

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DANIEL BETTANIN E SILVA

**A (IN)VIABILIDADE CONSTITUCIONAL DE REGULAMENTAÇÃO DA
INTERNET**

Porto Alegre

2015

DANIEL BETTANIN E SILVA

A (IN)VIABILIDADE CONSTITUCIONAL DE REGULAMENTAÇÃO DA INTERNET

Trabalho de conclusão apresentado à banca examinadora como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Doutor Ricardo Antonio Lucas Camargo

Porto Alegre

2015

DANIEL BETTANIN E SILVA

A (IN)VIABILIDADE CONSTITUCIONAL DE REGULAMENTAÇÃO DA INTERNET

Trabalho de conclusão apresentado à banca examinadora como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado pela banca examinadora em 15 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Ricardo Antonio Lucas Camargo (orientador)

Professora Doutora Sonilde Kugel Lazzarin

Professora Doutora Kelly Lissandra Bruch

O homem gosta de criar e de abrir estradas, isto é indiscutível. Mas por que ama também, até a paixão, a destruição e o caos? (...) Não amará ele a tal ponto a destruição e o caos (...) porque teme instintivamente atingir o objetivo e concluir o edifício em construção?

(...)

O homem é uma criatura volúvel e pouco atraente e, talvez, a exemplo do enxadrista, ame apenas o processo de atingir o objetivo, e não o próprio objetivo.

(DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Memórias do Subsolo**. Tradução de Boris Schnaiderman. São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 46).

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho não seria possível sem a contribuição de diversos amigos, familiares, professores e demais profissionais responsáveis por apoio, incentivos, críticas e ensinamentos. Em especial, agradecimentos para minha mãe Suzana Bettanin, meu pai, Carlos Alberto, e meus irmãos Igor, Denise e Carlos, que auxiliaram de incontáveis maneiras a condução do caminho até aqui trilhado. Ainda, em especial, agradecimentos ao Professor Ricardo Camargo, que, por meio da orientação, forneceu as ferramentas necessárias para a efetivação deste estudo. Por fim, agradeço ao SAJU, responsável pelo interesse na matéria aqui estudada, a partir dos trabalhos de assessoria realizados junto à comunidade.

RESUMO

O presente estudo buscou responder a seguinte questão: “é viável a regulamentação da Internet, sob a luz da Constituição brasileira?”. Tomando como base o Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965, de 23 de abril de 2014), ainda buscou-se analisar em que medida referida lei pode viabilizar a participação política dos cidadãos junto ao Poder Público. Para tanto, num primeiro momento, investigou-se o regime jurídico da comunicação, em suas diversas modalidades, verificando-se as peculiaridades relevantes do setor, a fim de permitir um comparativo com a Internet, esta considerada em sua função de meio de comunicação. Após, num segundo momento, estudou-se as formas de governo contemporâneas (democráticas e autoritárias), a fim de se analisar a função e o tratamento concedidos à comunicação em cada um dos sistemas. Por fim, argumentos favoráveis e contrários a uma disciplina específica para a Internet foram contrapostos, com a devida análise destes sob a luz da Constituição brasileira, avaliando-se, ainda, em que medida o Marco Civil da Internet se mostra apto a efetivar a democracia participativa brasileira. Ao fim, constatou-se a viabilidade constitucional de regulamentação da Internet, juntamente com uma série de observações que podem orientar futuras intervenções no espaço virtual.

Palavras-chave: Internet. Regulamentação. Marco Civil da Internet. Lei nº. 12.965, de 23 de abril de 2014. Democracia participativa.

ABSTRACT

This study sought to answer the question: "is feasible to regulate the Internet, in the light of the Brazilian Constitution?". Building on the Brazilian Internet Civil Mark (Law nº. 12,965, of April 23, 2014) also sought to examine to what extent this law could enhance the political participation of citizens by the Government. To this end, at first, we investigated the legal framework for communication in its various forms, verifying the relevant characteristics, in order to allow a comparison with the Internet, it considered in its function of media outlet. Then, in a second time, we studied contemporary forms of government (democratic and authoritarian), in order to analyze the function and the treatment given to communication in each of the systems. Finally, arguments for and against a specific discipline for the Internet were opposed, with proper analysis of these in the light of the Brazilian Constitution, evaluating also the extent to which the Internet Civil Mark can effect the Brazilian participatory democracy. At the end, the constitutional viability of Internet regulation was recognized, along with a number of observations that can guide future interventions in the virtual space.

Key-words: Internet. Regulation. Brazilian Internet Civil Mark. Law nº. 12.965, of 23 April 2014. Participatory democracy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. REGIME JURÍDICO DA COMUNICAÇÃO	13
2.1. Comunicação como fato jurídico-econômico	13
2.1.1. Circulação como instituto jurídico	14
2.1.1.1. Circulação econômica	16
2.1.1.2. Circulação física	17
2.1.1.2.1. Comunicações	17
a. Generalidades	17
b. Comunicação interindividual	18
c. Comunicação social	20
d. A Internet como meio de materialização da comunicação social, interindividual e a inovação das “redes sociais”	23
2.2. Tratamento constitucional da comunicação	24
2.2.1. Direito à comunicação: um direito fundamental	24
2.2.2. Comunicação: atividade econômica ou serviço público?	28
2.2.3. Comunicação à longa distância	33
a. Correios	37
b. Telefonia	41
c. Radiocomunicação	44
d. Imprensa “escrita”	45
e. Radiodifusão	49
f. Internet	53
2.2.4. Nacionalidade de capital das empresas exploradoras dessas atividades	57
2.2.5. Disposições específicas sobre a concentração empresarial no setor. 60	
2.3. Conclusão parcial	62
3. A COMUNICAÇÃO E AS FORMAS DE GOVERNO CONTEMPORÂNEAS ...	65
3.1. Generalidades	65
3.2. Formas de governo autoritárias	66
3.3. Formas de governo democráticas	70

3.3.1. Democracia direta.....	72
3.3.2. Democracia representativa	74
3.3.3. Democracia semidireta ou participativa	75
3.4. Relação das formas de governo com a comunicação	77
4. O ADVENTO DO MARCO CIVIL DA INTERNET	81
4.1. Principais argumentos contrários a uma disciplina específica para a Internet	82
4.1.1. “Inchaço legislativo” e prejuízo à segurança jurídica	82
4.1.2. A incapacidade da lei em acompanhar o espaço virtual – “limitação material”	83
4.1.3. Ineficácia de uma regulamentação local em face do caráter global da Internet - “limitação territorial” - e o fenômeno da <i>surveillance</i>	85
4.1.4. Possível controle estatal sobre a veiculação das informações	89
4.1.5. Críticas às disposições do Marco Civil da Internet.....	89
a. “Pamprincipiologismo” no Marco Civil da Internet	89
b. Neutralidade da rede	90
c. Abertura a posterior regulamentação pelo Poder Executivo.....	94
4.2. Principais argumentos favoráveis a uma disciplina específica para a Internet.....	95
4.2.1. Segurança jurídica	95
4.2.2. O princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito: a importância da lei e as consequências de sua ausência	95
4.2.3. Coerência com o tratamento jurídico da comunicação	97
4.2.4. Preservação das características da rede	98
4.2.5. Efetivação dos direitos fundamentais e demais objetivos traçados na Constituição brasileira.....	101
a. Proteção à privacidade	102
b. Proteção aos direitos de liberdade de expressão, de comunicação e de manifestação de pensamento.....	104
c. Efetivação da participação democrática	104
d. Promoção do direito de acesso à internet a todos.....	105
e. Promoção do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos... ..	106

f. Fomento à produção e circulação de conteúdo nacional	106
4.3. Discussão dos argumentos à luz da Constituição Federal.....	107
4.3.1. Atividade regulatória do Estado	107
4.3.2. Exame de razoabilidade e de proporcionalidade	112
4.3.3. Marco Civil da Internet como “lei geral”	117
4.3.4. Compatibilidade com os princípios constitucionais	119
4.3.5. O marco civil da Internet e a viabilização da participação direta dos cidadãos no Poder Público	121
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	126
REFERÊNCIAS.....	133

1. INTRODUÇÃO

O direito à comunicação, interligado a outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, constitui requisito básico para uma efetiva democracia participativa.

Com o advento da Era Digital, houve uma revolução na forma de vida do homem e na organização social, incluindo-se, aí, as formas de comunicação. A comunicação do tipo “muitos a muitos” - em rede -, e, de forma instantânea, facilitou a interação dos indivíduos que, com apenas um *click*, poderiam firmar contratos internacionais, comunicar-se com alguém do outro lado do globo terrestre, organizar movimentos sociais, e até mesmo espionar governos de outros países, dentre outros exemplos.

A Internet, em sua função de meio de comunicação, além de inovar na modalidade da comunicação “em rede”, ainda permitiu a manutenção das demais formas comunicacionais clássicas: seja interindividual – por emails e mensagens particulares – seja social, ou “de massa” - por meio de sites, por exemplo.

Considerando essa revolução na forma de vida do homem, a partir da Era Digital, optou o legislador brasileiro por regulamentar a Internet, a partir da Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014: o chamado “Marco Civil da Internet”.

Nesse cenário, considerando o direito à comunicação como direito fundamental, bem como sua essencialidade para a efetivação da participação democrática, questiona-se: uma regulamentação específica para a Internet seria viável, sob o ponto de vista constitucional? O espaço virtual, antes do advento do Marco Civil da Internet, era um território estranho ao Direito? Quais os fatores a serem considerados para considerar uma regulamentação específica - ou o Marco regulatório - benéficos ou prejudiciais à efetivação dos direitos fundamentais e à participação democrática brasileira?

Tais questionamentos tentarão ser respondidos a partir do problema principal: “a Internet, sob a luz da Constituição brasileira, deve ser regulamentada?”.

A partir disso, poder-se-á analisar as demais questões, que dizem respeito à participação democrática por meio do acesso aos meios de comunicação existentes, notadamente a Internet.

Inicialmente, adotar-se-á o método indutivo, fixando-se conceitos gerais. Após, o método dedutivo, utilizando os conceitos construídos no tema específico. Por fim, ainda será adotado o método dialético, contrapondo-se as diferentes posições estudadas.

Para direcionar este estudo, portanto, investigar-se-á o regime jurídico da atividade de comunicação no Brasil, analisando-a como um fato jurídico-econômico e em relação às formas pelas quais pode se manifestar: interindividual, social e em rede. Após, será visto o tratamento constitucional da comunicação, comparando-se o tratamento conferido às principais formas existentes: correios, telefonia, imprensa escrita, radiodifusão e Internet. Em seguimento, serão estudados aspectos pontuais relativos à nacionalidade das empresas exploradoras da atividade de comunicação no Brasil, bem como acerca da concentração empresarial no setor, com os respectivos reflexos na democracia brasileira – considerando-se o direito à comunicação como direito fundamental.

Após, a comunicação será estudada em conjunto com as formas de governo contemporâneas. Em breve análise, as formas de governo autoritárias e democráticas serão colocadas lado a lado a fim de se verificar de que forma se dá a participação (ou não) do povo junto ao Poder Público, e qual o papel dos meios de comunicação nesse contexto.

Por fim, a partir do advento do Marco Civil da Internet, serão analisados os principais argumentos favoráveis e contrários a uma disciplina específica que a regule, bem como críticas acerca de alguns pontos relevantes do Marco Civil da Internet. A partir da contraposição dos argumentos, então, será viabilizada uma ponderação destes à luz da Constituição brasileira, para o fim de se responder ao questionamento acerca da (in)viabilidade constitucional de regulamentação da Internet. Além disso, será possível estabelecer algumas reflexões quanto à

participação democrática junto ao Poder Público, dado o cenário da Era Digital e da regulamentação da Internet no Brasil.

2. REGIME JURÍDICO DA COMUNICAÇÃO

2.1. Comunicação como fato jurídico-econômico

A comunicação pode ser conceituada, em caráter genérico, como um processo no qual são transmitidas mensagens¹. No entanto, diversas são as definições dadas pelos estudiosos do tema. O vocábulo “comunicação” deriva do latim *communicare*, o qual significa “tornar comum”, “partilhar”². A partir disso, há entendimentos de que a mensagem sem resposta não configuraria comunicação; há também definição em que todas as ações ou eventos teriam aspectos comunicativos, quando percebidos pelo ser humano; destaca-se, também, a conceituação que entende incluir a comunicação todos os procedimentos por meio dos quais uma mente pode afetar outra mente³.

Desse modo, parece elemento comum às diversas definições ser a comunicação um processo no qual se transmitem mensagens, entendimento que será adotado neste estudo.

Importante destacar que a comunicação, nesse sentido, já era percebida no mundo dos fatos desde o surgimento do homem no globo terrestre, conforme apontam DEFLEUR e BALL-ROKEACH⁴:

[...] as mais antigas espécies hominídeas, antes mesmo dos primeiros fabricantes de ferramentas, provavelmente se comunicavam de formas similares às dos animais complexos de hoje, isto é, com ruídos corpóreos que constituíam símbolos e sinais mutuamente entendidos.

Assim, a evolução da comunicação mereceu ser considerada no âmbito jurídico e no âmbito econômico, na medida em que poderia gerar consequências

¹ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Regime Jurídico-Econômico da Atividade de Comunicação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 29.

² LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 26.

³ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 27.

⁴ DEFLEUR, Melvin L.; BALL-ROKEACH, Sandra. **Teorias da Comunicação de Massa**. Tradução da 5. ed. norte-americana, Octavio Alves Velho. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 26.

jurídicas e que repercutiria, de algum modo, na satisfação das necessidades humanas.

Em seguimento, a fim de estabelecer a caracterização da comunicação como um fato jurídico-econômico, faz-se necessário ingressar, de forma breve, no conceito de Direito Econômico. Segundo a definição de CAMARGO, Direito Econômico seria:

[...] o ramo do Direito composto pelas normas de conteúdo econômico, tendo por objeto a regulamentação das medidas de política econômica e por sujeito agente que desta participe, harmonizando interesses individuais e coletivos, dentro da ideologia constitucionalmente adotada.⁵

As referidas normas de conteúdo econômico vincularão fatos – no plano do ser – a consequências jurídicas – no plano do dever ser. Dessa forma, o fato econômico será aquele que, de alguma forma, repercutirá na satisfação das necessidades humanas. E, conseqüentemente, o fato econômico irá se converter em fato jurídico – serão criadores, extintores, modificadores ou conservadores de direito.⁶

Em suma, a comunicação, como um processo de transmissão de mensagens, repercutirá no âmbito das necessidades humanas, o que se verifica desde o seu surgimento, com a comunicação de sinais das primeiras espécies homínidas. Esse aspecto econômico terá implicações no mundo jurídico, na medida em que gera consequências segundo as previsões normativas da sociedade, no plano do dever ser. Daí advém, portanto, a noção de comunicação como um fato jurídico-econômico.

2.1.1. Circulação como instituto jurídico

Segundo CAMARGO, num primeiro momento, a circulação diria respeito ao percurso do indivíduo até o bem de que necessita ou do percurso do bem ao indivíduo necessitado. No entanto, há de se fazer a distinção entre a circulação

⁵ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2014, p. 21; SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 27.

⁶ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2014, p. 21.

física e a circulação econômica. A primeira diz respeito ao deslocamento físico dos bens e serviços, abrangendo os transportes e as comunicações. A segunda ocorre quando um objeto deixa de ser titularidade de uma pessoa para ser de outra.⁷

Alguns elementos componentes e incidentes da circulação merecem destaque, conforme assenta PEREIRA: (i) a passagem dos bens, a qual pode ser mediata, imediata, direta ou indireta; (ii) o bem que é objeto da passagem - deve ser transmissível ou transferível; (iii) a deslocação do bem – muito embora não seja uma condição imprescindível da circulação, a mudança de espaço por determinado bem é fenômeno natural da circulação (abrangendo o transporte, e, de forma correlacionada, os meios de comunicação); (iv) as pessoas que operam a passagem dos bens – podem ser verificados sujeitos intermediadores na circulação; (v) a compensação pela perda ou aquisição dos bens – sacrifica-se uma certa quantidade de bens para adquirir outros; (vi) o instrumento da operação – pode-se realizar o cálculo de transação, consistente em avaliar as respectivas quantidades a serem trocadas, com base em uma terceira mercadoria comparativa, a moeda; e, por fim, (vii) a simplificação das transações, como, por exemplo, o crédito.⁸

Necessário salientar, ainda, a diferença entre fato jurídico e instituto jurídico. O primeiro corresponde aos “acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem, se modificam ou se extinguem”⁹, isto é, “um acontecimento que produz um efeito jurídico, embora independente da vontade do homem”¹⁰. O segundo, por sua vez, representa “estruturas normativas complexas, mas homogêneas, formadas pela subordinação de uma pluralidade de normas ou modelos jurídicos menores a determinadas exigências comuns”¹¹, ou seja, as

⁷ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2014, p. 287.

⁸ PEREIRA, Temperani. **Lições de Economia Política**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967, p. 204-206.

⁹ FATO JURÍDICO. FRANÇA, R. Limongi. *In*: FRANÇA, R. Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. V. 36, p. 347.

¹⁰ FATO JURÍDICO. NÁUFEL, José. *In*: NÁUFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 469.

¹¹ INSTITUTO JURÍDICO. REALE, Miguel. *In*: R. Limongi França (coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, V. 45, p. 118.

normas da mesma natureza, em virtude de uma comunhão de fins, articulam-se em modelos denominados institutos jurídicos¹².

Dessa forma, a circulação – em suas duas modalidades - é vista como um instituto jurídico, ao passo em que seus requisitos de validade e eficácia são estabelecidos pelo Direito, com a previsão, ainda, de consequências jurídicas, quando observada.

2.1.1.1. Circulação econômica

Adotando-se a definição de CAMARGO, a circulação econômica ocorre quando um objeto deixa de ser titularidade de uma pessoa e passa a ser de outra.¹³

Desse modo, para que determinados bens circulem economicamente, é necessário que se possa dispor sobre eles – sejam eles bens corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, singulares ou coletivos.¹⁴

Assim, segundo SOUZA, na “circulação econômica”, o fato originário é a “troca” de bens. Para tanto, é necessário um bem intermediário, do qual chegaremos à moeda ou ao dinheiro. A partir disso, então, o Direito Econômico ocupar-se-á dos expedientes praticados na circulação em face das medidas político-econômicas reguladoras do mercado praticadas pelo Estado, bem como do comportamento dos particulares no exercício do poder econômico.¹⁵

Ressalte-se, ainda, que os elementos jurídicos da ideologia sobre a qual se funda a circulação econômica está consignada no tratamento conferido aos

¹² INSTITUTO JURÍDICO. REALE, Miguel. *In*: R. Limongi França (coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, V. 45, p. 118.

¹³ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2014, p. 289.

¹⁴ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2014, p. 289.

¹⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 505.

direitos de “propriedade e de “liberdade de iniciativa”, sendo ambos especificamente definidos no art. 5º, *caput*, e no art. 170, I, da Constituição brasileira.¹⁶

2.1.1.2. Circulação física

A verificação de fatos materiais que abrangem o deslocamento físico de produtos e serviços constitui a chamada circulação física. Nela inclui-se, portanto, os chamados transportes e comunicações. Tais fatos materiais poderão ser ou não juridicamente qualificados.¹⁷

Destarte, a circulação física de pessoas e bens corpóreos será qualificada como “transporte”; a de bens incorpóreos, materializada por meio dos respectivos “veículos”, chamar-se-á “comunicação”.¹⁸

2.1.1.2.1. Comunicações

a. Generalidades

Segundo SOUZA, nas suas diversas modalidades, a Comunicação “constitui um dos principais temas de estudo do Instituto da Circulação, em Direito Econômico, não somente pelo que representa em termos de relacionamento das atividades humanas, mas como instrumento na prática da política econômica”¹⁹.

A Constituição brasileira define duas modalidades de comunicação: a comunicação interindividual, isto é, as “comunicações particulares”; e a comunicação social, conhecida também como as “comunicações de massa”.

Nesse sentido, ressalta CAMARGO que a determinabilidade dos destinatários é traço essencial para se identificar a atividade de comunicação como

¹⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 516.

¹⁷ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2014, p. 354.

¹⁸ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2014, p. 355

¹⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 548-549.

“social” ou “interindividual”²⁰. Será interindividual quando a comunicação estabelecer emissor e destinatário certo; será “de massa” quando as mensagens forem levadas a destinatário difuso ou incerto.²¹

No entanto, a título de registro, há divergência no que concerne aos conceitos de comunicação social e comunicação de massa. LOPES entende que a comunicação de massa seria aquela dirigida a um grande público, relativamente numeroso, indeterminado, heterogêneo e anônimo, por intermediários técnicos sustentados, no sistema capitalista, em grande parte pela economia de mercado, e a partir de uma fonte organizada; a comunicação social, por sua vez, referir-se-ia mais a pessoas de um grupo determinado, designando a comunicação entre determinada fonte de informação e certa comunidade - não representaria, portanto, um fenômeno de massa.²²

Dessa forma, cabe analisar a comunicação em referidos aspectos separadamente, uma vez que a Constituição brasileira prevê tratamento diferente às modalidades de comunicação.

b. Comunicação interindividual

A comunicação interindividual será considerada como aquela em que há emissor e destinatário certos.

Conforme apontam DEFLEUR e BALL-ROKEACH, as primeiras formas humanas se comunicavam por meio de um número limitado de sons que eram fisicamente capazes de produzir, tais como rosnados, roncos e guinchos, além de

²⁰ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Regime Jurídico-Econômico da Atividade de Comunicação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 30.

²¹ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2014, p. 370-371.

²² LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 30-31.

linguagem corporal.²³ Nota-se, desde então, a presença da comunicação interindividual.

A evolução para a Era da Fala e da Linguagem provocou grandes mudanças: dominando sistemas simbólicos, os indivíduos puderam classificar, abstrair, analisar, sintetizar e especular.²⁴

A partir disso, a espécie humana adentrou, após milhões de anos, na Era da Escrita. A descoberta de papel duradouro, feito de papiro, cerca de 2.500 a. C., pelos egípcios, proporcionou o advento da chamada “mídia portátil”.²⁵

Avançando-se na linha do tempo, pode-se destacar o serviço de correios como comunicação interindividual pioneira no sentido de propiciar infraestrutura capaz de efetuar o trânsito de mensagens, bem como o de encomendas. O telégrafo, por sua vez, é considerado o aparelho de comunicação à distância mais antigo, ainda hoje utilizado.²⁶

No Brasil, ainda durante o Segundo Império, tendo como primeiro usuário a Família Real, veio a ser instalado o primeiro sistema viabilizador do envio e recepção de sons, em caráter interativo, à distância: a telefonia.²⁷

Atualmente, a Constituição brasileira prevê garantia de sigilo (art. 5º, inciso XII) à comunicação interindividual, afirmando ser inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações

²³ DEFLEUR, Melvin L.; BALL-ROKEACH, Sandra. **Teorias da Comunicação de Massa**. Tradução da 5. ed. norte-americana, Octavio Alves Velho. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 26.

²⁴ DEFLEUR, Melvin L.; BALL-ROKEACH, Sandra. **Teorias da Comunicação de Massa**. Tradução da 5. ed. norte-americana, Octavio Alves Velho. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 32

²⁵ DEFLEUR, Melvin L.; BALL-ROKEACH, Sandra. **Teorias da Comunicação de Massa**. Tradução da 5. ed. norte-americana, Octavio Alves Velho. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 35.

²⁶ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2014, p. 367-369.

²⁷ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2014, p. 369.

telefônicas. O teor das mensagens entre particulares será de conhecimento apenas do emissor e dos indivíduos receptores.²⁸

Além disso, cabe lembrar que a função dos meios de comunicação, sejam de natureza interindividual ou social é permitir a livre expressão do pensamento. Tal liberdade de expressão consistiria na possibilidade de cada qual transmitir as respectivas concepções, em um “autorregramento da vontade”.²⁹

Portanto, consigna-se a comunicação interindividual como meio à concretização da liberdade de expressão, uma das garantias fundamentais consagradas na Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso IX.

c. Comunicação social

A comunicação social, no presente estudo, será considerada como comunicação “de massa”, isto é, aquela sem um destinatário certo e específico.

No que tange ao surgimento da comunicação social e dos meios de comunicação de massa, os estudiosos encontram dificuldades em estabelecer um marco inicial histórico. A comunicação oral, nesse sentido, é um importante fator para análise. Os discursos da Igreja estiveram presentes alcançando um grande número de pessoas em incontáveis épocas da História. Os púlpitos da Igreja Católica, por sua vez, já seriam classificados por Zygmunt Bauman como “meios de comunicação de massa”³⁰.

Com Gutenberg (c. 1368 – 1468), introdutor da prensa móvel no Ocidente, viabilizou-se a impressão em massa de materiais escritos. Desenvolvendo-se tal tecnologia, surgiu o primeiro verdadeiro veículo de massa: os chamados “jornais de tostão” (*penny press*), nos EUA. Consequência da Revolução Industrial, a confecção

²⁸ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Regime Jurídico-Econômico da Atividade de Comunicação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 30.

²⁹ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Regime Jurídico-Econômico da Atividade de Comunicação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 33.

³⁰ BRIGGS, Asa. BURKE, Peter. **Uma história social da mídia: de Gutenberg à Internet**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006, p. 36.

em série dos jornais, primeiramente com o jornal *The New York Sun*, nos EUA, em 1833, transformou o preço acessível à população (um centavo de dólar) disseminando-se a cultura da comunicação em massa também pelo restante do mundo.³¹

A noção de globalização, por sua vez, já estaria presente nos estudos de Marshall McLuhan. O termo “aldeia social” traduziu a crescente interligação dos sujeitos a partir do desenvolvimento dos meios de comunicação de massa. Nesse sentido, o autor afirmava que “O rádio provoca uma aceleração da informação que também se estende a outros meios. Reduz o mundo a uma aldeia [...]”³².

Assim, após a chegada do telégrafo e da popularização do rádio, em 1924, consolidava-se a lógica de comunicação entre um grande número de pessoas. A televisão reforçou tal lógica, tornando a sociedade mais dinâmica e interligada. Criavam-se, então, poderosos instrumentos políticos e econômicos a favor daqueles que detinham o controle sobre o conteúdo que seria difundido nos meios de comunicação de massa, especialmente a televisão.³³

É de fundamental importância lembrar o momento histórico do Brasil no que diz respeito ao advento dos meios de comunicação de massa. Nas décadas de 1920 e 1930, o país carecia de unidade cultural, constituindo uma “massa geográfica continental e um arquipélago cultural”³⁴, isto é, um país de grande extensão e marcado pela diversidade cultural.

Além de forte interesse para criar uma identidade cultural no Brasil – por exemplo, construindo uma imagem de heróis e músicas folclóricas -, buscava-se o desenvolvimento de uma unidade econômica. O ritmo acelerado com que a

³¹ BRIGGS, Asa. BURKE, Peter. **Uma história social da mídia: de Gutenberg à Internet**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006, p. 24-31.

³² MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. 3. ed. São Paulo: Cultrix, 1971, p. 344.

³³ WAINBERG, Jacques A. **Casa-grande e senzala com antena parabólica: telecomunicação e o Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 19-35.

³⁴ WAINBERG, Jacques A. **Casa-grande e senzala com antena parabólica: telecomunicação e o Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 9.

economia dos países desenvolvidos crescia era exponencial e os gestores do Brasil desejavam acompanhá-lo.³⁵

A fim de unificar a população, o bordão “governar é construir estradas” de Washington Luís, dos anos 1920, foi incrementado por investimentos na telecomunicação, que se deu principalmente a partir da década de 1970. A ligação da nação, então, não se daria apenas por meio de transporte, mas também pelo espectro eletromagnético.³⁶

Do ponto de vista legal, a radiodifusão nasceu com a publicação do Decreto n.º 20.047 de 27 de maio de 1931, assinado por Getúlio Vargas e regulamentado por meio do Decreto 21.111, de 1º de março de 1932. A rádio, inicialmente, é utilizada como instrumento cultural, educacional e de entretenimento, e, num segundo momento, passa a ter também caráter comercial. A televisão, por sua vez, já inicia sob o modelo comercial.³⁷

O poder do uso do direito à comunicação já era conhecido pela Escola Superior de Guerra, que, a partir do golpe de 1964, com o governo “autoritário e centralizador”, conseguiu colocar em prática a tão sonhada “unificação” do Brasil. Centralização esta que ambicionava, nas palavras de WAINBERG:

[...] aumentar a coesão da nação, da presença do pensamento do Estado, ligando o interior ao centro e permitindo a “pronta intervenção” deste centro na periferia, quando necessário [...] o papel político e militar das telecomunicações é, por decorrência, tornar efetiva a presença do Estado³⁸.

Nesse sentido, tornando efetiva a presença do Estado no interior e na periferia do país, com o auxílio das telecomunicações, “os coronéis já não reinariam

³⁵ WAINBERG, Jacques A. **Casa-grande e senzala com antena parabólica: telecomunicação e o Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 19-35.

³⁶ WAINBERG, Jacques A. **Casa-grande e senzala com antena parabólica: telecomunicação e o Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 19-35.

³⁷ GUARESCHI, Pedrinho A.; BIZ, Osvaldo. **Mídia & democracia**. Porto Alegre: P.G/O.B, 2005, p. 35.

³⁸ WAINBERG, Jacques A. **Casa-grande e senzala com antena parabólica: telecomunicação e o Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 27.

sós. O que se deveria ter, na melhor das hipóteses, é uma Casa-Grande e Senzala com Antena Parabólica”.³⁹

d. A Internet como meio de materialização da comunicação social, interindividual e a inovação das “redes sociais”

A Internet, por sua vez, materializa a comunicação social e a interindividual, na medida em que apresenta potencial para exercer variadas formas de comunicação. Isto é, conforme explica BRANCO, a Internet, além de possibilitar a comunicação de uma pessoa a outra (interindividual), ou de uma ou poucas pessoas a muitas outras (comunicação de massa), inova no sentido de propiciar a comunicação do tipo “muitos-a-muitos”:

Antes do surgimento da rede das redes (a Internet), as comunicações tradicionais se dividiam em duas categorias: um a um ou um-a-alguns (fax e telefone) e um-a-muitos (TV, rádio, jornal impresso e cinema). No novo ambiente, além das categorias anteriores, surge a possibilidade de comunicação do tipo muitos-a-muitos. Isto não significa apenas acessar a maior quantidade de informações, mas transformar as relações econômicas e sociais — que interagem em todos os ramos da produção capitalista, procurando ajustar-se a esta maneira «mais económica» de fazer negócios e de se relacionar com as pessoas. Surgem novas formas de relacionamento e novas comunidades não enraizadas geograficamente, novos produtores, novos distribuidores e novos consumidores posicionados na esfera global e não mais de forma local ou regional. Esta nova relação econômica, política e social — chamada de virtual — não tem cara e nem espaço, agora é parte da rotina de nossas vidas. Nossa vida no Ciberespaço.⁴⁰

Nesse sentido, TUBELLA salienta que a verdadeira diferença entre a Internet e as formas precedentes de meios de comunicação seria o papel conferido às pessoas: milhões de pessoas conectadas representariam uma série de

³⁹ WAINBERG, Jacques A. Casa-grande e senzala com antena parabólica: telecomunicação e o Brasil. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 33.

⁴⁰ BRANCO, Marcelo. *Software livre e desenvolvimento social e econômico*. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). **A sociedade em rede: do conhecimento à acção política**. Belém: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005, p. 228.

interações. Assim, afirma que “o espaço comum é resultado direto da sinergia e da conectividade”⁴¹, complementando que:

A televisão, enquanto meio de comunicação de massas tem sido um espaço de influência mas, por definição, vertical e passivo: De um para muitos. A Internet, como meio de muitos para muitos, é horizontal, um espaço de participação, um espaço de conexão. Cada vez mais devemos pensar em termos de espaços de transmissão.⁴²

Dessa forma, conclui-se que a Internet proporciona: (i) a comunicação interindividual - seja por meio de e-mails ou mensagens eletrônicas, com destinatários certos e definidos; (ii) a comunicação social ou “de massa” – por meio de sites ou “sítios eletrônicos”, nos quais alguns indivíduos dispõem informações para um número indeterminado de pessoas; e, ainda, (iii) inova em relação aos meios de comunicação tradicionais ao permitir a interação dos usuários em rede, por meio das redes sociais.

2.2. Tratamento constitucional da comunicação

2.2.1. Direito à comunicação: um direito fundamental

A Constituição brasileira garante, em seu art. 5º, incisos IV, IX e XIV, respectivamente, os direitos: (i) à livre manifestação do pensamento; (ii) à livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; e (iii) de acesso à informação.

Mesmo que, a partir de tal dispositivo, entenda-se que não há menção expressa do direito à comunicação no rol de direitos fundamentais da Constituição brasileira, não há implicação de que tal direito não possa ser classificado como tal.

Conforme ensina ÁVILA, não há necessariamente correspondência entre norma e dispositivo. Segundo tal entendimento, norma é “o sentido construído a

⁴¹ TUBELLA, Imma. *Televisão e Internet na construção da identidade*. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). **A sociedade em rede: do conhecimento à acção política**. Belém: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005, p. 281.

⁴² TUBELLA, Imma. *Televisão e Internet na construção da identidade*. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). **A sociedade em rede: do conhecimento à acção política**. Belém: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005, p. 287.

partir da interpretação sistemática de textos normativos”⁴³. Por isso, um único dispositivo pode corresponder a mais de uma norma, e vice-versa. Haverá casos, ainda, em que um ou mais dispositivos não corresponderiam a nenhuma norma, e em que várias normas são interpretadas a partir de nenhum dispositivo específico correspondente.⁴⁴

SARLET, nessa mesma lógica, ressalta a possibilidade de existirem direitos fundamentais “não escritos”, implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, positivados em outras partes do texto constitucional, ou até mesmo positivados em tratados internacionais.⁴⁵ Assim dispõe o art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira, o que, no entanto, não é a causa determinante para referida conclusão, pois, como aduz o autor, “a dedução de direitos implícitos é algo inerente ao sistema, existindo, ou não, norma permissiva expressa nesse sentido”⁴⁶.

Em seguimento, para qualificar um direito como fundamental, SARLET destaca a importância de equiparação aos demais direitos fundamentais do catálogo constitucional:

[...] toda e qualquer posição jurídica, seja ela enquadrada na noção de direitos implícitos ou decorrentes, seja ela encontrada na Constituição (fora do catálogo), ou em algum tratado internacional, deverá, para ser considerada autêntico direito fundamental, equivaler – em conteúdo e dignidade – aos direitos fundamentais do catálogo.⁴⁷

Portanto, tendo em vista essas considerações, a partir de uma leitura “materialmente aberta”⁴⁸ da Constituição brasileira, no que tange aos direitos fundamentais, cabe analisar - ainda que de forma breve - as qualidades do direito à

⁴³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 50.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 50-51.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 84-85.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 108.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 107.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 101.

comunicação que o ensejariam a adentrar ao rol “não taxativo”⁴⁹ de direitos fundamentais elencado pelo nosso ordenamento jurídico.

SARLET propõe uma classificação dos direitos fundamentais em “direitos fundamentais como direitos de defesa”; “direitos fundamentais como direitos a prestações” – subdividindo-os em “direitos à proteção” e “direitos à participação na organização e procedimento”; e, por fim, “direitos a prestações em sentido estrito”.⁵⁰

Com base nisso, FELIZOLA qualifica o direito à comunicação como sendo “materialmente fundamental”, e “de caráter trivalente, ou seja, um direito fundamental que apresenta, em alguma medida, aspectos de defesa, de prestação e de participação”.⁵¹

Tal entendimento pode ser depreendido também a partir da análise da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual dispõe, em seu artigo 11, a importância do direito à comunicação:

Art. 11. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei. (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789)

A Constituição brasileira, nessa linha, assegura, em seu artigo 220, que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”, em clara proteção ao direito à comunicação.

Destarte, FELIZOLA, em referência à Miriam Wimmer, infere a existência de duas dimensões de tutela do direito à comunicação: uma individual – a qual

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 93.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2012, p. 167.

⁵¹ FELIZOLA, Pedro Augusto Maia. *O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação no contexto da sociedade em rede e políticas públicas de acesso à internet no Brasil*. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 3, n. 1, 2011, p. 215.

abrangeria disposições acerca da posição subjetiva do indivíduo frente ao Estado, relativas à informação e à expressão pessoal; e outra social – a qual envolveria as diretrizes quanto à tutela dos meios de comunicação de massa, incluindo os direitos de participação.⁵²

Além disso, aduz o autor que:

Em relação ao pluralismo das informações, a Constituição prevê, no artigo 221, diretrizes para a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão e sobre os demais meios de comunicação social eletrônica (art. 222, § 3º), bem como normas que tratam da propriedade de empresas jornalísticas e de radiodifusão, estabelecidas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 222.⁵³

[...]

Nota-se, desse modo, que a Constituição Federal de 1988 possui um fardo instrumental no que toca ao direito à comunicação e a garantias a ele associadas. Pode-se afirmar, com tranquilidade, que o direito à comunicação, embora não expressamente consagrado pelo texto constitucional, é um direito materialmente fundamental, que encontra respaldo no conjunto de princípios relativos à comunicação social e às liberdades de expressão de pensamento e de acesso à informação, formalmente previstos na Carta vigente.⁵⁴

Portanto, partindo-se do teor dos diversos dispositivos existentes dentro e fora da Constituição brasileira que permitem inferir o caráter “fundamental” do direito à comunicação, bem como a partir de uma interpretação sistemática e “materialmente aberta” do ordenamento jurídico brasileiro, pode-se afirmar, mesmo que de forma preliminar, que o direito à comunicação é um direito fundamental.

Indo além, FELIZOLA ainda ressalta que, em um contexto de crescente importância dos meios de comunicação, notadamente da Internet, torna-se primordial a preocupação acerca da garantia de acesso a esta, uma vez que referido meio consistiria no principal instrumento contemporâneo de concretização do direito

⁵² FELIZOLA, Pedro Augusto Maia. *O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação no contexto da sociedade em rede e políticas públicas de acesso à internet no Brasil*. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 3, n. 1, 2011, p. 222.

⁵³ FELIZOLA, Pedro Augusto Maia. *O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação no contexto da sociedade em rede e políticas públicas de acesso à internet no Brasil*. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 3, n. 1, 2011, p. 224.

⁵⁴ FELIZOLA, Pedro Augusto Maia. *O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação no contexto da sociedade em rede e políticas públicas de acesso à internet no Brasil*. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 3, n. 1, 2011, p. 225.

fundamental à comunicação.⁵⁵ Em outras palavras, pode-se afirmar que a efetividade do direito à comunicação se torna progressivamente dependente do acesso à Internet, na atualidade.

Por fim, destaque-se pronunciamento da Organização das Nações Unidas, que, em junho de 2011, afirmou que o acesso à internet seria um direito humano de todo o cidadão.⁵⁶

2.2.2. Comunicação: atividade econômica ou serviço público?

Conforme lembra CAMARGO, a Constituição brasileira realizou distinção entre “atividade econômica”, a ser explorada pelo particular, e “serviço público”, a ser explorado pelo Poder Público.⁵⁷ Assim, cabe o breve estudo da significação da referida terminologia, a fim de se analisar, sob esse enfoque, a atividade de comunicação.

Segundo GRAU, o termo “atividade econômica” poderá significar gênero ou espécie, isto é, “atividade econômica em sentido amplo ou atividade econômica em sentido estrito”.⁵⁸

A atividade econômica em sentido amplo será qualquer atividade voltada à satisfação de necessidades, envolvendo a utilização de bens e serviços e recursos escassos. Desse modo, “serviço público”, na medida em que preenche tais requisitos, será espécie do gênero *atividade econômica em sentido amplo*. Não há falar, assim, em *intervenção do Estado* quando este presta serviço público ou regula

⁵⁵ FELIZOLA, Pedro Augusto Maia. *O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação no contexto da sociedade em rede e políticas públicas de acesso à internet no Brasil*. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 3, n. 1, 2011, p. 272-275.

⁵⁶ G1. ONU afirma que acesso à internet é um direito humano. 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2011/06/onu-afirma-que-acesso-internet-e-um-direito-humano.html>. Acesso em 23 out. 2015.

⁵⁷ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Regime Jurídico-Econômico da Atividade de Comunicação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 33.

⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 93-94.

a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública, no exercício de *atividade econômica em sentido amplo*.⁵⁹

A *atividade econômica em sentido estrito*, por sua vez, será aquela correspondente ao setor privado. Aqui, havendo exploração pelo Estado, falar-se-á em *intervenção*: atuação em área de outrem.⁶⁰

Daí a importância, no presente estudo, de se distinguir “serviço público” de “atividade econômica em sentido estrito”, a fim de demarcar quais atividades serão de titularidade estatal e quais serão de titularidade do setor privado. Nesse sentido, destaca GRAU que:

[...] por um lado, a Constituição de 1988 aparta, a ambos conferindo tratamento peculiar, atividade econômica e serviço público. No art. 173 enuncia as hipóteses em que é permitida a exploração direta de “atividade econômica” pelo Estado, além de, no §1º deste mesmo art. 173, indicar regime jurídico a que se sujeitam empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem “atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”. No art. 175 define incumbir ao Poder Público a prestação de “serviços públicos”. Além disso, o art. 174 dispõe sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador da “atividade econômica”. A necessidade de distinguirmos atividade econômica e serviço público é assim, no quadro da Constituição de 1988, inquestionável.⁶¹

Segundo CIRNE LIMA, serviço público é

[...] todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa.⁶²

Segundo MEIRELLES, o conceito de serviço público é “variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais

⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 103.

⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 94.

⁶¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 102.

⁶² CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 82.

de cada comunidade”⁶³. Reconhece, após tal consideração, que “os serviços públicos, propriamente ditos, são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado”⁶⁴. Distingue-os, portanto, dos “serviços de utilidade pública”, os quais seriam aqueles que a Administração, reconhecendo sua conveniência para os membros da coletividade (não se fala em essencialidade, nem necessidade), prestá-los-ia direta ou indiretamente, por meio de concessão, permissão ou autorização, em condições regulamentadas e sob seu controle.⁶⁵

Dessa forma, referido autor explica o seguinte:

No primeiro caso (serviço público), o serviço visa a satisfazer necessidades gerais e essenciais da sociedade, para que ela possa subsistir e desenvolver-se como tal; na segunda hipótese (serviço de utilidade pública), o serviço objetiva facilitar a vida do indivíduo na coletividade, pondo à sua disposição utilidades que lhe proporcionarão mais conforto e bem-estar⁶⁶.

Nesse mesmo sentido, MELLO ressalta que não convém ao Estado relegar certas atividades à iniciativa privada, pois não seria socialmente desejável a sujeição destas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas. Assim, refere ser dever do Estado assumi-las, ainda que sem exclusividade, colocando-as sob uma disciplina própria a fim de resguardar os interesses de tais atividades.⁶⁷

Necessário, ainda, distinguir os chamados “serviços públicos privativos” – aqueles cuja prestação é privativa do Estado, ainda que admitida a possibilidade de entidades do setor privado desenvolvê-los, contudo, apenas em regime de permissão ou concessão (art. 175 da Constituição de 1988) dos “serviços públicos

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 377-378.

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 379.

⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 380.

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 380.

⁶⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 694-695.

não privativos” – a serem prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização; haverá, sob essa lógica, prestação de serviço público inclusive na hipótese de prestação dos serviços de educação e de saúde pelo setor privado.⁶⁸

Assim, tem-se “serviço público” como “atividade indispensável à consecução da coesão social”⁶⁹. O que determinará certa parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social⁷⁰. Nesse sentido, GRAU complementa que:

Daí por que diremos que, ao exercer atividade econômica em sentido amplo em função de imperativo da segurança nacional ou para atender a relevante interesse coletivo, o Estado desenvolve atividade econômica em sentido estrito; de outra banda, ao exercê-la para prestar acatamento ao interesse social, o Estado desenvolve serviço público.⁷¹

CAMARGO dirá que a comunicação é atividade econômica em sentido estrito, ingressando, em seu conjunto, no setor terciário da economia, considerando o fato de que tal setor não se volta a produzir bens materiais, seja pela coleta direta da natureza, seja pelo beneficiamento do bem material coletado. No setor terciário, destinar-se-ia à prestação de serviços, destacando que não há oferta ao público, em regra, de bens materiais, mas de prestações mediante as quais serão satisfeitas as necessidades dos receptores.⁷²

No entanto, verifica-se que a Constituição brasileira definiu como competência da União: manter o serviço postal (art. 21, X); explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais (art. 21, IX; e explorar diretamente

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 122-123.

⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 128.

⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 128.

⁷¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 129.

⁷² CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Regime Jurídico-Econômico da Atividade de Comunicação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 46-48.

ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Porém, a mera atribuição de determinada competência atinente à prestação de serviços ao Estado não é suficiente para definir essa prestação como serviço público. Cumpre verificar as razões determinantes para a atribuição desse serviço pelo Estado, conforme ressalta GRAU.⁷³

Um exemplo disso é o art. 21, XII, “d”, da Constituição de 1988, o qual prevê competência da União para exploração direta ou mediante autorização, concessão ou permissão dos serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território. Essa atividade, no caso, “reclama mera autorização para que possa ser empreendida por empresa privada – compreende atividade econômica em sentido estrito, em que pese o referido dispositivo constitucional”.⁷⁴

GRAU, por exemplo, afirma que “no Brasil, na vigência da Constituição de 1988, a atividade de radiodifusão sonora e de sons e imagens é serviço público”⁷⁵, prestado mediante delegação do Poder Público, em regime de direito público. Trata-se de atividade de prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, a qual promove a universalização da identidade sociocultural brasileira; instrumental, portanto, para a concreção da soberania nacional.⁷⁶

Em outras palavras, considerando a comunicação em seu caráter instrumental, como um processo mediante o qual são levadas mensagens de um sujeito a outro(s), infere-se que esta pode ser utilizada para diversas finalidades, a depender também de sua forma (radiodifusão, telefonia ou imprensa, por exemplo).

⁷³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 126.

⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 131-132.

⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 138.

⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 138.

Torna-se inviável, portanto, classificar a comunicação em sua generalidade como sendo serviço público ou de utilidade pública – com exploração de titularidade do Poder Público -, ou sendo atividade econômica em sentido estrito – com exploração de titularidade do setor privado.

Para tanto, cada modalidade de comunicação deve ser analisada com suas respectivas peculiaridades, a fim de determinar se se trata de atividade econômica em sentido estrito ou de serviço público – este, por sua vez, privativo ou não privativo.

A partir do regime jurídico público ou privado, então, a depender do caso específico, diversas serão as consequências para a atividade de comunicação: os serviços prestados em regime público terão como obrigações a universalização e a continuidade do serviço, por exemplo; já os serviços prestados em regime privado, por sua vez, pautar-se-ão observando a livre iniciativa e a livre concorrência, em exploração por particulares.

2.2.3. Comunicação a longa distância

Inicialmente, convém relembrar a comunicação a curta distância, que, como visto, já era percebida nas primeiras espécies de homínídeos, a partir da linguagem de sinais. Após, surge a linguagem falada, podendo-se utilizar, como exemplo desta, os púlpitos das igrejas e templos, os quais permitiam a comunicação de massa em uma curta distância, sem a utilização de quaisquer meios tecnológicos para tanto.

A comunicação à distância, por sua vez, corresponde à chamada “telecomunicação”: “realizada por processo eletromagnético, que consiste na

utilização das propriedades do campo eletromagnético para geração de sinais de comunicação”, conforme ensina ESCOBAR.⁷⁷

RABAÇA, por sua vez, define a “telecomunicação” como sendo qualquer processo que permita a um emissor fazer chegar a um ou mais destinatários ou ao público em geral informações de qualquer natureza, sob qualquer forma utilizável, empregando-se qualquer sistema eletromagnético (transmissão elétrica por fio, radioelétrica, transmissão óptica, etc.) ou combinação de diversos sistemas.⁷⁸

Neste âmbito, à parte da transmissão de informações com tochas e sinais de fumaça, o primeiro mecanismo de telecomunicação verdadeiramente técnico de que se teria notícia, segundo ESCOBAR, é atribuído a “um tal Eneo”, durante o século IV a.C, no qual mensagens eram transmitidas a partir de recipientes d’água com palavras em diferentes níveis: “Quando o nível da água chegava até o vocábulo desejado, o emissor baixava a bandeira de sinalização e fechava a torneira de seu recipiente (...)”⁷⁹.

O avanço da tecnologia aprimorou as formas de transmissão de mensagens à longa distância. Conforme ressalta NEUBERGER, Benjamin Franklin, em 1753 “já propunha uso da eletricidade para a transmissão de mensagens à distância”, o que posteriormente contribuiria para o “desenvolvimento do telégrafo (Samuel Morse, 1844), utilizando-se de princípios de eletromagnetismo para transmissão de informações”, bem como para o desenvolvimento do telefone (Alexander Graham Bell, 1876), transformador das vibrações da voz humana em som. A autora destaca, ainda, que a primeira mensagem à distância através do telégrafo, em Código Morse, foi “Que Deus Seja Louvado”.⁸⁰

⁷⁷ ESCOBAR, João Carlos Mariense. **O novo direito de telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 21.

⁷⁸ TELECOMUNICAÇÃO. RABAÇA, Carlos Alberto. *In*: RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. **Dicionário de Comunicação**. Rio de Janeiro: Editora CODECRI, 1978, p. 447-448.

⁷⁹ ESCOBAR, João Carlos Mariense. **O novo direito de telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 22.

⁸⁰ NEUBERGER, Rachel Severo Alves. **O Rádio na Era da Convergência das Mídias**. Cruz das Almas/BA: UFRB, 2012, p. 49-50.

Acerca do conceito das telecomunicações, dispõe o art. 4º do Código Brasileiro de Telecomunicações que:

Art. 4º Para os efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético. Telegrafia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão de escritos, pelo uso de um código de sinais. Telefonia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons.

Analisando tal dispositivo, LOPES argumenta que a definição é bastante ampla, uma vez que abrangeria todas as comunicações à distância, com técnicas distintas.⁸¹ Assim, a autora concluirá que, pela sistemática brasileira, telecomunicação será gênero, sendo as telecomunicações por fio (como serviços de telefone e telégrafo) e a radiodifusão espécies deste.⁸²

O que será verificado, a partir do estudo dos diferentes modos de comunicação, é que “alguns conceitos ligados às áreas de comunicação enquadram-se em todas elas, ao passo que outros não”⁸³. O rádio e a televisão, por exemplo, constituem meios de comunicação de massa, encaixando-se também no gênero *telecomunicações* e, especificamente, no de *radiodifusão*. Por outro lado, os jornais, revistas e periódicos impressos, em que pese constituírem meios de comunicação de massa, não são espécies do gênero *telecomunicações*. Além disso, os serviços de telefone ou telégrafo, embora sejam espécies de telecomunicações, não são formas de comunicação social ou de massa.⁸⁴

A partir da dificuldade em sistematizar tais conceitos, verifica-se também a dificuldade em regulamentar as diferentes formas de comunicação.

⁸¹ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 32.

⁸² LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 32.

⁸³ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 34.

⁸⁴ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 34-35.

Nesse sentido, MARANHÃO FILHO argumenta que a inexistência de um Código de Comunicação, no Brasil, acarreta multiplicidade de leis, criando-se conflitos hierárquicos e dificultando-se o entendimento das condutas. Aduz que há uma legislação esparsa, heterogênea e contraditória sobre a matéria.⁸⁵

Além disso, novos debates surgem quanto à política de comunicações e sua respectiva regulamentação. QUELHO lembra que a evolução tecnológica rompe com a sistemática normativa própria da comunicação (telefonia, radiodifusão, imprensa e correios):

Em debate amplo a respeito da política de comunicações, Bar e Sandvig argumentam que a convergência de mídias e a onda crescente de tecnologias digitais rompem com a existência de padrões normativos próprios em cada sistema de comunicação – telefonia, radiodifusão, imprensa, correios – de duas formas. Primeiramente ela questiona a essência das regras existentes em cada mídia, por exemplo, a escassez de recursos na radiodifusão; em segundo, revela o fenômeno de substituição, em que uma mídia torna-se substituta potencial de outra. Por exemplo, a chamada telefônica pode ser prestada por fio de cobre, cabos de TV, onda de rádio ou internet, submetida a regras distintas, não obstante constitua uma mesma oferta de serviço.⁸⁶

Assim, a autora destaca que a divisão em telefonia, radiodifusão, imprensa e correios se dava a partir da constatação de diferentes tecnologias, de regimes de política regulatória apartadas, com base em diferentes finalidades (comunicação interpessoal ou de massa) e de velocidades distintas (simultaneidade, ou não, do envio e recebimento de mensagens pelos interlocutores: síncrono e assíncrono).⁸⁷

No entanto, a disseminação da tecnologia digital quebrou tais preceitos na medida em que se consolida “um único sistema de comunicação, baseado em um

⁸⁵ MARANHÃO FILHO, Luiz. **Legislação e comunicação: direito da comunicação**. São Paulo: LTr, 1995, p. 9.

⁸⁶ QUELHO, Renata Tonicelli de M. *A Lei Geral de Telecomunicações sob uma perspectiva convergente*. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 3, n. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 2015, p. 172.

⁸⁷ QUELHO, Renata Tonicelli de M. *A Lei Geral de Telecomunicações sob uma perspectiva convergente*. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 3, n. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 2015, p. 173.

núcleo tecnológico comum, que pode suportar todas as combinações entre padrões e velocidades de comunicação”.⁸⁸

Por fim, destaca que, nesse cenário que modifica a dinâmica dos sistemas de comunicação, a política regulatória deveria ser baseada em padrões diversos daqueles utilizados tradicionalmente.⁸⁹

Assim, em que pese a Era Digital propiciar a referida convergência das mídias, acarretando desencontros com o modelo no qual se basearam as regulamentações dos diversos meios de comunicação, estes serão estudados a partir da divisão clássica (qual seja, correios, telefonia, jornais, radiodifusão...), para fins de identificação das características básicas dos respectivos regimes jurídicos, sem esquecer, é claro, da análise da Internet nesse contexto.

a. Correios

O serviço postal teve, no Brasil, assim como em outras jurisdições, sua primeira denominação como “serviço dos correios”, tendo sido criado e desenvolvido diretamente pelo Estado.⁹⁰

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, a qual reproduz o monopólio estatal do setor postal, foi instituída pelo Decreto-Lei n. 509, de 20 de março de 1969.⁹¹ Referido Decreto-Lei constituiu a ECT como empresa pública, reservando-lhe, com exclusividade, a operação dos serviços postais no Brasil, conforme dispõe o inciso I do seu art. 2º: “À ECT compete: I – executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional”.

⁸⁸ QUELHO, Renata Tonicelli de M. *A Lei Geral de Telecomunicações sob uma perspectiva convergente*. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 3, n. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 2015, p. 173.

⁸⁹ QUELHO, Renata Tonicelli de M. *A Lei Geral de Telecomunicações sob uma perspectiva convergente*. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 3, n. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 2015, p. 173.

⁹⁰ GABAN, Eduardo Molan. **Regulação do setor postal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 236.

⁹¹ GABAN, Eduardo Molan. **Regulação do setor postal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 245-246.

Em 22 de junho de 1978, conforme ressalta GABAN, foi publicada a Lei n. 6.538, que “sacramentou, no plano infraconstitucional, a escolha do modelo de monopólio legal exercido por empresa pública para os serviços postais no Brasil”⁹². O art. 2º da Lei refere que “O serviço postal e o serviço de telegrama são explorados pela União, através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações”.

A partir de tal diploma, depreende-se que:

Segundo os arts. 7º, 25 e 47, constitui serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência (entendendo-se por correspondência toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, por via postal ou por telegrama), valores e encomendas, entendendo-se por telegrama toda mensagem transmitida por sinalização elétrica ou radioelétrica, ou qualquer outra forma equivalente, a ser convertida em comunicação escrita, para entrega ao destinatário⁹³.

Além disso, destaque-se que o art. 4º da Lei n. 6.538/78 dispõe que “É reconhecido a todos o direito de haver a prestação do serviço postal e do serviço de telegrama”, tornando evidente o interesse público dos serviços referidos.

Em seguimento, afirma GABAN que, posteriormente ao Decreto-Lei n. 509/69 e à Lei n. 6538/78, “diversas normas infralegais foram publicadas sem, contudo, alterar a essência de referidos diplomas legais no tocante ao monopólio postal”.⁹⁴

Nesse sentido, a Constituição brasileira consagrou a União como detentora do monopólio sobre o serviço postal e sobre o correio aéreo nacional, conforme disposição do inciso X de seu art. 21.⁹⁵

No entanto, surgiu, na doutrina, após a Constituição brasileira de 1988, uma polêmica quanto à manutenção do monopólio da União em relação ao serviço postal, conforme aponta QUEIROZ:

⁹² GABAN, Eduardo Molan. **Regulação do setor postal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 249.

⁹³ GABAN, Eduardo Molan. **Regulação do setor postal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 249.

⁹⁴ GABAN, Eduardo Molan. **Regulação do setor postal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 253.

⁹⁵ Art. 21 - Compete à União:

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional.

Fato é que, após a CF/88, existiu, na doutrina, uma polêmica acerca da manutenção do monopólio da União, em relação ao serviço postal, uma vez que, em que pese o art. 21, inciso X, que estabelece ser da competência do referido ente federativo explorar o serviço postal e o correio aéreo nacional, nada ter se referido acerca da possibilidade de outorga do serviço em destaque à iniciativa privada, não estabeleceu, de forma expressa, que a exploração do mesmo pudesse ser concretizada com exclusividade pela União.

Em junho de 2005, a Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED, ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, a ADPF n. 46-7, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, questionando a não recepção, pela Constituição de 1988, da Lei 6.538/78, que estabelecia o regime de monopólio das atividades postais pelos Correios. Sustentava-se, na ação, que tal norma infringia os princípios constitucionais da livre concorrência, livre iniciativa, liberdade do exercício de qualquer trabalho e profissão, bem como o princípio livre exercício de qualquer atividade econômica, previstos nos art. 5º e 170 da CF/88⁹⁶.

Além disso, referido autor destaca alguns dos argumentos que ensejariam a polêmica: (i) após a Constituição de 1988, a atuação estatal sobre tais atividades somente seria possível de maneira subsidiária, nos termos do art. 173, devendo o Estado limitar-se ao exercício da fiscalização e da regulação econômica, nos moldes do art. 174, ambos da CRFB; e (ii) o legislador constituinte teria positivado, na Constituição brasileira, de maneira expressa, as atividades que fazem parte do monopólio da União, a exemplo do art. 177, cujo rol não envolveria a atividade prestada pelos Correios.⁹⁷

A ADPF 46-7, ajuizada no Supremo Tribunal Federal, em junho de 2005, pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED, questionou a não recepção, pela Constituição de 1988, da Lei 6.538/78, que estabelece o regime de monopólio das atividades postais pelos Correios. Contudo, prevaleceu a tese sustentada pelo então ministro Eros Roberto Grau, no sentido da improcedência da ação.⁹⁸

⁹⁶ QUEIROZ, Julian Nogueira. *A questão do monopólio dos correios e a ADPF 46-7*. In: **Revista Direito e Desenvolvimento**, v. 3, n. 5. Centro Universitário de João Pessoa UNIPÊ, 2012, p. 203.

⁹⁷ QUEIROZ, Julian Nogueira. *A questão do monopólio dos correios e a ADPF 46-7*. In: **Revista Direito e Desenvolvimento**, v. 3, n. 5. Centro Universitário de João Pessoa UNIPÊ, 2012, p. 203-204.

⁹⁸ QUEIROZ, Julian Nogueira. *A questão do monopólio dos correios e a ADPF 46-7*. In: **Revista Direito e Desenvolvimento**, v. 3, n. 5. Centro Universitário de João Pessoa UNIPÊ, 2012, p. 203.

Acerca da discussão sobre violação aos princípios constitucionais econômicos no enquadramento do serviço postal como atividade econômica, esclareceu o ministro tratar-se de serviço público, sendo inaplicáveis os princípios constitucionais que regem as atividades econômicas em sentido estrito, insculpidos no art. 170 da Carta.⁹⁹

Ficou assentado, ainda, que a prestação do serviço postal por empresa privada só seria possível se a Constituição brasileira afirmasse que o serviço postal é livre à iniciativa privada, assim como fez em relação à saúde e à educação, que são serviços públicos e podem ser prestados independentemente de concessão ou permissão por estarem excluídos da regra do art. 175, em razão do disposto nos artigos 199 e 209.¹⁰⁰

Ademais, restou ementado o seguinte:

[...]

O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público.

[...]

É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal.

Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade.¹⁰¹

⁹⁹ QUEIROZ, Julian Nogueira. *A questão do monopólio dos correios e a ADPF 46-7*. In: **Revista Direito e Desenvolvimento**, v. 3, n. 5. Centro Universitário de João Pessoa UNIPÊ, 2012, p. 205.

¹⁰⁰ QUEIROZ, Julian Nogueira. *A questão do monopólio dos correios e a ADPF 46-7*. In: **Revista Direito e Desenvolvimento**, v. 3, n. 5. Centro Universitário de João Pessoa UNIPÊ, 2012, p. 205-206.

¹⁰¹ ADPF 46-7 (EMENTA). Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14712236/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-46-df>. Acesso em 04 de dezembro de 2015.

Ademais, cabe destacar que a Constituição brasileira prevê o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, em seu art. 5º, inc. XII, em atenção aos direitos ao sigilo e à intimidade.¹⁰²

Portanto, em que pese a ainda presente polêmica na doutrina acerca do regime jurídico dos serviços postais, consigna-se tal atividade como serviço público, em conformidade com o entendimento do STF, incidindo, portanto, o regime jurídico público, com exploração de titularidade estatal.

b. Telefonia

A *telefonia* pode ser conceituada como sendo o sistema de telecomunicações que consiste na transmissão da fala ou de outros sons, à distância, por intermédio de cabos, fios, ou ondas eletromagnéticas.¹⁰³

O *telefone*, por sua vez, é o aparelho que serve como elemento transdutor, na rede telefônica, capaz de transformar som em sinais elétricos e vice-versa e de sinalizar à central telefônica de forma a permitir o estabelecimento de ligações.¹⁰⁴

Após a aprovação das Emendas Constitucionais nº 08 e 09, ambas de 1995, permitiu-se a participação da iniciativa privada na exploração das telecomunicações, levando à aprovação de diversas leis disciplinando esta matéria. Foi aprovada, em julho de 1997, a Lei Geral das Telecomunicações (LGT), que passou a reger “a prestação de todos os serviços, exceto os de radiodifusão, que continuaram a reger-se pela Lei 4.117/62, e os de TV a cabo, que continuaram a reger-se pela Lei 8.977/95”.¹⁰⁵

¹⁰² ESCOBAR, João Carlos Mariense. **O novo direito de telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 154-155.

¹⁰³ TELEFONIA. RABAÇA, Carlos Alberto. In: RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. **Dicionário de Comunicação**. Rio de Janeiro: Editora CODECRI, 1978, p. 448.

¹⁰⁴ TELEFONE. RABAÇA, Carlos Alberto. In: RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. **Dicionário de Comunicação**. Rio de Janeiro: Editora CODECRI, 1978, p. 448.

¹⁰⁵ TELEBRASIL – Associação Brasileira de Telecomunicações. **Livro azul das telecomunicações**. Rio de Janeiro: ABRAFIX, ACEL, TELEBRASIL, 2002, p. 27-28.

Daí surge a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel):

A LGT criou a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) como agência estatal autárquica com amplos poderes de regulação e fiscalização setorial e ainda determinou que a Lei 8.884/94, de defesa da concorrência, fosse aplicada plenamente ao setor das telecomunicações, atribuindo à Anatel uma série de competências legais, que são complementares àquelas que são atribuídas ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em relação ao controle, prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica.¹⁰⁶

A partir das emendas, então, a Constituição passou a dispor, no art. 21, inc. XI, que compete à União a exploração, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, dos serviços de telecomunicações, nos termos da lei, a qual disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

Diante desse contexto, instaurou-se dois regimes jurídicos diferentes para prestação dos serviços de telecomunicações:

Perante o novo contexto legal, a assimetria regulatória foi considerada como um instrumento muito importante para atingir os objetivos da reforma. Sua principal manifestação foi a instauração de dois regimes jurídicos diferentes para a prestação dos serviços de telecomunicações, a saber: o regime jurídico público, ao qual atualmente se submetem as empresas concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC); e o regime jurídico privado, que rege a prestação deste e outros serviços por empresas autorizadas.¹⁰⁷

O Serviço Telefônico Fixo Comutado, anteriormente designado Serviço Telefônico Público, já fora classificado como serviço imprescindível, o qual impunha à União o dever de prestá-lo, em todos os lugares possíveis, conforme analisa ESCOBAR.¹⁰⁸

¹⁰⁶ TELEBRASIL – Associação Brasileira de Telecomunicações. **Livro azul das telecomunicações**. Rio de Janeiro: ABRAFIX, ACEL, TELEBRASIL, 2002, p. 28.

¹⁰⁷ TELEBRASIL – Associação Brasileira de Telecomunicações. **Livro azul das telecomunicações**. Rio de Janeiro: ABRAFIX, ACEL, TELEBRASIL, 2002, p. 29.

¹⁰⁸ ESCOBAR, João Carlos Mariense. **O novo direito de telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 28.

No entanto, a Resolução nº 426, de 9 de dezembro de 2005, aprovou o “Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado”, o qual, em seu art. 2º, estabelece que o regulamento tem por objetivo “disciplinar as condições de prestação e fruição do STFC, prestado em regime público e em regime privado”, possibilitando, desse modo, a adoção do regime privado ao serviço referido.

Destarte, conforme dispõe o sítio eletrônico da ANATEL, o STFC é o único serviço de telecomunicações prestado concomitantemente nos regimes público (por contratos de concessão, obedecendo as obrigações de universalização e continuidade) e privado (por termos de autorização), a depender da abrangência dos interesses que atendem (coletivos ou restritos).¹⁰⁹

O Serviço Móvel de Celular, por sua vez, assim como os demais serviços privados de telecomunicação, não está sujeito a obrigações de universalização e continuidade, nem prestação assegurada pela União, podendo ser explorado pelos particulares, mediante autorização.¹¹⁰

Trata-se de serviço de interesse restrito, particular, prestado sob o regime de direito privado e mediante autorização, em ato administrativo vinculado, isto é, “ato que não promana da liberdade de agir dentro dos limites da lei, própria da discricionariedade, mas da impossibilidade de outro comportamento por parte da Administração”.¹¹¹

Outrossim, deve-se ressaltar que é inviolável o sigilo da comunicação telefônica. Os titulares desse direito são os interlocutores. Tal sigilo decorre do direito à inviolabilidade da intimidade das pessoas e da sua vida privada¹¹² (art. 5º,

¹⁰⁹ ANATEL. Disponível em: [http://www.anatel.gov.br/Portal/documentos/sala_imprensa/14-10-2011--17h33min21s-Servi%C3%A7o%20Telef%C3%B4nico%20Fixo%20Comutado%20\(STFC\).pdf](http://www.anatel.gov.br/Portal/documentos/sala_imprensa/14-10-2011--17h33min21s-Servi%C3%A7o%20Telef%C3%B4nico%20Fixo%20Comutado%20(STFC).pdf). Acesso em 04 de dezembro de 2015.

¹¹⁰ ESCOBAR, João Carlos Mariense. **O novo direito de telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 28-29.

¹¹¹ ESCOBAR, João Carlos Mariense. **O novo direito de telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 89.

¹¹² ESCOBAR, João Carlos Mariense. **O novo direito de telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 154.

X, da CRFB). A Constituição brasileira ainda assegura, expressamente, no art. 5º, inc. XII, a inviolabilidade das comunicações telefônicas, salvo, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

ESCOBAR ainda destaca o direito à intimidade – “direito de impedir que a atividade de terceiro se enderece a conhecer e descobrir as particularidades da vida privada alheia”, como fundamento para a inviolabilidade das comunicações telefônicas.¹¹³

Portanto, conclui-se que a definição do que vem a ser utilidade pública ou serviço essencial para a sociedade (a depender do momento histórico, como visto, em conformidade aos ensinamentos de CIRNE LIMA), bem como o âmbito de utilização do serviço (coletivo ou restrito), tornam-se fundamentais para a determinação do regime jurídico da atividade de comunicação - no caso específico, da telefonia. Será regida pelo regime jurídico privado em se tratando de uso particular, restrito, com atividade explorada mediante autorização (caso do Serviço Móvel de Celular e parte do Serviço Telefônico Fixo Comutado); será regida pelo regime jurídico público em se tratando de uso coletivo, com natureza de “utilidade pública” (caso de parte do Serviço Telefônico Fixo Comutado).

c. Radiocomunicação

Este tópico é destinado a mencionar, brevemente, a existência de outras formas de comunicação por ondas de rádio que fogem à noção da radiodifusão, a ser analisada posteriormente.

A chamada “radiocomunicação” pode ser conceituada como “toda telecomunicação feita por meio de ondas de rádio. Comunicação de sinais, sons ou

¹¹³ ESCOBAR, João Carlos Mariense. **O novo direito de telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 155.

imagens, por meio de ondas eletromagnéticas”¹¹⁴. No entanto, NEUBERGER destaca a existência, hoje, do termo radiocomunicação utilizado no sentido de “irradiações provenientes de embarcações”, bem como do chamado “radioamadorismo”, o qual designaria “irradiações entre particulares”.¹¹⁵

O radioamadorismo é “a modalidade destinada ao treinamento próprio, à intercomunicação, e a investigações técnicas, levado a efeito por amadores devidamente autorizados (...) que não visem a qualquer objetivo pecuniário”¹¹⁶.

Destaque-se que o espectro eletromagnético constitui bem público, não passível de apropriação privada. Fala-se, portanto, de recurso natural limitado, em que o particular obterá apenas direito de uso.¹¹⁷

Assim, referidas modalidades de comunicação podem ser enquadradas dentre a já estudada comunicação interindividual, de caráter restrito, uma vez que se destinam à troca de mensagens entre particulares, não visando à comunicação social ou de massa.

d. Imprensa “escrita”

A palavra imprensa, segundo LOPES, é contemporânea do surgimento da máquina de impressão – a prensa móvel. A partir disso, passou a designar também os produtos que foram sendo impressos, como jornais e periódicos destinados a uma grande quantidade de destinatários – comunicação social, ou “de massa”.¹¹⁸

¹¹⁴ RADIOCOMUNICAÇÃO. RABAÇA, Carlos Alberto. In: RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. **Dicionário de Comunicação**. Rio de Janeiro: Editora CODECRI, 1978, p. 392.

¹¹⁵ NEUBERGER, Rachel Severo Alves. **O Rádio na Era da Convergência das Mídias**. Cruz das Almas/BA: UFRB, 2012, p. 49-50.

¹¹⁶ ANATEL. Disponível em: http://www.anatel.gov.br/setorregulado/index.php?option=com_content&view=article&id=179&Itemid=405. Acesso em 04 de dezembro de 2015.

¹¹⁷ ESCOBAR, João Carlos Mariense. **O novo direito de telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 42.

¹¹⁸ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 31.

No entanto, a acepção atual de “imprensa” foi ampliada, passando a significar o conjunto dos processos de difusão de informações jornalísticas por veículos impressos ou eletrônicos.¹¹⁹

Para os fins deste trabalho, será explorado o termo no que tange apenas a livros, jornais e periódicos na forma “escrita”, ou “impressa”, uma vez que as formas eletrônicas já serão abordadas nos pontos relativos a “radiodifusão” e “Internet”.

Assim, cabe destacar que o art. 220, § 6º, da Constituição brasileira estabelece que a publicação de veículo impresso de comunicação não dependerá de licença de autoridade. Tal tratamento difere daquele conferido à radiodifusão sonora e de sons e imagens, por exemplo, como será visto a seguir.

TOCQUEVILLE já afirmava que "a liberdade de imprensa não faz sentir o seu poder apenas sobre as opiniões políticas, mas ainda, sobre todas as opiniões dos homens. Não modifica somente as leis, mas os costumes"¹²⁰.

GUERRA também relembra a importância da imprensa no cenário mundial, referindo-se ao termo “quarto poder”, empregado por alguns autores como Norberto Bobbio. Destaca, que a atual liberdade de imprensa advém de garantias anteriores, como a liberdade de pensamento, e, posteriormente a liberdade de exteriorização ou de manifestação do pensamento, consagrada no art. 5º, IV, da Constituição brasileira.¹²¹

A Lei de Imprensa, por sua vez, também consagra tal garantia, logo em seu art. 1º:

Art . 1º É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência

¹¹⁹ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 31-32.

¹²⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. 3. ed. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1987, p. 140.

¹²¹ GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 71-79.

de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.

Feitas essas considerações, ressalta-se que “a mídia impressa é explorada livremente como uma atividade econômica privada, não se sujeitando a qualquer espécie de consentimento estatal”¹²², nas palavras de SARMENTO.

Completando a questão, o autor analisa que a “ratio” da norma constitucional, no caso, seria “prestigiar a liberdade de expressão e a livre circulação de ideias e informações, diante da inexistência de limites materiais do meio de divulgação”¹²³, aduzindo, ainda, que:

Tal determinação se harmoniza com a vedação constitucional à censura e visa a proteger a liberdade de expressão de possíveis arroubos autoritários dos governantes de plantão. Esta distinção quanto ao regime jurídico entre imprensa escrita e a radiodifusão tem reflexos no que tange à legitimidade das restrições normativas à liberdade de expressão. Nesta linha, a legislação eleitoral, por exemplo, impõe restrições muito mais severas à liberdade das rádios e televisões do que aos veículos da mídia impressa (cf. arts. 43 a 57 da Lei n. 9.504/97). E tem-se entendido que o dever das emissoras de rádio e televisão de manter uma postura neutra e equidistante entre os diversos candidatos no período eleitoral não se estende à imprensa escrita, que pode ter e manifestar livremente as suas preferências, desde que não o faça de forma abusiva.¹²⁴

Ademais, à imprensa escrita não se aplicam os princípios dispostos no art. 221 da Constituição brasileira, quais sejam: preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; e respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

¹²² SARMENTO, Daniel. *Comentário ao artigo 220*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 2042.

¹²³ SARMENTO, Daniel. *Comentário ao artigo 220*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 2042.

¹²⁴ SARMENTO, Daniel. *Comentário ao artigo 220*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 2042.

O afastamento de referidos princípios na esfera da imprensa escrita, aplicados à comunicação social eletrônica (à produção e à programação das emissoras de rádio e televisão, na forma do dispositivo), reforçam a ideia de que se fala, aqui, em atividade econômica em sentido estrito, destinada à exploração privada.

Desse modo, deve-se destacar também a imunidade tributária que a Constituição brasileira reserva aos livros, jornais, periódicos, e o papel destinado a sua impressão, em seu art. 150, VI, 'd'.

Segundo CALIENDO, tal previsão visa à “proteção de valores fundamentais e a promoção de direitos fundamentais do contribuinte”¹²⁵, não se tratando de mera proteção dos objetos físicos descritos, mas de bens jurídicos maiores: “direito fundamental à educação, à cultura, ao conhecimento ou a informação”¹²⁶.

Tem-se, por outro lado, maior acesso da população a tais bens, visto que menos onerosos em decorrência da imunidade tributária, desde que a circulação dos livros, periódicos e revistas não constituam ato ilícito.¹²⁷

BALEIRO ainda refere que, em que pese o interesse cultural ocupar o centro da argumentação nessa matéria (conforme defesa de Jorge Amado na Constituinte de 1946), o imposto encareceria a matéria prima do livro, não somente pela carga fiscal, “que se adiciona ao preço, mas também pelos seus efeitos extrafiscais, criando, em certos casos, monopólios em favor do produtor protegido

¹²⁵ CALIENDO, Paulo. *Comentário ao artigo 150, VI, 'd'*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1660.

¹²⁶ CALIENDO, Paulo. *Comentário ao artigo 150, VI, 'd'*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1660.

¹²⁷ CALIENDO, Paulo. *Comentário ao artigo 150, VI, 'd'*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1661.

aduaneiramente”. Assim, permitir-se-ia a eliminação da concorrência por meios alfandegários.¹²⁸

Por fim, destaca-se a polêmica no que tange à incidência de tributos nos chamados “livros eletrônicos”. Há interpretação extensiva, a qual considera a finalidade dos meios como principal fator a ser considerado, o que garantiria a imunidade a demais produtos que circulam em meio diverso ao do papel. Por outro lado, há a interpretação restritiva, que não prevê tal possibilidade.¹²⁹

e. Radiodifusão

A radiodifusão corresponde ao serviço de radiocomunicação cujas transmissões se destinam a ser recebidas diretamente pelo público em geral, podendo compreender som (rádio), televisão, telex, ou outros tipos de transmissão.¹³⁰

É espécie do gênero “telecomunicação”, conforme se depreende do artigo 6º, alínea ‘d’, do Código Brasileiro de Telecomunicações, sendo o “serviço destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão”. Tal distinção entre telecomunicação e radiodifusão advém da emenda constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, a qual estabeleceu a mencionada relação de gênero e espécie entre os termos, em modificação à redação do art. 21, XI, ‘a’, da Constituição brasileira.

¹²⁸ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 577.

¹²⁹ CALIENDO, Paulo. *Comentário ao artigo 150, VI, ‘d’*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1662-1663.

¹³⁰ RADIODIFUSÃO. RABAÇA, Carlos Alberto. In: RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. **Dicionário de Comunicação**. Rio de Janeiro: Editora CODECRI, 1978, p. 392.

Como ressalta LOPES, importante distingui-la de radiocomunicação: esta é propagada também por ondas radioelétricas, mas não destinadas à comunicação social. É o caso da telegrafia e da telefonia sem fio, por exemplo.¹³¹

Destarte, “a atividade desenvolvida pelas empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens é objeto de concessão, permissão ou autorização, nos termos do que dispõe o art. 223 da Constituição do Brasil”¹³². GRAU ainda destaca que, em se tratando de serviço concedido, permitido ou autorizado, dever-se-á observar o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.¹³³

O autor refere que a radiodifusão é atividade de serviço público, uma vez que promove a universalização da identidade sociocultural brasileira, sendo instrumental para a concreção da soberania nacional.¹³⁴

A Constituição brasileira prevê, nesse sentido, que a atividade de radiodifusão deverá atender determinados princípios:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:
 I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
 II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
 III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
 IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

A Carta Maior ainda estabelece, no artigo 222 e §§, a preocupação com a nacionalidade dos agentes da atividade de radiodifusão, evidenciando, consoante

¹³¹ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 33.

¹³² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 139.

¹³³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 139.

¹³⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 139.

afirma GRAU, que tal atividade “é indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social”¹³⁵, constituindo, portanto, serviço público:

“Não há dúvida, portanto, quanto a este ponto: no Brasil, na vigência da Constituição de 1988, a atividade de radiodifusão sonora e de sons e imagens é serviço público. Essa atividade é prestada mediante delegação do Poder Público, ademais estando sujeita a regime jurídico especial, demarcado pela própria Constituição. As relações estabelecidas entre o delegante e o delegado são de direito público [...]. Sendo assim, sobre ela incide o princípio da continuidade do serviço público”¹³⁶.

Vale dizer que, conforme ensina LOPES, o fornecimento de água ou energia terão tratamento diverso à educação, por exemplo, o que não lhes tira o caráter de serviços públicos. Assim, haverá níveis de aplicação do Direito Administrativo para cada caso concreto, devendo-se analisar em que medida os princípios e a disciplina jurídica tradicionais do serviço público se adéquam à radiodifusão.¹³⁷

Em consonância com Eros Roberto Grau, a autora destaca que a informação e a educação são essenciais para a formação dos cidadãos, e que os meios de comunicação de massa, especificamente os de radiodifusão, têm papel fundamental nesse contexto.¹³⁸ Dessa forma, em referência a Afonso Albuquerque, aponta a “possibilidade de os meios de comunicação de massa determinarem a *agenda*, ou seja, os assuntos merecedores de destaque e que, portanto, são passíveis de atenção por parte dos cidadãos/espectadores”¹³⁹: é a chamada “Teoria do Agendamento” ou “agenda-setting” - a qual pode ser considerada uma externalidade negativa da atividade de comunicação.¹⁴⁰

¹³⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 139

¹³⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 139-140.

¹³⁷ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 142.

¹³⁸ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 142-143.

¹³⁹ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo apud ALBUQUERQUE, Afonso. *A campanha presidencial no Jornal Nacional: observações preliminares. Comunicação e política*. Rio de Janeiro: Cebela, v. I, n. 1, p. 23-40, ago./nov. 1994, p. 25.

¹⁴⁰ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **A mídia e a constituição: programação de rádio e TV e suas externalidades**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2013, p. 60.

Ademais, convém ressaltar a radiodifusão como meio de destaque no mundo político, representando “intermediação entre os governantes e os governados, os políticos e os eleitores e entre as pessoas e suas convicções”.¹⁴¹

LOPES também pondera que o espectro magnético, por onde são transmitidas as ondas da radiodifusão, constitui um bem natural e limitado. Assim, poucos têm acesso a tal bem, o que levaria à discussão acerca do caráter comunicativo dessa atividade: tratar-se-ia de uma via unilateral de transmissão de mensagens, não configurando a interatividade ou a chamada comunicação de “mão dupla”.¹⁴²

Desse modo, considerando a radiodifusão como serviço público, espécie da atividade econômica em sentido amplo, por envolver a utilização de bens e serviços e recursos escassos, “cumpre ao Estado zelar pela boa utilização do espectro, de forma que toda a sociedade seja beneficiada com a exploração das ondas por um determinado concessionário”¹⁴³.

Nesse sentido, acerca do tratamento constitucional da matéria, mais especificamente quanto aos artigos 1º, 3º, 205, 215 e 217, §3º, todos da Constituição brasileira de 1988, LOPES aduz que:

[...] os meios de comunicação de massa, em especial os de radiodifusão, estão intimamente ligados aos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, que buscam o pluralismo político e o desenvolvimento da cidadania, e estes só se fazem com a garantia de amplo acesso a todos os meios de informação e educação, garantia de livre circulação de ideias e apresentação de todos os pontos de vista relevantes sobre os assuntos de interesse social, sem qualquer tipo de censura.

[...]

Porém, os meios de comunicação social não se destinam apenas à informação, mas também ao lazer e à divulgação de cultura, relacionando-

¹⁴¹ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 146.

¹⁴² LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 148.

¹⁴³ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 149-150.

se com outros objetivos e funções do Estado brasileiro, tais como a dignidade humana e a cidadania.

[...]

Na medida em que os meios de comunicação de massa relacionam-se intimamente com valores caros à democracia, tais como a liberdade de opinião, de expressão e de imprensa, livre fluxo de informações, amplo acesso à educação, cultura e lazer, tornam-se destacados meios de promoção dos objetivos do Estado brasileiro, adotados formalmente no mencionado art. 3º da Constituição.¹⁴⁴

Por fim, no que tange às peculiaridades da concessão de rádio e televisão, cumpre mencionar que a possibilidade de resgate ou encampação não seria aplicável à atividade em comento, “uma vez que o Estado não deve ter o poder de simplesmente retirar a concessão por motivos de oportunidade e conveniência”¹⁴⁵. Além disso, destaca-se “a íntima relação da radiodifusão com o sistema democrático de Estado”¹⁴⁶, o que será estudado em capítulo apartado.

f. Internet

A Internet, como visto, concretiza não só a comunicação social mas também a interindividual, na medida em que possibilita variadas formas de transmitir mensagens, além de propiciar a interação dos usuários em rede, por meio das redes sociais - uma inovação no âmbito das comunicações.

PINHEIRO, acerca da noção técnica de “internet”, destaca que:

“Tecnicamente, a internet consiste na interligação de milhares de dispositivos do mundo inteiro, interconectados mediante protocolos (IP, abreviação de *Internet Protocol*). Ou seja, essa interligação é possível porque utiliza um mesmo padrão de transmissão de dados. A ligação é feita por meio de linhas telefônicas, fibra óptica, satélite, ondas de rádio ou infravermelho. A conexão do computador com a rede pode ser direta ou através de outro computador, conhecido como servidor. Este servidor pode ser próprio ou, no caso dos provedores de acesso, de terceiros. O usuário navega na internet por meio de um *browser*, programa usado para visualizar páginas disponíveis na rede, que interpreta as informações do *website* indicado, exibindo na tela do usuário textos, sons e imagens”.¹⁴⁷

¹⁴⁴ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 151.

¹⁴⁵ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 157.

¹⁴⁶ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 153.

¹⁴⁷ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63.

Assim, a comunicação interindividual se dá, por exemplo, por meio dos *e-mails*. Às correspondências eletrônicas de caráter interindividual é garantida a inviolabilidade de correspondência, como manifestação do direito à intimidade.¹⁴⁸

A Constituição brasileira garante, no inciso X de seu art. 5º, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Nesse sentido, Ricardo Luis Lorenzetti esclarece que as mensagens enviadas a uma ou a várias pessoas, pela Internet, “devem ser protegidas, visando a tutela dos interesses do titular do direito à intimidade e do direito à privacidade”¹⁴⁹, afirma, ainda, que os e-mails e as mensagens de fórum são “invioláveis, não cabendo a espionagem da correspondência ali deixada, quanto mais a modificação do conteúdo da informação”¹⁵⁰.

O autor referido complementa que as exceções à regra da inviolabilidade da intimidade e da privacidade somente serão verificadas em casos extremos, por meio de decisão judicial fundamentada. Desse modo, a violação do direito à intimidade e à privacidade, no âmbito da Internet, acarretará responsabilidade civil, penal e administrativa, a depender do caso.¹⁵¹

Por outro lado, verifica-se, também, no âmbito virtual, a comunicação social. Esta se dá, de forma exemplificativa, por meio dos *sites*, ou “sítios eletrônicos” – uma “localização virtual” - os quais são encontrados a partir de um endereço eletrônico. CORRÊA relaciona o endereço eletrônico com os endereços no

¹⁴⁸ DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.) **Direito & internet – aspectos jurídicos relevantes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 472.

¹⁴⁹ DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.) **Direito & internet – aspectos jurídicos relevantes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 479.

¹⁵⁰ DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.) **Direito & internet – aspectos jurídicos relevantes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 479.

¹⁵¹ DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.) **Direito & internet – aspectos jurídicos relevantes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 485-486.

caso dos correios, cuja função seria “materializar a conexão entre o usuário da Internet e o servidor responsável pelo alojamento do *site*”¹⁵².

Destarte, os *sites* permitem que qualquer pessoa conectada à Internet acesse o conteúdo ali disposto, evidenciando o caráter massivo desta modalidade de comunicação. É, pois, forma de comunicação social.

Nesse sentido, Jeff Cole afirma que a Internet se torna a mais importante fonte de informação das várias populações existentes no mundo, sendo também um importante espaço de entretenimento¹⁵³.

Mais do que isso, como já analisado, com a Internet surge a possibilidade de comunicação do tipo “muitos-a-muitos”¹⁵⁴, o que transformaria as relações econômicas e sociais, com novas formas de relacionamento em escala global e não mais de forma local ou regional. “Esta nova relação econômica, política e social — chamada de virtual — não tem cara e nem espaço, agora é parte da rotina de nossas vidas”¹⁵⁵.

Conforme destaca CAMARGO, o advento das redes sociais tem sido apontado, inclusive, como apto a modificar algumas das características da “agenda setting”.¹⁵⁶

Ademais, cabe destacar, de forma breve, algumas das inúmeras consequências jurídicas que puderam ser observadas a partir do uso da Internet.

¹⁵² CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36.

¹⁵³ COLE, Jeff. Internet e Sociedade numa Perspectiva Global: lições de cinco anos de análise de campo. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (orgs.). **A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, p. 328.

¹⁵⁴ BRANCO, Marcelo. *Software livre e desenvolvimento social e econômico*. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (orgs.). **A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, p. 228.

¹⁵⁵ BRANCO, Marcelo. *Software livre e desenvolvimento social e econômico*. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (orgs.). **A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, p. 228.

¹⁵⁶ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **A mídia e a constituição: programação de rádio e TV e suas externalidades**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2013, p. 61.

Destaca-se (i) a criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), cujo objetivo seria “tornar efetiva a participação da sociedade nas decisões sobre a implantação, administração e uso da Internet”¹⁵⁷; (ii) a questão dos direitos autorais, que enfrentou polêmica quanto ao conteúdo disposto em páginas virtuais reservarem ou não direitos autorais ao autor deste conteúdo, bem como questões relativas à regulamentação da matéria¹⁵⁸; (iii) a questão tributária, que exige a individualização das práticas do âmbito virtual (prestação de serviços, compra e venda, empréstimo, etc.) a fim de se identificar o respectivo fato gerador e qual tributo incidirá¹⁵⁹; (iv) a questão dos crimes digitais, ou seja, ilícitos praticados agora em âmbito virtual¹⁶⁰; e (v) a questão dos processos judiciais na chamada “Era Digital”¹⁶¹, dentre outras consequências.

Portanto, verifica-se que a Internet, poderoso e inovador instrumento de comunicação - o qual permite a comunicação interindividual (p. ex., e-mails), comunicação social (p. ex., *sites*) e comunicação em rede (p. ex., redes sociais) -, revolucionou diversos aspectos da vida em sociedade, não apenas a forma de comunicação. Destaca-se, desde já, que a este meio se aplica perfeitamente a noção de “utilidade pública” analisada nos demais casos, tendo em vista a crescente importância que vem adquirindo a referida atividade comunicativa propiciada pela Internet.

A partir das referidas mudanças, no entanto, será questionada a (in)viabilidade constitucional de regulamentação da Internet especificamente no que tange à comunicação. Em outras palavras, será investigada a necessidade e a possibilidade de regulamentar referido espaço no âmbito do direito, considerando os possíveis efeitos e implicações positivas e negativas à democracia brasileira. Para tanto, será analisado, nesse contexto, o marco civil da internet – Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014, em capítulo apartado.

¹⁵⁷ CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35

¹⁵⁸ CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45-50.

¹⁵⁹ CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50.

¹⁶⁰ CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63.

¹⁶¹ CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 91-95.

2.2.4. Nacionalidade de capital das empresas exploradoras dessas atividades

Conforme ressalta CAMARGO, é forte o debate quanto à possibilidade de se atribuir nacionalidade ao capital, sem ofender aos postulados da economia de mercado, considerando aquele como objeto “sem pátria”, de livre disposição do respectivo particular, “de acordo com o regime de propriedade que seja acolhido constitucionalmente”.¹⁶²

Sobre a matéria, dispõe a Constituição brasileira, em seu art. 172, que “a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros”.

LIMA SOBRINHO, por sua vez, já destacava a existência de ações de defesa pelos países para o fim de evitar o perigo advindo de empresas controladas pelo “capital inimigo”, em uma época marcada pela experiência de duas guerras mundiais.¹⁶³

Além disso, o autor aponta a relação entre a formulação jurídica e a política econômica de cada país: alguns exportam e outros importam capitais. Assim, fazendo referência a Pimenta Bueno, diz que “a necessidade da autorização do poder territorial estranho é uma necessidade de polícia e ordem pública para precaver os perigos de empresas temerárias e nocivas”.¹⁶⁴

Assim, em conformidade com o dispositivo constitucional mencionado, LIMA SOBRINHO aduz que o Estado é soberano ao estabelecer suas normas, que

¹⁶² CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Regime Jurídico-Econômico da Atividade de Comunicação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 63.

¹⁶³ LIMA SOBRINHO, Barbosa. **A nacionalidade da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da U.M.G., 1963, p. 9-27.

¹⁶⁴ LIMA SOBRINHO, Barbosa. **A nacionalidade da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da U.M.G., 1963, p. 28.

atendam ao seu interesse e traduzam as exigências ou conveniências de sua política econômica nacional.¹⁶⁵

O autor ainda analisa que, na adoção de certas medidas, como na exclusão das empresas estrangeiras do exercício do jornalismo, há preservação de altos interesses nacionais:

Quando um país excluir do exercício do jornalismo sociedades estrangeiras, não está ofendendo a ninguém, nem refletindo preocupações de xenofobia. Está, sim, tomando medidas defensivas de alto interesse nacional. Só o próprio Estado pode ser juiz dessa outorga de prerrogativas. Só ele pode dizer quais as características e requisitos das sociedades, a que deseja atribuir a execução de sua política econômica. Só ele pode fixar os direitos e prerrogativas que devem caber a essas sociedades e os direitos destinados às sociedades que, no seu entender, conservam as características de sociedades estrangeiras.¹⁶⁶

Dessa forma, conclui que não é repugnável admitir igualdade de direitos entre as sociedades nacionais e as estrangeiras, desde que esta igualdade não infrinja preceitos de ordem pública. Haveria, por exemplo, interesse vital em vedar as sociedades estrangeiras à propriedade de empresas jornalísticas ou ao aproveitamento de recursos petrolíferos. Assim, cada Estado teria o direito de ajustar exigências novas a sua legislação própria.¹⁶⁷

No Brasil, no âmbito das comunicações, há reserva aos brasileiros do controle, da direção e da orientação intelectual dos meios de comunicação. Houve, contudo, abertura da possibilidade de participação do capital estrangeiro no setor em percentual de trinta por cento, com o advento da Emenda Constitucional n. 36, de 2002.¹⁶⁸ Sobre a matéria, CAMARGO esclarece que:

Os sócios estrangeiros, à evidência, passam a ter o direito a remeter os lucros para o país de origem, como os de quaisquer outras sociedades de

¹⁶⁵ LIMA SOBRINHO, Barbosa. **A nacionalidade da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da U.M.G., 1963, p. 32.

¹⁶⁶ LIMA SOBRINHO, Barbosa. **A nacionalidade da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da U.M.G., 1963, p. 34.

¹⁶⁷ LIMA SOBRINHO, Barbosa. **A nacionalidade da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da U.M.G., 1963, p. 37-39.

¹⁶⁸ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Regime Jurídico-Econômico da Atividade de Comunicação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 64.

que participem, nos termos do artigo 172 da Constituição Federal e da Lei 4.131, de 1962, com as respectivas alterações¹⁶⁹.

Além disso, só brasileiros podem ser controladores de empresa jornalística: a abertura para a participação estrangeira no setor se deu apenas para possibilitar captação de recursos financeiros, mas não para o fim de permitir o comando das atividades por estrangeiros.¹⁷⁰

A Constituição brasileira, nesse sentido, dispõe, em seu art. 222, que a propriedade de empresa jornalística, bem como a de radiodifusão sonora e de sons e imagens, são privativas a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no Brasil.

No parágrafo primeiro do aludido dispositivo, complementa o constituinte que em qualquer caso, “pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer”, de forma direta ou indireta, “a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação”, conforme visto.

Ainda, destaque-se o parágrafo segundo, o qual prevê que a “responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social”.

Portanto, evidente a intenção do legislador em consolidar não apenas uma política econômica para o setor da comunicação, a fim de proteger os recursos nacionais e captar os recursos estrangeiros, mas, sobretudo, observa-se o intuito de

¹⁶⁹ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Regime Jurídico-Econômico da Atividade de Comunicação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 65.

¹⁷⁰ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Regime Jurídico-Econômico da Atividade de Comunicação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 66.

evitar a manipulação da informação veiculada nos meios de comunicação por estrangeiros, garantindo tal poder aos brasileiros natos ou naturalizados.

2.2.5. Disposições específicas sobre a concentração empresarial no setor

Conforme ensina CAMARGO, tendo em vista as utilidades que poderiam gerar para as unidades atuantes, a concentração empresarial tem sido admitida nas atividades econômicas em geral, desde que isso não implique situações de abuso do poder econômico.¹⁷¹ Nesse sentido, dispõe o § 4º do artigo 173 da Constituição brasileira que: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Ademais, dispõe o § 5º do artigo 220 da Constituição brasileira que os meios de comunicação social não poderão ser, direta ou indiretamente, objetos de monopólio ou oligopólio.

CAMARGO lembra que, principalmente nos anos do “milagre econômico brasileiro”, as empresas de comunicação social “aproveitaram” o caráter concentracionista da legislação societária brasileira – cujo momento de culminância se deu com a entrada em vigor da Lei 6.404, de 1976.¹⁷²

Acerca do art. 220, § 5º, da Constituição brasileira, CAMARGO esclarece que não há apenas objetivos econômicos em se afastar monopólios e oligopólios, mas também almeja-se permitir o pluralismo de espaços:

A disposição especial não se volta apenas aos objetivos de natureza econômica, de bloquear a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros, como também a permitir o pluralismo de espaços para que todas as ideias se possam manifestar – pluralismo de espaços, muito mais do que propriamente pluralismo de versões, embora este também se tenha como assegurado quando não haja a concentração dos meios de comunicação -, por uma banda e, por outra, para que se mantenha o poder de barganha por parte dos anunciantes no

¹⁷¹ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Regime Jurídico-Econômico da Atividade de Comunicação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 58.

¹⁷² CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Regime Jurídico-Econômico da Atividade de Comunicação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 58-59.

que toca às possibilidades de serem levados ao conhecimento do público os respectivos produtos e serviços.¹⁷³

O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117 de 1962) ainda estabelece, em seu artigo 38, alínea 'g', que, nas concessões, permissões ou autorizações para explorar serviços de radiodifusão, será vedado à mesma pessoa “participar da administração ou da gerência de mais de uma concessionária, permissionária ou autorizada do mesmo tipo de serviço de radiodifusão, na mesma localidade”, a fim de evitar a chamada “propriedade cruzada”¹⁷⁴.

No entanto, em que pese o teor dos dispositivos legais comentados, verifica-se que “um reduzidíssimo número de empresários concentra, em suas mãos, a maior parte dos veículos de comunicação”¹⁷⁵, o que é mantido pelo atual regime de concessões¹⁷⁶.

Nesse sentido, a Constituição brasileira dispõe, em seu artigo 23, §§ 2º e 4º, que a não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de dois quintos do Congresso Nacional, no mínimo, bem como que o cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, dependerá de decisão judicial.¹⁷⁷

Oportuno, aqui, lembrar a história da TV Excelsior. Criada em 1959, às vésperas das eleições presidenciais, a emissora apoiava o governo populista de João Goulart, tendo sido sua concessão cassada em 1969, resultado de forte repressão. Símbolo do nacionalismo presente na política dos anos 60, a TV Excelsior procurava transmitir incansavelmente a cultura brasileira.¹⁷⁸ No entanto,

¹⁷³ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Regime Jurídico-Econômico da Atividade de Comunicação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 60.

¹⁷⁴ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Regime Jurídico-Econômico da Atividade de Comunicação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 61.

¹⁷⁵ GUARESCHI, Pedrinho A.; BIZ, Osvaldo. **Mídia & democracia**. Porto Alegre: P.G/O.B, 2005, p. 37.

¹⁷⁶ GUARESCHI, Pedrinho A.; BIZ, Osvaldo. **Mídia & democracia**. Porto Alegre: P.G/O.B, 2005, p.36-37.

¹⁷⁷ GUARESCHI, Pedrinho A.; BIZ, Osvaldo. **Mídia & democracia**. Porto Alegre: P.G/O.B, 2005, p. 38.

¹⁷⁸ COSTA, Alcir Henrique da; SIMÕES, Inimá Ferreira; KEHL, Maria Rita. **Um país no ar: história da TV brasileira em três canais**. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 146-158.

nas palavras de COSTA, teria construído “seu êxito e desaparecimento na confrontação com os monopólios estrangeiros”, em apoio ao governo de João Goulart e à limitação da penetração do capital estrangeiro na economia nacional.¹⁷⁹

Como visto, tais dispositivos, ao passo que visam a impedir que o poder de escolha da informação difundida fique concentrado sob as mãos do Estado, impõem uma situação que “torna praticamente impossível que aconteçam modificações nessa estrutura da comunicação”, segundo GUARESCHI e BIZ, que ainda ressaltam o seguinte¹⁸⁰:

[...] Os “donos” da mídia se fizeram presentes durante a elaboração da Constituição, contando também com deputados jornalistas que trabalhavam em seus veículos e, através da inclusão destes dois parágrafos, não precisam mais ter receios quanto ao futuro de suas organizações¹⁸¹.

Portanto, conclui-se que, em que pese a existência de mecanismos legais que objetivem evitar a concentração empresarial no setor de comunicação social - seja para garantir a livre concorrência econômica, seja para garantir o pluralismo de espaços -, visando não só a evitar o domínio da mídia pela esfera privada como também pela pública, verifica-se que a “mídia brasileira é fortemente controlada por alguns poucos grupos familiares”¹⁸², em evidente contradição ao que dispõe o artigo 220, § 5º, da Constituição brasileira.

2.3. Conclusão parcial

Neste capítulo, analisou-se a comunicação como um fato jurídico-econômico, na medida em que, considerada como um processo de transmissão de mensagens, abastece as necessidades humanas e repercute no âmbito jurídico, com previsões normativas no âmbito do dever ser. Ademais, parte da doutrina

¹⁷⁹ COSTA, Alcir Henrique da; SIMÕES, Inimá Ferreira; KEHL, Maria Rita. **Um país no ar: história da TV brasileira em três canais**. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 126.

¹⁸⁰ GUARESCHI, Pedrinho A.; BIZ, Osvaldo. **Mídia & democracia**. Porto Alegre: P.G/O.B, 2005, p. 38.

¹⁸¹ GUARESCHI, Pedrinho A.; BIZ, Osvaldo. **Mídia & democracia**. Porto Alegre: P.G/O.B, 2005, p. 38.

¹⁸² GUARESCHI, Pedrinho A.; BIZ, Osvaldo. **Mídia & democracia**. Porto Alegre: P.G/O.B, 2005, p. 48.

classifica as comunicações como espécie do instituto jurídico “circulação física”, a qual abrange o deslocamento físico de produtos e serviços.

Sob a perspectiva funcional, a comunicação foi dividida nas modalidades: (i) “interindividual”, isto é, em que há emissor e destinatário certo; (ii) “social”, também chamada de comunicação de massa, na qual o destinatário não é certo e específico, ou, em outras palavras, uma comunicação do tipo “um para muitos”; e, por fim, (iii) “em rede”, uma comunicação do tipo “muitos para muitos”, uma inovação permitida por meio da Internet.

A partir de tais considerações, buscou-se analisar o tratamento constitucional brasileiro das principais formas de comunicação existentes. Primeiramente, assentou-se o direito à comunicação como um direito fundamental, a partir de interpretação, à luz da Constituição brasileira, em consonância com os demais direitos fundamentais. Em seguimento, viu-se a impossibilidade de se enquadrar a atividade de comunicação *lato sensu* como sendo exclusivamente “atividade econômica em sentido estrito” ou exclusivamente “serviço público”, tendo em vista as inúmeras formas e finalidades que a comunicação assume. Tal divisão é dotada de relevância na medida em que são identificados diferentes tratamentos jurídicos a depender desta classificação: em se tratando de radiodifusão, por exemplo, considerada “serviço público”, deverá o Estado zelar pela utilização adequada do espectro magnético, perseguindo-se também os objetivos constitucionais relacionados à atividade.

Por fim, destacou-se o intuito do legislador brasileiro em consolidar uma política econômica para o setor da comunicação, além de buscar formas de proteção ao capital nacional e de evitar eventual manipulação da informação veiculada nos meios de comunicação por estrangeiros. Ademais, sublinhou-se a inefetividade dos dispositivos legais que vedam a concentração empresarial no setor, uma vez que a realidade denuncia ser a mídia brasileira dominada por alguns poucos grupos familiares.

A Internet, neste contexto, quebra limites territoriais e temporais, viabilizando a atividade de comunicação em suas diversas modalidades estudadas: poderá servir como instrumento de concretização do direito à comunicação por meio das redes ou da comunicação de massa, por exemplo. Em tais casos, deverá ser analisada a viabilidade ou não de regulamentação do Estado a fim de garantir a eficácia dos direitos fundamentais envolvidos, notadamente o direito à comunicação.

A fim de seguir tal estudo, faz-se necessário contextualizar o caráter fundamental do direito à comunicação nas formas de governo democráticas, para, após, verificar em que medida uma regulamentação específica da Internet vem a colaborar ou não na concretização dos direitos fundamentais envolvidos, especialmente no que tange à participação democrática brasileira.

3. A COMUNICAÇÃO E AS FORMAS DE GOVERNO CONTEMPORÂNEAS

3.1. Generalidades

Há diversas classificações quanto às formas de governo contemporâneas. Aqui, serão verificadas, brevemente, algumas delas, para que, em momento oportuno, possa-se realizar um comparativo entre as formas de governo democráticas e autoritárias, analisando-se também o tratamento dado aos meios de comunicação em tais sistemas.

“A organização das instituições que atuam o poder soberano do Estado e as relações entre aquelas instituições fornecem a caracterização das formas de governo”¹⁸³, segundo DALLARI. O autor ainda refere que, conforme entendimento de Maurice Duverger, o conceito de “forma” afeta três espécies distintas da realidade política: (i) o regime político, quando se refere à estrutura global da realidade política, em todo seu aspecto institucional e ideológico; (ii) a forma de Estado – se afeta a estrutura da organização política; e (iii) o sistema de governo, quando há apenas a tipificação de relações entre as instituições políticas.¹⁸⁴

Nesse sentido, conforme esclarece BONAVIDES, a partir da noção de “formas de Estado” temos a unidade ou pluralidade dos ordenamentos estatais (sociedade de Estados ou Estado simples ou unitário). Como “formas de Governo”, teremos a organização e o funcionamento do poder estatal, de acordo com determinados critérios. Os mais usados seriam: (i) o número de titulares do poder soberano; (ii) a forma de separação de poderes; e (iii) os princípios das práticas governativas, com exercício limitado ou absoluto do poder estatal.¹⁸⁵

Em relação ao primeiro critério, pode-se destacar a classificação de Aristóteles:

¹⁸³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224.

¹⁸⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224.

¹⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 205.

Chamamos *monarquia* o Estado em que o governo que visa a este interesse comum pertence a um só; *aristocracia*, aquele em que ele é confiado a mais de um, denominação tomada ou do fato de que as poucas pessoas a que o governo é confiado são escolhidas entre as mais honestas, ou de que elas só têm vista o maior bem do Estado e de seus membros; *república*, aquele em que a multidão governa para a utilidade pública; este nome também é comum a todos os Estados.¹⁸⁶

As formas “degeneradas” de tais regimes seriam a tirania, a oligarquia e a democracia – termo utilizado pelo autor a fim de designar governo para utilidade dos pobres -, respectivamente. As três não teriam como preocupação o interesse público.¹⁸⁷

No que tange ao terceiro critério, quanto aos princípios das práticas governativas, com exercício limitado ou absoluto do poder estatal, BONAVIDES aponta os governos livres e os governos totalitários, nos quais a ideia de “governo” se entrelaça com a de “regime”, com a “ideologia dominante”¹⁸⁸. Daí o presente estudo dividido em “formas de governo autoritárias” e “formas de governo democráticas”. Acredita-se que tal divisão abarca suficientemente os aspectos a serem considerados posteriormente na análise da (in)viabilidade constitucional de regulamentação da Internet.

3.2. Formas de governo autoritárias

Há diversas possibilidades de classificação das formas de governo autoritárias, verificando-se inúmeras nuances e peculiaridades em cada situação específica. No presente estudo, entretanto, serão registradas apenas algumas questões consideradas relevantes para o tema.

Segundo DI RUFFIA, no “Estado autoritário” o valor político fundamental não é representado pela “pessoa humana” individual, mas pela “coletividade nacional”, em um conjunto indivisível. Na Alemanha “nacionalsozialista”, por exemplo, teria sido adotada uma visão biológica do grupo social, identificando-se a sociedade alemã com uma noção de “comunidade de sangue e raça”

¹⁸⁶ ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 106.

¹⁸⁷ ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 106.

¹⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 215.

(*Volksgemeinschaft*). A utilidade coletiva, desse modo, teria preferência à utilidade individual.¹⁸⁹ Tais considerações podem ser relacionadas com a concepção “holista” de povo a ser estudada em ponto posterior.

Ainda segundo o autor, o Estado autoritário separaria de forma absoluta os governantes e governados, obedecendo as massas a um chefe “dotado” (ao *Führer*, por exemplo), num total desprezo pelas divergências políticas. A realização de plebiscitos, esclarece o autor, não vinha a caracterizar efetiva participação do povo, mas seria apenas um instrumento de ratificação das medidas adotadas pelo governo. Daí surgiriam as formas de governo autocráticas, nas quais as decisões políticas seriam tomadas discricionariamente pelo pequeno grupo detentor do poder, organizado em partido único¹⁹⁰ - ou mesmo sem partido.

Consoante STRECK e MORAIS, no “Estado autoritário” a soberania estaria fora de alcance e de vigilância da maioria, enquanto que no “Estado autocrático” haveria exercício do poder por “direito próprio”. Já no “Estado totalitário” haveria “uma tendência do poder político para se dilatar e se apoderar de tantos domínios da vida quanto possível, numa perspectiva de amoldamento total da vida da comunidade e dos indivíduos”.¹⁹¹

Acerca do “fenômeno totalitário”, ARON aponta cinco elementos principais para análise, quais sejam: (i) o fenômeno totalitário ocorreria num regime que concede a um partido o monopólio da atividade política; (ii) o partido monopolístico seria “armado” de uma ideologia dotada de autoridade absoluta e que, subsequentemente, se torna a verdade oficial do Estado; (iii) para dar expansão a esta verdade oficial, o Estado ainda deteria o monopólio dos chamados “meios de força” e o dos “meios de persuasão”, ou seja, os meios de comunicação seriam

¹⁸⁹ DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Introducción al derecho constitucional comparado**: *Las formas de Estado y las formas de gobierno; Las Constituciones modernas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 135.

¹⁹⁰ DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Introducción al derecho constitucional comparado**: *Las formas de Estado y las formas de gobierno; Las Constituciones modernas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 135-139.

¹⁹¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 126.

comandados pelo Estado e por aqueles que o representam; (iv) a maior parte das atividades econômicas e profissionais seria submetida ao Estado, tornando-se, de uma certa maneira, parte do próprio Estado; e (v) sendo tudo atividade de Estado e estando toda a atividade submetida à ideologia, uma falta cometida numa atividade econômica ou profissional seria, simultaneamente, uma falta ideológica.¹⁹²

Deve-se ressaltar, contudo, que, nas palavras de ARON, há regimes autoritários que não são regimes de partido único e há regimes de partido único que não se tornam totalitários: pode-se afirmar apenas que “todo o regime de partido único das sociedades industriais comporta um *risco* de expansão totalitária”.¹⁹³

Ademais, DI RUFFIA, a título exemplificativo, salienta que na Espanha franquista, em 17 de julho de 1945, fora promulgado o *Fuero de los Españoles*, no qual, em seu artigo 12, limitava a liberdade de expressão, autorizando-a unicamente quando não atentasse contra os princípios fundamentais do Estado. No artigo 35 ainda era facultado ao governo suspender a liberdade de expressão e a liberdade de correspondência.¹⁹⁴

Nesse sentido, LOPES bem assinala que “não é por acaso que as primeiras medidas adotadas por governos autoritários e/ou totalitários destinam-se a controlar e censurar os meios de comunicação”¹⁹⁵.

Destaque-se, em seguimento, importante observação de ARENDT: a sociedade de massa propiciaria a formação do chamado “movimento totalitário”. Assim, a autora aponta a diferença entre movimento e governo totalitários. “Os movimentos totalitários são possíveis onde quer que existam massas que, por um motivo ou outro, desenvolvem certo gosto pela organização política”¹⁹⁶, sendo que

¹⁹² ARON, Raymond. **Democracia e totalitarismo**. Lisboa: Editorial Presença, 1966, p. 293-294.

¹⁹³ ARON, Raymond. **Democracia e totalitarismo**. Lisboa: Editorial Presença, 1966, p. 295.

¹⁹⁴ DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Introducción al derecho constitucional comparado: Las formas de Estado y las formas de gobierno; Las Constituciones modernas**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 490-492.

¹⁹⁵ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 146.

¹⁹⁶ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 361.

as massas não se uniriam pela consciência de um interesse comum, faltando-lhes uma específica articulação de classes expressada em "objetivos determinados, limitados e atingíveis"¹⁹⁷. O movimento totalitário seria observável, pois, até mesmo em uma forma de governo "democrática".

Com efeito, considerando tal constatação, pode-se verificar o fenômeno totalitário em uma sociedade democrática a partir do "isolamento na esfera pública" e da "solidão presente na esfera privada" dos cidadãos. Para ARENDT, tal fenômeno põe fim em duas ilusões democráticas:

A primeira foi a ilusão de que o povo, em sua maioria, participava ativamente do governo e todo indivíduo simpatizava com um partido ou outro. Esses movimentos, pelo contrário, demonstraram que as massas politicamente neutras e indiferentes podiam facilmente constituir a maioria num país de governo democrático e que, portanto, uma democracia podia funcionar de acordo com normas que, na verdade, eram aceitas apenas por uma minoria. A segunda ilusão democrática destruída pelos movimentos totalitários foi a de que essas massas politicamente indiferentes não importavam, que eram realmente neutras e que nada mais constituíam senão um silencioso pano de fundo para a vida política da nação. Agora, os movimentos totalitários demonstravam que o governo democrático repousava na silenciosa tolerância e aprovação dos setores indiferentes e desarticulados do povo, tanto quanto nas instituições e organizações articuladas e visíveis do país.¹⁹⁸

Por fim, quanto à ditadura, cumpre destacar que se diferencia da tirania e do despotismo devido ao seu caráter temporário. Conforme aponta BOBBIO, ao analisar a ditadura italiana (modo pelo qual se refere ao movimento fascista), afirma que esta consistiria em uma "magistratura monocrática" com poderes extraordinários, porém legítimos (constitucionais).¹⁹⁹

BARACHO, em consonância com Duverger, destaca que as ditaduras se caracterizam por ser sociedades instáveis, onde pode se recorrer à violência e à força para predomínio de um grupo no poder. Ademais, aponta como elementos comuns da ditadura: (i) diminuição ou supressão das liberdades dos cidadãos; (ii)

¹⁹⁷ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 361.

¹⁹⁸ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 362.

¹⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Brasília: Ed. UNB, 2000, p. 174.

aumento das prerrogativas do Estado; e (iii) concentração da autoridade em um só órgão governamental.²⁰⁰

Destarte, verifica-se a possibilidade de identificação dos aspectos das formas de governo autoritárias em sociedades atuais, autodenominadas democráticas, mas que, no entanto, podem trazer consigo indivíduos indiferentes à vida política e reféns de informações veiculadas em meios de comunicação cujo poder é detido por grupos seletos (sejam da esfera privada, sejam da pública).

3.3. Formas de governo democráticas

Conforme assenta BARZOTTO, a democracia pode ser considerada “um regime de governo, isto é, como um modo de articulação institucional do poder”²⁰¹. Ou, ainda, “um sistema de poder no qual as decisões são coletivas, isto é, em que as decisões que interessam a toda a coletividade são tomadas por todos os membros que a compõem”²⁰², segundo Bobbio.

BONAVIDES afirma variarem as posições doutrinárias acerca do que legitimamente se entende por democracia. Adota, então, a definição lincolniana do termo: “governo do povo, para o povo, pelo povo”²⁰³.

BARZOTTO destaca a distinção entre “conceito” e “concepção”. Segundo o entendimento de Dworkin, o conceito seria representado por “proposições mais genéricas e abstratas” acerca de um fenômeno, enquanto que a concepção consistiria em “refinamentos mais concretos” ou “subinterpretações” dessas proposições genéricas e abstratas; a partir disto, sustenta, em consonância com

²⁰⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Regimes Políticos**. São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1977, p. 228-229

²⁰¹ BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na constituição**. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 9.

²⁰² BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na constituição**. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 12.

²⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 288.

Dworkin, que um conceito de democracia deverá partir de uma determinada concepção desta.²⁰⁴

Desse modo, o autor aduz que uma concepção de democracia deverá explicitar os três elementos constitutivos de seu conceito, quais sejam:

[...] o sujeito da democracia (quem governa?/governo do povo), o funcionamento da democracia (como se governa?/governo pelo povo) e a finalidade da democracia (para quem se governa?/governo para o povo).²⁰⁵

Importa destacar, aqui, ainda que brevemente, o conceito de “povo”, o qual se mostra de extrema relevância para o estudo dos regimes políticos contemporâneos, podendo ser suscetível de inúmeros entendimentos. Nesse sentido, BARZOTTO analisa três concepções usuais que, no presente estudo, também serão registradas: as concepções holista, individualista e comunitarista do termo.²⁰⁶

Segundo a concepção holista de “povo”, o homem seria inteiramente um ser social. Não possuiria um valor autônomo, consistindo em apenas parte do todo social, ou seja, um produto da sociedade. Assim, o povo constituiria uma “totalidade monolítica”, dotado de consciência e vontade próprias, não se confundindo com a vontade dos indivíduos que o integram. A sociedade como um todo seria dotada de uma consciência anterior e superior às individualidades. Assim, poder-se-ia exigir, inclusive, o sacrifício de membros do povo em nome do bem do todo social. Tal noção é encontrada na obra de Émile Durkheim “Da divisão do trabalho social”.²⁰⁷

A concepção individualista, por sua vez, considera o homem um ser pré-social, à margem de qualquer vínculo comunitário. A sociedade seria um instrumento para o indivíduo satisfazer suas próprias necessidades. Assim, a consciência

²⁰⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na constituição**. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 11.

²⁰⁵ BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na constituição**. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 13.

²⁰⁶ BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na constituição**. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 22-23.

²⁰⁷ BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na constituição**. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 23.

coletiva é mínima, ganhando autonomia a consciência individual. Nessa concepção, o direito possuiria função de “organizar a cooperação entre indivíduos que exercem diferentes papéis na sociedade”²⁰⁸. Tais individualidades apartadas, em busca de seus próprios interesses, portanto, constituiriam a ideia de “povo”.

Por fim, a concepção comunitarista prevê a identidade do ser humano dependendo de sua adesão a um bem ou a um complexo de bens. Fora da busca destes bens não haveria identidade humana. Assim, a comunidade política, o povo, teria como bem a plena realização de cada um de seus membros. “O consenso essencial para a existência da comunidade política é, portanto, o consenso em torno do bem de todos, do bem comum”.²⁰⁹

Feitas essas considerações acerca da variabilidade do que se entende por “povo”, e, partindo da concepção lincolniana de democracia anteriormente referida, torna-se viável, então, analisar a classificação das formas de governo democráticas proposta por BONAVIDES: a democracia direta (ou não representativa), a democracia indireta e a democracia semidireta ou participativa (as duas últimas, formas representativas).²¹⁰

3.3.1. Democracia direta

Conforme ensina BONAVIDES, a Grécia foi o berço da democracia direta, mormente Atenas, onde o povo se reunia no *Ágora* para o exercício direto e imediato do poder político.²¹¹ Nesse sentido, complementa que:

Cada cidade que se prezasse da prática do sistema democrático manteria com orgulho um *Ágora*, uma praça, onde os cidadãos se congregassem todos para o exercício do poder político. O *Ágora*, na cidade grega, fazia, pois, o papel do Parlamento nos tempos modernos.²¹²

²⁰⁸ BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na constituição**. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 24-25.

²⁰⁹ BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na constituição**. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 25-26.

²¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 288.

²¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 288.

²¹² BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 288.

Dentre as condições que permitiam tal forma de governo funcionar, segundo o autor, destacam-se: (i) a base social escrava, a qual permitia que o homem livre se dedicasse aos negócios públicos; e (ii) a consciência da necessidade de participação na vida política, a fim de se preservar o Estado frente à presença do inimigo estrangeiro.²¹³

Outrossim, o autor complementa que “o valor que o cidadão no Estado grego conferia à sua democracia estava preso, portanto, ao bem que ele almejava receber e que efetivamente recebia da parte do Estado”²¹⁴.

O autor também afirma que, diferentemente da atualidade, não havia, nesta forma de democracia direta, ou “democracia orgânica”, tensão entre indivíduo ou Estado.²¹⁵ Poder-se-ia relacionar, portanto, a essa forma de governo, a concepção holista de povo, ao menos no que concerne à parcela politicamente ativa da sociedade grega em questão.

Ademais, salienta-se que as bases da democracia grega consistiriam na isonomia, isotimia e isagoria. A isonomia seria a igualdade de todos perante a lei; a isotimia abriria a todos os cidadãos o livre acesso ao exercício das funções públicas; e a isagoria garantiria o direito de palavra e de igualdade de todos os cidadãos a falarem nas assembleias populares. Ressalte-se, contudo, a existência de escravos, sendo tais direitos conferidos apenas à minoria social de homens livres.²¹⁶

Por fim, DALLARI, em referência a Burdeau, destaca que a democracia direta, atualmente, só seria verificada na *Landsgemeinde* – uma assembleia aberta a todos os cidadãos com direito de voto -, “que ainda se encontra em alguns cantões suíços: Glaris, Unterwalden e Appenzell”²¹⁷. Contudo, afirma que o avanço de recursos técnicos poderá propiciar captação e transmissão de opiniões para fins

²¹³ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 289.

²¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 289.

²¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 289

²¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 288-291.

²¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 152.

políticos, viabilizando-se a participação direta do povo, até mesmo nos grandes Estados.²¹⁸

3.3.2. Democracia representativa

Acerca da noção de democracia representativa, DALLARI esclarece que, nesta, “o povo concede um mandato a alguns cidadãos, para, na condição de representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões em seu nome, como se o próprio povo estivesse governando”²¹⁹.

Segundo BONAVIDES, há razões de ordem prática que fazem do sistema representativo condição essencial para o funcionamento da organização democrática de poder no Estado moderno. A larga base territorial e a massa do eleitorado, por exemplo, inviabilizariam a formatação vivenciada no Estado-cidade da Grécia.²²⁰

Ademais, o autor aponta que o homem do Estado moderno é apenas acessoriamente político, isto é, o “homem massa”, via de regra, precisaria prover às necessidades materiais da sua existência, ao contrário do cidadão ateniense, que poderia volver toda sua atenção para os assuntos do governo.²²¹

Destarte, os traços característicos dessa forma de governo, segundo BONAVIDES, seriam:

[...] a soberania popular, como fonte de todo o poder legítimo, que se traduz através da vontade geral (a *volonté générale* do *Contrato Social* de Rousseau); o sufrágio universal, com pluralidade de candidatos e partidos; a observância constitucional do princípio da distinção de poderes, com separação nítida no regime presidencial e aproximação ou colaboração mais estreita no regime parlamentar; a igualdade de todos perante a lei; a manifesta adesão ao princípio da fraternidade social; a representação como base das instituições políticas; a limitação de prerrogativas dos governantes; o Estado de direito, com a prática e proteção das liberdades públicas por parte do Estado e da ordem jurídica, abrangendo todas as manifestações de

²¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 153.

²¹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 156.

²²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 293.

²²¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 294.

pensamento livre: liberdade de opinião, de reunião, de associação e de fé religiosa; a temporariedade dos mandatos eletivos; e, por fim, a existência plenamente garantida das minorias políticas, com direitos e possibilidades de representação, bem como das minorias nacionais, onde estas porventura existirem.²²²

Nessa linha, por fim, considerando a democracia representativa como uma forma de governo na qual as deliberações coletivas são tomadas por pessoas eleitas para essa finalidade, BOBBIO conclui que, em havendo a possibilidade de se revogar os representantes eleitos, tal forma assemelhar-se-ia com a democracia direta²²³, uma vez que a “democracia representativa e democracia direta não são dois sistemas alternativos [...], mas são dois sistemas que se podem integrar reciprocamente”²²⁴.

3.3.3. Democracia semidireta ou participativa

A aproximação da forma representativa à forma direta de democracia é chamada de “democracia semidireta”. Aqui, “determinadas instituições, como o *referendum*, a iniciativa, o veto e o direito de revogação, fazem efetiva a intervenção do povo”²²⁵. Tais instrumentos estão consagrados no art. 17, I, II e III da Constituição brasileira.

No entanto, em que pese a existência de mecanismos para possibilitar maior participação do povo no governo, prevalecem as características da democracia representativa no país, “haja vista a pouca utilização democrática dos instrumentos como plebiscito, referendo e iniciativa popular em termos práticos”²²⁶.

Considerando, destarte, um contexto de baixa participação popular e de evidente crise de legitimidade da representação parlamentar, surgem novos ideais

²²² BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 295.

²²³ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 64.

²²⁴ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 65.

²²⁵ Ciência Política 11.ed. p. 275.

²²⁶ BITENCOURT, Caroline Müller; DORNELLES, Tiago. *A insuficiência do modelo representativo: a necessária construção de uma democracia efetiva à luz de “novas formas” de participação popular*. In: GORCZEVSKI, Clovis (org.). **Direitos Humanos e Participação Política**, vol. 4. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2013, p. 360.

para o exercício da democracia.²²⁷ Nesse sentido, BONAVIDES realça a importância da chamada “democracia participativa”²²⁸.

Segundo o autor, a democracia participativa já se encontra parcialmente positivada na Constituição brasileira, em seu art. 1º, parágrafo único, e no art. 14²²⁹. No entanto, afirma que a democracia, na América Latina, apresenta um baixíssimo grau de legitimidade participativa, o que evidenciaria “o máximo divórcio entre o povo e as suas instituições de Governo”²³⁰.

Nesse diapasão, assinala que o próprio conceito de “povo” utilizado pelos ordenamentos jurídicos já obstaculizaria a participação democrática, uma vez que seriam excluídos, em certos sistemas, os militares, as mulheres e os analfabetos, por exemplo, dos procedimentos de representação ou de decisões políticas.²³¹ O “povo”, seria, portanto, “um dos bloqueios à democracia de libertação”²³².

Para concretizar tal participação, o autor defende a constitucionalização da mídia como um dos poderes da república²³³, alegando que a atual democracia brasileira se encontra “bloqueada” e “sem povo”²³⁴, dentre outras circunstâncias, devido às condições dos meios de comunicação:

Com efeito, trata-se aqui da mídia – esta, sim, a caixa preta da democracia, que precisa de ser aberta e examinada para percebermos quantos instrumentos ocultos, sob o pálio legitimante e intangível da liberdade de expressão, lá se colocam e utilizam para degradar a vontade popular,

²²⁷ BITENCOURT, Caroline Müller; DORNELLES, Tiago. *A insuficiência do modelo representativo: a necessária construção de uma democracia efetiva à luz de “novas formas” de participação popular*. In: GORCZEVSKI, Clovis (org.). **Direitos Humanos e Participação Política**, vol. 4. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2013, p. 371.

²²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40

²²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40.

²³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 26.

²³¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 52.

²³² BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 56.

²³³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 13.

²³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 61.

subtrair-lhe a eficácia de seu título de soberania, coagir a sociedade e o povo, inocular venenos sutis na consciência do cidadão, construir falsas lideranças com propaganda enganosa e ambígua, reprimir e sabotar com a indiferença e o silêncio dos meios de divulgação, tornados inacessíveis, a voz dos dissidentes e seu diálogo com a sociedade, manipular, sem limites e sem escrúpulos, a informação, numa aliança com o poder que transcende as raias da ética e tolher, enfim, a criação de uma opinião pública, livre e legítima, consciente e oxigenada pelos valores da justiça e da liberdade.²³⁵

Em suma, o autor defende que não haverá, de fato, regime democrático sem a efetiva participação do povo, a qual se encontra obstaculizada, dentre outros fatores, pelos problemas referentes aos meios de comunicação, onde “a liberdade nasce, se exprime e se propaga até deitar raízes profundas no solo da consciência pública”.²³⁶ Nesse sentido, defende que, a partir de um Direito Constitucional de luta e resistência, de uma Nova Hermenêutica e de uma repolitização da legitimidade, poder-se-á chegar na referida democracia participativa, a fim de reconstruir a soberania popular e restaurar os princípios da cidadania ativa.²³⁷

Por fim, destaca-se o posicionamento de FREITAS que, nesse mesmo sentido, ressalta o “direito constitucional à democracia”²³⁸, o qual deveria se afeiçoar à democracia participativa. Afirma, ainda, que “sem a ampliação da interatividade, a democracia se converte em singelo e frustrante evento publicitário periódico”²³⁹.

3.4. Relação das formas de governo com a comunicação

Analisadas as formas de governo autoritárias e democráticas, juntamente com suas principais características, deve-se analisar, ainda, a forma como os meios de comunicação são utilizados em tais sistemas. Tal análise poderá se dar a partir

²³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 64.

²³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 49.

²³⁷ BITENCOURT, Caroline Müller; DORNELLES, Tiago. *A insuficiência do modelo representativo: a necessária construção de uma democracia efetiva à luz de “novas formas” de participação popular*. In: GORCZEWSKI, Clovis (org.). **Direitos Humanos e Participação Política**, vol. 4. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2013, p. 372.

²³⁸ FREITAS, Juarez. *Direito constitucional à democracia*. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (orgs.). **Direito à Democracia: Ensaio Transdisciplinares**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 15.

²³⁹ FREITAS, Juarez. *Direito constitucional à democracia*. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (orgs.). **Direito à Democracia: Ensaio Transdisciplinares**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 18.

de três aspectos: (i) quanto ao acesso à comunicação; (ii) quanto ao conteúdo da comunicação; e (iii) quanto à titularidade do comando sobre os meios de comunicação.

Quanto ao primeiro aspecto (i) acesso à comunicação, viu-se que, no fenômeno totalitário, o Estado detém o monopólio sobre os meios de comunicação ou sobre quem os controla. Destarte, não há falar em acesso do povo aos meios de comunicação social, uma vez que a informação difundida será escolhida pelo próprio Estado, ou pelo grupo que detenha o poder sobre os meios de comunicação.

Em contrapartida, uma forma de governo verdadeiramente democrática ensejaria efetiva participação popular nas decisões políticas. Tal participação tem como símbolo o *Ágora* da democracia direta observada em Atenas, mas que, no entanto, torna-se inviável de se concretizar em sociedades atuais, altamente complexas e nas quais o cidadão não se ocupa mais exclusivamente com assuntos de interesse político.

Tendo em vista esse contexto, a efetivação da participação popular, para o fim de consolidar uma democracia participativa, como visto, depende, sobretudo, de maior acesso do povo aos meios de comunicação social. Por meio deles, poder-se-á assegurar o direito à liberdade de expressão, de informação e de comunicação, bem como promover a pluralidade de ideias, requisitos essenciais para a concretização da participação democrática do povo.

Nesse sentido, conforme posicionamento de FREITAS, as ferramentas digitais, utilizadas de forma adequada, podem propiciar a “inclusão educacional da cidadania participativa”²⁴⁰.

Quanto ao segundo aspecto (ii) conteúdo da comunicação, viu-se que as formas de governo autoritárias, mormente as totalitárias, desprezam a opinião do povo, transmitindo os conteúdos que lhe forem convenientes para atingir suas

²⁴⁰ FREITAS, Juarez. *Direito constitucional à democracia*. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (org.). **Direito à Democracia: Ensaio Transdisciplinares**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 30-31.

metas. Não há falar, aqui, em debates públicos ou discussões acerca das questões relativas ao interesse público.

Nas formas de governo democráticas, por sua vez, é fundamental a existência de “uma esfera pública para a apresentação, discussão e resolução das questões de interesse público, bem como a elaboração de uma vontade coletiva expressa por meio da opinião pública”²⁴¹. É por meio da comunicação social que funções essenciais da democracia são exercidas, como por exemplo: construção da agenda pública (*agenda setting*); transmissão de informações políticas; fiscalização das ações de governo; exercício de crítica das políticas públicas adotadas; e canalização das demandas da população²⁴².

Daí a importância de, por um lado, impedir que o conteúdo veiculado nos meios de comunicação social seja totalmente definido por um pequeno grupo que possa estar em seu poder, e, por outro, definir certos conteúdos ou pautas essenciais a serem veiculados nesses meios para o fim de promover a concretização da democracia participativa.

No que tange ao terceiro aspecto (iii) titularidade do comando sobre os meios de comunicação, viu-se que, nas formas de governo autoritárias, o Estado seria o detentor deste comando, ou dos responsáveis pelos meios de comunicação. Em outras palavras, permite-se o monopólio ou o oligopólio sobre os meios de comunicação.

Nas formas de governo democráticas, especificamente no Brasil, veda-se tal situação, como expressamente é consagrado no art. 220, § 5º da Constituição brasileira, ao referir que os meios de comunicação social não poderão ser, direta ou indiretamente, objeto de monopólio ou oligopólio.

²⁴¹ NOVELLI, Ana Lucia Romero. *Comunicação e opinião pública*. In: DUARTE, Jorge (org.). **Comunicação Pública: Estado, mercado, sociedade e interesse público**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 83.

²⁴² LIMA, Venício A. de. *Comunicação e Política*. In: DUARTE, Jorge (org.). **Comunicação Pública: Estado, mercado, sociedade e interesse público**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 87.

Isso, no entanto, não impede que os meios de comunicação, nos três aspectos analisados, constituam um óbice à concretização da democracia participativa. No Brasil, a falta de acesso do povo aos meios de comunicação social, com conteúdos veiculados que, em regra, não propiciam base adequada para a participação política, bem como a titularidade do comando destes meios sob as mãos de um pequeno grupo - privado ou público -, em que pese disposição constitucional em contrário, afastam a sociedade brasileira de uma verdadeira forma de governo democrática e a aproxima daquelas formas de governo autoritárias antes referidas.

Tal contexto corrobora a posição de Hannah Arendt antes estudada: os movimentos totalitários podem ser observados inclusive em sistemas democráticos, a partir da existência de uma grande massa indiferente em relação aos temas políticos, numa completa separação entre governo e cidadãos.

4. O ADVENTO DO MARCO CIVIL DA INTERNET

O crescente uso da Internet no mundo inteiro revolucionou a forma de vida do homem em diversos aspectos. A comunicação do tipo “muitos a muitos” - em rede -, e de forma instantânea, facilitou a interação dos indivíduos que, com apenas um *click*, poderiam firmar contratos internacionais, comunicar-se com alguém do outro lado do globo terrestre, organizar movimentos sociais, e até mesmo espionar governos de outros países, dentre outros exemplos.

A partir daí, novos conceitos tentaram explicar as transformações na organização social que vinham sendo observadas: “sociedade da informação”, “aldeia global” e “sociedade em rede” são alguns exemplos.

Segundo PINHEIRO, a Internet, assim, “é mais que um simples meio de comunicação eletrônica, formada não apenas por uma rede mundial de computadores, mas, principalmente, por uma rede mundial de Indivíduos”²⁴³. Refere-se a “Indivíduos”, com letra maiúscula, porque tal noção abrangeria não apenas pessoas físicas, mas empresas, instituições e governos.²⁴⁴

Nesse contexto, e, como lembra LEMOS, considerando as revelações de Edward Snowden, bem como as constatações de espionagem no Brasil, o Estado brasileiro reagiu, impulsionando o então Projeto de Lei nº. 2.160/2011, que viria a se tornar o Marco Civil da Internet.²⁴⁵

No entanto, o Marco Civil, conforme aponta o autor, surgiu muitos anos antes do “escândalo Snowden”, como alternativa à chamada “Lei Azeredo”, projeto de lei que propunha uma ampla legislação criminal para a internet.²⁴⁶

²⁴³ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47.

²⁴⁴ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47-48.

²⁴⁵ LEMOS, Ronaldo. *O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 3.

²⁴⁶ LEMOS, Ronaldo. *O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 4.

Nesse diapasão, o Marco Civil, segundo LEMOS, surge com o objetivo de promover a liberdade de expressão, a neutralidade da rede, a privacidade do usuário e o direito de acesso à internet, por exemplo, dentre outras garantias.²⁴⁷

A iniciativa teria sido pioneira: considerada como uma “proposta da sociedade”, propiciou um processo de consulta, colaborativo, no qual os cidadãos puderam analisar as demais contribuições, em um “verdadeiro fórum híbrido”. Criou-se, assim, um embate de ideias, de forma horizontal, isto é, os argumentos competiam apenas por sua fundamentação, sem levar em conta origem ou autoridade do participante.²⁴⁸

Nesse contexto, surgem novos desafios para o direito. A Internet, antes do advento de seu Marco regulatório, era um espaço estranho ao direito? Sob a perspectiva da Constituição brasileira, há viabilidade de se regulamentar referido espaço? E, considerando as disposições do referido Marco Civil, quais serão as implicações deste na participação democrática dos cidadãos no Poder Público brasileiro?

Para responder tais questões, inicialmente, serão analisados os principais argumentos contrários e favoráveis a uma disciplina específica para a Internet.

4.1. Principais argumentos contrários a uma disciplina específica para a Internet

4.1.1. “Inchaço legislativo” e prejuízo à segurança jurídica

STRECK, em que pese sua posição favorável a uma disciplina específica para regulamentação da Internet, traz à tona argumentos contrários que devem ser

²⁴⁷ LEMOS, Ronaldo. *O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

²⁴⁸ LEMOS, Ronaldo. *O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 4-6.

levados em consideração para o exame da necessidade de se sancionar uma nova lei ante ao “emaranhado legislativo”²⁴⁹ brasileiro.

Ao abordar a “(des)necessidade de mais uma lei diante da inflação legislativa em *terrae brasiliis*”, o autor refere que o Brasil possuiria um número significativamente excessivo de leis, das quais boa parte não subsistiria após uma “filtragem constitucional”. Destaca, ainda, que tal excesso de leis prejudicaria a segurança jurídica.²⁵⁰

Nesse sentido, o autor reflete acerca da (des)necessidade de uma *novatio legis* em um contexto no qual o sistema jurídico já poderia ter respostas para determinada realidade.

A partir disto, pode-se levantar como argumento contrário a uma disciplina específica para a Internet o fato de o direito já possuir respostas para os eventuais conflitos jurídicos advindos do espaço virtual. A partir da Constituição brasileira, em conjunto com o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, poder-se-ia encontrar respostas jurídicas a determinado contrato firmado por meio da Internet. Nesse sentido, uma regulamentação específica poderia ir de encontro aos preceitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico preexistente, daí podendo resultar a insegurança jurídica e o inchaço jurídico a que se refere o autor citado.

4.1.2. A incapacidade da lei em acompanhar o espaço virtual – “limitação material”

Há quem sustente a incapacidade da lei em acompanhar o espaço virtual. Segundo tal entendimento, a lei seria limitada, uma ferramenta sólida, incapaz de controlar as constantes mudanças e reinvenções do mundo virtual.

²⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Apontamentos hermenêuticos sobre o Marco Civil regulatório da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 335.

²⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Apontamentos hermenêuticos sobre o Marco Civil regulatório da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 335.

Nesse sentido, WESTIN, analisando especificamente o tema da neutralidade de rede, aduz que alguns economistas já se manifestaram na posição de que a Internet deveria permanecer sem regulamentação específica. Sob o ponto de vista econômico, eventuais abusos por parte dos provedores de conexão, por exemplo, poderiam ser amparados pelas regras antitrustes existentes. Destarte, a ausência de regulamentação mitigaria o possível risco de “engessamento” de um mercado que deverá se adaptar e se reinventar tecnologicamente no futuro.²⁵¹

DE LIMA, em tal linha, também aponta que poderia haver “engessamento” de determinada cultura a partir da regulamentação, de forma geral. Cita como exemplo o artigo 15, alínea ‘d’ do Código de Ética da Radiodifusão Brasileira, o qual prevê que “os filmes e programas livres para exibição em qualquer horário não explorarão o homossexualismo”. No entanto, lembra que o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade da união estável e casamento entre homossexuais, o que vai de encontro ao disposto no referido artigo. Desse modo, a regulamentação poderia servir como impedimento à livre expressão do pensamento, na medida em que “engessaria” culturas passíveis de mudanças posteriores.²⁵²

Na sequência, o autor aduz que a rede “não pode ser controlada pela tentativa de proibição de acesso à informação”, devendo ser preferido um sistema preventivo a um repressivo. Isso implicaria em uma necessidade de constante atualização dos operadores do direito, devido ao caráter dinâmico da rede.²⁵³

Nesse passo, conclui da seguinte forma:

A tentativa de regulamentar um espaço destes - que produz, mesmo, um meio específico, o ciberespaço, anárquico, individualista, autônomo, com dimensões incontroláveis, em que os usuários se movem com enorme rapidez e se relacionam de forma profundamente igualitária – teria necessariamente de levar em consideração essas características, geradoras

²⁵¹ WESTIN, Roberta. *Neutralidade de Rede: Quem Ganha e Quem Perde?* In: ARTESE, Gustavo (coord.). **Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 146-147.

²⁵² DE LIMA, Roberto Kant. *Prefácio*. In: CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁵³ DE LIMA, Roberto Kant. *Prefácio*. In: CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

de uma multiplicidade de regras em constante reformulação, para atender aos aspectos profundamente dinâmicos das interações ali atualizadas.²⁵⁴

Ademais, ENGELMANN aponta para a insuficiência da tradicional “dogmática jurídica”, ou do “normativismo” de Kelsen, no qual o Direito, com base no passado, regula o presente, tendo em vista a previsibilidade do futuro. Na sociedade contemporânea, em verdade, exigir-se-ia um arcabouço normativo capaz de rápidas atualizações, acompanhando-se as novidades surgidas.²⁵⁵

Destarte, pode-se apontar como argumento contrário a uma disciplina específica para a Internet a incapacidade de uma lei “rígida” apresentar respostas jurídicas a uma realidade virtual que, por meio da Internet, encontra-se em constante mutação - fato que potencializa o surgimento de conflitos jurídicos não previstos pelo legislador, além da possibilidade de se “engessar” determinados aspectos sociais que tendem a mudar ao longo do tempo.

4.1.3. Ineficácia de uma regulamentação local em face do caráter global da Internet - “limitação territorial” - e o fenômeno da *surveillance*

STRECK menciona que parte da doutrina entende ser a legislação do Estado brasileiro em relação à Internet “incapaz de proteger os direitos fundamentais violados pelos fluxos de dados mundiais”²⁵⁶, uma vez que grande parte das violações aos direitos fundamentais ocorreria em decorrência de um fluxo de dados transcendente às fronteiras do Estado-Nação.²⁵⁷

²⁵⁴ DE LIMA, Roberto Kant. *Prefácio*. In: CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁵⁵ ENGELMANN, Wilson. *O direito das nanotecnologias e a (necessária) reconstrução dos elementos estruturantes da categoria do “direito subjetivo”*. In: STRECK, Lenio Luiz; SEVERO ROCHA, Leonel; ENGELMANN, Wilson (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 11**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2014, p. 339-359.

²⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Apontamentos hermenêuticos sobre o Marco Civil regulatório da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 336.

²⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Apontamentos hermenêuticos sobre o Marco Civil regulatório da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 336.

Nesse diapasão, BOLZAN DE MORAIS, em que pese considerar o Marco Civil da Internet um avanço para a sociedade brasileira, destaca que alguns problemas não podem ser resolvidos pela lei. Esta seria “incapaz de controlar algo tão líquido quanto os fluxos de dados”²⁵⁸ observados no espaço virtual. O papel do jurista, destarte, seria reconhecer tais problemas e afastar o pensamento de que o direito, vinculado à territorialidade estatal, seria a solução para todos os problemas do homem.²⁵⁹

No mesmo sentido, o autor complementa que:

[...] é preciso reconhecer que o mundo, assim como a vida, é demasiado complexo e caótico para caber no espaço rígido e seguro da lei. Ao invés de tentar simplificar o mundo, o trabalho do jurista é fazer parte desse caos e, dentro dele, encontrar formas efetivas de proteger os direitos fundamentais.²⁶⁰

PINHEIRO, por sua vez, também aponta para a limitação de normas específicas que não extrapolem os limites da territorialidade:

A globalização da economia e da sociedade exige a globalização do pensamento jurídico, de modo a encontrar mecanismos de aplicação de normas que possam extrapolar os princípios da territorialidade, principalmente no tocante ao Direito Penal e ao Direito Comercial. Essa tendência de globalização do próprio Direito não é nova. O Direito Internacional Privado de algum modo já vem, por meio de Convenções e Tratados Internacionais, tentando estabelecer critérios mais uniformes de análise jurídica entre os vários Estados nacionais. Para o Direito Digital, porém, a questão vai além: devem ser criados novos princípios de relacionamento, ou seja, diretrizes gerais sobre alguns requisitos básicos que deveriam ser atendidos por todos os usuários da rede. A resolução dessas questões já possibilitaria segurança maior nas relações virtuais. O

²⁵⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; NETO, Elias Jacob de Menezes. *A insuficiência do Marco Civil da Internet na proteção das comunicações privadas armazenadas e do fluxo de dados a partir do paradigma da surveillance*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 438.

²⁵⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; NETO, Elias Jacob de Menezes. *A insuficiência do Marco Civil da Internet na proteção das comunicações privadas armazenadas e do fluxo de dados a partir do paradigma da surveillance*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 437.

²⁶⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; NETO, Elias Jacob de Menezes. *A insuficiência do Marco Civil da Internet na proteção das comunicações privadas armazenadas e do fluxo de dados a partir do paradigma da surveillance*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 438.

que é diferente de se criarem normas específicas cuja aplicação e eficácia ficariam muito limitadas no tempo e no espaço.²⁶¹

Em seguimento, BOLZAN DE MORAIS e NETO destacam que, em que pese o Marco Civil ter trazido diversos avanços, seria “ingênuo” acreditar que certos direitos fundamentais relacionados às comunicações pessoais, por exemplo, estariam protegidos com a nova regulamentação. A partir disto, apontam para a importância de se entender o fenômeno da *surveillance*.²⁶²

Embora a tradução literal do termo signifique “vigilância”, haveria uma polissemia que não é alcançada pela expressão na língua portuguesa: trata-se de uma “prática organizacional” – termo utilizado em referência à Bennet - que resulta em categorização de pessoas em grupos diferentes com o intuito de tratá-los diferentemente.²⁶³

Em análise mais detida, com referência a Gary T. Marx, os autores apontam diferenças importantes entre a tradicional “vigilância” e a *surveillance* ou “*new surveillance*”: a tradicional vigilância seria visível, a partir de agentes humanos ou animais, sobre o tempo presente e sobre indivíduos “pontuais”, sendo o objeto “vigiado” pelo sistema conhecido pelo sujeito; a *surveillance*, por sua vez, seria menos visível ou até invisível, realizada por meio de tecnologias, sobre o tempo passado, presente e futuro e sobre quaisquer indivíduos ou grupos de interesse, sendo o objeto vigiado muitas vezes desconhecido pelo sujeito.²⁶⁴

A partir de tal contexto, os autores referem que a questão fundamental da *surveillance* seria: “como – e com base em quais critérios – somos categorizados?”;

²⁶¹ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69.

²⁶² BOLZAN DE MORAIS, José Luis; NETO, Elias Jacob de Menezes. *A insuficiência do Marco Civil da Internet na proteção das comunicações privadas armazenadas e do fluxo de dados a partir do paradigma da surveillance*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 420.

²⁶³ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; NETO, Elias Jacob de Menezes. *A insuficiência do Marco Civil da Internet na proteção das comunicações privadas armazenadas e do fluxo de dados a partir do paradigma da surveillance*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 426.

²⁶⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; NETO, Elias Jacob de Menezes. *A insuficiência do Marco Civil da Internet na proteção das comunicações privadas armazenadas e do fluxo de dados a partir do paradigma da surveillance*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 423-424.

e que, em que pese a impossibilidade de instrumentos jurídicos estatais fornecerem respostas a tal questão, a “ausência de qualquer proteção no marco civil brasileiro da internet” seria “o símbolo do atraso do direito em relação à emergência de problemas reais que violam os direitos fundamentais”.²⁶⁵

Em suma, concluem os autores que o Marco Civil teria falhado em proteger a privacidade dos indivíduos, tratando-a de forma reducionista, sem levar em conta o grau de violação aos direitos fundamentais existente em tempos de *surveillance*: o grau de “liquidez” dos fluxos de dados na atualidade transcenderia os limites do território nacional, a ponto de, até mesmo, ameaçar a soberania e o poder do Estado-Nação. A ausência de tratamento sobre o tema na nova regulamentação, nesse sentido, também evidenciaria a insuficiência do diploma para proteger direitos fundamentais frente às circunstâncias oferecidas pela *surveillance*.²⁶⁶

Dessa forma, pode-se considerar como argumento contrário a uma disciplina específica para a Internet a impossibilidade de se regulamentar um objeto (a Internet) que transcenda os limites territoriais do Estado-Nação. Uma regulamentação de nível nacional, nesse sentido, seria ineficaz em proteger direitos fundamentais transgredidos por um fluxo de dados de nível internacional, em um contexto dominado pela noção da *surveillance*.

Portanto, a referida ausência de tratamento adequado pelo Marco Civil da Internet acerca das violações a direitos fundamentais, no contexto da *surveillance*, denotaria não apenas insuficiências do marco regulatório, mas incapacidade do direito e do legislador brasileiro em proteger as violações de direitos fundamentais verificadas na nova realidade global e virtual propiciada pela Internet.

²⁶⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; NETO, Elias Jacob de Menezes. *A insuficiência do Marco Civil da Internet na proteção das comunicações privadas armazenadas e do fluxo de dados a partir do paradigma da surveillance*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 426.

²⁶⁶ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; NETO, Elias Jacob de Menezes. *A insuficiência do Marco Civil da Internet na proteção das comunicações privadas armazenadas e do fluxo de dados a partir do paradigma da surveillance*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 430-438.

4.1.4. Possível controle estatal sobre a veiculação das informações

Outro argumento contrário a uma disciplina específica para a Internet residiria no temor de que uma regulamentação “viesse a afetar, restringir ou mesmo permitir um controle estatal sobre a livre veiculação de ideias, de opiniões e de outros conteúdos”²⁶⁷, conforme aponta VIANA, ou, ainda, no temor de que fossem criados obstáculos ao acesso à informação e aos dados.²⁶⁸

Nesse sentido, Rodrigo Mezzomo²⁶⁹ afirmou, em entrevista ao Jornal Record News, que o Marco Civil da Internet consistiria em um “ovo da serpente”, na medida em que possibilitaria ao Estado instituir, mediante decreto, controle sobre o fluxo de informações da rede.²⁷⁰

4.1.5. Críticas às disposições do Marco Civil da Internet

a) “Pamprincipiologismo” no Marco Civil da Internet

A expressão “pamprincipiologismo”, segundo STRECK, refere-se a um fenômeno no qual princípios seriam proliferados a partir de uma leitura equivocada do conjunto principiológico abarcado pelo “Constitucionalismo Contemporâneo”. A partir disto, os órgãos julgadores elaborariam princípios *ad hoc*, sem qualquer normatividade e de forma discricionária.²⁷¹

Para o autor, princípios seriam espécies do gênero norma. Ou seja, não seriam “meras expressões de valor”, mas imperativos que direcionariam o

²⁶⁷ VIANA, Ulisses Schwarz. *Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do Marco Civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 128.

²⁶⁸ VIANA, Ulisses Schwarz. *Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do Marco Civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 128.

²⁶⁹ Rodrigo Mezzomo é formado em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e mestre em direito pela Universidade Mackenzie-SP. É sócio do escritório Mezzomo Advogados e professor de processo civil e direito empresarial na Universidade Mackenzie-Rio.

²⁷⁰ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=moPjn69j45E>. Acesso em 19 de novembro de 2015.

²⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Apontamentos hermenêuticos sobre o Marco Civil regulatório da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 337.

comportamento humano e as decisões judiciais. Daí a inviabilidade de se criar princípios “aleatoriamente”, sob pena de perderem sua normatividade.²⁷²

Em relação ao Marco Civil, o autor aponta que o diploma segue uma tendência “pamprincipiologista”, trazendo, ao longo de seu texto, “novos princípios”, em um contexto no qual estes e as cláusulas abertas seriam “utilizados com o objetivo de possibilitar maior liberdade de conformação do direito pelo intérprete no caso concreto”²⁷³. Tal tendência legislativa esconderia, ainda, uma crença de que a discricionariedade judicial não seria somente inevitável, mas “aconselhável para diversas situações”²⁷⁴.

Por fim, ressalta o receio de que tais princípios possam servir de “álbis retóricos para posturas dogmáticas ou jurídicas” que não guardem uma fundamentação intersubjetiva. Isto é, afirma que os princípios elencados no Marco regulatório não poderão fundamentar quaisquer decisões, de forma arbitrária, devendo a doutrina estabelecer com maior nitidez a diferença entre os princípios e as regras da nova regulamentação.²⁷⁵

b) Neutralidade da rede

Conforme esclarece GETSCHKO, a Internet é concebida como uma rede fim a fim, isto é, nela, “os pacotes de dados, iniciados num ponto da borda da rede e destinados a outro ponto, não devem sofrer nenhuma interferência indevida”²⁷⁶.

²⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Apontamentos hermenêuticos sobre o Marco Civil regulatório da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 339-340.

²⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Apontamentos hermenêuticos sobre o Marco Civil regulatório da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 338.

²⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Apontamentos hermenêuticos sobre o Marco Civil regulatório da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 338.

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Apontamentos hermenêuticos sobre o Marco Civil regulatório da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 341-344.

²⁷⁶ GETSCHKO, Demi. *As origens do Marco Civil da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13.

Com efeito, WESTIN destaca que a neutralidade de rede seria “um princípio relacionado à arquitetura da rede, pelo qual todo conteúdo, site e plataformas devem ser tratados de maneira igual”²⁷⁷, em conformidade à conceituação de Tim Wu.

Nesse mesmo sentido, RAMOS define a neutralidade de rede como sendo:

[...] um princípio de arquitetura de rede que endereça aos provedores de acesso o dever de tratar os pacotes de dados que trafegam em suas redes de forma isonômica, não os discriminando em razão de seu conteúdo ou origem.²⁷⁸

No entanto, a neutralidade de rede, em relação à sua natureza jurídica, pode ser compreendida em três aspectos diversos, conforme aponta WESTIN: (i) princípio congregador de outros valores ou princípios existentes no ordenamento jurídico, tais como a liberdade de expressão, a transparência e a defesa da concorrência; (ii) regra específica, determinando a observância de determinadas condutas; e (iii) arquitetura da internet, determinando a feição técnica para o funcionamento da rede e acesso aos aplicativos online.²⁷⁹

A autora, assim, destaca que os críticos à neutralidade de rede sustentam a possibilidade de cumprir os objetivos almejados no ordenamento jurídico a partir de outros meios, como “políticas de fomento e defesa da concorrência e de maior transparência na relação comercial com o usuário”, considerando que uma “intervenção regulatória poderia acabar sendo mais prejudicial ao mercado, gerando consequências indesejáveis para o seu desenvolvimento”. Dessa forma, os defensores dessa posição acreditam que eventual regulamentação deveria ser ex

²⁷⁷ WESTIN, Roberta. *Neutralidade de Rede: Quem Ganha e Quem Perde?* In: ARTESE, Gustavo (coord.). **Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 140.

²⁷⁸ RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 166.

²⁷⁹ WESTIN, Roberta. *Neutralidade de Rede: Quem Ganha e Quem Perde?* In: ARTESE, Gustavo (coord.). **Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 141-143.

post, “mediante reiteradas condutas e reais evidências de casos prejudiciais à concorrência”.²⁸⁰

Ademais, outra crítica seria a de que o regime da neutralidade de rede traria limitações à “oferta de serviços de dados para o consumidor”²⁸¹. Isto é:

[...] o próprio consumidor poderia querer contratar um serviço que dê prioridade a aplicativos de vídeos em detrimento de outros que não lhe interessam. Da mesma forma, um usuário que tem por costume apenas utilizar a Internet para acessar o seu e-mail poderia ter interesse em contratar um pacote de serviços exclusivo para este fim, pagando menos por isso, uma vez que não precisaria ter acesso a aplicativos de vídeo e de voz, que consomem bastante dados.²⁸²

Ainda, poder-se-ia sustentar que a cobrança de preços iguais pelos mesmos serviços de conexão à Internet faria com que os usuários consumidores de menos dados passassem a subsidiar os custos de usuários consumidores de maior volume de dados e responsáveis pelo congestionamento da rede.²⁸³

Destarte, “modelos de negócio que viabilizam pacotes de serviços distintos para usuários com características diferentes”, poderiam permitir que “usuários consumidores de menor volume de tráfego paguem menos e percebam maior qualidade no acesso aos serviços”.²⁸⁴

Nesse mesmo sentido, RAMOS também destaca que parte da doutrina entende como prejudicial o estabelecimento da neutralidade da rede como princípio

²⁸⁰ WESTIN, Roberta. *Neutralidade de Rede: Quem Ganha e Quem Perde?* In: ARTESE, Gustavo (coord.). **Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 147.

²⁸¹ WESTIN, Roberta. *Neutralidade de Rede: Quem Ganha e Quem Perde?* In: ARTESE, Gustavo (coord.). **Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 148.

²⁸² WESTIN, Roberta. *Neutralidade de Rede: Quem Ganha e Quem Perde?* In: ARTESE, Gustavo (coord.). **Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 148.

²⁸³ WESTIN, Roberta. *Neutralidade de Rede: Quem Ganha e Quem Perde?* In: ARTESE, Gustavo (coord.). **Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 148.

²⁸⁴ WESTIN, Roberta. *Neutralidade de Rede: Quem Ganha e Quem Perde?* In: ARTESE, Gustavo (coord.). **Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 148.

do Marco Civil da Internet. Segundo o autor, tal corrente sustenta que os provedores de acesso deveriam:

[...] possuir a liberdade para definir suas políticas de acesso, velocidade e conteúdo, sendo a demanda do mercado um filtro natural entre os provedores de acesso que podem oferecer serviços “neutros” e aqueles que ofereceriam serviços otimizados para determinados conteúdos e aplicações.²⁸⁵

Desse modo, a diminuição de entraves regulatórios para o provimento de acesso à internet seria o caminho mais adequado a fim de garantir o acesso dos usuários a melhores serviços e com menos restrições de tráfego.²⁸⁶

Por fim, WESTIN refere que a concepção de que a Internet sempre foi livre seria, na verdade, uma ilusão. Aduz que a Internet sempre “esteve sujeita a algum tipo de gerenciamento por parte dos provedores de conexão para viabilizar o seu bom funcionamento”. Cita como exemplos o bloqueio de um “aplicativo fonte de vírus” e o filtro de “spams”, fatos que iriam de encontro à noção de neutralidade absoluta da rede.²⁸⁷

Dessa forma, a autora conclui que “a ausência de qualquer intervenção operacional poderia fazer com que a Internet se tornasse potencial risco à segurança de todos os usuários”, inclusive piorando a qualidade do serviço prestado.²⁸⁸

Em suma, em que pese os autores mencionados não defenderem a ausência de uma disciplina específica para a Internet no que tange à neutralidade de rede, apontam, em relação ao tema, fundamentos contrários a uma regulamentação

²⁸⁵ RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 168.

²⁸⁶ RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 168.

²⁸⁷ WESTIN, Roberta. *Neutralidade de Rede: Quem Ganha e Quem Perde?* In: ARTESE, Gustavo (coord.). **Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 150.

²⁸⁸ WESTIN, Roberta. *Neutralidade de Rede: Quem Ganha e Quem Perde?* In: ARTESE, Gustavo (coord.). **Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 150.

específica e/ou à sua aplicação, os quais merecem ser ponderados: (i) haveria outros meios de alcançar os objetivos pretendidos pelo princípio mencionado; (ii) haveria maior eficácia em uma regulação “ex post” acerca do tema; (iii) a neutralidade de rede traria limitações à oferta de serviços de dados para o consumidor; (iv) haveria maior utilidade dos serviços para consumidores de menor volume de tráfego na ausência da neutralidade de rede; e (v) a neutralidade absoluta da rede impediria o seu bom funcionamento.

c) Abertura a posterior regulamentação pelo Poder Executivo

LEITE assinala que o Marco Civil se apresenta como uma “grande moldura de direitos e liberdades individuais dos usuários, mas que, em certos pontos, ainda precisa ser complementada por outras leis e regulamentos”²⁸⁹. Destarte, a regulamentação objetivou também orientar a futura elaboração de outros diplomas normativos que versem sobre a Internet.²⁹⁰

Acerca do tema, RAMOS aponta que algumas questões polêmicas, como a questão da neutralidade da rede, foram deixadas em aberto à regulamentação posterior devido a um critério político, qual seja, a urgência pela aprovação do projeto de lei que viria a se tornar o Marco Civil da Internet. Assim, refere que o modelo normativo “lei + decreto” configuraria um “retrocesso na forma participativa e democrática como o Marco Civil foi concebido, já que o decreto, por sua própria natureza, permite que o Poder Executivo emita regulamentos unilateralmente”.²⁹¹

Nesse sentido, BONAVIDES refere que o abuso de medidas provisórias e decretos-leis constitui afronta aos princípios da legalidade e da constitucionalidade:

²⁸⁹ LEITE, Glauco Salomão. “Os princípios expressos nesta lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 243.

²⁹⁰ LEITE, Glauco Salomão. “Os princípios expressos nesta lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 244.

²⁹¹ RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 184.

pode o Presidente da República, governando unilateralmente, ser, na substância, um “ditador constitucional”, assumindo o papel de “legislador único”.²⁹²

Portanto, pode-se considerar como um argumento contrário à regulamentação dada à Internet a sua abertura a posteriores regulamentações pelo Poder Executivo. Tal circunstância, como visto, pode significar um retrocesso para a participação democrática.

4.2. Principais argumentos favoráveis a uma disciplina específica para a Internet

4.2.1. Segurança jurídica

Conforme aponta LEMOS, a situação anterior ao advento do Marco Civil da Internet seria de “completa ausência de regulamentação civil da internet no país”²⁹³, referindo que tal ausência levaria a uma grande insegurança jurídica.²⁹⁴

Sem uma disciplina específica, os juízes e os tribunais, segundo o autor, acabariam por decidir “de acordo com regras muitas vezes criadas *ad hoc*, ou de acordo com suas próprias convicções”.²⁹⁵

Dessa forma, uma disciplina específica para a Internet traria maior segurança jurídica, na medida em que poderia evitar a discricionariedade dos juízes e tribunais nesse contexto.

4.2.2. O princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito: a importância da lei e as consequências de sua ausência

²⁹² BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 75-76.

²⁹³ LEMOS, Ronaldo. *O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 10.

²⁹⁴ LEMOS, Ronaldo. *O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 10.

²⁹⁵ LEMOS, Ronaldo. *O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 10.

Conforme refere DA SILVA, é da essência do conceito de Estado Democrático de Direito a subordinação deste à Constituição, fundando-se na legalidade democrática. O princípio da legalidade é, desse modo, um princípio basilar.²⁹⁶

Isso significa ressaltar a relevância da lei que, conforme aduz o autor, não deve ser levada em conta apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico “abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado”²⁹⁷:

Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses.²⁹⁸

Na sequência, completa o autor que a lei não deve permanecer em uma esfera “puramente normativa”; deve influir na realidade social. Isto é, a lei se eleva de importância na medida em que, sendo expressão fundamental do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição a fim de exercer função transformadora na sociedade, observando o princípio da igualdade e da justiça “pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais”.²⁹⁹

Joaquim Barbosa, quando presidente do STF, manifestou-se acerca da regulação da mídia e da pluralidade da imprensa, referindo que a falta de normas beneficiaria os detentores do poder dos meios de comunicação. A fim de defender a democratização do espaço comunicativo do país, o então ministro afirmou que a

²⁹⁶ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 121.

²⁹⁷ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 121.

²⁹⁸ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 121.

²⁹⁹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 121.

“normatização, regulação, seja ela vinda do Estado ou autorregulação, é importante. O que não deve haver é nenhuma regulação”.³⁰⁰

Nesse sentido, GONÇALVES afirma que a omissão do Estado em regular não significa ausência de regras. No caso da Internet, aponta que não havendo regulação partida do Estado, outras instituições tenderão a fazê-la.³⁰¹

Portanto, pode-se destacar três aspectos no presente ponto que corroboram a importância de uma regulamentação específica para a internet: (i) a importância da lei no Estado Democrático de Direito, dado o seu papel de “desdobramento necessário do conteúdo da Constituição”³⁰²; (ii) a ausência de regulamentação não significa ausência de normas aplicáveis à matéria, o que pode ser prejudicial à “democratização do espaço comunicativo”; e (iii) na ausência de regulação por parte do Estado, outras instituições poderão fazê-la.

4.2.3. Coerência com o tratamento jurídico da comunicação

Outro argumento que se pode levantar como favorável a uma regulamentação específica da Internet seria o de contextualizá-la como meio de comunicação no ordenamento jurídico brasileiro, seja como comunicação interindividual, de massa, ou em rede.

Conforme já analisado, o tratamento jurídico da atividade de comunicação é variado de acordo com as formas e finalidades desta, sendo imprescindível analisar se a atividade teria caráter de serviço público ou de atividade econômica em sentido estrito, como visto.

³⁰⁰ Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/joaquim-barbosa-defende-novas-leis-para-regular-comunicacao-no-brasil-180.html>. Acesso em 05 de novembro de 2015.

³⁰¹ GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa; TEIXEIRA, João Paulo Allain. *O Estado e o dever de fomentar a produção e circulação da cultura nacional: breves reflexões em torno da regulação estatal à Internet no Brasil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 928.

³⁰² DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 121.

Nesse sentido, pode-se fazer uma comparação breve à radiodifusão: a Internet, assim como esta, por meio dos sites, permite a difusão de sons e imagens de um para muitos ou de muitos para muitos.

Dessa forma, exercendo funções semelhantes, depreender-se-ia, a partir da coerência como critério, que a Internet igualmente deveria ser regulamentada a fim de garantir a concretização dos objetivos traçados na Constituição brasileira.

A título exemplificativo, poder-se-ia citar os princípios constitucionais para a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão (art. 221 e incisos da Constituição brasileira), quais sejam, “preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”; “promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; “regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei”; e “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

Dessa forma, seria incoerente estabelecer tais princípios a apenas determinadas formas de comunicação (rádio e televisão) deixando a Internet - que pode exercer as mesmas funções - fora do alcance de tais princípios.

4.2.4. Preservação das características da rede

Uma regulamentação específica para a Internet poderia, ademais, garantir a preservação de características da rede consideradas fundamentais, tais como a neutralidade, a estabilidade, a segurança e a funcionalidade da rede, e a sua natureza participativa, evitando-se a chamada “bolha dos filtros”. Nesse sentido, dispôs o art. 3º do Marco Civil da Internet, consolidando como princípio do uso da Internet a proteção às características citadas.

Conforme esclarece GETSCHKO, a Internet é concebida como uma rede fim a fim, isto é, nela, “os pacotes de dados, iniciados num ponto da borda da rede e destinados a outro ponto, não devem sofrer nenhuma interferência indevida”³⁰³.

Destarte, conforme definição de RAMOS, a neutralidade da rede seria:

[...] um princípio de arquitetura de rede que endereça aos provedores de acesso o dever de tratar os pacotes de dados que trafegam em suas redes de forma isonômica, não os discriminando em razão de seu conteúdo ou origem.³⁰⁴

Assim como na telefonia e no correio, explica GETSCHKO, onde não é concebível a violação ou alteração de carta antes da chegada a seu destinatário, haveria na Internet uma expectativa de sigilo e neutralidade:

[...] além de não se esperar interferência de intermediários, toda a sua estrutura interna da rede deve servir simplesmente a, envidando o melhor esforço, encaminhar pacotes de dados na direção do destinatário, até a entrega final. Essa operação fundamental e basicamente técnica é raiz de boa parte da discussão sobre qual comportamento admissível dos diversos atores quando tratam do encaminhamento dos dados: não se quer que alguém, atuando dentro da cadeia de serviços da rede, “censure” por algum critério pacotes, serviços ou destinatários.³⁰⁵

RAMOS esclarece que, para os defensores da neutralidade da rede, haveria vários outros fundamentos econômicos e externalidades relacionados, tais como “eficiência de mercado, incentivos à inovação, crescimento econômico, educação e participação cultural e política”.³⁰⁶

Destarte, a neutralidade da rede serviria não apenas para evitar a formação de trustes no setor, mas para garantir: (i) abertura da rede (preservação de um modelo de arquitetura aberta e genérica que permita induzir inovação na camada de aplicações); (ii) autonomia e escolha do usuário (preservação do poder de

³⁰³ GETSCHKO, Demi. *As origens do Marco Civil da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13.

³⁰⁴ RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 166.

³⁰⁵ GETSCHKO, Demi. *As origens do Marco Civil da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13-14.

³⁰⁶ RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 168.

escolha dos usuários, os quais possuem capacidade de intervenção e inúmeras formas de interação com os serviços e aplicações); e (iii) liberdade de expressão (a neutralidade da rede também serviria como instrumento para o exercício de liberdades políticas).³⁰⁷

No Brasil, a partir do Marco Civil, adotou-se um regime agnóstico de neutralidade, isto é, há a possibilidade de usuários contratarem “planos específicos para priorizar determinadas classes de aplicações em momentos de congestão de rede”, no entanto, essa escolha deverá ser do usuário, sem gerar discriminações entre aplicações de uma mesma classe.³⁰⁸

Assim, destaca-se aqui o argumento que vê como necessária uma regulamentação que proteja a neutralidade da rede, assegurando também, por conseguinte, a autonomia e escolha do usuário, a abertura da rede, a liberdade de expressão, a natureza participativa da rede e demais princípios elencados no Marco Civil.

Ademais, deve-se destacar a questão relativa à qual BRITO e LONGHI denominam “bolha dos filtros” – isto é, o poder de tornar disponível determinado conteúdo de acordo com as preferências do usuário –, o que permitiria a manipulação de informações consumidas, possibilitando até mesmo a indução de comportamentos.³⁰⁹

Daí a necessidade de se regulamentar o que os autores denominaram “neutralidade do conteúdo”, uma vez que a manipulação de conteúdo por interesses particulares ofenderia “a *autodeterminação informacional do usuário*, um direito

³⁰⁷ RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 169-170.

³⁰⁸ RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 175-180.

³⁰⁹ BRITO, Auriney Uchôa de; LONGHI, João Victor Rozatti. *Diversidade e pluralidade como fundamentos do Marco Civil da Internet no Brasil e as bases axiológicas da democracia contemporânea*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 87.

fundamental reconhecido desde 1966, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos”.³¹⁰

Com a referida “bolha dos filtros”, o poder de escolha do indivíduo restaria restringido, reduzindo-se seu exercício de liberdade que dá base axiológica aos direitos fundamentais de primeira dimensão, caracterizando afronta à autonomia privada.³¹¹

Ademais, com o direcionamento de conteúdo a partir de filtros prévios por parte do fornecedor do conteúdo e da informação, outras garantias constitucionais, inerentes à rede, como a promoção da pluralidade e diversidade, restariam comprometidas. Tais considerações corroboram a necessidade de regulamentação da referida “neutralidade de conteúdo”.

4.2.5. Efetivação dos direitos fundamentais e demais objetivos traçados na Constituição brasileira

Conforme lembra SANTOS, antes do surgimento do Marco Civil da Internet, o Comitê Gestor da Internet (CGI.br) já estabelecia princípios de governança da Internet, tais como:

[...] a proteção da liberdade, privacidade e direitos humanos, a governança democrática e colaborativa, a diversidade, a universalidade, a inovação, a neutralidade da rede, a funcionalidade, segurança e estabilidade, a padronização e interoperabilidade [...], sendo que quase todos estes foram abarcados pelo Marco regulatório.³¹²

SANTOS conclui, então, que o advento do Marco regulatório denotaria a preocupação do legislador em atingir os objetivos estabelecidos pela Constituição

³¹⁰ BRITO, Auriney Uchôa de; LONGHI, João Victor Rozatti. *Diversidade e pluralidade como fundamentos do Marco Civil da Internet no Brasil e as bases axiológicas da democracia contemporânea*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 87.

³¹¹ BRITO, Auriney Uchôa de; LONGHI, João Victor Rozatti. *Diversidade e pluralidade como fundamentos do Marco Civil da Internet no Brasil e as bases axiológicas da democracia contemporânea*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 88.

³¹² SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo. *Reconhecimento da escala mundial da rede como fundamento do Marco Civil da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 59.

brasileira, bem como em tutelar os princípios constitucionais e direitos fundamentais “aplicáveis em contexto de meio ambiente digital, mediante a regulamentação da infraestrutura de desenvolvimento da internet”³¹³.

Nesse sentido, pode-se destacar a viabilidade de se tutelar, por meio da regulamentação, (i) a privacidade; (ii) os direitos de liberdade de expressão, de comunicação e de manifestação de pensamento; (iii) a efetivação da participação democrática; (iv) o direito de acesso à internet a todos; (v) o acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; e (vi) o fomento à produção e circulação de conteúdo nacional.

a) Proteção à privacidade

GETSCHKO salienta que a Internet é baseada em protocolos bem definidos, utilizando-se de uma numeração IP (“internet protocol”) para identificar os usuários, o que permite monitorar tudo o que ocorre na rede.³¹⁴

Dessa forma, a fim de se preservar alguma privacidade aos usuários da rede, aduz o autor que isso deve ser alcançado por meio de procedimentos técnicos ou acordos éticos, morais ou legais. Dessa forma, o Marco Civil da Internet consistiria em um desses meios, “ao definir limites de atuação de cada ator em cada contexto, ao vedar o acúmulo de dados que não dizem respeito diretamente à transação”³¹⁵ e, ainda, “ao estabelecer que o usuário tem o direito de saber claramente que dados seus serão armazenados caso aceite os termos de serviço de um provedor de aplicações”³¹⁶.

³¹³ SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo. *Reconhecimento da escala mundial da rede como fundamento do Marco Civil da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 63.

³¹⁴ GETSCHKO, Demi. *As origens do Marco Civil da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16.

³¹⁵ GETSCHKO, Demi. *As origens do Marco Civil da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.

³¹⁶ GETSCHKO, Demi. *As origens do Marco Civil da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.

SARLET e MOLINARO adotam, a respeito do tema, a denominação de um “Estado de Vigilância”: “uma forma de contaminação da democracia caracterizada pela intrusão dos governos e das corporações na liberdade e na privacidade de terceiros, sejam estes atores públicos ou privados”³¹⁷.

Nesse sentido, o Estado de Vigilância seria uma revivescência do modelo panóptico benthamiano, ou da noção deste em Foucault: a vigilância passa a operar como atividade e modo de perseguição sistemático e metódico, com monitoramento das ações e comunicações de pessoas, instituições públicas ou privadas e até mesmo de Estados.³¹⁸ Trata-se do contexto de *surveillance*, oportunamente estudado.

Em tal contexto, destarte, surgiria dúvidas em relação à possibilidade de se manter um sistema de direitos humanos e de direitos fundamentais, ou de assegurá-los em condições mínimas de efetividade.³¹⁹

Ademais, a ameaça à privacidade dos indivíduos colocaria em cheque inclusive a liberdade de expressão, fundamental para exercício da democracia. O crescente livre acesso aos meios de comunicação geraria apenas uma ilusão de liberdade, expondo-se uma série de direitos fundamentais a ingerências e violações por parte dos “vigilantes”.³²⁰

Nesse sentido, os autores concluem que:

[...] as tecnologias de vigilância e sua aplicação pelos Estados-nação são permanentes ameaças à democracia, à liberdade de expressão e à privacidade. Com o escopo de restabelecer o controle sistemático em tal

³¹⁷ MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. *Breves notas acerca das relações entre a Sociedade em Rede, a Internet e o assim chamado Estado de Vigilância*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30.

³¹⁸ MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. *Breves notas acerca das relações entre a Sociedade em Rede, a Internet e o assim chamado Estado de Vigilância*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 34.

³¹⁹ MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. *Breves notas acerca das relações entre a Sociedade em Rede, a Internet e o assim chamado Estado de Vigilância*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 34.

³²⁰ MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. *Breves notas acerca das relações entre a Sociedade em Rede, a Internet e o assim chamado Estado de Vigilância*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 39-47.

seara, o que é apropriado em nações democráticas, não poderá o Estado, contudo, gerar situações de violação de direitos mais graves do que as que foram cometidas eventualmente para salvaguardar a privacidade, e dignidade, as liberdades fundamentais. De todo modo, segue sem resposta a pergunta: quem está vigiando os vigilantes?³²¹

Nesse sentido, pode-se arguir como ponto favorável à regulamentação da Internet a necessidade de se proteger a privacidade dos usuários. Tal direito é fundamental para o exercício das liberdades fundamentais, como a liberdade de expressão, bem como para a efetiva participação democrática dos cidadãos.

Por fim, destaque-se que, sobre o tema, o Marco regulatório dispôs, em seu artigo 3º, II, a proteção à privacidade como princípio do uso da Internet no Brasil, reconhecendo, ainda, no artigo 8º, caput, o direito à privacidade como condição ao pleno exercício do direito de acesso à Internet.

b) Proteção aos direitos de liberdade de expressão, de comunicação e de manifestação de pensamento

Assim como os meios de comunicação tradicionais, a Internet permite o exercício de direitos fundamentais, tais como a liberdade de expressão, de comunicação e de manifestação do pensamento, consagrados na Constituição brasileira.

Desse modo, registra-se, de forma breve, a tentativa do legislador, por meio da regulamentação da Internet, em assegurar a efetividade de tais direitos também no âmbito virtual, dispondo acerca da matéria expressamente no art. 3º, I do Marco regulatório.

c) Efetivação da participação democrática

Segundo LEMOS, o Marco Civil teria demonstrado, na prática, a possibilidade de criação de novas formas de participação aberta e democrática por meio da Internet (rede), sendo a própria confecção do Marco regulatório um exemplo

³²¹ MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. *Breves notas acerca das relações entre a Sociedade em Rede, a Internet e o assim chamado Estado de Vigilância*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 48.

disto: “o esforço de criar uma legislação para a rede serve de exemplo para como a rede pode em si aperfeiçoar o processo legislativo como um todo, levando-o para novos patamares de participação e legitimidade”³²².

Destarte, destaca-se o potencial da rede em servir como plataforma do processo legislativo, não apenas no que diz respeito às formas procedimentais do processo legislativo, mas considerando-a também como um meio de comunicação apto a propiciar o debate público e o livre confronto de ideias.

Dessa forma, considerando o potencial da rede de funcionar como “ágora”, isto é, como um espaço para o embate de ideias e para a concretização da cidadania digital (art. 2º, II), pode-se defender a existência de uma regulamentação específica, a fim de se viabilizar uma efetiva democracia participativa de Paulo Bonavides, afastando-se o atual modelo de “divórcio entre o povo e as instituições do Governo”, conforme as palavras do autor.

d) Promoção do direito de acesso à internet a todos

Conforme acentua PINHEIRO, a “Era Digital”, na medida em que proporciona possibilidades de inclusão, torna a exclusão “mais cruel”. Exige-se que os indivíduos dominem as tecnologias, o que gera o chamado “analfabetismo digital”:

Outra consequência da sociedade convergente é o aumento da distância entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, em razão do que se chama de analfabetismo digital – um problema político-social consistente em ter uma massa de trabalhadores não preparada para o uso das novas tecnologias. A preocupação não é apenas educacional: afeta a capacidade de aproveitamento de mão de obra, até mesmo de nível superior. O fenômeno de marginalização social se dá pela incapacidade dos indivíduos de conhecer e dominar as novas tecnologias – não basta saber escrever, é preciso saber enviar um e-mail. Ao mesmo tempo que a Era Digital abre maiores possibilidades de inclusão, a exclusão torna-se mais cruel. Aqueles que não tiverem existência virtual dificilmente sobreviverão também no mundo real, e esse talvez seja um dos aspectos mais aterradores dos novos tempos³²³.

³²² LEMOS, Ronaldo. *O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11.

³²³ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69-70.

Considerando tais circunstâncias, pode-se destacar como aspecto positivo da regulamentação da Internet o art. 4º, I do Marco, o qual objetiva, expressamente, a promoção do direito universal de acesso à Internet. Referida medida, portanto, poderá apresentar efetividade, na medida em que vinculará os demais operadores do direito a perseguirem tal fim.

e) Promoção do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos

Registra-se, por oportuno, o teor do art. 4º, II do Marco Civil da Internet, o qual estabelece como objetivo do uso da Internet, no Brasil, a “promoção do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos”.

Tal dispositivo deixa clara a intenção do legislador, mais uma vez, em afirmar a Internet como um meio de difusão informativa e cultural, assim como ocorre com outros meios de comunicação tradicionais. Além disso, a “condução dos assuntos públicos” como outro objetivo traçado na regulamentação reafirma a Internet como potencial meio de efetivação da participação democrática dos cidadãos brasileiros junto ao Poder Público.

f) Fomento à produção e circulação de conteúdo nacional

Conforme prevê o art. 221, II da CRFB, a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão deverão promover a “cultura nacional e regional”, bem como estimular “produção independente que objetive sua divulgação”. Além disso, o art. 215 estabelece que o Estado “garantirá a todos o exercício pleno dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional”.

Nessa linha, o Marco Civil, levando em conta a função da Internet como um meio de comunicação difusor de valores culturais, estabeleceu, em seu art. 27, III, que “as iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da internet como ferramenta social” deverão “fomentar a produção e circulação de conteúdo nacional”.

A partir disso, depreende-se a importância de uma regulamentação específica para estabelecer padrões mínimos de veiculação de conteúdo nacional na Internet. Permanecendo omissos o legislador acerca de tal ponto, abrir-se-ia azo a que culturas estrangeiras dominassem de forma completa o conteúdo em circulação nas redes, o que iria de encontro ao dever do Estado de fomento à produção e circulação de conteúdo nacional.

Nesse sentido, complementam GONÇALVES e TEIXEIRA que o Estado, detentor da “violência simbólica”, deve optar pela escolha de uma cultura nacional oficial – antes que outras instituições o façam – legitimando certos conteúdos em detrimento de outros para, assim, fomentar sua produção e distribuição. Sem isso, o Estado correria o risco de ver ameaçado o seu poder de impor significações: “a regulação estatal da cultura se relaciona à própria autoridade do Estado”.³²⁴

4.3. Discussão dos argumentos à luz da Constituição Federal

4.3.1. Atividade regulatória do Estado

Conforme destaca OLIVEIRA, o poder regulamentar da Administração Pública deve observar a vinculação da atividade administrativa à lei e às competências formalmente destinadas (art. 5º, II, CRFB). Assim, a função normativa que o Executivo desempenha “não deve substituir as manifestações legislativas propriamente ditas na definição das normas-programa que disciplinam políticas públicas”, segundo o autor.³²⁵

Ademais, a regulação – que tem como um de seus desdobramentos a regulamentação - deve observar as justificações adequadas, as quais poderão ser econômicas e não econômicas.

³²⁴ GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa; TEIXEIRA, João Paulo Allain. *O Estado e o dever de fomentar a produção e circulação da cultura nacional: breves reflexões em torno da regulação estatal à Internet no Brasil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 957.

³²⁵ OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de. *Finalidade social da rede como fundamento do Marco Civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 112.

Quanto às econômicas, em relação às falhas de mercado, merecem destaque: (i) informações assimétricas – tornam-se falhas de mercado quando tal assimetria ocasionar vantagens indevidas na esfera econômica ou social; (ii) externalidades negativas – efeitos colaterais nefastos produzidos por empreendimentos, sem que os custos tenham sido internamente assimilados pelo empreendedor; (iii) poder dominante de mercado – infração à ordem econômica e à livre concorrência.³²⁶ Pode-se destacar, também, um quarto tópico: (iv) os “problemas de ação coletiva”³²⁷.

Quanto às “externalidades negativas”, ou “custos de transação”³²⁸, entende-se que há um custo social não assimilado pelo produtor, isto é, o produtor maximiza seu benefício, transferindo o custo das externalidades negativas para a sociedade. Ressalte-se que há as externalidades positivas – a educação de qualidade, por exemplo, seria uma atividade produtora de externalidades - ou consequências - positivas para a sociedade. Por outro lado, há atividades que implicam efeitos colaterais negativos: como é o caso da atividade industrial, que, por exemplo, pode gerar poluição.

Daí a justificação da regulação a partir da necessidade de se compensar o fato de que o preço do produto nem sempre reflete os custos de sua produção e os custos impostos à sociedade para sua produção.

No que tange à “assimetria de informação”, a regulação justifica-se para compensar a existência de informações inadequadas, assimétricas ou privilegiadas. Nesse sentido, “para os mercados competitivos funcionarem bem, os consumidores necessitam de informações adequadas para avaliar os produtos”³²⁹, por exemplo.

³²⁶ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 159-161.

³²⁷ BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian; HERZ, Michael. **Administrative Law and regulatory policy**. 7. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2011, p. 5-6.

³²⁸ BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian; HERZ, Michael. **Administrative Law and regulatory policy**. 7. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2011, p. 5.

³²⁹ BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian; HERZ, Michael. **Administrative Law and regulatory policy**. 7. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2011, p. 6.

Conforme aponta FREITAS, nas relações assimétricas, embora os interlocutores “influenciem e sejam influenciados, uns manipulam detrimetosamente os outros, não raro com base em informações secretas ou não partilhadas”.³³⁰

Quanto ao “poder dominante de mercado”³³¹, tem-se que o mercado tende a se tornar altamente dominado por alguns *players*, os quais definirão produção e preço dos produtos. A CRFB, por sua vez, em seu art. 170, estabelece a livre competição na ordem econômica. Dessa forma, cabe à atividade regulatória garantir que o mercado siga competitivo. Destaque-se que mesmo os monopólios naturais (energia elétrica, por exemplo) exigem regulação. No Brasil, o CADE define o que seria a “posição dominante de mercado” por meio do artigo 36 da Lei 12.529/11.

Por fim, no que concerne aos “problemas de ação coletiva”³³², entende-se que os indivíduos, agindo por seu próprio interesse, podem gerar problemas coletivos. Daí advém a ideia de cooperação, a qual o Estado regulador deve fomentar.

Em outras palavras, os comportamentos individuais que buscam a maximização da utilidade individual podem produzir danos coletivos. É o caso da “tragédia dos *commons*”, na qual todos priorizam objetivos individuais, culminando em uma tragédia coletiva. A partir disso, deve o Estado regulador promover a interação coletiva, em um processo cooperativo, compatibilizando objetivos econômicos e não econômicos.

No que tange às “justificativas não econômicas” para a atividade regulatória do Estado, isto é, transcendendo as meras falhas de mercado, compreendem-se as “regulações protetivas de interesses individuais e

³³⁰ FREITAS, Juarez. *Direito constitucional à democracia*. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (org.). **Direito à democracia: ensaios transdisciplinares**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 17.

³³¹ BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian; HERZ, Michael. **Administrative Law and regulatory policy**. 7. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2011, p. 7.

³³² BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian; HERZ, Michael. **Administrative Law and regulatory policy**. 7. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2011, p. 5-6.

transindividuais, tais como a integridade do ecossistema, o acesso à segurança social e à longevidade ativa”.³³³

Fala-se aqui, portanto, em demais argumentos justificadores da regulação que fogem do âmbito das falhas de mercado³³⁴, os quais podem ser agrupados em: (i) redistribuição; (ii) promoção de valores que não estão no mercado; (iii) ataque às desvantagens e castas; (iv) planning/planejamento; e (v) paternalismo.

A “redistribuição” consiste em deslocar recursos de um grupo para outro.³³⁵ Por exemplo, quando a regulação determina uma tarifa social de energia elétrica a determinado grupo, outra parcela de usuários do serviço estará pagando por isso. É o caso de regulação para proteger os “*small ones*”, isto é, aplica-se uma certa noção de justiça distributiva para proteger determinado grupo social ou econômico.

A “promoção de valores que não estão no mercado” pode ser exemplificada com regulações que visem a cuidar do ambiente, por exemplo, ou a cuidar da qualidade de vida ambiental acima de uma análise econômica estrita. A perseguição de valores democráticos pelo Estado, em detrimento de aspectos econômicos também pode ser destacada, ou, ainda a definição de “programas educacionais na televisão”³³⁶. Todos esses exemplos justificam a atividade regulatória do Estado para promover finalidades que não se encontram no mercado.

Algumas atividades regulatórias visam ao ataque às desvantagens e castas da sociedade contemporânea.³³⁷ Um exemplo de tais medidas pode ser a política de cotas, uma discriminação “positiva” que visa a reverter uma situação de discriminação “negativa”, visando à concretização do princípio da igualdade.

³³³ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 151.

³³⁴ BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian; HERZ, Michael. **Administrative Law and regulatory policy**. 7. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2011, p. 10.

³³⁵ BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian; HERZ, Michael. **Administrative Law and regulatory policy**. 7. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2011, p. 10.

³³⁶ BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian; HERZ, Michael. **Administrative Law and regulatory policy**. 7. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2011, p. 11.

³³⁷ BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian; HERZ, Michael. **Administrative Law and regulatory policy**. 7. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2011, p. 11.

O “*planning*”³³⁸ ou o “planejamento” justifica a regulação na medida em que é necessário estabelecer metas à economia, por exemplo, conduzindo-a a sustentabilidade – seria o caso de energias renováveis de transporte. A regulação, nesse sentido, deve ser prospectiva e induzir o mercado. Tem-se, aqui, uma noção de regulação a longo prazo, ou seja, uma regulação de Estado, e não de governo, a qual transcende os mandatos políticos.

Por fim, o “paternalismo” pode carregar ou não certa dosagem pejorativa. Traz consigo a noção de que a regulação deve proteger o indivíduo de suas próprias confusões e irresponsabilidades.³³⁹ Daí advém correntes diversas, que entendem haver níveis ideais diferentes do chamado “paternalismo”.

O “paternalismo libertário” de Cass Sunstein e de Richard Thaler, por exemplo, defenderia certa intervenção da regulação, por meio de “nudges”, ou pequenos “empurrões”, com o intuito de proteção da autonomia mediata dos agentes regulados.³⁴⁰ O paternalismo coercitivo, de Sarah Conly, por sua vez, defenderia uma intervenção da atividade regulatória mesmo contra a vontade do indivíduo, indo muito além de meros “*nudges*”: seria o caso, por exemplo, do banimento de gorduras “trans” com vistas a proteger o consumidor.³⁴¹ Em ambos os casos, no entanto, tem-se a ideia da atividade regulatória buscando a proteção do indivíduo, seja com maior ou em menor intervenção.

O Estado, assim, poderá atuar sobre a ordem econômica como regulador, isto é, a partir de medidas legislativas e administrativas, determinando, controlando ou influenciando o comportamento dos agentes econômicos, a fim de “orientá-los em

³³⁸ BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian; HERZ, Michael. **Administrative Law and regulatory policy**. 7. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2011, p. 11.

³³⁹ BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian; HERZ, Michael. **Administrative Law and regulatory policy**. 7. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2011, p. 12.

³⁴⁰ TRAVASSOS, Marcelo Zenni. **A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz de uma premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública**. *Estudo de caso sobre os argumentos paternalistas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p.420.

³⁴¹ TRAVASSOS, Marcelo Zenni. **A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz de uma premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública**. *Estudo de caso sobre os argumentos paternalistas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 438-440.

direções desejáveis e evitar efeitos lesivos aos interesses socialmente legítimos”³⁴², ou seja, a fim de perseguir os objetivos delineados na Constituição brasileira, observando-se a devida participação democrática do povo.

Pode-se inferir, portanto, que uma regulamentação específica da Internet, e, no caso, o Marco Civil, podem ter como justificações diversos dos pontos aqui trazidos. No que tange às justificativas econômicas, por exemplo, pode-se destacar a necessidade de se evitar o poder dominante de mercado também no espaço virtual, uma vez que muitas das empresas que dominam o mercado dos meios de comunicação tradicionais passam também a exercer o seu poder econômico no âmbito virtual, colocando em risco a liberdade de demais grupos que almejem difundir informação. Ademais, a própria necessidade de se evitar a assimetria de informação pode ser considerada justificação do Marco Civil da Internet, uma vez que este estabelece como princípio, justamente, a “promoção do acesso à informação” (art. 4º, II).

Por fim, no que tange à justificações não econômicas, cabe destacar que diversos são os “valores que não estão no mercado” que o legislador buscou promover com o Marco regulatório: a cidadania participativa (art. 2º, II) e a participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos (art. 4º II) são exemplos que evidenciam a busca por valores democráticos na rede e que também justificam a regulação estatal no setor.

4.3.2. Exame de razoabilidade e de proporcionalidade

Conforme assinala ÁVILA, a “razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras”, podendo ser usada com vários sentidos.³⁴³

³⁴² OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de. *Finalidade social da rede como fundamento do Marco Civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 114.

³⁴³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 194.

Entre diferentes acepções do postulado da razoabilidade (fala-se em “postulado” significando uma “metanorma”, isto é, uma norma que estrutura a aplicação de outras normas, estando, portanto, em um nível diferente das normas tradicionais e com destino aos seus aplicadores³⁴⁴), há seu emprego como diretriz de “congruência”: exige-se “harmonização das normas com suas condições externas de aplicação”³⁴⁵.

Com efeito, a razoabilidade como congruência deve, em primeiro lugar, analisar a vinculação da medida adotada com a realidade. Uma norma que tenha como pressuposto uma causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal, por exemplo, violará a necessária vinculação à realidade.³⁴⁶ Nesse sentido, ÁVILA afirma que “desvincular-se da realidade é violar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal”³⁴⁷.

Num segundo momento, “a razoabilidade exige uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada”³⁴⁸, não se confundido tal afirmação com a relação entre meio e fim, mas entre critério e medida. Uma lei que discrimine de forma aleatória e arbitrária trabalhadores em iguais condições, por exemplo, é considerada irrazoável, além de violar o princípio da igualdade.³⁴⁹

O postulado da proporcionalidade, por sua vez, é aplicável “quando há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um

³⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 222-223.

³⁴⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 198.

³⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 198-199.

³⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 199.

³⁴⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 199.

³⁴⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 200.

meio e um fim”³⁵⁰. A partir disso, procede-se a três exames fundamentais: (i) o da adequação; (ii) o da necessidade; e (iii) o da proporcionalidade em sentido estrito.³⁵¹

Inicialmente, cumpre salientar que o postulado da proporcionalidade será aplicado “sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade”³⁵². A finalidade, por sua vez, consiste em alcançar um ambicionado resultado concreto (extrajurídico); os “fins externos”, por exemplo, estabelecem resultados que constituem finalidades atribuídas ao Estado, como é o caso dos fins sociais e econômicos perseguidos por este.³⁵³

Assim, no primeiro exame, o da adequação, exige-se uma “relação empírica entre meio e fim”, isto é, uma determinada medida deve contribuir, de algum modo, para a realização de uma finalidade.

ÁVILA ainda ressalta que tal exame poderá ser analisado em três aspectos diferentes, quais sejam, o quantitativo (intensidade), o qualitativo (qualidade) e o probabilístico (certeza):

Em termos quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio. E, em termos probabilísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio.³⁵⁴

A partir dessas considerações, conclui-se que uma medida adotada pelo Poder Legislativo, por exemplo, deve escolher um meio que promova minimamente

³⁵⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 204.

³⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 204-205.

³⁵² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 206.

³⁵³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 206-207.

³⁵⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 209.

o fim a que se propõe, mesmo que não seja o meio mais intenso, melhor e mais seguro.³⁵⁵

Destarte, quando o Poder Público edita atos normativos, a medida será adequada se servir de instrumento para a promoção da finalidade, abstrata e genericamente. Em atenção ao princípio da separação dos Poderes, uma medida adotada só poderá ser declarada inválida nos casos em que a incompatibilidade entre meio e fim for manifesta.³⁵⁶

No que tange ao segundo exame do postulado da proporcionalidade, qual seja, o da necessidade, analisar-se-á a existência de meios alternativos ao adotado que possam promover igualmente determinada finalidade, restringindo, no entanto, em menor intensidade os direitos fundamentais afetados.³⁵⁷

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, terceiro exame do postulado da proporcionalidade, “exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”, isto é, analisa-se se as vantagens causadas pela promoção do fim justificam as restrições causadas aos direitos fundamentais afetados.³⁵⁸

Analisando-se o Marco Civil da Internet, então, a partir de tais postulados, e, com base na contraposição entre os argumentos estudados, pode-se inferir o que segue.

No que tange à razoabilidade, em sua análise de congruência, pode-se dizer que há vinculação da medida adotada com a realidade. Isto é, a regulamentação guarda relação com o contexto marcado pela “Era Digital” na qual se insere. A medida adotada (regulamentação) visa a afastar a insegurança jurídica

³⁵⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 210.

³⁵⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 211-213.

³⁵⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 214.

³⁵⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 216.

em relação ao tema, consolidando a posição a ser tomada pelos operadores do direito e fortalecendo o princípio da legalidade no Estado de Direito. Ainda, pode-se inferir que há compatibilidade com o tratamento jurídico conferido a outros meios de comunicação, como os de radiodifusão: o legislador estabelece, por meio da regulamentação, objetivos de ordem social e econômica em consonância com aqueles previstos na Constituição brasileira para os demais meios. Por fim, ressalta-se que a regulamentação ainda procurou preservar as características da rede, que adquire importância crescente no contexto da democracia brasileira.

Em relação ao segundo momento de análise da razoabilidade, quanto à relação entre critério e medida, pode-se afirmar que não há discriminações arbitrárias ou aleatórias que violem o princípio da igualdade e tornem a regulamentação irrazoável. Um ponto a ser levantado neste momento seria o da neutralidade da rede. Tal princípio, consagrado no Marco regulatório, representa que todo fluxo de informações deve ser tratado da mesma forma, o que, como visto, poderia ser interpretado como uma discriminação, na medida em que não haveria liberdade para os diferentes provedores definir suas políticas de acesso, velocidade e conteúdo. Em outras palavras, seria “tratar de forma igual os desiguais”.

No entanto, tal tratamento aos provedores garante que as informações cheguem ao usuário sem quaisquer intervenções por parte do Estado ou dos provedores, o que assegura a autonomia de escolha do usuário, o acesso à informação e a natureza participativa da rede. Dessa forma, não há falar em irrazoabilidade do Marco regulatório neste ponto.

Quanto ao exame de proporcionalidade, em seu primeiro exame – o de adequação -, avalia-se a relação empírica entre meio e fim, isto é, se a regulamentação contribui, de algum modo, para a realização de uma finalidade. Nesse sentido, considerando o teor dos dispositivos do Marco regulatório, bem como a função e a importância da lei no Estado Democrático de Direito, pode-se inferir que seu conteúdo vinculará, em alguma medida, os operadores do direito a perseguirem os objetivos delineados na regulamentação. Dessa forma, pode-se defender que a medida adotada é adequada.

Quanto ao segundo exame de proporcionalidade – o de necessidade –, avalia-se a existência de meios alternativos ao adotado que possam promover igualmente a finalidade, restringindo, no entanto, em menor intensidade os direitos fundamentais afetados. Acredita-se, contudo, que a adoção da medida na forma como realizada procura, justamente, proteger direitos fundamentais que não estariam protegidos suficientemente sem a regulamentação. No tópico seguinte, nesse sentido, ver-se-á como o Marco Civil não busca restringir direitos, mas, pelo contrário, busca resguardá-los a partir de um teor eminentemente principiológico.

(v) Por fim, quanto ao último exame de proporcionalidade – a proporcionalidade em sentido estrito -, acredita-se que as vantagens superam eventuais prejuízos que a regulamentação possa trazer. Isso se deve ao fato de que a medida tem potencial para efetivar segurança jurídica na área, estabelecer maior coerência em relação ao tratamento concedido aos demais meios de comunicação e em relação aos objetivos constitucionais, e preservar as características essenciais da rede. Tal potencial, contudo, dependerá da atuação dos operadores do direito e dos usuários para ser efetivado.

4.3.3. Marco Civil da Internet como “lei geral”

Conforme assinala OLIVEIRA, a regulamentação do exercício de um direito envolve a limitação deste mesmo direito. Daí advém a leitura do conteúdo essencial dos direitos fundamentais como limite para a atividade legislativa restritiva de direitos: o “limite dos limites”.³⁵⁹

Em tal contexto, deve-se destacar o papel das chamadas leis gerais: em um sentido técnico-formal, as leis gerais seriam aquelas não destinadas a restringir

³⁵⁹ OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de. *Finalidade social da rede como fundamento do Marco Civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 119.

especificamente alguma liberdade pública, mas que objetivam outro fim específico, projetando seus efeitos sobre certas liberdades de forma incidental.³⁶⁰

Não se adota aqui o sentido de “lei geral” ou da “norma geral” como contraposição à noção de lei ou normas singulares, as quais têm como sujeito destinatário um indivíduo ou grupo determinado³⁶¹. Por outro lado, adotando-se a terminologia de PEREIRA, pode-se aproximar a referida noção de “lei geral” à de “lei imperfeita”, ou seja, “a que não se faz acompanhar da pena de nulidade do ato” ou de quaisquer punições, mas procura, por meios indiretos, “obviar à sua contravenção”³⁶².

Em um sentido material, a “lei geral” estabelecerá tipos de reservas legais infraconstitucionais, por ordem constitucional, isto é, reservas de conformação que deferirão ao legislador ordinário dar substância a determinados direitos, além das reservas de ponderação de bens, nas quais o legislador infraconstitucional terá espaço para “delimitar o valor dos direitos fundamentais quando em colisão com bens de valor igual ou superior”.³⁶³

Nesse diapasão, considera-se a aqui denominada “lei geral” como uma reserva imanente, da qual eventual lei conformadora de conteúdo não poderá afastar-se das suas delimitações, em proteção aos direitos fundamentais envolvidos.³⁶⁴

Portanto, os argumentos de que uma regulamentação específica traria insegurança jurídica e de que poderia se instaurar controle estatal sobre a informação difundida parecem não prosperar diante desta qualidade do Marco Civil

³⁶⁰ OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de. *Finalidade social da rede como fundamento do Marco Civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 119.

³⁶¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 5. ed. São Paulo: EDIPRO, 2012, p. 178.

³⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. I. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 93.

³⁶³ OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de. *Finalidade social da rede como fundamento do Marco Civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 120.

³⁶⁴ OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de. *Finalidade social da rede como fundamento do Marco Civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 120.

da Internet. Considerada por alguns autores como uma “Constituição da Internet”³⁶⁵, a regulamentação reafirmou princípios da própria Constituição brasileira, apresentando “uma grande moldura de direitos e liberdades individuais dos usuários”³⁶⁶.

Portanto, tratando-se de uma regulamentação de teor eminentemente principiológico e corroborador da ordem constitucional brasileira, agora no espaço virtual, não há falar em afronta ao Estado Democrático de Direito ou em insegurança jurídica como consequências. Pelo contrário, o Marco Civil da Internet parece configurar um importante instrumento para a efetivação de direitos fundamentais.

4.3.4. Compatibilidade com os princípios constitucionais

Conforme sustenta VIANA, ao arrolar a liberdade expressão como princípio do uso da Internet no Brasil (art. 3º, I, da Lei n.º 12.965/2014), o Marco regulatório fundamentou-se de modo “integrativo-sistemático” com o princípio da cidadania (art. 1º, I, CRFB), em seu aspecto “inclusivo”. Isto é, a partir do art. 4º do diploma, o qual prevê “direito de acesso à internet a todos”, pode-se depreender o fundamento da “cidadania inclusiva na internet” - o que demanda a adoção de políticas públicas de inclusão digital, a fim de garantir a liberdade de expressão dos cidadãos. Compatível, portanto, no ponto, com a Constituição brasileira.³⁶⁷

No que tange ao argumento de possível supressão ou restrição da liberdade na Internet, a partir de uma regulamentação específica, VIANA pondera que “há muito se discute, não só em nosso país, a busca de uma solução para o paradoxo da “liberdade regrada” em outras mídias tradicionais e na liberdade de

³⁶⁵ LEITE, Glauco Salomão. “Os princípios expressos nesta lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 241-243.

³⁶⁶ LEITE, Glauco Salomão. “Os princípios expressos nesta lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 241-243.

³⁶⁷ VIANA, Ulisses Schwarz. *Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do Marco Civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 127-147.

expressão”³⁶⁸ e que, no caso, não há falar em restrição alguma à liberdade na Internet, sustentando que os direitos fundamentais não ostentariam uma natureza absoluta: poderiam sofrer “limitações e condicionamentos pelo legislador ordinário, desde que preservado seu núcleo essencial”³⁶⁹.

Ademais, a título exemplificativo, o autor ainda aponta que a liberdade de expressão como direito e garantia fundamental encontra limitações expressas na própria Constituição brasileira, ao vedar o anonimato (art. 5º, IV), ao preservar o sigilo da fonte no acesso à informação (art. 5º, XIV), ao estabelecer o dever de reparação do dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V) e ao estabelecer o dever de reparação do dano por violação do direito à intimidade, à vida privada e à imagem das pessoas (art. 5º, X).³⁷⁰

Aduz ainda que:

[...] a questão da liberdade de expressão no espaço virtual da internet não está imune a uma regulação e a um tratamento jurídico de seu exercício, o que demonstra que pode ser submetido a uma disciplina legal, analisada, quanto a sua constitucionalidade, pelo prisma da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, desde que preservado seu núcleo essencial.³⁷¹

Por fim, o autor destaca que, apesar de não ser vislumbrada nenhuma inconstitucionalidade a priori da Lei 12.965/2014, deve-se atentar para que as interpretações e aplicações de suas normas não resultem em ameaças a direitos fundamentais.³⁷²

³⁶⁸ VIANA, Ulisses Schwarz. *Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do Marco Civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 133.

³⁶⁹ VIANA, Ulisses Schwarz. *Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do Marco Civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 133.

³⁷⁰ VIANA, Ulisses Schwarz. *Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do Marco Civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 133.

³⁷¹ VIANA, Ulisses Schwarz. *Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do Marco Civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 136.

³⁷² VIANA, Ulisses Schwarz. *Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do Marco Civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 141.

Em conclusão, no que tange à proteção do direito fundamental à liberdade de expressão (do qual o direito à comunicação constituiria subespécie), VIANA aponta que o Marco Civil não trouxe nenhuma “confrontação substancial ao tratamento jurídico-constitucional que já vinha sendo dado à liberdade de expressão nas mídias sociais já existentes”³⁷³.

Além disso, conclui que:

[...] não se observam incompatibilidades com a ordem constitucional vigente, visto que (a) a doutrina constitucional brasileira e o STF têm admitido a intervenção do legislador infraconstitucional na regulação legal da liberdade de expressão *in genere* e (b) porque não se vislumbra em abstrato a existência de disposições que atinjam o núcleo essencial (*Wesengehalt*) desse direito fundamental.³⁷⁴

Portanto, partindo de uma análise de proteção à liberdade de expressão, da qual decorre o direito (fundamental) à comunicação, é de se consignar que não há incompatibilidades entre o Marco Civil e a Constituição brasileira, ao menos no que se refere à literalidade dos seus respectivos dispositivos.

4.4. O marco civil da Internet e a viabilização da participação direta dos cidadãos no Poder Público

Conforme ensina MOREIRA NETO, “o poder nasce com o indivíduo mas passa aos grupos e, afinal, ao Estado, pelo processo da institucionalização”³⁷⁵. Na sequência, refere que “são as concentrações do poder que, estabilizadas pelo

³⁷³ VIANA, Ulisses Schwarz. *Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do Marco Civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 145.

³⁷⁴ VIANA, Ulisses Schwarz. *Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do Marco Civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 145.

³⁷⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 55.

consenso e pelo costume, levam ao surgimento das instituições”, sendo o Estado a mais importante “concentração estabilizada de poder”.³⁷⁶

Nesse sentido, a participação política será considerada “um fenômeno do poder que se projeta sobre os demais fenômenos do poder para, admitidamente, acrescê-los, modificá-los, reduzi-los ou neutralizá-los”³⁷⁷. Lembra-se, ainda, que o poder de participar “preexiste às constituições e aos Estados”: quando uma constituição política admite o *recall*, por exemplo, não se está criando um direito de exigir que os representantes sejam legítimos, mas, em verdade, está se abrindo um canal institucional de participação política.³⁷⁸

Feitas essas considerações, o autor referido estabelece, como formas de participação do povo no exercício do poder:

(i) a participação na função legislativa – “informalmente todos podem participar, pelos canais de publicidade, dos processos legislativos, abertos, nos Estados democráticos”; ou, influenciando por meio da liberdade de manifestação do pensamento; ou, ainda, pelo instituto da representação política, além das formas de participação semidireta, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.³⁷⁹

(ii) a participação na função administrativa – “visa principalmente à legitimidade dos atos da Administração Pública, embora, incidentalmente, possa servir a seu controle de legalidade”³⁸⁰; nesse sentido, pode-se destacar a participação informativa (informação ao administrado; publicidade dos atos da

³⁷⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 56.

³⁷⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 56.

³⁷⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 59.

³⁷⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 87.

³⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 87.

Administração), a participação na execução (pode-se solicitar a colaboração do administrado na fase de execução de uma medida), a participação pela consulta (a Administração poderá ouvir determinados sujeitos antes da tomada de decisão), e a participação na decisão (envolve graduações no envolvimento do participante, desde a provocação da Administração, até a decisão conjunta, por voto, veto ou audiências públicas, por exemplo).³⁸¹

(iii) a participação na função jurisdicional – por meio do direito de ação (principalmente com finalidades metaindividuais) e por meio da admissão em órgãos de jurisdição.³⁸²

Tendo isso em vista, destaque-se que a edição do Marco Civil da Internet se deu por meio de consulta pública, com a ajuda de uma URL pública e aberta, o que constituiu algo inédito no país. No entanto, conforme salienta STEIBEL, este processo de consulta não foi vinculativo à tomada de decisão governamental, nem pode ser considerada uma forma de democracia direta, uma vez que “permaneceu com os gestores do projeto a decisão de definir o que permaneceu sob consulta e qual a leitura final do texto produzido colaborativamente”³⁸³.

O autor ainda refere que, em que pese ser o marco regulatório uma experiência pioneira, é limitada para criar um governo participativo. Há o risco, por exemplo, de que as consultas públicas realizadas sejam insignificantes, podendo “mascarar” interesses difusos. Desse modo, aponta que apenas 267 pessoas/instituições participando da confecção do Marco, num país de 180 milhões de habitantes, constitui participação cidadã ainda insignificante.³⁸⁴

³⁸¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 88-90.

³⁸² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 91.

³⁸³ STEIBEL, Fabro. *O portal da consulta pública do Marco Civil da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 21.

³⁸⁴ STEIBEL, Fabro. *O portal da consulta pública do Marco Civil da Internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 26-27.

BRITO e LONGHI, em referência a Matthew Hindman, apontam para as dúvidas acerca de a Internet propiciar ou não um aumento da participação de cidadãos anteriormente inativos no processo político, bem como quanto à existência de um debate público. Além disso, é questionado se os cidadãos seriam realmente ouvidos na chamada democracia digital e se tal processo digital de participação permitiria uma reflexão mais profunda sobre os temas tratados.³⁸⁵

Os autores ainda destacam a possibilidade de dominação da Internet por conglomerados empresariais, os quais, em posição de hegemonia nas respectivas áreas de atuação na rede, ditam as regras segundo cláusulas estabelecidas unilateralmente – Google, Facebook e Twitter, por exemplo -, fato que pode interferir negativamente para a democracia, em violação aos fundamentos da pluralidade e da diversidade.³⁸⁶

Desse modo, ainda que com tais ressalvas, pode-se registrar que a confecção do Marco Civil da Internet é um exemplo de forma de participação política do povo junto à função legislativa do Estado, com o auxílio do espaço virtual.

No que tange às disposições específicas da regulamentação e sua repercussão na participação política do povo, pode-se destacar a participação política junto à função administrativa, por meio da “participação informativa”. Conforme apontam MÖLLER DE ARAUJO e DAVID ARAUJO, é por meio da informação que são criadas condições para que o cidadão apoie, critique ou fiscalize a coisa pública. A informação, assim, é instrumento da cidadania – esta, por sua vez, fundamento do Estado brasileiro.³⁸⁷

³⁸⁵ BRITO, Auriney Uchôa de; LONGHI, João Victor Rozatti. *Diversidade e pluralidade como fundamentos do Marco Civil da Internet no Brasil e as bases axiológicas da democracia contemporânea*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 83-84.

³⁸⁶ BRITO, Auriney Uchôa de; LONGHI, João Victor Rozatti. *Diversidade e pluralidade como fundamentos do Marco Civil da Internet no Brasil e as bases axiológicas da democracia contemporânea*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 85-86.

³⁸⁷ MÖLLER DE ARAUJO, Cintia Rejane; DAVID ARAUJO, Luiz Alberto. *Direito (fundamental) à Internet e exercício da cidadania*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 366-367.

Na “Era Digital”, destarte, os “direitos à informação, à liberdade de se informar e ao direito de ser informado passam, obrigatoriamente, agora por força de lei, pelo acesso à internet”³⁸⁸.

Em outras palavras, a noção de cidadania, agora vinculada ao acesso à Internet, consignou um dever ao Poder Público de facilitar o seu acesso, dada a essencialidade da Internet para o efetivo exercício dos direitos ligados à informação. Destarte, “atuar contra a internet passou a ser, por força legal, atuar contra a cidadania, fundamento do Estado Democrático de Direito”.³⁸⁹

Assim, pode-se afirmar que o Marco regulatório procura efetivar maior participação informativa (por meio da publicidade dos atos da Administração em meios digitais e do acesso à informação) e maior participação na função legislativa (seja por meio da efetivação do direito à comunicação, ou do uso da Internet como ferramenta de consulta popular), conforme dispõem os artigos 3º, inc. I e 4º, inc. II, ambos do referido Marco.

Contudo, destaca-se aqui, principalmente, a “proteção da rede como ferramenta de cidadania digital” (art. 2º, II do Marco Civil da Internet), medida que visa a assegurar o grande potencial da rede em aproximar o povo das instituições do governo, em conjunto com a devida “promoção do direito de acesso à internet a todos” (art. 4º, I, do Marco Civil da Internet). Tais disposições podem viabilizar maior efetividade à participação democrática brasileira.

³⁸⁸ MÖLLER DE ARAUJO, Cintia Rejane; DAVID ARAUJO, Luiz Alberto. *Direito (fundamental) à Internet e exercício da cidadania*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 368.

³⁸⁹ MÖLLER DE ARAUJO, Cintia Rejane; DAVID ARAUJO, Luiz Alberto. *Direito (fundamental) à Internet e exercício da cidadania*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 372.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, viu-se que a comunicação constitui um fato jurídico-econômico, na medida em que repercute no âmbito das necessidades humanas e implica consequências jurídicas, segundo as previsões normativas da sociedade.

A partir disso, distinguiu-se a comunicação interindividual da comunicação social ou “de massa”, uma vez que exercem funções diversas e recebem tratamento distinto pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, pôde ser destacado o exercício do direito fundamental à liberdade de expressão a partir da comunicação interindividual. Às comunicações telegráficas e telefônicas (formas de comunicação interindividual) o constituinte brasileiro previu garantia de sigilo (art. 5º, XII da CRFB).

Os meios de comunicação de massa, por sua vez, desde o advento do rádio e da televisão no Brasil, evidenciaram um grande potencial de influência política, econômica e cultural. Tal modalidade de comunicação se mostrou capaz de criar certa identidade cultural no país, além de atender aos mais variados interesses políticos e econômicos.

A Internet, nesse sentido, foi analisada como um meio de comunicação apto a concretizar não só a comunicação interindividual e social, mas também a inovar no sentido de permitir uma comunicação em rede entre os usuários. Assim, afirmou-se o direito à comunicação, em suas variadas formas, como um direito fundamental, e, por conseguinte, o acesso à Internet como um pressuposto para a efetividade deste direito, dada a importância do espaço virtual na sociedade contemporânea.

No que tange ao regime jurídico da atividade de comunicação, viu-se que é inviável classificá-la como sendo totalmente atividade econômica em sentido estrito ou serviço público, dadas as diversas modalidades e funções que pode apresentar. Assim, analisou-se cada forma de comunicação separadamente, destacando-se que a atual convergência de mídias e o constante avanço tecnológico

dificultam a sistematização da matéria e, por conseguinte, uma regulamentação adequada do tema.

Em seguimento, estudou-se o regime jurídico dos correios – meio de comunicação interindividual, que se configura mediante o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para um endereço final e determinado. Consignou-se que, em conformidade com o entendimento do STF, aos correios não foi prevista a liberdade da iniciativa privada, como feito em relação à saúde e à educação, na Constituição brasileira. Pelo contrário, o constituinte estabeleceu a União como detentora do monopólio sobre o serviço postal. Sobre tal atividade, então, incide o regime jurídico público, uma vez que esta é considerada serviço público.

Em relação à telefonia – também forma de comunicação interindividual - constatou-se a incidência dos regimes público e privado, a depender de alguns fatores. Em se tratando do Serviço Telefônico Fixo Comutado, de um lado, há a prestação por concessão, em regime público, devendo-se observar as obrigações de universalização e continuidade do serviço, quando a atividade estiver vinculada a um uso coletivo e à noção de essencialidade e de utilidade pública; por outro lado, há a utilização do Serviço Telefônico Fixo Comutado de forma particular, restrita, com exploração mediante autorização, que, assim como no caso do Serviço Móvel de Celular, incidirá o regime jurídico privado.

A imprensa escrita, por sua vez – forma de comunicação de massa -, é considerada atividade econômica em sentido estrito, não se sujeitando aos princípios dispostos no art. 221 da Constituição brasileira (quais sejam, preferência a finalidades educativas, artísticas e informativas; promoção da cultura nacional e regional; e respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, dentre outros). Segundo os autores estudados, o constituinte estabeleceu a independência deste meio em relação a licença de autoridade a fim de prestigiar a liberdade de expressão e a livre circulação de ideias e informações, tendo em vista a inexistência de limites materiais deste meio de comunicação.

Já a radiodifusão sonora e de sons e imagens, que corresponde a uma forma de comunicação de massa, como visto, constitui serviço público. Isso se deve à sua relevância na afirmação da soberania nacional, pois promove a universalização da identidade sociocultural brasileira e realiza o intermédio entre governantes e governados, ligando-se aos objetivos fundamentais do Estado brasileiro. Assim, além de incidir o regime público sob tal atividade, o constituinte previu a incidência dos princípios elencados no art. 221 da Carta Maior. Ademais, a radiodifusão, por envolver a utilização de recursos escassos, exige a observância pelo Estado quanto à boa utilização do espectro eletromagnético, que se dá por meio de concessão pública.

Viu-se, então, que a Internet, nesse cenário, permite a materialização da comunicação interindividual, de massa, e em rede. Inegável, portanto, sua utilidade pública em uma sociedade marcada pela Era Digital, na qual o espaço virtual se torna uma extensão necessária da vida humana.

No que tange à nacionalidade de capital das empresas exploradoras da atividade de comunicação, constatou-se que o legislador brasileiro criou mecanismos de resguardar aos brasileiros o controle, a direção e a orientação intelectual dos meios de comunicação. O artigo 222 da Constituição brasileira, nesse sentido, assegura a atividade de radiodifusão como sendo privativa a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou a pessoas jurídicas constituídas sob leis brasileiras e com sede no Brasil. Ademais, o dispositivo ainda estabelece percentual mínimo de participação de capital de brasileiros nas empresas do ramo. Tais mecanismos visam a proteger os recursos nacionais, captar recursos estrangeiros e, sobretudo, a evitar que a informação veiculada nos meios de comunicação de massa seja controlada por estrangeiros.

Analisou-se, ainda, a concentração empresarial no setor das comunicações. Viu-se que a Constituição brasileira estabelece, em seu art. 220, § 5º, a vedação de que meios de comunicação sejam objetos de monopólio ou oligopólio, dispositivo que visa não apenas a regular a ordem econômica, mas também a permitir o pluralismo de espaços para difusão de ideias. No entanto,

constatou-se a inefetividade dos dispositivos legais que vedam a concentração empresarial no setor, uma vez que a mídia brasileira se encontra dominada por alguns poucos grupos familiares.

Em seguimento, estudou-se as formas de governo contemporâneas a fim de estabelecer uma conexão com o tratamento dado aos meios de comunicação nas formas democráticas e autoritárias de governo.

Considerou-se que nas formas de governo autoritárias há separação total entre governantes e governados, tomando-se o povo em sua concepção holista. Nestas, a informação veiculada nos meios de comunicação seria escolhida por um seleto grupo, seja da esfera privada, seja da pública. O conteúdo veiculado, por sua vez, não abarcaria debates públicos ou questões que envolvam o povo na tomada de decisões políticas. Não há falar, inclusive, em vedação ao monopólio ou oligopólio nos meios de comunicação.

Nas formas de governo democráticas, por outro lado, notadamente a forma de democracia participativa, viu-se que é fundamental uma efetiva participação democrática popular nas decisões políticas, sendo os meios de comunicação poderosos instrumentos para concretizar as funções essenciais da democracia, como a construção da agenda *setting*, fiscalização das ações do governo e canalização das demandas da população, dentre outras.

No entanto, frisou-se que até mesmo em sociedades democráticas é possível observar movimentos totalitários, na medida em que se obstrui a participação efetiva do povo junto ao governo, podendo-se destacar, como uma das causas disto, a falta de acesso aos meios de comunicação.

Em análise ao Marco Civil da Internet, por fim, os principais argumentos contrários a uma disciplina específica para a Internet foram sistematizados nos seguintes tópicos: “inchaço legislativo” e prejuízo à segurança jurídica; incapacidade da lei em acompanhar o espaço virtual – “limitação material”; ineficácia de uma regulamentação local em face do caráter global da Internet – “limitação territorial” – e o fenômeno da *surveillance*; possível controle estatal sobre a veiculação das

informações; e críticas aos dispositivos da regulamentação (“pamprincipiologismo”; neutralidade da rede; e abertura a posterior regulamentação pelo Poder Executivo).

De outro lado, os principais argumentos favoráveis a uma disciplina específica para a Internet foram sistematizados nos seguintes tópicos: segurança jurídica; o princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito: a importância da lei e as consequências de sua ausência; coerência com o tratamento jurídico da comunicação; preservação das características da rede; e efetivação dos direitos fundamentais e demais objetivos traçados na Constituição brasileira.

Viu-se, assim, que a regulamentação da Internet não apresenta potencial em prejudicar a segurança jurídica, mas, pelo contrário, procura firmar preceitos constitucionais e proteger direitos fundamentais no âmbito do espaço virtual, preenchendo a lacuna legislativa em relação ao tema.

Levantadas as questões da “limitação material” da lei em acompanhar as mudanças do espaço virtual, bem como da “limitação territorial” desta, em face do caráter global da Internet, registrou-se que a tradicional “dogmática” do direito, que prevê tratamentos (frise-se, previamente) a uma realidade em constante mutação, em território específico, pode apresentar certo grau de inefetividade no âmbito do espaço virtual, o qual transcende quaisquer limites territoriais e apresenta imprevisibilidade quanto às relações sociais, jurídicas e conflitos que nele poderão surgir.

Ademais, registrou-se a preocupação de que os princípios consagrados na regulamentação não sirvam para o fim de justificar a discricionariedade dos juízes, mas que, pelo contrário, guardem seu caráter normativo e intersubjetivo.

Ainda, registrou-se que a abertura a posterior regulamentação pelo Poder Executivo, no Marco Civil, abre espaço ao abuso de edições normativas unilaterais pelo Poder Executivo: fato que, se ocorrer, caracterizará afronta à participação democrática.

No entanto, em que pese tais considerações, pode-se constatar que o Marco Civil da Internet é positivo para a efetivação da democracia participativa brasileira.

Viu-se que a Internet, considerada como meio de comunicação apto a interligar um grande número de pessoas, requer tratamento coerente com os demais meios de comunicação. Acredita-se que as disposições da regulamentação alcançam tal coerência, na medida em que se reconhece o caráter essencial da Internet para a sociedade, trançando-se como direito o acesso universal a esta, bem como na medida em que se traçam objetivos culturais e sociais que guardam relação àqueles previstos no art. 221 da Constituição brasileira, previstos para a atividade de radiodifusão.

Ainda, assinalou-se que a ausência de regulamentação específica para a Internet não significa ausência de tratamento normativo para a área; pelo contrário, abre espaço para que outras instituições a regulem. Desse modo, não sendo o Estado regulador em atuação na área, pode-se configurar afronta à democracia, considerando que o Estado é o titular do poder derivado do povo.

O Marco Civil da Internet também procurou preservar as características da rede, conservando sua arquitetura neutra, a fim de garantir: sua abertura, permitindo inovações; a autonomia de escolha do usuário quanto ao acesso à informação; e a liberdade de expressão na rede, a qual é fundamental, junto com o direito à comunicação, para o exercício das liberdades políticas.

Por fim, registrou-se que a regulamentação busca efetivar direitos fundamentais e demais objetivos traçados na Constituição brasileira, dispondo expressamente sobre: a proteção à privacidade; proteção aos direitos de liberdade de expressão, de comunicação e de manifestação do pensamento; efetivação da participação democrática; promoção do direito de acesso da Internet a todos; promoção do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; e fomento à produção e circulação de conteúdo nacional, dentre outros aspectos.

Discutindo-se alguns dos argumentos favoráveis e contrários a uma disciplina específica para a Internet, à luz da Constituição brasileira, viu-se que a atividade regulatória do Estado, na forma da regulamentação, pode ser devidamente fundamentada com justificações econômicas e não econômicas, uma vez que o Marco Civil da Internet tem como fins “valores que não estão no mercado”, de cunho social e cultural, e finalidades que guardam relação ao bom funcionamento da ordem econômica.

Ademais, constatou-se a constitucionalidade da regulamentação a partir do exame de razoabilidade e de proporcionalidade, com os seus respectivos desdobramentos: razoabilidade como congruência e como compatibilidade entre critério e medida; proporcionalidade como adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito.

Destacou-se, ainda, o caráter principiológico e assecuratório de direitos fundamentais do Marco Civil, não havendo contradições ou incompatibilidades na literalidade de seus dispositivos em relação à Constituição brasileira.

Portanto, consignada a viabilidade constitucional de regulamentação da Internet, na forma do Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965 de 23 de abril de 2014), verificou-se que tal regulamentação, no contexto no mundo virtual, é apta a promover e efetivar a democracia participativa brasileira, considerando-se o teor de diversos dispositivos oportunamente analisados.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ARON, Raymond. **Democracia e totalitarismo**. Lisboa: Editorial Presença, 1966.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Regimes Políticos**. São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1977.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na constituição**. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.
- BITENCOURT, Caroline Müller; DORNELLES, Tiago. *A insuficiência do modelo representativo: a necessária construção de uma democracia efetiva à luz de “novas formas” de participação popular*. In: GORCZEVSKI, Clovis (org.). **Direitos Humanos e Participação Política**, vol. 4. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Brasília: Ed. UNB, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 5. ed. São Paulo: EDIPRO, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian; HERZ, Michael. **Administrative Law and regulatory policy**. 7. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2011.
- BRIGGS, Asa. BURKE, Peter. **Uma história social da mídia: de Gutenberg à Internet**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.
- CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **A mídia e a constituição: programação de rádio e TV e suas externalidades**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2013.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2014.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Regime Jurídico-Econômico da Atividade de Comunicação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (orgs.). **A sociedade em rede: do conhecimento à ação política**. Belém: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005, p. 228.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Alcir Henrique da; SIMÕES, Inimá Ferreira; KEHL, Maria Rita. **Um país no ar: história da TV brasileira em três canais**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DEFLEUR, Melvin L.; BALL-ROKEACH, Sandra. **Teorias da Comunicação de Massa**. Tradução da 5. ed. norte-americana, Octavio Alves Velho. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

DE LIMA, Roberto Kant. *Prefácio*. In: CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.) **Direito & internet – aspectos jurídicos relevantes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Introducción al derecho constitucional comparado: Las formas de Estado y las formas de gobierno; Las Constituciones modernas**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

ENGELMANN, Wilson. *O direito das nanotecnologias e a (necessária) reconstrução dos elementos estruturantes da categoria do “direito subjetivo”*. In: STRECK, Lenio Luiz; SEVERO ROCHA, Leonel; ENGELMANN, Wilson (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-graduação em**

Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 11. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2014.

ESCOBAR, João Carlos Mariense. **O novo direito de telecomunicações.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FELIZOLA, Pedro Augusto Maia. *O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação no contexto da sociedade em rede e políticas públicas de acesso à internet no Brasil.* In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 3, n. 1, 2011.

FRANÇA, R. Limongi. *Fato jurídico.* In: FRANÇA, R. Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1977. V. 36.

FREITAS, Juarez. *Direito constitucional à democracia.* In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (orgs.). **Direito à Democracia: Ensaios Transdisciplinares.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GABAN, Eduardo Molan. **Regulação do setor postal.** São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUARESCHI, Pedrinho A.; BIZ, Osvaldo. **Mídia & democracia.** Porto Alegre: P.G/O.B, 2005.

LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). **Marco Civil da Internet.** São Paulo: Atlas, 2014.

LIMA, Venício A. de. *Comunicação e Política.* In: DUARTE, Jorge (org.). **Comunicação Pública: Estado, mercado, sociedade e interesse público.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. **A nacionalidade da pessoa jurídica.** Belo Horizonte: Faculdade de Direito da U.M.G., 1963.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARANHÃO FILHO, Luiz. **Legislação e comunicação: direito da comunicação.** São Paulo: LTr, 1995.

MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. 3. ed. São Paulo: Cultrix, 1971.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

NÁUFEL, José. *Fato jurídico*. In: NÁUFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NEUBERGER, Rachel Severo Alves. **O Rádio na Era da Convergência das Mídias**. Cruz das Almas/BA: UFRB, 2012.

NOVELLI, Ana Lucia Romero. *Comunicação e opinião pública*. In: DUARTE, Jorge (org.). **Comunicação Pública: Estado, mercado, sociedade e interesse público**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. I. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Temperani. **Lições de Economia Política**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUEIROZ, Julian Nogueira. *A questão do monopólio dos correios e a ADPF 46-7*. In: **Revista Direito e Desenvolvimento**, v. 3, n. 5. Centro Universitário de João Pessoa UNIPÊ, 2012.

QUELHO, Renata Tonicelli de M. *A Lei Geral de Telecomunicações sob uma perspectiva convergente*. In: **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 3, n. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 2015.

RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. **Dicionário de Comunicação**. Rio de Janeiro: Editora CODECRI, 1978.

REALE, Miguel. *Instituto jurídico*. In: R. Limongi França (coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, V. 45.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2012.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TELEBRASIL – Associação Brasileira de Telecomunicações. **Livro azul das telecomunicações**. Rio de Janeiro: ABRAFIX, ACEL, TELEBRASIL, 2002.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. 3. ed. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1987.

TRAVASSOS, Marcelo Zenni. **A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz de uma premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública**. *Estudo de caso sobre os argumentos paternalistas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

WAINBERG, Jacques A. **Casa-grande e senzala com antena parabólica: telecomunicação e o Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

WESTIN, Roberta. *Neutralidade de Rede: Quem Ganha e Quem Perde?* In: ARTESE, Gustavo (coord.). **Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.