

Antes de se adentrar na parte material deste artigo, é inicialmente necessário aclarar em que sentidos as seguintes expressões serão empregadas:

- **Neutralidade de Rede:** a expressão tem assumido, pelo menos, 5 (cinco) acepções distintas, quais sejam (i) não interferência no conteúdo trafegado; (ii) liberdade dos usuários finais; (iii) política transparente de gestão de dados; (iv) proibição de cobrança de usuários finais ou de provedores de conteúdo ou ainda (v) não diferenciação de pacotes. No presente artigo, iremos nos referir à expressão, em regra, no sentido (v). Em todo o caso, porém, deixaremos claro em que sentido ela está sendo empregada.
- **Provedores de Acesso à Internet:** são empresas prestadoras de serviços de telecomunicações que, por delegação administrativa, oferecem acesso à rede de internet a usuários finais – seja na modalidade de banda larga fixa (Serviço de Comunicação Multimídia – SCM),³³⁵ seja na

³³⁴ Conforme será analisado, Curtis Milhaupt e Katharina Pistor defendem que o direito deve ser pensado a partir de funcionalidades alternativas, além da típica definição de direitos de propriedade e de *enforcement* contratual. As autoras sustentam então que, conquanto seja indiscutível a importância da função de proteção (*protection*) de direitos privados no sistema jurídico, a razão de ser do direito nas sociedades capitalistas não pode se resumir a tal funcionalidade. (MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina, *Law and Capitalism: What Corporate Crises Reveal About Legal Systems and Economic Development Around The World*, 1 Ed. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2008, p. 31).

³³⁵ O art. 3º da Resolução nº 614/2013 da Anatel define que: “o SCM 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, permitindo inclusive o provimento de conexão à internet, utilizando quaisquer meios, a Assinantes dentro de uma Área de Prestação de Serviço.”.

modalidade de internet móvel (Serviço Móvel Pessoal – SMP)³³⁶ – por meio de Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI) integrante de seu grupo econômico.³³⁷

- **Serviços *Over The Top* (OTT Services):** são serviços de valor adicionado que acrescentam a um serviço de internet fixa ou móvel, que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações. Como exemplo desse serviço, podemos citar os populares aplicativos de internet. **Fonte:** elaboração própria

2. Parte I: Revisão da literatura jurídica e econômica sobre neutralidade de redes

Examinando os últimos 15 (quinze) anos de produção acadêmica sobre neutralidade de redes, verifica-se que parcela considerável dos estudos aproxima as transações econômicas que se desenvolvem na internet a um mercado de duas pontas.³³⁸ Essa configuração foi desenvolvida por Nicholas Economides e Joachim Tåg e repercutiu nos demais trabalhos sobre o tema.³³⁹

No formato proposto, de um lado se postam os usuários finais de internet fixa ou móvel e, na outra ponta, os chamados prestadores de serviços *Over The Top* (OTT), como Facebook, Gmail, Youtube, entre outros. No controle da plataforma central, situam-se os Provedores de Acesso à Internet (*Internet Service Provider* – ISP), que podem cobrar tanto dos usuários finais, pelo acesso à rede, quanto dos provedores de conteúdo, pela movimentação dos seus dados. No regime de neutralidade de redes, os Provedores de

³³⁶ O art. 4º da Resolução nº 477/2007 da Anatel estabelece que: “Serviço Móvel Pessoal - SMP é o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre Estações Móveis e de Estações Móveis para outras estações, observado o disposto neste Regulamento”.

³³⁷ Na regulação de telecomunicações brasileira, embora se conceba a figura do Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI) independente, fato é que este agente de mercado não possui condições para, sozinho, discriminar o tráfego. Isso porque esses provedores independentes apenas conectam os usuários às redes mantidas pelos prestadores de SCM ou SMP. Logo, não nos aproveitaria – num debate sobre discriminação de tráfego – tratarmos de agentes que não possuem condição técnica de discriminá-lo. Por esse motivo, optamos por falar genericamente de provedores de internet, enquanto aqueles que prestam o serviço e que possuem em sua estrutura um PSCI próprio.

³³⁸ Tal diagnóstico é feito por Alissa Cooper. A autora indica que “embora isso não seja dito de forma explícita, muito do debate sobre neutralidade de rede tem se centrado em modelos em que os provedores de acesso à internet taxam os provedores de aplicativos pela priorização do tráfego e, ao mesmo tempo, os usuários finais pelo acesso à rede, enxergando a internet como um mercado de duas pontas. Na literatura especializada, várias configurações desse tipo de mercado têm sido desenvolvidas, com resultados diversos que mostram efeitos positivos, negativos ou ambíguos sobre o bem estar do consumidor, a depender dos parâmetros utilizados na pesquisa” (tradução livre) (COOPER, Alissa, *How Regulation and Competition Influence Discrimination in Broadband Traffic Management: A Comparative Study of Net Neutrality in the United States and the United Kingdom*, University of Oxford, 2013, p. 34).

³³⁹Cf. ECONOMIDES, Nicholas; TÅG, Joacim, *Network neutrality on the Internet: A two-sided market analysis*, Information Economics and Policy, v. 24, n. 2, p. 91–104, 2012.

Acesso à Internet estariam impedidos de cobrar dos aplicativos ou dos usuários pela priorização de tráfego. Já num cenário sem regras de neutralidade, tal cobrança seria lícita.³⁴⁰ A figura abaixo sistematiza o modelo representado pelos autores:

Figura 1: representação simplificada do modelo de mercado de duas pontas apresentado em ECONOMIDES e TÅG, 2012.



Fonte: elaboração própria

Essa aproximação de mercado é útil para demonstrar como podem surgir os incentivos à discriminação de tráfego. Principalmente quando no mercado atuam prestadores de serviços OTT que oferecem serviços substitutivos ou análogos aos tradicionalmente prestados no setor de telecomunicações (como serviços típicos de voz e dados), tais incentivos começam a se fazer tangíveis.

É o que ocorre, por exemplo, com os serviços de *Voice-over-Internet-Protocol* (VoIP) que, em certa medida, substituem as ligações de telefonia móvel. Nesses casos, os prestadores de VoIP – tal como ocorrem com os demais aplicativos que utilizam uma base de internet – só podem chegar aos consumidores finais se estiverem conectados à plataforma. Por outro lado, os prestadores de internet móvel, que tradicionalmente prestam serviço de voz e dados (como ligações telefônica e mensagens de textos), teriam hipoteticamente o interesse de bloquear ou tornar mais lenta a transmissão de dados dos serviços VoIP. Os Provedores de Acesso à Internet, portanto, atuariam como uma infraestrutura essencial de acesso de usuários finais a um mercado complementar de bens

³⁴⁰ Simulando dois cenários – um em que o provedor de internet é monopolista e outro em que há duopólio na plataforma – os autores concluem então que, em ambos, a existência de incentivos de discriminação de tráfego por parte dos IPS depende da relação entre o valor adicional de um usuário final para um provedor de conteúdo e o valor de um provedor de conteúdo adicional para um usuário final. Essa relação decorre do chamado *network effect* e permite que se preveja em que condições de mercado estarão presentes os estímulos para discriminação de tráfego. (ECONOMIDES e TÅG, *op. cit.*, p. 97).

serviços de internet. Tal configuração acaba por revelar-se propícia à formação de restrições verticais.³⁴¹

Partindo de análises como essa, a literatura especializada investiga os efeitos econômicos das regras de neutralidade de rede primordialmente no que diz respeito a três temas fundamentais: (i) existência de incentivos de discriminação de tráfego por parte dos provedores de acesso à internet; (ii) possíveis eficiências alocativas resultantes da diferenciação de preços e (iii) efeitos anticompetitivos que podem decorrer da livre discriminação.

Os incentivos à discriminação de tráfego são estudados a partir da racionalidade econômica dos Provedores de Acesso à Internet e dos prestadores de serviços OTT. Os defensores da neutralidade de rede como regra sustentam que, ainda que não se possa dizer que tais incentivos se fazem sempre presentes, eles são altamente prováveis. Isso porque os provedores teriam uma tendência natural a excluir alguns de seus rivais do mercado complementar de aplicativos, aumentando-lhes o custo de operação ou simplesmente bloqueando seus serviços, como forma de garantir lucros de monopólio da plataforma.³⁴²

Essa tese, no entanto, é rechaçada por autores que alegam não existir evidências empíricas dos incentivos à discriminação de tráfego. Gerald Faulhaber, por exemplo,

³⁴¹ Nesse sentido, Christopher Yoo explica que: “o setor de internet banda larga ou móvel se encaixa facilmente na formatação de estruturas verticais. Nessa perspectiva, o nível superior da cadeia seria composto por companhias que produzem conteúdo *web* e pelos serviços baseados em internet [OTT], como os de e-commerce e VoIP. Já o segmento de varejo seria composto por provedores DSL e de outras tecnologias. Concebendo a cadeia de distribuição dessa maneira, fica claro a que práticas a neutralidade de redes tem direcionado a sua atenção. Basicamente, o favorecimento de aplicativos e conteúdos são essencialmente formas de integrações verticais” (tradução livre) (YOO, Christopher S., *Beyond Network Neutrality*, *Harvard Journal of Law & Technology Volume*, v. 19, n. 1, p. 1–77, 2005, p. 14).

³⁴² Analisando detidamente as relações entre provedores de internet e desenvolvedores de aplicativos e conteúdos em diversos cenários, Barbara Van Shewick conclui que: “se as condições para configuração desse incentivo estarão presentes na vida real, isso é uma questão de pesquisa empírica. Na maioria dos casos, porém, o provedor de internet não necessariamente precisa atingir um monopólio no mercado complementar de conteúdos e aplicativos para entender que condutas excludentes constituem uma boa estratégia para garantir lucros. Assim, o risco de discriminação é mais relevante do que comumente assumido pela teoria econômica” (tradução livre) (SCHEWICK, Barbara Van, *Internet Architecture and Innovation*, London: The MIT Press, 2010, p. 270). Posicionamento semelhante é perfilado por Mark Lemley e Lawrence Lessig. Esses autores explicam que o exemplo histórico do mercado de telefônica fixa norte-americano demonstra como os segmentos de telecomunicações estão sujeitos a esse tipo de condutas excludentes e quão necessária é a intervenção regulatória nesses casos: “o fato é que a estrutura do mercado de cabos e telecomunicações requer alguma forma de regulação geral sobre o uso e a distribuição da rede em si. [...] O problema da regulação de telefonia não foi a existência da regulação em si (que sempre foi necessária), mas sim o excesso dela” (tradução livre) (LEMLEY, Mark A; LESSIG, Lawrence, *The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era* *The End of End-to-End*, *UCLA Law Review*, v. 48, n. 20, p. 1–63, 2001, pp. 59 e 60.). No mesmo sentido, destaca-se ainda o entendimento exposto em WU, T., *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, v. 2, n. 2001, p. 141–179, 2003, p. 154.

critica essas análises, aduzindo que “a simples aplicação de modelos econômicos sem verificação empírica dos mercados não conduz a nenhuma resposta definitiva”. Para o autor, a literatura econômica sobre neutralidade de redes é tão elástica que permitiria a defesa de qualquer posição política no tocante à existência ou não de incentivos à discriminação.³⁴³ No mesmo sentido, Adam Thierer sustenta que “as propostas de neutralidade de rede defendem a necessidade de uma política regulatória para um problema hipotético de poder de mercado que sequer existe”.³⁴⁴

As possíveis eficiências alocativas resultantes da discriminação de tráfego também constituem matéria altamente controversa no debate regulatório. Parte da literatura entende que a diferenciação de preços por pacotes de dados poderia melhor ajustar a oferta de internet às necessidades dos usuários.³⁴⁵ Isso seria especialmente relevante num cenário em que é crescente a demanda por aplicativos muito sensíveis à demora na transmissão de dados, como ocorre com serviços de *videostraming*, entre outros.³⁴⁶ Há quem sustente ainda que a discriminação de tráfego poderia ajudar a contornar a escassez de recursos na rede, o que traria eficiências alocativas consideráveis.³⁴⁷

Por outro lado, defensores das regras de neutralidade consideram que essas supostas eficiências alocativas não se sustentam quando se analisa o mercado numa

³⁴³ FAULHABER, G. R., Economics of Network Neutrality: a Review, *Communications & Convergence Review*, v. 3, n. 1, p. 53–64, 2011, p. 20.

³⁴⁴ THIERER, Adam, “Net Neutrality” Digital Discrimination or Regulatory Gamesmanship in Cyberspace?, *Cato Policy Analysis Series*, v. 12, n. 507, p. 2–28, 2004, p. 20. No mesmo sentido, cf. NUECHTERLEIN, J.E., Antitrust Oversight of an Antitrust Dispute: An Institutional Perspective on the Net Neutrality Debate, *AEI Center for Regulatory and Market Studies Working Paper*, p. 8–7, 2008 e YOO, *op. cit.*

³⁴⁵ Becker *et al.*, por exemplo, defendem que “o impacto da diferenciação de preços sobre o bem estar dos consumidores é ambíguo e pode resultar em um aumento da demanda, em relação ao cenário em que não há discriminação de preços. A diferenciação de preço pode resultar em preços menores do que aqueles que prevaleceriam na sua ausência e pode aumentar significativamente a venda de serviços a esses consumidores” (tradução livre). (BECKER, Gary S.; CARLTON, Dennis W.; SIDER, Hal S., Net neutrality and consumer welfare, *Journal of Competition Law and Economics*, v. 6, n. 3, 2010, p. 501).

³⁴⁶ Em seu debate com Tim Wu sobre os contornos e efeitos de uma política neutralidade de redes, Christopher Yoo afirma: “pode ser que a diferenciação de tráfego represente nada além do que um resultado natural das necessidades dos donos de rede de atender satisfatoriamente a intensa e heterogênea demanda dos usuários finais. A internet foi dominada por aplicativos, como e-mail e navegadores de internet, em que atrasos de segundos seriam virtualmente imperceptíveis. Esses têm sido substituídos por novos aplicativos, como os de telefone virtual e transmissão de vídeos (*videostraming*) nos quais esses mesmos atrasos de segundos poderiam ser catastróficos. Uma solução óbvia seria dar prioridade de tráfego para esses aplicativos mais sensíveis a atrasos na entrega de pacotes. Infelizmente, esse é precisamente o tipo de discriminação que a neutralidade de redes condenaria” (tradução livre) (WU, Tim; YOO, Christopher S., Keeping the Internet Neutral? Tim Wu and Christopher Yoo Debate, *Federal Communications Law Journal*, v. 59, n. 3, p. 575–592, 2007, p. 576).

³⁴⁷ Nesse sentido, cf. HAZLETT, Thomas; WRIGHT, Joshua, The Law and Economics of Network Neutrality, *George Mason Law & Economics Research Paper*, n. 11–36, p. 1–82, 2011, p. 19.

perspectiva dinâmica. Assim, entendem que a discriminação de tráfego é potencialmente anticompetitiva e coloca em risco as possibilidades de inovação no segmento de conteúdos e aplicativos, ao aumentar de forma significativa as barreiras à entrada.³⁴⁸

Diverge-se ainda sobre a efetividade da competição entre Provedores de Acesso à Internet na ausência de regras de neutralidade de rede. Há quem alegue que, mesmo na falta dessas regras, a própria demanda dos usuários tenderia a acirrar a competição entre os planos de internet, sem que isso necessariamente resultasse em fechamento de mercado. Nesse cenário, se a oferta discriminatória de conteúdos não agradasse ao consumidor, as próprias forças de oferta e demanda tenderiam a retirar o ofertante do mercado. Já os autores que entendem pela existência inerente de incentivos à discriminação de tráfego, postulam que a concorrência desregulada não seria capaz de, por si só, conter práticas anticompetitivas.³⁴⁹

A partir dessas investigações, a literatura regulatória busca responder qual seria o melhor modelo institucional para a preservação da neutralidade de redes. Em geral, propõem-se (i) a definição de normas regulatórias *ex ante* ou (ii) o controle *ex post* de discriminações ineficientes por meio da moldura antitruste.

³⁴⁸ A respeito dos efeitos da neutralidade de rede sobre a inovação, Tim Wu defende que “é verdade que a teoria antitruste tem analisado a diferenciação de preços como algo em geral controverso ou pelo menos ambíguo. Entre consumidores, ela pode beneficiar uns e prejudicar outros, e ao mesmo tempo aumentar os lucros dos produtores. Essa análise, no entanto, deve ser revista no contexto de provedores de internet, porque a prática de discriminação de preços pode ensejar efeitos colaterais no processo de inovação e de competição entre os aplicativos. É dizer, mesmo que se entenda que a diferenciação de preços não seja um problema numa perspectiva estática (entre os atuais consumidores e produtores), ela pode ter consequências dinâmicas para o desenvolvimento de novos aplicativos numa perspectiva dinâmica”. (tradução livre) WU, *op. cit.*, p. 154. Também defendem que a discriminação de tráfego pode comprometer as possibilidades de inovação na internet LEMLEY e LESSIG, *op. cit.*, e VAN SHEWICK, *op. cit.*

³⁴⁹ Sustentando a possibilidade de competição entre os provedores de internet, Becker *et al.* esclarecem que “os provedores de acesso à internet comumente enfrentam concorrência e um grande número de firmas que entra ou se renova na prestação de serviços. Dada a existência de alternativas no mercado, os provedores se arriscariam a perder assinantes se bloqueassem o tráfego de aplicativos de alta preferência dos consumidores. Essa circunstância reduz o risco de os provedores se engajarem na discriminação de tráfego e sugere que as preocupações dos defensores da neutralidade de rede podem estar são exageradas” (tradução livre) (BECKER *et al.*, *op. cit.*, p. 505). Argumentação semelhante é feita por Faulhaber: “para os economistas, a competição em um mercado livre de externalidades vai dar aos consumidores o que eles demandam; não porque as firmas são generosas, mas porque a competição as força a melhor satisfazer a demanda dos consumidores. Apenas na presença de sérias falhas de mercado, como monopólio, os produtores poderiam agir de forma diferente. Em um mercado competitivo, portanto, se os consumidores quiserem a neutralidade de redes, as firmas vão (eventualmente) ser direcionadas pelas forças do mercado a proporcionar essa neutralidade. Também se os consumidores quiserem algumas partes da rede neutra e outras não, eles também irão conseguir isso”. Tal constatação leva o autor a defender que “o agente regulador precisa apenas incentivar a competição nesses mercados, para atingir um nível apropriado de abertura, baseado naquilo que os consumidores efetivamente desejam” (traduções livres). (FAULHABER, *op. cit.*, pp. 22 e 23).

A posição dominante é de que somente uma regulação prévia, com o rígido controle de obrigações por parte de um ente estatal, poderia resguardar o mercado de condutas discriminatórias. Os defensores dessa posição argumentam que a definição *ex ante* de normas traria maior segurança ao mercado, reduzindo os riscos de bloqueio de aplicativos.³⁵⁰ Dentro desse grupo, há uma gama de especulações sobre que espécies de discriminação poderiam ser permitidas, o que resulta em vários modelos institucionais disponíveis para o controle da regra de neutralidade.³⁵¹

Já os defensores da moldura antitruste sustentam que as integrações verticais entre provedores de acesso à internet e conteúdos e aplicativos podem gerar benefícios para os consumidores, principalmente pela melhoria na qualidade dos serviços e pela diminuição de custos. Nessa perspectiva, seria quase impossível para o regulador identificar antecipadamente que restrições seriam benéficas e quais seriam danosas à concorrência. A dinamicidade do mercado e as diferentes formas de interações contratuais entre os agentes econômicos recomendariam, por isso, uma análise caso a caso das eficiências envolvidas, o que poderia ser muito bem endereçado pelo escrutínio antitruste, sob a regra da razão.³⁵²

Os fundamentos da literatura acerca dos efeitos econômicos da discriminação de tráfego e suas propostas normativas podem ser sistematizados na tabela abaixo:

³⁵⁰ Nessa linha, posicionam-se fundamentalmente WU, *op. cit.*, pp. 169 e 170 e ECONOMIDES, Nicholas, “Net Neutrality” Non-Discrimination and Digital Distribution of Content through the Internet, *Journal of Law and Policy for the Information Society*, v. 4, n. 2, p. 209–233, 2008, p. 228.

³⁵¹ Barbara Van Schewik sistematiza, por exemplo, algumas propostas institucionais de neutralidade de rede, tais como os modelos de (i) regulação tudo ou nada; (ii) proibição da discriminação que se mostra anticompetitiva ou danosa aos usuários; (iii) proibição da discriminação irrazoável e (iv) proibição da discriminação que viola o escrutínio antitruste. A esse respeito, cf. SCHEWICK, Barbara Van, Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation, *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, v. 5, p. 329–392, 2007.

³⁵² Esclarecendo esse posicionamento, Thomas Hazlett e Joshua Wright explicam que “as restrições verticais possuem efeitos ambíguos sobre o bem estar dos consumidores, já que algumas formas de discriminação são eficientes para eles, enquanto que outras ensejam preocupações anticompetitivas. A jurisprudência antitruste desenvolveu uma ferramenta de análise caso-a-caso para as restrições verticais, que é a regra da razão” (tradução livre) (HAZLETT, e WRIGHT, *op. cit.*, p. 32). Os autores defendem que essa deve ser a moldura aplicável ao controle de discriminação de tráfego, uma vez que “considerando as condições em que uma regra per se seria recomendável – que são restrições verticais que sempre geram práticas anticompetitivas – e contrastando-a falta de base empírica que indique esse diagnóstico nas negociais de discriminação de tráfego, fica claro que a neutralidade de redes [enquanto definição de regras *ex ante*] não pode ser suportada em bases econômicas como uma política pública” (tradução livre) (Idem, p. 36). Esse entendimento também é perfilado por BECKER *et al.*, *op. cit.*, p. 519; THIERER, *op. cit.* p. 14 e YOO, *op. cit.*, p. 582.

Tabela 1: Resumo dos principais argumentos e das proposições normativas da literatura especializada.

	Fundamentos da Literatura Especializada	Proposições Normativas
Defensores da neutralidade de rede como regra	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Há incentivos naturais para discriminação de tráfego, que provêm da própria racionalidade econômica dos agentes. ▪ Um modelo de livre discriminação resultaria no comprometimento da inovação no segmento de conteúdos e aplicativos. ▪ A competição entre os provedores de acesso não seria, por si só, suficiente para evitar atos de bloqueio e discriminação não razoável do tráfego. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Regulação <i>ex ante</i> das hipóteses de discriminação de tráfego, controle e sanção do comportamento dos provedores de internet.
Defensores da discriminação de tráfego como regra	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Não há evidências empíricas que comprovem os incentivos de discriminação de tráfego. ▪ A liberdade de cobrança poderia tornar o acesso à rede menos custoso para determinados usuários, permitindo uso mais eficiente da rede. ▪ O processo competitivo, por si só, é suficiente para garantir o bem estar dos consumidores. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Controle <i>ex post</i> dos atos anticompetitivos com base na regra da razão (<i>rule of reason</i>), valorizando uma análise caso a caso.

Fonte: elaboração própria

Realizada essa breve incursão na literatura especializada sobre neutralidade de redes, cabe examinar mais a fundo em que dimensão o relacionamento entre Direito e Econômica tem sido explorado nessas análises. Para que isso seja feito, realizar-se-á uma breve digressão sobre os aspectos fundantes da Análise Econômica do Direito (AED) e do movimento de *Law and Finance*, para que então se explore o marco teórico do presente artigo, a Teoria das Múltiplas Funcionalidades do Direito.

3. Parte II: As limitações da Análise Econômica do Direito (AED) e das ideias de Law and Finance na definição de regras de discriminação de tráfego: um olhar a partir da Teoria das Múltiplas Funcionalidades do Direito

A Análise Econômica do Direito (AED) pode ser identificada como a corrente teórica desenvolvida nas décadas de 1960 e 1970 nos Estados Unidos, a partir dos trabalhos de Ronald Coase,³⁵³ Guido Calabresi³⁵⁴ e Garry Becker³⁵⁵ e principalmente de Richard Posner, em seu *Economic Analysis of Law* de 1973.³⁵⁶ Em linhas gerais, pode-se dizer que a marca distintiva da AED consiste no emprego da teoria microeconômica neoclássica para a explicação do comportamento social e, sobretudo, da formação das instituições jurídicas.

Nesse sentido, Mercurio e Medema destacam como fundamentos centrais da AED as pressuposições de que: (i) os indivíduos buscam a maximização dos seus interesses tanto nos seus comportamentos mercadológicos quanto nos não mercadológicos; (ii) os indivíduos respondem a incentivos de preço e (iii) as regras jurídicas podem ser examinadas a partir da possível eficiência que elas são capazes de trazer.³⁵⁷ A partir desses axiomas, a AED normativamente prescreve que a tomada de decisões sobre Direitos deve ser orientada por preceitos de eficiência alocativa:

A ideia de que indivíduos são maximizadores racionais implica que eles reagem a incentivos de preço – como consumidores que consumiriam menos na medida em que os preços subissem (tudo o mais permanecendo constante). Na arena jurídica, as leis estabelecem preços, como multas, serviços comunitários e prisão, para as práticas de várias espécies de condutas ilegais. O ideal maximizador, assim, vai comprar os benefícios marginais de cada unidade da atividade ilegal com os custos ponderados pela probabilidade de detecção e condenação” (tradução livre)³⁵⁸.

A perspectiva normativa da AED foi explorada em profundidade por Richard Posner.³⁵⁹ Na percepção do autor, a promoção da eficiência alocativa seria realizável a

³⁵³ Cf. COASE, Ronald H., The Problem of Social Cost, *The Journal of Law and Economics*, v. 3, n. 1, p. 1–44, 1960.

³⁵⁴ Cf. CALABRESI, Guido, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499–553, 1961.

³⁵⁵ Cf. BECKER, Gary S., Crime and Punishment: An Economic Approach, *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 1–54, 1974.

³⁵⁶ POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, New York: Little Brown and Co., 1973.

³⁵⁷ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G., *Economics and the Law: from Posner to Postmodernism and Beyond*, Princeton: Princeton University Press, 2006.

³⁵⁸ MERCURO e MEDEMA, *op. cit.*, p. 58

³⁵⁹ POSNER, Richard. *A Economia da Justiça*. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2010

partir da definição de regras jurídicas que minimizassem custos de transação. A eficiência, nesse sentido, traduzir-se-ia na “maximização da riqueza da sociedade” (*wealth-maximization*), valor que representaria a base moral mais sólida para a organização e operação das instituições sociais e, portanto, para a interpretação do Direito.³⁶⁰

A despeito das várias críticas à abordagem normativa da AED,³⁶¹ fato é que os seus pressupostos teóricos se refletiram significativamente nos estudos sobre Direito e Desenvolvimento que se surgiram na década de 1990. Tal influência pode ser sentida principalmente a partir da publicação de *Law and Finance* de Rafael La Porta *et al.*³⁶² Nesse trabalho, buscou-se examinar de que forma institutos jurídicos – como os que caracterizam as famílias do *Common Law* e do *Civil Law* – poderiam garantir maior segurança e atratividade a investimentos nacionais e estrangeiros e, assim, influenciar no desenvolvimento econômico das nações.³⁶³

A conclusão de que as nações da tradição do *Common Law* deteriam instituições jurídicas e regras de *enforcement* contratual mais atrativas ganhou notável respaldo em *guidelines* elaborados por entidades centrais do sistema financeiro como Banco Mundial.³⁶⁴ Acerca das relações entre AED e *Law and Finance*, é válido destacar as explicações de Castro:

Por diversos motivos, o programa de estruturação das relações entre direito e economia que, nas últimas quatro décadas, acabou alcançando notoriedade internacional mais acentuada foi o da abordagem da AED. Além disso, em alguns meios tecnocráticos de organizações do sistema

³⁶⁰ Idem, p. 18.

³⁶¹ No campo da Filosofia do Direito, as principais críticas à AED foram formuladas por Ronald Dworkin em seu “*Is Wealth a Value?*”, publicado originalmente em 1980. Nesse artigo, Dworkin argumenta que a noção de “maximização da riqueza” seria marcada por um “limbo normativo”, uma vez que a AED não conseguiria demonstrar como uma sociedade com mais riqueza, no sentido posneriano, seria necessariamente melhor do que uma sociedade com menos dela. Segundo Dworkin, essa incapacidade decorre de uma deficiência inerente à teoria de Posner, que é a impossibilidade de se considerar a “riqueza” (*wealth*) como componente do valor social. De acordo com o autor, a riqueza da sociedade, por não ser um fim em si mesmo, não consegue se colocar nem como o único valor social possível, nem mesmo como um valor social existente dentre outros. Considerando que a busca pela maximização da riqueza também congrega perdas nas dimensões utilidade e justiça social, “um ganho em riqueza, considerado por si só, e não racionalizado a partir dessas perdas, não representa um ganho em nada, afinal de contas”. (DWORKIN, Ronald. *Is Wealth a Value?*, *Journal of Legal Studies*, v. 1, 1980, p. 191).

³⁶² LA PORTA, Rafael *et al.*, *Law and Finance*, *The Journal of Political Economy*, v. 106, n. 6, p. 1113–1155, 1998.

³⁶³ LA PORTA, *op.cit.*, p. 1151.

³⁶⁴ Nesse sentido, cf. BECK, Thorsten; DEMIRGUC-KUNT, Asli; LEVINE, Ross, *A New Database on Financial Development and Structure*, *World Bank Policy Research Working Paper No. 2146*, p. 1–38, 1999.

multilateral, tem encontrado prestígio, a partir da década de 1990, a perspectiva de análise conhecida como *Law and Finance*, que, apoiada em preocupações “institucionalistas” parecidas com as dos autores da chamada “Economia Neoinstitucional” na vertente liderada por Douglass North, resulta em uma agenda de reformas que é de um modo geral coincidente com aquela derivada da AED.³⁶⁵

As limitações tanto da abordagem de AED quanto da abordagem de *Law and Finance* são exploradas por Curtis Milhaupt e Katharina Pistor em seu *Law & Capitalism – What Corporate Crises Reveal About Legal Systems and Economic Development Around the World*, eleita como marco teórico do presente artigo.

Na obra citada, as autoras desenvolvem uma análise jurídica do desenvolvimento econômico nos sistemas capitalistas que tem como pressuposto o caráter dinâmico e mutável da relação entre Economia e Direito, traduzida na noção de “*rolling relation*” entre o ordenamento jurídico e os mercados.³⁶⁶ Em especial, critica-se a visão de que institutos jurídicos equivaleriam a estruturas fixas capazes de conduzir de forma determinante ao sucesso ou ao fracasso econômico das nações (“*endowment perspective*”).³⁶⁷

Curtis Milhaupt e Katharina Pistor sustentam que estudos como o de Rafael La Porta *et al.* são excessivamente reducionistas, pois tratam o ordenamento jurídico como uma estrutura politicamente neutra e materialmente estática. Na concepção as autoras, ao contrário, o Direito é um produto político que é afetado constantemente pelos interesses de agentes políticos, sociais e econômicos. Por isso, para que sejam realmente úteis à estruturação dos mercados, as leis devem se adequar às condições locais e acompanhar conjuntamente o seu desenvolvimento econômico e social.³⁶⁸

³⁶⁵ CASTRO, Marcus F. de, Tributação e Economia no Brasil: Aportes da Análise Jurídica da Política Econômica, *Revista da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*, v. 1, n. 2, p. 23–51, 2011, p. 30.

³⁶⁶ MILHAUPT e PISTOR, *op. cit.*, p. 28. Nesse aspecto, a obra de Curtis Milhaupt e Katharina Pistor admite a mutabilidade da arquitetura institucional dos mercados, compartilhando, em certa medida, dos mesmos pressupostos das abordagens de autores como Douglass North (NORTH, Douglass C, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, New York: Cambridge University Press, 1990).

³⁶⁷ Curtis Milhaupt e Katharina Pistor utilizam a expressão *endowment perspective* para designar abordagens teóricas que “concebem a proteção de direitos de propriedade e o *enforcement* de contratos como uma pré-condição essencial e determinante para o desenvolvimento econômico, já que, sem a definição desses direitos, custos de transação (relacionados à falta de previsibilidade e problemas de cumprimento dos contratos) impediriam este desenvolvimento” (tradução livre) (MILHAUPT e PISTOR, *op. cit.*, p. 17). O posicionamento das autoras é de que essas abordagens são frágeis, na medida em que consideram o direito como politicamente neutro e estático. Elas defendem que uma análise jurídica do desenvolvimento econômico nos sistemas capitalistas deve considerar a relação entre direito e econômica como um processo estratégico de ação e reação (Idem, p. 27).

³⁶⁸ Idem, p. 22.

No âmbito desse relacionamento dinâmico com a Economia, o ordenamento jurídico assumiria então funcionalidades outras, além da mera proteção de direitos de propriedade e de regras de *enforcement* contratual. As autoras destacam pelo menos outras 3 (três) funcionalidades do Direito, além da protetiva, quais sejam funcionalidades (i) coordenativa; (ii) sinalizadora e a de (iii) garantia de credibilidade de estruturas de governança. A primeira delas garante a coordenação de participantes dos mercados (como produtores, consumidores e a sociedade de um modo geral) na tomada de decisões importantes para sua estruturação.³⁶⁹ A função sinalizadora, por sua vez, traduz-se na noção de que, ao estabelecer regras jurídicas, o Direito consegue indicar amplamente as prioridades do governo, as direções futuras da política econômica, a força de grupos de interesse preocupados com assuntos específicos e outras informações que podem ser úteis para os agentes de mercado.³⁷⁰ Já a última dessas funcionalidades reduz o custo total da governança e garante a sua efetividade, afastando, na medida do possível, as instabilidades políticas que assolam os mercados.³⁷¹

É a partir dessa moldura teórica que serão expostas as limitações da literatura sobre neutralidade de redes abordada na Parte I do presente artigo, que, como visto, estruturam proposições regulatórias da literatura especializada sem fazer qualquer ressalva sobre características específicas dos mercados.

É possível fazer um paralelo entre as abordagens teóricas examinadas na Parte I e os trabalhos desenvolvidos na perspectiva de AED e de *Law and Finance*, na medida em que, sem fazer qualquer ressalva às peculiaridades locais dos mercados, as publicações examinadas se baseiam na premissa de que normas jurídicas devem ser estabelecidas de modo a garantir primordialmente a maior eficiência alocativa possível. O diagnóstico aqui esboçado coincide com o de Alissa Cooper, que, ao analisar os principais trabalhos sobre neutralidade de redes conclui que:

Os primeiros trabalhos sobre neutralidade de redes foram elaborados por juristas (como Lessig, Speta, Wu e Yoo), na maioria das vezes baseados na tradição de *Law and Economics*. Embora o tópico desde

³⁶⁹ Em relação à função coordenativa do Direito, as autoras destacam que “além da proteção de direitos, os mercados também exigem coordenação de atividades. Os mercados são essencialmente feitos de relações, que, de alguma forma, podem ser administradas a fim de se garantir o seu adequado funcionamento. As leis ajudam a administrar essas relações de diversas maneiras. Por exemplo, elas alocam posições entre incumbentes, fixam os termos de acesso aos novos entrantes e determinam quais atores poderão responder às questões trazidas pelas transformações no mercado”. (tradução livre) (Idem, p. 32).

³⁷⁰ Idem, p. 34.

³⁷¹ Idem, p. 35.

então venha sendo abordado por várias perspectivas, a maioria da literatura especializada tem sido composta por abordagens jurídicas que analisam os aspectos econômicos do tema, avaliando as repercussões econômicas da discriminação de tráfego e propondo soluções regulatórias. O núcleo dessa literatura opera, na maioria das vezes de forma implícita, com os confins da tradicional teoria do interesse público da regulação econômica (tradução livre).³⁷²

É nesse sentido que se demonstra que as principais abordagens teóricas da neutralidade de redes desenvolvidas nos últimos 15 (quinze) anos se propõem a idealizar um modelo pretensamente neutro de intervenção regulatória, que busca, na definição de direitos privados (especialmente na definição de regras de neutralidade de rede), a concretização de soluções universalmente válidas.

Sob a ótica do marco teórico eleito, verifica-se que as proposições normativas detalhadas na Tabela 1 endereçam aspectos controvertidos da regulação de discriminação de tráfego a partir do aprofundamento quase que exclusivo da funcionalidade protetiva do Direito. Esse diagnóstico fica claro quando se percebe que as soluções propostas pela literatura especializada perpassam quase que exclusivamente pela definição da licitude de objetos negociais privados (mais precisamente dos acordos de priorização de tráfego).³⁷³ Em menor escala, é possível entender que tais proposições também buscam estabelecer critérios de credibilidade a estruturas de governança, avaliando qual será o melhor modelo de repartição de competências entre as autoridades regulatórias e concorrenciais para o controle dos atos de discriminação de tráfego.

A literatura especializada, no entanto, não fornece subsídios para o desenvolvimento das outras funcionalidades do direito na política de neutralidade de redes, em especial das funcionalidades coordenativa e sinalizadora destacadas por Curtis Milhaupt e Katharina Pistor. Essas funcionalidades, porém, afiguram-se fundamentais para que as relações sociais que se desenvolvem nos mercados sejam consideradas no processo de tomada de decisão das políticas regulatórias.³⁷⁴

³⁷² COOPER, *op. cit.*, p. 23.

³⁷³ É importante esclarecer que Milhaupt e Pistor não desconsideram a importância da funcionalidade protetiva do Direito, apenas entendem que tal funcionalidade têm sido sobrestimada pelos ordenamentos jurídicos vigentes nos países capitalistas. Como esclarecem as autoras: “é claro que o Direito desempenha um papel importante na proteção de direitos de propriedade nos sistemas capitalistas. Esses direitos devem ser protegidos contra abusos do poder político e de outros atores de mercado para fomentar a acumulação de riqueza e o investimento. [...] Mas o paradigma de proteção desses direitos exagera nesse ponto. [...] Nosso objetivo é identificar os atores e interesses que encontram proteção nos sistemas legais dos países que examinaremos e destacar o quanto a proteção de direitos é ofuscada em importância – no plano real e não apenas no teórico – por outras funcionalidades”. (tradução livre) (MILHAUPT e PISTOR, *op. cit.*, pp. 31 e 32).

³⁷⁴ *Idem*, p. 33.

A fim de se exemplificar como a funcionalidade coordenativa do Direito pode ser pensada em termos de compartilhamento das decisões sobre o controle de discriminação de tráfego, analisaremos, na próxima seção, o Marco Civil da Internet brasileira e o Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016.

4. Parte III: As possibilidades de aprofundamento da funcionalidade coordenativa do Direito no Marco Civil da Internet

No ordenamento jurídico brasileiro, a perspectiva de compartilhamento da tomada de decisão dos agentes envolvidos na regulação da internet tem sido buscada como um dos objetivos da sua política de desenvolvimento. Nesse sentido, o art. 24, inciso II, do Marco Civil estabeleceu que:

Art. 24. Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da internet no Brasil:

I - estabelecimento de mecanismos de governança multiparticipativa, transparente, colaborativa e democrática, com a participação do governo, do setor empresarial, da sociedade civil e da comunidade acadêmica;

A partir dessa formulação principiológica, tem-se fomentado, por meio de consultas públicas e de fóruns internacionais, a participação de usuários, prestadores de serviços de telecomunicações, prestadores de serviços OTT e outros agentes nos debates públicos sobre a definição de regras de neutralidade de redes.³⁷⁵

Visando concretizar o objetivo de garantir mecanismos de governança, o Decreto nº 8.771/16 buscou compartilhar a competência de apuração e fiscalização do cumprimento das exceções à regra de neutralidade entre a Agência Nacional de

³⁷⁵ No Brasil, por exemplo, a regulamentação da neutralidade de redes – definida no art. 9º, §1º, da Lei nº 12.965/14 foi objeto de debates em pelo menos 3 (três) Consultas Públicas realizadas entre o final do ano passado e o início deste ano. Essas consultas foram promovidas pelo Comitê Gestor de Internet (CGI.br) de dezembro de 2014 a fevereiro de 2015, pelo Ministério da Justiça de janeiro a abril de 2015 e pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) de março a maio de 2015. A consulta realizada pela Anatel tratou especificamente do tema da neutralidade de redes, enquanto que as demais abrangendo outros focos de discussão relacionados ao Marco Civil da Internet. Ao total foram colhidas 608 (seiscentos e oito) contribuições, sendo mais de 200 (duzentas) delas relativas à regulamentação de discriminação do tráfego. Os dados das consultas estão disponíveis nos seguintes endereços eletrônicos: <<http://marcocivil.cgi.br/contribuicoes/>>; < <http://pensando.mj.gov.br/marcocivil/debate-em-numeros/>> e <<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/ListaConsultasContribuicoes.asp?Tipo=1&Opcao=finalizadas&PaginaAtual=1&Registros=10&cboAno=2015>>. (último acesso em 16/02/2016)

Telecomunicações (Anatel) e o Comitê Gestor de Internet (CGI.Br).³⁷⁶ Nos termos propostos, a este Comitê caberia o estabelecimento diretrizes a serem seguidas pela Anatel no controle dos requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações. Nesse sentido, destaca-se o art. 5º, incisos I a IV, e § 2º do Decreto:

Art. 5º Os requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações devem ser observados pelo responsável de atividades de transmissão, de comutação ou de roteamento, no âmbito de sua respectiva rede, e têm como objetivo manter sua estabilidade, segurança, integridade e funcionalidade.

§ 1º Os requisitos técnicos indispensáveis apontados no caput são aqueles decorrentes de:

I - tratamento de questões de segurança de redes, tais como restrição ao envio de mensagens em massa (*spam*) e controle de ataques de negação de serviço; e

II - tratamento de situações excepcionais de congestionamento de redes, tais como rotas alternativas em casos de interrupções da rota principal e em situações de emergência.

§ 2º A Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel atuará na fiscalização e na apuração de infrações quanto aos requisitos técnicos elencados neste artigo, consideradas as diretrizes estabelecidas pelo Comitê Gestor da Internet - CGI.Br.

Não está claro ainda em que medida as diretrizes do CGI.Br vincularão o poder normativo e sancionador do órgão regulador. De toda sorte, percebe-se no dispositivo transcrito uma tentativa de abertura para o controle compartilhado dos atos de discriminação de tráfego entre a autoridade regulatória e a entidade *multistakeholder*.

Embora ainda seja cedo para traçarmos conclusões sobre a regulamentação do Marco Civil da Internet, os apontamentos feitos no presente trabalho, delineados numa dimensão exclusivamente teórica, afiguram-se oportunos para examinarmos as potencialidades da funcionalidade coordenativa no Direito na aplicação do Decreto nº 8.771/16.

5. Conclusão

³⁷⁶ O Comitê Gestor da Internet (CGI.Br) é a entidade *multistakeholder* de gestão da internet brasileira, criada pela Portaria Interministerial nº 147/1995 e que tem suas atribuições atualmente previstas no Decreto Presidencial nº 4.829/03. Uma das suas principais funções é estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da Internet no Brasil (art. 1º, inciso I, do Decreto Presidencial nº 4.829/03). O Comitê é integrado por representantes de órgão ministeriais e de autarquias, além de representantes do setor empresarial, do terceiro setor e da comunidade científica e tecnológica (art. 2º do Decreto Presidencial nº 4.829/03).

A licitude dos atos de discriminação de tráfego é matéria intensamente controvertida no debate regulatório. Os referenciais teóricos que guiam as discussões sobre o tema no Brasil – e em grande parte do mundo – estão quase sempre relacionados à literatura desenvolvida nos últimos 15 (quinze) anos nos Estados Unidos, como os trabalhos de Tim Wu, Christopher Yoo, Lawrence Lessig, Barbara Van Shewick, dentre outros. Se por um lado é nítida a utilidade prática da recepção dessas abordagens teóricas, por outro, essas importações não dispensam um tratamento crítico que evidencie suas limitações.

Reconhecendo a necessidade de se investigar de forma mais profunda os pressupostos da relação entre Direito e Economia identificados na literatura estrangeira sobre neutralidade de redes, o presente artigo objetivou demonstrar que essa literatura tem se proposto a idealizar um modelo pretensamente neutro e universal de intervenção regulatória, baseando-se primordialmente na definição de direitos contratuais privados.

Nesse sentido, ressaltou-se que os trabalhos examinados na Parte I deste artigo devotam-se quase que exclusivamente ao exame das repercussões econômicas de regras jurídicas de autorização ou vedação à discriminação de tráfego. Enquanto alguns autores compreendem que a definição *ex ante* de normas seria a melhor solução para conter os incentivos naturais à priorização de dados, outros ponderam que o controle antitruste *ex post* dos atos competitivos, com base na regra da razão, seria mais recomendável diante da inexistência de evidências empíricas de discriminação de tráfego.

A despeito das divergências travadas entre as produções acadêmicas exploradas, é possível reconhecer entre elas um traço comum: todas buscam emoldurar uma solução regulatória que seja universalmente útil para o atingimento da melhor eficiência alocativa possível no mercado de duas pontas. As receitas prescritas não fazem qualquer ressalva às características particulares de cada mercado. Ao contrário, buscam concretizar prescrições genéricas aptas a frutificar em qualquer cenário local.

Com o intuito de expor as limitações dessas abordagens, valemo-nos, na Parte II deste artigo, da Teoria das Múltiplas Funcionalidades do Direito, desenvolvida na obra de Curtis Milhaupt e Katharina Pistor. Destacamos que a abordagem dessas autoras evidencia os equívocos reducionistas do trabalhados influenciados pelo movimento de *Law and Finance*, que, de certo modo, refletem os mesmos pressupostos da Análise Econômica do Direito (AED).

Aplicando a teoria concebida pelas autoras ao conjunto de produções acadêmicas analisado na Parte I, diagnosticamos que essas obras pressupõem, em última análise, uma relação materialmente estática entre Direito e Economia. Isso porque elas se preocupam, de forma quase que exclusiva, com a funcionalidade protetiva do fenômeno jurídico, isto é, com a capacidade do Direito de delimitar regras de propriedade e de licitude contratual que garantam melhor desempenho aos agentes econômicos.

Desincumbido do propósito de indicar soluções definitivas, o presente artigo buscou ressaltar como outras funcionalidades do Direito, como a funcionalidade coordenativa, pode ser desenvolvida na definição de regras brasileiras de discriminação de tráfego. Para tanto, examinamos em que medida o objetivo do Marco Civil da Internet de assegurar uma governança multiparticipativa, transparente, colaborativa e democrática está sendo buscado na sua regulamentação. Ressaltamos que a regra estabelecida no art. 5º, § 2º, do Decreto nº 8.771/16 pode se afigurar como uma dessas fontes de aprofundamento da funcionalidade coordenativa no compartilhamento de decisões sobre o controle de atos de discriminação de tráfego. No entanto, ainda não há elementos suficientes para diagnosticarmos os resultados da opção regulatória lançada.

6. Bibliografia

BECK, Thorsten; DEMIRGUC-KUNT, Asli; LEVINE, Ross. A New Database on Financial Development and Structure. *World Bank Policy Research Working Paper No. 2146*, p. 1–38, 1999.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 1–54, 1968.

_____.; CARLTON, Dennis W.; SIDER, Hal S. Net neutrality and consumer welfare. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 6, n. 3, p. 497–519, 2010.

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499–553, 1961.

CASTRO, Marcus Faro de. Tributação e Economia no Brasil: Aportes da Análise Jurídica da Política Econômica. *Revista da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*, v. 1, n. 2, p. 23–51, 2011.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, v. 3, n. 1, p. 1–44, 1960.

COOPER, Alissa. *How Regulation and Competition Influence Discrimination in Broadband Traffic Management : A Comparative Study of Net Neutrality in the United States and the United Kingdom*. University of Oxford, 2013.

DWORKIN, Ronald. Is Wealth a Value? *Journal of Legal Studies*, v. 1, p. 191–226, 1980.

ECONOMIDES, Nicholas. “Net Neutrality” Non-Discrimination and Digital Distribution of Content through the Internet. *Journal of Law and Policy for the Information Society*, v. 4, n. 2, p. 209–233, 2008.

ECONOMIDES, Nicholas; TÁG, Joacim. Network neutrality on the Internet: A two-sided market analysis. *Information Economics and Policy*, v. 24, n. 2, p. 91–104, 2012.

FAULHABER, Gerald R. Economics of Network Neutrality: a Review. *Communications –& Convergence Review*, v. 3, n. 1, p. 53–64, 2011.

HAZLETT, Thomas; WRIGHT, Joshua. The Law and Economics of Network Neutrality. *George Mason Law & Economics Research Paper no. 11-40*, v. 11, n. 11–36, p. 1–82, 2011.

LA PORTA, Rafael *et al.* Law and Finance. *The Journal of Political Economy*, v. 106, n. 6, p. 1113–1155, 1998.

LEMLEY, Mark A; LESSIG, Lawrence. The End of End-to-End : Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era The End of End-to-End : *UCLA Law Review*, v. 48, n. 20, p. 1–63, 2001.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: from Posner to Postmodernism and Beyond*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina. *Law and Capitalism: What Corporate Crises Reveal About Legal Systems and Economic Development Around The World*. 1 Ed. Chicago e Londres: TheUniversity of Chicago Press, 2008.

NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.

NUECHTERLEIN, Jeanne E. Antitrust Oversight of an Antitrust Dispute: An Institutional Perspective on the Net Neutrality Debate. *AEI Center for Regulatory and Market Studies Working Paper*, n. February, p. 8–7, 2008.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York: Little Brown and Co., 1973.

SCHEWICK, Barbara Van. *Internet Architecture and Innovation Barbara van*

Schewick. London: The MIT Press, 2010.

_____. Towards an economic framework for network neutrality regulation. *Journal on Telecommunications & High Technology Law & High Technology Law*, v. 5, p. 329–392, 2007.

SIDAK, J. Gregory. The Fallacy of Equal Treatment in Brazil's Bill of Right for Internet Users. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 2, p. 651–676, 2012.

THIERER, Adam. "Net Neutrality" Digital Discrimination or Regulatory Gamesmanship in Cyberspace? *Cato Policy Analysis Series*, v. 12, n. 507, p. 2–28, 2004.

WU, Tim. Network Neutrality , Broadband Discrimination. *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, v. 2, n. 2001, p. 141–179, 2003.

_____; YOO, Christopher S. Keeping the Internet Neutral ? Tim Wu and Christopher Yoo Debate. *Federal Communications Law Journal*, v. 59, n. 3, p. 575–592, 2007.

YOO, Christopher S. Beyond Network Neutrality. *Harvard Journal of Law & Technology Volume*, v. 19, n. 1, p. 1–77, 2005.