



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito – Pós-graduação

PAULO FIRMEZA SOARES

**A REGULAÇÃO DIANTE DA EVOLUÇÃO DA ESSENCIALIDADE DO
SERVIÇO PÚBLICO: A RECLASSIFICAÇÃO DA BANDA LARGA COMO
SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES NOS ESTADOS UNIDOS.**

Brasília

2016

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

**A REGULAÇÃO DIANTE DA EVOLUÇÃO DA ESSENCIALIDADE DO
SERVIÇO PÚBLICO: A RECLASSIFICAÇÃO DA BANDA LARGA COMO
SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES NOS ESTADOS UNIDOS.**

Autor: Paulo Firmeza Soares

Orientador: Alexandre Kehrig Veronese Aguiar

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Constituição” e linha de pesquisa “Globalização, Transformações do Direito e Ordem Econômica”.

Brasília, março de 2016

À minha esposa, Valeska,
por tornar a vida bem vivida,
e ao meu filho, Felipe, por
conferir novo sentido à boa
vivência da vida.

AGRADECIMENTOS

Concluir um mestrado em uma instituição de alto padrão como a Universidade de Brasília (UnB) não é tarefa corriqueira. Antes de tudo, é preciso ter estímulos para cogitar a possibilidade de frequentar o curso. Em seguida, é preciso ter estímulos para ingressar no corpo discente e, por fim, para efetivamente cursá-lo e concluí-lo. Como nenhuma conquista é solitária, devo registrar meu agradecimento àqueles que contribuíram para que cada uma dessas etapas fosse superada.

Antes, contudo, devo lembrar que, num país de extremas desigualdades sociais, os méritos da conclusão deste mestrado, com o recebimento do título correspondente, são em parte decorrentes das facilidades encontradas no ambiente em que nasci e me desenvolvi. É claro que os esforços individuais devem ser exaltados, mas não se pode olvidar do papel desempenhado pelo contexto socioeconômico no atingimento de objetivos dessa espécie.

Feito o registro, tenho que primeiramente agradecer aos meus pais, Aroldo e Laís, por terem me proporcionado não apenas uma educação de qualidade, mas um ambiente de estímulo ao estudo e ao aprendizado, sem o qual certamente não seria quem sou. Num país com baixíssimos índices de leitura, cresci observando de perto o hábito de leitores contumazes. Vi, por exemplo, minha mãe devorar seus livros e meu pai, já na casa dos sessenta, concluir um segundo mestrado. Lembro, com carinho, da importantíssima ajuda da minha mãe, ainda durante o colégio Christus, em Fortaleza, na execução das tarefas escolares e na preparação para as provas. Lembro, também, mais recentemente, do interesse do meu pai em sempre saber como eu estava indo no mestrado. Enfim, devo agradecer a todo o esforço empreendido em minha formação, menos pelos conselhos e mais pelo exemplo de caráter que pavimentou meu caminho.

A meus irmãos, Roberto e Renata, tenho que agradecer por fazerem parte da minha vida e por terem aberto horizontes que sempre revelaram novas possibilidades a este caçula, inclusive aproximando o mundo acadêmico da minha realidade. Sem dúvida nosso convívio foi e continua sendo muito enriquecedor. Mesmo sendo de áreas de conhecimento distintas, certamente a troca de experiências, ainda que implícita, contribuiu para uma visão um pouco menos limitada do mundo.

Em relação aos espaços propriamente jurídicos em que convivi, devo agradecer a todos que compartilharam o dia a dia dos bancos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), à base de muita discussão e aprendizado. Cito, portanto, meus amigos Daniel Miranda e Filipe Aguiar, com quem dividi as angústias e as alegrias durante todo o curso, desde a familiarização com o vocabulário jurídico, a tensão dos primeiros estágios, a correria final rumo à colação de grau (2005) e as expectativas após a formatura. Com Daniel, além das inúmeras conversas ao longo do trajeto casa-faculdade, pudemos vivenciar os desafios de, como membros da Comissão de Formatura, organizarmos diversos eventos jurídicos. Com Filipe, pude compartilhar de perto as experiências de estágio na Procuradoria-Geral do Estado do Ceará (PGE-CE).

No âmbito da Faculdade de Direito, não posso deixar de citar a importância do Centro de Assessoria Jurídica Universitária (CAJU), projeto de extensão do qual pude ser um dos coordenadores, que ampliou minha visão de mundo e conferiu sentido valorativo ao direito. Ali as experiências foram muitas, com destaque para o trabalho junto a escolas públicas; a capacitação com os alunos da faculdade; a organização de eventos jurídicos; e as ricas discussões dos grupos de estudos. Aqui, lembro com admiração dos amigos Henrique Frota e Filipe Augusto Nascimento e das amigas Márcia Pimentel e Rafaella Silva.

Também registro a convivência com Marcelino Ferreira, amigo desde os primeiros anos de colégio e contemporâneo da faculdade de direito, e com Pedro Henrique Leal, amigo de estágio, tanto na PGE-CE quanto na Procuradoria-Geral da República no Estado do Ceará, e de estudos em geral, inclusive visando ao concurso para o cargo de Procurador Federal, da Advocacia-Geral da União (AGU), que viríamos assumir.

Já morando em Brasília, foi na AGU, especificamente na Procuradoria Federal Especializada junto à Agência Nacional de Telecomunicações (PFE-Anatel), onde trabalho desde 2007, que pude me debruçar de maneira aprofundada sobre o direito regulatório e o direito das telecomunicações. Aqui, devo agradecer ao convívio com os amigos Igor Pereira, Marina Nascimento, Luciana Freire, Danielle Félix, Júlia Carvalho, Fernanda Bussacos e Ana Carolina Dantas, que tanto contribuíram com suas discussões. Aos amigos Lucas Borges e Victor Cravo, além desse convívio, soma-se o fato de terem me apresentado o programa de pós-

graduação da UnB. Ao Victor, devo especial agradecimento pelos longos debates jurídicos, políticos e acadêmicos que tiveram papel fundamental no estímulo e na preparação ao ingresso e à conclusão do mestrado. Esse estímulo, aliás, também foi provocado pelo desejo de expansão de estudo realizado em outros cursos, como as especializações em Regulação das Telecomunicações, pela Fundação Instituto Nacional de Telecomunicações – FINATEL (2011); em Direito Administrativo, pela Universidade Anhanguera (2012); e em Direito Público, com ênfase em Direito Regulatório, pela própria UnB (2014).

Ao longo do mestrado, aponto para a importante participação do corpo docente na problematização dos novos temas e na releitura dos antigos. Por terem contribuído mais diretamente com o presente trabalho, cito os professores Márcio Iorio Aranha, que jogou luz sobre inúmeros aspectos da regulação estatal e de sua linguagem; Ana Frazão, que expôs as diferentes interseções entre o público e o privado no desenvolvimento da atividade econômica; e Alexandre Veronese, que aprofundou o debate jurídico sobre o papel do Poder Judiciário na sociedade, inclusive na regulação. Ao Alexandre, não posso deixar de especialmente agradecer pela orientação clara e objetiva, ajudando a definir o objeto de estudo; pela apresentação e disponibilização de vasta bibliografia que permitiu tornar o trabalho minimamente palatável; e, é claro, pela paciência na condução de todo esse processo.

Com o coração, agradeço, finalmente, à minha esposa, Valeska. Ainda no ano de 2001, quando cada um estava iniciando seu curso de direito, nos esbarramos em ocasião que nada tinha a ver com o mundo jurídico. Passamos a travar uma relação de muita amizade e amor, compartilhando com paixão o desenvolvimento da vida adulta e os passos para as descobertas da vida acadêmica e para a apreensão de uma visão crítica do direito. Fomos felizes no direito, inclusive dividindo horas e horas de estudo, mas, principalmente, fora do direito, com a alegria característica de sua personalidade. Ela sempre me ajudou a alcançar meus objetivos pessoais e profissionais, sempre depositando confiança em meus atos. Estava lá nas horas boas e ruins, tornando a vida bem vivida em cada episódio que aparecia. Especificamente em relação a este mestrado, foi uma das grandes incentivadoras. Agradeço por todo o apoio, sobretudo no primeiro semestre do curso, quando vivíamos um ir e vir maluco de quem estava, pelos tortuosos caminhos da vida,

morando em cidades diferentes, e na sua reta final, quando tivemos que diminuir nossa convivência para que eu pudesse me dedicar com mais afinco à dissertação, que, aliás, contou com seu auxílio na formatação e na organização das referências bibliográficas.

Esses últimos seis meses, aliás, tiveram especial significado, uma vez que, no dia 15 de setembro de 2015 nasceu nosso filho, Felipe, para, à base de muito trabalho em seus primeiros meses de vida, revelar um amor que ainda não conhecíamos. Se, como demonstrado na dissertação, a percepção de relevância das coisas muda ao longo do tempo, o Felipe demonstrou que o mesmo se aplica aos nossos próprios interesses. Seja bem-vindo, filho!

Enfim, obrigado, papai e mamãe, Beto e Táta, Valeska e Felipe, por me fazerem percorrer os meandros da vida com tanta felicidade.

“Sábio é aquele que conhece os limites da própria ignorância”

Sócrates

“(…) numa sociedade em que a obtenção dos privilégios sociais depende cada vez mais estreitamente da posse de títulos escolares, a Escola tem apenas por função assegurar a sucessão discreta a direitos que não poderiam mais se transmitir de uma maneira direta e declarada”.

Pierre Bourdieu e Jean-Claude Passeron

RESUMO

A regulação perpassa por um processo que, numa leitura conjuntural, busca identificar as reais necessidades da população para moldar seu conteúdo conforme o nível de essencialidade da atividade econômica que se pretende regular. Destarte, deve estar permanentemente aberta à pluralidade inerente ao processo dialético democrático. O fenômeno regulatório não pode ser visto de maneira isolada e unidirecional a partir do Estado (*state-centered*). Deve focar no contexto social (*society-centered*), segundo a dinâmica das múltiplas interações ocorridas no espaço regulatório (*regulatory space*) ou nas muitas arenas de discussão (*many rooms*), dentre elas o Poder Judiciário, também apontado como um ator do processo político. Este consubstancia um *veto player* capaz não apenas de exercer poder de veto no âmbito da judicialização das políticas públicas, mas também de reconfigurá-las, embora o princípio da deferência administrativa reconheça a importância da legitimidade das políticas públicas definidas institucionalmente pelos órgãos reguladores setoriais. Considerando, enfim, que a regulação é um modo de ação instrumental visando à concretização de direitos fundamentais e à vivência da virtude política, a hermenêutica jurídica possui papel relevante, porquanto as medidas regulatórias, valendo-se de interpretações evolutivas não formalistas, calcadas inclusive na teoria dos poderes implícitos, tendem a ser justificadas a partir de sua aderência a objetivos públicos de conteúdo cambiante, sobretudo em setores mais impactados pela evolução tecnológica, como o de telecomunicações. O presente trabalho, portanto, se vale da apresentação e análise do processo jurídico-regulatório ocorrido nos Estados Unidos que culminou com a reclassificação da banda larga – de serviço de informação para serviço de telecomunicações – promovida pelo órgão regulador (*Federal Communications Commission – FCC*). Com isso, busca-se evidenciar os meandros da dinamicidade da regulação no espaço regulatório, especialmente a partir da atuação do órgão regulador baseada na atualidade da sociedade em rede segundo os padrões modernos de consumo de tecnologia, e do impacto da interferência do Poder Judiciário numa cultura de valorização do conflito (*adversarial legalism*), refletindo, por fim, sobre seu impacto na cultura jurídica do Brasil. Para tanto, serão delineados alguns parâmetros e finalidades da regulação jurídica da atividade econômica, especialmente à luz da mutabilidade de sua relevância social e dos reflexos da contínua relação entre o público e o privado nos paradigmas do Estado, nas teorias da regulação e na formatação das tradições jurídicas *civil law* e *common law*, bem como do significado do princípio da função social da empresa. Sobre o caso analisado, serão utilizadas as seguintes decisões: (i) declaração de princípios (*policy statement*) da FCC (2005) visando à abertura da internet segundo os valores da neutralidade de rede (*net neutrality*); (ii) *Open Internet Order* (2010), na qual a FCC estabeleceu regras de transparência, não bloqueio e não discriminação no tráfego das redes necessárias à exploração do serviço (*essential facility doctrine*); (iii) decisão da Corte de Apelação do Distrito de Columbia (2014) que anulou as regras de não bloqueio e não discriminação, por considerar que impunham obrigações próprias de *common carriers* a prestadoras de serviços de informação; e (iv) decisão da FCC (2015) que reclassifica a banda larga como serviço de telecomunicações.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação da atividade econômica; mutabilidade do serviço público; espaço regulatório; tecnologia; interpretação evolutiva; reclassificação da banda larga nos Estados Unidos.

ABSTRACT

The regulation permeates a conjectural process that seeks to identify the real population needs in order to shape its content according to the level of essentiality of each economic activity. In this way, it should be permanently open to the plurality inherent to the democratic dialectic process. The regulatory phenomenon should not be seen in an isolation and unidirectional manner arising from the state (state-centered). It should focus on the social context (society-centered), according to the dynamic of multiple interactions that occur in the regulatory space or in the many discussion arenas (many rooms), including the Judiciary, also appointed as an actor in the political process. In this context, the Judiciary constitutes a veto player able not only to exercise veto power within the judicial disputes of public policies, but also to reconfigure them, although the principle of administrative deference recognizes the importance of public policies legitimacy as defined institutionally by the regulatory agencies. Considering, then, that the regulation is an instrumental mode of action aimed at the implementation of fundamental rights and at the understanding of civic virtue, legal hermeneutics plays a significant role, because regulatory measures, making use of non-formalistic evolutionary interpretations, based even on theory of implied powers, tend to be justified from its adherence to public goals with changing content, especially in the sectors most affected by technological evolution, such as telecommunications. Therefore, this work comprises both description and analysis of the legal and regulatory process occurred in the United States that led to the reclassification of broadband – from information service to telecommunications service – promoted by the US regulatory agency (Federal Communications Commission – FCC). Thus, we seek to highlight the intricacies of the regulatory dynamics in the regulatory space, especially the actions of the regulatory agency based on the current characteristics of network society according to modern standards of technology use, and the impact of the Judiciary interference on a culture characterized by judicial conflicts (adversarial legalism), reflecting, ultimately, on its impact on the legal culture of Brazil. Thus, a few parameters and purposes of legal regulation of economic activity will be outlined, especially in light of the mutability of its social relevance and consequences of the ongoing relationship between the public and the private in state paradigms, theories of regulation and structuring civil law and common law traditions, as well as the meaning of the principle of the firm's social function. About the analyzed case, the following decisions will be presented: (i) FCC's policy statement, in 2005, intending to maintain the openness of internet based on the values of net neutrality; (ii) Open Internet Order (2010), in which FCC established rules of transparency, non-blocking and non-discrimination on networks' traffic necessary to the service operation (essential facility doctrine); (iii) the decision of the Court of Appeals for the District of Columbia (2014) vacating the rules of non-blocking and non-discrimination, because they imposed common carrier obligations to providers of information services; and (iv) FCC's decision (2015) to reclassify broadband as a telecommunications service.

KEYWORDS: Regulation of economic activity; mutability of public service; regulatory space; technology; evolutionary interpretation; reclassification of broadband in the United States.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. PARÂMETROS E FINALIDADES DA REGULAÇÃO JURÍDICA DA ATIVIDADE ECONÔMICA	18
2.1. Interseções entre o público e o privado no contexto do paradigma do Estado Regulador.....	20
2.2. Considerações preliminares sobre regulação e regulamentação.....	24
2.3. Teorias da regulação: interesse público, privado e institucionalista	28
2.4. A regulação nas tradições <i>common law</i> e <i>civil law</i>	36
2.5. Categorias de atividade econômica e a mutabilidade da correspondente relevância social.....	46
2.6. O princípio da função social da empresa no espaço regulatório	52
3. A RECENTE POLÍTICA REGULATÓRIA DA BANDA LARGA NOS ESTADOS UNIDOS: DIRETRIZES E REGRAS ADOTADAS PELA FCC	57
3.1. <i>Policy Statement</i> (2005): adoção de princípios pela FCC	61
3.2. <i>Open Internet Order</i> (2010): adoção de regras pela FCC	66
3.2.1. Preservação da liberdade e abertura da internet. Leitura não formalista da regulação conjuntural.....	66
3.2.2. Promoção da inovação, investimento, competição, liberdade de expressão e outros objetivos nacionais relativos à banda larga.....	70
3.2.3. As regras da <i>Open Internet Order</i>	75
3.2.3.1. <i>Transparência</i>	78
3.2.3.2. <i>Não bloqueio</i>	79
3.2.3.3. <i>Não discriminação</i>	80
3.2.3.4. <i>Banda larga móvel</i>	84
3.2.4. Competência da FCC para adotar as regras da <i>Open Internet Order</i> à luz da essencialidade contemporânea da banda larga	89
4. A DECISÃO DA CORTE DE APELAÇÃO DO DISTRITO DE COLUMBIA: FCC x VERIZON (2014).....	99
4.1. Considerações sobre a posição do Poder Judiciário na conformação das políticas públicas.....	101
4.2. A decisão da Corte de Apelação do Distrito de Columbia no caso FCC x Verizon.....	109
4.2.1. Sobre a internet.....	110
4.2.2. Sobre a seção 706 do <i>Telecommunications Act</i> de 1996. Aderência interpretativa a parâmetros atuais de objetivos públicos	119
4.2.3. A nulidade das regras de não bloqueio e não discriminação. Os <i>common carriers</i> e a dicotomia entre os serviços de informação e de telecomunicações	133
4.2.4. A conclusão da Corte de Apelação do Distrito de Columbia	146
5. A RECLASSIFICAÇÃO DA BANDA LARGA COMO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES PELA FCC (2015).....	148
5.1. Releitura das regras da <i>Open Internet Order</i> : novas especificações	148
5.2. Protegendo e promovendo a abertura da internet no espaço regulatório	154
5.3. A reclassificação da banda larga como serviço de telecomunicações e o dinamismo regulatório.....	161
5.4. A conclusão da decisão da FCC e sua modelagem regulatória	172
5.5. Tendências de padronização na compreensão do fenômeno regulatório	175
6. CONCLUSÃO.....	179
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	194

1. INTRODUÇÃO

A regulação da atividade econômica perpassa por inúmeras questões políticas e jurídicas. Primeiramente, é preciso identificar as atividades que serão objeto de regulação e precisar qual o conteúdo e o tipo de regulação adequada para cada uma delas, o que demanda uma constante interação entre todos os envolvidos. Tem-se, portanto, um complexo processo de descoberta que deve ser permeado pela incessante busca das reais necessidades da população, à luz dos vetores axiológicos materializados nos direitos fundamentais.

Dessa maneira, a regulação vai sendo conformada de acordo com o nível de relevância social das atividades econômicas (ARAGÃO, 2013). O desafio que se apresenta, então, é o de acompanhar as transformações por que naturalmente passam tais atividades econômicas e, conseqüentemente, as expectativas da sociedade em relação a elas. De fato, a relação das pessoas com as atividades econômicas varia ao longo do tempo e do espaço, cabendo à regulação estar permanentemente aberta à pluralidade inerente ao processo dialético de envolvimento de todos os atores. A importância desse processo regulatório de aproximação ainda é mais evidenciada quando se trata de atividade econômica diretamente impactada pela evolução tecnológica, como ocorre com os serviços de telecomunicações, em especial o de banda larga. Nesses casos, a rapidez com que as atividades e os modelos de negócio se modificam torna a criação de novas necessidades sociais um fenômeno extremamente dinâmico. A cada nova tecnologia que surge, novos parâmetros de fruição do serviço são exigidos.

Percebe-se, portanto, que a regulação não consubstancia um fenômeno isolado, definido pelo Estado de maneira unidirecional. Ao contrário, há, segundo Leigh Hancher e Michael Moran (2000), um amplo espaço regulatório (*regulatory space*) onde é construída a regulação a partir de múltiplas interferências, estatais e não estatais, públicas e privadas, institucionais ou não, oriundas dos agentes econômicos e da sociedade civil consumerista. Nesse sentido, considerando a fluidez na delimitação das fronteiras de discussão, o processo regulatório, conforme apontam Ian Ayres e John Braithwaite (1992), é conformado, na verdade, em muitas

espaços (*many rooms*). Uma dessas arenas é o Poder Judiciário, que também é apontado como um ator do processo político (WARREN, 2011), apresentando-se como um *veto player* (TAYLOR, 2008) capaz não apenas de exercer poder de veto no âmbito da judicialização das políticas públicas, mas de também reconfigurá-las (VERONESE, 2011).

Diante desse cenário plural e complexo, o nível de essencialidade de uma atividade se afigura como o elemento central a nortear a política regulatória, tanto do ponto de vista material quanto formal. É, pois, a partir da realidade que se olha para a regulação, definindo-se metas variáveis segundo as situações que se põem (ARANHA, 2015b). Considerando, então, que o direito também é política e que sua aplicação não se dissocia da realidade (BARROSO, 2008), o próprio poder de promover reformas do Poder Judiciário está atrelado à existência de condições socioculturais que a amparem (ROSENBERG, 2008). Ou seja, o Poder Judiciário tende a ter uma atuação mais efetiva quando há uma correspondente estrutura social em movimento no mesmo sentido (EPP, 1998).

Sob a ótica da regulação institucional do Estado, enfim, além de definir os valores e os parâmetros das utilidades que se visa a garantir à população, faz-se necessário delinear os instrumentos jurídico-formais por meio dos quais serão atingidos esses objetivos. Nesse ponto, insere-se o debate da regulação enquanto um modo de ação (VERONESE, 2011), caracterizando-se como uma técnica de intervenção estatal na atividade econômica cujo impacto na noção de organização da Administração Pública levou ao paradigma do Estado Regulador, situado entre a intervenção direta prestacional própria do Estado Social e o simples exercício do poder de polícia encontrado no Estado Liberal (SALOMÃO FILHO, 2008). De qualquer forma, a regulação deve ser compreendida numa perspectiva instrumental, como um veículo à consecução de políticas públicas e à concretização de direitos fundamentais ou, na expressão de Márcio Iório Aranha (2008, p. 19), como um meio à “vivência da virtude política”. De fato, a regulação não se confunde com a tentativa de sanar falhas de mercado, podendo se sustentar justamente para assegurar valores sociais (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012).

Nesse sentido, a fim de cumprir os objetivos públicos da regulação e atender aos anseios atuais da sociedade, a política regulatória tende a se modificar adequando-se ao contexto que se apresenta. Aqui, a hermenêutica jurídica possui

papel relevante, porquanto se busca, por meio de interpretações evolutivas não formalistas, calcadas inclusive na teoria dos poderes implícitos, extrair do ordenamento jurídico fundamentos para a adoção de medidas regulatórias aderentes ao estágio de exigências do mundo moderno, considerando, como aponta Márcio Iório Aranha (2015b), que o avanço tecnológico tende a desestabilizar o sistema normativo. De fato, o texto normativo muda ao longo do tempo (OLIVEIRA, 2015), sendo imprescindível sua adequação às condições hodiernas, valendo lembrar que a cultura tem papel preponderante na compreensão da realidade e da interpretação (FALCÃO, 2000), constituindo-se elemento da vida em sociedade que circunscreve o quadro de mobilização do direito (MACCANN, 1994).

O presente trabalho, portanto, nesse contexto, busca, por meio da apresentação e análise do processo jurídico-regulatório ocorrido nos Estados Unidos que culminou com a reclassificação da banda larga como serviço de telecomunicações pelo órgão regulador setorial norte-americano (*Federal Communications Commission* – FCC), evidenciar os meandros da dinamicidade da regulação no espaço regulatório, especialmente a partir da atuação do órgão regulador à luz da atualidade da sociedade segundo os padrões modernos de consumo de tecnologia, e do impacto da interferência do Poder Judiciário numa cultura de valorização do conflito denominada por Robert A. Kagan e Lee Axelrad (2000) de *adversarial legalism*.

Para tanto, o estudo foi dividido em quatro capítulos. O primeiro procura trazer à tona algumas premissas teóricas que ajudam a situar a discussão travada no bojo da regulação norte-americana da banda larga, contextualizando, do ponto de vista da movimentação jurídico-regulatória, os parâmetros e a finalidade da regulação jurídica da atividade econômica, especialmente à luz da mutabilidade de sua relevância social e dos reflexos da contínua relação entre o público e o privado nos paradigmas do Estado, nas teorias da regulação e na formatação das tradições jurídicas *civil law* e *common law*, bem como do significado do princípio da função social da empresa.

Já adentrando no caso a ser analisado, o segundo capítulo, com especial atenção para as correspondentes fundamentações fáticas e jurídicas, apresenta os princípios e regras definidos pela FCC para a banda larga visando à garantia da abertura e democratização da internet (*open internet*), concretizando, assim, os

valores inerentes à chamada neutralidade de rede (*net neutrality*). No ano de 2005, o órgão regulador norte-americano editou uma declaração de princípios (*policy statement*) indicando que os usuários têm o direito de, num ambiente competitivo, inclusive no mercado de infraestrutura, fruir da banda larga para acessar o conteúdo lícito que desejarem, utilizando, à sua escolha, os dispositivos e aplicativos existentes. Já no ano de 2010, com a evolução tecnológica, foi editada a *Open Internet Order*, decisão que impôs às prestadoras de banda larga – formalmente classificadas pelo próprio órgão regulador como serviços de informação, e não de telecomunicações – obrigações de transparência, não bloqueio e não discriminação, numa tentativa de garantir um tratamento isonômico no tráfego de informação existente nas redes, que são essenciais ao desenvolvimento do serviço (*essential facility*).

O terceiro capítulo busca inicialmente contextualizar a posição do Poder Judiciário na conformação das políticas públicas, explorando seu papel no espaço regulatório. Em seguida, apresenta, também com destaque para as discussões jurídicas decorrentes da transformação da banda larga e da evolução da percepção de sua relevância social, a decisão proferida em 2014 pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia que, apesar de reconhecer a competência da FCC para adotar a *Open Internet Order* e a importância de seu escopo, sobretudo diante do princípio da deferência administrativa e da própria função que a internet desempenha na sociedade moderna, anulou as regras de não bloqueio e não discriminação. Considerou-se que tais regras conferiram a prestadoras de serviços de informação um tratamento de *common carrier*, o que só seria permitido para prestadoras de serviços de telecomunicações. O impasse, pois, decorreu da classificação regulatória adotada pela própria FCC para o serviço de banda larga.

O quarto capítulo, por sua vez, apresenta a decisão tomada pela FCC em 2015 que reclassifica o serviço de banda larga como serviço de telecomunicações, demonstrando estar adequando a política regulatória à nova realidade do serviço em seus diversos aspectos (políticos, sociais, culturais, econômicos, comerciais, tecnológicos, etc.), a fim de promover o desenvolvimento isonômico da banda larga nos Estados Unidos em padrões aderentes à sociedade moderna, em rede (CASTELLS, 2009). Por fim, tendo compreendido o processo jurídico-regulatório por que passou a banda larga naquele país, e considerando as tendências de

padronização jurídicas decorrentes da globalização (GARAVITO, 2011), inclusive de americanização do direito (KAGAN, 2006), pretende-se tecer breves reflexões sobre a eventual repercussão que ele pode ter na compreensão do fenômeno da regulação, inclusive no Brasil.

2. PARÂMETROS E FINALIDADES DA REGULAÇÃO JURÍDICA DA ATIVIDADE ECONÔMICA

O presente trabalho busca explorar a mudança de postura do Estado, por meio da adoção de novas medidas regulatórias, frente a serviços que se tornaram mais relevantes para a sociedade. À medida que o nível de essencialidade do serviço aumenta, muitas vezes o Estado é compelido a moldar seu desenvolvimento, regulando mais de perto sua exploração, seja para garantir preços mais justos e uma maior proteção aos consumidores seja para, por exemplo, prevenir e reprimir práticas anticompetitivas ou mesmo adequar o funcionamento do mercado às novas tecnologias. Nessa relação entre Estado e iniciativa privada, que naturalmente tensiona os princípios da livre iniciativa e da função social da propriedade e da empresa, as interseções entre o público e o privado se tornam bastante evidentes, propiciando um terreno fértil para a discussão acerca do papel da regulação da atividade econômica, sobretudo daquelas que têm como principal escopo a prestação de serviços considerados essenciais à população.

Tendo em vista que tais questões permeiam a análise de qualquer política regulatória, faz-se necessário, primeiramente, tecer breves considerações sobre algumas temáticas a elas relacionadas, como as interseções entre o público e o privado no contexto do chamado Estado Regulador; as diferenças entre regulação e regulamentação; as teorias da regulação e a importância do ambiente plural para sua construção; e o princípio da função social da empresa no espaço regulatório, incluindo uma abordagem sobre as categorias de atividade econômica e seus respectivos níveis de interesse público. Busca-se, nessa linha, contextualizar o estudo da recente política regulatória norte-americana para a banda larga, adotada justamente em razão da crescente importância da internet para a sociedade, com algumas linhas introdutórias sobre essa relação público-privado que é travada no bojo da regulação.

A livre iniciativa consubstancia o núcleo da maioria do desenvolvimento econômico mundial, podendo ser entendida como um direito fundamental tanto das pessoas físicas como das pessoas jurídicas. Estas últimas, aliás, também são

titulares de direitos fundamentais, obviamente em relação àqueles compatíveis com sua natureza, que não pressuponham características intrínsecas ou naturais do homem, tais como liberdade de domicílio, de reunião, de expressão e de iniciativa (CANOTILHO, 1999, p. 393-394). Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 190), no mesmo sentido, destaca o papel das pessoas jurídicas no mundo contemporâneo, pois não seria possível “imaginar a vida econômica e social sem elas, sendo qualitativa e quantitativamente mínimo o número de atividades econômicas desenvolvidas diretamente por pessoas físicas”.

O fato é que a atividade empresarial, como qualquer conduta humana, possui externalidades, positivas e negativas, alheias ao seu objetivo principal. Ou seja, mesmo sem qualquer preocupação social, a atividade produtiva acarreta benefícios coletivos, como o desenvolvimento e fornecimento de bens e serviços, a geração de empregos e o pagamento de tributos. A questão que se põe, então, é saber se tais externalidades coletivas indiretas já são suficientes para que todo tipo de atividade empresarial cumpra sua função social, vetor axiológico hodierno da sociedade. Além disso, deve-se perquirir acerca dos mecanismos mais eficientes para se extrair efeitos coletivos de interesses privados, questionando, ainda, se essa alternativa se mostra realmente viável do ponto de vista prático.

No Brasil, por exemplo, a livre iniciativa é tratada, ao lado dos valores sociais da iniciativa privada, como um dos fundamentos da República, nos termos do art. 1º da Constituição Federal, sendo a função social da propriedade, dos contratos e da empresa um vetor axiológico materializado no ordenamento jurídico, tanto na forma de princípios quanto de regras. A Lei nº 6.404/75, que dispõe sobre a sociedade por ações, dispõe, por exemplo, nos seus arts. 116, parágrafo único, e 154, que tanto o acionista controlador quanto o administrador devem exercer seus poderes para realizar o objeto da companhia e satisfazer sua função social.

Nos Estados Unidos, a livre iniciativa é elemento ainda mais basilar da economia, uma vez que a iniciativa privada se apresenta como a própria titular da atividade econômica, inclusive das que se subsumem à ideia de serviço público da tradição *civil law*, como será demonstrado. Aliás, a primeira seção da 14ª Emenda à Constituição norte-americana, que garantiu que o Estado não poderia tirar a vida, a

liberdade e a propriedade sem o devido processo legal¹, foi estendida às pessoas jurídicas ainda na metade do século XIX pela Suprema Corte, colocando as chamadas corporações no centro da organização norte-americana, com destaque para a decisão no caso Santa Clara, que conferiu o estatuto de pessoa às empresas (BERCOVICI, 2013, p. 123). Ana Frazão (2011, p. 71-72) lembra, por exemplo, que “a expansão das sociedades anônimas foi tão rápida que, no final do século XIX, já era preocupante o agigantamento de várias companhias”, o que deu ensejo a medidas de contenção do poder econômico em prol da concorrência, como no famoso *Sherman Act* norte-americano de 1890.

2.1. Interseções entre o público e o privado no contexto do paradigma do Estado Regulador

Consolidada a concepção de Estado Moderno, a forma de disponibilização à sociedade de serviços de interesse coletivo variou conforme os paradigmas de organização estatal. Se o Estado Liberal, de cunho absenteísta, concentrava-se em garantir os direitos negativos, de modo a permitir um terreno fértil à iniciativa privada, o Estado Social, de cunho prestacional, buscou, ele próprio, prover os serviços ou utilidades, atuando de forma positiva, diretamente na economia. Nesse momento houve a necessidade de retirar atividades privadas das mãos dos particulares e passá-las à titularidade do Estado, dando ensejo ao fenômeno da *publicatio*, que, além de permitir a prestação de atividades diretamente pelo Estado, ainda parecia justificar de forma mais adequada a regulação e a organização dos serviços. O novo contexto legal era fruto do fervor social predominante à época. Para Eduardo Augusto de Oliveira Ramires (2005, p. 70-71), trata-se do “reconhecimento da essencialidade das prestações que são objeto da transposição da atividade à titularidade pública”.

Já com o surgimento do Estado Regulador, tem-se a concepção de que ele valeria de recursos privados para prover serviços públicos que deveriam ser prestados de acordo com os parâmetros ditados pelo Estado, por meio de órgãos reguladores. Calixto Salomão Filho (2008, p. 25), comentando sobre as clássicas

¹ “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

teorias da regulação, deixa claro que, enquanto a regulação mais negativa nasceu no Estado Liberal, a regulação mais positiva tem suas origens no Estado Social:

Na verdade, no sistema de direito administrativo atual, duas são as formas de regulação: a concessão do serviço público e o exercício do poder de polícia. Ambas têm origem histórica absolutamente diversa. O poder de polícia nasce com o Estado Moderno Liberal do século XIX. Resulta da crença de que o Estado pode regular simplesmente através de uma atuação passiva, de limitação da liberdade dos particulares. O exercício dos serviços públicos – e, em especial, a concessão de serviços públicos – ganha destaque em um momento histórico completamente diverso, isto é, no início do século XX, com o Estado Social. Constatada a impossibilidade de o Estado realizar diretamente todos os serviços, desenvolveu-se a ideia de concessão de serviço público, baseada na construção teórica do regime de direito público ao centro da noção de serviço público.

Na verdade, tanto no Estado Social quanto no Estado Regulador os serviços públicos são prestados concomitantemente pelas vias direta e da delegação. Ocorre que no Estado Social a maioria é prestada diretamente pelo Estado ao passo que no Estado Regulador a maioria é prestada no regime de delegação. Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 44) aponta que as diferenças entre um e outro não repousam nos fins, já que ambos são constituídos num Estado Democrático de Direito que busca a igualdade material, mas nas estratégias de atuação para alcançar tais objetivos comuns. Dessa forma, na linha de Calixto Salomão Filho (2008, p. 20), pode-se dizer que a regulação se situa entre a decisão do Estado de “retirar-se da intervenção econômica direta” (Estado Social) e o reconhecimento de que é “insuficiente o mero e passivo exercício de um poder de polícia sobre os mercados” (Estado Liberal). Para Deborah Mabbett (2011, p. 225), a regulação, ao buscar concretizar políticas sociais, se aproximaria do *welfare state*, não no sentido de apropriação estatal de atividades econômicas, mas como uma absorção axiológica que culmina na manutenção de programas sociais mesmo diante do amplo processo de integração dos mercados. Na verdade, segundo David Levi-Faur (2011, p. 668), o crescimento da regulação não implica necessariamente o declínio do *welfare state*, uma vez que traduz mecanismo sofisticado que pode ser empregado no desenvolvimento social e econômico, não necessariamente vinculado a uma forma neoliberal de capitalismo.

À regulação, enfim, por meio dos seus poderes normativo, cautelar e de polícia, cabe orientar, dirigir, induzir e fomentar a atividade econômica, atuando preventiva e repressivamente em prol da competição dos mercados e visando à

disponibilização de utilidades públicas adequadas às reais necessidades da população, por meio da extração de benefícios coletivos dos investimentos privados. Registra-se, aqui, a lição de Alexandre Veronese (2011, p. 114) de que a regulação é um modo de ação, não podendo ser confundida com o marco regulatório. Trata-se da maneira como se interfere, ativa ou passivamente, num dado setor, interferência que pode ser oriunda de ações estatais ou não estatais, conforme defendem Jordana e Levi-faur (2004). Vale lembrar, ainda, que a regulação não pode ser confundida com a restrição de comportamentos, uma vez que, ao contrário, pode ser utilizada justamente para incentivar ou facilitar determinadas condutas (Baldwin; Cave; Lodge, 2012, p. 3).

Márcio Iório Aranha (2015b, p. 73) deixa claro que a posição do Estado Regulador diz respeito a uma atuação administrativa conjuntural, em que se promove, por meio de uma Administração Pública gerencial, o acompanhamento do desenvolvimento de atividades essenciais. Considerando existir formas de regulação nos diferentes paradigmas de Estado, o autor aponta que o Estado Regulador transcende “a visão maniqueísta de oposição entre Estado e mercado, ou entre Estado e sociedade, de conflito entre forças ilusórias que, ao final de contas, são um único substrato utilizado para consecução dos direitos fundamentais”.

Em suma, se no Estado Social a regulação é mais intervencionista e no Estado Liberal ela é menos intervencionista, no Estado Regulador a regulação é plural, mais intervencionista ou menos intervencionista conforme a situação e o setor regulado. Certamente a forma como se regula é diferente, mas o nível de intervenção pode até eventualmente se assemelhar aos paradigmas liberais ou sociais. Sobre formas de regulação, Márcio Iório Aranha (2015b, p. 76) explica que “o grau de centralização regulatória de serviços transparece a maior ou menor confiança do Estado no alcance do interesse público, mediante a outorga de sua prestação à iniciativa privada”, dando ensejo a um controle pela descentralização ou um controle pela concentração. A tais concepções se relacionam, então, a regulação operacional, com a avocação pelo Estado de atribuições de desempenhar determinadas atividades, e a regulação normativa, com ampliação ou restrição de atividades a partir de regramentos estatais diretos. Segundo o autor, “a tendência mais recente é a de regulação descentralizada operacionalmente e de normatividade

complexa, ou seja, de regulação normativa centralizada, mas remetida a autoridades administrativas” (ARANHA, 2015b, p. 78).

Alexandre Santos de Aragão (2007, p. 36), nessa linha, entende que, “mesmo que nos dias de hoje o Estado busque preferencialmente soluções indutivas ou consensuais, não há como se negar que, no exercício das mesmas competências, muitas vezes atua de maneira vertical, coercitiva ou mesmo interventiva”. Márcio Iório Aranha (2015b, p. 79) também explica que “o fato do Estado não mais intervir sob o ponto de vista operacional – de não mais prestar diretamente uma utilidade à população – não significa que ele esteja intervindo menos”. Élvia Fadul (2007, p. 18), por sua vez, trabalha com as ideias de equilíbrio, estabilidade, controle e dominação no que toca à regulação dos serviços públicos:

Assim, se o termo regulação encerra, a priori, a noção de equilíbrio e de estabilidade traz, também, subjacente, a noção de controle e de dominação, sugerindo que o ato de regular implica na sujeição de todos os elementos de um sistema, através de mecanismos de ajustamento – regras e normas – e na subordinação de um elemento ao outro.

O objetivo do Estado Regulador, portanto, é aproximar Estado e iniciativa privada, enquanto que no Estado Liberal e no Estado Social era quase que afastá-los, este com prevalência do Estado e aquele com prevalência do mercado.

Nesse contexto, convém registrar a diferença, a ser aprofundada mais adiante, entre os sistemas jurídicos de tradição *common law*, desenvolvido no Reino Unido e Estados Unidos (anglo-saxão), e *civil law*, desenvolvido na Europa continental e abraçado na América Latina. Na tradição *civil law*, as utilidades são organizadas por meio de serviços públicos de titularidade estatal prestados direta ou indiretamente, ao passo que na tradição *common law*, a organização é feita em torno das chamadas *public utilities*, sem titularidade estatal. Assim, enquanto nesta última a regulação estatal é externa, naquela a regulação pode ser vista como interna, uma vez que o próprio Estado Regulador é o titular do serviço

Na tradição *civil law*, com as delegações estatais, tenta-se dar um caráter privado àquilo que é público. Já na tradição *common law*, tenta-se dar um caráter público àquilo que é privado. De qualquer forma, o que se percebe é uma aproximação entre *common law* e *civil law*, entre o público e o privado. Alexandre Veronese (2011, p. 350) lembra, a respeito, “clássico diagnóstico de Mauro Cappellletti acerca da convergência entre o mundo do direito romano-germânico e a

tradição da ‘Common Law’, que está em marcha”. Odete Medauar (2003, p. 115-116), destacando os movimentos de publicização do privado e de privatização do público, afirma que “a distinção entre as esferas pública e a privada perde sensivelmente em nitidez, o que traz consequências de relevo em muitos institutos jurídicos delineados no século XIX, quando a ideia de separação predominava”. Elisenda Marlaret I. Garcia (1998, p. 52), no mesmo sentido, afirma que a crise de aproximação dicotômica entre o público e o privado conduz a fronteiras vaporosas e contornos incertos.

Segundo Ana Frazão (2011, p. 98), uma importante consequência ainda do surgimento do Estado Social, que “nasceu com a missão de conciliar o capitalismo com o bem-estar social”, foi justamente a “superação da dicotomia entre o direito público e o privado, que passaram a ser entendidos no contexto de uma relação de recíproca complementaridade e dependência, tornando-se o último igualmente um instrumento de justiça social”. Para Eduardo Augusto de Oliveira Ramires (2005, p. 65), a regulação deve superar o esquema teórico da dicotomia público/privado para compreender “as diversas possibilidades de ordenação e condicionamentos da atividade econômica que vêm sendo empregadas pelo Estado contemporâneo”. Marc Allen Eisner (2011, p. 139), na mesma linha, lança reflexão sobre a inadequação de se traçar uma dualidade entre mercado e Estado que enseje uma diferença estanque de perspectiva entre, respectivamente, desregulação e regulação. De fato, o que se vê, atualmente, é o enorme desafio de compatibilizar os interesses públicos e privados em prol da coletividade, mas sem inviabilizar o interesse econômico necessário ao desenvolvimento de várias atividades socialmente relevantes. O privado não é inimigo do público nem este é inimigo daquele. Na verdade, a atuação da iniciativa privada deve ser minimamente condicionada e direcionada em favor do interesse coletivo, por meio de uma regulação técnica e independente, em grau de intensidade variável conforme a relevância social da atividade prestada.

2.2. Considerações preliminares sobre regulação e regulamentação

A regulação pode ser entendida a partir de uma concepção mais ampla, de influência geral, estatal ou não estatal, às diversas atividades desenvolvidas na sociedade, até uma concepção mais restrita, de regras emitidas pelo Estado para

dispor sobre atividades específicas. De fato, a regulação pode ter como objetivo, por exemplo, desde a disciplina dos monopólios e o incremento da competição ou a concretização de finalidades sociais ou de interesse público. Em determinadas situações, a simples competição pode já ser suficiente para garantir o pleno e adequado desenvolvimento de uma atividade econômica. Por outro lado, a regulação social pode se fazer necessária em outros casos.

Para Miguel Ángel Sendín García (2003, p. 7), por exemplo, haveria três tipos de regulação: (i) a regulação civil ou institucional, que teria como finalidade garantir o desenrolar social assegure a fruição de direitos civis, mais ligados à liberdade individual; (ii) a regulação de polícia administrativa ou social, que buscaria a compatibilização entre o desenvolvimento das atividades às exigências de interesse público ou geral latentes na sociedade; e (iii) a regulação específica, vinculada a determinadas espécies de atividades, como a regulação econômica.

Calixto Salomão Filho (2008, p. 21) adota a acepção ampla de regulação afirmando que o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica “tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização – impondo preços, quantidade produzida, etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativa”. A regulação, portanto, não se confunde com regulamentação. Enquanto aquela consubstancia termo amplo, atinente a todas as formas de intervenção do Estado na economia em geral, inclusive as advindas do Poder Legislativo, a regulamentação se afigura como uma dessas formas de intervenção, especificamente relacionada com o poder normativo infralegal.

O chamado marco regulatório abrange, portanto, todas as regras e conjunto de medidas estatais, positivas ou negativas, tendentes a formatar os parâmetros de atuação de um determinado setor. Inclui desde as regras constitucionais, passando pela legislação ordinária e chegando até às normas infralegais e atos de efeitos concretos que possuem os agentes regulados como destinatários. Forma-se, dessa maneira, todo um conjunto normativo e não normativo que, como dito, formata o funcionamento do setor.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 30 e 209) apresenta dois conceitos de regulação. Segundo ela, a regulação econômica seria “o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade privada do Estado, com a finalidade de

estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado”, ao passo que a regulação no âmbito jurídico seria “o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público”. Para Vital Moreira (1977, p. 36), a regulação é entendida como “o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos”.

Já a regulamentação, como dito, possui uma conotação bem menor, afigurando-se como uma forma de regulação, ou seja, uma forma positiva de, por meio de normas infralegais, conformar a atuação dos particulares. No Brasil, autores há que restringem a regulamentação à hipótese do art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, atribuindo-a apenas ao chefe do Poder Executivo, destacando, ainda, sua indelegabilidade, nos termos do parágrafo único desse dispositivo constitucional. Entende-se, contudo, que a regulamentação teria essa conotação apenas no seu sentido estrito, uma vez que, em sentido amplo, traduziria, na verdade, toda a legislação infralegal atinente ao setor objeto da regulação por meio da regulamentação.

De fato, um dos principais instrumentos de regulação utilizado pelos órgãos reguladores é a edição de regulamentos, que conformam a atividade econômica, valendo-se ressaltar que não se resumem a detalhar aquilo que está na legislação ordinária. Vão além, criando direitos e deveres até o limite permitido pela legislação ordinária e pela Constituição Federal, consoante inclusive a teoria dos poderes implícitos. Esse entendimento está calcado nas lições de Victor Epitácio Cravo Teixeira (2014, p. 226), quando defende que a experiência democrática plena inclui o exercício do poder regulamentar pelo Poder Executivo, não se restringindo à atuação do Poder Legislativo:

Nessa medida, e tomando como pressuposto o abandono da teoria liberal clássica que endeusa a legitimidade da lei e tolhe a atuação da administração pública, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que o exercício pleno do poder regulamentar pelo Executivo é uma prerrogativa indispensável ao equilíbrio da experiência democrática. Dado que uma nova teoria da separação de poderes exclui o predomínio do momento eleitoral-majoritário como fonte da legitimidade democrática, enquanto, ao mesmo tempo, agrega mecanismos institucionais que conferem generalidade – imparcialidade, reflexividade e proximidade – às decisões estatais, não é mais possível entender o Legislativo como ente soberano e dominador de todos os outros poderes estatais e sociais. Ou

seja, o Legislativo deve passar a ser visto como necessário, mas não suficiente, para uma experiência democrática plena.

Ao invés do cunho da subordinação e da execução, a compreensão da relação entre Legislativo e Executivo passaria a ser marcada pela existência natural e necessária de espaços de conflito e arbitragem entre Legislativo e Executivo em meio às regras constitucionais. Portanto, além dos regulamentos legalmente autorizados, o Executivo pode produzir regulamentos independentes da lei, nas lacunas ou no silêncio legislativo, e regulamentos autônomos em relação ao poder Legislativo, nas hipóteses em que a Constituição atribuiu competência exclusiva ao poder regulamentar – art. 84, VI, a e b, da Constituição de 1988.

Portanto, regulação e regulamentação são termos distintos, sendo esta uma maneira de regular. Aliás, vale destacar, nesse ponto, que a regulação não se confunde com uma atuação positiva. A regulação é a forma como se interfere no mercado, passiva ou ativamente. Desse modo, muitas vezes a melhor opção é simplesmente não ditar regras para tratar de um determinado assunto, e sim deixar o mercado se autorregular, no que se chama regulação negativa. Ou seja, como ressaltado por Gabriel Boavista Laender (2009, p. 242-243), a desregulação também configura uma forma de regulação:

A desregulação pode-se afigurar uma forma de regulação vigiada ou, mais propriamente, um grau menor de regulação que resulta da adesão das firmas às políticas públicas preconizadas. Se a adesão for menor do que o necessário, o grau de regulação será agravado, obtendo-se uma resposta regulatória que implica uma maior intervenção estatal. Nesse sentido, não há, a priori, uma solução regulatória ótima, mas uma pluralidade de soluções que igualmente podem levar a resultados eficazes de implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, uma forma de regulação seria simplesmente deixar o mercado se acomodar e promover intervenções regulatórias específicas para reprimir eventuais distúrbios mercadológicos. Obviamente que para gozar do *status* técnico de regulação é preciso que a postura passiva do órgão regulador esteja devidamente motivada nessa linha, demonstrando-se os ganhos advindos desse tipo de regulação por abstenção. Márcio Iório Aranha (2015b, p. 104) sustenta que o fundamento para a desregulação nunca poderá ser o de que o setor funcionaria melhor sem intervenção estatal, mas que ensejaria maior eficácia dos direitos fundamentais:

A desregulação eventualmente proposta em um determinado setor de atividades relevantes significa, portanto, não a extinção da regulação, mas a diminuição de apenas uma dimensão da regulação estatal, que é a que procura dirigir o mercado ou impor compensações pelos benefícios garantidos pelo Estado para quem nele opera negócios. O primeiro pressuposto, portanto, quando se trata de discutir a regulação, é o de que

ao se propor a desregulação de um setor, o argumento por detrás da desregulação nunca poderá ser o de que o setor funcionaria melhor sem intervenção estatal. O fundamento para a chamada desregulação resulta, pelo contrário, de uma ponderação sobre os ganhos sociais oriundos da atitude de diminuição da regulação estatal voltada à compensação social ou à orientação do mercado. O afastamento do Estado dessas espécies de regulação somente se justificaria se comprovada que a abstenção estatal no direcionamento do setor regulado rumo à compensação social e à eficácia do mercado resultaria em maior eficácia dos direitos fundamentais envolvidos.

Como se vê, a atuação do Estado em termos de regulação ou desregulação está vinculada aos vetores axiológicos do ordenamento jurídico ao qual está circunscrita. Embora seja possível e até recomendável que se busque o melhor funcionamento dos mercados, o fio condutor da correspondente análise e justificativa, para um e outro caso, não pode fugir de tais valores.

2.3. Teorias da regulação: interesse público, privado e institucionalista

O fenômeno da regulação é enxergado sob diversos pontos de vista, dando origem, por conseguinte, a várias teorias da regulação ou, ainda, de forma mais detalhada, a várias espécies de abordagem dentro de uma mesma teoria. Nesse sentido, apresentam-se brevemente as diferentes maneiras como a regulação é enxergada para, em seguida, confrontar especificamente a teoria do interesse público com a teoria institucionalista.

As teorias do interesse público apontam os entes estatais como os responsáveis pela formulação e execução da regulação. Dessa forma, o Poder Legislativo, quando da edição de leis, o Poder Executivo, quando da formulação de políticas públicas, os órgãos reguladores, quando da regulação setorial, e os demais entes governamentais e de Estado criariam e implementariam a regulação. Ao Estado, enfim, por meio de seus órgãos, caberia definir a regulação em prol do bem comum, ou seja, intervir na vida social e econômica por razões de interesse público. Alexandre Veronese (2011, p. 86) aponta, ainda, que a teoria do interesse público se baseia “na construção de um sistema apartado dos interesses particulares, de modo a equilibrá-los, em relação às demandas gerais”.

Sob esse manto maior de interesse público, destacam-se: (i) a concepção econômica de bem-estar (*welfare economics approaches*), em que a intervenção estatal se justifica a fim de corrigir imperfeições do mercado ou ainda como uma forma de estimular ou aprimorar seu funcionamento; (ii) a concepção política

substantiva (*substantive political approaches*), em que se almeja a concretização de valores sociais, sem uma grande preocupação com o aspecto do mercado perfeito; e (iii) a concepção político-procedimental (*procedural political approaches*), que privilegia a existência de um processo político deliberativo que estimule a relação dialética entre todos os envolvidos no fenômeno da regulação (LAENDER, 2009, p. 233-234).

Como se vê, são três visões do papel dos órgãos estatais na promoção da regulação. Embora todas sejam centradas na atuação do Estado, as preocupações são distintas: (i) funcionamento da economia, para a visão econômica do bem-estar; (ii) promoção dos valores sociais, para a visão política substantiva; e (iii) processo deliberativo, para a visão político-procedimental. São formas diferentes de se atingir a prestação adequada do serviço público regulado, ou seja, com qualidade, preços justos e disponíveis a todos. Enquanto para uns a correção das falhas do mercado é suficiente, para outros é necessária a efetiva promoção dos valores sociais, como igualdade, acessibilidade, etc, figurando o Estado como o verdadeiro indutor do bem comum. Na verdade, a visão da regulação como corretora de falhas de mercado embute a premissa de que o mercado, por si só, funcionando bem, já se encontraria aderente ao ordenamento jurídico. Baldwin, Cave e Lodge (2012, p. 15) lembram que podem existir outras razões para regular, distintas da existência de falhas de mercado, como simplesmente a busca pela concretização de certos direitos ou valores sociais. De fato, embora os objetivos sociais possam ser atingidos pelo simples funcionamento do mercado, eventualmente a regulação há de apontar para uma determinada direção. Sobre a teoria do interesse público, surgida na década de 1970, destaca-se o ensinamento de Bernardo Mueller (1999, p. 11):

Até a década de setenta a explicação dominante sobre a origem e o propósito da regulação era a Teoria do Interesse Público, segundo a qual regulação é instituída com o propósito de defender o interesse do público contra perdas de bem-estar associadas a falhas de mercado. Segundo esta visão a existência de regulação sobre a geração e distribuição de eletricidade, por exemplo, se explicaria pelo fato destas atividades tipicamente terem características de monopólio natural. Da mesma forma a regulação sobre profissões como médicos, barbeiros e economistas teria o propósito de evitar que pessoas sem o devido treinamento exerçam estas profissões e com isto levem a perdas de bem-estar. A teoria do interesse público supõe portanto uma premissa comportamental para os legisladores/reguladores de maximizadores do bem-estar social, buscando corrigir problemas de falhas de mercado.

Deve-se lembrar que ainda que formalmente sedimentada no contexto norte-americano só na década de 1970, a noção de interesse público foi que fomentou a regulação, numa tentativa de extrair externalidades coletivas de empreendimentos privados. Na verdade, a partir do final do século XIX, nos Estados Unidos, já há indícios desse tipo de regulação, época em que teve início a proliferação da noção de necessidade de algum tipo de intervenção estatal nas atividades econômicas. Ronaldo Fiani (1998, p. 7) destaca que “neste período temos o estabelecimento da atividade regulatória na virada do século, com aceleração significativa a partir dos anos trinta”. Afirma que:

(...) se tomarmos como referência o caso americano, pode-se identificar como um dos marcos iniciais da atividade regulatória do Estado a decisão da Suprema Corte Americana no caso *Munn v. Illinois*, em 1877. Naquele episódio a Suprema Corte determinou que qualquer atividade, revestida de "interesse público", em que fosse empregada propriedade privada, seria passível de regulação por parte do Estado, não obstante a injunção da 14ª emenda que visava proteger o caráter privado da propriedade.

Como visto, para a teoria do interesse público o objetivo primordial da regulação é a busca do bem público. Além da definição imprecisa, Calixto Salomão (2008, p. 26) critica tal teoria por assentar suas bases na crença de que é possível transformar agentes privados em persecutores do interesse público. Afirma que “a experiência empírica com o controle dos agentes privados através do regime jurídico do direito público é muito pobre”.

Em contraponto à teoria do interesse público, existem as teorias do interesse privado, que apontam a regulação como fruto dos interesses dos agentes privados, mais especificamente dos agentes regulados. Ter-se-ia, assim, a influência do interesse privado na regulação, que se resumiria a apenas receber o rótulo formal de estatal. Do ponto de vista material, a regulação apenas sedimentaria os anseios dos agentes regulados. Ainda que disfarçadamente, de propósito ou não, os beneficiados com a regulação seriam grupos específicos, e não a coletividade.

Dentro da teoria do interesse privado, a abordagem política (*political interest approaches*) aponta a regulação como consequência da influência dos grupos organizados interessados nesta ou naquela regra. Diz-se que tais grupos apresentam, no processo de formulação da regulação, suas versões privadas de interesse público. Já a abordagem econômica (*economic private interest approaches*) vislumbra o Estado como um fornecedor de regras regulatórias e os

agentes regulados como organismos que demandam essas regras regulatórias. A regulação, dessa maneira, seria fruto dessa relação entre oferta e demanda, variando conforme a capacidade e robustez de organização de um dos pontos de influência (LAENDER, 2009, p. 234).

Calixto Salomão Filho (2008, p. 27-28) aponta que a teoria econômica da regulação, que tem sua base na teoria da *public choice*, possui cunho negativista e liberal, buscando basicamente sanar as chamadas falhas de mercado:

Na verdade, a teoria econômica da regulação, orientada pelo neoclassicismo, crê poder prever os resultados e, conseqüentemente, indicar os fins da atividade econômica. A regulação serve apenas como substituto do mercado. O regulador é ou deveria ser capaz de reproduzir um mercado em laboratório ou, melhor dizendo, nos gráficos de oferta e demanda. Evidentemente, porque baseada na crença cega no mercado, para tal teoria a regulação só será necessária enquanto não existir solução de mercado mais eficiente. Por essa razão, como se verá, nela encontra-se o sêmen dos movimentos desregulatórios.

George J. Stigler (2004, p. 23), expoente da teoria do *public choice*, afirma que o Estado, com seu poder de proibir ou permitir, pode ajudar ou prejudicar um setor ou uma indústria. Assim, a escolha de quem receberá os benefícios ou arcará com os ônus da regulação ficaria a cargo do mercado, partindo da premissa “de que, em regra, a regulação é adquirida pela indústria, além de concebida e operada fundamentalmente em seu benefício”. Gabriel Boavista Laender (2009, p. 235) lembra que para Stigler, “a regulação no mais das vezes beneficiará a própria indústria regulada, uma vez que ela tem melhores condições de pagar o preço da regulação do que grupos de consumidores dispersos e com pouca disponibilidade financeira”.

Richard A. Posner (2004, p. 51), criticando a teoria do interesse público, afirma que se ela estivesse correta haveria forte regulação nos mercados altamente concentrados. Contudo, aponta que pesquisas teóricas e empíricas conduzidas durante cerca de quinze anos principalmente por economistas “demonstraram que a regulação não está necessariamente relacionada à presença de externalidades, ou ineficiências, ou estruturas monopolistas de mercado”.

Por fim, citam-se as teorias institucionalistas, que propõem a interdependência entre os entes estatais e não-estatais. Enxergam a regulação como fruto da interação entres as diversas instituições devidamente organizadas e que atuam no respectivo setor regulado, dando igual importância aos agentes

públicos e privados, no sentido de que todos influenciam o processo regulatório, dentro da sua esfera de interesses: os privados com interesse privado e os públicos com interesse público. Haveria, então, um espaço regulatório (*regulatory space*), na concepção idealizada por Leigh Hancher e Michael Moran (2000), em que, no contexto da chamada zona cinzenta entre o público e o privado, entre a privatização do público e a publicização do privado, a regulação seria gerada. Hancher e Moran refutam a ideia da chamada teoria da captura, não por ideologia ou por ceticismo, mas por uma questão conceitual. Afirmam que a teoria da captura pressupõe uma regulação gerada por uma esfera pública inviolável, onde o público ficaria alheio ao privado, situação inadmissível, já que o mundo é composto por interações mútuas, boas ou ruins, mas interações mútuas e constantes, das quais não é possível se afastar. A regulação, nesse caso, advém do próprio contexto em que se insere, a partir de sua localização, tempo, história, etc, numa abordagem de rede (*network approach*), em que se admite seu controle, de forma descentralizada, por uma rede de reguladores que inclui órgãos de governo, órgãos supranacionais, agências reguladoras, profissionais do setor regulado, autoridades locais, agentes econômicos, órgãos não governamentais, dentre outros (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 63-64).

O próprio conceito de regulação, aplicável muitas vezes à oferta de serviços públicos por particulares, seria a prova de que, no mundo hodierno, o público e o privado se misturam, em maior ou menor grau. Assim é que serviços essenciais à população são deixados à exploração por agentes privados que, mesmo visando ao lucro no desenvolvimento dos seus trabalhos, acabam externalizando benefícios para a sociedade. Nesse sentido de interação entre o público e o privado é que as teorias do interesse público e do interesse privado são criticadas, por imaginarem uma dualidade perfeita e inviolável em que o público é totalmente segregado do privado e vice-versa. Sobre essa crítica, cita-se trecho de artigo intitulado Natureza e Fins da Atividade Econômica², que apresenta pensamento de Calixto Salomão Filho:

A escola do interesse público estaria diretamente vinculada a idéia de serviço público; e por isso a crítica que se faz a essa escola pela excessiva concentração em torno da noção de serviço público e por sua crença, na possibilidade de controle dos agentes privados que prestam serviço público

² HAMMERSCHMIDT, Denise. ENDLICH, Kassiane Mechon M. SCALASSARA, Lecir Maria. RAMOS, Simone Boer. OLIVEIRA, Valéria M. Natureza e Fins da Regulação da Atividade Econômica. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/342.pdf. Acesso em: 18.08.2014.

através do regime jurídico de direito, como se fosse possível transformar agentes privados em persecutores do interesse público.

Por outro lado, a escola neoclássica da regulação negava qualquer fundamento de interesse público na regulação, acreditando poder prever os resultados e fins da atividade econômica. Criticou-se esta teoria pelo fato de ser impossível e ineficaz pretender recriar o mercado em laboratório, e também por ser demais pobre entender que a regulação se resume somente a esta tarefa.

Nas lições de Salomão, os fundamentos dessas escolas são demasiadamente limitados, por priorizarem apenas um dos aspectos da regulação. Tal reducionismo leva a uma teoria incompleta, é preciso admitir a convivência dos aspectos econômicos e sociais da regulação e reconhecer, ainda, que a preponderância de um sobre o outro pode variar conforme a natureza do setor regulado.

A atuação organizada nesse espaço regulatório constitui a forma mais eficiente de acessá-lo e de se fazer prevalecer em meio a tantos interesses e canais de influência. Vê-se, pois, um emaranhado de linhas de atuação que variam entre si e conforme as condições de tempo e espaço. Registra-se, ainda, que não só os agentes privados e públicos atuam nesse espaço, mas também a sociedade civil, organizada ou não. Trata-se de espaço aberto e plural disponível à influência de todos, mas cuja organização se sobressai como elemento necessário para o correspondente sucesso, que, conforme aponta Paulo Todescan Lessa Mattos (2004, p. 5-6), também está atrelado à plena fruição das liberdades constitucionais, de modo a permitir a participação da sociedade civil no processo de formação e conformação da regulação. Deve-se buscar, portanto, conforme ensina Márcio Iório Aranha (2015b, p. 19), “a compreensão da regulação como espaço público ou como institucionalização de virtude política e republicanismo”. Alerta, contudo, considerando que o espaço público é “um espaço construído diuturnamente e depende de quem se habilite a criá-lo” (ARANHA, 2008, p. 41), para a necessidade de efetivo envolvimento da população nesse processo regulatório. O autor, ao tempo em que destaca a importância da participação social no processo regulatório conduzido pelas agências reguladoras, não considera os institutos de consulta pública e audiência pública como suficientes ao atingimento da virtude política, ainda dependente, por exemplo, do nível de emancipação política dos partícipes da regulação (ARANHA, 2008, p. 01):

As estruturas de regulação apelidadas de agências reguladoras, que se apresentaram no ordenamento jurídico brasileiro sob esta nomenclatura a partir de meados da década de 1990, embora sua presença pontual possa ser identificada já na década de 1960, abrem a expectativa de novas abordagens, dentre elas, a referente ao incremento da participação social na fixação dos destinos de um setor de atividades de interesse público. Não

por outra razão, a apresentação institucional das comissões setoriais do modelo norte-americano de regulação vem gravada com a preservação ostensiva de espaços de manifestação dos interessados antes da tomada de posicionamento da agência¹, algo presente também no modelo brasileiro de regulação por intermédio dos institutos da consulta pública e da audiência pública. Tais mecanismos de abertura à participação social, entretanto, não podem, por si só, significar a abertura de espaço de manifestação da virtude política nos setores regulados. A pergunta sobre a existência de espaços públicos em setores regulados somente pode ser respondida mediante a análise da estrutura institucional das agências reguladoras brasileiras e da pesquisa sobre o nível de emancipação política dos partícipes da regulação de um setor em específico.

De fato, considerando, segundo Leigh Hancher e Michael Moran (2000, p. 277), que o jogo de poder (*the play of powers*) está no centro desse processo e que a ocupação do espaço regulatório pode se dar de maneira desequilibrada entre os atores – “*there will, in other words, be major and minor participants in the regulatory process*” –, é preciso fomentar a constante participação da sociedade, preferencialmente de maneira organizada e crítica.

De qualquer forma, sobre a permanente atuação no espaço regulatório, tem-se que decorre do dinamismo do mundo moderno, que afeta a forma como se enxergam os problemas e, em consequência, como se vislumbram as correspondentes soluções. Gabriel Boavista Laender (2009, p. 240), tratando das forças que atuam no referido espaço regulatório, aduz que “a mais importante dessas forças resulta do caráter dinâmico do capitalismo avançado, que constantemente cria novos problemas regulatórios, novas arenas regulatórias e novas organizações prontas e disponíveis para competir nessas arenas”. O autor afirma (2009, p. 245), ainda, que, “se identificamos o Estado não como o produtor isolado da regulação, mas como um dos agentes que integram o espaço regulatório, a consecução de políticas públicas pressupõe uma estratégia para que o ente regulador domine o jogo de poder e assumo o protagonismo do espaço regulatório”. De fato, numa visão ampla, em que toda forma de influência social e econômica é considerada regulação, ela é simultaneamente conformada por diversos atores, como organizações estatais, comerciais, profissionais, não-governamentais (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012, p. 3). Por essa razão é que David Levi-Faur (2011, p. 662) propõe uma análise da regulação menos focada no Estado (*state-centered*) e mais focada na sociedade (*society-centered*), não por menosprezar o papel do Estado, mas por entender que colocá-lo no centro do debate limitaria a análise do processo regulatório, empobrecendo-a.

É preciso, pois, aproximar o Estado dos particulares, ou seja, os órgãos reguladores e formuladores de políticas públicas dos agentes econômicos e dos próprios cidadãos. Tal aproximação visa a garantir a legitimidade das regras e políticas públicas do setor – ou reduzir seu déficit democrático, para alguns –, assim como identificar as reais necessidades da população, a fim de supri-las da forma mais adequada possível. Interessante, nesse ponto, a posição de Susan Rose-Ackerman (2004, p. 249), para quem o foco do direito administrativo deveria ser menos voltado a saber se todos os interessados foram ouvidos, e mais “nas características estruturais do processo político e de políticas públicas e na avaliação de resultados substantivos em termos de equidade e eficiência”. Para Márcio Iório Aranha (2008, p. 18-19), o ambiente regulatório traduz perspectiva instrumental, no sentido de consubstanciar um meio à consecução de políticas de governo, mas deveria principalmente ser visto como um meio à “vivência da virtude política”.

Como se percebe, os processos decisórios, embora centralizem a decisão em determinados órgãos ou autoridades, são fruto de um complexo arranjo de interações entre os envolvidos, muitas vezes refletindo as características do contexto em que é tomada. Nesse sentido, o órgão regulador não pode ser visto como o único responsável pela regulação, mas como um dos atores do processo regulatório cujo papel é a tomada de decisões. Ou seja, cada ator integra o processo regulatório com funções e formas de atuação próprias, sendo a materialização jurídico-formal de uma decisão apenas uma dessas formas e funções, atribuída, por uma questão legal, ao órgão regulador. O fato é que o processo decisório não é isolado, tendo o contexto fático extremo peso em sua formalização. Como ensina Márcio Iório Aranha (2015b, p. 54), é necessário que o Estado trabalhe com a realidade segundo a definição de metas variáveis de acordo as situações que se põem. Nesse sentido, para ele, “a política pública encontra-se espelhada na evolução de cada setor de atividades relevantes, constituindo um dos elementos necessários para qualificação de tais atividades em direção à produção de bem-estar”. Também dando ênfase à imposição da realidade frente à regulação, Tomás Filipe Shoeller Borges Ribeiro Paiva (2008, p. 214) afirma que “o rápido, crescente e incentivado desenvolvimento tecnológico do setor [de telecomunicações] impõe a necessidade de readequação de antigos padrões”.

2.4. A regulação nas tradições *common law* e *civil law*

Além de variar conforme a relevância do seu objeto, a regulação também varia conforme o histórico político de cada país e a forma como os diversos serviços são ofertados à população. Daí a importância de também trazer à tona breves aspectos da evolução da regulação nos Estados Unidos e na Europa continental e sua influência na realidade brasileira, como o modelo de prestação de utilidades públicas.

A Europa continental está atrelada ao direito romano-germânico e vinculada ao sistema da *civil law*. Ali a regulação, dita endógena, é fruto de um modelo político que evoluiu a partir do Estado Absolutista e da Administração Pública marcadamente patrimonial, caracterizado, ainda, pela titularização estatal das utilidades públicas. Aqui, o Estado de Direito aparece como uma criação histórica tardia que vem a se sobrepor às concepções já estabelecidas das antigas monarquias absolutistas (GARCÍA, 2003, 15).

Já os Estados Unidos estão atrelados ao direito anglo-saxão e vinculados ao sistema do *common law*³. Ali a regulação, dita exógena, é fruto de um modelo político que já nasceu como um Estado independente e transformou-se num Estado de Direito calcado numa Administração Pública menos patrimonial e caracterizado pela titularização privada das utilidades públicas. Em suma, os Estados Unidos já surgem como um Estado de Direito independente, concebido fora do modelo patrimonialista do Estado Absolutista, materializado com a aprovação de sua Constituição no ano de 1787, que, imbuída de um desejo de liberdade, já estrutura o Estado em uma federação com a clássica separação de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e busca garantir direitos civis relativos à democracia. Aqui, as liberdades individuais não são uma conquista frente a um poderoso Estado anterior, mas um pressuposto do Estado que surge (GARCÍA, 2003, p. 15).

³ Vale registrar a observação de Andréia Costa Vieira no sentido de que, embora de forte influência inglesa até sua independência em 1776, o direito estadunidense sofreu, a partir daí, influência de outros Estados, como a França, a Espanha e a Itália, tornando-se, na verdade, “um adepto sui generis da Common Law”. Por exemplo, destaca que “a Common Law norte-americana tornou-se ‘codificada’ desde os tempos coloniais e, nesse aspecto, assemelha-se muito ao sistema legal Civil Law” (VIEIRA, 2007, p. 187-191). O registro é importante para que se tenha em mente que os direitos não são estanques, mas fruto de predominância de um ou outro sistema legal. Nessa linha, afirmam que o mundo da *civil law* e o mundo da *common law* não são isolados um do outro. Ao contrário, como “integrantes de uma história e cultura ocidentais comuns, estas tradições têm múltiplos contatos e influências recíprocas” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 25).

Essa diferença histórica inicial do ponto de vista político e do paradigma do Estado é fundamental para a compreensão de todo o modelo regulatório que viria a se desenhar em ambos os lados do Atlântico: enquanto a Europa continental tem como modelo um Estado Absolutista que se apodera de todos os assuntos da sociedade e se opõe ao cidadão, oprimindo as liberdades individuais, os Estados Unidos nascem como um Estado de Direito, com o ideário de garantia às liberdades individuais de seus cidadãos.

Nesse ponto, percebe-se que a intervenção do Estado nas diversas atividades econômicas encontra ambientes bastante diferentes nos cenários norte-americano e europeu. Na Europa continental, a intervenção absolutista do Estado vai, ao longo do tempo, sendo freada pelos ímpetus libertários da sociedade. Há, pois, uma construção das liberdades individuais e sociais e uma desconstrução do intervencionismo estatal. Já nos Estados Unidos, ao contrário, a ampla liberdade individual vai, ao longo do tempo, sendo controlada por algum tipo de intervenção estatal. Há, pois, uma construção do intervencionismo estatal e uma limitação das liberdades individuais no sentido de ajustá-las ao interesse geral. (GARCÍA, 2003, p. 15). A respeito, vale trazer a explicação de Miguel Ángel Sedín García (2003, p. 15), valendo-se de ensinamento de Garrido Falla:

En segundo lugar, como apunta Garrido Falla, por 'la distinta forma como la Administración y sus poderes surgen en América y en Europa. Aquí, el Estado de Derecho es una creación históricamente tardía que viene a superponerse a las antiguas Monarquías absolutas centralizadas. La Administración, frente a las garantías jurídicas que se introducen para protección de la libertad de los súbditos, sigue, empero, actuando como heredera del antiguo Monarca absoluto, con poderes residuarios. En cambio, los Estados Unidos nacen como Estado independiente siendo ya Estado de Derecho: la libertad individual no es allí una conquista frente a un poderoso Estado anterior, sino un presupuesto del Estado que nace. El desarrollo ulterior hace que la situación se parezca cada vez más a la de Europa; pero lo que merece subrayarse es que esto se consigue a través de un proceso en el que el Estado es quien va conquistando poco a poco (contrapuesto a las luchas del ciudadano europeo por sus libertades sus prerrogativas de Poder Público)'.

Sendo a regulação uma forma de intervencionismo estatal onde o Estado molda as atividades econômicas, intervindo no seu desenvolvimento, observa-se que a regulação norte-americana foi construída frente às amplas liberdades individuais, ao passo que a regulação europeia moderna se relaciona com a construção das liberdades individuais que se opôs ao Estado absolutista, passando

por duas etapas: a desconstrução da intervenção estatal absoluta e sua transformação numa intervenção modulada e equilibrada.

Miguel Ángel Sedin García (2003, p. 14) afirma que para os norte-americanos a intervenção pública serve em especial à proteção da competição, na crença de que um sistema competitivo consubstancia a melhor medida para proporcionar um alto padrão de vida à população. Já para os europeus, a intervenção pública se caracteriza pela desconfiança em relação ao mercado. E uma das razões para essa diferença, aponta o autor espanhol, diz respeito justamente às diferentes maneiras como se estruturavam o Estado e a Administração, conforme exposto. Embora ambas as situações possam até tender a convergir, o fato é que o movimento regulatório advém de pontos opostos: na Europa continental se originou da redução e da transformação da intervenção estatal, ao passo que nos Estados Unidos se originou da ampliação da intervenção estatal.

É de se destacar, nesse ponto, que a ampla liberdade americana provocou o abuso dessa liberdade, levando, por exemplo, em torno de 1870, logo após a guerra civil, a um movimento dos agricultores em busca de intervenção do Estado contra a recusa por parte de grandes empresários de transportar suas mercadorias, tendo culminado no famoso caso *Munn x Illinois*, que abriu as portas para a regulação sob o argumento de que é possível intervir na propriedade privada quando necessário para o bem comum. Segundo Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 100), esse caso “foi o principal marco da afirmação da teoria norte-americana das *public utilities*”. Como apontado por Eduardo Augusto de Oliveira Ramires (2005, p. 104), a regulação voltada para a necessidade de acesso a insumos essenciais rompe com o conceito tradicional de direito de propriedade, “desenhando uma propriedade afetada pelo uso público de terceiros, uma propriedade que se vê vinculada por seu uso e finalidade e não por sua titularidade”.

Paulo Roberto Ferreira Motta (2007, p. 57-59) confirma que a doutrina internacional considera como marco inicial da regulação das *public utilities* a decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no referido caso *Munn v. Illinois* (1876). Segundo ao autor, cinco conclusões são extraídas daquele julgamento, das quais destacam-se as seguintes: (i) o Estado, no seu exercício de soberania, tem o poder-dever de regular a conduta dos cidadãos, inclusive no exercício de atividades privadas, especialmente quando relevante para a coletividade; (ii) o sistema

common law sempre admitiu esse tipo de regulação, incluindo a eventual fixação de preços máximos; (iii) os dispositivos constitucionais devem ser interpretados de acordo com a época em que estão sendo aplicados; (iv) a titularidade das atividades econômicas deve ficar com os próprios agentes privados. Têm-se delineados, portanto, os contornos para que o Estado norte-americano regulasse determinadas atividades privadas.

Logo após a grande depressão provocada pela quebra da bolsa de valores de Nova York em 1929, mais um caso marcou o desenvolvimento da regulação norte-americana (*Nebbia x New York*), em que se decidiu que nem os direitos de propriedade nem os direitos contratuais são absolutos, sendo possível a intervenção estatal em atividades essenciais para garantir o interesse público, sobretudo para combater abusos de preço ou a baixa qualidade do serviço ofertado. Utilizou-se, enfim, a noção de “atividades revestidas de interesse público ou apegadas ao interesse público” (MOTTA, 2003, p. 61).

A figura das *public utilities* bem demonstra que, embora existam interseções nos sistemas *common law* e *civil law*, a organização das prestações públicas difere num e noutro modelo, como já salientado. Enquanto nos Estados Unidos as atividades são de titularidade do setor privado, organizado em torno justamente das *public utilities*, na Europa continental há uma apropriação dos serviços públicos pelo Estado, que são de titularidade estatal.

Nesse sentido, a organização do modelo europeu se dá em torno do próprio serviço público, gerido e prestado pelo Estado por meio de uma gestão pública pautada por critérios políticos e sociais. Estes serviços são excluídos, ainda que parcialmente, da lógica mercadológica da livre iniciativa, identificando-se duas maneiras de apropriação de atividades econômicas pelo Estado: (i) a *publicatio*, de ordem jurídico-formal, em que o Estado retira dos particulares a titularidade de determinadas atividades econômicas; e (ii) a propriedade pública de empresas e infraestrutura, por meio das quais o próprio Estado presta os serviços públicos à sociedade, preponderantemente utilizada. Giandomenico Majone (2006, p. 58) explica que a propriedade pública acaba se estabelecendo no centro do modelo europeu de regulação:

Para entender a relação entre privatização e regulação (mais precisamente regulação administrada por agências ou conselhos independentes), deve-se ter em mente que a propriedade pública tem sido, historicamente, o modo

principal de regulação econômica na Europa. Embora a existência de empresas estatais remonte ao século XVII, seu uso se tornou disseminado somente no século XIX, com o desenvolvimento dos serviços públicos: gás, eletricidade, água, ferrovias, telégrafo e, mais tarde, telefone. Esses setores, ou parte deles, são monopólios naturais que geram utilidades públicas e eram em geral considerados estrategicamente importantes. Daí se supor que a propriedade estatal daria ao Estado o poder para impor uma estrutura planejada à economia e, ao mesmo tempo, proteger o interesse público contra interesses privados poderosos.

A forma de identificação da relevância de uma atividade também varia. Enquanto na Europa continental o interesse geral é definido pelo Estado sob o rótulo de interesse público, nos Estados Unidos a concepção é de que o interesse geral se confunde com a preservação dos interesses dos particulares, garantido pela existência de competição. Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 97) registra que para Juan José Monteiro Pascual, a principal diferença de tradição histórica repousa no modo distinto de compreender o interesse geral. Se de um lado há a “noção de ‘interesse comum’, resultado da combinação dos interesses particulares dos cidadãos, por outro há a noção de ‘interesse público’, diferente e superior da mera combinação dos interesses privados, definido especialmente como o bem da nação sobre os interesses particulares”.

Na tradição *civil law*, portanto, as utilidades são organizadas a partir da ideia de supremacia do interesse público, por meio de serviços públicos de titularidade estatal prestados direta ou indiretamente. Já na tradição de *common law*, a organização é feita a partir da noção de interesse comum, relacionado aos interesses dos particulares e da competição, girando em torno das chamadas *public utilities*, sem titularidade estatal, identificadas como aquelas atividades consideradas essenciais à população e cujos prestadores se encontram em situação de grande preponderância em relação ao consumidor, merecendo, pois, sujeitar-se à regulação.

Miguel Ángel Sedín García (2003, p. 25-37) aponta a existência de resultados socialmente indesejáveis como principal razão para a regulação das *public utilities*. O autor detalha as possíveis falhas de mercado aptas a justificar a regulação, bem como as possíveis medidas a serem adotadas para corrigi-las ou minimizá-las. Dentre as falhas, aponta, por exemplo, a utilização inapropriada de bens comuns, as externalidades negativas não consideradas pelo agente econômico, a assimetria de informações e a peculiaridade de mercados em que um terceiro participa, ainda que indiretamente, da relação consumerista, como na receita de medicamentos por um

médico ou na cobertura de serviços médicos por um seguro. Dentre as medidas regulatórias possíveis de serem adotadas, aponta a restrição à entrada de novos agentes no mercado, a intervenção nos preços praticados, o controle dos investimentos e a obrigatoriedade de observância de parâmetros de qualidade.

Por isso se diz que a regulação norte-americana é externa ou exógena, uma vez que o órgão estatal regula atividades de titularidade privada, embora com relevância social, ao passo que a regulação europeia é interna ou endógena, já que o órgão estatal regula atividades de titularidade do próprio Estado, ao menos em sua origem, sem olvidar, por óbvio, que essa distinção é de preponderância, já que, por exemplo, no sistema *civil law* também há regulação de atividades essencialmente privadas.

No âmbito da infraestrutura de telecomunicações, essa dicotomia resta bastante evidente quando se observa que, no Brasil, de tradição *civil law*, partiu-se de redes estatais para atingir objetivos de ordem coletiva, ao passo que nos Estados Unidos, de tradição *common law*, foi conferido caráter público às redes privadas, impondo-se condicionamentos em prol da coletividade. Do ponto de vista jurídico, contrapõe-se a atuação direta do Estado com limitações ao direito de propriedade do particular. Márcio Iório Aranha (2005, p. 191) aponta que, embora haja uma diferença de modelagem jurídica, as consequências práticas acabam se assemelhando, uma vez que a tutela do interesse público está presente nos dois.

Em relação ao Brasil, de tradição romano-germânica, com influência francesa e vinculado ao sistema *civil law*, observa-se que passou, com suas especificidades, pelas etapas paradigmáticas já descritas para a Europa continental, desde o Estado Liberal até o modelo regulatório atual. À semelhança do que ocorreu no Estado Absolutista europeu, a regulação no Brasil também se apoiou no patrimonialismo estadista. Márcio Iório Aranha explica (2015b, p. 106):

Do Brasil Colônia ao Primeiro Império, vigorou um modelo regulador de serviços públicos comprometido com a concepção patrimonialista de Estado. Daí se identificar com a fase da regulação patrimonialista, “sinônimo de apropriação do Estado por seus governantes”, cuja legitimidade esteve apoiada na probabilidade de reconhecimento de uma estrutura de autoridade representada, no Brasil, pelo caráter tradicional de legitimidade advinda da pessoa do governante assentada na devoção aos costumes. Isso tudo transparecia, nessa fase, um momento em que se entendia o próprio Estado como propriedade privada do soberano e, portanto, remetia a extensão da regulação à vontade subjetiva do detentor do poder político.

Com o Estado Regulador, portanto, passou-se a delegar aos particulares a exploração de atividades de interesse coletivo, mas com a manutenção da titularidade estatal (*publicatio*), característica do sistema *civil law*. Conferiu-se à iniciativa privada liberdade para atuar nos diversos setores da economia, por meio de delegações estatais, passando para o setor privado o papel de prover os serviços de interesse público à sociedade, ainda que sob orientações e determinações estatais, de modo a realmente atender aos interesses sociais da população, garantindo sua fruição por toda a sociedade (massificação), com acessibilidade (modicidade) e adequação às exigências da época (qualidade e atualidade). Nesse sentido, Márcio Iório Aranha (2015b, p. 71-72), explica o papel do Estado Regulador entre os dois modelos de Estado:

Como diferencial dos dois modelos ideais do Estado liberal e do Estado social, encontra-se o chamado Estado regulador, que se define pela proeminência não da interferência direta para promoção do desenvolvimento econômico social, nem mesmo da não-intervenção para dinamização do mercado, mas pelo papel de coordenação, de regulação estatal, de controle, de intervenção indireta, ou sinteticamente, de regulação estatal, entendendo-se esta última como resultado da compreensão do Estado e do mercado não mais como entes estanques ou antípodas, mas como fenômenos interdependentes e essenciais à consolidação dos direitos fundamentais.

Constatou-se, como explica Giandomenico Majone (2006, p. 58), que o controle público não se confunde com a propriedade estatal, no sentido de que, mesmo quando prestadas por particulares, é possível ao Estado manter o controle público sobre determinadas atividades econômicas. O autor aponta que “o problema de impor controle público efetivo sobre as grandes empresas nacionalizadas mostrou-se tão impraticável que o objetivo principal pelo qual haviam sido ostensivamente criadas – regular a economia em função do público – foi quase esquecido”. Marcelo Barros Gomes (2007, p. 181), por sua vez, defende que “a flexibilidade/autonomia e *accountability*/transparência são faces da mesma moeda que sustentam o modelo regulatório no longo prazo”, deixando claro, pois, que o advento do Estado Regulador representou profunda mudança na forma de atuação e organização do Estado:

O processo de privatização e a reforma regulatória implicaram novos arranjos institucionais no modelo de prestação de serviços públicos no setor de infraestrutura brasileiro. A participação de agentes privados nos setores de telecomunicações, petróleo, gás natural e energia elétrica surgiu como resposta às pressões de um movimento institucional pela redução do Estado

como provedor de bens e serviços. O estabelecimento desse novo ambiente na administração pública teve como consequência uma profunda mudança na forma de atuação do Estado. Ao mesmo tempo em que transferiam empresas estatais para a gestão de investidores privados, esse novo ambiente exigia o fortalecimento das instituições incumbidas de formular políticas públicas e de regular esses setores.

A despeito das similitudes entre o modelo regulatório europeu e brasileiro, assentados no sistema *civil law*, Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 69) ressalta que a comparação entre “as desestatizações europeias e as latino-americanas deve ser feita com cautela”, uma vez que não existe na região, ao contrário da União Europeia, um cenário de integração econômica e política que pressupõe livre circulação de pessoas e capitais e que, utilizando a reflexão de Alberto M. Sanchez, na América Latina “o processo de reforma do Estado foi muito pouco pensado e debatido, em função das próprias carências do Estado”. Ainda lembra, nesse sentido, que alguns dos problemas ocorridos nas desestatizações latino-americanas decorrem do fato de que “por vezes visaram mais à redução do déficit público do que garantir uma tarifa módica ou um serviço público de qualidade” (ARAGÃO, 2013, p. 69). María Mercedes Maldonado Copello (2001, p. 314), em linha semelhante, afirma que na América Latina o modelo regulatório se valeu tanto de influências europeias quanto americanas, mesclando concepções próprias de paradigmas específicos de cada região, por vezes descontextualizada:

Na América Latina foram conjugados, de um lado, o ideal frustrado de alcançar o modelo global de regulação jurídica à francesa, baseado nos princípios do Estado tutelar, único habilitado a ‘dizer’ o interesse público e a garantir os valores em que se funda a unidade da nação e do Estado benfeitor universal; e, de outro, a transferência isolada e descontextualizada de muitos dos princípios e instituições do sistema americano. Essa transferência não pode ser explicada (apenas) pelo efeito mecânico das imposições dos organismos multilaterais de crédito ou de suas condições de inserção no sistema mundial, mas sim por uma confluência mais ampla de situações, como o tipo de espaços acadêmicos e de fontes de informações de privilegiam as elites e os funcionários de alto nível, a difusão de ideias e valores que caracteriza a globalização.

Alketa Peci (2007, p. 90) também defende que a criação das agências reguladoras no Brasil não resultou de uma discussão quanto ao modelo de regulação e que foi dada prioridade a objetivos econômicos em detrimento de outras metas da reforma gerencial, relativas à consolidação de governança e governabilidade:

[...] a criação de agências reguladoras brasileiras pode ser mais considerada fruto do acaso da conjugação da política de desestatização

com as medidas de flexibilização da gestão pública de que propriamente de um quadro coerente de políticas governamentais que buscaram criar novas estruturas institucionais capazes de lidar com as transformações recentes nas relações Estado-sociedade no final do século XX. A adoção acrítica de conceitos alheios na reforma de regulação pode estimular ainda mais este quadro de fragmentação, quando quase um século de diferença separa as reformas brasileiras daquelas similares no contexto americano.

Nesse contexto, o autor prossegue apontando que a intervenção no Estado norte-americano sempre se materializou em termos de regulação, presente de forma cíclica num movimento pendular de maior e menor grau de intervenção regulatória. Nos Estados Unidos, na expressão do autor, “o Estado nunca vestiu a camisa do ‘produtor’ direto na economia” (PECI, 2007, p. 75). Segundo Márcio Iório Aranha (2005, p. 167), o próprio surgimento das agências reguladoras nos Estados Unidos não inaugura o paradigma regulatório, mas faz parte da própria construção do Estado norte-americano. Integra um movimento de nacionalização das políticas públicas setoriais, numa “tentativa de exercício de uma função política centralizada em um Estado fortemente federalizado”. No mesmo sentido, Marc T. Law e Sukkoo Kim (2011, p. 125-126) explicam que a centralização estatal e a federalização institucional guardaram íntima relação com o crescimento da atividade regulatória no Estado moderno norte-americano.

Sobre as diferenças entre a regulação norte-americana e europeia, Miguel Ángel Sendín García (2003, p. 15) aponta que “*el Derecho europeo y el americano se han enfrentado tradicionalmente desde posiciones diferentes al problema del suministro de prestaciones esenciales*”. Para o autor, “*mientras em los Estados Unidos se habla certamente de desregulación; en Europa, al menos en los países de raíz latina como el nuestro, dificilmente se puede utilizar esse término (...), por lo que es más correcto hablar de liberalización*”.

Traçando as distinções entre a desregulação econômica e a desregulação social e diante dos modelos desenvolvidos em ambos os lados do Atlântico, Norbert Reich (2006, p. 40) afirma ser “preocupante para um observador europeu que o debate americano não distinga claramente entre esses dois tipos completamente diferentes de desregulação”. Alketa Peci (2007, p. 90), como visto do trecho citado, indicando que “quase um século de diferença separa as reformas brasileiras daquelas similares no contexto americano”, sustenta uma análise menos ingênua do fenômeno regulatório.

De fato, a desregulação surge no cenário norte-americano, em meados do século XX, como decorrência do movimento pendular ínsito à variação do nível de regulação na atividade econômica, especialmente como fruto da linha de pensamento capitaneada pela chamada Escola de Chicago, associada ao liberalismo econômico, embora, num movimento contraposto, tenha ganhado corpo, a partir de 1970, a ideia de regulação social, preocupada, por exemplo, com questões ambientais e consumeristas. O fato é que os processos de desregulação e liberalização da economia promovidos nos Estados Unidos pelo Governo Reagan e no Reino Unido pelo Governo Thatcher na década de 1980 foram os grandes catalizadores da onda mundial de privatizações ocorridas à época, lembrando que esse movimento variou bastante, sendo em alguns casos apenas liberalizantes e em outros seguindo de ampla regulação (MATTOS, 2006, p. 11). No setor de telecomunicações, Leonor Augusta Giovini Cordovil (2005, p. 33) destaca que somente após vinte anos do início do processo de quebra do monopólio estatal os Estados Unidos iniciaram um movimento conhecido como desregulação, “consistente na redução dos níveis de atuação regulatória, por meio da criação de um ambiente saudável, propício à implantação da livre concorrência”.

Márcio Iório Aranha (2015b, 130) destaca, ainda, que embora o modelo brasileiro de regulação aproxime o Estado do mercado, ainda assim seus pressupostos não se compatibilizam com o modelo americano, por exemplo, no que tange à titularidade das atividades econômicas. Aponta o autor que nem mesmo a afirmação de semelhança entre o modelo de agências reguladoras e o praticado pelas *commissions* norte-americanas é convincente, “já que o pressuposto existente no modelo brasileiro de titularidade de grande gama de atividades prestacionais pelo próprio Estado não encontra, segundo uma abordagem jurídico-formal, similar no modelo norte-americano”.

Como se vê, o que se percebe, na verdade, é que o Estado Regulador brasileiro é fruto mais de razões pragmáticas, com influências do modelo teórico de regulação norte-americana, do que de uma construção teórica pensada e discutida em torno do fenômeno regulatório. Não obstante, vale registrar a conclusão de Márcio Iório Aranha (2005, p. 199) no sentido de que há semelhanças nos modelos de políticas públicas de telecomunicações do Brasil e dos Estados Unidos, sobretudo a partir de 1997, com a edição da Lei Geral de Telecomunicações

brasileira, especialmente quanto às estruturas institucionais, normatização, competências e contextualização do surgimento das agências reguladoras⁴.

2.5. Categorias de atividade econômica e a mutabilidade da correspondente relevância social

Tratar de função social da empresa demanda a análise, sob a ótica de sua relevância social, dos tipos de atividade empresarial exercida, com o fim de identificação dos níveis de sujeição a condicionamentos de interesse coletivo. Se toda sociedade empresarial deve observância à sua função social, é certo que umas estão mais afetadas ao interesse público do que outras. Em outras palavras, a livre iniciativa confere liberdade ao particular para atuar – ou ao menos para pretender atuar – em vários ramos de atividade, mas de cada um deles a sociedade e o Estado têm expectativas próprias, quase que individualizadas, o que, do ponto de vista da sociologia dos mercados, acaba determinando o tipo de regime jurídico a que serão submetidos.

Destacam-se, então, segundo Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 245), quatro grandes categorias de atividades econômicas: (i) serviços públicos, titularizados pelo Estado; (ii) serviços públicos sociais, titularizados pelo Estado, mas com possibilidade de atuação pela iniciativa privada; (iii) serviços privados de interesse público; (iv) e serviços privados estritamente econômicos.

Sem pretender adentrar na infindável discussão acerca da caracterização dos serviços públicos, que se inicia na visão sociológica de Leon Duguit, de contornos bastante ampliativos, a doutrina brasileira majoritária os define como aqueles titularizados pelo Estado, prestados diretamente ou por meio de delegação, como no caso dos serviços de energia elétrica, telecomunicações, água, esgoto e transporte público. Nesses casos, a incidência da regulação em prol da coletividade, inclusive com obrigações de universalização, é muito forte.

Os serviços públicos sociais são aqueles cuja prestação é de responsabilidade do Estado, mas que também se encontram livres à iniciativa privada, como ocorre com saúde e educação. Assim, quando prestados diretamente

⁴ Embora o presente trabalho busque analisar, sob a ótica da dinamicidade da regulação, a recente política regulatória norte-americana para a banda larga, parece importante, visando a uma melhor compreensão, que, ao tempo em que se traçam as características paradigmáticas da regulação nos Estados Unidos, seja realizado um juízo comparativo com o Brasil.

pelo próprio Estado, consubstanciam verdadeiros serviços públicos. Quando prestados por particulares, seriam simplesmente serviços de relevância pública, mas ainda assim sujeitos à regulação e ao dirigismo estatais.

Os serviços privados de interesse público são aqueles que, dada sua relevância social, exigem autorização prévia do Estado para funcionar. São protegidas pelo princípio da livre iniciativa, já que não titularizadas pelo Estado, mas podem ser instrumentalizadas pela regulação para a consecução de determinados objetivos públicos. Tem-se, aqui, por exemplo, os serviços de táxi, os planos de saúde e as farmácias.

Já os serviços privados estritamente econômicos são aqueles sujeitos meramente ao poder de polícia geral da Administração Pública, sem necessidade de qualquer autorização prévia para ser explorado. Submetem-se apenas às questões de segurança, saúde e ordem públicas, como ocorre, por exemplo, com o mercado de vestuário.

Nesse contexto, a compatibilização da função social da empresa com a livre iniciativa passa necessariamente pela identificação da categoria a que pertence a atividade econômica explorada pela sociedade empresária. Há graus de publicização da atividade econômica a ensejar, conforme a categoria, maior ou menor prevalência, no caso concreto, do princípio da função social da empresa. Além disso, é preciso ter em mente a variabilidade a que está sujeita a própria noção de utilidade pública ou de relevância social. De fato, as necessidades e aquilo a que se dá importância variam no tempo e no espaço, de modo que é preciso identificá-las numa dada cultura a fim de satisfazer os reais anseios da população. Na verdade, a própria visão jurídico-procedimental de como e em qual medida tais necessidades devem ser satisfeitas também está sujeita a tal variação de tempo e espaço.

De qualquer forma, o fato é que as utilidades crescem e se aperfeiçoam com o tempo. Crescem porque o desenvolvimento humano produz novas tecnologias, novas alternativas e novas facilidades sem as quais as pessoas não mais conseguem viver, não sem progredir. E aperfeiçoam-se porque, uma vez que as utilidades se consolidam, o nível de exigência em sua prestação aumenta. Direitos são positivados e consumidores são protegidos, tornando incessante a busca pela perfeição na prestação dos serviços de utilidade pública. Atualmente, portanto, há

uma infinidade de utilidades demandadas pela população, umas identificadas mais a serviços e outras mais a infraestruturas. Na verdade, a maior aproximação da utilidade ao serviço ou à infraestrutura pode ser determinada por uma análise de meio e de fim, a depender do seu usufruidor. No caso do serviço de transporte público terrestre, por exemplo, as rodovias (infraestrutura) funcionam, para seu usuário, como um meio à sua adequada prestação. Por outro lado, para os que se transportam usando seus próprios veículos, as rodovias funcionam como um fim, de modo que a infraestrutura é a utilidade a ser perseguida. No caso de telecomunicações ou de energia elétrica, contudo, o importante para seus usuários é que o serviço seja prestado adequadamente, afigurando-se a infraestrutura correspondente (antenas, cabos, postes, hidrelétricas, etc.) apenas como um meio. O usuário não exige finalisticamente infraestrutura, mas serviço de qualidade. Sua relação com a infraestrutura, em outras palavras, é de meio, e não de fim, como ocorre no caso das rodovias para os que se transportam com veículos próprios.

O fato é que o avanço da tecnologia e da medicina trouxe, ao menos hipoteticamente, inúmeras novas utilidades à disposição da população, surgindo o desafio da massificação dos serviços públicos. Assim, por exemplo, não basta ser atendido por um médico, é preciso ter à disposição do cidadão modernos aparelhos. E não basta a existência de um aparelho, é preciso ter vários, a fim de atender todos que eventualmente dele necessitem. O desafio, portanto, além de identificar as utilidades, é ordená-las em graus de prioridades ou grupos de prioridades e definir por quem e em qual medida elas devem ser fruídas, o que requer uma decisão essencialmente política. Nesse sentido Michael Walzer (2001, p. 75-78) afirma:

A natureza de uma necessidade não é evidente por si mesma (...). As pessoas não têm apenas necessidades, têm ideias, sobre as suas necessidades, têm prioridades, graus de necessidade, e tais graus e prioridades se referem não apenas à sua natureza humana, como também à sua história e cultura. Como os recursos são sempre escassos, é preciso tomar decisões difíceis, decisões estas que só podem ser de natureza política.

Embora atualmente possa ser afirmado que o Estado, direta ou indiretamente, deve assegurar as utilidades a todos os cidadãos, tal percepção nem sempre foi assim. Como dito, além de distinguir as utilidades das inutilidades e ordenar as primeiras em níveis de prioridade (acepção material dos serviços públicos), identificando as reais necessidades da população, é preciso saber como, para

quem, por quem e em qual medida elas serão asseguradas (acepção instrumental dos serviços públicos). Para isso, é extremamente importante a constante interação entre Estado e sociedade com vistas a analisar com precisão o contexto social da regulação, conforme aponta Alexandre Veronese (2011, p. 116):

Assim, na perspectiva da sociologia do direito, a questão central para o estudo da regulação econômica está localizada nos atores em relação ao contexto social. Ou seja, entender as regras jurídicas por meio das suas ações criativas e reconstituidoras. Não é somente compreender os processos específicos da referida ação regulatória de uma determinada agência, mas produzir análises destes processos em relação ao contexto social.

Nessa esteira, vale destacar que a própria noção de serviço público é mutável. Por exemplo, valendo-se da escola francesa, Léon Duguit, capitaneando a chamada Escola do Serviço Público, apresenta uma visão sociológica do direito administrativo, defendendo que as normas jurídicas representam apenas a materialização ou positividade das regras que se encontram latentes no seio da sociedade, sendo praticadas e aceitas. Ele coloca o serviço público no centro não só do direito administrativo como do próprio direito público, aduzindo que o Estado deveria se conduzir segundo os serviços públicos que ele deve prestar. Essa visão é justificada muito em função da amplitude que atribui ao conceito de serviço público.

Como dito, Duguit tem uma visão sociológica do serviço público, preocupando-se mais com o seu elemento material do que com sua roupagem jurídica. O serviço público seria aquele que, independentemente do título jurídico-formal ou da atitude do Estado em relação a ele, consubstancia uma necessidade coletiva assim percebida pela sociedade, atendendo o interesse público. Ou seja, é a sociedade que define o que é o serviço público, e não a chancela estatal atribuindo-lhe esse rótulo. O serviço público não é criado pelo Estado, mas pela própria sociedade, fluida e continuamente segundo suas necessidades. E o Estado, por conseguinte, serve para a prestação desses serviços, que, em sua visão, incluem até mesmo a prestação jurisdicional. (ARAGÃO, 2013, p. 76-83).

O autor desenvolve sua teoria, portanto, baseado na identificação da interdependência social, segundo a qual todos os membros da sociedade dependem uns dos outros e devem remar juntos para garantir um mínimo comum satisfatório, cumulada com necessidade de o Estado assegurar a prestação de determinadas atividades para manter esse liame social.

Já para Gaston Gèze a amplitude dada pela visão sociológica do serviço público deve ser substituída pela definição de contornos jurídicos práticos que delimitem essas utilidades. Dessa forma, se para Duguit, a fim de precisar o serviço público, não importa nem a titularidade (elemento subjetivo) nem o regime de direito aplicável (elemento formal), o mesmo não se pode dizer quanto aos ensinamentos de Gèze. Para ele, o serviço público seria caracterizado pelas atividades prestadas direta ou indiretamente pelo Estado, e sob o regime jurídico de direito público, derogatório do direito comum. Do contrário, afirma, até o fornecimento de alimentos integraria o conceito de serviço público, já que, numa visão sociológica, atende ao interesse público (ARAGÃO, 2013, p. 83-87).

Maurice Hauriou, por sua vez, foca na presença ou não do poder de império do Estado. Para ele, o serviço público não poderia ter um caráter meramente formal a ponto de possibilitar ao Estado atribuir um regime de direito público a qualquer atividade da economia. Os serviços públicos serviriam para satisfazer a população e garantir a paz, e não diretamente para atender a necessidades coletivas. Na verdade, ele procura resguardar algumas atividades desse suposto risco de se tornarem serviços públicos. Tenta, pois, traçar uma distinção entre o público e o privado, delimitando a atuação do Estado e dos particulares (ARAGÃO, 2013, p. 87-92).

Vê-se, pois, que o serviço público, tanto em sua acepção material ou sociológica, como ensina Duguit, como em sua acepção jurídico-formal, como ensina Gèze, variam conforme o tempo, o que deve necessariamente trazer implicações na forma como se interpreta e regula a atividade econômica de uma maneira geral. Essa mutabilidade, ressalte-se, não é exclusiva dos serviços públicos próprios da tradição *civil law*, também sendo inerente às *public utilities* da tradição *common law*.

Atualmente, por exemplo, pode-se dizer que a maioria da doutrina brasileira, para fins de caracterização do serviço público, exige a chamada titularidade estatal, sob pena de perder-se a utilidade classificatória do instituto, inclusive para fins didáticos. De fato, a ausência de contornos jurídico-formais, tal qual proposto na visão sociológica de Duguit, tenderia a carecer de utilidade prática. Nesse sentido, considerando as disposições da Constituição Federal de 1988, identifica-se os serviços públicos majoritariamente como aqueles de titularidade do Estado,

prestados por ele próprio ou por particulares mediante delegação. O fato é que tais atividades econômicas são retiradas da esfera da livre iniciativa destinada aos particulares mediante delegação estatal. Nessa linha, os serviços públicos seriam aqueles prestados a indivíduos determinados, excluindo as chamadas atividades de polícia ou de fomento, bem como os serviços universais, como diplomacia, segurança, etc. Necessitam de amparo legal para serem assim caracterizados, uma vez que a livre iniciativa é um pilar do ordenamento, não podendo a própria Administração Pública simplesmente atribuir a si mesma a titularidade de determinada atividade. A instituição do serviço público, então, dependeria de ato do Poder Legislativo, não afastando, é claro, a possibilidade de eventuais complementações por meio de Decreto. Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 151), por exemplo, conceitua os serviços públicos da seguinte forma:

Serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.

Nessa seara, vale o registro de Paulo Roberto Ferreira Motta (2003, p. 36) no sentido de que “o conceito de serviço público nascido no direito francês não se aplica ao direito norte-americano, uma vez que “naquele país, quer pela herança do *common law*, quer pelo florescimento e desenvolvimento do capitalismo, as raízes de determinadas atividades econômicas foram bastante diversas”. Como já delineado, os Estados Unidos são organizados a partir de atividades titularizadas pela própria iniciativa privada, que, quando socialmente relevantes, ficam sujeitas a determinados condicionamentos de interesse coletivo, como uma espécie de poder de polícia mais intenso, definido *ex ante* ou *ex post* conforme o caso. No fundo trata-se de uma regulação de atividades privadas, cuja intensidade varia conforme o nível de relevância para a população. O autor ainda lembra a lição de Caio Tácito, que afirma não existir um conceito apriorístico ou definido de serviço público no direito norte-americano, destacando sua dinamicidade: “O seu teor é incerto, casuístico, pragmático. Varia no tempo e no espaço, em função de exigências sociais mutáveis e fluidas” (MOTTA, 2003, p. 36). Em suma, nos Estados Unidos, a noção de serviços públicos do direito francês é substituída pela exploração das *public utilities*, cujos contornos já foram traçados anteriormente.

2.6. O princípio da função social da empresa no espaço regulatório

Sobre a função social da empresa, a questão que se põe, enfim, sem a pretensão de problematizar sobre sua origem, é saber se as externalidades de cunho coletivo ordinárias, como pagamento de tributo e geração de emprego, já são suficientes ao cumprimento da função social da empresa. A resposta é negativa, sobretudo para aquelas categorias de atividades econômicas com maior nível de relevância pública, como demonstrado acima. Calixto Salomão Filho (2008, p. 93), defendendo que o Estado paute sua gestão em valores, e não em objetivos econômicos, aponta que o princípio da redistribuição, visando ao desenvolvimento humano, “está longe de ser tarefa exclusiva do direito tributário”. Baldwin, Cave e Lodge (2012, p. 25-26), ao tempo em que registram a posição de Richard Allen Posner, para quem a boa regulação é simplesmente aquela que, por meio da eficiência, maximiza a riqueza, lembram que essa lógica não garante a distribuição de direitos na sociedade, não constituindo, portanto, por si só, um parâmetro de medida do acerto regulatório. Se assim não fosse, admitir-se-ia uma conduta ofensiva a um direito de terceiro se ela gerasse mais riqueza⁵.

Por outro lado, por meio do exercício da iniciativa privada, as sociedades empresariais agem em busca de seus interesses, na tentativa de concretizar, dos pontos de vista econômico e técnico, a máxima eficiência possível. Segundo os economistas liberais, defensores do *laissez faire*, sendo a missão da empresa a busca pelo lucro, preocupações sociais são vistas até mesmo como uma faceta de irresponsabilidade empresarial. Heloísa Werneck Mendes Guimarães (1984, p. 216) explica a posição dessa corrente tradicional com base no pensamento de Fridman:

Milton Fridman é um expoente atual dessa corrente. Sua argumentação se baseia-se nos seguintes termos:

- o objetivo das empresas numa economia de mercado, onde a competição é muito acirrada, é a maximização dos lucros;
- as ações dos executivos das empresas devem ser sempre voltadas para o objetivo do lucro, de forma a melhor remunerar os acionistas;
- investimento por parte da empresa na área social, para qualquer tipo de público (interno ou externo, empregados ou a sociedade) é uma forma de lesar os acionistas, de diminuir seus ganhos;

⁵ “A further moral objection to wealth maximization relates to its implication that it is right to allow B to interfere with A’s rights (e.g. by polluting their river or exposing them to a hazardous substance) if B generates enough wealth to compensate A for the harm done. Human Rights beings, the objection runs, have certain basic rights that it would be morally objectionable to put up for sale. Certain risks, it might similarly be said, should not be imposed on individuals’ lives no matter what the price, compensation, or wealth gain on offer”.

- procedendo com responsabilidade social a empresa estará se autotributando e, ao invés de ser elogiada, deveria ser processada.

Para Eloy Lemos Junior (2008, p. 24), a função social da empresa também se encontra justamente “na geração de riquezas, manutenção de empregos, pagamento de impostos, desenvolvimentos tecnológicos, movimentação do mercado econômico, entre outros fatores, sem esquecer do papel importante do lucro”. Exatamente por entender que a função econômica de geração de lucro consubstancia uma das facetas da função social da empresa é que Ana Frazão (2011, p. 209) aponta para uma abordagem integrada entre contratualismo, que defende basicamente os interesses dos sócios, e o institucionalismo, que joga luz para além dos interesses destes:

É por isso que, na atualidade, o contratualismo e o institucionalismo, longe de serem excludentes, precisam ser integrados em abordagens que não sejam maniqueístas e possam contemplar todas as importantes facetas do interesse social.

Também parece necessário saber a quem compete fazer valer o princípio da função social da propriedade, se à própria empresa ou se essa implementação depende de mecanismos externos à sociedade empresária. Calixto Salomão Filho (2008, p. 97-99) aduz que não se trata de adentrar na questão da bondade ou maldade da natureza humana, mas de criar instituições e valores que induzam o aparecimento e o desenvolvimento do princípio da cooperação. Afirma que “regras bem-elaboradas, que criem um ambiente cooperativo, acabam sendo cumpridas, e seu descumprimento controlado e policiado pelos próprios participantes da relação”. Ou seja, o Estado, como assegurador de garantias mínimas ao bom funcionamento do mercado – ainda que do *myth of laissez-faire*, na esteira da expressão de Sunstein (1997, p. 5) – e como fomentador desse ambiente cooperativo, possui papel fundamental na concretização do princípio da função social da empresa, sobretudo porque, como leciona Fligstein (2002, p. 5 e 11), as relações de mercado tendem a produzir normas que simplesmente estabilizem o chamado *status quo*. Ainda sobre a importância do Estado para o mercado, também vale lembrar do próprio estabelecimento de regras que assegurem a estabilidade setorial e a justiça comportamental necessárias ao desenvolvimento ordinário das atividades privadas. Ou seja, como aponta Cento Veljanovski (2010, 100), é preciso que sejam ditas as regras do jogo (*rules of the game*). Fligstein (2002, p. 5), nessa linha, lembra que as

empresas precisam estabelecer relações estáveis com os fornecedores, trabalhadores e competidores, o que demanda a existência de instituições e legislação estáveis. Na ausência de regulação estatal, aponta Kenneth F. Warren (2011, p. 75), todas as pessoas razoáveis concluiriam que a sociedade seria levada a um constante caos.

Joseph Stiglitz (2002), considerado um economista neokeynesiano, aponta que a razão pela qual a mão invisível de Adam Smith é invisível é por que ela não existe ou, quando existe, está parálitica. Fábio Konder Comparato (1996, p. 45), cético, aponta para a necessidade de intervenção estatal por não crer no suprimento natural em espontâneo do interesse social pelas empresas:

É imperioso reconhecer, por conseguinte, a incongruência em se falar numa função social das empresas. No regime capitalista, o que se espera e exige delas é, apenas, a eficiência lucrativa, admitindo-se que, em busca do lucro, o sistema empresarial como um todo exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial. Mas é uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todo o controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará os abusos; em suma, promoverá a justiça social.

De qualquer forma, é necessário registrar a preocupação de Sunstein (1997, p. 5) no sentido de a gestão do Estado estar pautada nas verdadeiras demandas sociais. Para tanto, é preciso democratizar a regulação e, com isso, garantir a liberdade necessária à formação das reais preferências sociais, fugindo da imposição oculta de preferências dissimuladas. Numa perspectiva global, Juan Ramón Capella Hernandez (1999, p. 105-111) constata que a conjuntura econômica mundial globalizada derruba as fronteiras dos Estados soberanos e que a política é influenciada cada vez mais pelo que chama de soberano privado supraestatal de caráter difuso. David Rothkopf (2012, p. 19), demonstrando que muitas vezes as grandes empresas mundiais influenciam mais do que os próprios Estados soberanos, afirma que é preciso reequilibrar as forças entre o público e o privado para que o crescimento econômico seja acompanhado de justiça social. Vale registrar, ainda, os princípios do acesso necessário, ligado à *essential facility doctrine* e aplicável às atividades econômicas que demandam a utilização de redes, e da difusão do conhecimento, bem como a regulação da estrutura empresarial e, obviamente, os valores concorrenciais (SALOMÃO, 2008). Há de se encontrar, na verdade, um caminho de equilíbrio entre necessidade de regulação voltada à

promoção do interesse público e suficiência de regras de mercado para atingimento desse mesmo fim, embate resumido por Kenneth F. Warren (2011, p. 89):

Defenders of widespread governmental regulation basically argue that the regulators are necessary to protect and promote the public interest in modern society, especially by protecting the public from the selfishness of the large and mighty special interest. Those opposed to governmental regulations espouse a modified laissez-faire philosophy. They hold that the free market system is capable of providing the necessary regulatory controls. Besides, they maintain that the government has no right to encroach on private property interests protected by the Constitution. Although there are few left who advocate no governmental regulation of private life, there are many who believe that regulation is too extensive, too expensive, and too threatening to individual liberties.

Assim, no contexto da dicotomia valorativa entre livre iniciativa e função social da empresa, é de se apontar, embora também se corra o risco de voltar à óbvia – e por vezes inevitável – ponderação axiológica a ser feita no caso concreto, para a necessidade da preservação do núcleo essencial da iniciativa privada como limite da regulação estatal. Trata-se do que se chama de limites dos limites, expressão cunhada por Karl Betterman, que impede a inviabilização daquela atividade privada, não titularizada pelo Estado (ARAGÃO, 2013, p. 194). Se o condicionamento administrativo deixa de ser condicionamento ou restrição, fulmina-se a própria iniciativa privada. A atividade econômica, portanto, ao menos aquela não titularizada pelo Estado, embora também deva servir a propósitos públicos, não pode se transmudar em verdadeiro órgão estatal. Jane Reis Gonçalves Pereira (2004, p. 266-267) afirma que no constitucionalismo germânico costumam ser apontados como limites dos limites o princípio da proporcionalidade, do respeito ao conteúdo essencial, da reserva legal e da proibição de que leis restritivas versem sobre um só caso.

O fato é que a preservação do núcleo essencial da livre iniciativa não afasta a função pública da empresa. Ana Frazão (2011, p. 201), considerando que a consagração constitucional do princípio da função social, sem desconsiderar a autonomia privada, condiciona o exercício da atividade empresarial, leciona que esse vetor axiológico guarda relação, ainda que mínima, com a distribuição de riqueza:

Especialmente em um país como o Brasil, onde a pobreza e a miséria impedem parte substancial da sociedade de ter o legítimo direito à autonomia, a função social da empresa implica necessariamente a existência de um padrão mínimo de distribuição da riqueza e dos benefícios

da atividade econômica, aspecto que vem sendo reconhecido pela doutrina e também pela jurisprudência.

Nesse ponto, vale chamar atenção para o fato de que a função social da empresa não se confunde com responsabilidade social voluntária. Enquanto esta última se associa à ideia de espontaneidade, muitas vezes aliada a interesses próprios de publicidade, a função social se apresenta como princípio jurídico cogente, conformador da atividade econômica, no sentido de que a racionalidade empresarial deve estar atrelada ao atendimento de padrões mínimos de justiça, segundo o nível de relevância social que carrega em sua natureza. É nesse contexto, enfim, que se insere a discussão sobre a necessidade de adoção de regras para a exploração do serviço de banda larga, na tentativa de manter ou tornar a internet democraticamente mais acessível e sempre aberta à inovação.

3. A RECENTE POLÍTICA REGULATÓRIA DA BANDA LARGA NOS ESTADOS UNIDOS: DIRETRIZES E REGRAS ADOTADAS PELA FCC

Desde seu surgimento a internet vem rapidamente crescendo de importância, tornando-se, atualmente, um insumo essencial para a fruição de inúmeros serviços e facilidades do mundo moderno. A rapidez da evolução tecnológica, constantemente impactando nos serviços ofertados, seja na estrutura de sua prestação seja na correspondente percepção da sociedade sobre sua função, se apresenta como um enorme desafio regulatório. Como aponta Alexandre Ditzel Faraco (2009, p. 263), “a internet parece ter se tornado um fenômeno tão difundido e rotineiro (como a luz elétrica) que, por vezes, seus usuários não se dão conta de como é recente e do impacto que tem”. O autor ainda lembra a importância da internet para a construção de uma democracia plural, aberta e acessível à comunidade. Dessa forma, no escopo de sua função regulatória, o Estado deve acompanhar de muito perto o desenvolvimento da prestação da banda larga a fim de conferir maior segurança e precisão à tomada de suas decisões.

A dinâmica regulatória, quando muito acelerada em razão da alta velocidade de transformação da tecnologia, como ocorre com o serviço de banda larga, proporciona terreno fértil para observação do movimento regulatório. Evidencia-se o papel da sociedade na condução das políticas públicas, seja por meio de sua relação com o Estado seja por meio de sua relação com o serviço regulado. De fato, a percepção social de utilidade de um serviço é nota essencial para a adoção de medidas regulatórias. Como lembra Fligstein (2002, p. 4), a questão não é o surgimento da nova tecnologia por si só, mas o efeito percebido pelo corpo social, ou seja, a importância que cada sociedade dá a ela. A análise das novas facilidades, portanto, deve sempre partir da sua relevância em cotejo com os anseios efetivos da população. A respeito das tecnologias de informação, elas possuem especial importância, sobretudo para as sociedades democráticas contemporâneas, uma vez que, ao viabilizar uma comunicação de extrema velocidade, inaugurando a chamada sociedade da informação, fortalecem a organização e a participação dos cidadãos (CARVALHO, 2014, p. 01-02)

É nesse contexto que o presente trabalho pretende trazer à tona uma análise do movimento regulatório ocorrido nos Estados Unidos em relação ao serviço de banda larga e ao funcionamento da internet. Diante do crescimento de sua importância para a população, surgiu a necessidade de adoção de medidas visando, por exemplo, à preservação do seu caráter aberto, à garantia de observância a valores concorrenciais e à manutenção e desenvolvimento de um ambiente propício à inovação tecnológica, à criação de empregos e ao exercício da liberdade de expressão.

No ano de 2005, a *Federal Communication Commission* – FCC, órgão que regula o setor de telecomunicações nos Estados Unidos, adotou princípios com vistas a assegurar a natureza aberta e interconectada da internet. Já em 2010, com foco na banda larga fixa, a FCC prolatou decisão intitulada *Open Internet Order*, por meio da qual criou regras voltadas para transparência, proibição de bloqueio e de discriminação não razoável no tráfego de conteúdo.

Em 2014, após questionamento judicial, a Corte de Apelação do Distrito de Columbia, ao passo em que manteve a regra de transparência, acabou anulando as demais regras por entender que tais medidas regulatórias só seriam juridicamente passíveis de serem adotadas para os serviços de telecomunicações, sendo que a FCC, contraditoriamente, ainda mantinha a classificação da banda larga como serviço de informação, os quais, portanto, segundo a decisão judicial, não poderiam se sujeitar a regramentos que lhe atráíssem obrigações típicas dos chamados *common carriers*.

Por fim, buscando contornar a decisão judicial prolatada pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia, a FCC, em 2015, decidiu reclassificar o serviço de banda larga, tornando-o formalmente um serviço de telecomunicações. Com isso, tornou-se possível a adoção das medidas regulatórias voltadas para a proibição de bloqueio de tráfego e a proibição de discriminação não razoável de conteúdo, só que desta vez de forma mais ampla e detalhada, segundo o atual estágio de desenvolvimento dos serviços, conforme contexto sociocultural encontrado naquele ano.

A seguir, portanto, serão apresentadas e analisadas cada uma dessas decisões, três da FCC e uma da Corte de Apelação do Distrito de Columbia, com o objetivo de demonstrar que seus fundamentos são extraídos muitas vezes a partir da

percepção de crescimento da importância da internet para a sociedade. Ou seja, com o aumento do nível de essencialidade de um serviço, definido a partir do contexto sociocultural em que está inserido, seu regime jurídico tende a se modificar, adequando-se à nova realidade, seja por meio de novas interpretações do regime jurídico aplicável seja pela própria modificação desse regime jurídico via autoridades competentes.

Antes de apresentar e analisar cada uma das decisões, contudo, parece importante, trazer à tona a distinção presente na legislação dos Estados Unidos entre os serviços de telecomunicações e os serviços de informação. Os serviços de telecomunicações são considerados *common carriers* e, por isso, se submetem às pertinentes obrigações regulatórias advindas do Título II do *Communications Act*, de 1996, marco legal do setor. Já os serviços de informação, ao contrário, não se submetem a tal regramento, sendo-lhes reservado o tratamento arrolado no Título I da referida legislação.

Para melhor contextualização, citam-se as definições do *Communications Act* para serviço de informação, telecomunicações e serviço de telecomunicações:

(41) INFORMATION SERVICE- The term 'information service' means the offering of a capability for generating, acquiring, storing, transforming, processing, retrieving, utilizing, or making available information via telecommunications, and includes electronic publishing, but does not include any use of any such capability for the management, control, or operation of a telecommunications system or the management of a telecommunications service.

(...)

(48) TELECOMMUNICATIONS- The term 'telecommunications' means the transmission, between or among points specified by the user, of information of the user's choosing, without change in the form or content of the information as sent and received.

(...)

(51) TELECOMMUNICATIONS SERVICE- The term 'telecommunications service' means the offering of telecommunications for a fee directly to the public, or to such classes of users as to be effectively available directly to the public, regardless of the facilities used.'

Como se vê, o serviço de informação traduz a oferta de capacidade que possibilita tornar informações disponíveis por meio de telecomunicações, mas sem incluir em seu conceito o gerenciamento, o controle e a operação dos sistemas de telecomunicações. Já as telecomunicações são propriamente a transmissão de informação entre pontos especificados pelos usuários, sem alteração do conteúdo enviado e recebido, sendo os serviços de telecomunicações ofertados de maneira onerosa diretamente ao público.

As atividades econômicas do setor, portanto, são classificadas em serviços de informação e serviços de telecomunicações, cada um atraindo, a partir daí, regramentos próprios, sendo os serviços de telecomunicações sujeitos, com maior clareza, às diversas medidas regulatórias definidas pela legislação e pela própria FCC. Diz-se “com maior clareza” com a intenção de introduzir a discussão a respeito da possibilidade de os serviços de informação também se sujeitarem, em algum nível, às medidas regulatórias adotadas pelo órgão regulador norte-americano.

Acontece que o grande debate jurídico enfrentado pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia, a ser detalhadamente apresentado, diz respeito à possibilidade de a FCC impor medidas regulatórias a uma atividade econômica formalmente classificada por ela como serviço de informação. Ou seja, são discutidos, à luz do conteúdo adotado, os próprios limites da regulação da FCC, se direcionada apenas aos serviços de telecomunicações ou se abrange também, ainda que em um nível de intensidade inferior, os serviços de informação, dentre os quais historicamente se inseriu o serviço de banda larga.

Ora, o fato é que a competência para classificar as atividades econômicas do setor em serviços de informação ou serviços de telecomunicações é atribuída pela legislação norte-americana à própria FCC, de modo que, em busca de uma regulação compatível com os tempos atuais, e desde que apresentando as respectivas razões, há sempre a possibilidade de, não se admitindo o direcionamento das medidas regulatórias aos serviços de informação, reclassificar a correspondente atividade econômica como serviço de telecomunicações e, com isso, atrair todo um regramento próprio dos *common carriers*, ínsito ao leque de atribuições mais amplas do órgão regulador.

A respeito da figura dos *common carriers*, Márcio Iório Aranha (2005, p. 155-156) explica que eles se caracterizam por serem detentores de infraestrutura essencial para serviços de longa distância e/ou por promoverem, em condições equânimes, oferta pública de serviços para todos que dele necessitem. Segundo o autor, *common carrier* é “toda prestadora de serviço de telecomunicação que oferta tais serviços ao público em geral de forma isonômica e, portanto, de forma não-comercial, ou seja, submetida a restrições de cunho administrativo em prol da coletividade”. A partir de sua caracterização, pois, afirma que “a operadora tem o dever de prover serviços de telecomunicações em bases justas e razoáveis”.

A figura do *common carrier*, como se vê, está inserida no contexto de interseção entre o público e o privado, numa tentativa de extrair condicionamentos de ordem coletiva de atividades e propriedades privadas. Márcio Iório Aranha (2005, p. 169) explica que seu fundamento, adotado pelas agências reguladoras e pelo Poder Judiciário norte-americano no século XIX, remonta à noção de serviço orientado ao público (*public oriented business*) da tradição *common law* inglesa do século XIII.

Para ele, numa demonstração de aproximação entre as políticas de telecomunicações do Brasil e dos Estados Unidos, a noção de *common carrier* surge como o pilar da ideia de serviço de telecomunicações de interesse coletivo trazida pela Lei Geral de Telecomunicações do Brasil (Lei nº 9.472/97)⁶, definido, nos termos do art. 17 do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 73/1998 da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, como aquele cuja prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não discriminatórias, observados os requisitos da regulamentação. O autor afirma, portanto, que “o ordenamento jurídico brasileiro efetuou uma verdadeira tradução contextualizada do significado das *common carriers* norte-americanas” (ARANHA, 2005, p. 192).

3.1. Policy Statement (2005): adoção de princípios pela FCC

Já no ano de 2005, a FCC considerava que a internet havia mudado inteiramente a forma de comunicação, causando profundo impacto na vida do cidadão americano, uma vez que havia aumentado a velocidade de interação e a variedade de plataformas por meio das quais se transmite a informação. A internet aparece como um fórum de diversidade e uma fonte de educação, com oportunidades de desenvolvimento cultural e intelectual, contribuindo para o crescimento econômico por meio do aumento da produtividade e da economia de custos (FCC 05-151, p. 01-02).

Ciente da importância da internet é que o órgão regulador norte-americano buscou traçar alguns princípios ou diretrizes para guiar seu funcionamento, a fim de

⁶ Art. 62. Quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito. Parágrafo único. Os serviços de interesse restrito estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo.

manter suas características essenciais. Apontou-se, como fundamento para tanto, a necessidade de preservação do ambiente de competição e livre mercado presente no mundo virtual, bem como o dever dos Estados Unidos de promover o desenvolvimento da banda larga para todos os americanos (FCC 05-151, p. 02). Em outras palavras, a ausência de regulação traria consequências maléficas ao setor e aos cidadãos. E como já destacado por Márcio Iório Aranha (2015b, p. 104), “a abstenção estatal no direcionamento do setor regulado rumo à compensação social e à eficiência do mercado” só se justifica se comprovado que essa postura negativa resulta “em maior eficácia dos direitos fundamentais envolvidos”. O autor defende, ainda, que “se não fosse uma atuação governamental ativa, o mercado teria enterrado o projeto que deu vida à internet, deixando o mundo preso na idade do papel”⁷.

Em suma, dada sua natureza, os *common carriers*, como são enquadrados os serviços de telecomunicações, estão muito mais afetos à imposição de obrigações regulatórias. Não obstante, a FCC considerou que, mesmo para os serviços de informação, dentre os quais a banda larga está inserida, que são regidos pelo Título I do *Communication Act*, e não pelo Título II, seria possível impor obrigações regulatórias adicionais tendo em vista sua competência para regular as comunicações estrangeiras e interestaduais. Como a banda larga pressupõe a transmissão de informação por todo o país, ficaria sujeita à regulação com base nessa competência legal. Haveria, portanto, justificativa para a adoção de medidas que garantam que as prestadoras de banda larga, em atenção ao chamado princípio da neutralidade de rede, se comportem de maneira isonômica e não discriminatória em relação aos pacotes de informação que transmitem (FCC 05-151, p. 02-03).

Sobre a neutralidade de rede, identificada pela FCC como a abertura da internet (*open internet*), Donald B. Johnston e Aaron Collins (2008, p. 55) afirmam que, embora não exista um conceito preciso, ela está relacionada com as quatro

⁷ “Por diversas vezes, o governo norte-americano e um centro de pesquisa europeu tentaram convencer a iniciativa privada a encampar o projeto da rede mundial de computadores, mas a resposta foi unânime de que, na década de 1970, o projeto não daria respeito aos negócios de interesse de uma grande empresa de telecomunicações, a AT&T, e, mais tarde, na década de 1980, já com a *World Wide Web*, seria um sistema ‘muito complicado’. Em outras palavras, a lógica da iniciativa privada expressou sua visão da internet como um negócio não correlato ao das telecomunicações. Se não fosse o investimento governamental em estudos universitários e a necessidade de uma rede eletrônica de informações para o desenvolvimento de tais estudos, o mundo não teria a feição marcante da idade da internet e do seu substrato econômico: sociedade-rede” (ARANHA, 2015b, p. 104).

liberdades formuladas por Michael Powell, à frente do órgão regulador norte-americano em 1996, quais sejam: usuários devem ter liberdade para (i) acessar todo o conteúdo da internet; (ii) utilizar todos os aplicativos e serviços de sua escolha; (iii) utilizar quiser equipamentos para se conectar; e (iv) receber de forma transparente as informações acerca dos concorrentes. Os autores concluem, enfim, que *“the basic idea here is that behaviour by those who control the internet infrastructure should be non-discriminatory and should protect interconnection and the “end-to-end” design principle”*. Por ser bastante elucidativa, vale registrar a explicação de neutralidade de rede trazida por Pires, Vasconcellos e Teixeira (2009, p. 104):

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

Dessa forma, para assegurar que as redes de banda larga se desenvolvam de forma aberta, disponível a todos os consumidores e com preço acessível, a FCC decidiu adotar os seguintes princípios para nortear a conduta dos regulados e do próprio órgão regulador quando da adoção das medidas setoriais (FCC 05-151, p. 03):

To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public Internet, consumers are entitled to access the lawful Internet content of their choice.

To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public Internet, consumers are entitled to run applications and use services of their choice, subject to the needs of law enforcement.

To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public Internet, consumers are entitled to connect their choice of legal devices that do not harm the network

To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public Internet, consumers are entitled to competition among network providers, application and service providers, and content providers.

Como se vê, a ideia central é assegurar a natureza aberta da internet, permitindo que os consumidores tenham pleno acesso a todo tipo de conteúdo lícito e que, na outra via, os provedores de conteúdo tenham plena possibilidade de se

colocar à disposição dos consumidores. Trata-se de um ciclo necessário que visa ao fortalecimento da democracia no ambiente virtual, permitindo que, sem discriminação, todos possam se encontrar e se interligar com a mesma facilidade, sem favorecimentos. A questão está intrinsecamente ligada ao direito à informação, atualmente garantido apenas se o acesso à internet for pleno, uma vez que é ali, numa sociedade de rede, onde trafegam e são disponibilizadas as informações de toda natureza. A internet, pois, consubstancia fonte essencial de informação, embora não seja a única. Como salientado por Roseli de Sousa e Silva (2008, p. 186), a internet possui um relevante papel na democratização da informação, uma vez que “não possui fronteiras nem proprietários, sendo, na verdade, um patrimônio da sociedade cosmopolita que permitirá ao cidadão participar e decidir as mais importantes mudanças do mundo”. A autora destaca, ainda, que “a internet é muito além de uma tecnologia, transformando-se cada vez mais em um meio de comunicação, de integração e principalmente em um meio de organização social”. Ana Cristina Azevedo P. Carvalho (2014, p. 65) lembra que a importância do espaço virtual como instrumento ao exercício da democracia levou ao surgimento de expressões como “e-democracia” ou “democracia eletrônica”, cunhadas por Pierre Levy, para quem as infinitas possibilidades de articulação conferidas ao cidadão comum pela internet representam o futuro democrático da humanidade.

Essa declaração de princípios da FCC, então, denominada de *policy statement*, pode ser entendida, sobretudo quando se observa o contexto mais amplo do período que vai de 2005 a 2015, como uma medida inicial voltada à concretização do que o órgão regulador chamou de *open internet*. Trata-se de uma forma de o órgão regulador, considerando o estágio de desenvolvimento da internet à época, primeiramente apontar um caminho para a conduta dos agentes regulados a antecipar sua linha de atuação. De fato, muitas vezes a atuação do órgão regulador é gradual, sendo prudente aguardar a acomodação das práticas de mercado para, posteriormente, adotar medidas mais incisivas, sempre promovendo uma observação precisa e constante dos comportamentos dos agentes regulados.

A declaração de princípios da FCC, embora não se trate de uma medida regulatória formalmente prevista como tal no marco legal do setor, possui grande importância justamente por, de forma simples e direta, apresentar a todos os interessados, desde os agentes de mercado até os consumidores, um guia de

valores a ser perseguido nos anos vindouros. Mesmo não consubstanciando propriamente um regramento, a *policy statement* pode embasar a construção de regras no futuro ou até mesmo auxiliar na interpretação de regras já existentes, como ocorre com as súmulas no Brasil.

Como afirmam Pires, Vasconcellos e Teixeira (2009, p. 102), os princípios adotados “podem ser interpretados como uma manifestação da vontade das autoridades dos EUA (ou ao menos de parte delas) de adotar a neutralidade de rede como fio condutor da política de regulação da internet naquele país”. Destacam os autores a importância, para essa declaração de princípios, do caso concreto *Comcast x Bit Torrent*, em que “foi constatada a degradação da conexão de usuários com base no conteúdo transmitido, mais precisamente com base no tipo de aplicação utilizada por esses usuários”. Tomás Filipe Schoeller Borges Ribeiro Paiva (2010, p. 126 e 130), no mesmo sentido, afirma que “o *debate Comcast v. FCC* foi o grande catalizador da discussão acerca da neutralidade de rede naquele país”, considerando inclusive que, à época, a FCC conclamou toda a sociedade norte-americana a acompanhar de maneira bastante próxima o comportamento da *Comcast*, de modo a buscar garantir o funcionamento das redes de internet em padrões não discriminatórios.

Trata-se não apenas de ideias vagas, mas orientações bastante específicas para a situação concreta ora analisada pelo órgão regulador. Se a legislação ordinária tende a consagrar princípios mais abstratos e gerais em relação ao setor regulado, a declaração de princípios por assunto permite que o órgão regulador seja mais específico com as diversas situações que vão surgindo ao longo da vigência do marco legal. Em verdade, a FCC possui histórico de adoção de *policy statements*, como fez, por exemplo, no ano de 2000, quando tratou do mercado secundário no âmbito do espectro de radiofrequência (FCC 00-401), e no ano de 2001, quando trouxe diretrizes acerca do que considerava conteúdo impróprio a ser transmitido (FCC 01-90).

Quando da publicação da *policy statement* em tela, o *Chairman* da FCC à época, Kevin Martin, afirmou que “*While policy statements do not establish rules nor are they enforceable documents, today's statement does reflect core beliefs that each member of this Commission holds regarding how broadband internet access*

should function"⁸. Ou seja, buscou-se explicitar para o setor os valores que se pretendia assegurar e implementar no âmbito da internet, numa tentativa de conduzir as práticas de mercado e deixar claro aos consumidores os direitos que lhes são e serão garantidos. O propósito da declaração, enfim, foi o de garantir a neutralidade de rede, mantendo a internet como um espaço fértil ao florescimento de novas tecnologias e negócios num ambiente competitivo, impedindo que as prestadoras interfiram na livre escolha dos consumidores no que se refere ao conteúdo e às aplicações que pretendam conferir à internet.

3.2. Open Internet Order (2010): adoção de regras pela FCC

3.2.1. Preservação da liberdade e abertura da internet. Leitura não formalista da regulação conjuntural

Após a declaração de princípios em 2005, a FCC, no ano de 2010, tomou nova decisão a respeito da internet, buscando garanti-la como uma plataforma aberta para a inovação, investimento, criação de emprego, crescimento econômico, competição e liberdade de expressão (FCC 10-201, p. 02)⁹. Identificou-se que a internet só se desenvolveu com sucesso em razão de sua abertura e liberdade, sem controle no acesso aos conteúdos e sem discriminação entre os consumidores:

This process has made clear that the Internet has thrived because of its freedom and openness – the absence of any gatekeeper blocking lawful uses of the network or picking winners and losers online. Consumers and innovators do not have to seek permission before they use the Internet to launch new technologies, start businesses, connect with friends, or share their views.

Foram, enfim, adotadas regras de transparência, proibição de bloqueio e proibição de discriminação desarrazoada, nos seguintes termos:

i. Transparency. Fixed and mobile broadband providers must disclose the network management practices, performance characteristics, and terms and conditions of their broadband services;
ii. No blocking. Fixed broadband providers may not block lawful content, applications, services, or non-harmful devices; mobile broadband providers may not block lawful websites, or block applications that compete with their voice or video telephony services; and

⁸ Disponível em: https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-260435A2.pdf. Acesso em 10.09.2015.

⁹ "Today the Commission takes an important step to preserve the Internet as an open platform for innovation, investment, job creation, economic growth, competition, and free expression" (FCC 10-201, p. 02).

iii. No unreasonable discrimination. Fixed broadband providers may not unreasonably discriminate in transmitting lawful network traffic.

A ideia central era, juntamente com os princípios anteriormente adotados, garantir aos consumidores e aos inovadores que a internet continuasse a se desenvolver rapidamente com investimento privado e inovação. É que a partir de um debate público, a FCC constatou que a internet só se tornou uma plataforma propícia ao desenvolvimento da economia e da vida civil em razão de sua liberdade e da ausência de bloqueios no tráfego de dados. Não é possível admitir, pois, que um determinado agente econômico escolha quem terá ou não terá preferência no acesso à rede. Tampouco se pode admitir que o consumidor tenha que pedir permissão para fazer uso das diversas funcionalidades que o serviço de banda larga propicia, devendo ser garantido que, de maneira livre e plenamente informada, eles façam suas próprias escolhas no acesso a conteúdo (FCC-10-201, p. 03-04). Tem-se, pois, uma clara intervenção regulatória dirigida a uma atividade econômica considerada socialmente relevante, valendo destacar, nesse ponto, o registro de Paulo Roberto Ferreira Motta (2003, p. 66), no sentido de que a atuação da FCC no direito norte-americano é importante para afastar o falso mito de que “capitalismo norte-americano prescinde da interferência estatal”, sendo que o órgão regulador, no passado, já adotou marcos regulatórios intervencionistas¹⁰, não havendo uma exclusividade em relação ao presente caso.

Na verdade, as regras de transparência e de não bloqueio, voltadas tanto para a banda larga fixa quanto para a móvel, possuem conteúdo mais objetivo, exigindo claramente transparência nas práticas de gerenciamento e na performance das redes de telecomunicações, bem como a proibição do bloqueio de conteúdo, aplicações ou serviços lícitos. A regra de proibição de discriminação desarrazoada no tráfego das redes, contudo, embutindo um elemento subjetivo, uma vez a que razoabilidade traduz conceito jurídico indeterminado, revelado apenas segundo as peculiaridades do caso concreto, é dirigida apenas à banda larga fixa. Na prática, a flexibilidade da terminologia, ao tempo em que confere durabilidade à norma, exige

¹⁰ “Nos anos de 1960, a FCC adotou uma série de marcos regulatórios altamente intervencionistas, valendo destacar: (1) a segmentação do mercado, com a proibição de uma mesma empresa participar de mais de um segmento ao mesmo tempo; (2) uma empresa prestadora de serviços regulados só pode oferecer serviços não-regulados através da constituição de outra empresa, por exemplo, uma empresa de telefonia fixa só tem permissão para operar o serviço de telefonia móvel ou internet por uma outra empresa; e (3) unificação de toda a contabilidade das empresas, a fim de que as tarifas possam ser rigidamente controladas” (MOTTA, 2003, p. 66).

da FCC uma atuação bastante próxima das práticas mercadológicas, de modo a constantemente apontar quais considera injustamente discriminatórias segundo a leitura interpretativa do dado contexto fático, temporal e geográfico. Isso porque, como apontado por Eduardo Hayden Carvalhaes Neto (2008, p. 111), o Direito não é uma ciência exata, e “os conceitos estabelecidos dentro de um sistema jurídico variam de acordo com a época e com a localidade”. Não nega a existência de conceitos jurídicos fechados, mas destaca que “conceitos determinados e aplicáveis em um determinado local num determinado espaço de tempo podem não mais ser os ideais em outro local/época”.

Abre-se ao órgão regulador, então, um amplo leque de possibilidades interpretativas. Nesse ponto, vale registrar a preocupação de Daniel Almeida de Oliveira (2015, p. 302-304), no sentido de que essa flexibilidade interpretativa, identificada como não formalista, não deve ser utilizada por todos os órgãos administrativos. Segundo o autor, isso seria desastroso, dado o gigantismo da Administração Pública e a grande quantidade de casos enfrentados por esses numerosos *órgãos administrativos subalternos*. Estes deveriam se valer mesmo de interpretações formalistas. A ideia desenvolvida é no sentido de que apenas órgãos específicos, especializados, que possuem uma função diretiva, como uma agência reguladora, que tem competência para uniformizar toda uma política setorial, tenham a prerrogativa de fazer uso de interpretações não formalistas. Nas palavras do autor, “a interpretação não formalista do órgão superior ou mais especializado é seguida formalisticamente pelos demais órgãos subalternos”, permitindo “a aplicação não formalista do Direito pela Administração Pública ainda que boa parte de seus órgãos adotem o formalismo”. Além da preocupação quanto à definição do intérprete possível, ele chega a defender, dada a complexidade decorrente da intensa mutabilidade regulatória, que essa lógica seja utilizada apenas para as normas regulatórias e para as normas constitucionais aplicáveis ao Direito Regulatório.

O fato é que a prerrogativa do órgão regulador se justifica diante de sua própria natureza, imbuída de competência para acompanhar os movimentos sinuosos do mercado, uma vez que a regulação consubstancia fenômeno conjuntural. O próprio fundamento para a diferenciação de tratamento em relação à banda larga fixa e móvel – aspecto aprofundado mais à frente – se encontra inserido nesse contexto, uma vez que, observado o mercado, entendeu-se que o acesso

móvel, à época (2010), ainda estava num estágio inicial de desenvolvimento, quando comparado à banda larga fixa (FCC 10-201, p. 08):

Mobile broadband is at an earlier stage in its development than fixed broadband and is evolving rapidly. For that and other reasons discussed below, we conclude that it is appropriate at this time to take measured steps in this area.

Tal postura aponta para a aderência da regulação à realidade setorial de sua edição. Não havendo ainda uma grande importância do serviço, tanto em termos de escala quanto em termos de utilidade prática, é salutar que seu regramento possua peculiaridades em relação ao de outros serviços que se encontram em estágio mais avançado. Daí ter a FCC entendido não aplicar, para a banda larga móvel, ao menos naquela ocasião, a regra da não discriminação desarrazoada. De qualquer forma, afirmou que iria monitorar de perto o mercado de banda larga para garantir a adoção da medida mais adequada para seu nível de desenvolvimento: “*We will closely monitor the development of the mobile broadband market and will adjust the framework we adopt today as appropriate*” (FCC 10-201, p. 04).

No contexto de rápidas e constantes evoluções tecnológicas, os setores intimamente ligados à tecnologia, como é o de telecomunicações, se transformam com bastante velocidade e realmente exigem do órgão regulador um olhar mais próximo para adequar a regulação correspondente. Como apontado por Márcio Iório Aranha (2015b, p. 51) “a política pública setorial depende, portanto, do conhecimento setorial para produzir regramentos viáveis”. Segundo o autor, é preciso realizar um “acompanhamento do desenvolvimento tecnológico para orientar eventuais designios utilitaristas de mercado (ou dos atores do mercado) na direção do interesse público”. Na verdade, é dessa observação surgiu a decisão da FCC, uma vez que a *Open Internet Order* teve como motivação, dentre outros pontos, a constatação empírica de que os prestadores de banda larga estavam bloqueando e degradando o tráfego na internet, comprovando sua capacidade técnica para tanto, e de que havia incentivo para que continuassem agindo assim, limitando de alguma forma o funcionamento aberto e livre da internet (FCC 10-201, p. 05). Fica bastante claro, portanto, que suas preocupações não são meramente especulativas, mas calcadas na constatação de comportamentos reais dos agentes regulados no sentido de efetivamente limitar a abertura da internet, como se verifica abaixo (FCC 10-201, p. 21):

These dangers to Internet openness are not speculative or merely theoretical. Conduct of this type has already come before the Commission in enforcement proceedings. As early as 2005, a broadband provider that was a subsidiary of a telephone company paid \$15,000 to settle a Commission investigation into whether it had blocked Internet ports used for competitive VoIP applications.¹⁰⁴ In 2008, the Commission found that Comcast disrupted certain peer-to-peer (P2P) uploads of its subscribers, without a reasonable network management justification and without disclosing its actions.¹⁰⁵ Comparable practices have been observed in the provision of mobile broadband services. After entering into a contract with a company to handle online payment services, a mobile wireless provider allegedly blocked customers' attempts to use competing services to make purchases using their mobile phones. A nationwide mobile provider restricted the types of lawful applications that could be accessed over its 3G mobile wireless network.

Em resposta a consulta pública sobre o tema, apesar de alguns comentários favoráveis às medidas regulatórias, outros foram desfavoráveis por entenderem que a imposição de regras poderia justamente acabar com o caráter aberto e livre da internet. De qualquer forma, a FCC concluiu que os benefícios superavam eventuais riscos advindos da regulação, apontando inclusive para o perigo de irreversibilidade dos malefícios em caso de optar-se por não adotar tais medidas (FCC 10-201, p. 05)¹¹

3.2.2. Promoção da inovação, investimento, competição, liberdade de expressão e outros objetivos nacionais relativos à banda larga

Apontando que a abertura da internet promove a inovação, o investimento, a competição, a liberdade de expressão e outros objetivos nacionais, a FCC compara a internet com a eletricidade e o computador, que engrenam toda a economia de um país, num ciclo virtuoso de inovação, destacando-se que os usuários se beneficiam do desenvolvimento de várias empresas e segmentos, e não só dos que exploram as redes de telecomunicações (FCC 10-201, p. 05):

Like electricity and the computer, the Internet is a “general purpose technology” that enables new methods of production that have a major impact on the entire economy. The Internet’s founders intentionally built a network that is open, in the sense that it has no gatekeepers limiting innovation and communication through the network.

¹¹ “We conclude that the benefits of ensuring Internet openness through enforceable, high-level, prophylactic rules outweigh the costs. The harms that could result from threats to openness are significant and likely irreversible, while the costs of compliance with our rules should be small, in large part because the rules appear to be consistent with current industry practices. The rules are carefully calibrated to preserve the benefits of the open Internet and increase certainty for all Internet stakeholders, with minimal burden on broadband providers.” (FCC 10-201, p. 05)

(...)

End users benefit because the Internet's openness allows new technologies to be developed and distributed by a broad range of sources, not just by the companies that operate the network.

Nesse sentido, Ian Brown e Christopher T. Marsden (2013, p. 141) lembram que a preocupação com a neutralidade de rede, tendo o acesso à internet se tornado mais fácil aos cidadãos, ultrapassa as questões de telecomunicações, uma vez que envolve inúmeros valores da sociedade moderna atrelados a direitos fundamentais, como o pluralismo da mídia e a diversidade cultural. Mais uma vez, portanto, se observa o impacto da evolução da essencialidade de um serviço no modelo regulatório. Com a evolução tecnológica, a banda larga surge como insumo essencial ao desenvolvimento das demais atividades econômicas. Até as companhias pequenas se beneficiam da internet aberta e contribuem para a economia, valendo lembrar a importância do *streaming video* e do *e-commerce* em todo esse processo (FCC 10-201, p. 06):

Startups and small businesses benefit because the Internet's openness enables anyone connected to the network to reach and do business with anyone else, allowing even the smallest and most remotely located businesses to access national and global markets, and contribute to the economy through e-commerce and online advertising.

Além disso, a internet aparece como instrumento para o exercício de direitos cívicos e para a consolidação da democracia, sendo necessário, pois, que o trajeto entre os provedores de conteúdo e os usuários seja livre, sem limitações, restrições ou direcionamentos, sob pena de se comprometer tais valores e de se limitar o processo de inovação e desenvolvimento da própria internet, cuja importância para os órgãos públicos também é destacada pela FCC (FCC 10-201, p. 08):

Openness also is essential to the Internet's role as a platform for speech and civic engagement.²⁷ An informed electorate is critical to the health of a functioning democracy,²⁸ and Congress has recognized that the Internet "offer[s] a forum for a true diversity of political discourse, unique opportunities for cultural development, and myriad avenues for intellectual activity." (...) Furthermore, local, state, and federal government agencies are increasingly using the Internet to communicate with the public, including to provide information about and deliver essential services.

Analisando o mercado, a FCC identifica três posições na sua cadeia de desenvolvimento: (i) o prestador do serviço de banda larga, que fornece capacidade de rede para viabilizar a conexão; (ii) o provedor de conteúdo, aplicações e serviços, cujo acesso se dá por meio do serviço de banda larga; e (iii) o usuário que se vale

do serviço de banda larga para acessar o conteúdo. Ocorre que tais posições não são excludentes, de modo que é bastante comum, havendo inclusive incentivos econômicos para tanto, que um agente econômico ocupe mais de uma posição nessa cadeia, por exemplo, prestando o serviço de banda larga e, simultaneamente, provendo aplicações de conteúdo. Da mesma forma, aponta a FCC, um usuário pode se valer do serviço de banda larga para disseminar conteúdo na internet (FCC 10-201, p. 11).

Nesse contexto é que se visualiza o incentivo à adoção de práticas contrárias à abertura da internet. De fato, no caso do prestador de banda larga que também provê conteúdo, ele acaba transportando seus dados e os dados do concorrente, havendo, pois, um ambiente propício a bloqueios e degradações propositais. A FCC, na realidade, identificou três tipos de incentivos a que os prestadores de banda larga ajam de forma anticompetitiva.

Primeiro, os prestadores de banda larga têm incentivo econômico para bloquear ou de alguma forma prejudicar determinados segmentos de provedores de conteúdo. Como boa parte dos provedores de conexão à internet (banda larga) também são prestadores de serviços de telefonia, eles tendem a não querer deixar aplicativos de voz sobre IP, *streaming* e etc. se desenvolverem, por representarem uma ameaça aos seus serviços de telefonia. Contudo, é preciso deixar claro que, embora o propósito das regras seja impedir o bloqueio ou a degradação de outros serviços na prática concorrentes, principalmente os que trafegam voz e vídeo, a determinação abrange todos os tipos de tráfego na internet. Além disso, eles também podem agir de maneira a beneficiar determinados provedores de conteúdo dispostos a pagar para obter preferência no tráfego dos seus dados ou até mesmo para excluir concorrentes, como no caso, por exemplo, de um provedor de conteúdo de vídeo que pague para que o prestador de banda larga impeça ou danifique o tráfego do seu concorrente. Tais condutas acarretariam prejuízo aos usuários, que não conseguiriam acessar o conteúdo desejado, e poderiam reduzir o processo de inovação, consolidando as empresas já estabelecidas e impedindo o surgimento de novos serviços e novos *players* (FCC 10-201, p. 11-14).

Segundo, a lógica de pagamento pelo tráfego preferencial ou privilegiado de dados aumenta o custo para os provedores de conteúdo. Ou seja, para chegar aos usuários com a velocidade necessária, os provedores de conteúdo acabam tendo

que alocar recursos adicionais que poderiam ser aplicados na própria empresa, de onde se infere que essa sistemática afasta investimentos e reduz a inovação. O problema, aliás, é potencializado pelo fato de que o mercado de conteúdo é composto por muitas empresas *startups*, ou seja, iniciantes com poucos recursos, mais sensíveis a barreiras de entrada. Dessa forma, a necessidade de pagamento para tratamento prioritário no tráfego de dados representaria um enorme obstáculo a essas empresas que precisam de terreno fértil e livre para se desenvolver (FCC 10-201, p. 15-17).

Terceiro, os prestadores de banda larga, a partir do momento em que passarem a cobrar por tratamento prioritário no transporte de dados, terão o incentivo de degradar a qualidade daqueles que optam por não pagar por esse tratamento prioritário. Com isso, a diferença de qualidade entre os provedores de conteúdo tende a aumentar, forçando o pagamento por esse tipo de serviço, a preços cada vez mais altos. Além disso, eles não poderão assegurar que estarão disponíveis a todos que queiram acessá-la, pois haverá restrição nesse sentido (bloqueios, degradação de qualidade, etc.) imposta pelas prestadoras do serviço de banda larga, que, tendo competência técnica para o gerenciamento de rede e de tráfego, são capazes de afetar o livre funcionamento da internet. A FCC chama atenção, ainda, para o fato de que a existência de poder de mercado maximiza tais problemas, sobretudo em localidades com poucos concorrentes, como é o caso de boa parte dos usuários residenciais de banda larga, que, na época, possuíam apenas uma ou duas opções de prestadoras (FCC 10-201, p. 18-19):

Although these threats to Internet-enabled innovation, growth, and competition do not depend upon broadband providers having market power with respect to end users, most would be exacerbated by such market power. A broadband provider's incentive to favor affiliated content or the content of unaffiliated firms that pay for it to do so, its incentive to block or degrade traffic or charge edge providers for access to end users, and its incentive to squeeze non-prioritized transmission will all be greater if end users are less able to respond by switching to rival broadband providers. The risk of market power is highest in markets with few competitors, and most residential end users today have only one or two choices for wireline broadband Internet access service.

De fato, em 2010, segundo a FCC, a reforçar as medidas adotadas, o diagnóstico regulatório do cenário norte-americano era de pouca competitividade, pouca opção de troca entre prestadoras e, conseqüentemente, alta barreira a

mudanças. A banda larga móvel, por sua vez, ainda estava em estágio inicial e não se sabia ao certo como seria a relação entre as duas (FCC 10-201, p. 20-21):

The record does not enable us to make a predictive judgment that the future will be more competitive than the past. Although wireless providers are increasingly offering faster broadband services, we do not know, for example, how end users will value the trade-offs between the benefits of wireless service (e.g., mobility) and the benefits of fixed wireline service (e.g., higher download and upload speeds). We note that the two largest mobile broadband providers also offer wireline or fixed service; this could dampen their incentive to compete aggressively with wireline (or fixed) services.

In addition, customers may incur significant costs in switching broadband providers because of early termination fees; the inconvenience of ordering, installation, and set-up, and associated deposits or fees; possible difficulty returning the earlier broadband provider's equipment and the cost of replacing incompatible customer-owned equipment; the risk of temporarily losing service; the risk of problems learning how to use the new service; and the possible loss of a provider-specific email address or website.

Colocando a análise sobre competitividade no centro do debate relativo à neutralidade de rede, Donald B. Johnston e Aaron Collins (2008, p. 75-76) defenderam, no ano de 2008, que a ausência de competição demanda a adoção de medidas regulatórias para garantir o desenvolvimento da internet. Segundo os autores, se há competição suficiente, os problemas são resolvidos pelo próprio mercado, uma vez que os usuários podem facilmente migrar entre as prestadoras e, com isso, reagir a práticas que entendem não favoráveis à abertura da internet. Por outro lado, com baixo nível de competição, há de se valer do quadro legal para minimizar os prejuízos da discriminação. Assumem, portanto, que sem regras de neutralidade de rede, há um real risco de que as prestadoras discriminem conteúdos independentes em claro prejuízo à sociedade.

Como já mencionado, a análise do setor regulado indicou que os benefícios de proteger a abertura e a liberdade no bojo da internet são bem maiores do que os eventuais custos das medidas regulatórias adotadas. Entendeu-se que a ampliação das práticas atentatórias à abertura da internet diminuiria ou até mesmo romperia o ciclo virtuoso da inovação. Segundo a FCC, os provedores de conteúdo, baseados em acordos de preferência firmados com os prestadores de banda larga, poderiam ter que investir em tecnologias específicas e, com isso, haver um desestímulo à inovação no desenvolvimento de novas aplicações tecnológicas (FCC 10-201, p. 23).

A FCC argumenta que não há evidências de que as regras da *open internet* desestimulem o investimento em banda larga. Ao contrário, elas preservariam o ciclo virtuoso da inovação, incentivando o investimento em infraestrutura nesse segmento. Destaca ainda que, não obstante as projeções para os setores regulados estejam sujeitas a falhas, a Suprema Corte consagra o poder do órgão regulador para, *a priori*, guiar o mercado por meio de seus atos e regulação, sem necessariamente ter que aguardar os eventos para reagir concretamente a eles. Em outras palavras, trata-se da utilização de regulação *ex ante*. Por fim, o órgão regulador afirma que a *Open Internet Order* gera benefícios para todos os envolvidos no setor, sobretudo no que toca à estabilidade regulatória e à segurança para prestação e fruição dos serviços (FCC 10-201, p. 24-26)¹².

3.2.3. As regras da *Open Internet Order*

A respeito das medidas regulatórias propriamente ditas, a FCC se norteia por quatro princípios básicos: transparência, proibição ao bloqueio, proibição à discriminação desarrazoada e gerenciamento razoável das redes. A ideia é frear a proliferação de determinadas práticas discriminatórias, mas sem provocar mudanças significativas no funcionamento do setor. Dessa forma, busca-se consagrar regras de certa forma já aderentes à noção de que o serviço banda larga deve permitir que o consumidor vá onde quiser na internet e se interligue com quem quiser na rede (FCC 10-201, p. 27). A propósito, o serviço de banda larga (*broadband internet access service*), destinatário de tais regras, é assim definido pela legislação norte-americana (FCC 10-201, p. 28):

A mass-market retail service by wire or radio that provides the capability to transmit data to and receive data from all or substantially all Internet endpoints, including any capabilities that are incidental to and enable the operation of the communications service, but excluding dial-up Internet access service. This term also encompasses any service that the Commission finds to be providing a functional equivalent of the service

¹² “Broadband providers benefit from increased certainty that they can reasonably manage their networks and innovate with respect to network technologies and business models. For those who communicate and innovate on the Internet, and for investors in edge technologies, there is great value in having confidence that the Internet will remain open, and that there will be a forum available to bring complaints about violations of open Internet standards. End users also stand to benefit from assurances that services on which they depend “won’t suddenly be pulled out from under them, held ransom to extra payments either from the sites or from them.”¹⁴² Providing clear yet flexible rules of the road that enable the Internet to continue to flourish is the central goal of the action we take today”. (FCC 10-201, p. 24-26)

described in the previous sentence, or that is used to evade the protections set forth in this Part.

A respeito do conceito, há pelo menos quatro elementos que merecem atenção: (i) a forma de disponibilização ao usuário; (ii) as possibilidades tecnológicas de prestação; (iii) a funcionalidade e a abrangência; e (iv) os serviços que propiciem uma funcionalidade equivalente.

A primeira exigência para caracterização do serviço de banda larga é a oferta em massa aos usuários (*mass-market*), o que implica que o serviço deve ser vendido de forma padronizada para consumidores residenciais, pequenas empresas e outros estabelecimentos como escolas e bibliotecas. Ou seja, não inclui serviços oferecidos em larga escala para empresas por meio de pacotes personalizados frutos de negociações individuais (FCC-10-201, p. 28)¹³. Acerca da sua funcionalidade e abrangência, o essencial é que possua a capacidade para transmitir e receber dados de e para todos os pontos das redes, num claro delineamento de que o tráfego por meio da infraestrutura de banda larga deve ser livre, aberto e sem interferências, a justificar a adoção da *Open Internet Order*. No que se refere à tecnologia empregada, o serviço de banda larga é neutro, sendo passível de ser prestado por qualquer plataforma tecnológica, com a transmissão viabilizada por meios confinados (par de cobre, fibra ótica e cabos em geral) ou não confinados (radiofrequência terrestre e satélite). Por fim, a definição prevê a possibilidade de a FCC considerar como banda larga qualquer serviço que esteja provendo uma funcionalidade equivalente àquela descrita, em que há oferta em massa aos usuários, por meio de qualquer tecnologia, visando à transmissão e ao recebimento de dados de e para todos os pontos das redes. Na prática, percebe-se que essa válvula de escape normativa tem como serventia garantir igual tratamento a determinados prestadores que, em razão de peculiaridades na prestação do serviço, podem pretender escapar à incidência do regramento próprio da banda larga. Vejam-se, a respeito, os exemplos de atividades consideradas equivalentes à banda larga pela FCC (FCC 10-201, p. 29):

¹³ “*Mass market*’ means a service marketed and sold on a standardized basis to residential customers, small businesses, and other end-user customers such as schools and libraries. 146 For the purposes of this definition, “*mass market*” also includes broadband Internet access services purchased with the support of the E-rate program that may be customized or individually negotiated. The term does not include enterprise service offerings, which are typically offered to larger organizations through customized or individually negotiated arrangements” (FCC-10-201, p. 28).

A key factor in determining whether a service is used to evade the scope of the rules is whether the service is used as a substitute for broadband Internet access service. For example, an Internet access service that provides access to a substantial subset of Internet endpoints based on end users preference to avoid certain content, applications, or services; Internet access services that allow some uses of the Internet (such as access to the World Wide Web) but not others (such as e-mail); or a “Best of the Web” Internet access service that provides access to 100 top websites could not be used to evade the open Internet rules applicable to “broadband Internet access service.”

Como já adiantado, optou-se por conferir um tratamento diferenciado para a banda larga fixa e para a banda larga móvel, muito em função do estágio inicial desta última e da sua maior velocidade de desenvolvimento, a demonstrar que o nível de amadurecimento do serviço e de sua penetração social traz impactos diretos no seu regramento. Nesse ponto, vale registrar que, segundo a FCC, a banda larga fixa abrange a banda larga fixa sem fio, incluindo os serviços que usam o espectro radioelétrico sem licença, e a banda larga fixa prestada por meio de satélite. Ela é definida, então, como “*a broadband Internet access service that serves end users primarily at fixed endpoints using stationary equipment, such as the modem that connects an end user’s home router, computer, or other Internet access device to the network.*”. Já a banda larga móvel é definida como “*a broadband Internet access service that serves end users primarily using mobile stations*” (FCC 10-201, p. 30-31).

Nessa toada, percebe-se que as regras definidas pela FCC valem apenas para as prestadoras de banda larga, e não para (i) os provedores de conteúdo, uma vez que a competência do órgão regulador não se estende a eles e que a ideia das regras é dar continuidade aos princípios adotados em 2005; (ii) o acesso por meio de internet discada, que se caracteriza como serviço de telefonia, de ampla concorrência e já submetido ao Título II do *Communications Act*; e (iii) o acesso à internet oferecida a clientes por livrarias, cafeterias e outros estabelecimentos que firmam contrato de banda larga com uma prestadora a fim de oferecer o serviço a seus clientes, pois apresentam natureza acessória superficial à atividade principal empreendida (FCC 10-201, p. 31-31).

3.2.3.1. Transparência

Delineado o escopo das regras e enfatizando seus efeitos benéficos, a FCC explica que a transparência nas práticas de gerenciamento, de performance e de acordo comercial de rede das prestadoras de banda larga promovem a competição de cinco maneiras, além de estimular a inovação, investimentos, ampliar as opções de escolha para os usuários finais: (i) os usuários podem fazer escolhas mais corretas, uma vez que são escolhas bem informadas, desestimulando práticas anticompetitivas; (ii) com mais confiança dos usuários finais, o uso da banda larga será mais intenso, acarretando, em consequência, maiores investimentos por parte dos prestadores, o que se alinha com a política setorial; (iii) há incentivo à inovação, investimento e competição em razão de a transparência assegurar às empresas entrantes (*startups*) o terreno fértil estável e previsível para desenvolver e manter suas atividades; (iv) aumentam as possibilidades de respeito às regras de *open internet*, bem como aumentam as chances de as irregularidades não ocorrerem e, no caso de ocorrência, serem sanadas mais rapidamente; e (v) subsidia o órgão regulador com informações necessárias para avaliação do mercado e implementação das demais regras setoriais, de modo a sempre possibilitar um tratamento alinhado à realidade que se apresenta (FCC 10-201, p. 32-33).

Aliás, apontou-se que os próprios envolvidos, a partir do debate público, demonstraram o entendimento de que, dada a importância e as características da internet, a transparência seria um valor a ser implementado, sendo necessário e adequado que os usuários finais, os provedores de conteúdo e o órgão regulador sejam informados acerca das práticas de gerenciamento, performance e dos termos de acordo comercial envolvendo as redes das prestadoras de banda larga. Nesse sentido, foi editada a seguinte regra de transparência (FCC 10-201, p. 33):

A person engaged in the provision of broadband Internet access service shall publicly disclose accurate information regarding the network management practices, performance, and commercial terms of its broadband Internet access services sufficient for consumers to make informed choices regarding use of such services and for content, application, service, and device providers to develop, market, and maintain Internet offerings.

Há, assim, uma breve descrição não exaustiva dos detalhes aos quais deverão ser dada publicidade e transparência, dentre eles: (i) práticas de rede: gerenciamento de congestionamento de rede; medidas específicas adotadas para

determinadas aplicações; regras de conexão a determinados dispositivos; regras de segurança, salvo aquelas que podem comprometer a própria segurança; (ii) características de performance: performance do serviço, como velocidade, tecnologia utilizada, etc.; (iii) condições comerciais: aspectos relativos ao preço; políticas de privacidade; política de resolução de problemas para usuários finais e provedores de conteúdo (FCC 10-201, p. 34-35). Esse tipo de regulação (*disclosure regulation*), como se observa, é considerada pouco intervencionista, já que não regula a prestação em si do serviço, mas apenas impõe a divulgação adequada das informações relativas a essa prestação (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 119). Com as medidas de transparência, permite-se, então, que os não detentores de infraestrutura fiscalizem as práticas adotadas no gerenciamento das redes, criando-se um ambiente de permanente vigilância que também tende a prevenir as condutas anticompetitivas e discriminatórias¹⁴.

3.2.3.2. Não bloqueio

Apesar da importância da regra de transparência, entendeu-se, ao contrário de algumas vezes em sentido contrário, que ela não seria, por si só, suficiente para evitar as práticas atentatórias à abertura da internet, motivo pelo qual foram adotadas outras duas regras, a de não bloqueio e a de não discriminação desarrazoada. De fato, aponta-se que a liberdade para enviar e receber conteúdos lícitos sem receio de bloqueios é essencial para o desenvolvimento da internet e para a plena competição nos mercados adjacentes de comunicação de voz e de programação de vídeos e áudios, acarretando, pois, a seguinte determinação a respeito da impossibilidade de bloqueios (FCC 10-201. P. 37-38):

A person engaged in the provision of fixed broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not block lawful content, applications, services, or nonharmful devices, subject to reasonable network management.

¹⁴ A FCC afirma, ainda, que determinados softwares podem auxiliar na implementação das práticas de transparência: “A key purpose of the transparency rule is to enable third-party experts such as independent engineers and consumer watchdogs to monitor and evaluate network management practices, in order to surface concerns regarding potential open Internet violations. We also note the existence of free software tools that enable Internet end users and edge providers to monitor and detect blocking and discrimination by broadband providers. Although current tools cannot detect all instances of blocking or discrimination and cannot substitute for disclosure of network management policies, such tools may help supplement the transparency rule we adopt today” (FCC-10-201, p. 28).

A regra abrange todo o tráfego de informação oriundo de ou dirigido para um usuário de banda larga, ainda que não se enquadre perfeitamente nas categorias trazidas pelo regramento. Refere-se apenas a conteúdo legal, ou seja, são permitidos os bloqueios de conteúdos proibidos, como pornografia infantil. Na verdade, a FCC deixa claro que a regra atinge não apenas o bloqueio em si, mas também a degradação do tráfego de dados, reduzindo sua qualidade, uma vez que a diferença entre ambos muitas vezes seria meramente semântica (FCC 10-201, p. 39).

3.2.3.3. Não discriminação

Por fim, tem-se a regra de não discriminação desarrazoada, delineada nos seguintes termos (FCC 10-201, p. 40):

A person engaged in the provision of fixed broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not unreasonably discriminate in transmitting lawful network traffic over a consumer's broadband Internet access service. Reasonable network management shall not constitute unreasonable discrimination.

A regra busca trazer um equilíbrio entre a discriminação não desejada e prejudicial à internet e a discriminação que traduz um tratamento diferenciado justo e necessário. Em seguida, dada a vaga expressão adotada, a FCC arrola algumas diretrizes para guiar as práticas do setor: (i) transparência: a discriminação tenderá a ser razoável se houver transparência e não razoável se não houver transparência, conclusão obtida a partir da constatação de que os prestadores de banda larga praticavam atos discriminatórios muito em razão de suas condutas não serem visíveis aos usuários. De fato, se o gerenciamento de rede for transparente, os próprios usuários poderão obter informações claras sobre a prestação do serviço, inibindo, em consequência, as discriminações desarrazoadas; (ii) controle por parte do usuário final: o controle do acesso à internet deve estar nas mãos do usuário final, ou seja, não pode a prestadora de banda larga escolher, direta ou indiretamente, por meio de incentivos ou favorecimentos, o conteúdo adequado para os usuários finais; (iii) discriminações específicas e justificáveis: seria possível promover discriminações para grupos específicos, tratando desigualmente os desiguais. Nesse ponto, a FCC explica inclusive que seria razoável, num período de congestionamento, conferir mais banda para aquele usuário que fez pouco uso de

sua internet no período precedente, do que para os usuários que estatisticamente consumissem mais dados. A medida se justificaria por não interferir na escolha dos usuários sobre qual conteúdo e aplicações deseja acessar, e por não afetar a competição entre os provedores de conteúdo; (iv) práticas de mercado: para saber se a discriminação é razoável, é preciso avaliar se a conduta está ou não alinhada com as melhores práticas e técnicas de engenharia, governança, organização, etc, de modo a evitar regulações desnecessárias (FCC 10-201, p. 40-42).

A preocupação que ensejou a implementação dessa regra, voltada à competição, à liberdade de escolha dos usuários e à liberdade de expressão, é assim resumida pela FCC (FCC 10-201, p. 42):

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

São apontadas, ainda, quatro razões para não se admitir interferência no tráfego da internet por meio de acordos comerciais, ou seja, para vedar que os prestadores de banda larga sejam remunerados para direta ou indiretamente favorecer o tráfego de determinados agentes econômicos, o que se denominou de *pay-for-priority*. A FCC argumenta que esse tipo de conduta, fugindo das práticas históricas do setor, poderia criar barreiras à entrada de novos competidores, prejudicando a inovação, o uso não comercial da internet e a qualidade dos serviços prestados por quem não adere a tais pagamentos. Por serem bastante elucidativos, colacionam-se os argumentos do órgão regulador norte-americano (FCC 10-201, p. 43):

First, pay for priority would represent a significant departure from historical and current practice. Since the beginning of the Internet, Internet access providers have typically not charged particular content or application providers fees to reach the providers' retail service end users or struck pay-for-priority deals, and the record does not contain evidence that U.S. broadband providers currently engage in such arrangements. Second this departure from longstanding norms could cause great harm to innovation and investment in and on the Internet. As discussed above, pay-for-priority arrangements could raise barriers to entry on the Internet by requiring fees from edge providers, as well as transaction costs arising from the need to reach agreements with one or more broadband providers to access a critical

mass of potential end users. Fees imposed on edge providers may be excessive because few edge providers have the ability to bargain for lesser fees, and because no broadband provider internalizes the full costs of reduced innovation and the exit of edge providers from the market. Third, pay-for-priority arrangements may particularly harm non-commercial end users, including individual loggers, libraries, schools, advocacy organizations, and other speakers, especially those who communicate through video or other content sensitive to network congestion. Even open Internet skeptics acknowledge that pay for priority may disadvantage non-commercial uses of the network, which are typically less able to pay for priority, and for which the Internet is a uniquely important platform. Fourth, broadband providers that sought to offer pay-for-priority services would have an incentive to limit the quality of service provided to non-prioritized traffic. In light of each of these concerns, as a general matter, it is unlikely that pay for priority would satisfy the “no unreasonable discrimination” standard. The practice of a broadband Internet access service provider prioritizing its own content, applications, or services, or those of its affiliates, would raise the same significant concerns and would be subject to the same standards and considerations in evaluating reasonableness as third-party pay-for-priority arrangements.

O objetivo, portanto, é manter a concepção original da internet, calcada no princípio *end-to-end*, segundo o qual a conexão entre o emissor e o receptor do sinal deve ser livre e igualitária, sem interferência no tráfego da informação. Pires, Vasconcellos e Teixeira (2009, p. 104) explicam com bastante didática esse fundamento da internet que se busca preservar:

A ideia de neutralidade da rede esteve subjacente a todo desenvolvimento da internet, na medida em que a concepção e desenvolvimento desta se deu sob o princípio *end-to-end*. Sob tal princípio toda inteligência da rede é colocada em suas margens (nos dispositivos dos usuários finais), e não em seu núcleo. Assim, os dispositivos de roteamento em meio à rede apenas desmontam os pacotes de dados gerados pelos usuários ou servidores de conteúdo e os endereçam aos seus destinatários, onde ao final serão remontados para compor uma mensagem de e-mail, uma página no browser, etc.

Embora alguns setores tenham sugerido que fosse adotada uma regra rígida de não discriminação, a FCC resolveu, como visto, adotar a regra de não discriminação desarrazoada, uma vez que algum tipo de discriminação pode sim ser benéfica. Por outro lado, as discriminações maléficas não são identificadas apenas como aquelas anticompetitivas ou que prejudiquem o consumidor. A ideia é mais ampla, no sentido de que as prestadoras de banda larga não devem ter a prerrogativa de escolher os vencedores e os perdedores na internet, sendo inclusive, na esteira da doutrina do *common carrier*, obrigadas a transportar igualmente os dados de todos os interessados. Afinal, como aponta a FCC, contrariaria toda a regulação proposta se eles pudessem escolher quando prestar o serviço, a quem

prestar e a qual velocidade, pois essa conduta seria afeta a um *private carrier*, e não a um *common carrier* (FCC 10-201, p. 47).

A noção de gerenciamento razoável de rede já havia sido ventilada no ano de 2005, sendo que, segundo a FCC, seus objetivos, descritos no chamado *Open Internet NPRM*, seriam reduzir os efeitos do congestionamento de rede, conferir um tratamento específico para o tráfego indesejado, prevenir a transferência de conteúdo ilícito e prevenir a transferência ilícita de conteúdo. Não obstante, entendeu-se que é preciso dar maior clareza ao entendimento acerca do gerenciamento razoável de rede, razão pela qual foi editada a seguinte regra (FCC 10-201, p. 47-48):

A network management practice is reasonable if it is appropriate and tailored to achieving a legitimate network management purpose, taking into account the particular network architecture and technology of the broadband Internet access service.

Legitimate network management purposes include: ensuring network security and integrity, including by addressing traffic that is harmful to the network; addressing traffic that is unwanted by end users (including by premise operators), such as by providing services or capabilities consistent with an end user's choices regarding parental controls or security capabilities; and reducing or mitigating the effects of congestion on the network.

Percebe-se, pois, dado o volume de dados em curso nas redes, a grande variedade de aplicações tecnicamente possíveis de serem ofertadas e o enorme uso que a sociedade faz dessa tecnologia, para os diversos e inimagináveis fins, que o gerenciamento de rede deve restringir a situações que garantam o funcionamento da rede justamente com transparência, isonomia e qualidade aos envolvidos, como a previsão de os usuários, dentro de sua liberdade, incluírem ou excluïrem determinados tipos de conteúdo, e a adoção de medidas voltadas a, num cenário de congestionamento, impedir que usuários com grande consumo de dados prejudique a fruição do serviço pelos demais usuários. Ou seja, a interferência no tráfego de dados não se propõe a conferir vantagem a determinado interessado, mas justamente garantir o ambiente concorrencialmente saudável para que os agentes possam atuar de forma isonômica.

De qualquer forma, por mais que a regra adotada traga uma diretriz, é o julgamento caso a caso que irá afinando o entendimento do órgão regulador. Segundo a FCC, é preciso equilibrar a clareza com a flexibilidade, não havendo

necessidade de prévia anuência para que o controlador da rede possa de alguma forma interferir no tráfego de dados, embora seja possível solicitar uma espécie de declaração ou prévio posicionamento do órgão regulador a respeito da conduta que se pretende implementar (FCC 10-201, p. 49).

Há, ainda, uma preocupação com o uso ilegítimo dessa permissão para a interferência no gerenciamento das redes, motivo pelo qual, além do uso para o combate a fraudes, os agentes do setor, mormente as prestadoras de banda larga, devem agir com transparência, tendo sempre em mãos as justificativas para suas condutas, especialmente em função da assimetria de informação entre agentes regulados e órgão regulador, fato este reconhecido pela FCC, quando afirma que, não podendo pretender conhecer tudo que pode ser tecnicamente feito para garantir o adequado funcionamento das redes, as prestadoras devem possuir flexibilidade para inovar no gerenciamento destas (FCC 10-201, p. 51).

3.2.3.4. Banda larga móvel

No que se refere à banda larga móvel, boa parte do regramento adotado pela FCC lhe é aplicável, tal como a liberdade dos consumidores, a liberdade de expressão, a necessidade de competição e a liberdade para inovar sem necessidade de prévia autorização. Trata-se de valores importantes tanto para a banda larga móvel quanto para a banda larga fixa. Contudo, a diferença entre tais segmentos, tanto em relação ao estágio em que se encontravam em 2010 quanto em relação às especificidades tecnológicas, impôs à FCC a adoção de um tratamento minimamente diferenciado para cada um deles. No trecho abaixo, o órgão regulador norte-americano descreve a rápida evolução da banda larga móvel, cuja velocidade e capacidade vêm aumentando expressivamente, destacando que seus usuários gozam de mais opções do que os da banda larga fixa (FCC 10-201, p. 52-53):

(...) mobile broadband presents special considerations that suggest differences in how and when open Internet protections should apply. Mobile broadband is an earlier-stage platform than fixed broadband, and it is rapidly evolving. For most of the history of the Internet, access has been predominantly through fixed platforms—first dial-up, then cable modem and DSL services. As of a few years ago, most consumers used their mobile phones primarily to make phone calls and send text messages, and most mobile providers offered Internet access only via “walled gardens” or stripped down websites. Today, however, mobile broadband is an important

Internet access platform that is helping drive broadband adoption, and data usage is growing rapidly. The mobile ecosystem is experiencing very rapid innovation and change, including an expanding array of smartphones, aircard modems, and other devices that enable Internet access; the emergence and rapid growth of dedicated-purpose mobile devices like e-readers; the development of mobile application (“app”) stores and hundreds of thousands of mobile apps; and the evolution of new business models for mobile broadband providers, including usage-based pricing. Moreover, most consumers have more choices for mobile broadband than for fixed (particularly fixed wireline) broadband. Mobile broadband speeds, capacity, and penetration are typically much lower than for fixed broadband, though some providers have begun offering 4G service that will enable offerings with higher speeds and capacity and lower latency than previous generations of mobile service.

Nesse sentido, as regras de transparência e de não bloqueio são aplicáveis à banda larga móvel, uma vez que as experiências de ambos os usuários – da banda larga fixa e móvel –, demandam um entendimento claro e preciso a respeito das práticas de gerenciamento de rede, da sua performance e dos termos dos acordos comerciais. Ambos também têm a mesma expectativa de terem livre acesso a todo tipo de conteúdo disponível na internet. Só assim será possível a todos os envolvidos realizar um juízo efetivamente crítico sobre o serviço ofertado pelas prestadoras de banda larga e, com isso, eventualmente fazer valer seus direitos.

Embora tenha sido identificado que as prestadoras de banda larga móvel já haviam formulado entre elas uma espécie de código de conduta que incluía valores de transparência, optou-se por impor o correspondente regramento para garantir o *enforcement* regulatório e assegurar que ele seja de fato uniforme para todos. A FCC afirma que, embora não exija das prestadoras de banda larga móvel que absolutamente todos os interessados se conectem a suas redes, exige que seus procedimentos sejam todos abertos e que eventuais restrições sejam criteriosamente motivadas e informadas. Além disso, há algumas especificidades de tratamento em razão das autorizações de uso de radiofrequência detidas pelas prestadoras de banda larga móvel, como as relativas à faixa de 700 MHz, própria para a exploração da chamada tecnologia 4G (FCC 10-201, p. 54-55), que demandam abertura específica para os desenvolvedores de aplicações vinculadas a tal faixa de radiofrequência. Na prática, impõem-se obrigações ou condicionamentos específicos àqueles que obtiveram autorização para fazer uso daquela faixa de radiofrequência, que é um bem escasso.

Quanto à proibição de bloqueio, adotou-se regra própria que, permitindo um gerenciamento razoável das redes, garante o pleno acesso dos usuários finais às

diversas aplicações disponíveis na internet, especialmente impedindo o bloqueio de determinados conteúdos passíveis de competir com serviços de telefonia já oferecidos, como voz e vídeo. Eis, portanto, o teor da regra de não bloqueio para a banda larga móvel (FCC 10-201, p. 55):

A person engaged in the provision of mobile broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not block consumers from accessing lawful websites, subject to reasonable network management; nor shall such person block applications that compete with the provider's voice or video telephony services, subject to reasonable network management.

Na verdade, o escopo da regra é o mesmo da regra aplicável à banda larga fixa, qual seja, garantir que os usuários tenham livre acesso aos conteúdos lícitos disponíveis na rede, pois, como dito, nesse ponto, a percepção de fruição do serviço é igual para ambos os segmentos de banda larga. Além disso, a FCC, justificando a adoção do regramento, também identificou casos concretos em que as prestadoras de banda móvel chegaram a bloquear aplicações que podiam competir com os seus serviços de telefonia, demonstrando a existência de forte incentivo a que promovessem esse tipo de conduta (FCC 10-201, p. 56). Não obstante, aponta que, devido às peculiaridades das redes que dão suporte à banda larga móvel, a razoabilidade pode justificar a adoção de determinadas práticas de gerenciamento de rede que não são admitidas na maioria das redes de banda larga fixa. Ou seja, para determinar se uma prática de gerenciamento de rede é ou não razoável, devem ser levadas em consideração as características técnicas e operacionais da correspondente infraestrutura (FCC 10-201, p. 57).

Diante desse cenário não tão definido em relação ao desenvolvimento das redes móveis, a FCC entendeu que deveria aguardar o amadurecimento do segmento para só depois trazer alguma definição de critérios a respeito da razoabilidade de discriminações no gerenciamento de tais redes. Portanto, naquela ocasião, no ano de 2010, decidiu-se não aplicar a regra de não discriminação desarrazoada à banda larga móvel. Não obstante, como dito, o assunto entrou em regime de observação por parte do órgão regulador em relação, por exemplo, aos efeitos de tais regras no desenvolvimento do mercado, a eventuais condutas das prestadoras de banda larga que possam prejudicar a inovação, competição e liberdade de expressão, bem como às diferenças entre a banda larga fixa e móvel que afetem o consumidor (FCC 10-201, p. 58):

We are taking measured steps to protect openness for mobile broadband at this time in part because we want to better understand how the mobile broadband market is developing before determining whether adjustments to this framework are necessary. To that end, we will closely monitor developments in the mobile broadband market, with a particular focus on the following issues: (1) the effects of these rules, the C Block conditions, and market developments related to the openness of the Internet as accessed through mobile broadband; (2) any conduct by mobile broadband providers that harms innovation, investment, competition, end users, free expression or the achievement of national broadband goals; (3) the extent to which differences between fixed and mobile rules affect fixed and mobile broadband markets, including competition among fixed and mobile broadband providers; and (4) the extent to which differences between fixed and mobile rules affect end users for whom mobile broadband is their only or primary Internet access platform. We will investigate and evaluate concerns as they arise. We also will adjust our rules as appropriate. To aid the Commission in these tasks, we will create an Open Internet Advisory Committee, as discussed below in paragraph 162, with a mandate that includes monitoring and regularly reporting on the state of Internet openness for mobile broadband.

Como se vê, para que se forje uma medida regulatória, é essencial a plena visão do mercado regulado, tanto sobre seu funcionamento técnico e seus desdobramentos concorrenciais quanto sobre a percepção de utilidade do correspondente serviço para a sociedade e para o consumidor. A depender de seu grau de utilidade pública, determinadas medidas regulatórias podem ser justificadas ou descartadas, influenciando no planejamento setorial. A regulação, nesse contexto, avalia e busca assegurar a concretização do planejamento mais adequado, consubstanciando, na visão de Márcio Iório Aranha (2015b, p. 31), um método ou uma tecnologia “oriunda da relação do ser humano com a natureza”. Segundo ele, “enquanto tecnologia, a regulação é uma forma de produção da existência social dependente de um projeto humano de acompanhamento conjuntural dos sistemas sociais”. Daí que apenas acompanhando de perto o desenvolvimento da banda larga móvel é que se torna possível definir adequadamente as respectivas medidas regulatórias. Segundo o autor, “a eficácia da influência pretendida pelos preceitos normativos é diretamente proporcional a sua sintonia com a linguagem falada no setor, ou seja, com a conformação e dinâmica setorial” (ARANHA, 2015b, p. 50-51).

A FCC, então, por fim, consigna que a ideia das regras adotadas não é interferir em regramentos já existentes de natureza diversa, especialmente os relativos a questões como segurança pública, saúde pública e combate a condutas criminosas. Afirma, por exemplo, que as prestadoras de banda larga evidentemente

podem e devem interferir no gerenciamento de rede para priorizar as comunicações de emergência ou para bloquear o tráfego de dados que armazenem pornografia infantil. Para deixar clara sua posição, edita a seguinte regra (FCC 10-201, p. 59):

Nothing in this part supersedes any obligation or authorization a provider of broadband Internet access service may have to address the needs of emergency communications or law enforcement, public safety, or national security authorities, consistent with or as permitted by applicable law, or limits the provider's ability to do so.

Nothing in this part prohibits reasonable efforts by a provider of broadband Internet access service to address copyright infringement or other unlawful activity.

Nesse contexto, por serem bastante elucidativas, são trazidas ao trabalho as conclusões registradas em estudo de Economides e Tåg (2009), conforme apontado por Pires, Vasconcellos e Teixeira (2009, p. 112), sobre os reflexos da ausência de neutralidade de rede:

- (i) Introduce-se a possibilidade de priorização de pacotes ou a degradação na entrega de pacotes de provedores de conteúdo e aplicativos que não pagarem os 'pedágios' cobrados pelo detentor de infraestrutura;
- (ii) Caso os provedores de acesso se engajem na discriminação de pacotes de acordo com suas origens, é possível que eles determinem quais provedores de conteúdo e aplicações serão bem-sucedidos e quais não serão. Se os provedores de acesso forem integrados com provedores de acesso e aplicativos, o que é comum, isso pode levar a grandes distorções no mercado e redução do processo de inovação na internet;
- (iii) Empresas menores e menos capitalizadas raramente estarão dispostas a pagar ao provedor de acesso pela prioridade de tráfego na rede, o que também reduziria o ritmo de inovações na web;
- (iv) Os provedores de acesso podem vir a beneficiar seus próprios provedores de conteúdo (integração vertical) em detrimento de concorrentes independentes;
- (v) Como a internet foi concebida como uma rede que conecta outras redes, a possibilidade de cobranças de pedágios em cada uma dessas redes parciais reforça sobremaneira a possibilidade de fragmentação da rede mundial.

Percebe-se, então, que, sendo o objetivo das regras adotadas pela FCC, em resumo, impedir o surgimento de práticas que retirem ou diminuam o pleno poder de escolha dos usuários e que constituam barreiras à inovação e à competição, especialmente ao surgimento de novos provedores de conteúdo, as preocupações endereçadas pelo órgão regulador norte-americano encontram-se bastante alinhadas com as consequências da ausência de neutralidade de rede apontadas no referido estudo:

3.2.4. Competência da FCC para adotar as regras da *Open Internet Order* à luz da essencialidade contemporânea da banda larga

Uma vez estabelecidas as regras da *Open Internet Order*, a FCC passa a expor a fundamentação jurídica que sustenta sua atuação, ou seja, que ampara a imposição de medidas regulatórias para o serviço de banda larga, que, recorde-se, não possuía àquela época a classificação formal de serviço de telecomunicações, mas de serviço de informação. Segundo o órgão regulador, a seção 706 do *Communications Act* lhe atribui competência para a adoção das medidas regulatórias voltadas ao serviço de banda larga, já que é competente para, no âmbito dos mercados de voz, vídeo e áudio, promover a competição e o investimento e proteger os usuários, além de também ser competente para resguardar o interesse público no uso do espectro de radiofrequências (FCC 10-201, p. 64). Há, no raciocínio exposto, ainda que nas entrelinhas, a ideia de que o serviço de banda larga ganhou tamanha relevância social que passou a permitir a adoção das medidas regulatórias mesmo sem estar classificado como serviço de telecomunicações.

Na visão da FCC, suas atribuições estão previstas em várias seções das legislações que tratam de comunicação, de modo que, vistas de maneira sistemática, possibilitam uma ampla atuação em prol da competição, investimento, transparência e das regras ora adotadas (*Open Internet Order*). Nesse sentido, argumenta que o *US Code*, em seu Título 47, que trata de telecomunicações, conferiu ao órgão regulador a competência para promover a regulação interestadual e estrangeira do comércio relativo a comunicações via fio e radiofrequência a fim de tornar disponível, dentro do possível, a todos as pessoas dos Estados Unidos, um rápido e eficiente serviço de conexão à rede mundial de computadores. Eis o teor do § 151 do 47 *US Code*:

For the purpose of regulating interstate and foreign commerce in communication by wire and radio so as to make available, so far as possible, to all the people of the United States, without discrimination on the basis of race, color, religion, national origin, or sex, a rapid, efficient, Nation-wide, and world-wide wire and radio communication service with adequate facilities at reasonable charges, for the purpose of the national defense, for the purpose of promoting safety of life and property through the use of wire and radio communications, and for the purpose of securing a more effective execution of this policy by centralizing authority heretofore granted by law to several agencies and by granting additional authority with respect to interstate and foreign commerce in wire and radio communication, there is created a commission to be known as the "Federal Communications

Commission”, which shall be constituted as hereinafter provided, and which shall execute and enforce the provisions of this chapter.

O órgão regulador ainda suscita os §§ 230 e 254 do 47 *US Code*, que, demonstrando a importância da internet para modernizar as comunicações interestaduais, consagram como política pública do país (i) a promoção da continuidade do desenvolvimento da internet e de tecnologias que maximizem o controle dos usuários sobre as informações que acessam; (ii) a manutenção e incremento da competição existente no livre mercado de internet; e (iii) a concretização de um programa universal que garanta o acesso aos mais avançados serviços de telecomunicações e de informação em todo o país, especialmente em escolas, bibliotecas e centros de saúde. Para melhor compreensão, vale citar trecho do §230 do 47 *US Code* que traça os objetivos a serem alcançados nessa área (FCC 10-201, p. 63):

(a) Findings – The Congress finds the following:

(1) The rapidly developing array of Internet and other interactive computer services available to individual Americans represent an extraordinary advance in the availability of educational and informational resources to our citizens.

(2) These services offer users a great degree of control over the information that they receive, as well as the potential for even greater control in the future as technology develops.

(3) The Internet and other interactive computer services offer a forum for a true diversity of political discourse, unique opportunities for cultural development, and myriad avenues for intellectual activity.

(4) The Internet and other interactive computer services have flourished, to the benefit of all Americans, with a minimum of government regulation.

(5) Increasingly Americans are relying on interactive media for a variety of political, educational, cultural, and entertainment services.

(b) Policy – It is the policy of the United States:

(1) to promote the continued development of the Internet and other interactive computer services and other interactive media;

(2) to preserve the vibrant and competitive free market that presently exists for the Internet and other interactive computer services, unfettered by Federal or State regulation;

(3) to encourage the development of technologies which maximize user control over what information is received by individuals, families, and schools who use the Internet and other interactive computer services;

(4) to remove disincentives for the development and utilization of blocking and filtering technologies that empower parents to restrict their children’s access to objectionable or inappropriate online material; and

(5) to ensure vigorous enforcement of Federal criminal laws to deter and punish trafficking in obscenity, stalking, and harassment by means of computer.

Por fim, a FCC se vale da seção 706 do *Communications Act* para defender sua autoridade para atuar, aduzindo que estaria inserida na sua competência para promover o desenvolvimento das telecomunicações e garantir sua oferta com

atualidade e avanço tecnológico a todos os americanos. Como se vê, tem-se uma interpretação regulatória não formalista que busca adequar o objetivo legal à realidade, dando concretude ao substrato normativo. Afinal, como lembra Marcus Faro de Castro (2014, p. 699), a constituição – e o ordenamento jurídico em geral – “vale mais pelo que significa em termos práticos no plano vivo das instituições e das políticas públicas concretas, do que no discurso abstrato, e frequentemente vazio, de muitos juristas”. Assim, identificando um descompasso entre o plano normativo garantido aos cidadãos e a realidade, por meio da deficiência da disponibilização da banda larga, a FCC disporia de competência e discricionariedade para realinhar o contexto fático aos direitos legais assegurados, agindo de acordo com a medida, de regulação ou desregulação, que entender mais adequada. De fato, a FCC afirma ter concluído, em julho de 2010, que o desenvolvimento da banda larga não era adequado e que, em razão disso, a seção 706(b) conferia expressa competência para a adoção de medidas regulatórias em prol do investimento e da competição (FCC 10-201, p. 68). Tem-se, então, o exato exercício do papel regulatório apontado por Eduardo Augusto de Oliveira Ramires, segundo lições de Ariño Ortiz, que deve garantir a prestação presente e futura dos serviços e o estabelecimento do nível adequado da relação custo-benefício, segundo o grau de desenvolvimento e as prioridades determinadas pela sociedade (RAMIRES, 2005, p. 97). Para melhor contextualização do argumento, cita-se o teor da referida Seção 706 do *Communications Act*.

SEC. 706. ADVANCED TELECOMMUNICATIONS INCENTIVES.

(a) IN GENERAL - The Commission and each State commission with regulatory jurisdiction over telecommunications services shall encourage the deployment on a reasonable and timely basis of advanced telecommunications capability to all Americans (including, in particular, elementary and secondary schools and classrooms) by utilizing, in a manner consistent with the public interest, convenience, and necessity, price cap regulation, regulatory forbearance, measures that promote competition in the local telecommunications market, or other regulating methods that remove barriers to infrastructure investment.

(b) INQUIRY - The Commission shall, within 30 months after the date of enactment of this Act, and regularly thereafter, initiate a notice of inquiry concerning the availability of advanced telecommunications capability to all Americans (including, in particular, elementary and secondary schools and classrooms) and shall complete the inquiry within 180 days after its initiation. In the inquiry, the Commission shall determine whether advanced telecommunications capability is being deployed to all Americans in a reasonable and timely fashion. If the Commission's determination is negative, it shall take immediate action to accelerate deployment of such capability by removing barriers to infrastructure investment and by promoting competition in the telecommunications market.

Diante desses comandos legais, os primeiros aspectos destacados pela FCC dizem respeito à inclusão do serviço de banda larga na expressão “capacidade avançada de telecomunicações”, à qual sua competência é atrelada, e à amplitude das medidas aptas de serem adotadas, decorrentes de expressões normativas principiológicas, como as que determinam que sejam utilizados meios compatíveis com o interesse público, bem como outros que contribuam para a redução às barreiras ao investimento em infraestrutura (FCC 10-201, p. 64).

Como se vê, o ordenamento jurídico que contém vetores axiológicos, de cunho mais principiológico, ao invés de regras rígidas, tende a ser mais flexível e perene, servindo de amparo às realidades que vão surgindo no tempo¹⁵. Essa foi a interpretação dada pela FCC, optando por, sem reclassificar o serviço de banda larga como serviço de telecomunicações, se valer dos referidos dispositivos legais para embasar sua decisão da *Open Internet Order*, atrelada à democratização no acesso à infraestrutura e ao pleno desenvolvimento da banda larga¹⁶. Como lembra Eduardo Augusto de Oliveira Ramires (2005, p. 204), uma cláusula geral de função social das redes de telecomunicações, por exemplo, “poderá determinar diferentes formas de condicionamento ‘positivo e negativo’ do uso de tais bens”, a serem definidos conforme demonstração de necessidade e adequação a finalidade públicas específicas e relevantes. Nesse caso a apreensão de adequação a partir da realidade levou a FCC a considerar essencial naquele contexto a inserção interpretativa da banda larga no foco de sua regulação. Sem dúvidas, como afirma Márcio Iório Aranha (2015b, p. 50), “a velocidade de transformação tecnológica é um dos fatores de desestabilização do sistema normativo”. De qualquer forma, diante de

¹⁵ Baldwin, Cave e Lodge (2012, p. 298-300), sob outra ótica, demonstram preocupação com os riscos inerentes à utilização simplista de *standards*, defendendo uma maior parametrização para tanto.

¹⁶ Daniel Almeida de Oliveira (2015, p. 24) lembra que as transformações ocorridas na própria Constituição estadunidense se deram a partir de interpretações de consenso decorrentes de instrumentos da ciência política, explicando as fontes dessa afirmação: “Com apoio, por exemplo, em Bruce Ackerman (2006), que ao fazer investigação histórica, demonstra que as grandes alterações sofridas na Constituição estadunidense, inclusive a própria Constituição em si, não foram feitas respeitando a Constituição vigente, mas sim por meio de um consenso dos Poderes políticos a respeito do que era constitucional; e em Stephen Griffin (1996 e 2005), que afirma que o controle judicial de constitucionalidade depende do contexto político que se tem e que deve ser desenhado conforme a capacidade (política) concreta de os três Poderes garantirem os direitos fundamentais e a estabilidade democrática”. Nesse ponto, Luís Roberto Barroso (2003, 146-147) explica que a interpretação evolutiva possui papel de grande significação no direito constitucional norte-americano, exemplificando que “na vigência de uma mesma Constituição, o tratamento dado aos negros evoluiu da discriminação total para a discriminação atenuada e, depois, para a não-discriminação”.

standards, cujo conteúdo é preenchido por interpretações evolutivas e contextualizadas, deve-se ter em mente que é a aproximação com a conjuntura contemporânea que confere sentido prático ao marco regulatório.

Em seguida, apesar de ter apontado que no passado, com a *Advanced Services Order*, já havia chegado a negar uma leitura à seção 706 que lhe permitisse a adoção de determinadas medidas, a FCC consignou que também naquela ocasião havia reconhecido seu dever de promover o desenvolvimento de capacidade de redes de suporte à internet. Atualmente, o entendimento é de que a seção 706 realmente autoriza o órgão regulador a dar tratamento a práticas que possam prejudicar a atração de investimentos na infraestrutura de suporte ao acesso à internet ou limitar a competição nos mercados de serviços de telecomunicações, como bloqueio às comunicações feitas por meio de VoIP, degradação dos sinais de transmissão de vídeos ou aumento de custos para a transmissão regular e negativa de informação aos usuários a respeito dos serviços usufruídos (FCC 10-201, p. 65-66). Percebe-se que sua nova posição é justificada basicamente a partir do aumento da relevância da banda larga, já que, inclusive do ponto de vista político-institucional, a demanda por adoção de medidas se torna mais intensa conforme aumenta a repercussão social de determinadas questões. Nesse sentido, Michael Clarke (2000, p. 03) explica que a regulação é essencialmente um processo político (*regulation is an essentially political process*) e que a necessidade de intervenções regulatórias em determinada atividade realmente só vem à tona a partir de um processo político de mobilização em que há intensa interação entre fontes de influência pública e privada.

A FCC, contudo, defende que a competência oriunda da seção 706(a) não é ilimitada, apontando três limitadores claros: (i) competência limitada a “*interstate and foreign commerce in communication by wire and radio*”; (ii) as medidas da FCC devem “*encourage the deployment on a reasonable and timely basis of advanced telecommunications capability to all Americans*”; (iii) as medidas, para se alinharem ao interesse público, devem ser materializadas por uma ou mais das seguintes medidas: “*price cap regulation, regulatory forbearance, measures that promote competition in the local telecommunications market, or other regulating methods that remove barriers to infrastructure investment*”. Segundo a FCC, medidas que não se enquadrem nessas categorias não estão autorizadas pela seção 706(a) do

Communications Act (FCC 10-201, p. 66). O curioso, como apontado, é que tais balizas limitadoras ainda são bastante amplas, podendo ser utilizadas para justificar inúmeras medidas, já que utilizam, inclusive, uma métrica residual, como a que menciona a possibilidade de utilização de qualquer outro método que remova barreiras ao investimento em infraestrutura. O fato é que o órgão regulador busca compatibilizar o interesse privado com o interesse público, inclusive visando à própria sustentabilidade do desenvolvimento do setor, que não deve ser predatório.

Segundo Eduardo Hayden Carvalhaes Neto (2008, p. 98), essa é uma das tarefas do Direito Administrativo, “resolver impasses de maneira a tornar a exploração eficiente e rentável do serviço por um ente privado [...], nunca relegando a plano coadjuvante o interesse público primário”. Ao tempo em que destaca o papel da regulação dos mercados na consecução do interesse público, lembra que as medidas devem ser adotadas da forma menos onerosa possível para o ente privado. É nessa dualidade que decisões como a ora analisada se inserem.

Em seguida, a FCC especifica, mais uma vez, as possibilidades de atuação decorrentes das seguintes competências que possui: (i) promoção de competição e investimento e de proteção aos usuários de serviços de voz, vídeo e áudio, o que inclui regras voltadas à abertura da internet a fim de reforçar suas atribuições oriundas dos Títulos II, III e IV do *Communications Act*; (ii) proteção do interesse público por meio do licenciamento do uso do espectro radioelétrico; (iii) coleta de informações para permitir que possa reportar ao Congresso sobre o desempenho de suas atribuições. Nesse sentido, primeiramente a decisão registra que, ainda que a competência da FCC fosse relacionada a voz, vídeo e áudio, ela poderia agir no que se refere a comunicações de voz, vídeo e áudio realizadas por meio da internet, o que abrangeria questões de gerenciamento de redes de telecomunicações. De qualquer forma, os serviços conhecidos como *over-the-top* (OTT), prestados sob a plataforma da internet, quando usados como substitutos aos serviços de telefonia tradicionais, podem ser considerados concorrentes destes últimos. Assim, quando as prestadoras de banda larga também são prestadoras de serviços de telefonia, elas têm incentivo a bloquear e degradar o tráfego desses serviços OTT, dando ensejo a condutas anticoncorrenciais, sobre as quais a FCC possui competência para atuar (FCC 10-201, p. 68).

A decisão também consigna que a seção 251(a)(1) do *Communications Act* impõe aos responsáveis pelo tráfego das telecomunicações o dever de se interconectarem entre si a fim de viabilizar a fruição das aplicações e facilidades um do outro¹⁷. A FCC, então, defende sua competência para atuar, preventiva ou repressivamente, para garantir que essas interconexões sejam implementadas. Dessa forma, se serviços de voz, áudio e vídeos prestados por meio da internet (serviços OTT) fossem considerados serviços de telecomunicações, a competência da FCC para atuar nessa seara estaria bastante clara. Já sob a classificação de serviços de informação, a argumentação utilizada é no sentido de que os serviços OTT admitem receber e efetuar ligações para os serviços de telecomunicações, de onde se infere que estes últimos devem ter preservada sua capacidade de se interconectar com aqueles. Em suma, a interferência, por meio de bloqueio ou degradação, na interconexão dos serviços OTT implicaria prejuízo à liberdade de interconexão garantida aos usuários dos serviços de telecomunicações. Com esse raciocínio, a FCC assegura sua competência, à luz de disposições do próprio Título II do *Communications Act*, para a adoção da *Open Internet Order* (FCC 10-201, p. 70).

Em relação às disposições do Título III do *Communications Act*, a FCC argumenta que seu dever de desenvolver os mercados de televisão e rádio respaldaria a medida ora adotada. Aponta que tanto a televisão quanto o rádio têm se valido da internet para difundir suas programações, demonstrando, com isso, que a interferência indevida a essas transmissões prejudicaria seu dever de desenvolver esses segmentos, como determina o referido Título III. E nesse sentido, constatando que muitas prestadoras de banda larga também são distribuidoras de programação¹⁸, elas teriam o incentivo e a capacidade técnica para bloquear ou degradar a qualidade dos conteúdos *online*, ou cobrar preços abusivos para permitir sua adequada transmissão. Já o Título IV, que atribui ao órgão regulador o papel de proteger a competição nos serviços de distribuição de programação, especificamente no âmbito do serviço denominado de *Multichannel Video Program Distributor* (MVPD), também sustentaria a *Open Internet Order*, uma vez que tem

¹⁷ “SEC. 251. INTERCONNECTION - (a) GENERAL DUTY OF TELECOMMUNICATIONS CARRIERS- Each telecommunications carrier has the duty (1) to interconnect directly or indirectly with the facilities and equipment of other telecommunications carriers”.

¹⁸ Especificamente *Multichannel Video Program Distributor* (MVPD).

como objetivo justamente impedir práticas anticoncorrenciais em relação à transmissão de vídeos *online*, cuja qualidade depende essencialmente da adequação na transmissão (FCC 10-201, p. 100).

A FCC ainda traz à tona sua competência para controlar o espectro radioelétrico nos Estados Unidos, emitindo as respectivas licenças que autorizam o uso das subfaixas de radiofrequências no país. Afirma que, quando da emissão de tais licenças, deve incluir medidas ou condicionamentos voltados à consecução do interesse público, dentre eles o rápido desenvolvimento de novas tecnologias, produtos e serviços, podendo inclusive inserir novas exigências a licenças já emitidas. Tem-se, dessa maneira, segundo o órgão regulador, um importante instrumento de atuação no âmbito da banda larga móvel, que necessariamente faz uso do espectro radioelétrico. A esse segmento de banda larga, então, considerando razões de interesse público, decidiu-se aplicar algumas das regras da *Open Internet Order*, como já exposto (FCC 10-201, p. 75-76).

Outro fundamento legal apontado diz respeito à regra de transparência adotada, que estaria justificada em função do dever da FCC de prestar contas anualmente ao Congresso americano sobre sua atuação, inclusive apresentando informações relacionadas à regulação das comunicações por fio e sem fio, bem como eventuais proposições legislativas consideradas úteis e necessárias ao setor. Dessa forma, segundo o órgão regulador, ele teria competência para impor medidas de transparência aos agentes regulados em razão da necessidade de obtenção de informações que lhe permitam cumprir sua obrigação de se reportar anualmente ao Congresso (FCC 10-201, p. 76-77). Vê-se, pois, em alguns pontos, como este, um enorme esforço interpretativo por parte do órgão regulador para justificar seus atos.

Por fim, a FCC defende, em reação aos comentários das prestadoras de banda larga, que as medidas adotadas não ofendem a liberdade de expressão nem a propriedade privada. O argumento das prestadoras de banda larga é no sentido de que a *Open Internet Order* ofende a liberdade de expressão, garantida pela Primeira Emenda à Constituição Americana¹⁹, pois ao transmitir conteúdo, deveria ter total liberdade no tratamento da informação que vai difundir, seja própria ou de terceiros, o que lhe garantiria inclusive o direito de cobrar por preferência, gerenciar

¹⁹ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

velocidade de transmissão, etc. A FCC, em contrapartida, aduz que quando as prestadoras de banda larga transportam o conteúdo de terceiros, eles não são considerados “*speakers*”, ou seja, uma pessoa com direito a se expressar, mas “*conduits for speech*”, que apenas transmitem pacotes de informação, ou seja, são intermediários – não produtores da informação – necessários para veicular a informação alheia. Em outras palavras, nessa situação, eles próprios não discursam, mas apenas conduzem discursos de alheios (FCC 10-201, p. 78). Tal raciocínio é corroborado pelo argumento das próprias prestadoras de banda larga, que afirmam que não se responsabilizam pelo conteúdo que transportam. Ora, se não têm qualquer controle ou responsabilidade sobre conteúdo transportado é porque, nesse ponto, são meros intermediários, e não produtores de conteúdo que mereçam proteção sob o manto do direito constitucional à liberdade de expressão. Além disso, a FCC destaca que as regras adotadas não impedem as prestadoras de banda larga de alterarem suas páginas na internet ou mesmo difundir quaisquer conteúdos lícitos que pretendam. Ou seja, em relação ao seu próprio conteúdo, há plena garantia de liberdade de expressão (FCC 10-201, p. 79).

No que se refere ao direito de propriedade, assegurado na Quinta Emenda à Constituição americana²⁰, argumenta que não há nenhuma ofensa, uma vez que as regras adotadas não limitam os preços cobrados pelas prestadoras pelo serviço de banda larga, mas apenas exigem transparência e proíbem o bloqueio e as discriminações desarrazoadas dos dados transportados, destacando que as políticas envolvendo a infraestrutura das comunicações sempre estiveram inseridas nas competências do órgão regulador desde 1934. Além de a *Open Internet Order* não atingir o núcleo do direito de propriedade, a FCC aponta que as próprias normas de desapropriação caminham no sentido de não ser possível imaginar que o regime jurídico a que determinadas propriedades são submetidas permanecerá imutável ao longo do tempo, sobretudo numa área tão impactada por avanços tecnológicos. De igual modo, também não seria razoável admitir que os detentores de infraestrutura de transporte de dados seriam livres para ilimitadamente adotar posturas

²⁰ “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

discriminatórias (FCC 10-201, p. 81). Como leciona Eduardo Augusto de Oliveira Ramires (2005, p. 30), as ações regulatórias voltadas a incentivar o ingresso de operadores nos segmentos do mercado de telecomunicações que permanecem inacessíveis à competição implicam considerar o detentor de infraestrutura “como agente econômico dotado de poder de mercado incontestável de molde a justificar uma ação regulatória antimonopolista”. Peter Alexiadis e Martin Cave (2010, p. 518) explicam que a infraestrutura de redes, por serem socialmente significantes, sujeitam-se a altos níveis de regulação econômica e social.

Como se viu, a FCC, em suma, buscou justificar as medidas regulatórias adotadas a partir de diretrizes legais que determinam a persecução de objetivos em prol da coletividade. Interpretou-se uma moldura normativa segundo o nível de relevância adquirido pela banda larga na sociedade.

4. A DECISÃO DA CORTE DE APELAÇÃO DO DISTRITO DE COLUMBIA: FCC x VERIZON (2014)

Como já indicado, a decisão da FCC materializada na *Open Internet Order* (2010), foi questionada judicialmente pela *Verizon*, prestadora de serviços de telecomunicações, incluindo o de banda larga, e detentora de infraestrutura de transmissão de dados. Pode-se dizer que a medida adotada pelo órgão regulador americano foi de encontro aos seus interesses na medida em que de certa forma limitou sua liberdade de explorar comercialmente suas redes de telecomunicações da maneira que pretendia, fragmentando o conteúdo transmitido de modo a que, por meio de tratamentos diferenciados, a remuneração pelo tráfego de determinadas categorias fosse superior ao de outras.

A contenda, ajuizada setembro de 2013, foi decidida em janeiro de 2014 pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia, tendo de um lado a *Verizon* e de outro a FCC e, na qualidade de interventor, um representante de empresas de telefonia e telecomunicações independentes (*Independent Telephone & Telecommunications Alliance*). O Poder Judiciário norte-americano decidiu que a FCC não poderia impor as medidas da *Open Internet Order* sem que promovesse a reclassificação do serviço de banda larga, de serviço de informação para serviço de telecomunicações. Embora tenha reconhecido a importância da banda larga e a competência da FCC para regular esse serviço, entendendo como razoável a interpretação dada pelo órgão regulador, cuja decisão merece deferência, adotou-se, como será visto, uma argumentação jurídico-formal relacionada à impossibilidade de impor obrigações próprias de *common carriers* a prestadores de serviços de informação. Com isso, na prática, a *Open Internet Order* só se sustentaria se o serviço de banda larga fosse formalmente reclassificado como serviço de telecomunicações.

Do ponto de vista material, ao tempo em que se confirma a importância da banda larga no mundo moderno, fica clara a necessidade de a regulação setorial estar munida de mecanismos que permitam o ajuste à nova realidade, por meio de medidas a serem formalizadas pelos órgãos reguladores. Márcio Iorio Aranha (2015b, p. 81) aponta, nesse contexto, que, enquanto o Poder Legislativo se

constitui no formulador de políticas gerais e de estruturação dos setores de interesse público, “o Poder Executivo assume, com clareza, a função normativa conjuntural destinada a acompanhar o setor no seu dinamismo, mas dentro da legalidade”. A regulação dos serviços públicos, segundo Paulo Roberto Ferreira Motta (2003, p. 53), não é fácil justamente por consubstanciar “procedimento dinâmico, cambiante, que apresenta matizes diferenciados em cada lugar e momento histórico, prolongando-se pelos tempos futuros”. Afirma, ainda, que a regulação jamais cessará, pois, num mundo altamente interligado, as riquezas são constantemente recriadas, com impacto direto nos bens e serviços ofertados.

De maneira semelhante é a noção de universalização dos serviços de telecomunicações, que embute a necessidade de constantemente identificar as demandas da população no intuito de corretamente alocar as obrigações regulatórias. Nesse sentido, Eduardo Hayden Carvalhaes Neto (2008, p. 111-112), registrando que a própria ideia de serviço público varia e que os destinatários das políticas públicas passam por movimentos de expansão e retração, afirma que “a universalização de serviços públicos é inegavelmente uma tarefa constante e infindável”. Daí que Márcio Iório Aranha (2008, p. 02) defende a efetiva inserção da sociedade no processo decisório da regulação, quando afirma que, não obstante a verdadeira busca seja pela virtude política, “a invasão do domínio público pela sociedade corrói os valores originariamente políticos e os substitui por valores sociais”.

A seguir, então, serão apresentados os parâmetros da decisão proferida pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia, delineando-se a linha de argumentação deduzida (i) tanto para barrar a *Open Internet Order*, apesar da confirmação da competência da FCC e da razoabilidade de sua interpretação; (ii) quanto para adiantar o caminho jurídico-regulatório necessário de ser trilhado pelo órgão regulador para fazer valer suas pretensões em relação à regulação da banda larga segundo os ditames próprios da contemporaneidade. Antes, contudo, serão tecidas algumas considerações sobre a posição do Poder Judiciário na conformação das políticas públicas.

4.1. Considerações sobre a posição do Poder Judiciário na conformação das políticas públicas

A concepção de que o Estado, enquanto tomador de decisão, não se afigura como o produtor isolado da regulação, mas como um dos agentes que integram o espaço regulatório (LAENDER, 2009, p. 245), não é restrita à seara administrativa, também se aplicando, com as devidas especificidades, no âmbito do Poder Judiciário. Embora o ativismo judicial caminhe no sentido de identificar o Poder Judiciário como o responsável pela concretização de valores fundamentais consagrados no texto constitucional, sobrepondo-se aos Poderes Executivo e Legislativo especialmente quando estes forem omissos, há que se ter uma visão ampliada do processo decisório, sobretudo a partir do impacto provocado pela contemporaneidade em seus diversos aspectos (sociais, econômicos, políticos, culturais, tecnológicos, etc.).

O fenômeno do ativismo judicial está ligado à valorização dos princípios como forma de interpretação e integração do ordenamento jurídico, consagrando uma postura menos formal e mais proativa do Poder Judiciário. De fato, após a Segunda Guerra Mundial, marcada por um formalismo jurídico exacerbado, cresceu a utilização de institutos abertos de interpretação, como princípios, conceitos jurídicos vagos, indeterminados, etc. Com isso, criou-se um terreno fértil para que o Poder Judiciário, baseado nessas fluídas formas de interpretação e integração do direito, incrementasse seu papel no processo político, sobretudo em comparação aos Poderes Executivo e Legislativo.

Diante desse novo panorama em torno do direito e do Poder Judiciário, mais questões começam a ser judicializadas, inclusive as de grande repercussão política ou social. Os diversos movimentos da sociedade, enfim, começam a apostar na resolução dessas questões por meio da obtenção de uma decisão judicial. Diana Kapiszewski (2010, p. 73), por exemplo, analisando o cenário da América Latina, afirma que a partir da década de 1980, a transição do regime autoritário para uma política econômica neoliberal e as reformas no Judiciário conduziram a um aumento de questões potencialmente sujeitas ao controle judicial, no que chamou de *“dramatic expansion in the number of disputes potentially subject to adjudication and the potential of judiciaries to resolve them”*.

Werneck Vianna (1997) afirma, por exemplo, que com a Constituição Federal de 1988, os magistrados deixaram de atuar de maneira passiva e reativa para assumir uma postura proativa, de efetiva interferência nas demais esferas de Poderes. Sobre o aumento da busca por uma decisão judicial, Hilda Helena Soares Bentes (2009, p. 226) afirma que a crise do Estado moderno acaba depositando no Poder Judiciário responsabilidades que deveriam ser assumidas pelos outros Poderes:

Por outro lado, o Estado moderno vem perdendo solidez com relação às instâncias políticas. O cidadão defronta-se com o estiolamento dos ideais político-institucionais que haviam balizado o Estado moderno. Adicione-se a esse descrédito, a ausência de princípios éticos mínimos do agir político. Observa-se uma crescente despolitização do cidadão, que efetua a transferência das expectativas frustradas no plano político para o Judiciário, com a finalidade de resgate dos ideais de Justiça. Como afirma Antoine Garapon, o juiz torna-se o principal garantidor dos direitos, como também o responsável pela recuperação da democracia, o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política.

Alexandre Veronese (2011, p. 203) recorda a posição de Júlio Aurélio Vianna Lopes, para quem “ao invés de lutas políticas em prol de direitos, teríamos um incremento das lutas jurídicas em prol dos direitos”, numa visão que demonstra o aumento da participação do Poder Judiciário na conformação de políticas públicas. Luís Roberto Barroso (2008, p. 6), analisando o ativismo judicial, afirma que ele se manifesta por diferentes condutas, com determinações ao Poder Público em matéria de políticas públicas e a aplicação de valores constitucionais a situações não diretamente tratadas na legislação, inclusive por meio da utilização de critérios menos rígidos quando da interpretação das normas:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Nesse contexto, sendo responsável pela concretização dos direitos fundamentais, o ativismo judicial aparece como movimento bastante festejado por parte da doutrina. Contudo, como já indicado, também são externadas

preocupações ao seu crescimento, desde a falta de legitimidade do Poder Judiciário para interferir em políticas públicas até o desequilíbrio institucional dos Poderes. Certamente o plano fático impõe ao Poder Executivo a escolha da aplicação dos recursos públicos, de modo que, a partir do momento em que o Poder Judiciário é que determina como eles serão empregados, instaura-se uma crise de legitimidade que sobrepõe, ao menos em certa medida, um Poder em relação aos demais. Para Luís Roberto Barroso (2008, p. 07), “as críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário”. De fato, além do problema da legitimidade, ao se imiscuir em decisões tipicamente políticas, corre-se o risco não apenas de politizar o Judiciário como também de partidarizá-lo. E depositar no Poder Judiciário a responsabilidade pela implementação dos direitos fundamentais, e não pela resolução dos conflitos, pode fugir à sua capacidade institucional. O movimento contrário ao ativismo judicial, denominado de auto-contenção, é assim explicado pelo autor (2008, p. 10):

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

Apesar de sua importância, o ativismo judicial deve ser exercido ocasionalmente, e não como regra institucionalizada. Luís Roberto Barroso (2008, p. 19) lembra que se trata de “um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado”, já que, segundo o autor, a necessidade de reforma política, decorrente da crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder legislativo, não pode ser feita por juízes. De qualquer forma, o Poder Judiciário surge como um grande ator político do processo de transformações sociais, especialmente

relacionado aos direitos fundamentais²¹. Embora o crescimento do seu papel no cenário político corrobore sua condição de ator político, percebe-se, em outra leitura, que o Poder Judiciário também surge como um veículo pelo qual são canalizadas as disputas políticas da sociedade. Nesse sentido, o Poder Judiciário estaria identificado mais com uma arena de discussão política travada pelos atores sociais. Para Andrei Koerner (1998), o Poder Judiciário é parte do processo político, tal como os demais Poderes, apenas variando no tempo e no espaço seu papel e sua importância.

Ora, as transformações sociais podem ocorrer no plano sociocultural e/ou no plano institucional, que são independentes, apesar dos pontos de interseção. Por plano institucional entenda-se o conjunto de formalidades produzidas pelo Estado num determinado sentido, como políticas públicas, normas, decisões, etc. Já o plano sociocultural consubstancia a aderência ou o respeito espontâneo a certos costumes por parte da população no mundo prático. É possível, por exemplo, que, embora a sociedade possua uma determinada percepção de um assunto, o plano institucional ainda não tenha formalizado o entendimento majoritário da população. Por outro lado, é possível que o plano institucional já tenha trazido a roupagem formal sobre o assunto, mas o plano sociocultural ainda não tenha acompanhado a formalização produzida pelo Estado. Por óbvio que todo esse processo, como demonstra Charles R. Epp (2009, p. 216), é bem mais complexo, não se resumindo a uma dualidade, uma vez que existem diversos estágios de mobilização e formalização em ambos os planos, todos mutuamente se influenciando. Recordando a pluralidade da sociedade, o autor aponta que a institucionalização do direito decorre da confluência de interesses populares e elitistas, vindo de baixo e de cima da pirâmide social:

My analysis thus has much in common with the perspectives that view law as emerging out of social relationships rather than imposed from above and, at the same time, with those that view law as emerging from elite's interests and power. Rather than seeing these alternatives as mutually exclusive, however, I have emphasized the contribution of both popular pressure and elite power, and particularly the role of conflict between these forces in shaping the course of legal development.

A atuação do Poder Judiciário, nesse sentido, ocorre no plano institucional, embora com interferências do plano sociocultural. O fato é que as disputas travadas

²¹ Clarisse Inês de Oliveira (2014, p. 02), afirmando o Poder Judiciário como ator relevante da Ciência Política, sustenta inclusive que houve equívoco acadêmico no privilégio ao estudo dos Poderes Executivo e Legislativo.

no plano sociocultural são transpostas para o plano institucional, impondo às instituições em geral um caráter de arena, muitas vezes mais do que de ator. Matthew Taylor (2008, p. 76-77) considera que o Poder judiciário, em sua atuação como ator do processo político, se apresenta como um *veto player*, ou seja, como uma instituição que pode derrubar políticas públicas deflagradas pelo Executivo ou Legislativo, embora sua atuação não seja necessariamente uniforme. O fato é que o Poder Judiciário tem seu papel no processo político. Como arena, ele se apresenta como um veículo de discussão no plano sociocultural. Como ator, ele pode formalizar, no plano institucional, transformações sociais que ainda precisam ser apreendidas no plano sociocultural.

Na verdade, entende-se que as verdadeiras transformações sociais são aquelas ocorridas no plano sociocultural, em que as pessoas espontaneamente passam a se comportar de uma determinada maneira. Embora as formalizações institucionais sejam importantes como um reconhecimento do Estado, inclusive para efeitos de manejo de *enfocements*, elas configuram parte de um processo político maior e mais complexo de transformação sociocultural. Pode-se discutir, então, se o Poder Judiciário influencia a sociedade ou se a sociedade influencia o Judiciário. Sob a ótica de alguns, é o Poder Judiciário que, por meio do seu ativismo judicial, promove transformações sociais, influenciando o plano sociocultural. Para outros, o Poder Judiciário, como instituição inserida na sociedade, é sim influenciado pelos diversos movimentos que nela transitam. Alexandre Veronese (2001, p. 203), na dualidade entre elementos culturais e institucionais, aponta para um caminho que não extrapole para nenhum dos lados:

O ideal é continuar o caminho em prol de um modelo mais refinado na separação entre os elementos culturais e institucionais em uma quadra mais definida, para evitar que o contexto cultural seja um definidor do processo, como está presente em Couso. Ou, ainda, para evitar narrativas simplistas de engenharia institucional que sobrevalorizam a capacidade de uma mudança legal para fomentar uma alteração desejável.

Vale registrar que a influência a que se refere, porém, não pode ser confundida com interferência indevida, apta a afrontar a independência de que os magistrados dispõem para julgar seus casos. À ideia de que as decisões judiciais não podem ser influenciadas pela opinião pública, pela mídia, por pressões políticas, etc, deve ser contraposta a noção de que a influência é um fato da vida, alheio a qualquer previsão normativa em sentido contrário. Portanto, não há como, quando

dos julgamentos, administrativos ou judiciais, escapar de influências, às vezes até imperceptíveis, oriundas do contexto sociocultural em que se está inserido. Afinal, nem o direito nem os magistrados estão dissociados da sociedade, tampouco a regulação. Luís Roberto Barroso (2008, p. 13), afirmando que direito também é política, aponta que “sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos” e que “juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula”. Na mesma linha, mas do ponto de vista da regulação, Baldwin, Cave e Lodge (2012, p. 102) ensinam que a percepção de riscos regulatórios e a escolha das soluções propostas são claramente formatadas a partir da visão de mundo e do entendimento de relação de causa e efeito dos envolvidos no processo regulatório.

O Poder Judiciário, portanto, dentro das balizas legais, deve sim olhar para a realidade sociocultural quando da prolação de decisões. Afinal, é nessa realidade que a correção da aplicação da norma deve ser medida. Alexandre Veronese (2011, p. 180) lembra que o realismo jurídico, no cenário norte-americano, busca justamente a produção de estudos do mundo jurídico que se voltem à realidade social. Nesse sentido, boa parte das decisões judiciais acaba apenas refletindo, no plano institucional, um movimento já latente e mobilizado no plano sociocultural, apesar da possibilidade de os magistrados não reagirem da mesma maneira num mesmo contexto²².

De qualquer forma, não se pode olvidar que a formalização institucional é apenas uma etapa do processo político, não afastando a necessidade de continuidade da luta por parte dos movimentos até que a efetivação do que se busca esteja plena no plano sociocultural. Gerald N. Rosenberg (2008, p. 420-422), em estudo sobre o potencial do Judiciário para promover mudanças sociais, afirma a importância de o contexto fático, no plano sociocultural, consubstanciar terreno fértil à transformação que se pretende implementar. Afirma que “*on the most fundamental level, courts depend on political support to produce such reform*”, e que “*where there is local hostility to change, court orders will be ignored*”. Ele também é cético quanto à resolução de problemas que não encontraram solução no campo político,

²² GLOPPEN, Siri; WILSON, Bruce M.; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin; KINANDER, Morten; *Courts and Power in Latin America and Africa*. Palgrave Macmillan, 2010, p. 174.

afirmando que “*problems that are unsolvable in the political context can rarely be solved by courts*”. Para ter efetividade, portanto, a decisão judicial – e também a regulatória – deve estar acompanhada de ambiente político sociocultural propício, sob pena de ser ignorada, em especial diante da por vezes fragilidade dos poderes dos tribunais para forçar as mudanças, problema também apontado pelo autor, para quem “*courts will also be ineffective in producing change given any serious resistance because of their lack of implementation powers*”.

Na realidade, o terreno fértil é necessário tanto para que o Poder Judiciário atue quanto para que a decisão judicial prolatada, encontrando guarida no plano sociocultural, se mantenha. Gordon Silverstein (2009, p. 267-270), nesse sentido, aponta que, assim como as demais instituições, o Poder Judiciário e seus membros mudam, se aposentam, morrem, etc., de modo que para enraizar uma transformação social é preciso promover uma mudança na mente das pessoas. Ou seja, segundo o autor, é um risco depositar a responsabilidade pela manutenção de uma determinada política no Poder Judiciário sem trabalhá-la no plano sociocultural:

Relying on law and courts and juridification to lock in and hold policy gains is a risky choice – not only because of the ways in which legal decision making can shape and constrain those policy goals, but also because, ultimately, although the courts are insulated and do respond to different incentives, speak a different language, and see things in a different time horizon, courts change and judges and Justices quit, retire, and die. And when they are replaced, there is no reason to assume that these new judges will necessarily continue to serve as a bulwark, protecting and guaranteeing these same political goals. The only way to protect those policy gains is to change minds. Legal ruling can help, to be sure, but only if they are followed up by the traditional political arts of negotiating bargaining, and persuading.

Para Kenneth F. Warren (2011, p. 370), o Poder Judiciário, na sua competência de revisão dos atos administrativos, deveria mesmo levar em conta o nível de aderência da decisão judicial às expectativas da população em geral, sob pena de eventualmente ser na prática desprezada. Alexandre Veronese (2011, p. 184), lembrando da necessidade de transposição dos direitos do plano abstrato para o plano concreto, aponta que “é a perseguição por parte dos cidadãos por direitos que, ao encontrar-se com um fértil campo para recepção de tais pretensões no Poder Judiciário que lhe dá os contornos aqui aferidos”. Sobre o tema, Luiz Werneck Vianna (1999, p. 259), no âmbito da judicialização da política, propõe retirar o protagonismo do Judiciário e valorizar o papel da sociedade civil organizada:

Na experiência brasileira, como se procurou apontar na Parte I, o que se chama judicialização da política não é o resultado de um protagonismo institucional exercido pelo Poder Judiciário. Ela deriva, diversamente de novas práticas de resistência da sociedade civil, particularmente dos partidos que compõem a minoria parlamentar e das associações de interesses dos setores subalternos, que vêm encontrando na comunidade dos intérpretes um caminho para reforçar a sua representação. De igual modo, no que, aliás, reitera a experiência universal, a judicialização das relações sociais, investigada na Parte II, é mais a expressão de demandas igualitárias por parte de uma sociedade que tem exercido a capacidade de incorporação do sistema político e da vida associativa em geral, do que do exercício de um papel de salvífico por parte do Judiciário.

Sob a ótica dos direitos sociais, interessante trazer algumas das análises feitas por Charles R. Epp (1998, p. 198-199), para quem os direitos não caem do céu, mas são fruto da luta organizada dos movimentos sociais. Sem uma estrutura sociocultural organizada que dê suporte à aplicação do direito, ele se tornará letra morta, mesmo diante de sua eventual existência no rol formal de direitos: “*without a support structure, even the clearest constitutional rights guarantees are likely to become meaningless in the courts; but a vibrant support structure can extend and expand the feeblest of rights*”. Em outra passagem, a explicação é dada nos seguintes termos (1998, p. 205): “*under conditions in which the support structure is deep and vibrant, judicial attention to rights may be sustained and vigorous; under conditions in which a support structure is shallow and weak, judicial attention to rights is likely to be intermittent and ineffective*”.

Dessa discussão, extrai-se que a regulação também não pode ser encarada a partir do órgão regulador, mas a partir do contexto em que está inserida, em todos seus aspectos (social, cultural, econômico, político, tecnológico, mercadológico, etc.), sem olvidar, por óbvio, o papel dos diversos atores institucionais, dentre eles o Poder Judiciário. Nesse sentido, a recente política regulatória da banda larga nos Estados Unidos ora em análise apresenta um rico caso em que se busca institucionalizar medidas para tornar a regulação aderente à nova realidade. E como se verá, o Poder Judiciário não apenas se envolveu na discussão da política regulatória (judicialização da política) como exerceu papel decisivo no desfecho da questão, tanto como *veto player* quanto como um *player* que, tomando como base a evolução da relevância da banda larga à luz do regramento legal, indicou um caminho jurídico ao órgão regulador.

4.2. A decisão da Corte de Apelação do Distrito de Columbia no caso FCC x Verizon

Inicialmente, a Corte resume que a FCC, ao apontar a seção 706 do *Telecommunications Act* de 1996 como fundamento para adotar as medidas de transparência, não bloqueio e não discriminação, diante de sua competência para promover o desenvolvimento da infraestrutura de banda larga, se utilizou de interpretação razoável e calcada em evidências concretas, no sentido de que realmente tais regras irão preservar e estimular o ciclo virtuoso de inovação que levou ao rápido e enorme crescimento da internet, garantindo um ambiente competitivo isonômico que, evitando o abuso de poder das grandes prestadoras, permite o funcionamento saudável do mercado e assegura plena liberdade aos consumidores. Há, aqui, alinhamento com a preocupação de Calixto Salomão Filho (2008, p. 59) de que “é preciso desenvolver regras ou interpretações de regras que permitam evitar [...] a total dominação dos mercados por alguns agentes econômicos e ao abuso dos consumidores”.

Não obstante, entendeu que, embora a FCC tenha competência para regular sobre o assunto, não poderia impor medidas que, na sua visão, seriam contrárias a comandos legais. Nesse sentido, a Corte aponta que, tendo a FCC escolhido manter a classificação da banda larga como serviço de informação, acaba excluindo qualquer possibilidade de tratamento das prestadoras de banda larga como se *common carriers* fossem. Ou seja, as prestadoras de serviços de informação não são *common carriers* e, por consequência, não estão sujeitas a regramentos próprios desta categoria. E na sua visão, as medidas de não discriminação e não bloqueio estariam restritas a agentes regulados que estivessem aptos a sujeitarem-se a obrigações próprias de *common carriers*, como é o caso dos prestadores de serviços de telecomunicações. Com isso, as regras de não bloqueio e não discriminação foram anuladas, sendo mantida apenas a regra de transparência (No. 11-1355, p. 04).

Como se verá, a Corte de Apelação do Distrito de Columbia exara uma decisão profunda, bastante detalhada e calcada em parâmetros técnicos sobre o funcionamento da internet, dividida em quatro tópicos: (i) análise sobre o funcionamento, o mercado e a regulação da internet; (ii) considerações sobre a fundamentação da atribuição de competência da FCC para as medidas adotadas,

especificamente sobre a já referida seção 706 do *Telecommunications Act* de 1996; (iii) exposição das razões pelas quais as medidas de não discriminação e não bloqueio devem ser anuladas; e (iv) a parte dispositiva da decisão, que apresenta a conclusão do julgado.

4.2.1. Sobre a internet

Primeiramente, a Corte destaca que há quatro figuras relevantes no mercado de internet: (i) os detentores de *backbones*, que são as principais redes por onde trafegam os dados, sendo considerada a espinha dorsal da infraestrutura de banda larga; (ii) os prestadores de serviço de banda larga, que fornecem capacidade para a conexão à internet, firmando contrato com o usuário, e podem ou não serem detentores de rede, uma vez que existe a possibilidade de contratação de rede de terceiros; (iii) os provedores de conteúdo, que, produzindo todo tipo de informação e em vários formatos, como o escrito, o áudio e o vídeo, os disponibilizam aos interessados que acessam a internet; e (iv) os consumidores finais, ou seja, aqueles que efetivamente se valem da capacidade de conexão contratada para acessar o conteúdo disponível na internet (No. 11-1355, p. 05).

A Corte destaca que no início da internet, a maioria dos usuários se utilizava da conexão *dial-up*, por meio das linhas de telefone, ao passo que atualmente o acesso se dá via banda larga, uma tecnologia de comunicação de alta velocidade de conexão, prestado por meio de cabos. Buscando dar uma visão geral do funcionamento da internet, a Corte explica que os provedores de conteúdo, como *Amazon* e *Google*, produzem e disponibilizam conteúdos, serviços e aplicações por meio da internet, sendo estes conteúdos, serviços, aplicações consumidos pelos usuários finais, com os dados trafegando por redes de telecomunicações detidas por um sujeito, dentre elas a de *backbone*, que são fibras óticas de longa distância e roteadores de alta velocidade capazes de transmitir grandes quantidades de dados. (No. 11-1355, p. 05)

Na verdade, além do *backbone*, as redes de telecomunicações também são formadas pelo *backhaul* e pela chamada última milha (*last mile*). Se o *backbone* é o núcleo central da rede, a última milha é aquela que chega à casa do usuário e o *backhaul* é a infraestrutura intermediária que liga uma à outra. Trata-se de diferentes níveis de ramificação, uma central (*backbone*), uma intermediária (*backhaul*) e uma

periférica (última milha)²³. Donald B. Johnston e Aaron Collins (2008, p. 49-50), a partir a concepção de Nicholas Economides (2007, p. 4) de que a internet nada mais é do que uma estrutura de redes globais interconectadas a computadores²⁴, dividem as camadas de infraestrutura entre as poucas, rápidas e de longa distâncias (*backbone*), as intermediárias ou regionais (*backhaul*) e as que chegam aos usuários finais (*last miles*)²⁵.

Nessa seara, o importante é ter em mente que as figuras supramencionadas que compõe o funcionamento da internet não são estanques, sendo possível que um mesmo agente econômico desempenhe mais de uma função, como no caso de uma prestadora de banda larga que seja detentora de *backbones*. A própria Corte aponta que essas categorias não excludentes, podendo, por exemplo, um usuário final ser um provedor de conteúdo, quando cria um site visitado por outros usuários, ou ainda quando um prestador de banda larga produz e disponibiliza conteúdo, serviços e aplicações (No. 11-1355, p. 06). No intuito de deixar bastante clara a cadeia de

²³ “*Backbone, backhaul e last mile...* estas terminologias são comumente citadas nas discussões sobre banda larga, mas nem sempre esclarecidas. Por isso, convém aqui fazer uma rápida passagem explanatória. *Backbone* significa “espinha dorsal” e, por analogia, leva este mesmo sentido para as telecomunicações: trata-se da rede central, a infovia principal que possibilita o tráfego pesado de dados. Digamos, numa analogia simples, que os *backbones* são para a Internet o que as rodovias expressas são para as cidades: garantem o fluxo rápido entre regiões; viabilizam a passagem intensa de dados; são as “BR’s” da informação digital. Áreas servidas por *backbones* possuem uma tendência de melhor desempenho de conexão, melhor taxa de transferências, melhor velocidade de transmissão. Não por acaso essas grandes infovias ocorrem principalmente em grandes metrópoles ou cidades economicamente importantes por onde circulam grandes contingentes financeiros e grande fluxo de informação. Outras questões como localização geográfica, posição estratégica e políticas públicas também podem definir o caminho dessas infovias. Já os *backhauls*, que também são infovias de alta capacidade, consistem em ligamentos secundários, isto é, fazem a conexão entre o núcleo da rede, *backbones* e as sub-redes periféricas. Tentando usar a analogia similar à anterior, se os *backbones* são as rodovias expressas os *backhauls* poderiam ser comparados às avenidas ou rodovias vicinais. No caso do *last mile*, que podemos traduzir tanto como “última milha” ou “último quilômetro”, trata-se da infraestrutura situada na ponta do processo que possibilita a ligação entre as estações de distribuição (vinculadas aos *backhauls*) e as residências, prédios, aparelhos móveis receptores etc. Ou seja, trata-se dos últimos quilômetros da rede que possibilita o acesso ao usuário final.” In Internet em redes de alta velocidade: concepções e fundamentos sobre a banda larga. Disponível em <<http://www.caminhosdabandalarga.org.br/2012/10/capitulo-1/>>. Acesso em: 05 jan 2016.

²⁴ Economides, Nicholas. *Net Neutrality, Non Discrimination and Digital Distribution of Content Thru the Internet*. New York University Law and Economics Working Papers nº 92, 2007, p. 4.

²⁵ “*These networks can be divided into three types: backbone providers (who provide a relatively small number of high speed, long distance connections), intermediate providers (who provide regional distribution functions from the backbone providers), and “las-miles” providers, (who convey the traffic from these local distribution facilities to end users). Each type of provider maintains some infrastructure for conveying data. This infrastructure consists of wire, fibre optic cable or some other medium for transmission, and a method to direct data to its destination.*” (JOHNSTON e COLLINS, 2008, p. 49-50.)

funcionamento da internet, a decisão ainda exemplifica com o caminho para que um vídeo carregado na internet possa ser assistido (No. 11-1355, p. 05-06):

To pull the whole picture together with a slightly oversimplified example: when an edge provider such as YouTube transmits some sort of content—say, a video of a cat—to an end user, that content is broken down into packets of information, which are carried by the edge provider’s local access provider to the backbone network, which transmits these packets to the end user’s local access provider, which, in turn, transmits the information to the end user, who then views and hopefully enjoys the cat.

Como se vê, o conteúdo produzido é levado pela prestadora de banda larga com a qual o provedor de conteúdo mantém relação para a rede de *backbone*. Esta, por sua vez, o transmite para a prestadora de banda larga do usuário final, que finalmente acessa o conteúdo. Nesse cenário, a preocupação, como já delineado, é que as prestadoras de banda larga de alguma forma impeçam os usuários finais de acessar determinados conteúdos, seja por meio da degradação da qualidade ou efetivamente do bloqueio, sobretudo considerando que as detentoras de rede muitas vezes têm interesses comerciais diretos no que toca ao conteúdo que será acessado²⁶.

Para enfrentar a questão, a Corte traça um breve histórico da regulação da internet no país, demonstrando claramente o impacto da evolução tecnológica na forma como ela é tratada. Destaca inicialmente a medida conhecida como “*Computer II Regime*”, adotada pela FCC em 1980, por meio da qual se delineou um regimento distinto para os serviços básicos (*basic services*) e os serviços de valor adicionado (*enhanced services*), sendo aqueles sujeitos às obrigações inerentes aos chamados *common carriers*, regulados pelo Título II do *Communications Act* de 1934, e estes últimos não. Tais deveres incluíam o fornecimento obrigatório de serviços de comunicação, desde que diante de um requerimento razoável; a impossibilidade de discriminação desarrazoada e injusta em termos de cobrança, práticas, facilidades e serviços; e a necessidade de cobrança de preços justos e razoáveis (No. 11-1355, p. 07-08). Aponta, ainda, que a distinção entre ambos era que os serviços básicos envolviam uma transmissão pura e transparente em termos

²⁶ A Corte dá o exemplo de uma prestadora de banda larga que poderia limitar o acesso a determinado conteúdo se tiver interesse em direcionar o tráfego para seu próprio website ou para um concorrente que tenha pago para ter acesso prioritário: “*Thus, for example, a broadband provider like Comcast might limit its end-user subscribers’ ability to access the New York Times website if it wanted to spike traffic to its own news website, or it might degrade the quality of the connection to a search website like Bing if a competitor like Google paid for prioritized access.*” (No. 11-1355, p. 06).

de interação com a informação fornecida ao consumidor, ao passo que os serviços de valor adicionado envolviam processamento de aplicações usado para interferir no conteúdo, códigos, protocolos e outros aspectos da informação transmitida (No. 11-1355, p. 07)²⁷.

A Corte lembra que durante cerca de vinte anos a FCC buscou aplicar algumas das medidas do “*Computer II Regime*” para determinados serviços de internet oferecidos por meio de linhas telefônicas, tecnologia mais utilizada à época para conexão à internet. De fato, se a telefonia, transmitindo pacotes de voz, era considerada serviço básico, sujeita ao referido Título II, o mesmo poderia ser aplicado quando a transmissão fosse de dados. Com a mudança tecnológica e o desenvolvimento de redes próprias para o tráfego de dados, a fim de atender à crescente demanda por acesso à internet, o cenário foi se modificando. Segundo a decisão, foi nesse contexto que surgiu o *Telecommunications Act* de 1996, definindo duas figuras: os serviços de telecomunicações, que seriam equivalentes aos serviços básicos, e os serviços de informação, que seriam equivalentes aos serviços de valor adicionado. Nesse sentido, aqueles que transportam telecomunicações (*telecommunications carriers*) se submetem à regulação inerente aos *common carriers* prevista no Título II da norma, o que não acontece com os serviços de informação (No. 11-1355, p. 08).

Destarte, seguindo a lógica e a prática já delineada sob o regime do “Computer II”, a FCC classificou a banda larga prestada por linhas telefônicas (*Digital Subscriber Line – DSL*) como serviço de telecomunicações, pois envolvia uma tecnologia de mera transmissão do conteúdo. Quatro anos depois, descreve a Corte, a FCC deu uma nova abordagem ao assunto, quando definiu a forma de regulação da banda larga prestada via cabo, entendida, numa operação única e integrada, como serviço de informação, mesmo existindo etapas distintas de transmissão e de processamento de dados (No. 11-1355, p. 09):

²⁷ “What distinguished “enhanced” services from “basic” services was the extent to which they involved the processing of information rather than simply its transmission. *Id.* at 420–21 ¶¶ 96–97. For example, the Commission characterized telephone service as a “basic” service, see *id.* at 419 ¶ 94, because it involved a “pure” transmission that was “virtually transparent in terms of its interaction with customer supplied information,” *id.* at 420 ¶ 96. Services that involved “computer processing applications . . . used to act on the content, code, protocol, and other aspects of the subscriber’s information”—a definition that encompassed the services needed to connect an end user to the Internet—constituted enhanced services.” (No. 11-1355, p. 07).

Four years later, however, the Commission took a different approach when determining how to regulate broadband service provided by cable companies. Instead of viewing cable broadband providers' transmission and processing of information as distinct services, the Commission determined that cable broadband providers—even those that own and operate the underlying last-mile transmission facilities—provide a “single, integrated information service.” Cable Broadband Order, 17 F.C.C.R. at 4824 ¶ 41. Because cable broadband providers were thus not telecommunications carriers at all, they were entirely exempt from Title II regulation. Id. at 4802 ¶ 7.

Como se nota, é importante destacar que, dentre as etapas para completar o acesso à internet há a transmissão e o processamento das informações. Nesse sentido, uma possibilidade que se apresentava ao órgão regulador, a respeito do serviço de banda larga prestado via cabo, seria fazer uma distinção entre a transmissão e o processamento das informações, identificando esta etapa como serviço de informação e aquela como serviço de telecomunicações. A FCC, ao contrário, como aponta a decisão, optou por considerar que a prestadora de serviço de banda larga via cabo, inclusive as que operam apenas rede de última milha, fornece um único e integrado serviço de informação, e não de telecomunicações, o que afasta a sujeição ao Título II do *Telecommunications Act* de 1996.

A Corte menciona, então, que no caso *National Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Services*, a Suprema Corte confirmou a classificação do serviço de banda larga como serviço de informação, adotada pela FCC, não obstante tenha apontado uma aparente inconsistência com a interpretação anteriormente dada pelo órgão regulador. Entendeu-se que posição da FCC consubstanciaria uma interpretação razoável diante da ambiguidade da legislação frente às peculiaridades tecnológicas do caso e que merecia aplicação do princípio da deferência administrativa, face à complexidade inerente à regulação²⁸. Na mesma linha, registra que a FCC também classificou outros tipos de banda larga (DSL e sem fio) como serviço de informação, mantendo essa posição até aquele momento, a despeito de manifestações em sentido contrário (No. 11-1355, p. 10).

Observa-se, aqui, a dinamicidade da regulação frente à abertura do marco regulatório, no sentido de que se confere ao órgão regulador, diante de normas mais

²⁸ Daniel Almeida de Oliveira (2015, p. 307) lembra que, no Brasil, o STJ parece já ter percebido essa complexidade há bastante tempo: “Como afirmado, na aplicação concreta do Direito Regulatório, o STJ se recusa a compreender toda a lógica por detrás do ato normativo técnico, a fim de aplicar princípios da proporcionalidade e razoabilidade – colher todas as informações necessárias e processá-las a fim de verificar qual a melhor decisão diante do que exigiam a razoabilidade e a proporcionalidade”.

flexíveis e programáticas, a prerrogativa de adequar a regulação à sempre variável conjuntura socioeconômica, num sistema maleável “permeado pelas normas fluidas das políticas públicas, acarretando uma reestruturação do sistema jurídico, que agora se volta menos para operações subsuntivas do que para a realização de objetivos” (ARAGÃO, 2007, p. 47-48). Esse é exatamente, como visto, o fundamento de que se vale a FCC para adotar a *Open Internet Order*: como a legislação lhe impõe a persecução do desenvolvimento da banda larga, ela automaticamente possuiria os poderes necessários para atingir esse objetivo, segundo o parâmetro de adequação contemporâneo em relação à disponibilização do serviço, definido a partir do cotejo entre a evolução tecnológica e a percepção de seu uso pela população. Marcus Faro de Castro (2014, p. 714-715), nessa linha, sustenta, a fim de promover a abertura democrática do direito, que os direitos subjetivos – como, por exemplo, o acesso ao serviço de banda larga – devem ser tratados com flexibilidade, já que na realidade prática e empírica eles não “possuem conteúdo pronto, intrinsecamente fixo e inalterável”. Segundo o autor, a própria noção de direito fundamental deve ser encarada menos como um dado posto, e mais “como um processo complexo de descobertas e de construção contínua desses referenciais normativos”.

Em seguida, a decisão consigna que, não obstante a classificação da banda larga como serviço de informação, a FCC sempre agiu para deixar aberta a possibilidade de regular as prestadoras desse serviço, como quando, na *Cable Broadband Order*, buscou extrair da legislação fundamento para impor algumas restrições às prestadoras de banda larga ou quando, na *2005 Wireline Broadband Order*, registrou sua intenção de preservar e promover a abertura da internet (No. 11-1355, p. 10-11):

In the Cable Broadband Order, for example, the Commission sought comment on whether and to what extent it should utilize the powers granted it under Title I of the Communications Act to impose restrictions on cable broadband providers. Cable Broadband Order, 17 F.C.C.R. at 4842 ¶ 77. Subsequently, in conjunction with the 2005 Wireline Broadband Order, the Commission issued a Policy Statement in which it signaled its intention to “preserve and promote the open and interconnected nature of the public Internet.” In re Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet Over Wireline Facilities, 20 F.C.C.R. 14986, 14988 ¶ 4 (2005). The Commission announced that should it “see evidence that providers of telecommunications for Internet access or IP-enabled services are violating these principles,” it would “not hesitate to take action to address that conduct.” 2005 Wireline Broadband Order, 20 F.C.C.R. at 14904 ¶ 96.

A Corte aponta, na verdade, que possui entendimento de que a FCC pode atuar na regulação das prestadoras de banda larga desde que o fundamento seja extraído do Título I do *Telecommunications Act* de 1996 – uma vez que o Título II é reservado aos serviços de telecomunicações – e que a medida adotada seja razoável e esteja inserida dentro de suas responsabilidades (No. 11-1355, p. 12). O raciocínio caminha no sentido de que o órgão regulador poderia adotar as medidas necessárias para concretizar os objetivos inseridos em suas funções institucionais. Se a legislação conferiu ao órgão regulador a competência para garantir um serviço adequado à população, também conferiu os meios para atingir tais finalidades públicas. Trata-se, em certa medida, da aplicação da teoria dos poderes implícitos, segundo a qual às autoridades devem ser conferidos os poderes necessários para instrumentalizar as responsabilidades legais que lhes foram atribuídas. Nesse sentido, cita-se a lição de Carlos Maximiliano (2009, p. 124-125):

Bem antiga é a obra de Thibaut, de 1799, e já prescrevia o hermeneuta ao considerar o fim colimado pelas expressões de Direito, como elemento fundamental para descobrir o sentido e o alcance das mesmas.

Não se compreenderia preceito algum sem ascender à respectiva série causal; mas não haveria necessidade de compreendê-lo, se o seu destino não for atuar sobre a vida e correr uma linha fecunda de efeitos.

Toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito; quando assim se não procedia, construíram a obra do hermeneuta sobre a areia movediça do processo gramatical.

Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei; o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida.

No mesmo sentido, explicando a teoria dos poderes implícitos (*implied powers*), Rodolfo Blendel (1947, p. 57) lembra que para Marshall, juiz da Suprema Corte Americana, sendo o fim buscado legítimo e dentro da esfera da Constituição, “todos os meios que sejam convenientes, que plenamente se adaptem a este fim e que não estejam proibidos, mas que sejam compatíveis com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais”.

Dessa forma, o que parece vedado à regulação infralegal é modificação da legislação, sendo lícito que as agências reguladoras atuem nas lacunas deixadas

pelo Poder Legislativo para tratar das questões específicas inseridas dentro de sua esfera de competências legais, ou seja, relativas aos respectivos setores de atuação, desde que em consonância com os valores trazidos pela legislação. De qualquer forma, ao tempo em que se nota uma interpretação relacionada à teoria dos poderes implícitos, a questão acaba se voltando à interpretação que será feita a respeito da razoabilidade da medida e da possibilidade concreta de extração de seu fundamento a partir das responsabilidades legais atribuídas ao órgão regulador. Ou seja, embora um determinado princípio possa justificar a adoção de várias medidas, é preciso verificar se no caso concreto é realmente possível conferir legitimidade à interpretação de subsunção de uma medida ao parâmetro legal, o que tende a ocorrer mais facilmente com o seu alinhamento às expectativas sociais. Se essa é uma preocupação a ser considerada pelo órgão regulador, Kenneth F. Warren (2011, p. 370) explica que, do ponto de vista prático, até mesmo as decisões judiciais acabam na prática levando em conta sua aderência à legitimidade popular. Segundo o autor (WARREN, 2011, p. 405), os juízes não teriam interesse em constantemente tomar decisões impopulares, por exemplo, anulando atos administrativos que contem com o apoio da comunidade, o que tornaria o Poder Judiciário um “*political actor in the political system*”, como diversos outros atores. Em face de tal constatação, deve-se recordar, dada sua natureza contramajoritária, que o Poder Judiciário deve ser orientado essencialmente pelas balizas legais, podendo até ajustá-las conforme a evolução da sociedade, mas não tendo como fundamento a existência de apoio popular. Olhar para a realidade e para o contexto social, em suma, difere da busca por legitimidade popular, linguagem alheia à esfera do Poder Judiciário.

Dando seguimento à análise da decisão em tela, não obstante o entendimento supracitado a respeito da competência do órgão regulador para atuar, foram apontados alguns casos em que a Corte barrou medidas adotadas pela FCC por entender que os parâmetros legais utilizados como fundamento de sua atuação seriam insuficientes²⁹. Registou-se ainda que, embora a FCC até tenha

²⁹ “*In Comcast, we vacated the Commission’s order, holding that the agency failed to demonstrate that it possessed authority to regulate broadband providers’ network management practices. 600 F.3d at 644. Specifically, we held that the Commission had identified no grant of statutory authority to which the Comcast Order was reasonably ancillary. Id. at 661. The Commission had principally invoked statutory provisions that, though setting forth congressional policy, delegated no actual regulatory authority. Id. at 651–58. These provisions, we concluded, were insufficient because*

posteriormente publicado consulta pública sobre a reclassificação da banda larga como serviço de telecomunicações, acabou, ao invés, adotando a *Open Internet Order*, com a manutenção de sua classificação como serviço de informação (No. 11-1355, p. 12).

Antes de adentrar à análise propriamente jurídica, a decisão descreve a *Open Internet Order* da seguinte maneira: medidas de transparência e não bloqueio para a banda larga fixa e móvel e de não discriminação desarrazoada para a banda larga fixa, adotadas com fundamento no dever do órgão regulador de promover o desenvolvimento da banda larga e de preservar e estimular o ciclo virtuoso da inovação (*virtuous cycle of innovation*) que é gerado com o crescimento da internet. Destaca também que a decisão da FCC não foi unânime, tendo dois dos seus cinco membros sido contrários à *Open Internet Order*, por entenderem que a medida extrapolaria a competência legal do órgão regulador e que, ao contrário de estimular, prejudicaria a inovação (No. 11-1355, p. 13-15), argumentos aderentes à posição da *Verizon*, prestadora de banda larga que acionou o Poder Judiciário.

Por fim, a Corte deixa claro que seu papel não é o de avaliar o mérito ou a sabedoria da *Open Internet Order*, mas apenas verificar se a medida adotada pela FCC possui respaldo legal, encontrando-se inserida no espectro de suas competências³⁰.

permitting the agency to ground its exercise of ancillary jurisdiction in policy statements alone would contravene the “axiomatic’ principle that ‘administrative agencies may [act] only pursuant to authority delegated to them by Congress.’” *Id.* at 654 (alteration in original) (quoting *American Library Ass’n*, 406 F.3d at 691). We went on to reject the Commission’s invocation of a handful of other statutory provisions that, although they could “arguably be read to delegate regulatory authority,” *id.* at 658, provided no support for the precise order at issue, *id.* at 658–61.” (No. 11-1355, p. 12).

³⁰ “Before beginning our analysis, we think it important to emphasize that although the question of net neutrality implicates serious policy questions, which have engaged lawmakers, regulators, businesses, and other members of the public for years, our inquiry here is relatively limited. “Regardless of how serious the problem an administrative agency seeks to address, . . . it may not exercise its authority in a manner that is inconsistent with the administrative structure that Congress enacted into law.” *Ragsdale v. Wolverine World Wide, Inc.*, 535 U.S. 81, 91 (2002) (internal quotation marks omitted). Accordingly, our task as a reviewing court is not to assess the wisdom of the *Open Internet Order* regulations, but rather to determine whether the Commission has demonstrated that the regulations fall within the scope of its statutory grant of authority”. (No. 11-1355, p. 16-17).

4.2.2. Sobre a seção 706 do *Telecommunications Act* de 1996. Aderência interpretativa a parâmetros atuais de objetivos públicos

Como a análise da Corte, na sequência, se funda na interpretação da Seção 706 do *Telecommunications Act* de 1996, convém trazer à tona o dispositivo:

SEC. 706. ADVANCED TELECOMMUNICATIONS INCENTIVES.

(a) IN GENERAL - The Commission and each State commission with regulatory jurisdiction over telecommunications services shall encourage the deployment on a reasonable and timely basis of advanced telecommunications capability to all Americans (including, in particular, elementary and secondary schools and classrooms) by utilizing, in a manner consistent with the public interest, convenience, and necessity, price cap regulation, regulatory forbearance, measures that promote competition in the local telecommunications market, or other regulating methods that remove barriers to infrastructure investment.

(b) INQUIRY - The Commission shall, within 30 months after the date of enactment of this Act, and regularly thereafter, initiate a notice of inquiry concerning the availability of advanced telecommunications capability to all Americans (including, in particular, elementary and secondary schools and classrooms) and shall complete the inquiry within 180 days after its initiation. In the inquiry, the Commission shall determine whether advanced telecommunications capability is being deployed to all Americans in a reasonable and timely fashion. If the Commission's determination is negative, it shall take immediate action to accelerate deployment of such capability by removing barriers to infrastructure investment and by promoting competition in the telecommunications market.

De plano, a decisão aponta que esses dispositivos realmente conferem à FCC competência para adotar medidas regulatórias no âmbito da banda larga, afastando a argumentação da *Verizon* de que (i) a seção 706 constituiria uma mera declaração diretiva do Poder Legislativo; e (ii) de que, ainda que fossem suficientes para amparar a adoção de medidas regulatórias, elas não poderiam ser tão amplas como teria sido a *Open Internet Order*. Nesse ponto, valendo-se do famoso caso *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), a decisão afirma que, seguindo a lógica da deferência administrativa³¹, considerando-

³¹ O caso *Chevron* discute a legalidade da interpretação dada pela Environmental Protection Agency (EPA) sobre a expressão “fonte fixa” de poluição, contida na Lei do Ar Limpo (1971). Ao decidir a controvérsia, apresentou uma metodologia que deveria ser seguida pelos demais tribunais no exame de legalidade dos atos regulatórios: (i) primeiramente, deve-se examinar se o Congresso tratou diretamente de toda a questão a ponto de já resolvê-la; (ii) se não o fez, o tribunal não deverá simplesmente impor sua própria interpretação do marco legal, com seria necessário na ausência de uma interpretação administrativa. Na verdade, se a legislação é silente ou ambígua no que toca à questão controversa, o Poder Judiciário deve examinar a razoabilidade da construção interpretativa elaborada órgão regulador a partir da lei. Nessa análise, deve-se ter em mente que as agências possuem legitimidade para atuar nas lacunas deixadas pela lei, assim como na interpretação de suas ambiguidades, sendo esta uma competência implícita conferida pelo Congresso. Dessa forma, os atos regulatórios assim praticados somente deverão ser judicialmente revisados se arbitrários ou manifestamente contrários à lei, valendo lembrar que as mudanças interpretativas das agências não implicam o atesto de erro regulatório, mas a

se razoável a interpretação dada à seção 706, é dever do Poder Judiciário confirmá-la (No. 11-1355, p. 18)³². A ideia é que, no caso de assuntos tratados de forma aberta pela legislação, estando o ato administrativo aderente às balizas legais, não cabe ao Poder Judiciário adentrar na razoabilidade da medida adotada, já que não possui a legitimidade e a expertise necessárias para decidir a respeito. Sérgio Varella Bruna (2003, p. 246) menciona a posição de R. Shep Melnick, que, de forma mais direta e incisiva, enxerga “na incerteza, gerada pela intervenção judicial em casos ambíguos, um mal a ser combatido”, considerando “um sem-número de estudos acadêmicos voltados à demonstração dos efeitos perniciosos dessa intervenção”. Recordar-se, ainda, a baixa interatividade do Direito com outras áreas do saber, que tem como consequência a ausência de uma visão macro dos magistrados apta a apreender a complexidade setorial e as reais consequências de uma decisão judicial para a política regulatória e para grupos de atores que se encontram eventualmente até fora do litígio (MARANHÃO; AZEVEDO; FERRAZ JUNIOR, 2014, p. 242-243)³³. De qualquer forma, como explica Kenneth F. Warren (2011, p. 354), as recentes decisões judiciais (*Chevron*, *Chaney*, *Mead* e *Fox*) apontam que no cenário norte-americano os juízes não estão pretendendo restringir ou adentrar na seara da discricionariedade administrativa.

No que toca à seção 706(a), a Corte, demonstrando plena aceitação com mudanças de entendimento, registra que a FCC já se manifestou de forma diferente da ora adotada, mas que, a despeito disso, o que importa é verificar se o órgão regulador apresenta e explica as razões para a nova leitura dada, uma vez que ela não pode ser refutada pelo simples fato de ser nova. Aliás, pode-se dizer que a mudança de rumo é inclusive própria do ambiente regulado, sobretudo daqueles impactados pela evolução tecnológica. Nesse ponto, entendeu-se que a FCC

necessária evolução segundo as realidades que se apresentam ao longo do tempo. Portanto, em razão de as decisões das agências tenderem a representar a razoável acomodação de interesses manifestamente conflitantes, há de se aplicar o princípio da deferência administrativa.

³² “As the Supreme Court has recently made clear, *Chevron* deference is warranted even if the Commission has interpreted a statutory provision that could be said to delineate the scope of the agency’s jurisdiction. See *City of Arlington v. FCC*, 133 S. Ct. 1863, 1874 (2013). Thus, if we determine that the Commission’s interpretation of section 706 represents a reasonable resolution of a statutory ambiguity, we must defer to that interpretation.” (No. 11-1355, p. 18).

³³ Registra-se que os autores, apesar de reconhecerem a falta de expertise do Judiciário, não caminham rumo à deferência administrativa em relação à política setorial adotada pelos órgãos reguladores legitimamente competentes para defini-la. Ao contrário, entendem que o Judiciário deve adquirir a referida visão macro para não relegar essas questões complexas “à discricionariedade dos técnicos administrativos em particular”.

demonstrou razoabilidade no seu entendimento de que a seção 706(a) lhe conferia competência para agir. Em verdade, uma interpretação possível seria a de que, na linha da *Verizon*, o dispositivo apenas permitiria que a FCC adotasse medidas previamente existentes, ativando-as para o caso concreto. Por outro lado, outra interpretação seria a de que a seção 706(a) conferiria uma ampla competência regulatória apta a justificar a adoção discricionária de diversas medidas necessárias para as situações concretas que fossem se apresentando³⁴. Como se considerou esta última uma interpretação razoável, foi confirmada (No. 11-1355, p. 22).

Afirmou-se, ainda, que a origem da seção 706(a) sugere que o Congresso teria intencionalmente consagrado uma norma de natureza residual que garantiria a autoridade regulatória da FCC no caso de outros dispositivos não puderem especificamente embasar sua atuação. A decisão judicial chega a indicar registros do Senado que apontam a seção 706(a) como uma necessária válvula de escape voltada a garantir que um dos principais objetivos da legislação, de acelerar o desenvolvimento das telecomunicações, seja atingido. Dessa forma, a própria FCC aponta que seria incoerente esse registro do Senado americano se não se admitisse a seção 706(a) como fonte de competência regulatória (No. 11-1355, p. 24-25).

Se por um lado a Corte entendeu que não haveria como sustentar que a *Open Internet Order* consubstanciava uma medida completamente alheia ao escopo da seção 706(a), por outro lado demonstrou preocupação com a extrapolação no uso dessa fundamentação, indicando que também não seria correto imaginar que autoridade regulatória emanada da seção 706(a) fosse ilimitada. Não obstante, registrou que a própria FCC já havia identificado dois princípios limitadores: (i) a seção deve ser interpretada de forma sistemática com o restante do *Telecommunications Act*, no sentido de necessariamente relacionar a competência do órgão regulador às comunicações interestaduais e internacionais por fio e rádio; e (ii) as medidas regulatórias devem servir para desenvolver e disponibilizar as telecomunicações a todos os americanos (No. 11-1355, p. 26):

³⁴ “As *Verizon* argues, this language could certainly be read as simply setting forth a statement of congressional policy, directing the Commission to employ “regulating methods” already at the Commission’s disposal in order to achieve the stated goal of promoting “advanced telecommunications” technology. But the language can just as easily be read to vest the Commission with actual authority to utilize such “regulating methods” to meet this stated goal. As the Commission put it in the *Open Internet Order*, one might reasonably think that Congress, in directing the Commission to undertake certain acts, “necessarily invested the Commission with the statutory authority to carry out those acts.” *Open Internet Order*, 25 F.C.C.R. at 17969 ¶ 120.” (No. 11-1355, p 22).

The Commission has identified at least two limiting principles inherent in section 706(a). See Open Internet Order, 25 F.C.C.R. at 17970 ¶¶ 121. First, the section must be read in conjunction with other provisions of the Communications Act, including, most importantly, those limiting the Commission's subject matter jurisdiction to "interstate and foreign communication by wire and radio." 47 U.S.C. § 152(a). Any regulatory action authorized by section 706(a) would thus have to fall within the Commission's subject matter jurisdiction over such communications—a limitation whose importance this court has recognized in delineating the reach of the Commission's ancillary jurisdiction. See American Library Ass'n, 406 F.3d at 703–04. Second, any regulations must be designed to achieve a particular purpose: to "encourage the deployment on a reasonable and timely basis of advanced telecommunications capability to all Americans."

Já no que toca à seção 706(b), a decisão destaca que a FCC, antes da *Open Internet Order*, ainda não tinha tido a necessidade de embasar suas ações regulatórias nesse dispositivo, que pressupõe, para adotar medidas voltadas a acelerar o desenvolvimento das telecomunicações, admitir que a tecnologia de telecomunicações disponível aos americanos não está adequada (No. 11-1355, p. 27). De fato, o dispositivo é claro ao consignar que apenas em caso de não adequação é que ela deve agir imediatamente para desenvolver as telecomunicações por meio de incentivos ao investimento em infraestrutura e da promoção da competição no mercado.

Nesse sentido foi que, continua a decisão, a FCC concluiu que a banda larga disponível a todos os americanos não estava adequada ("*broadband deployment to all Americans is not reasonable and timely*"), muito em razão de sua decisão de elevar a velocidade mínima necessária à caracterização do serviço de banda larga, demonstrando o impacto da evolução das demandas sociais na leitura da regulação setorial. Aponta que o *Telecommunications Act* de 1996 define a banda larga como um serviço com velocidade suficiente para viabilizar o tráfego de alta qualidade de voz, dados, gráficos e vídeos por meio de qualquer tecnologia ("*Broadband*", *as defined in the 1996 Telecommunications Act, is Internet service furnished at speeds that 'enable users to originate and receive high-quality voice, data, graphics, and video telecommunications using any technology'*."), sendo que, em 1999, no *re Inquiry Concerning the Deployment of Advanced Telecommunications Capability to All Americans in a Reasonable and Timely Fashion*, 14 F.C.C.R. 2398, 2406, definiu-se a velocidade de 200 kbps como suficiente para tanto (*The Commission chose this threshold because it was "enough to provide the most popular forms of broadband –*

to change web pages as fast as one can flip through the pages of a book and to transmit full-motion video.”) (No. 11-1355, p. 27-28).

No *Sixth Broadband Deployment Report* (2010), a Corte aponta que a FCC, considerando que os consumidores passaram a utilizar a banda larga para acessar regularmente vídeos de alta qualidade, na expectativa de que simultaneamente possam checar seus e-mails, decidiu aumentar a velocidade de *download* de 200 kbps para 4 mbps, com 1 mbps para *upload*. Explica, então, que com os novos critérios de velocidade, adotados para atender à nova realidade socioeconômica, referentes ao nível de adequação da banda larga, o órgão regulador foi impelido a concluir, inclusive considerando a crescente importância da banda larga na sociedade, que nem todos os americanos tinham acesso adequado ao serviço (No. 11-1355, p. 28):

Applying this new benchmark, the Commission found that “roughly 80 million American adults do not subscribe to broadband at home, and approximately 14 to 24 million Americans do not have access to broadband today.” Sixth Broadband Deployment Report, 25 F.C.C.R. at 9574 ¶ 28. Given these figures and the “ever-growing importance of broadband to our society,” the Commission was unable to find “that broadband is being reasonably and timely deployed” within the meaning of section 706(b). Id. This conclusion, it explained, triggered section 706(b)’s mandate that the Commission “take immediate action to accelerate 29 deployment.” Id. at 9558 ¶ 3 (quoting 47 U.S.C. § 1302(b)) (internal quotation marks omitted).

Como se observa, a decisão judicial, nesse ponto, tem como pressuposto o olhar sobre a realidade, que, por sua vez, apresenta o substrato material necessário a que se conclua pela razoabilidade da interpretação do órgão regulador. Em outras palavras, do nível de essencialidade da banda larga segundo a percepção comum da própria sociedade, cujos níveis de adequação foram institucionalizados por decisão da FCC, decorre a posição do Poder Judiciário, considerando, do ponto de vista material, adequadas e razoáveis as medidas do órgão regulador.

A decisão registra, ainda, que na *Open Internet Order*, a FCC defendeu que a seção 706(b) consagraria norma ampla, autorizando a adoção das medidas necessárias ao cumprimento dos objetivos que teria o dever de perseguir. Como lembra Luís Roberto Barroso (2003, p. 145), em cenários de transformação “o que é mais relevante não é a *occasio legis*, a conjuntura em que editada a norma, mas a *ratio legis*, o fundamento racional que a acompanha ao longo de toda a sua vigência”, que, nesse caso, é a aderência do serviço às expectativas atuais da população. Dessa forma, segundo o órgão regulador, uma vez definido o diagnóstico

de que a banda larga não estava adequadamente sendo disponibilizada aos americanos, a necessidade de adotar ações imediatas, apontada no dispositivo, conferiria expressa competência para as medidas.

Nesse contexto, a Corte decidiu que a FCC interpretou a seção 706(b) dentro da razoabilidade, uma vez que a ela realmente deve ser atribuída a competência para tomar ações voltadas à aceleração da banda larga, já que constatou seu desenvolvimento como insuficiente. Afirma que o dispositivo dá margem a essa interpretação e que, sendo razoável, deve ser mantida (No. 11-1355, p. 29). Tem-se, aí, a adequação da interpretação – e, conseqüentemente, da política regulatória – à nova cultura tecnológica do mundo moderno. Como ensina Daniel Almeida de Oliveira (2015, p. 288-289), o texto normativo muda ao longo do tempo, sendo imprescindível a adequação desses textos à alteração natural do uso ordinário da linguagem, destacando que “mudanças nas condições e questões econômicas, sociais, políticas e tecnológicas também exigiriam essa adaptação”. De fato, o direito deve ser interpretado a partir do contexto fático, inclusive cultural, em que ela será forjada. Michael W. McCann (1994, p. 282), nessa linha, afirma que “*the legal mobilization framework is grounded in a cultural interpretation of law as a constitutive element of social life.*” A propósito, vale trazer à tona o ensinamento de Raimundo Bezerra Falcão (2000, p. 46) sobre o papel preponderante da cultura, essencialmente temporal e histórica, na compressão da realidade e, conseqüentemente, da interpretação:

A historicidade é entrecedida também com objetivações da vida humana, constantemente presentes na cultura. O sentido tem a ver com a temporalidade da experiência. Por esse motivo, a compressão, apesar de fazer-se na quadratura das categorias puras do pensamento – que lhe dão estabilidade -, tem-nas apenas como uma tela, um fundo, em cima de que se desenha o espectro compreensivo, timbrado em tintas que recebem efetivo colorido temporal e histórico. Cultural, por conseguinte.

Em seguida, a decisão analisa mais dois argumentos trazidos pela *Verizon*. O primeiro, de que eventuais medidas a serem adotadas pela FCC, uma vez admitindo-se tal possibilidade, deveriam se limitar a atingir apenas aquelas localidades em que não há a presença de nenhuma prestadora de banda larga. Ocorre, como se viu, que a política regulatória não entende por suficiente a mera disponibilização da banda larga por um único prestador. Em razão do enorme desenvolvimento tecnológico no âmbito da internet, aliado ao aumento de sua

importância para a sociedade e para a própria engrenagem econômica do país, os patamares mínimos exigidos para a adequação na disponibilização da banda larga foram elevados, de modo que a leitura feita pela *Verizon* se mostra descabida. Na verdade, aponta a decisão, atuar em localidades não abrangidas por nenhuma prestadora de banda larga é apenas uma das possibilidades conferidas ao órgão regulador, que permanece com sua competência para adotar medidas visando ao aceleração do desenvolvimento da banda larga a fim de atingir o patamar de adequação definido segundo análises tecnológicas e socioeconômicas (No. 11-1355, p. 30). É esse tipo de olhar atualizado da realidade que conduz a decisões judiciais aderentes às reais necessidades sociais. No presente caso, dado o atual grau de essencialidade da banda larga, a Corte, além de extrair a competência da FCC a partir de diretrizes legais mais amplas, confirmou, do ponto de vista jurídico-material, a razoabilidade da *Open Internet Order*. Nesse ponto, a decisão encontra eco de sustentação no modo de funcionamento da sociedade moderna, em rede (CASTELLS, 2009). Como lembra Alexandre Veronese (2011, p. 184-185), para que a doutrina jurídica seja consolidada em uma decisão judicial paradigmática, é necessário que exista, previamente, um movimento social de base que a suporte. Para o autor, não é novidade que “a normatividade de um sistema jurídico socialmente reconhecido dependa de arranjos políticos, cuja eficiência é derivada de um contexto cultural”.

O segundo argumento adicional da *Verizon* é de que o momento em que a FCC adotou a *Open Internet Order* teria sido arbitrário, uma vez que próximo do caso *Comcast*, em que a própria Corte de Apelação do Distrito de Columbia havia rejeitado a autoridade regulatória da FCC. Nesse aspecto, decidiu-se, sem necessidade de maiores aprofundamentos, que o momento de adoção da medida não é motivo, por si só, para afastá-la (No. 11-1355, p. 30).

Definiu-se, enfim, que ambas as seções, 706(a) e 706(b), respaldariam a *Open Internet Order* adotada pela FCC, por lhe conferir poderes para atingir determinados objetivos, como promover o desenvolvimento da banda larga, estimular o ciclo virtuoso da inovação, afastar barreiras ao investimento em infraestrutura e incrementar a competição no setor. Observa-se, nesse ponto, a confirmação judicial da possibilidade de concretização de objetivos legais a serem perseguidos pelo órgão regulador, identificados como verdadeira política pública

traçada diretamente pelo Legislador. Em outras palavras, a Corte admite interpretação para possibilitar regulação que atinja os objetivos centrais da política pública definida pelo Congresso. Sobre as políticas públicas, vale lembrar, segundo Ana Cristina Azevedo P. Carvalho (2014, p. 141-142), que “são princípios, metas coletivas conscientes que, como afirma Garcia, direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público”. De maneira mais específica, a autora (CARVALHO, 2014, p. 145) entende a política pública como um “programa de ação governamental com objetivos definidos, seleção de prioridades, os meios necessários à sua consecução e a previsão de obtenção dos resultados esperados”, podendo ser veiculada em diversos instrumentos jurídicos, dentre eles uma norma³⁵ que conferiria poderes para a atuação concreta por parte do Estado e, conseqüentemente, de suas agências reguladoras. Ultrapassada essa questão, a Corte descreve, então, a tentativa da *Verizon* de, adentrando no mérito, demonstrar que a *Open Internet Order* era uma decisão equivocada porque não se prestaria ao propósito de sua edição. Ou seja, ainda que se admitisse a competência regulatória da FCC na seara em tela, as regras da *Open Internet Order* falhariam no atingimento de sua finalidade. Ingressou-se, portanto, numa zona essencialmente de mérito, podendo-se dizer que relativa ao acerto de uma análise de impacto regulatório (No. 11-1355, p. 31-32):

*This brings us, then, to Verizon’s alternative argument that even if, as we have held, sections 706(a) and 706(b) grant the Commission affirmative authority to promulgate rules governing broadband providers, the specific rules imposed by the Open Internet Order fall outside the scope of that authority. The Commission’s theory, to reiterate, is that its regulations protect and promote edge-provider investment and development, which in turn drives end-user demand for more and better broadband technologies, which in turn stimulates competition among broadband providers to further invest in broadband. See Open Internet Order, 25 F.C.C.R. at 17910–11, 17970 ¶¶ 14, 120. Thus, the Commission claims, by preventing broadband providers from blocking or discriminating against edge providers, the rules “encourage the deployment on a reasonable and timely basis of advanced telecommunications capability to all Americans,” 47 U.S.C. § 1302(a), and “accelerate deployment of such capability,” id. § 1302(b), by removing “barriers to infrastructure investment” and promoting “competition,” id. § 1302(a), (b). See Open Internet Order, 25 F.C.C.R. at 17968, 17972 ¶¶ 117, 123.
(...)*

³⁵ Não obstante, a autora (CARVALHO, 2014, p. 142) registra a posição de Maria Paula Dallari Bucci, para quem uma norma não pode ser considerada política pública, já que, por pressupor sua formulação para a realização de objetivos determinados, não se compatibiliza com a abstração e generalidade daquela.

Verizon mounts a twofold challenge to this rationale. It argues that the Open Internet Order regulations will not, as the Commission claims, meaningfully promote broadband deployment, and that even if they do advance this goal, the manner in which they do so is too attenuated from this statutory purpose to fall within the scope of authority granted by either statutory provision.

De início, a Corte aduz que se se entender que a FCC exercitou um juízo sobre os efeitos da sua regulação, ela pode exercer sua competência calcada nas seções 706(a) e 7076(b) para impor medidas regulatórias às prestadoras de banda larga. Nesse ponto, além de a *Verizon* não ter demonstrado que a análise de impacto regulatório elaborada pela FCC teria sido desarrazoada ou arbitrária, deve-se ter em mente, aponta a decisão, que seus poderes não se restringem à regulação específica e exclusiva das prestadoras de banda larga, mas à adoção geral de medidas voltadas à persecução dos objetivos definidos pelo Congresso Nacional, de desenvolver as telecomunicações e garantir sua disponibilização a todos os americanos em níveis de adequação e especificidade compatíveis com a demanda atual. Nesse ponto, a FCC poderia, no intuito de acelerar o desenvolvimento da banda larga, até regular o relacionamento das prestadoras de banda larga com outros agentes econômicos, como os provedores de conteúdo, se a natureza de tal relacionamento puder influenciar no desenvolvimento e na forma de disponibilização da banda larga aos usuários (No. 11-1355, p. 32-33). Como se vê, conforme explicam Marc T. Law e Sukkoo Kim (2011, p. 126), os avanços tecnológicos e a especialização possuem um papel chave na demanda pela criação da regulação.

Verifica-se, pois, que embora a Corte não promova juízo propriamente de mérito acerca da análise de impacto regulatório elaborada pela FCC, ela perquire acerca da existência de fundamentação plausível que indique o acerto da medida, tendo concluído existirem evidências suficientes de que a *Open Internet Order* teria o condão de efetivamente atingir os objetivos para os quais foi editada, ou seja, de estimular o desenvolvimento da banda larga. Destacou, nesse ponto, a explicação da FCC de que garantir a inovação e a pluralidade no âmbito dos provedores de conteúdo acarreta o aprimoramento da infraestrutura de banda larga e de que a internet consubstancia instrumento de desenvolvimento de toda a economia do país (No. 11-1355, p. 34):

(...) Under these standards, the Commission's prediction that the Open Internet Order regulations will encourage broadband deployment is, in our view, both rational and supported by substantial evidence.

To begin with, the Commission has more than adequately supported and explained its conclusion that edge-provider innovation leads to the expansion and improvement of broadband infrastructure. The Internet, the Commission observed in the Open Internet Order, is, “[l]ike electricity and the computer,” a “general purpose technology’ that enables new methods of production that have a major impact on the entire economy.” Open Internet Order, 25 F.C.C.R. at 17909 ¶ 13. Certain innovations—the lightbulb, for example—create a need for infrastructure investment, such as in power generation facilities and distribution lines, that complement and further drive the development of the initial innovation and ultimately the growth of the economy as a whole.

A decisão judicial aponta, ainda, para o exemplo utilizado pela FCC para demonstrar que determinadas tecnologias estimulam toda uma cadeia de desenvolvimento econômico: *streaming online vídeos*. O incremento da infraestrutura de banda larga, viabilizando conexões de alta velocidade, favorece o surgimento e a difusão de novas aplicações. Por sua vez, o aumento da demanda por tais aplicações, como no caso do acesso a vídeos na internet, faz com que a infraestrutura de banda larga tenha que ser incrementada para suprir os anseios dos consumidores. Tem-se, portanto, um ciclo virtuoso em que a infraestrutura impulsiona a demanda e a demanda impulsiona a infraestrutura³⁶. Conclui a Corte, portanto, que é incontroversa essa relação entre a inovação no âmbito dos provedores de conteúdo e o desenvolvimento de infraestrutura, chegando a citar trecho em que a própria *Verizon*, perante o órgão regulador, corroborou a lógica desse ciclo virtuoso da inovação (No. 11-1355, p. 35):

[T]he social and economic fruits of the Internet economy are the result of a virtuous cycle of innovation and growth between that ecosystem and the underlying infrastructure—the infrastructure enabling the development and dissemination of Internet-based services and applications, with the demand and use of those services . . . driving improvements in the infrastructure which, in turn, support further innovations in services and applications. Verizon Comments at 42, Docket No. 09-191 (Jan. 14, 2010) (internal quotation marks omitted).

A decisão registra ainda a explicação da FCC de que a inovação no conteúdo a ser disponibilizado na internet depende de baixas barreiras à entrada e de que os obstáculos existentes, caso não atacados pela *Open Internet Order*, diminuiriam a taxa de inovação. De fato, como já ventilado, não seria possível pretender que *startups*, celeiros da inovação, consigam, por exemplo, concorrer com grandes

³⁶ “The rise of streaming online video is perhaps the best and clearest example the Commission used to illustrate that the Internet constitutes one such technology: higher-speed residential Internet connections in the late 1990s “stimulated” the development of streaming video, a service that requires particularly high bandwidth, “which in turn encouraged broadband providers to increase network speeds.” *Open Internet Order*, 25 F.C.C.R. at 17911 ¶ 14 n.23.” (No. 11-1355, p. 35).

provedores de conteúdo do setor se seu conteúdo não chegar aos usuários com a mesma qualidade, facilidade e velocidade que os demais, seja porque há uma degradação proposital de seus dados seja porque elas não têm capacidade financeira para pagar pela priorização de seu tráfego. Demonstrando a profundidade de sua análise, a Corte aduz que essa conclusão possui amparo em vasta literatura econômica³⁷ e cita, nos termos constantes da própria *Open Internet Order*, a invenção da *World Wide Web* e a criação do *Google* como exemplos de relação direta entre inovação e democratização do acesso à infraestrutura, já que em ambos os casos não houve necessidade de qualquer tipo de acordo especial com os detentores de rede (No. 11-1355, p. 36).

Ademais, considerou-se fundamentada a conclusão da FCC de que a ausência das regras da *Open Internet Order* representaria uma ameaça ao adequado desenvolvimento da banda larga, tanto em termos de velocidade quanto de níveis de massificação. Em primeiro lugar, a Corte afirma não haver razões para duvidar da conclusão do órgão de regulador de que as prestadoras de banda larga têm incentivos para efetivamente interferir negativamente no tráfego de provedores de conteúdo que acabam concorrendo com serviços que elas também prestam, como os tradicionais de telefonia (No. 11-1355, p. 37)³⁸. Da mesma forma, elas têm incentivo para celebrar acordos comerciais com provedores de conteúdo com o fim de priorizar o tráfego dos seus dados ou até mesmo excluir competidores, destacando a decisão que a identificação de tais incentivos não é meramente teórica, mas fruto de análise de práticas concretas que vinham sendo observadas no setor. Chega a apontar que a própria *Verizon* afirmou verbalmente que se não fosse pelas regras da *Open Internet Order*, ela estaria explorando tais arranjos comerciais,

³⁷ “This conclusion finds ample support in the economic literature on which the Commission relied, see, e.g., Joseph Farrell & Philip J. Weiser, *Modularity, Vertical Integration, and Open Access Policies: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in the Internet Age*, 17 *HARV. J. L. & TECH.* 85, 95 (2003), cited in *Open Internet Order*, 25 *F.C.C.R.* at 17911 ¶ 14 n.25, as well as in *history and the comments of several edge providers*”. (No. 11-1355, p. 36).

³⁸ “As the Commission noted, Voice-over-Internet-Protocol (VoIP) services such as Vonage increasingly serve as substitutes for traditional telephone services, *id.*, and broadband providers like AT&T and Time Warner have acknowledged that online video aggregators such as Netflix and Hulu compete directly with their own “core video subscription service,” *id.* at 17917 ¶ 22 & n.54; see also *id.* at 17918 ¶ 23 n.60 (finding that a study concluding that cable companies had sought to exclude networks that competed with the companies’ own affiliated channels, see Austan Goolsbee, *Vertical Integration and the Market for Broadcast and Cable Television Programming*, Paper for the Federal Communications Commission 31–32 (Sept. 5, 2007), “provides empirical evidence that cable providers have acted in the past on anticompetitive incentives to foreclose rivals”). (No. 11-1355, p. 37).

e que, ainda que as prestadoras de banda larga eventualmente não fizessem uso desse tipo de acordo por entender que poderia diminuir a própria demanda de banda larga por parte dos usuários, a FCC teria logrado demonstrar que mesmo assim haveria inúmeras externalidades negativas prejudiciais à inovação e, por consequência, ao desenvolvimento das telecomunicações. Conclui, então, que a *Open Internet Order* não constitui pura especulação, como defende a *Verizon*, mas medida baseada na realidade econômica e no senso comum (No. 11-1355, p. 37-38). Vale destacar que nesse exercício de previsibilidade inerente à análise de impacto regulatório, é necessário que toda atuação regulatória já considere eventuais falhas de implementação, fruto de fatores conjunturais de toda natureza, a que naturalmente estão submetidas a análises dessa espécie (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 23). No presente caso, as premissas da FCC, inclusive calcadas em casos concretos, demonstraram-se suficientemente fortes para justificar sua manutenção.

Não havendo muita controvérsia a respeito da capacidade técnica das prestadoras de banda larga para adotar tais práticas nocivas à inovação³⁹, a decisão reforça o êxito da FCC em indicar que a posição das prestadoras de banda larga no mercado lhe confere poder econômico para de alguma maneira restringir o tráfego de determinados provedores de conteúdo. Descreve que, como os usuários geralmente acessam a internet por uma única prestadora de banda larga, ela é monopolista em relação a ele, tendo a capacidade exclusiva de interferir no conteúdo a ser acessado pelo seu cliente. Ela atua, para fazer uso da expressão citada, como um “*gatekeeper*”, uma espécie de segurança que controla tudo que entre a sai, ou seja, que controla o *download* e o *upload* solicitados pelo usuário da internet. Essa condição de *gatekeeper*, segundo a FCC, distingue a prestadora de banda larga de grandes provedores de conteúdo, como o *Google*, uma vez que estes últimos não têm esse tipo de controle sobre o acesso à internet (No. 11-1355, p. 38-39).

Em seguida, a Corte traz à tona dois aspectos importantes que potencializam os efeitos nocivos da possibilidade que as prestadoras de banda larga têm de

³⁹ Donald B. Johnston e Aaron Collins afirmaram, em 2008, que a tecnologia disponível à época já permitia o tratamento discriminatório segundo do tipo de dado transmitido, embora nem sempre tivesse sido assim (JOHNSTON e COLLINS, 2008, p. 80).

interferir no conteúdo acessado⁴⁰: (i) os usuários praticamente não têm informação sobre tais práticas comerciais, no sentido de que não sabem se a dificuldade no acesso a determinado conteúdo se dá em razão de uma dessas práticas ou se é fruto de qualquer outro problema técnico afeto à prestação do serviço ou à indisponibilidade do próprio conteúdo que se pretende acessar. De fato, múltiplas podem ser a causa de uma instabilidade no acesso a um conteúdo, de modo que, nesse cenário, referidas práticas comerciais, não havendo transparência, passam despercebidas, alheias aos olhos do mercado consumidor; (ii) ainda que se tenha a adequada informação acerca das práticas da prestadora de banda larga, não é tão simples rescindir o contrato a fim de contratar a prestadora concorrente. Ou seja, o custo de mudança ou de portabilidade não é trivial, pois envolve a inconveniência inerente a um cancelamento e uma nova instalação; o risco de ficar temporariamente sem o serviço; a necessidade de se familiarizar com novos equipamentos e práticas; a possível perda de benefícios; e a eventual necessidade de pagamento de taxas. Além disso, a FCC demonstra preocupação com a situação de muitos usuários que podem simplesmente não ter opção de trocar de prestadora, conforme cenário delineado na decisão (No. 11-1355, p. 39):

Moreover, the Commission emphasized, many end users may have no option to switch, or at least face very limited options: “[a]s of December 2009, nearly 70 percent of households lived in census tracts where only one or two wireline or fixed wireless firms provided” broadband service. Id. at 17923 ¶ 32. As the Commission concluded, any market power that such broadband providers might have with respect to end users would only increase their power with respect to edge providers. Id.

A *Verizon* também argumenta que a FCC não teria feito qualquer análise acerca do poder de mercado de cada uma das prestadoras de banda larga e que apenas a presença de poder de mercado justificaria um incremento no correspondente nível de regulação a que são submetidas. Acontece que, na linha da argumentação da FCC, a Corte decide que a presença de poder de mercado não é o elemento crucial para justificar a medida regulatória adotada. Na verdade, a simples possibilidade que as prestadoras de banda larga têm de interferir no tráfego do conteúdo a ser acessado já é suficiente para embasar a *Open Internet Order*. E tal

⁴⁰ “According to the Commission, “end users may not know whether charges or service levels their broadband provider is imposing on edge providers vary from those of alternative broadband providers, and even if they do have this information may find it costly to switch.” (No. 11-1355, p. 39).

possibilidade não advém de poder de mercado, mas do fato de os usuários serem vulneráveis à incidência das práticas restritivas em referência (No. 11-1355, p. 41).

Recordando que o raciocínio desenvolvido pelo órgão regulador, especialmente sobre os aspectos comportamentais dos agentes econômicos, não é meramente teórico ou especulativo, mas calcado em observações empíricas, a Corte cita quatro casos concretos identificados, com potencial de proliferação no mercado (No. 11-1355, p. 42):

These involved a mobile broadband provider blocking online payment services after entering into a contract with a competing service; a mobile broadband provider restricting the availability of competing VoIP and streaming video services; a fixed broadband provider blocking VoIP applications; and, of course, Comcast's impairment of peer-to-peer file sharing that was the subject of the Comcast Order.

Por fim, a decisão judicial enfrenta o argumento da *Verizon* de que a *Open Internet Order* produziria o efeito contrário ao pretendido, acarretando, na verdade, prejuízos à inovação e ao investimento⁴¹. Sua linha de raciocínio, seguida, vale lembrar, por dois dos cinco membros da FCC, é de que os eventuais benefícios trazidos com o estímulo à inovação no âmbito dos provedores de conteúdo e com eventuais aumentos de demanda por infraestrutura de banda larga seriam anulados e negativamente compensados pela diminuição no incentivo ao investimento de infraestrutura de banda larga em razão da limitação nos modelos de negócios passíveis de serem adotados. Enfim, a *Open Internet Order* seria contraproducente. Refutando tal argumento, a Corte apontou mais uma vez que a FCC apresentou evidências suficientes de que a *Open Internet Order* fazia sentido e de que, sendo razoável, com benefícios aparentemente superando os custos, não haveria motivo para afastá-la. Destaca que o órgão regulador demonstrou inexistirem evidências de que medidas similares teriam desestimulado o investimento em infraestrutura, fundando sua posição no enorme impacto positivo que a inovação no âmbito do mercado de conteúdo possui no investimento em infraestrutura de banda larga (No. 11-1355, p. 44):

Here the Commission reached its "policy conclusion" by emphasizing, among other things, (1) the absence of evidence that similar restrictions of broadband providers had discouraged infrastructure investment, and (2) the strength of the effect on broadband investment that it anticipated from edge-

⁴¹ "Finally, Verizon argues that the *Open Internet Order* rules will necessarily have the opposite of their intended effect because they will "harm innovation and deter investment by increasing costs, foreclosing potential revenue streams, and restricting providers' ability to meet consumers' evolving needs." (No. 11-1355, p. 43).

provider innovation, which would benefit both from the preservation of the “virtuous circle of innovation” created by the Internet’s openness and the increased certainty in that openness engendered by the Commission’s rules. Open Internet Order, at 17928–31 ¶¶ 40–42. In so doing, the Commission has offered “a rational connection between the facts found and the choice made,” State Farm, 463 U.S. at 52 (internal quotation marks omitted), and Verizon has given us no persuasive reason to question that judgment.

Como se viu, enfim, a Corte de Apelação do Distrito de Columbia decidiu, quanto ao aspecto jurídico-formal, que as seções 706(a) e 706(b) do *Telecommunications Act* de 1996 realmente conferiam ampla competência regulatória à FCC para adotar medidas em prol do desenvolvimento das telecomunicações, e, no que toca ao mérito da *Open Internet Order*, que havia evidências suficientes a demonstrar que seria razoável concluir pela sua aptidão ao incremento da banda larga a níveis compatíveis com o novo papel da internet na sociedade.

4.2.3. A nulidade das regras de não bloqueio e não discriminação. Os *common carriers* e a dicotomia entre os serviços de informação e de telecomunicações

Após analisar a competência da FCC à luz da seção 706 do *Telecommunications Act* de 1996 e a fundamentação apresentada para a adoção da *Open Internet Order*, a Corte de Apelação do Distrito de Columbia passa a investigar se essa medida regulatória contraria a legislação, especificamente se acaba conferindo às prestadoras de banda larga um tratamento inerente aos chamados *common carriers*, que é exclusivamente destinado aos serviços de telecomunicações e aos serviços comerciais. Ou seja, não é possível aplicar regras próprias dos *common carriers* aos serviços de informação ou aos serviços privados. E segundo a *Verizon*, as regras de não bloqueio e não discriminação trazidas pela *Open Internet Order* ensejaram exatamente a sujeição das prestadoras de banda larga, formalmente um serviço de informação, à regulação própria dos *common carriers*.

Explica a decisão, pois, que, como a FCC manteve a classificação da banda larga como serviço de informação, e não como serviço de telecomunicações, não seria válida uma medida regulatória que tratasse as prestadoras de banda larga como *common carriers*. Afirma que uma prestadora só pode ser tratada como *common carrier* em relação à comercialização de serviço de telecomunicações, mas não em relação a outros tipos de serviços eventualmente também prestados pela

mesma empresa, dentre eles os de informação. Caso contrário, ofenderia o item 51 da seção 153 do 47 *US Code* (No. 11-1355, p. 45):

(51) Telecommunications carrier
The term “telecommunications carrier” means any provider of telecommunications services, except that such term does not include aggregators of telecommunications services (as defined in section 226 of this title). A telecommunications carrier shall be treated as a common carrier under this chapter only to the extent that it is engaged in providing telecommunications services, except that the Commission shall determine whether the provision of fixed and mobile satellite service shall be treated as common carriage.

Quanto à banda larga móvel, aponta que, na mesma linha, já havia definido que, como a FCC classifica esse tipo de serviço como privado (*private mobile service*), e não como comercial (*commercial mobile service*), medidas regulatórias tratando as prestadoras de banda larga móvel como *common carriers* violaria o item c(1) da seção 332 do 47 *US Code*:

(c) Regulatory treatment of mobile services
(1) Common carrier treatment of commercial mobile services
(A) A person engaged in the provision of a service that is a commercial mobile service shall, insofar as such person is so engaged, be treated as a common carrier for purposes of this chapter, except for such provisions of subchapter II of this chapter as the Commission may specify by regulation as inapplicable to that service or person. In prescribing or amending any such regulation, the Commission may not specify any provision of section 201, 202, or 208 of this title, and may specify any other provision only if the Commission determines that -
(i) enforcement of such provision is not necessary in order to ensure that the charges, practices, classifications, or regulations for or in connection with that service are just and reasonable and are not unjustly or unreasonably discriminatory;
(ii) enforcement of such provision is not necessary for the protection of consumers; and
(iii) specifying such provision is consistent with the public interest.

Em contraponto a essas premissas, a FCC, conforme destaca a Corte, defende inicialmente que tais dispositivos do 47 *US Code* (seções 153(51) e 332) seriam aplicáveis, na verdade, apenas no contexto do *Communications Act* de 1934, de modo que, em razão de o fundamento para suas medidas regulatórias repousar no *Communications Act* de 1996, em sua seção 706, não haveria essa impossibilidade de tratamento das prestadoras de banda larga como *common carrier*. Ocorre, segundo a decisão, que, além de a referida seção 153(51) ser inteiramente reproduzida no *Telecommunications Act* de 1996, o fato é que esta última legislação substituiu a anterior para todos os efeitos, não podendo a FCC, portanto, tratar serviços de informação como *common carrier* (No. 11-1355, p. 46).

Em seguida, a Corte apresenta o roteiro de sua análise em relação a essa questão: identificará se as regras da *Open Internet Order* sujeitam as prestadoras de banda larga à regulação própria de *common carrier*, sendo que, em caso de resposta positiva, deve anulá-las. Para tanto, fará uso o princípio da deferência administrativa do caso *Chevron* para analisar o termo “*common carrier*”, perquirindo se a interpretação da FCC a seu respeito foi razoável⁴². Há, portanto, uma clara participação e interferência do Poder Judiciário, chamado a solucionar o conflito, na política pública materializada no ato administrativo do órgão regulador. Paulo Roberto Ferreira Motta (2003, p. 66), de uma maneira mais ampla, aponta que a atuação da FCC no direito norte-americano é importante para afastar o falso mito de que “as agências são tão independentes, sendo os seus atos imunes ao controle judicial”.

Na verdade, segundo Robert A. Kagan e Lee Axelrad (2000, p. 08-11), o direito norte-americano construiu uma forma de organização estrutural e uma prática jurídica justamente voltada à resolução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário (*adversarial legalism*), com a visão de que os direitos subjetivos, para serem satisfeitos, dependem de uma disputa judicial. Os autores apontam ter sido constatado nos Estados Unidos um índice mais alto de litigância do que em outros países desenvolvidos, fruto das características que vieram a se formar naquele país no que toca ao arranjo jurídico institucional e cultural de que se valem os processos legais e regulatórios, como (i) regras complexas e detalhadas; (ii) frequente utilização de métodos legais formais para implementação de políticas públicas e resolução de disputas; (iii) litigância mais cara e voltada mais para o embate do que para a cooperação; (iv) maior presença de punições legais oriundas de decisões judiciais; (v) frequente interferência do Poder Judiciário em decisões administrativas, seja para rever ou atrasar sua implementação; e (vi) cenário jurídico mais maleável e imprevisível. Robert A. Kagan (2006, p. 04) explica que no *adversarial legalism* o processo decisório decorre da disputa de interesses travada principalmente por meio

⁴² “Thus, we must determine whether the requirements imposed by the *Open Internet Order* subject broadband providers to common carrier treatment. If they do, then given the manner in which the Commission has chosen to classify broadband providers, the regulations cannot stand. We apply *Chevron’s* deferential standard of review to the interpretation and application of the statutory term “common carrier.” See *Cellco*, 700 F.3d at 544. After first discussing the history and use of that term, we turn to the issue of whether the Commission’s interpretation of “common carrier”—and its conclusion that the *Open Internet Order’s* rules do not constitute common carrier obligations—was reasonable.” (No. 11-1355, p. 46-47).

de advogados, sendo, diferentemente do *bureaucratic legalism*, institucionalmente descentralizado e com menos controle hierárquico. Nessa linha, Martha Derthick e Paul J. Quirk (1985, p. 237) já apontavam que as políticas públicas nos Estados Unidos enfrentavam o desafio de se chegar a acordos que viabilizem sua implantação, uma vez que, num contexto de ampla liberdade e diversidade, a cultura jurídica é marcada pelo conflito e por uma organização bastante fragmentada.

O *adversarial legalism*, embora não se trate propriamente de uma forma de regulação, mas uma “tradição jurídica que se baseia no acesso individual ao Judiciário como forma de proteção de direitos” (LAENDER, 2009, p. 188), dá ensejo, diante da interseção da regulação com a cultura jurídica, a um processo regulatório complexo. Como lembra Gabriel Laender (2009, p. 188), o *adversarial legalism* como modo de regulação é entendido a partir da confluência de inúmeras características, como a implementação de políticas públicas por meio de mecanismos baseados no acesso das partes prejudicadas ao Judiciário, na reprodução de práticas judiciais pela Administração Pública e na adoção de estruturas administrativas com características semelhantes a juízos.

É sob essa lente, portanto, que se observa a decisão da Corte de Apelação do Distrito de Columbia, como uma disputa que judicializa a política pública definida pela FCC e interfere na regulação setorial, especialmente à luz da interpretação da definição de *common carrier* contida no item 11 da seção 153 do 47 *US Code*, essencial ao deslinde da questão:

(11) *Common carrier*

The term “common carrier” or “carrier” means any person engaged as a common carrier for hire, in interstate or foreign communication by wire or radio or interstate or foreign radio transmission of energy, except where reference is made to common carriers not subject to this chapter; but a person engaged in radio broadcasting shall not, insofar as such person is so engaged, be deemed a common carrier.

Segundo a decisão judicial, tanto a FCC quanto o Poder Judiciário recorreram às bases do *common law* para interpretar a expressão “*any person engaged as a common carrier for hire*”⁴³, no sentido de se valer do histórico de casos concretos já decididos nos tribunais. Sob esse aspecto, como aponta Andréia Costa Vieira (2007, p. 107 e 115), o sistema *common law* “tem por fonte primária de direito casos julgados que se tornam vinculantes, ou seja, que devem ser obrigatoriamente

⁴³ Qualquer pessoa engajada a contratar como um *common carrier*, ou seja, como um agente econômico que faz ofertas públicas, não direcionadas especificamente a alguém.

observados em julgamentos posteriores”, prática consolidada no âmbito da chamada Câmara Exchequer (*Exchequer Chamber*), na Inglaterra dos séculos XVI e XVII.

Descreve a Corte, então, que já no século XIX o Poder Judiciário começou a impor determinadas obrigações a empresas do setor de transportes e de comunicações, destacando que, no caso *Interstate Commerce Commission v. Baltimore & Ohio Railroad Co.*, 145 U.S. 263, 275 (1892), a Suprema Corte havia dito que a condição de *common carrier* de um transportador implicaria sua obrigação de – mas não apenas de – transportar todas as pessoas – e mercadorias – que tenham interesse de ser transportadas a preços razoáveis⁴⁴. Ou seja, a ideia é que, a partir do momento em que uma empresa se posiciona no mercado oferecendo seus serviços, ela não possa agir de forma discriminatória, devendo permitir que todos os interessados contratem seus serviços. E para que a possibilidade de contratação seja efetiva, os preços praticados também devem ser igualitários e razoáveis. Trata-se, pois, da democratização do acesso a serviços e insumos considerados importantes do ponto de vista socioeconômico, ofertados indistintamente ao público em geral, dando azo a um amplo dirigismo contratual, que se revela, como afirma Calixto Salomão Filho (2008, p. 77), “tanto na obrigação contratual como no conteúdo da contratação”.

A questão, como se vê, está ligada à doutrina do *essential facility*, que prevê, por meio de limitações ao direito de propriedade, a democratização do acesso a infraestruturas consideradas essenciais à exploração de uma atividade econômica, numa forma de garantir a plena concorrência. Parte-se da premissa de se disponibilizar a agentes não detentores de infraestrutura os meios necessários a que desenvolvam suas atividades. Em outras palavras, com vistas a minimizar barreiras à entrada, o detentor da infraestrutura fica obrigado a permitir seu uso pelos próprios concorrentes. Jonas Antunes Couto (2015, p. 127) resume o fundamento da doutrina a partir da necessidade de “garantia do acesso a ativos essenciais, geralmente

⁴⁴ “In the Nineteenth Century, American courts began imposing certain obligations—conceptually derived from the traditional legal duties of innkeepers, ferrymen, and others who served the public—on companies in the transportation and communications industries. See *Cellco*, 700 F.3d at 545. As the Supreme Court explained in *Interstate Commerce Commission v. Baltimore & Ohio Railroad Co.*, 145 U.S. 263, 275 (1892), “the principles of the common law applicable to common carriers . . . demanded little more than that they should carry for all persons who applied, in the order in which the goods were delivered at the particular station, and that their charges for transportation should be reasonable.” Congress subsequently codified these duties, first in the 1887 Interstate Commerce Act, ch. 104, 24 Stat. 379, then the Manns-Elkins Act of 1910, ch. 309, 36 Stat. 539, and, most relevant here, the Communications Act of 1934, ch. 652, 48 Stat. 1064. See *Cellco*, 700 F.3d at 545–46.” (No. 11-1355, p. 47).

controlados de forma monopolística, sem os quais competidores seriam privados de participar de mercados tidos como livres, e os consumidores teriam seu bem-estar minimizado”.

Leonor Augusta Giovini Cordovil (2005, p. 135-139) destaca que nos Estados Unidos a questão vem suscitando debates, inclusive judiciais, desde o início do século XX, quando se decidiu determinar o acesso de qualquer empresa aos terminais ferroviários, em condições justas e razoáveis. No âmbito da Europa, aponta que a Comissão Europeia buscou caracterizar a *essential facility* como aquela infraestrutura essencial à concorrência que esteja disponível em capacidade suficiente para atender todos, em condições justas e não discriminatórias, sem justificativa objetiva para rejeição do acesso. Para a autora, “o que distingue a infraestrutura essencial de uma infraestrutura não essencial é o impacto provocado pela recusa de seu acesso no mercado”, no sentido de que, lembrando que não é razoável exigir-se a duplicação de redes, deve afetar a competição, já que o objetivo da doutrina é “proteger a concorrência, não os competidores”⁴⁵. Vale trazer à tona, ainda, a preocupação de Eduardo Augusto de Oliveira Ramires (2005, p. 103) com o amplo acesso a infraestruturas consideradas essenciais:

As características econômicas das atividades tradicionalmente exploradas em regime público no mais das vezes envolvem a existência de grandes infraestruturas de rede, impossíveis de reproduzir ou duplicar, pelo menos em termos econômicos, dando origem ao conceito de monopólio natural. O acesso a tais infraestruturas, na verdade, representa o acesso ao mercado por parte daqueles operadores que não as detêm, assim garantir o acesso à rede, em termos não discriminatórios, aos demais prestadores na cadeia de valor ou no setor de atividade constitui uma tarefa central da regulação. Esse princípio corresponde à doutrina norte-americana da *essential facility*, de origem no direito antitruste, e à doutrina econômica conhecida como *Third Party Access – TPA* e tem servido à regulação de diversos setores.

Ou seja, ostentando a natureza de *common carrier*, por oferecer seus serviços ao público em geral, a prestadora atrai o dever de tratamento não discriminatório. Nesse cenário, a Corte de Apelação do Distrito de Columbia faz referência ao caso *National Association of Regulatory Utility Commissioners v. FCC*, 525 F.2d 630, 642 (D.C. Cir. 1976) (“*NARUC I*”), em que foram traçadas diferenças entre *common carrier* e *private carrier*. Definiu-se que se a oferta do serviço é feita de maneira individualizada, segundo condições particulares, trata-se de um *private*

⁴⁵ CORDOVIL, Leonor Augusta Giovini. A intervenção Estatal nas Telecomunicações – A Visão do Direito Econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 135-139.

carrier, não passível de sujeição ao regramento dos *common carriers*. Estes últimos, segundo o precedente apontado, teriam uma natureza quase pública (*quasi-public character*)⁴⁶, uma vez que, seja no varejo ou no atacado, têm obrigação de ofertar os respectivos serviços de forma não discriminatória, sem liberdade negocial para particularizar contratos (No. 11-1355, p. 48).

Também há referência ao caso *Midwest Video II*, que analisou medidas regulatórias que obrigavam as prestadoras de TV a cabo operar um número mínimo de canais e a reservar alguns desses canais para determinados sujeitos. Ou seja, elas foram impedidas de exercer qualquer juízo de discricionariedade a respeito de quem iria usar tais canais e do conteúdo a ser transmitido, bem como tiveram seu direito de cobrar pelo uso dos canais restringido (proibição em relação a alguns e limitação em relação a outros). Como a FCC não tinha competência para regular o mercado de TV a cabo, justificou a medida adotada relacionando-a à sua competência para regular a radiodifusão. À época, aponta a decisão, a Suprema Corte rejeitou esse argumento, entendendo que a FCC não tinha competência para regular as prestadoras de TV a cabo daquela maneira, considerando que a proibição legal de regulação da radiodifusão como *common carrier* deveria ser estendida à regulação que se pretendia impor ao mercado de TV a cabo. Nesse sentido, considerou-se que reservar canais para terceiros de forma não discriminatória, não poder influenciar no conteúdo dos canais e ter limitações de cobrança consubstanciariam regras próprias de *common carriers*, impossíveis de serem aplicadas às prestadoras de TV a cabo (No. 11-1355, p. 49):

A questão também foi tratada no caso *Cellco*, trazido à tona pela decisão judicial, em que se discutiu a validade de medidas regulatórias que impuseram às prestadoras de telefonia móvel a obrigação de ofertar ao público em geral determinados acordos de *roaming* de dados. Apontou-se, então, que obrigar um prestador a ofertar determinado serviço de maneira indiscriminada configura tratá-lo

⁴⁶ “In *National Association of Regulatory Utility Commissioners v. FCC*, 525 F.2d 630, 642 (D.C. Cir. 1976) (“NARUC I”), we identified the basic characteristic that distinguishes common carriers from “private” carriers—i.e., entities that are not common carriers—as “[t]he common law requirement of holding oneself out to serve the public indiscriminately.” “[A] carrier will not be a common carrier,” we further explained, “where its practice is to make individualized decisions, in particular cases, whether and on what terms to deal.” *Id.* at 641. Similarly, in *National Association of Regulatory Utility Commissioners v. FCC*, 533 F.2d 601, 608 (1976) (“NARUC II”), we concluded that “the primary *sine qua non* of common carrier status is a quasi-public character, which arises out of the undertaking to carry for all people indifferently.” (Internal quotation marks omitted).” (No. 11-1355, p. 48).

como *common carrier*. Admite-se, contudo, a existência de uma área cinzenta no que tange à caracterização de uma determinada obrigação regulatória como própria do *status* de *common carrier*, registrando-se que, estando localizada nessa zona a medida regulatória analisada, já há justificativa para os tribunais confirmarem a interpretação dada pelo órgão regulador, em atenção ao princípio da deferência administrativa. Nessa linha é que, no caso *Cellco*, entendeu-se que a obrigação regulatória imposta não era essencialmente própria de *common carrier*, pois ainda conferia espaço para a individualização de acordos sem a necessidade de estender tais condições ao público em geral (No. 11-1355, p. 49-50)⁴⁷.

Tecidas essas considerações, a Corte passa, então, a analisar especificamente se as regras da *Open Internet Order* configuram tratamento das prestadoras de banda larga como *common carriers*.

Destaca, para tanto, o argumento da FCC de que a *Open Internet Order* se destinaria à relação entre as prestadoras de banda larga e os provedores de conteúdo e que, em relação a estes últimos, as prestadoras de banda larga não seria *common carriers*. Defende que seus consumidores são aqueles que contratam a banda larga (usuários finais), e não os provedores de conteúdo que fazem uso da rede para disponibilizar suas aplicações, informações, etc. Sendo assim, como às prestadoras de banda larga continuou sendo reservada a possibilidade de individualização quando da oferta desse serviço aos usuários finais, não haveria qualquer margem para entender que a medida estaria trazendo um tratamento equivalente ao dos *common carriers*. Em suma, na visão da FCC, a proibição legal, a ensejar nulidade, se restringiria à hipótese de obrigar as prestadoras de banda larga a ofertar de maneira indiscriminada o serviço aos usuários finais, e não aos provedores de conteúdo. Nessa linha, a FCC poderia tratar como *common carrier* a relação com os provedores de conteúdo, mas não a relação com os usuários finais. Por ser bastante elucidativo, colaciona-se trecho da decisão sobre o ponto de vista apresentado pela FCC (No. 11-1355, p. 49-50):

Stating that an entity is not a common carrier if it may decide on an individualized basis “whether and on what terms to deal’ with potential

⁴⁷ “Given these principles, we concluded that the data roaming rule imposed no per se common carriage requirements because it left “substantial room for individualized bargaining and discrimination in terms.” *Cellco*, 700 F.3d at 548. The rule “expressly permit[ted] providers to adapt roaming agreements to ‘individualized circumstances without having to hold themselves out to serve all comers indiscriminately on the same or standardized terms.’” (No. 11-1355, p. 49-50).

customers,” the Commission asserted in the Order that “[t]he customers at issue here are the end users who subscribe to broadband Internet access services.” Open Internet Order, 25 F.C.C.R. at 17950–51 ¶ 79 (quoting NARUC I, 525 F.2d at 641) (emphasis added). It explained that because broadband providers would remain able to make “individualized decisions” in determining on what terms to deal with end users, the Order permitted the providers the “flexibility to customize service arrangements for a particular customer [that] is the hallmark of private carriage.” Id. At 17951 ¶ 79. Here, the Commission reiterates that “as long as [a broadband provider] is not required to serve end users indiscriminately, rules regarding blocking or charging edge providers do not create common carriage.” Commission’s Br. 61.

A Corte, porém, discorda da argumentação deduzida pela FCC, pois entende que, embora os consumidores das prestadoras de banda larga sejam os usuários finais, isso não impede que elas também sejam um “*carrier*” em relação aos provedores de conteúdo. De fato, prossegue a decisão, considerando que uma empresa pode ser responsável por várias atividades econômicas, ela pode ostentar característica de *common carrier* em relação a uma delas e não ostentar em relação à outra (No. 11-1355, p. 51). Nessa linha, aponta que como as prestadoras de banda larga fornecem um serviço aos provedores de conteúdo, elas são de fato *carriers* em relação a eles, podendo, em consequência, haver comportamento de *common carrier*. A questão a ser analisada, contudo, não é a simples possibilidade desse tipo de comportamento, mas a obrigação imposta pela *Open Internet Order*, no sentido de que as prestadoras de banda larga efetivamente se comportem como *common carriers* em relação aos provedores de conteúdo (No. 11-1355, p. 51-52).

A Corte também refuta o argumento da FCC de que para a caracterização da condição de *common carrier* seria necessário que houvesse um pedido expresso de fornecimento do serviço, requisito supostamente previsto na seção 201(a) do 47 *US Code*:

(a) It shall be the duty of every common carrier engaged in interstate or foreign communication by wire or radio to furnish such communication service upon reasonable request therefor; and, in accordance with the orders of the Commission, in cases where the Commission, after opportunity for hearing, finds such action necessary or desirable in the public interest, to establish physical connections with other carriers, to establish through routes and charges applicable thereto and the divisions of such charges, and to establish and provide facilities and regulations for operating such through routes.

Como se vê e demonstra a decisão, o dispositivo não exige que a relação contratual tenha surgido a partir de um pedido pelo fornecimento do serviço em condições razoáveis. Na verdade, o elemento caracterizador da condição de

common carrier é a obrigação de, diante de um pedido de fornecimento do serviço em condições razoáveis, atender tal pedido. Dessa forma, é irrelevante o fato de os provedores de conteúdo geralmente não manterem uma relação direta com as prestadoras de banda larga, uma vez que sua demanda vem dos usuários finais. O que importa é que, com a *Open Internet Order*, havendo solicitação por parte dos provedores de conteúdo, as prestadoras de banda larga passam a ter a obrigação de atender – e de forma isonômica –, o que é próprio da condição de *common carrier*. Por ser bastante elucidativo, cita-se trecho da decisão a respeito desse ponto (No. 11-1355, p. 52):

In support of its understanding of common carriage, the Commission first invokes section 201(a), which provides that it is the “duty of every common carrier . . . to furnish . . . communication service upon reasonable request therefor.” 47 U.S.C. § 201(a). No one disputes that a broadband provider’s transmission of edge-provider traffic to its end-user subscribers represents a valuable service: an edge provider like Amazon wants and needs a broadband provider like Comcast to permit its subscribers to use Amazon.com. According to the Commission, however, because edge providers generally do not “request” service from broadband providers, and may have no direct relationship with end users’ local access providers, broadband providers cannot be common carriers with respect to such edge providers. But section 201(a) describes a “duty” of a common carrier, not a prerequisite for qualifying as a common carrier in the first place. More important, the Open Internet Order imposes this very duty on broadband providers: given the Open Internet Order’s anti-blocking and anti-discrimination requirements, if Amazon were now to make a request for service, Comcast must comply. That is, Comcast must now “furnish . . . communication service upon reasonable request therefor.” 47 U.S.C. § 201(a).

A FCC ainda argumenta que só poderia existir uma relação típica de *common carrier* com aquele que paga pelo serviço, sendo que na situação em análise os provedores de conteúdo não pagam pelo tráfego de seus dados, o que é normalmente feito pelos usuários finais. Estes é que mantém relação contratual com as prestadoras de banda larga. A Corte, então, também afasta tal raciocínio. Aduz, na esteira do exposto pela *Verizon*, que é irrelevante o fato de as prestadoras de banda larga não cobrarem dos provedores de conteúdo por determinados privilégios (tráfego prioritário, degradação ou bloqueio de concorrentes, etc.) ou mesmo pelo tráfego ordinário, uma vez que esse é justamente o objetivo da *Open Internet Order*, impedir que elas tenham liberdade para desenvolver esse tratamento diferenciado entre os provedores de conteúdo. Ou seja, se não fosse pela *Open Internet Order*, as prestadoras de banda larga poderiam impor condições para o tráfego de dados, como, por exemplo, em relação à sua qualidade, de modo inclusive a fazer com que

os provedores de conteúdo passem a pagar por esse tráfego. Dessa forma, prossegue a decisão, é descabido o argumento da FCC de que a *Open Internet Order* não impõe obrigações próprias de *common carrier* apenas porque suas regras se dirigem a uma relação gratuita, travada sem um pagamento direto de um sujeito ao outro (No. 11-1355, p. 52-53).

Outro argumento do órgão regulador é o de que, como o próprio *Communications Act* impõe obrigações de não discriminação para agentes regulados que não são considerados *common carriers*, a *Open Internet Order* também poderia fazer o mesmo. Ocorre, aponta a decisão, que a limitação para esse tipo de obrigação não é voltada para o legislador, mas sim para as medidas regulatórias adotadas pela FCC, de cunho infralegal (No. 11-1355, p. 53).

Por fim, é feito um paralelo com os casos *Midwest Video I* e *Midwest Video II*. Neste último, já ventilado, a situação apresentada era bastante similar à ora analisada. As prestadoras de TV a cabo foram obrigadas a carregar conteúdo de terceiros aos seus consumidores por uma medida regulatória, sem a qual poderiam livremente bloquear tais conteúdos de acordo com seus interesses. Aqui, embora também exista uma relação entre as prestadoras de TV a cabo e os fornecedores de conteúdo, o consumidor final é que contrata e paga a conta. Dessa maneira, conclui a Corte, como no *Midwest Video II* os prestadores de TV a cabo foram considerados *carriers* em sua relação com os terceiros fornecedores de conteúdo, inexistente razão para que na *Open Internet Order* as prestadoras de banda larga também não sejam consideradas *carriers* em relação aos provedores de conteúdo (No. 11-1355, p. 54).

Para chegar a esta conclusão, a Corte afasta o argumento da FCC de que haveria diferenças entre ambos os casos: (i) nas duas situações, o conteúdo só é entregue ao usuário final sob demanda, ou seja, só quando ele clica no website do provedor de conteúdo ou quando escolhe efetivamente assistir a um determinado canal⁴⁸; (ii) é irrelevante que no *Midwest Video II* uma quantidade limitada de canais tenha sido afetada enquanto na *Open Internet Order* a quantidade de provedores de conteúdo afetada tende ao infinito, uma vez que a caracterização como *common*

⁴⁸ “The Commission asserts that, unlike in *Midwest Video II*, here the content is delivered to end users only when an end user requests it—i.e., by clicking on a link to an edge provider’s website. But the same was essentially true in *Midwest Video II*: cable companies’ customers would not actually receive the content on the dedicated public access channels unless they chose to watch those channels. The access requested by the programmers in *Midwest Video II*, like the access requested by edge providers here, is the ability to have their communications transmitted to end-user subscribers if those subscribers so desire.” (No. 11-1355, p. 54).

carrier não depende da quantidade de agentes, mas da natureza de suas relações⁴⁹; e (iii) na duas situações alterou-se o controle sobre o tráfego do conteúdo, retirando-se a possibilidade de interferências indevidas por parte, respectivamente, das prestadoras de TV a cabo e das prestadoras de banda larga, o que lhes conferiu tratamento de *common carrier*, já que obrigadas a transportar todos os conteúdos indiscriminadamente⁵⁰ (No. 11-1355, p. 54-56).

A decisão judicial afirma, portanto, não ter dúvidas de que a obrigação de não discriminação contida na *Open Internet Order* efetivamente conferiu tratamento de *common carrier* às prestadoras de banda larga fixa⁵¹. De fato, ao determinar que tratem os provedores de conteúdo sem discriminação desarrazoada, a regra especificamente impõe que elas ofereçam seus serviços indiscriminadamente ao público em geral (*serve to public indiscriminately*), elemento que caracteriza um *common carrier*.

Nesse ponto, a Corte distingue a *Open Internet Order* da regulação discutida no caso *Southwestern Cable*, trazido à tona pela FCC, que não foi anulada pela Suprema Corte. Explica que a regulação do *Southwestern Cable* apenas impunha às prestadoras de TV a cabo a obrigação de, por uma questão de competição, quando carregarem algum canal aberto local, também carregar os demais canais dessa natureza. Aponta que o caso é diferente porque não há uma obrigação de fornecer seus serviços ao público em geral, mas de, em situações específicas, apenas quando as prestadoras de TV a cabo agirem para prejudicar determinados radiodifusores, carregar alguns canais abertos. Na *Open Internet Order*, ao contrário, a obrigação de não discriminação é geral, prévia, no sentido de não depender de uma conduta concreta, e direcionada a todos os provedores de conteúdo (No. 11-1355, p. 57).

⁴⁹ “Nor, contrary to the Commission’s contention, is it at all relevant that in *Midwest Video II* only a limited number of cable channels were available, while in this case the number of edge providers a broadband provider could serve is unlimited. Whether an entity qualifies as a carrier does not turn on how much content it is able to carry or the extent to which other content might be crowded out. A short train is no more a carrier than a long train, or even a train long enough to serve every possible customer.” (No. 11-1355, p. 55).

⁵⁰ “The Court’s point was simply that the *Midwest Video I* regulations had created no common carrier obligations because they had imposed no obligation on cable operators to provide carriage to any third party. By giving third parties “control” over the transmissions that cable operators carried, however, the *Midwest Video II* regulations did. The regulations here accomplish the very same sort of transfer of control: whereas previously broadband providers could have blocked or discriminated against the content of certain edge providers, they must now carry the content those edge providers desire to transmit.” (No. 11-1355, p. 55-56).

⁵¹ Recordar-se que tal regra não foi dirigida pela FCC à banda larga móvel.

Em seguida, a decisão destaca, quanto à possibilidade de as prestadoras de banda larga realizarem discriminações razoáveis em relação ao tráfego de dados, que a FCC expressamente consignou que o pagamento pela priorização no tráfego não atenderia ao regramento da *Open Internet Order*. Dessa forma, não havendo tal possibilidade, as prestadoras de banda larga ficam obrigadas a ofertar gratuitamente seus serviços a todos os provedores de conteúdo, o que, segundo a Corte, impede que o serviço seja prestado de maneira individualizada e, por consequência, consubstancia um tratamento próprio de *common carrier*, que, aplicado a serviços de informação, como formalmente é classificado o serviço de banda larga, infringe a legislação (No. 11-1355, p. 59).

Passando a analisar a regra de não bloqueio, aplicável para a banda larga fixa e móvel, a Corte aduz que sua caracterização como *common carrier* é menos clara. Segundo a *Verizon*, a caracterização decorre da impossibilidade de as prestadoras decidirem a respeito do tráfego que carregam, de modo que devem dar tratamento uniforme, inclusive quanto ao preço, que deve ser gratuito (No. 11-1355, p. 60). A decisão destaca ainda a impossibilidade de as prestadoras de banda larga cobrarem dos provedores de conteúdo para atingir níveis mínimos de qualidade de tráfego. Dessa forma, ao dispor que todos os provedores de conteúdo devem receber exatamente o mesmo tratamento, a Corte entende há a caracterização de *common carrier*. Ainda desconsidera, por derradeiro, o argumento da FCC de que a regra de não bloqueio, por si só, não impediria a individualização de acordos comerciais para priorização de tráfego e, conseqüentemente, afastaria a caracterização de *common carrier*. Na verdade, a decisão aponta que cada regra deve ser analisada individualmente, no sentido de que, em termos de não bloqueio, o tratamento deve ser uniforme para todos os provedores de conteúdo, o que, ao contrário do raciocínio exposto pelo órgão regulador, confere tratamento de *common carrier* às prestadoras de banda larga (No. 11-1355, p. 60-61).

Sobre a regra de transparência da *Open Internet Order*, a própria *Verizon* não sustenta que ela, por si só, constitui regra própria de *common carrier*, estando a Corte de acordo com essa conclusão. A *Verizon*, contudo, defende que se trata de regra indissociável das demais, de modo que se as regras de não bloqueio e não discriminação forem anuladas, o mesmo desfecho deve ser dado à de transparência. A respeito, a Corte destaca que a FCC logrou explicar que as regras operam de

forma independente, não havendo que se falar em comunicação no desfecho judicial (No. 11-1355, p. 62).

4.2.4. A conclusão da Corte de Apelação do Distrito de Columbia

Em sua conclusão, a Corte de Apelação do Distrito de Columbia, ao tempo em que mantém a regra de transparência, anula as regras de não bloqueio e não discriminação, por entender que, apesar de a FCC possuir competência para adotar a *Open Internet Order* e de a medida regulatória ser razoável e aderente aos seus deveres legais, as duas últimas regras conferiram tratamento de *common carrier* a um serviço de informação, como formalmente é classificada a banda larga, o que é vedado pela legislação (No. 11-1355, p. 63):

For the forgoing reasons, although we reject Verizon’s challenge to the Open Internet Order’s disclosure rules, we vacate both the anti-discrimination and the anti-blocking rules. See Northern Air Cargo v. U.S. Postal Service, 674 F.3d 852, 860–61 (D.C. Cir. 2012) (appropriateness of vacatur dependent on whether “(1) the agency’s decision is so deficient as to raise serious doubts whether the agency can adequately justify its decision at all; and (2) vacatur would be seriously disruptive or costly”); Comcast, 600 F.3d at 661 (vacating the Comcast Order). We remand the case to the Commission for further proceedings consistent with this opinion.

Como se vê da última frase da decisão, o próprio Poder Judiciário se dirige à FCC no sentido de que adote eventuais providências que entenda cabíveis, o que, como se verá a seguir, leva à próxima decisão do órgão regulador, de reclassificar o serviço de banda larga, deixando de considerá-lo um serviço de informação e passando a apontá-lo formalmente como serviço de telecomunicações⁵².

Aqui, pode-se dizer que, ainda que por razões jurídico-formais, o Poder Judiciário atuou claramente como um *veto player*, barrando a política pública definida pelo órgão regulador do setor de telecomunicações. Embora o contexto sociocultural fosse propício à manutenção das regras que garantissem o desenvolvimento da banda larga em patamares isonômicos, foi detectada a ofensa a uma específica proibição legal, de não tratar serviços de informação em termos próprios de *common carriers*. No contexto do *adversarial legalism* do direito norte-americano (KAGAN; AXELRAD, 2000), que, calcado no amplo acesso ao Poder

⁵² A FCC inicia a explicação a respeito da reclassificação afirmando que está se valendo do convite implícito contido na decisão judicial para que, no intuito de traçar as medidas regulatórias adequadas, seja formalmente indicado que a banda larga nos dias de hoje é melhor compreendida como serviço de telecomunicações (FCC-15-24, p. 134).

Judiciário como forma de proteção dos direitos, impulsiona a judicialização das políticas públicas, a Corte de Apelação do Distrito de Columbia se apresenta como um fórum institucional do qual se exige confirmação para que a medida regulatória tenha sucesso pleno. Ou seja, dado o ordinário potencial de judicialização, o Poder Judiciário passa a integrar o fluxo também ordinário de implementação de uma política pública. Tem-se, então, a subsunção à definição de *veto player* cunhada por Tsebelis, referida por Matthew M. Taylor (2008, p. 75), como “*a political actor – an individual or collective – whose agreement is required to enact policy change*”.

5. RECLASSIFICAÇÃO DA BANDA LARGA COMO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES PELA FCC (2015)

Como antecipado, após a decisão da Corte de Apelação do Distrito de Columbia, que anulou as regras de não bloqueio e de não discriminação da *Open Internet Order*, a FCC exarou uma extensa decisão em 12 de março de 2015, tomada por três votos a dois, reclassificando o serviço de banda larga fixa de serviço de informação para serviço de telecomunicações, e o serviço de banda larga móvel de serviço privado para serviço comercial.

Para tanto, o órgão regulador aborda, dentre outros, inúmeros aspectos sobre: o funcionamento, o mercado e as características do serviço de banda larga; os fundamentos de sua competência para adotar medidas regulatórias voltadas à banda larga; a importância da internet na sociedade moderna; a necessidade de proteger e promover a neutralidade de rede, identificada como a abertura da internet; as regras de não bloqueio e de não discriminação; a reclassificação da banda larga; e a fundamentação jurídica, inclusive de ordem constitucional, da medida regulatória. Em razão de a FCC ter realizado um resgate histórico de vários entendimentos e raciocínios já expostos em outros momentos, inclusive na *Open Internet Order*, a presente análise buscará destacar os principais pontos sem, contudo, alongar-se em questões já tratadas neste trabalho.

5.1. Releitura das regras da *Open Internet Order*: novas especificações

Inicia o órgão regulador reiterando a importância da internet para o desenvolvimento da economia americana, tendo em vista sua função instrumental em praticamente todas as áreas da vida cotidiana, como o comércio, as comunicações, a educação, o entretenimento, a inovação, etc (FCC 15-24, p. 03), bem como destacando o acerto da *Open Internet Order*, que teria incrementado de maneira significativa o investimento na infraestrutura de banda larga durante o

período de sua vigência⁵³ ⁵⁴. Nesse contexto, justifica a adoção de regras para prevenir práticas prejudiciais à neutralidade de rede, como bloqueios, degradação de sinal e pagamento por tráfego prioritário, só que desta vez a partir de vários fundamentos legais, incluindo o Título II do Communications Act. Destarte, após consulta pública que apresentou aproximadamente quatro milhões de comentários, a FCC registra suas expectativas com o futuro (FCC-15-24, p. 04):

Under this approach, consumers can continue to enjoy unfettered access to the Internet over their fixed and mobile broadband connections, innovators can continue to enjoy the benefits of a platform that affords them unprecedented access to hundreds of millions of consumers across the country and around the world, and network operators can continue to reap the benefits of their investments.

Destaca, ainda, o enorme crescimento da banda larga móvel, tanto em termos de quantidade, passando de 70 milhões de acessos em 2010 para 127 milhões em 2015, quanto em termos de importância social⁵⁵, e da oferta de vídeos na internet (*online streaming videos services*), formato responsável pela maior parte do tráfego na internet e gerador de grande demanda de infraestrutura (FCC-15-24, p. 05). Como se vê, a evolução tecnológica – de 2010 a 2015, neste caso – tem o condão de rapidamente modificar a realidade e o nível de essencialidade de determinada atividade econômica, a ponto de provocar mudanças na correspondente abordagem regulatória a fim de endereçarem-se as principais preocupações de ordem coletiva. Alexandre Santos Aragão (2013, p. 99) lembra que foi com a evolução tecnológica e o surgimento de novas atividades prestacionais que, mesmo nos Estados Unidos, com todo seu liberalismo econômico, se constatou “a impossibilidade de os interesses da coletividade e de subsistência da concorrência serem respeitados

⁵³ “Four years ago, the Commission adopted open Internet rules to protect and promote the “virtuous cycle” that drives innovation and investment on the Internet—both at the “edges” of the network, as well as in the network itself. In the years that those rules were in place, significant investment and groundbreaking innovation continued to define the broadband marketplace. For example, according to US Telecom, broadband providers invested \$212 billion in the three years following adoption of the rules—from 2011 to 2013—more than in any three year period since 2002” (FCC 15-24, p. 3).

⁵⁴ Aponta (i) que a Netflix, com transmissão online de vídeos, passou a ser a responsável pelo maior tráfego de dados na América do Norte; (ii) que diversas empresas, como a CBS e a HBO anunciaram planos de investimentos na área de *streaming*; e (iii) que – a perceber o nível de detalhamento da análise da FCC, a demonstrar a importância desse novo formato de consumo de programas, - a Amazon foi premiada com dois Globos de Ouro no ano de 2015 por sua série “Transparent”.

⁵⁵ “Indeed, mobile broadband is becoming an increasingly important pathway to the Internet independent of any fixed broadband connections consumers may have, given that mobile broadband is not a full substitute for fixed broadband connections.” (FCC 15-24, p 5).

apenas pelos ditames das liberdades de entrada no mercado e de desenvolvimento da empresa”. Na verdade, para tomar suas decisões o órgão regulador parte da premissa de que os Estados Unidos precisam de mais banda larga, de uma banda larga melhor e de uma infraestrutura de banda larga aberta. (FCC -15-24, p. 6)⁵⁶.

E para identificar os verdadeiros anseios da sociedade e os objetivos a serem perseguidos pela regulação, lembra que o próprio Congresso, por meio do *Administrative Procedure Act* (APA), de 1946, determinou que o sucesso do processo normativo depende de conferir-se aos diversos envolvidos e interessados a oportunidade de participar da construção das regras. Sob esse aspecto, portanto, os quatro milhões de comentários apresentados em torno da reclassificação da banda larga legitimam e qualificam ainda mais a decisão da FCC (FCC 15-24, p. 06). Vale registrar, nesse ponto, a existência de críticas no sentido de que os elementos de democratização do processo normativo (*rulemaking*) inseridos pelo *Administrative Procedure Act* são mais aparentes do que reais (WARREN, 2011, p. 226), embora seja mais aberto do que um modelo de regulação baseado em medidas concretas (*ordermaking*) (WARREN, 2011, p. 250).

De qualquer forma, na esteira das lições de Floriano de Azevedo Marques Neto (2003, p. 22), a regulação estatal deve ser exercida pelos entes públicos com transparência e permeabilidade, a partir de um diálogo permanente com os envolvidos. Tratam-se as consultas públicas e as audiências públicas, como aponta Márcio Iório Aranha (2005, p. 1999), de mecanismos que, apesar não suficientes (ARANHA, 2008, p. 01), tendem a promover a “*reorientação da função das agências para a sua vocação inicial de espaços públicos e, portanto, mediadores do diálogo para preservação da virtude política dos interessados em verem suas vozes traduzidas em ação*”.

Para Alexandre Santos de Aragão (2002, p. 104), os espaços públicos de discussão servem para conferir legitimação ao processo decisório, reduzindo o chamado déficit democrático da regulação administrativa. Ademais, deve-se ter em mente que o processo de discussão pública, além de conformar a atuação

⁵⁶ Roberta Westin (2010, p. 163) destaca os poderes que o Congresso conferiu à FCC para, num reconhecimento da importância da internet, desenvolver uma espécie de Plano Nacional de Banda Larga: “*Therefore, recognizing the importance of broadband for the consumer welfare, economic growth, public safety, education, health care, private investments, among other benefits, Congress enacted the Recovery Act, which gave a broad mandate for the FCC to create a National Broadband Plan*”.

administrativa à realidade atual da atividade regulada, munindo o órgão regulador de todo tipo de informação, serve de extensa motivação, uma vez que os comentários apresentados devem ser analisados um a um. Como lembra Sérgio Varella Bruna (2003, p. 204), a própria “*experiência norte-americana demonstra que tais procedimentos são uma importante fonte de informações para a autoridade administrativa e para os tribunais revisores, por auxiliarem na tarefa de decifrar o meio ambiente*”, sendo que tais procedimentos documentam “*as questões de fato e as alternativas regulamentares que devem ser analisadas pela autoridade*”. Destaca o autor, ainda, a posição de Aman e Mayton, no sentido de que o procedimento regulamentar deve ser (i) participativo, conferindo oportunidade formal de participação; (ii) compreensivo, de modo a que se adote linguagem acessível que permita a participação por todos efetivamente que serão atingidos; e (iii) e racional, exigindo-se a demonstração precisa dos objetivos perseguidos e de sua subsunção aos preceitos legais (BRUNA, 2003, p. 271).

Prosseguindo à análise do caso em estudo, a FCC primeiramente apresenta as novas regras adotadas para, só depois, aprofundar na respectiva fundamentação. Como se verá, o cerne do regramento e muitos dos seus detalhes são os mesmos da *Open Internet Order*, com diferença de que são mais específicos, no sentido de que se dirigem a determinadas práticas, e que se aplicam igualmente para a banda larga fixa e móvel⁵⁷. Ao lado da regra de transparência^{58 59}, que foi confirmada pela

⁵⁷ Na *Open Internet Order* a regra de não discriminação não se aplicava à banda larga móvel.

⁵⁸ Vale destacar a preocupação do órgão regulador com a transparência das condições comerciais e a necessidade de sua adequada informação aos consumidores, manifestada na especificação de comandos relativos ao preço, cobrança de valores em geral e limites de consumo de dados, como se vê (FCC-15-24, p. 73):

- *Price – the full monthly service charge. Any promotional rates should be clearly noted as such, specify the duration of the promotional period, and note the full monthly service charge the consumer will incur after the expiration of the promotional period.*
- *Other Fees – all additional one time and/or recurring fees and/or surcharges the consumer may incur either to initiate, maintain, or discontinue service, including the name, definition, and cost of each additional fee.401 These may include modem rental fees, installation fees, service charges, and early termination fees, among others.*
- *Data Caps and Allowances – any data caps or allowances that are a part of the plan the consumer is purchasing, as well as the consequences of exceeding the cap or allowance (e.g., additional charges, loss of service for the remainder of the billing cycle).*

⁵⁹ Procurou-se, ainda, detalhar a transparência do gerenciamento de rede:

- *The existing transparency rule requires disclosure of actual network performance. In adopting that requirement, the Commission mentioned speed and latency as two key measures. Today we include packet loss as a necessary part of the network performance disclosure.407*
- *We expect that disclosures to consumers of actual network performance data should be reasonably related to the performance the consumer would likely experience in the geographic area in which the consumer is purchasing service.*

Corte de Apelação do Distrito de Columbia, são estabelecidas, então, as seguintes regras: (i) não bloqueio; (ii) não degradação de tráfego; (iii) não pagamento por tratamento prioritário; e (iv) não interferência desarrazoada ou tratamento prejudicial desarrazoado a consumidores ou provedores de conteúdo⁶⁰.

A regra de não bloqueio continua determinando que o usuário final tenha acesso a todo tipo de conteúdo lícito demandado:

No blocking

A person engaged in the provision of broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not block lawful content, applications, services, or nonharmful devices, subject to reasonable network management.

Previu-se, ainda, regra específica de proibição da degradação do tráfego, anteriormente apenas como uma decorrência da regra do não bloqueio:

No Throttling

A person engaged in the provision of broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not impair or degrade lawful Internet traffic on the basis of Internet content, application, or service, or use of a non-harmful device, subject to reasonable network management.

Na mesma linha, criou-se regra própria para a proibição de, mediante pagamento, conferir-se tratamento mais benefício para determinados conteúdos, criando o que se chamou de “fast lanes”:

No Paid Prioritization.

A person engaged in the provision of broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not engage in paid prioritization. “Paid prioritization” refers to the management of a broadband provider’s network to directly or indirectly favor some traffic over other traffic, including through use of techniques such as traffic shaping, prioritization, resource reservation, or other forms of preferential traffic management, either (a) in exchange for consideration (monetary or otherwise) from a third party, or (b) to benefit an affiliated entity.

-
- We also expect that network performance will be measured in terms of average performance over a reasonable period of time and during times of peak usage.
 - We clarify that, for mobile broadband providers, the obligation in the existing transparency rule to disclose network performance information for “each broadband service” refers to separate disclosures for services with each technology (e.g., 3G and 4G). Furthermore, with the exception of small providers, mobile broadband providers today can be expected to have access to reliable actual data on performance of their networks representative of the geographic area in which the consumer is purchasing service—through their own or third-party testing—that would be the source of the disclosure. Commission staff also continue to refine the mobile MBA program, which could at the appropriate time be declared a safe harbor for mobile broadband providers.

⁶⁰ A decisão deixa claro que suas regras são dirigidas à infraestrutura de última milha da prestadora de banda larga, e não ao mercado de interconexão existente no “background” das redes, por entender que, em relação a este último, ainda não havia conhecimento suficiente a justificar uma regulação *ex ante* (FCC-15-24, p. 11).

Por fim, tem-se a regra que, sob nova nomenclatura, proíbe discriminações desarrazoadas no tratamento dispensado aos usuários finais e aos provedores de conteúdo:

No Unreasonable Interference or Unreasonable Disadvantage to Consumers or Edge Providers

Any person engaged in the provision of broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not unreasonably interfere with or unreasonably disadvantage (i) end users' ability to select, access, and use broadband Internet access service or the lawful Internet content, applications, services, or devices of their choice, or (ii) edge providers' ability to make lawful content, applications, services, or devices available to end users. Reasonable network management shall not be considered a violation of this rule⁶¹.

Apresentadas as novas regras, a FCC aponta que, além da já analisada seção 706, passa a se valer do Título II do *Telecommunications Act* para implementar sua política regulatória, mas mantendo a capacidade de investimento do setor, a partir de uma abordagem moderna, própria para o novo século, intitulada de “*light-touch*”, tendo em vista a dispensa da incidência de mais de setecentas regras desse Título II⁶² ⁶³, (FCC-15-24, p. 12-13). Quanto à banda larga móvel, se vale ainda do Título III, que trata das licenças para uso do espectro radioelétrico.

Ademais, na esteira do que decidido judicialmente, a FCC deixa claro que o serviço de banda larga também é dirigido aos provedores de conteúdo, e não apenas aos usuários finais. Aponta que as práticas de mercado mudaram enormemente desde o início do século, quando, por exemplo, os usuários ainda usavam as *homepages* fornecidas pelas prestadoras de banda larga. Dessa forma, atualmente resta evidente que os provedores de conteúdo, ao usufruírem da capacidade de transmissão, também mantêm vínculo com as prestadoras de banda larga, e que estas, embora possam oferecer algum outro tipo de serviço, claramente são identificadas como provedoras de capacidade de transmissão de conteúdo, ou

⁶¹ Dentre os critérios para avaliar a razoabilidade do gerenciamento de rede, estão a capacidade de interferir no controle do usuário final, no nível de competição, na proteção ao consumidor, na inovação, investimento e desenvolvimento da banda larga, na liberdade de expressão e na implementação dos melhores padrões técnicos de engenharia de rede (FCC-15-24, p. 61-64)

⁶² A submissão de determinado mercado ao Título II apenas permite que lhe sejam aplicadas as respectivas regras previamente dispostas no Título, cabendo ao órgão regulador individualizar o tratamento por meio da definição das regras aplicáveis.

⁶³ “*This includes no unbundling of last-mile facilities, no tariffing, no rate regulation, and no cost accounting rules, which results in a carefully tailored application of only those Title II provisions found to directly further the public interest in an open Internet and more, better, and open broadband.*” (FCC-15-24, p. 12).

seja, como um agente intermediário que liga o usuário ao conteúdo desejado (FCC-15-24, p. 14). Como salientado por Pires, Vasconcellos e Teixeira (2009, p. 110), “os provedores de acesso detentores de infraestrutura funcionam como uma plataforma entre os milhares de usuários da rede e os provedores de conteúdo e aplicativos, tais como, *Google, Yahoo!*, redes de relacionamento virtuais, etc.”.

Interessante, nesse ponto, a metáfora da pizza, suscitada no caso *Brand X*, em que uma pizzaria de delivery, que vende e entrega pizzas, descobre com o tempo que é mais rentável apenas realizar entregas em geral de todo tipo de mercadoria, ainda que possa eventualmente entregar suas próprias pizzas. É o que ocorreu com as prestadoras de banda larga, que privilegiaram o transporte de conteúdo em detrimento da venda do próprio conteúdo. Por tal razão, a FCC, distinguindo as duas atividades, passa a conferir tratamento diferenciado a cada uma delas: a transmissão é serviço de telecomunicações e o fornecimento de conteúdo é serviço de informação (FCC-15-24, p. 15):

Based on this updated record, this Order concludes that the retail broadband Internet access service available today is best viewed as separately identifiable offers of (1) a broadband Internet access service that is a telecommunications service (including assorted functions and capabilities used for the management and control of that telecommunication service) and (2) various “add-on” applications, content, and services that generally are information services.

Quanto às premissas para adoção das novas regras, a FCC indica que se pautou por três elementos: (i) segurança jurídica, de modo a que prestadoras de banda larga, provedores de conteúdo e usuários finais possam planejar suas atividades com base em diretrizes claras, inclusive por meio da abertura de canal institucional que permita aos agentes previamente consultarem o órgão regulador acerca de uma determinada prática⁶⁴; (ii) flexibilidade suficiente para conferir tratamento adequado à totalidade de fatos que surgem num ambiente tão suscetível às inovações; e (iii) existência de espaço para efetiva resolução de eventuais disputas (FCC-15-24, p. 105).

5.2. Protegendo e promovendo a abertura da internet no espaço regulatório

⁶⁴ A FCC esclarece que discorda da ideia de que essa possibilidade acabaria freando o ritmo da inovação uma vez que forçaria as prestadoras a sempre aguardarem o posicionamento do órgão regulador antes de agir. Ao contrário, defende que estimulará a inovação por trazer mais segurança aos investidores (FCC-15-24, p. 109).

Após traçar um breve histórico acerca da regulação voltada ao desenvolvimento das redes de telecomunicações, perseguindo princípios como o da democratização do acesso, competição e liberdade de escolha, a FCC aponta que, no bojo da consulta pública realizada em 2014 (*Open Internet NPRM*), que questionou acerca da mais adequada política pública para garantir a abertura da internet, muitos comentários de fato foram favoráveis à reclassificação da banda larga como serviço de telecomunicações à luz do Título II e contrários à possibilidade de pagamento por tratamento prioritário e, por consequência, às *fast lanes* (FCC-15-24, p. 24-25). A interação do órgão regulador com o setor e com a sociedade afigura-se extremamente importante, constituindo o que Sérgio Varella Bruna (2003, p. 50) chama de descoberta dos fatos e de valores a serem observados quando dos processos decisórios, elemento essencial para que, em busca da decisão social, haja uma congruência entre o Estado e seus representados, entre o órgão regulador e os sujeitos afetados pela regulação.

São reforçadas, então, as premissas já adotadas na *Open Internet Order*, de que as regras são necessárias para a promoção da competição, da liberdade de expressão, do desenvolvimento de infraestrutura e da inovação, fomentando inclusive o mercado digital de aplicativos e vídeos, etc, uma vez que, além de as prestadoras de banda larga, fixa e móvel⁶⁵, terem incentivo econômico e capacidade técnica para agir de forma contrária a tais valores, os consumidores enfrentam um alto custo para trocar de prestadora, isso quando há opção para a troca⁶⁶. Ademais, também recorda que a Corte de Apelação do Distrito de Columbia, embora tenha impedido a imposição de regras próprias de *common carriers* às prestadoras de banda larga, não questionou a necessidade de tais regras para proteger o ciclo virtuoso da inovação (FCC-15-24, p. 126).

No que tange à banda larga móvel, submetida pela *Open Internet Order* a regulação própria – regra específica de não bloqueio e ausência de regra de não discriminação, conferiu-se nova abordagem. Se no ano de 2010 representava, quando comparada com a banda larga fixa, um mercado ainda incipiente, de baixa velocidade e penetração, em 2015 se encontrou um mercado mais maduro, com

⁶⁵ Do ponto de vista empírico, foram registrados casos concretos que indicavam interferências das prestadoras de banda larga móvel na fruição de provedores de conteúdo, como no caso de problemas no acesso ao FaceTime da Apple por meio rede móvel da AT&T (FCC-15-24, p. 39).

⁶⁶ Segundo a 2015 *Broadband Progress Report*, 45% dos domicílios só têm à disposição uma prestadora que oferece banda larga a uma velocidade de 25Mbps (FCC-15-24, p. 32).

redes mais rápidas, tecnologias mais avançadas e níveis de utilização e penetração maiores. Dessa forma, com a evolução da banda larga móvel, a FCC decidiu que ela deveria se submeter ao mesmo regramento da banda larga fixa⁶⁷. São apontadas, inclusive, evidências de que populações de baixa renda e de área rurais têm maior propensão à contratação da banda larga móvel e de que o crescimento das funcionalidades de conexão atreladas à mobilidade integrou o serviço às diversas atividades econômicas, aumentando sua importância social. Ademais, a neutralidade de rede, nesse mercado, também é necessária para o crescimento da indústria tecnológica e para a criação de empregos (FCC-15-24, p. 39), não sendo a competição, por si só, suficiente para impedir práticas prejudiciais à abertura da internet⁶⁸.

Percebe-se, nesse cenário, que a regulação, embora formalmente produzida pelo órgão regulador e demais atores institucionais, é claramente fruto das inúmeras interações socioeconômicas nas esferas público e privada que conformam a realidade em que se vive⁶⁹. As instituições, ao tempo em que influenciam e formalizam o processo regulatório, são parte de um amplo contexto político, tecnológico, social, etc. A regulação, nesse sentido, ocorre em muitas arenas (*many rooms*), inexistindo uma dualidade desconexa entre a forte regulação estatal e a completa desregulação (AYRES; BRAITHWAITE, 1992). Do ponto de vista da sociedade civil, Gabriela Paes de Carvalho Rocha (2009, p. 88) defende que sua participação “não é só um direito, mas também um dever de cidadania, que deve ser

⁶⁷ “*In view of the evidence showing the evolution of the mobile broadband marketplace, we conclude that it would best serve the public interest to revise our approach for mobile broadband services and apply the same openness requirements as those applied to providers of fixed broadband services. The Commission has long recognized that the Internet should remain open for consumers and innovators alike, regardless of the different technologies and services through which it may be accessed. (...) In contrast to the state of the mobile broadband marketplace when the Commission adopted the 2010 open Internet rules, the evidence in the record today shows how mobile broadband services have evolved to become essential, critical means of access to the Internet for millions of consumers every day. Because of this evolution and the widespread use of mobile broadband services, maintaining a regime under which fewer protections apply in a mobile environment risks creating a substantively different Internet experience for mobile broadband users as compared to fixed broadband users. Broadband users should be able to expect that they will be entitled to the same Internet openness protections no matter what technology they use to access the Internet.*” (FCC-1524, p. 38).

⁶⁸ Aponta a FCC que, ainda que o mercado de banda larga móvel fosse suficientemente competitivo, isso não seria suficiente para justificar a não imposição das medidas regulatórias ora adotadas. Afirma que houve inúmeros casos concretos em que as prestadoras de banda larga interferiram de maneira indevida no conteúdo trafegado por suas redes e que os incentivos para tais condutas persistem (FCC-15-24, p. 65).

⁶⁹ Aliás, Baldwin, Cave e Lodge (2012, p. 159-160) lembram da necessidade de coordenação adequada entre todos os atores para que se chegue ao que chamam de boa regulação.

por ela desempenhado ativamente, quando do desenho, da implementação e da posterior avaliação das políticas públicas”. Raimundo Bezerra Falcão (2000, p. 119-123), analisando o processo hermenêutico, ao tempo em que recorda a distinção de Spinoza entre investigar a natureza das coisas e modo pelo qual as percebemos, destaca que, segundo Hegel, o meio social vai dominando o ser humano, no sentido de que a compreensão humana – e sua interpretação – é apoderada pela imersão cultural, que, dessa forma, mostra sua importância para a regulação jurídica.

Nesse processo dialético de interações mútuas, cabe à regulação inicialmente apreender a realidade para promover suas escolhas de maneira bastante fundamentada, contexto no qual surgem as regulações *ex ante* e *ex post*. Num setor de rápidas transformações decorrentes da evolução tecnológica, como o de telecomunicações, novas práticas surgem a todo instante, sendo prudente, por vezes, definir um período de observação a fim de, com o amadurecimento dos comportamentos dos envolvidos e uma percepção mais clara a respeito de seus efeitos, seja possível adotar medidas regulatórias com maior precisão. Especificamente sobre neutralidade de rede, Ian Brown e Christopher T. Marsden (2013, p. 161-162) registram justamente que o órgão regulador precisa compreender bem a natureza do congestionamento de rede, monitorando as operações comerciais e as características do tráfego para detectar potenciais abusos em termos de discriminação. Jonas Antunes Couto (2015, p. 120), ao tempo em que identifica a regulação *ex ante* como aquela em que as regras são instituídas para prevenir a prática de condutas anticompetitivas, impondo-se restrições comportamentais de forma antecipada, e a regulação *ex post* como aquela intervenção posterior à prática de algum ilícito anticompetitivo, lembra da possibilidade de uma estratégia complementar, em que “a regulação *ex ante* imposta é limitada aos mercados onde há risco significativo de abuso de posição dominante e reduzida à medida em que se percebe que sua retirada não afeta o funcionamento eficiente do mercado”, quando se passa a focar em intervenções próprias da regulação *ex post*.

Pode-se dizer, então, que um maior nível de conhecimento tende a acarretar uma regulação *ex ante*, uma vez que todas as variáveis envolvidas já foram delineadas a ponto de permitir uma maior previsibilidade inerente à abstração e generalidade desse tipo de medida. Por outro lado, num cenário de práticas ainda

incipientes, a prudência indica a adoção de regulação ao menos inicialmente *ex post*, por meio da análise dos casos concretos que vão surgindo. No caso banda larga móvel, por exemplo, ela foi inicialmente submetida a um período de observação para só então sofrer a incidência de regra de não discriminação. Práticas recentes também podem ser citadas como exemplos de situações em que o órgão regulador já indica que, não havendo amadurecimento suficiente, haverá apenas uma observação, ao menos num primeiro momento, com base no tratamento conferido aos casos concretos. Trata-se do *zero-rating*, em que a prestadora de banda larga móvel não desconta da franquia de dados do consumidor o acesso a determinados tipos de conteúdos ou conteúdos de um determinado provedor, e do *data caps*, em que, dentro de determinado pacote comercial, são impostos limites ao consumo da banda larga móvel.

Quanto *zero-rating*, a FCC aponta que consubstancia modelo de negócio que por um lado pode beneficiar o consumidor, por permitir que usufrua da transmissão de dados de maneira gratuita, e alguns provedores de conteúdo, que se destacariam dos demais permitindo maiores investimentos e inovação na área. Por outro lado, poderia ter o condão de seriamente distorcer o ambiente competitivo, ao favorecer as empresas com maiores recursos financeiros e impedir, ainda que indiretamente, por meio de incentivos econômicos, que o consumidor tivesse amplo e igualitário acesso a todo tipo de conteúdo disponível na internet, inaugurando terreno fértil às práticas discriminatórias, em prejuízo à liberdade do consumidor e à inovação, uma vez que provedores de conteúdo teriam mais uma barreira à entrada no mercado. Como aduz Leonor Augusta Giovini Cordovil (2005, p. 264), “mesmo na existência de um mercado dinâmico, é necessário impedir que uma empresa estabelecida consiga impedir o desenvolvimento de novas tecnologias”, destacando a autora que o processo de desregulação norte-americano, por exemplo, acarretou “fortes incentivos para as empresas do mercado tentarem evitar a entrada de novos competidores, limitando seu acesso à infraestrutura essencial”. O órgão regulador, então, afirma que, embora exista o potencial de prejuízo à competição, novos modelos de negócios podem ser estruturados e se desenvolver de uma maneira benéfica aos consumidores e à própria competição, de modo que, neste momento, o ideal seria não definir regulação prévia, mas apenas observar tais práticas à luz da regra que proíbe tratamento discriminatório desarrazoado (*no-unreasonable*

interference/disadvantage standard) e agir pontualmente quando necessário (FCC 15-24, p. 67-68)

A mesma linha foi adotada com relação aos *data caps*, planos que limitam o tráfego de dados do consumidor em termos quantitativos num determinado período de tempo, em geral um mês. Uma vez atingido o volume de dados consumido, o acesso à internet tem a velocidade reduzida, salvo se o usuário optar por pagar por uma maior quantidade de tráfego de dados. A prática pode beneficiar os consumidores, que têm à disposição planos de serviços mais personalizados, de acordo com o padrão de consumo de dados de cada um, e as prestadoras de banda larga móvel, que podem ajustar seus planos de negócio à real capacidade de suas redes e oferecer serviços de mais qualidade conforme a demanda de cada um. Por outro lado, aponta a FCC, alguns comentários apresentados em consulta pública registram preocupação de tal prática prejudicar a competição entre os provedores de conteúdo, muito em função de viabilizar o *zero-rating*, só possível de ser implementado num cenário de limitação do consumo de dados. De fato, a existência do limite é que permite às prestadoras de banda larga excluírem desse limite o tráfego de conteúdo de determinados provedores parceiros, criando, assim, um cenário anticompetitivo. A FCC, então, entendendo ainda existir um ambiente de indefinição quanto aos benefícios e prejuízos da prática, também decidiu, neste momento, apenas observá-la à luz do regramento já adotado (FCC 15-24, p. 68-69). A cautela no tratamento das novas práticas de mercado demonstra, além da necessidade de íntimo contato do órgão regulador com setor regulado, mais uma vez, o forte papel da realidade empírica na definição institucional da regulação.

Numa demonstração de que os fins embasam sua interpretação, a FCC indica que adota múltiplas fundamentações legais – seção 706, Título II e Título III do *Communications Act* – com base no seu objetivo primordial de proteger e promover a abertura da internet como uma plataforma competitiva, a liberdade de expressão, a inovação e o crescimento econômico (FCC 15-24, p. 120). Como se vê, com a evolução do papel da banda larga, passam a ser ventiladas novas leituras do ordenamento jurídico que justificam novas e atuais medidas regulatórias. Trata-se, na verdade, da consequência do estabelecimento de novos patamares de adequação e atualidade na prestação do serviço, impactando em todo o encadeamento regulatório do setor, o que foi apontado pela Corte de Apelação do

Distrito de Columbia para reconhecer a competência legal da FCC para a adoção da *Open Internet Order* à luz da referida seção 706.

Quanto ao Título II, partindo da classificação da banda larga fixa como serviço de telecomunicações e da banda larga móvel como serviço comercial, a FCC, ao tempo em que afasta a incidência de boa parte de seus dispositivos, destaca a aplicação de suas seções 201, 202 e 208, que impõem aos *common carriers* a obrigação de fornecer o serviço, sempre que demandado, em patamares de razoabilidade e de interconectar suas redes com outros *carriers* (FCC 15-24, p. 124). Ademais, verifica-se que o nível de abertura dos dispositivos contribui para a aderência de várias interpretações e suas respectivas medidas regulatórias contemporâneas, uma vez que a seção 201(b) dispõe, por exemplo, que as cobranças, práticas, classificações e conexões devem ser justas e razoáveis e que as regras ali previstas podem ser adotadas conforme necessário ao interesse público⁷⁰. Esse panorama se alinha ao defendido por Eduardo Augusto de Oliveira Ramires (2005, p. 40), para quem as exigências de operacionalidade do direito contemporâneo estão relacionadas a uma ideia de sistematização que admite “mobilidade e abertura”, no sentido de uma capacidade de concentrar as relações de sentido “entre as normas componentes do ordenamento e a variedade, particularidade e complexidade dos problemas concretos trazidos à experiência jurídica num contexto histórico em câmbio acelerado”. Nessa linha, o autor destaca que Niklas Luhmann, numa perspectiva sociológica do direito, desenvolve uma visão do direito em que ele é encarado como um “‘sistema parcial’ e, portanto, componente do sistema social geral, devendo ser examinado em suas estruturas internas e nas relações com seu ambiente exterior”. Marcus Faro de Castro (2014, p. 704), sustentando a necessidade de uma constante abertura democrática do ordenamento jurídico, especialmente das constituições, mostra preocupação com o que chama de fechamento conceitual das noções formalistas de direito subjetivo, que excluiria “a possibilidade da construção e reconstrução contínua desses conteúdos, mediante o debate democrático como prática institucional caracteristicamente conflitiva e reiterativa”, a fim de alterar concepções normativas

⁷⁰ “(b) All charges, practices, classifications, and regulations for and in connection with such communication service, shall be just and reasonable, and any such charge, practice, classification, or regulation that is unjust or unreasonable is declared to be unlawful. (...) The Commission may prescribe such rules and regulations as may be necessary in the public interest to carry out the provisions of this chapter.”

antigas e ajustá-las às novas. A regulação, nesse contexto, deve buscar a máxima aproximação com a realidade a fim de extrair o interesse público mais adequado à sociedade.

Já o Título III viabiliza que, por meio de obrigações e condicionamentos atrelados às licenças para uso do espectro radioelétrico, a oferta banda larga móvel seja ajustada ao interesse público e ao ciclo virtuoso da inovação. O poder do órgão regulador em relação a essas licenças pode ser exemplificado com a seção 316⁷¹, que permite, caso a FCC entenda necessário e conveniente para o interesse público, a realização de mudanças em licenças já existentes, exigindo para tanto, além da devida fundamentação, apenas a notificação ao administrado atingido para que tenha a oportunidade de manifestar-se a respeito (FCC 15-24, p. 125).

5.3. A reclassificação da banda larga como serviço de telecomunicações e o dinamismo regulatório

A FCC inicia a argumentação a respeito da reclassificação da banda larga recordando que a Suprema Corte, no caso *National Broadcasting Co., Inc. v. United States*, confirmou que o órgão regulador possui competência suficientemente ampla para endereçar e resolver as novas questões que se apresentam em razão da fluidez e dinamicidade próprias das tecnologias de comunicação (FCC-15-24, p. 134). Refutando comentários sobre um possível engessamento da classificação da banda larga como serviço de informação, o órgão regulador defende que a legislação é ambígua, no sentido de que admite mais de uma interpretação, sobretudo com a evolução do serviço e de sua nova percepção social, e que classificar a banda larga como serviço de telecomunicações certamente é uma interpretação possível e razoável (FCC-12-24, p. 136). Observa-se, aí, o caráter instrumental da regulação a determinados objetivos de política pública, especialmente o desenvolvimento da banda larga, ajustando seu parâmetro de

⁷¹ “(1) Any station license or construction permit may be modified by the Commission either for a limited time or for the duration of the term thereof, if in the judgment of the Commission such action will promote the public interest, convenience, and necessity, or the provisions of this chapter or of any treaty ratified by the United States will be more fully complied with. No such order of modification shall become final until the holder of the license or permit shall have been notified in writing of the proposed action and the grounds and reasons therefor, and shall be given reasonable opportunity, of at least thirty days, to protest such proposed order of modification; except that, where safety of life or property is involved, the Commission may by order provide, for a shorter period of notice.”

adequação aos níveis de exigência que a dinamicidade da sociedade moderna impõe, a partir da releitura evolutiva de normas programáticas. Conforme preceitua Alexandre Santos de Aragão (2007, p. 55), a intercomunicação entre o Direito e a economia são indispensáveis à adaptação das normas jurídicas à dinâmica da realidade social, sendo necessário que “a Administração, observando o meio e as circunstâncias a serem reguladas, adote as medidas mais capazes de atingir os escopos públicos que deve perseguir”. Especificamente sobre a regulação, Michael Clarke (2000, p. 04-06) lembra que ela consubstancia um processo político contínuo e dinâmico, de modo que o ambiente regulatório demanda íntimo envolvimento com as mudanças de circunstâncias e, conseqüentemente, a adoção de novas medidas regulatórias à medida em que elas se tornem necessárias. O autor afirma, então, que "*regulation is inherently dynamic, responding to technical, social, economic, and hence political change*".

Na sequência, num apanhado histórico, a FCC destaca as decisões regulatórias intituladas *Computer Inquires*, que distinguiram os serviços básicos dos de valor adicionado, dando ensejo, respectivamente, no *Telecommunications Act* de 1996, aos serviços de telecomunicações e de informação, apontando, ainda, que elas foram responsáveis pela aplicação do Título II a componentes de transmissão do serviço de acessos à internet. Explica que entre 1980 a 2005, as empresas de telefonia foram obrigadas a ofertarem a banda larga via DSL de maneira não discriminatória, segundo as diretrizes do Título II (FCC-15-24, p. 135-136).

Sobre seu entendimento exarado no *Stevens Report*, em 1998, no sentido de que o serviço de acesso à internet, à época discada (*dial-up*), era tipicamente um serviço de informação, prestado conjuntamente com o serviço de telefonia, este sim um serviço de telecomunicações, afirma que naquele momento a banda larga ainda estava num estágio inicial de desenvolvimento e de oferta às residências (FCC-15-24, p. 137). Vê-se, mais uma vez, a precisa vinculação do tratamento regulatório a um determinado momento por que passa o mercado, de onde se infere a naturalidade da temporariedade da regulação. Tem-se a busca do equilíbrio, numa visão de regulação não de controle ou dominação, mas que, segundo Élvia Fadul (2007, p. 18-19), tendo em vista sua natureza aberta e em transformação constante, visa à “harmonização de comportamentos que, num dado momento, privilegiam um ou alguns dos seus elementos, e cujo objetivo é não apenas o de controlar, mas

equilibrar e fazer funcionar corretamente o sistema, acomodando interesses gerais da sociedade, interesses políticos do governo e interesses provados e econômicos do setor” (FADUL, 2007, p. 18-19).

Sob a ótica do Poder Judiciário, a FCC destaca como precursora da classificação da banda larga como serviço de telecomunicações a decisão tomada no caso *AT&T Corp. v. City of Portland* (2010) em que a Corte de Apelação dos Estados Unidos definiu que os serviços prestados via cabo (*cable modem service*), quando viabilizavam acesso à internet, consubstanciavam serviço de telecomunicações quanto a esse ponto. Por meio do *Cable Modem Declaratory* (2002), considerando a fluidez interpretativa que emergia da legislação, a FCC entendeu que o *cable modem service* incluía muitas e por vezes todas as funções também disponíveis pelo serviço de acesso à internet *dial-up*, considerada um serviço de informação, como contas de e-mail, acesso a conteúdo e novos grupos, possibilidade de criação de páginas pessoais na internet e de recuperar informações da internet. Encontrou-se, na ocasião, um serviço que englobava transmissão de dados, processamento de computador, provisão de informação e interatividade, disponibilizando aos usuários uma enorme variedade de aplicações. Nesse sentido, concluiu-se que se estava diante de um serviço de informação porque se tratava de um serviço único e integrado que permitia o acesso à internet, apesar de atrelado a componentes de telecomunicações (FCC-15-24, p. 139-140).

Em outubro de 2003, contudo, a Corte de Apelação dos Estados Unidos anulou essa decisão regulatória por contrariar a decisão judicial exarada no citado caso *AT&T Corp. v. City of Portland*, no sentido de que o elemento de transmissão do serviço de banda larga a cabo constituía serviço de telecomunicações à luz do *Communications Act*. Em 2005, relata a FCC, a Suprema Corte, no caso *Brand X*, restabeleceu os efeitos da decisão regulatória tomada na *Cable Modem Declaratory*, indicando que a legislação é de fato ambígua e que o entendimento do órgão regulador consubstanciava uma interpretação possível (FCC 15-24, p. 140).

Em seguida, a FCC editou a *Wireline Broadband Classification Order*, que concluiu, na mesma linha anterior, que os provedores de banda larga fixa permitem a fruição de uma variedade de aplicações, o que já seria suficiente para serem enquadrados como serviço de informação. A transmissão de dados se integrava às facilidades decorrentes do processamento de informação, de modo que o serviço

era compreendido pelo usuário com unidade (como um serviço de informação). As mesmas premissas eram aplicadas à banda larga móvel, então classificada como serviço privado, e não comercial. Já em 2010, foi editada a *Open Internet Order* nos termos já delineados, com regras de transparência, não bloqueio e não discriminação, tendo estas duas últimas, em 2014, sido anuladas pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia.

Após o breve resgate histórico do tratamento regulatório conferido à banda larga, a FCC aponta as razões para reclassificá-la como serviço de telecomunicações. Recorda, inicialmente, que as regras de não bloqueio e não discriminação foram anuladas em razão de o Poder Judiciário ter considerado que, ao impedir as prestadoras de banda larga de travarem negociações individuais com os provedores de conteúdo, estavam-lhe conferindo o status de *common carrier*, o que não é permitido aos serviços formalmente classificados como de informação. Na prática, a Corte já indicou que a *Open Internet Order* seria juridicamente viabilizada se a FCC procedesse à reclassificação formal da banda larga para serviço de telecomunicações, o que veio a ocorrer com a decisão administrativa ora em análise. Além de sua atuação como *veto player*, barrando a medida regulatória adotada em 2010, a decisão judicial acabou, dessa forma, interferindo direta e decisivamente na reformulação conceitual da política setorial. Alexandre Veronese (2011, 345), nesse sentido, explica que o Poder Judiciário exerce mais do que um poder de veto das políticas públicas, contribuindo inclusive para sua reconfiguração:

O objetivo analítico do presente trabalho pode ser sintetizado numa conclusão geral: o Poder Judiciário exerce mais do que um simples poder de veto na formação das políticas públicas. Ele contribui para a sua reconfiguração. Com a sua atuação negativa, abre-se uma porta de legitimidade para a postulação de alterações na regulamentação vigente que não podem ser desvinculadas da ação judicial. Logo, para tomar a menção de Marc Galanter, adaptada por diversos juristas da área de direito e sociologia: a justiça e a regulação ocorrem em muitos espaços.

De fato, uma decisão judicial pode ativar um processo de alteração no campo político (*political activation*), ensejando mudanças no arranjo institucional ou mesmo iniciando uma mobilização na sociedade. No campo dos direitos sociais, por exemplo, embora possa não redistribuir efetivamente recursos, a simples criação de uma expectativa de redistribuição já é suficiente para movimentar o corpo social (SCHEINGOLD, 2004, p. 132-138). Nessa linha, Matthew M. Taylor (2008, p. 93) lembra que o principal objetivo da judicialização de uma política pública pode ser

justamente desacreditá-la perante a opinião pública por meio da criação de um debate que irá de certa forma movimentar a sociedade.

A FCC explica, por conseguinte, que a mudança na classificação decorre da revolução por que passou o mercado da banda larga na última década, não sendo mais possível entender-se a transmissão de dados da banda larga como atrelada, num único serviço, às aplicações oferecidas pela prestadora. Ou seja, a transmissão de dados, pela sua importância, ganhou autonomia, sendo a função indispensável da banda larga justamente a que permite a conexão com o conteúdo ilimitado disponível na internet, e não a fruição de eventuais aplicações ofertadas. A FCC enumera, então, três evidências que comprovam tal conclusão: (i) a conduta dos consumidores, que não fazem uso de serviços e aplicações oferecidos pelas prestadoras de banda larga, como e-mail, mesmo quando eles já estão incluídos no serviço contratado; (ii) as estratégias de propaganda das prestadoras de banda larga, que focam na velocidade de transmissão, e não em serviços extras agregados aos pacotes comerciais; e (iii) as características técnicas da banda larga, voltadas à transmissão de dados (FCC-15-24, p. 143). Atualmente, portanto, há uma clara caracterização da banda larga como serviço de telecomunicações, em relação à transmissão de dados, e como serviço de informação, em relação à oferta de conteúdo, aplicações, etc.

Do ponto de vista hermenêutico, mais uma vez cita o caso *Chevron*, invocado pela Suprema Corte no caso *Brand X*, em que se definiu que, diante de um dispositivo ambíguo, a interpretação dada pelo órgão regulador, que detém mais capacidade técnica para realizá-la do que o Poder Judiciário, deve ser mantida se plausível e razoável, ainda que os magistrados entendam que outra interpretação seja a melhor. Sérgio Varella Bruna (2003, p. 239-241), nesse sentido, registra que o Judiciário norte-americano “deve deferência às conclusões de fato alcançadas pela agência sempre que estiverem amparadas em prova substancial (*substantial evidence*)”, lembrando, ainda, que “é o Executivo, e não o Judiciário, o Poder mais talhado para tratar da solução das questões políticas, em virtude do fato de os Juízes não estarem sujeitos ao controle eleitoral”. Nessa linha, tratando do processo de conformação interpretativa ao substrato fático, Daniel Almeida de Oliveira (2015, p. 289-290) lembra que não há nenhuma evidência de que “a estrita especialidade dos juristas seria superior na tarefa de identificar esses textos e dar-lhes o

significado mais adequado à nova realidade quando comparada às diversas especialidades dos integrantes do Legislativo e do Executivo”. Ao contrário, afirma que os juízes, além de não terem de prestar contas, ficam “distantes também das necessidades e valores atuais da sociedade em geral”, defendendo, enfim, que a “atualização e correção das normas constitucionais, especialmente as de texto mais abstrato ou passível de entendimentos diversos razoáveis, devem ser feitas pelo Legislativo e, a partir delas ou diretamente, pelo Executivo”.

Nesse contexto, considerando a complexidade técnica do assunto e a abrangência do dispositivo legal, a FCC afirma possuir discricionariedade para alterar a classificação original da banda larga desde que apresente as razões para tanto. Justificando sua posição, se vale de novo da posição da Suprema Corte manifestada no caso *Brand X*, que expressamente afirma não haver óbices à mudança de interpretação na definição de políticas públicas, uma vez que a premissa do caso *Chevron* é justamente conferir discricionariedade ao órgão regulador para constantemente avaliar o acerto de suas interpretações sobretudo diante de mudanças fáticas no setor regulado. Ainda nessa linha, cita o precedente *FCC v. Fox Television Stations, Inc.*, em que a Suprema Corte afirmou que em caso de mudança de interpretação, o órgão regulador não precisa convencer o Poder Judiciário de que a nova interpretação é melhor que a primeira, mas apenas demonstrar que a nova interpretação se encaixa no estatuto legal, que há razões para adotá-la e que ele acredita que é a melhor diante do cenário que se apresenta (FCC 15-24, p. 144-145).

A FCC, então, reconhece que havia uma falha em explicar qual seria a posição dos provedores de conteúdo na cadeia produtiva e que, na verdade, o correto é considerar que o serviço de banda larga possui dois destinatários, sendo tanto o usuário final quanto os provedores de conteúdo beneficiários da prestação do serviço. Com isso, tendo em vista a reclassificação da banda larga como serviço de telecomunicações, os dois segmentos do mercado submetem-se ao referido Título II. Se a prestadora de banda larga se compromete a conectar o usuário final à internet ela implicitamente também se compromete a transportar o conteúdo produzido pelos provedores de conteúdo. Destarte, embora a relação das prestadoras de banda larga com os provedores de conteúdo seja indireta ou secundária, ela impacta decisivamente na fruição do serviço pelo usuário final,

motivo pelo qual, segundo o órgão regulador, merece o tratamento de serviço de telecomunicações. De fato, se a prestadora de banda larga celebra acordo de tráfego prioritário com provedores de conteúdo, essa prioridade interferirá diretamente na percepção de utilização do serviço pelo usuário final (FCC-15-24, p. 147-148).

Em seguida, a FCC apresenta mais uma vez a evolução do mercado, buscando demonstrar como o cenário atual justifica a reclassificação da banda larga e que sua visão passou a privilegiar a experiência do usuário a partir da prática da comercialização do serviço. Aponta que houve um incremento brutal da banda larga desde o ano 2000, tendo o número de residências com o serviço passado de 5.2 milhões para 87 milhões e o percentual de residências com uma velocidade de 200 kbps aumentado de 5% para 72%. Em relação à banda larga móvel, registra um crescimento de 265% de 2009 a 2013, sendo que em novembro de 2014 73.6% da população acima de treze anos já estava se comunicando por meio de um *smartphone* (FCC 15-24, p. 152)⁷².

O enorme crescimento da banda larga, por sua vez, fez florescer o mercado de conteúdo e aplicações dos mais diversos tipos, impactando na forma como os usuários se relacionam com a internet. Criou-se, na verdade, um ciclo em que o aumento da demanda por conteúdo e aplicações desenvolveu um mercado até então inexistente ou ainda incipiente. O número de *websites*, segundo a FCC,

⁷² “The record in this proceeding reveals that, since we collected information to address the classification of cable modem service over a decade ago, the market for both fixed and mobile broadband Internet access service has changed dramatically. Between December 2000 and December 2013, the number of residential Internet connections with speeds over 200 kbps in at least one direction increased from 5.2 million to 87.6 million. In 2000, only 5 percent of American households had a fixed Internet access connection with speeds of over 200 kbps in at least one direction, as compared to approximately 72 percent of American households with this same connection today. Indeed, as of December 2013, 60 percent of households have a fixed Internet connection with minimum speeds of at least 3 Mbps/768 kbps. Moreover, between December 2009 and December 2013, the number of mobile handsets with a residential data plan with a speed of at least 200 kbps in one direction increased from 43.7 million to 159.2 million, a 265 percent increase. By November 2014, 73.6 percent of the entire U.S. age 13+ population was communicating with smart phones, a figure which has continued to rise rapidly over the past several years. Cisco forecasts that by 2019, North America will have nearly 90 percent of its installed base converted to smart devices and connections, and smart traffic will grow to 97 percent of the total global mobile traffic. In 2013, the United States and Canada were home to almost 260 million mobile subscriptions for smartphones, mobile PCs, tablets, and mobile routers. In 2014, that number was expected to increase by 20 percent, to 300 million subscriptions; by 2020, to 450 million, or a population penetration rate of almost 124 percent. In addition, the explosion in the deployment of Wi-Fi technology in the past few years has resulted in consumers increasingly using that technology to access third party content, applications, and services on the Internet, in connection with either a fixed broadband service or a mobile broadband service.” (FCC-15-24, p. 152).

passou de 36 milhões em 2003 para 900 milhões em 2015. Ademais, reforça o fato de que o conteúdo e as aplicações oferecidas pelas próprias prestadoras de banda larga são hoje claramente separados da transmissão de dados em si, comercializada com base na velocidade e, em relação à banda larga móvel, no volume do tráfego. Embora, por exemplo, sejam oferecidos pelas prestadoras de banda larga serviços de e-mail, os usuários têm preferido se valer de contas de e-mails de provedores de conteúdo genuínos, como *Google* e *Yahoo!*, consignando o órgão regulador que estes dois tiveram suas *homepages* dentre as dez mais acessadas no início de 2015 e que algumas prestadoras de banda larga alertam os usuários para o fato de que não poderão permanecer com suas contas de e-mail se trocarem de prestadora, o que certamente é um incentivo para que optem por e-mails fornecidos por provedores de conteúdo genuínos (FCC-15-24, p. 152-153). Em resumo, os usuários normalmente se valem da conexão de banda larga contratada para usufruir de conteúdo disponibilizado por empresas sem vínculo com as prestadoras de banda larga.

De fato, atualmente, aponta a FCC, a banda larga é vista como um instrumento para acessar os mais variados tipos de conteúdo oferecidos por empresas desvinculadas da prestadora que viabiliza a conexão à internet, como, por exemplo, *Netflix*, *YouTube*, *Facebook*, *Twitter*, *Amazon*, *eBay* e *Wikipedia*. Registra inclusive que o crescimento da demanda por vídeos *online* é bastante representativo em termos de tráfego de dados, sendo o *YouTube* e a *Netflix* responsáveis por 50% do pico do tráfego de *download* na América do Norte (FCC-15-24, p. 154).

Como mencionado, outro aspecto que indica a mudança na concepção da banda larga é sua forma de *marketing*, não mais focado em eventuais conteúdos e aplicações oferecidos. As estratégias de venda são voltadas para a velocidade do tráfego de dados e, no caso da banda larga móvel, também para a cobertura e o volume de dados oferecido nos pacotes comercializados, o que impacta na percepção e no comportamento do usuário final. Assim resume o órgão regulador (FCC-15-24, 157):

In short, broadband Internet access service is marketed today primarily as a conduit for the transmission of data across the Internet. The record suggests that fixed broadband Internet access service providers market distinct service offerings primarily on the basis of the transmission speeds associated with each offering. Similarly, mobile providers market their service offerings primarily on the basis of the speed, reliability, and coverage of their network. Marketing broadband services in this way leaves a

reasonable consumer with the impression that a certain level of transmission capability — measured in terms of “speed” or “reliability”— is being offered in exchange for the subscription fee, even if complementary services are also included as part of the offer.

Diante desse contexto, a FCC adota nova interpretação e passa a entender que a banda larga é serviço de telecomunicações. Argumenta que há subsunção às definições de telecomunicações e de serviço de telecomunicações⁷³ e que a eventual oferta de conteúdo e aplicações não é suficiente para transformar a atividade econômica em serviço de informação, uma vez que ela deve ser vista como separada da oferta do serviço de telecomunicações que é a banda larga em si, responsável pela transmissão dos dados (FCC-15-24, p. 158). Registra entendimento da Suprema Corte no caso *Brand X* no sentido de que uma empresa não pode retirar a incidência da regulação do Título II de seu serviço de telecomunicações simplesmente por agregá-lo a um serviço de informação (FCC-15-24, p. 169). Nesse sentido, aproveita para consignar que nem o *Domain Name Service* – DNS, que transforma os nomes de websites em endereços de *Internet Protocol* – IP, nem o *Caching*, que hospeda cópias de conteúdo em locais da rede mais próximos do usuário, tornando mais rápida a conexão, são capazes de, quando ofertados em conjunto com a banda larga, afetar a natureza desta de serviço de telecomunicações (FCC-15-24, p. 169-170). O mesmo se aplica ao processo de migração do IPv4 para IPv6 como forma de identificação e roteamento do conteúdo da internet, bem como a serviços de e-mail, armazenamento e funções de segurança, como as de bloqueio de spam (FCC-15-24, p. 172).

Quanto à subsunção, a FCC aponta que a banda larga se enquadra na definição de serviço de telecomunicações, realmente transmitindo informação entre pontos designados pelo usuário final. Discorda, portanto, de argumentações no sentido de que ela não seria serviço de telecomunicações em razão de o usuário não saber onde está armazenada a informação do provedor de conteúdo. Afirma que é irrelevante perquirir acerca da localização geográfica da informação, sendo importante, na verdade, que o usuário seja o responsável pela definição da qual informação acessada (FCC-15-24, p. 161). Destaca, por fim, que os pacotes de

⁷³ “First, the Act defines “telecommunications” as “the transmission, between or among points specified by the user, of information of the user’s choosing, without change in the form or content of the information as sent and received.”⁹⁶⁶ Second, the Act defines “telecommunications service” as “the offering of telecommunications for a fee directly to the public, or to such classes of users as to be effectively available directly to the public, regardless of the facilities used.” (FCC-15-24, p. 157).

dados não têm seu conteúdo alterado durante o processo de transmissão, outro requisito para a caracterização de telecomunicação.

Quanto ao enquadramento na definição de serviço de telecomunicações, a FCC afirma que a banda larga, da forma como comercializada, é ofertada diretamente ao público, não sendo necessário que esteja disponível a toda a população do país. Além disso, não há óbices a que exista algum tipo de individualização quanto a determinadas condições de contratação, como preço, uma vez que, em essência, continua havendo transmissão de todo o conteúdo escolhido pelo usuário final, ou seja, continua havendo telecomunicações (FCC 15-24, p. 163-165).

O órgão regulador norte-americano também chama atenção para a recente proliferação das conexões *wi-fi* nas cidades, que inaugurou um novo padrão de comportamento dos consumidores, que acessam a internet por meio da banda larga contratada por terceiros, sobretudo em lugares públicos. Tem-se evidente, mais uma vez, a separação entre (i) aplicações e conteúdos acessados segundo escolha do usuário; e (ii) a transmissão dessas informações, viabilizada pela conexão em banda larga de outrem. Nessa esteira, observa inclusive existir um crescimento de aparelhos que acessam a internet apenas por uma conexão *wi-fi*, a demonstrar que de fato houve uma evolução a exigir uma nova leitura da classificação da banda larga (FCC-15-24, p. 174).

Sobre uma intenção do Congresso de deixar a internet sem regulação, a FCC explica que não está promovendo a regulação em si do conteúdo e aplicações disponíveis na internet, mas somente da transmissão dessas informações, garantindo que não haverá regulação de preços, desagregação de redes na última milha ou tarifação, numa aplicação específica e sofisticada apenas de dispositivos do Título II que efetivamente promovam a abertura da internet de acordo com o interesse público. Afasta, pois, a opção de autorregulação desse segmento, destacando que a reclassificação da banda larga apenas reflete as características atuais do serviço, no sentido de que não impõe que nenhum serviço seja oferecido como *common carrier*, e sim identifica aquele que já está sendo oferecido com essa característica. (FCC-15-24, p. 175-176). Vê-se, mais uma vez, a regulação como um reflexo da realidade, buscando apreendê-la e conformá-la a determinados preocupações atuais de ordem coletiva.

Já no que tange à banda larga móvel, o entendimento é de que se enquadra na definição de *commercial mobile service*⁷⁴, pois é um serviço móvel, já que acessível por meio de aparelhos móveis, ofertado com objetivo de lucro e disponível indiscriminadamente ao público em geral. Ademais, reitera que a interpretação não pode ser estática, sobretudo considerando que as redes estão continuamente evoluindo e mudando diante das novas tecnologias e do surgimento e crescimento de novas demandas (FCC-15-24, p. 178 e 183)⁷⁵.

Identificou-se que o objetivo do Congresso era de garantir que os serviços móveis que viabilizassem o envio e o recebimento de comunicação entre todos os usuários dentre de uma rede pública comutada fossem tratados como *common carrier*, o que é atualmente, segundo a FCC, o caso da banda larga móvel, em contraste com *private mobile service*, não disponível a uma parcela substancial do público. A classificação da banda larga como *commercial mobile service*, portanto, está plenamente alinhada ao atual estágio de desenvolvimento do mercado, já que centenas de milhões de usuários dela fazem uso para enviar e receber comunicações diariamente por meio da internet, em contraste com a realidade de 2007, quando havia um mercado ainda nascente. Aliás, o novo tratamento busca refletir uma nova realidade de íntima interação entre redes tradicionais de telefonia, serviços de VOIP e demais aplicações disponíveis na internet, em que o usuário da banda larga está plenamente conectado, como explica o órgão regulador (FCC-15-24, p. 187):

Today, users on mobile networks can communicate with users on traditional copper based networks and IP based networks, making more and more networks using different technologies interconnected. In addition, mobile subscribers continue to increase their use of smartphones and tablets and the significant growth in the use of mobile broadband Internet access services has spawned a growing mobile application ecosystem. The changes in the marketplace have increasingly blurred the distinction between services using NANP numbers and services using public IP

⁷⁴ “Section 332(d)(1) of the Communications Act defines “commercial mobile service” as “any mobile service . . . that is provided for profit and makes interconnected service available (A) to the public or (B) to such classes of eligible users as to be effectively available to a substantial portion of the public, as specified by regulation by the Commission.” (FCC-15-24, p. 178).

⁷⁵ A afirmação foi feita no contexto da definição da expressão “public switched network”, utilizada pela FCC para definir serviços de interconexão, que seriam aqueles que viabilizam o envio e o recebimento de comunicação entre todos os usuários dentre dessa rede pública comutada. Diante da evolução tecnológica e do crescimento da banda larga móvel, conferiu-se interpretação à expressão “public switched network” de modo a refletir essa realidade: “today we update the definition of “public switched network” to reflect current mass market communications network technologies and configurations, and the rapidly growing and virtually universal use of mobile broadband service.” (FCC-15-24, p. 186).

addresses and highlight the convergence between mobile voice and data networks that has occurred since the Commission first addressed the classification of mobile broadband Internet access in 2007. Today, mobile VoIP, as well as over-the-top mobile messaging, is among the increasing number of ways in which users communicate indiscriminately between NANP and IP endpoints on the public switched network. In view of these changes in the nature of mobile broadband service offerings, we find that mobile broadband Internet access service today, through the use of VoIP, messaging, and similar applications, effectively gives subscribers the capability to communicate with all NANP endpoints as well as with all users of the Internet.

Por fim, a FCC aponta que a reclassificação da banda larga irá preservar investimentos voltados ao desenvolvimento do setor. Considerando que a chave para o investimento é a junção de demanda e competição, explica que o tráfego de internet deve crescer substancialmente nos próximos anos e que o lucro gerado será reinvestido nas redes de telecomunicações, com a perspectiva de diminuição de custos decorrentes do avanço tecnológico, bem como que a competição estimula investimento e inovação não apenas no mercado de banda larga como também na camada de conteúdo da internet. Ademais, procura demonstrar que um maior nível de regulação não implica redução de investimento, tendo o condão, ao contrário, de incentivá-lo com uma regulação adequada (FCC-15-24, p. 193). Exemplifica que a telefonia móvel registrou enormes investimentos justamente à luz da regulação do Título II⁷⁶.

5.4. A conclusão da decisão da FCC e sua modelagem regulatória

Tendo reclassificado a banda larga como serviço de telecomunicações, atraindo a incidência do Título II, a FCC passa a identificar quais de seus dispositivos serão aplicados e quais serão dispensados. Tem-se, pois, um leque de regramentos à disposição do órgão regulador que comporão, segundo a definição de incidência e não incidência, o espectro regulatório do segmento. Para a dispensa da incidência de determinado regramento, exige-se que o órgão regulador, dentro do seu juízo discricionário, aponte de forma motivada que ele não se mostra necessário para a proteção do consumidor, para o atingimento do interesse público e para

⁷⁶: “During the period between 1993 and the end of 2009, while mobile voice was the primary driver of mobile revenues, wireless subscribership grew over 1600 percent, with more than 285 million subscribers at the end of 2009.1247 Industry revenues increased from \$10.9 billion in 1993 to over \$152 billion—a 1300 percent increase.1248 Further, between 1993 and 2009, the industry invested more than \$271 billion in building out their wireless networks, which was in addition to monies spent acquiring spectrum.” (FCC-15-24, p. 199).

garantir que as práticas setoriais sejam razoáveis e não discriminatórias (FCC-15-24, p. 205). Como se vê, há um amplo leque de possibilidades que permite personalizar a regulação adequando-a às evoluções sociais. Como lembra Daniel Almeida de Oliveira (2015, p. 309), é inviável regular apenas com base em textos normativos claros e específicos, sendo ainda mais importante “a experiência, o contato direto e intermitente com a realidade sobre a qual essas normas serão aplicadas, a fim de seguir atualizando e corrigindo os atos normativos ou seus significados”. Dessa forma, consignando mais uma vez que a decisão de reclassificação da banda larga apenas reflete a realidade de como o serviço vem sendo ofertado atualmente, a FCC afirma que buscará desenhar, à luz do Título II, um arranjo regulatório condizente com o objetivo principal de garantir uma banda larga mais aberta, melhor e mais difundida (FCC-15-24, p. 213):

Having classified BIAS as a telecommunications service, we exercise our forbearance authority to establish a tailored Title II regulatory framework that adequately protects consumers, ensures just and reasonable broadband provider conduct, and furthers the public interest—consistent with our goals of more, better, and open broadband

Sem pretender adentrar nas inúmeras hipóteses incidência e dispensa de dispositivos, vale apenas destacar a decisão de aplicação das seções 201 e 202, que tratam da proteção ao consumidor e à competição, mas na forma de regulação *ex post*, e não *ex ante*, esta última dispensada. Sobre a competição, a FCC deixa claro que ela, por si só, não é suficiente para evitar práticas injustas e discriminatórias, de modo que é preciso existir *enforcement* regulatório específico para reprimi-las, o que se dá, por exemplo, pela incidência da seção 208, que permite a qualquer pessoa reclamar perante o órgão regulador acerca de alguma infração e exigir eventual reparação (FCC-15-24, p. 212 e 215).

Além disso, registra a incidência dos seguintes dispositivos às prestadoras de banda larga: (i) seção 222, que trata de proteção de privacidade dos consumidores, igualmente importante para os serviços de telefonia e elemento de segurança necessário para garantir o aumento da demanda do serviço (FCC-15-24, p. 221); (ii) seções 225, 255 e 251, que tratam da acessibilidade do serviço a pessoas com deficiência, buscando a disponibilização de equipamentos adequados que permitam que elas também possam, por meio da fruição do serviço, aumentar sua produtividade, independência e integração com a sociedade (FCC-15-24, p. 226-

227); e (iii) seção 224, que busca garantir o acesso a postes, dutos e condutos a preços razoáveis, com vistas a fomentar o desenvolvimento das redes (FCC-15-24, p. 231); (iv) seções 254 e 214, que inserem formalmente a universalização do serviço como um dos objetivos a serem perseguidos pelo órgão regulador⁷⁷, mas, numa demonstração dos amplos poderes da FCC, dispensando (a) contribuições financeiras das prestadoras, por entender não serem necessárias naquele momento para garantir a razoabilidade de preços e práticas ou para proteger os consumidores; e (b) a necessidade de que os preços praticados nas áreas rurais não sejam superiores aos das áreas urbanas (FCC-15-24, p. 235-237).

Há destaque, ainda, para a não tarifação de preços cobrados pelas prestadoras de banda larga, ou seja, inexistência de imposição do que chama de *ex ante rate regulation*. Argumenta, considerando que o controle tarifário acarreta custos administrativos, que naquele contexto não há necessidade de tarifação (FCC-15-24, p. 243).

Por fim, a FCC reforça a fundamentação constitucional para sua decisão, afirmando, em relação à Primeira Emenda, que as regras de não bloqueio e não discriminação não ofendem a liberdade de expressão das prestadoras de banda larga, uma vez que elas apenas transportam conteúdo de terceiros, não se constituindo, em si, em um destinatário da proteção constitucional. Como já salientado na *Open Internet Order*, não são *speakers*, mas *conduits of the speech of others* (FCC-15-24, p. 268). Ao contrário, as regras adotadas favorecem a liberdade de expressão uma vez que possibilitam um acesso democrático dos inúmeros provedores de conteúdo ao ambiente da internet.

Quanto à Quinta Emenda, consigna que não há qualquer tipo de ofensa ao direito de propriedade. Primeiro, porque não há obrigação para que as prestadoras ajam como *common carriers*, mas simplesmente a identificação da subsunção das práticas por elas já adotadas à definição de *common carrier*. Segundo, porque as regras não acarretam ocupação física ou permanente da propriedade das redes, mas apenas regulam a transmissão por meio de tais redes, ou seja, o seu uso. Terceiro, porque as regras não acarretam redução do valor das redes, e sim sua

⁷⁷ A FCC aponta que, embora antes da reclassificação já houvesse um esforço para levar a banda larga a diversos estabelecimentos, como escolas, bibliotecas e centros de saúde, tem-se agora um novo amparo jurídico para perseguir a universalização de maneira mais ampla, dirigida a todos da nação (FCC-15-24, p. 234).

valorização, já que, ao impulsionar a inovação e o crescimento da demanda, conseqüentemente incrementa o potencial de sua exploração econômica.

5.5. Tendências de padronização na compreensão do fenômeno regulatório

Como se vê, somente após um intenso e complexo processo de interferências recíprocas entre os diversos atores envolvidos no espaço regulatório (*regulatory space*) é que se chegou à formalização jurídico-institucional da classificação do serviço de banda larga como serviço de telecomunicações, como um mecanismo necessário para, considerando sua crescente importância para a sociedade moderna, adotar-se medidas político-regulatórias voltadas à neutralidade de rede ou, nos termos da expressão utilizada pela FCC, à abertura da internet (*open internet*). Se o contexto fático provocou a FCC para agir em prol da disponibilização da banda larga em níveis de adequação atuais e do desenvolvimento isonômico da internet, é correto dizer que o setor privado, personificado na *Verizon*, provocou o Poder Judiciário para, sob o ponto de vista jurídico-formal, na condição de *veto player*, anular a *Open Internet Order*, embora tenha encontrado amparo sociocultural para validar tanto a competência do órgão regulador para atuar com aquela finalidade quanto a própria razoabilidade do mérito da medida regulatória então adotada. Por sua vez, a decisão judicial provocou o órgão regulador a proceder à reclassificação da banda larga como serviço de telecomunicações, reconfigurando a política setorial. Identifica-se, pois, que a regulação ocorreu em muitos espaços, esferas e níveis (*many rooms*).

Tratando-se de um processo jurídico-regulatório que transcorreu nos Estados Unidos e considerando a transversalidade global do tema da neutralidade de rede, é de se esperar que existam repercussões em outros países, inclusive no Brasil. Além de representar uma referência em relação ao mérito da questão, ou seja, de como conferir um tratamento não discriminatório no âmbito das redes de banda larga que servem de suporte à fruição da internet, o caminho percorrido, de reconfiguração político-regulatória a partir da judicialização de medidas regulatórias adotadas à luz da realidade sociocultural, também acaba se apresentando como um parâmetro ao olhar de outras culturas jurídicas. De fato, num cenário de intensa globalização que tende a aproximar as práticas adotadas, observa-se um movimento de uniformização também do direito.

César Rodríguez Garavito (2011) aponta que o processo multinacional e multidisciplinar visando ao fortalecimento do Estado de Direito no mundo se traduziu em tendências de padronização com forte influência nas diversas regiões do globo. Segundo o autor, as políticas neoliberais do Consenso de Washington e o neoconstitucionalismo, por exemplo, influenciaram as reformas judiciais ocorridas na América Latina, determinando a organização e o papel dos tribunais. Se por um lado o neoliberalismo, simbolizado por um banco central independente, privilegia uma atuação institucional que foque no melhor funcionamento dos mercados, sem recorrer ao ativismo judicial redistributivo, por outro lado o neoconstitucionalismo, marcado por um tribunal constitucional ativista, se volta ao controle de constitucionalidade das normas e à garantia de direitos individuais e sociais. Em suma, os dois movimentos globais, apesar da hegemonia neoliberal, se interferem mutuamente numa relação complexa e repercutem na cultura jurídica das nações (GARAVITO, 2011, p. 279):

A nossa análise se diferencia tanto das explicações oficiais como das visões críticas que tendem a considerar a globalização jurídica como um consenso pacífico e elitista em torno da versão light do ED. O estudo mostra que o EGD é um campo de disputa onde o neoliberalismo, ainda que hegemônico, é combatido por dentro e por fora. Internamente, a reforma judicial neoliberal sofreu transformações já que o neoliberalismo foi revisado desde meados dos anos 1990 diante da comprovação dos riscos de uma desregulamentação incondicional da economia – primeiro no México (1994), logo na Ásia (1997) e Argentina (2001) e, finalmente, nos Estados Unidos e no resto do mundo (2008).

Externamente, as reformas neoliberais tiveram que enfrentar a oposição de elites que defendiam um projeto global de similar alcance para promover a constitucionalização dos direitos e o controle constitucional segundo o modelo estadunidense. O resultado dessa luta entre elites é o consenso reformista provisório que combina as pretensões dos projetos neoliberal e neoconstitucional em um amálgama instável que combina os direitos e a promoção do mercado. Essa síntese não teve lugar somente na América Latina. Parece ser um fenômeno global, como indica a aproximação entre um neoliberalismo em ascensão e um ativismo judicial cada vez mais moderado nos casos paradigmáticos da Índia (RAJAGOPAL, 2007) e da África do Sul (BILCHITZ, 2007).

A partir de uma análise do intercâmbio de culturas jurídicas, Robert A. KAGAN (2006, p. 42) lembra que, apesar das interferências, também há uma tendência de manutenção dos elementos nucleares específicos de uma dada cultura. Ele explica, então, que, embora tenha especulado acerca de um movimento de americanização do direito europeu, a partir da difusão do *adversarial legalism* como forma de concretização dos direitos, constatou que havia tantas diferenças entre as culturas jurídicas norte-americana e europeia, em termos de organização

estrutural e da própria concepção do direito, que uma parte substancial do direito europeu simplesmente repeliria esse processo de americanização. O autor, enfim, reconhece a forte influência do direito norte-americano, mas aponta que ela não é suficiente para modificar pilares da cultura jurídica da Europa, como o espírito mais cooperativo e menos conflituoso⁷⁸.

De qualquer forma, há elementos de globalização do direito norte-americano que efetivamente são percebidos. Alexandre Veronese (2011, p. 191) lembra, por exemplo, que a expansão do processo de revisão constitucional das leis (*judicial review*) se desenvolveu, de acordo com a tradição norte-americana, mesmo em países onde tal modelo não estava presente, como a França. Segundo o autor (VERONESE, 2011, p. 349), também é possível identificar uma americanização do direito brasileiro a partir do fortalecimento do papel da jurisprudência como um forte meio de se definir o direito. Para Marcus Faro de Castro (2014, p. 710-711), a importância de princípios abstratos e de sua ponderação para a determinação do significado das normas também constitui noção que é fartamente exportada pelo direito norte-americano e absorvida pelo direito brasileiro.

Nesse cenário de exportação de práticas norte-americanas, percebe-se que o processo jurídico-regulatório que culminou com a reclassificação da banda larga como serviço de telecomunicações nos Estados Unidos tem o potencial de influenciar outros países, inclusive o Brasil. Sobre o mérito da questão, a respeito do tratamento a ser conferido ao tema da neutralidade de rede, é se registrar que o Brasil já conta, desde 23 de abril de 2014, com a Lei nº 12.965/2014, que, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet (Marco Civil da Internet), consagra a necessidade de preservação e garantia da neutralidade de rede. Determina, em seu art. 9º, que “o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”. Não obstante, em razão de a referida norma possuir um caráter mais

⁷⁸ Robert A. Kagan (2006, p. 42) enumera seis características do direito norte-americano que ele pensa que não serão absorvidas pelo direito europeu: “(1) *the political nature and extraordinary powers of the American judiciary*; (2) *high levels of adversarial legalism in regulatory processes*; (3) *a tort system shaped by contingency fees, trial by jury, high noneconomic damages, and entrepreneurial class action litigation*; (4) *more limited legal rights to social provision and employee protections*; (5) *lower tax obligations*; and (6) *punitive criminal sanctions, permissive gun laws, and reliance on adversarial legalism to regulate police behavior*”.

amplo e principiológico, o potencial de influência persiste em relação à regulamentação infralegal pendente de ser editada.

Do ponto de vista da cultura jurídica, entende-se que o caso analisado tem o potencial de reforçar, no Brasil, alguns elementos do direito norte-americano, como a prática de judicialização de políticas públicas, em especial das materializadas em medidas administrativo-regulatórias, a utilização da ponderação axiológica como maneira de resolver conflitos e a valorização da jurisprudência. Sob a ótica da regulação, o potencial de influência se dá a partir da noção de necessidade de aproximação entre as instituições e a sociedade com o fim de adequação dos sentidos normativos às necessidades hodiernas da população, traduzindo-se na concretização de direitos fundamentais atuais.

6. CONCLUSÃO

A regulação da atividade econômica traduz processo complexo e dinâmico que busca desde o simples estabelecimento de regras e práticas a serem observadas para seu desenvolvimento sob a ótica do mercado até sua conformação aos valores sociais consagrados na Constituição, variando o enfoque conforme o nível de relevância social do serviço prestado segundo conclusão a ser extraída da aproximação entre Estado, agentes econômicos e sociedade, ou seja, da pluralidade que se espera do processo regulatório.

Com a regulação, tem-se um modo de ação (VERONESE, 2011) cujas características inauguram, por seu impacto na organização da Administração Pública, um novo paradigma estatal, situando-se entre a intervenção direta prestacional do Estado Social e o simples exercício do poder de polícia característico do Estado Liberal (SALOMÃO, 2008). O Estado Regulador, portanto, tende a superar a dicotomia entre o Estado e o mercado, aproximando o público e o privado, numa concepção de que essa relação consubstancia um único substrato para a consecução de direitos fundamentais (ARANHA, 2015b). Há um movimento de publicização do privado e de privatização do público (MEDAUAR, 2003) que conduz a fronteiras vaporosas e de contornos incertos (GARCIA, 1998).

A nova maneira de atuação do Estado, ao superar o esquema teórico da referida dicotomia público-privado, abre espaço para inúmeras possibilidades de formatação de condicionamentos ao exercício da atividade econômica em prol de interesses coletivos, por vezes já postas em prática pelo Estado contemporâneo (RAMIRES, 2005), valendo lembrar que deixar de existir uma preponderância da intervenção direta do Estado sob o ponto de vista operacional, em que ele presta utilidades diretamente à população, não significa que esteja havendo menos intervenção estatal (ARANHA, 2015b). Trata-se de uma nova modelagem de controle e acompanhamento das atividades relevantes para a sociedade. À regulação, enfim, por meio dos seus poderes normativo, cautelar e de polícia, cabe orientar, dirigir, induzir e fomentar a atividade econômica, atuando preventiva e

repressivamente em prol da competição dos mercados e visando à disponibilização de utilidades públicas adequadas às reais necessidades da população, por meio da extração de benefícios coletivos dos investimentos privados.

Nesse ponto, vale destacar que a regulação não se confunde com a regulamentação, sendo esta uma maneira de regular. Enquanto aquela consubstancia termo amplo, atinente a todas as formas de intervenção na economia em geral, abrangendo todas as regras e o conjunto de medidas, positivas ou negativas, tendentes a formatar os parâmetros de atuação de um determinado setor, a regulamentação se afigura como uma dessas formas de intervenção, especificamente relacionada com o exercício do poder normativo infralegal. A desregulação, então, configura uma forma de regulação (LAENDER, 2009), mas que só se sustenta se ensejar uma maior eficácia dos direitos fundamentais, não sendo suficiente a afirmação de que o setor funcionaria melhor sem intervenção estatal (ARANHA, 2015b). Na verdade, a visão da regulação como corretora de falhas de mercado embute a premissa de que o mercado, por si só, funcionando bem, já se encontraria aderente ao ordenamento jurídico. Acontece que a regulação também é pautada por outras finalidades, como a busca pela concretização de valores sociais (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012).

Sobre a relação entre o Estado e os agentes privados no âmbito do fenômeno regulatório, enquanto as teorias do interesse público apontam os entes estatais como os responsáveis pela formulação e execução da regulação e as teorias do interesse privado consideram a regulação como fruto dos interesses dos agentes privados, as teorias institucionalistas propõem a interdependência entre os entes estatais e não-estatais. Enxergam a regulação como fruto da interação entre as diversas instituições devidamente organizadas e que atuam no respectivo setor regulado, dando igual importância aos agentes (LAENDER, 2009).

Há, pois, um espaço regulatório (*regulatory space*) onde é forjada a regulação a partir da confluência democrática de todos os envolvidos (HANCHER, MORAN, 2000). A regulação, nesse sentido, decorre do contexto em que se insere, conforme sua localização, tempo, história, etc, numa abordagem de rede (*network approach*), em que se admite seu controle, de forma descentralizada, por uma rede de reguladores que inclui órgãos de governo, órgãos supranacionais, agências reguladoras, profissionais do setor regulado, autoridades locais, agentes

econômicos, órgãos não governamentais, dentre outros (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012), todos interagindo nas muitas arenas (*many rooms*) onde são travados os meandros do processo regulatório (AYRES, BRAITHWAITE, 1992). Dessa forma, é considerando essa complexa e plural interação que as teorias do interesse público e do interesse privado são criticadas, por imaginarem uma dualidade perfeita e inviolável em que o público é totalmente segregado do privado e vice-versa (SALOMÃO, 2008).

Vê-se, na verdade, um emaranhado de linhas de atuação num espaço aberto e plural disponível à influência de todos, mas cuja efetividade no processo de formação e conformação da regulação depende de uma participação organizada e capacitada para a qual é necessária a plena fruição das liberdades constitucionais (MATTOS, 2004) e um elevado nível de emancipação política dos partícipes da regulação (ARANHA, 2008). Nesse contexto, o Estado não pode ser visto como o produtor isolado da regulação, mas como um dos agentes que integram o espaço regulatório, razão pela qual deve ser realizada uma análise menos focada no Estado (*state-centered*) e mais focada na sociedade (*society-centered*), a quem, em última instância, deve se destinar a regulação (LEVI-FAUR, 2011). De fato, o ambiente regulatório traduz perspectiva instrumental, no sentido de consubstanciar um meio à consecução de políticas públicas e, principalmente, à vivência da virtude política (ARANHA, 2008). Para tanto, é preciso efetivamente democratizar o acesso aos espaços regulatórios a fim de identificar as reais necessidades da sociedade com precisão e supri-las da forma mais adequada e atual possível.

Sobre as possibilidades de formatação jurídica para disponibilizar utilidades à população, elas carregam pressupostos próprios das tradições jurídicas a que estão vinculadas, sendo necessário distingui-los para uma melhor compreensão da regulação. A Europa continental está atrelada ao direito romano-germânico e vinculada à tradição *civil law*. Ali a regulação, dita endógena, é fruto de um modelo político que evoluiu a partir do Estado Absolutista e da Administração Pública marcadamente patrimonial, caracterizado, ainda, pela titularização estatal das utilidades públicas. Aqui, o Estado de Direito aparece como uma criação histórica tardia que vem a se sobrepor às concepções já estabelecidas das antigas monarquias absolutistas. Já os Estados Unidos estão atrelados ao direito anglo-saxão e vinculados à tradição *common law*. Ali a regulação, dita exógena, é fruto de

um modelo político que já nasceu como um Estado independente e transformou-se num Estado de Direito calcado numa Administração Pública menos patrimonial e caracterizado pela titularização privada das utilidades públicas. Aqui, as liberdades individuais não são uma conquista frente a um poderoso Estado anterior, mas um pressuposto do Estado que surge (GARCÍA, 2003).

Na Europa continental, a intervenção absolutista do Estado vai, ao longo do tempo, sendo freada pelos ímpetus libertários da sociedade. Há, pois, uma construção das liberdades individuais e sociais e uma desconstrução do intervencionismo estatal. Já nos Estados Unidos, ao contrário, a ampla liberdade individual vai, ao longo do tempo, sendo controlada por algum tipo de intervenção estatal. Há, pois, uma construção do intervencionismo estatal e uma limitação das liberdades individuais no sentido de ajustá-las ao interesse geral (GARCÍA, 2003). Embora ambas as situações possam até tender a convergir, o fato é que o movimento regulatório advém de pontos opostos: na Europa continental se originou da redução e da transformação da intervenção estatal, ao passo que nos Estados Unidos se originou da ampliação da intervenção estatal. Essa distinção é refletida justamente na forma de organização das prestações públicas. Enquanto na Europa continental há uma apropriação dos serviços públicos pelo Estado, que são de titularidade estatal (*publicatio* ou propriedade pública), nos Estados Unidos as atividades são de titularidade do setor privado, organizado em torno das chamadas *public utilities*, em torno das quais a intervenção estatal, por meio da regulação, teve início ainda no século XIX com a imposição de tratamento não discriminatório quando da exploração econômica da propriedade privada para público em geral. Como se vê, na tradição *civil law*, com as delegações estatais, tenta-se dar um caráter privado àquilo que é público. Já na tradição *common law*, tenta-se dar um caráter público àquilo que é privado.

O próprio elemento em que se funda a regulação estatal difere num e noutro caso. Na tradição *civil law*, adota-se a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, definido pelo Estado, ao passo que na tradição de *common law*, utiliza-se a noção de interesse comum relacionado à preservação dos interesses dos particulares (ARAGÃO, 2013), garantido pela existência de competição (GARCÍA, 2003).

Dessa forma, a compreensão da regulação no Brasil, de tradição *civil law*, deve passar por tais diferenças paradigmáticas. O que se percebe, na verdade, é que o Estado Regulador brasileiro é fruto mais de razões pragmáticas, com influências do modelo teórico de regulação norte-americana, do que de uma construção teórica pensada e discutida em torno do fenômeno regulatório. Não obstante, há semelhanças em relação aos modelos de políticas públicas de telecomunicações do Brasil e dos Estados Unidos, sobretudo a partir de 1997, com a edição da Lei Geral de Telecomunicações brasileira, quanto às estruturas institucionais, normatização, competências e contextualização do surgimento das agências reguladoras (ARANHA, 2005).

De qualquer forma, considerando que a tutela do interesse coletivo está presente nas duas tradições, apesar da diferença de modelagem jurídico-regulatória (ARANHA, 2005), verifica-se que a natureza da atividade econômica, conforme seu nível de essencialidade para a sociedade, tem papel fundamental na definição da regulação a que será submetida. Há graus de publicização da atividade econômica a ensejar, conforme a categoria, maior ou menor prevalência, por exemplo, do princípio da função social da empresa em cotejo com a livre iniciativa. Nesse ponto, vale destacar que a percepção de relevância não é estanque, variando no tempo e no espaço, de modo que é preciso identificá-las numa dada cultura a fim de satisfazer os anseios atualizados da população. Na verdade, são mutáveis tanto a visão jurídico-procedimental de como e em qual medida as necessidades devem ser satisfeitas quanto a própria noção de serviço público (ARAGÃO, 2013). Por isso, é extremamente importante a constante interação entre Estado e sociedade com vistas a analisar com precisão o contexto social da regulação (VERONESE, 2011), que se apresenta como uma atuação administrativa essencialmente conjuntural (ARANHA, 2015b).

A regulação, nesse sentido, pressupõe a busca pela concretização do princípio da função social da empresa em medida proporcional à relevância de sua atividade. Ou seja, a boa regulação não é aquela, segundo Richard Allen Posner, que simplesmente maximiza a riqueza por meio da eficiência, uma vez que esse parâmetro não garante a distribuição isonômica de direitos na sociedade (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012). Considerando que as relações de mercado tendem a produzir normas que apenas estabilizem o chamado *status quo* (FLIGSTEIN, 2002),

cabe ao Estado, além de ditar as regras do jogo (*rules of the game*) para o funcionamento do mercado (VELJANOVSKI, 2010), pautando sua atuação nas demandas sociais (SUNSTEIN, 1997), assegurar a correta aplicação do princípio da função social da empresa, da propriedade, dos contratos, etc, sem olvidar, por óbvio, da preservação do núcleo essencial da iniciativa privada como limite da regulação estatal (limite dos limites, na expressão de Karl Betterman) em relação àquelas atividades não titularizadas pelo Estado (ARAGÃO, 2013). O fato é que a função social se apresenta como princípio jurídico cogente, conformador da atividade econômica (FRAZÃO, 2011), no sentido de que a racionalidade empresarial deve estar atrelada ao atendimento de padrões mínimos de justiça, segundo o nível de relevância social que carrega em sua natureza.

Diante de todas essas balizas, a recente política regulatória da banda larga nos Estados Unidos configura um rico caso em que se pode observar o andamento do processo jurídico-regulatório a partir da movimentação existente no espaço regulatório, sobretudo à luz do impacto da evolução no nível de relevância do serviço, na tentativa de torná-lo aderente à nova realidade sociocultural e tecnológica, e do papel do Poder Judiciário em todo esse processo, que acabou exercendo papel decisivo no desfecho da questão, tanto como *veto player* quanto como um *player* que, tomando como base o estágio atual da banda larga à luz do regramento legal, indicou um caminho jurídico ao órgão regulador.

O fio condutor do processo regulatório parte da premissa de que, na sociedade moderna, a internet se tornou uma utilidade tão difundida e rotineira quanto a energia elétrica, necessária para o desenvolvimento de todos os setores da econômica (FARACO, 2009). Nesse sentido, deve-se ter em mente que os avanços tecnológicos e a especialização possuem um papel chave na demanda pela criação da regulação (LAW e KIM, 2011), sendo a percepção social de utilidade a nota essencial para sua formatação (FLIGSTEIN, 2002). A respeito das tecnologias de informação, elas possuem especial importância, sobretudo para as sociedades democráticas contemporâneas, uma vez que, ao viabilizar uma comunicação de extrema velocidade, inaugurando a chamada sociedade da informação, também apontada como sociedade em rede (CASTELLS, 2009), fortalecem a organização e a participação dos cidadãos (CARVALHO, 2014, p. 01-02). De fato, a preocupação com a neutralidade de rede, tendo a internet se tornado mais acessível aos

cidadãos, ultrapassa as questões de telecomunicações, uma vez que envolve inúmeros valores da sociedade moderna atrelados a direitos fundamentais, como o pluralismo da mídia e a diversidade cultural (BROWN e MARSDEN, 2013), além de configurar instrumento para o exercício de direitos cívicos e para a consolidação da democracia.

Destarte, no ano de 2005, a FCC editou uma declaração de princípios (*policy statement*) para assegurar a natureza aberta e interconectada da internet, indicando que os usuários têm o direito de, num ambiente competitivo, inclusive no mercado de infraestrutura, fruir da banda larga para acessar o conteúdo lícito que desejarem, utilizando, à sua escolha, os dispositivos e aplicativos existentes. Mesmo não consubstanciando propriamente um regramento, a *policy statement* pode embasar a construção de regras no futuro ou até mesmo auxiliar na interpretação de regras já existentes, se apresentando como uma interessante medida regulatória. Pode ser interpretado como uma manifestação de vontade das autoridades de adotar os valores da neutralidade de rede como um vetor axiológico a guiar a política de regulação da internet naquele país (PIRES, VASCONCELLOS e TEOXEIRA, 2009).

Já em 2010, com foco na banda larga fixa, a FCC exarou a *Open Internet Order*, por meio da qual criou regras voltadas para transparência, não bloqueio e não discriminação. Considerando que os conceitos firmados num sistema jurídico variam de acordo com a época e com a localidade (CARVALHAES NETO, 2008), verificou-se uma leitura interpretativa da FCC que buscou empregar à norma um sentido contemporâneo diante do contexto fático, temporal e geográfico, na tentativa de se aproximar das práticas mercadológicas. Partiu-se de uma flexibilidade interpretativa própria do não formalismo (OLIVEIRA, 2015) que permitisse a adoção da medida mesmo com a manutenção da classificação da banda larga como serviço de informação, e não de telecomunicações.

É certo que a regulação, para produzir regramentos e políticas públicas viáveis, depende do conhecimento setorial do acompanhamento conjuntural dos sistemas sociais, sendo o grau de acerto proporcional à linguagem e à dinâmica setorial (ARANHA, 2015b). Nesse ponto, a *Open Internet Order* se baseou em preocupações calcadas na constatação de comportamentos reais – não especulativas – dos agentes regulados, que, tendo capacidade técnica e incentivos para agir de forma a limitar a abertura da internet, assim o fizeram (FCC 10-201, p.

21). Contudo, a forma – classificação da banda larga como serviço de informação – permaneceu desatualizada. Buscou-se, como será visto, uma atualização em termos materiais sem a mesma correspondência em relação ao aspecto jurídico-formal.

A FCC se valeu da seção 706 do *Communications Act* para defender sua autoridade para atuar, afirmando que estaria inserida na sua competência para promover o desenvolvimento das telecomunicações e garantir sua oferta com atualidade e avanço tecnológico a todos os americanos. Adotou-se uma interpretação regulatória visando à aderência do objetivo legal à realidade, dando concretude ao substrato normativo. Considerando que o ordenamento jurídico vale mais pelo que significa em termos práticos no plano vivo dos fatos do que no discurso normativo de abstração (CASTRO, 2014), identificou-se um descompasso entre o plano normativo garantido aos cidadãos e a realidade, por meio da deficiência da disponibilização da banda larga. Conclui-se, em julho de 2010, que o desenvolvimento da banda larga não era adequado e que, em razão disso, a seção 706(b) conferia expressa competência para a adoção de medidas regulatórias em prol do investimento e da competição (FCC 10-201, p. 68). O objetivo encontra-se alinhado com papel regulatório voltado à disponibilização presente e futura dos serviços e ao estabelecimento do nível adequado da relação custo-benefício, segundo o grau de desenvolvimento e as prioridades determinadas pela sociedade (RAMIRES, 2005).

De fato, do ponto de vista interpretativo, uma cláusula geral pode determinar diferentes formas de condicionamentos administrativos, a serem formalizados pelo órgão regulador conforme demonstração de necessidade e adequação a finalidades públicas específicas e relevantes (RAMIRES, 2005). Nesse caso, a apreensão de adequação a partir da realidade levou a FCC a considerar essencial naquele contexto a inserção interpretativa da banda larga no foco de sua regulação. Se o avanço tecnológico provoca a desestabilização do sistema normativo (ARANHA, 2015b), os *standards* têm seu conteúdo preenchido por interpretações evolutivas e contextualizadas. Num sistema de normas fluidas de políticas públicas, volta-se menos para operações subsuntivas e mais para a realização de objetivos (ARAGÃO, 2007), linha interpretativa utilizada pela FCC de materializar o desenvolvimento da banda larga, à luz do nível de adequação exigido pela sociedade. De fato, sendo a regulação um processo essencialmente político (CLARKE, 2000), a necessidade, a

forma e o conteúdo das intervenções regulatórias em determinada atividade econômica realmente só vêm à tona a partir de um processo de mobilização em que há intensa interação entre fontes de influência pública e privada.

Em relação à exploração das redes de telecomunicações – infraestrutura de transporte de dados – a observação analítica e empírica demonstrou que seus detentores não poderiam ser livres para ilimitadamente adotar posturas discriminatórias (FCC 10-201, p. 81). De fato, por serem socialmente significantes e insumos essenciais (*essential facility*), tais infraestruturas sujeitam-se a altos níveis de regulação econômica e social (ALEXIADIS e CAVE, 2010), de onde surgem os deveres de transparência, não bloqueio e não discriminação. Como se viu, a FCC buscou justificar as medidas regulatórias adotadas a partir de diretrizes legais que determinam a persecução de objetivos em prol da coletividade. Interpretou-se uma moldura normativa segundo o nível de relevância adquirido pela banda larga na sociedade.

Em 2014, após questionamento judicial da *Open Internet Order* pela *Verizon*, a Corte de Apelação do Distrito de Columbia, ao passo em que manteve a regra de transparência, acabou anulando as demais regras por entender que tais medidas regulatórias só seriam juridicamente passíveis de serem adotadas para os serviços de telecomunicações, sendo que a FCC, contraditoriamente, ainda mantinha a classificação da banda larga como serviço de informação, os quais, portanto, segundo a decisão judicial, não poderiam se sujeitar a regramentos que lhes atraíssem obrigações típicas dos chamados *common carriers*.

Na verdade, a Corte corroborou boa parte do fundamento interpretativo da FCC. Adotou-se o raciocínio da teoria dos poderes implícitos segundo a qual às autoridades devem ser conferidos os poderes necessários para instrumentalizar as responsabilidades legais que lhes foram atribuídas (MAXIMILIANO, 2009). Destarte, se a legislação conferiu ao órgão regulador a competência para garantir um serviço adequado à população, também conferiu os meios para atingir tais finalidades públicas. Seguiu-se a lógica da deferência administrativa do caso *Chevron*, no sentido de que, considerando razoável a interpretação dada pela FCC, é dever do Poder Judiciário confirmá-la (No. 11-1355, p. 18). Nesse sentido, a decisão judicial entendeu que a FCC demonstrou razoabilidade no seu entendimento de que a seção 706(a) lhe conferia competência para agir, já que demonstrado que a banda

larga disponível a todos os americanos não estava adequada, muito em razão de sua decisão de elevar a velocidade mínima necessária à caracterização do serviço de banda larga, especialmente fruto da difusão de vídeos *online (streaming)*, demonstrando o impacto da evolução das demandas sociais na leitura da regulação setorial e atraindo o dever de agir imediatamente para desenvolver as telecomunicações por meio de incentivos ao investimento em infraestrutura e da promoção da competição no mercado.

Em cenários de transformação, o mais importante não é a *occasio legis*, conjuntura em que editada a norma, mas a *ratio legis*, fundamento que acompanha a norma durante sua vigência (BARROSO, 2009), que, nesse caso, é a aderência do serviço às expectativas atuais da população. De fato, o texto normativo muda ao longo do tempo (OLIVEIRA, 2015), sendo imprescindível sua adequação às condições hodiernas, valendo lembrar que a cultura tem papel preponderante na compreensão da realidade e da interpretação (FALCÃO, 2000), constituindo-se elemento da vida em sociedade que circunscreve o quadro de mobilização do direito (MACCANN, 1994). Dessa forma, diante de um movimento dinâmico e cambiante inerente à regulação dos serviços públicos (MOTTA, 2003), confirmou-se a tese da FCC de que, uma vez definido o diagnóstico de que a banda larga não estava adequadamente sendo disponibilizada aos americanos, exsurge a necessidade de adotar ações imediatas para atingir determinados objetivos, como promover o desenvolvimento da banda larga, estimular o ciclo virtuoso da inovação, afastar barreiras ao investimento em infraestrutura e incrementar a competição no setor.

A posição do Poder Judiciário, apesar da utilização da deferência administrativa, decorre justamente do nível de essencialidade da banda larga segundo a percepção comum da sociedade moderna, cujos níveis de adequação foram institucionalizados por decisão da FCC. É esse tipo de olhar atualizado da realidade que conduz a decisões judiciais aderentes às reais necessidades sociais. No presente caso, dado o atual grau de essencialidade da banda larga, a Corte, além de extrair a competência da FCC a partir de diretrizes legais mais amplas, confirmou, do ponto de vista jurídico-material, a razoabilidade da *Open Internet Order*. Nesse ponto, a decisão encontra eco de sustentação no modo de funcionamento da sociedade moderna, em rede (CASTELLS, 2009).

A Corte de Apelação do Distrito de Columbia, contudo, afirma que como a FCC manteve a classificação da banda larga como serviço de informação, e não como serviço de telecomunicações, não seria válida uma medida regulatória que tratasse as prestadoras de banda larga como *common carriers*. Estes seriam caracterizados pela prestação de serviços ao público em geral de forma isonômica. Enquadrando-se nessa definição, a prestadora tem o dever de prover serviços de telecomunicações em bases justas e razoáveis (ARANHA, 2005), atraindo o dever de tratamento não discriminatório. Ou seja, a ideia é que, a partir do momento em que uma empresa se posicione no mercado oferecendo seus serviços, ela não possa agir de forma discriminatória, devendo permitir que todos os interessados contratem seus serviços. A questão, como se vê, está ligada à doutrina do *essential facility*, que prevê, por meio de limitações ao direito de propriedade, a democratização do acesso a infraestruturas consideradas essenciais à exploração de uma atividade econômica, numa forma de garantir a plena concorrência.

A decisão judicial afirma, então, não ter dúvidas de que as obrigações de não bloqueio e não discriminação contidas na *Open Internet Order* efetivamente conferiram tratamento de *common carrier* às prestadoras de banda larga. De fato, ao determinar que não bloqueiem nem discriminem os provedores de conteúdo, impõe-se uma oferta indiscriminada ao público em geral (*serve to public indiscriminately*), elemento que caracteriza um *common carrier*.

Aqui, pode-se dizer que, ainda que por razões jurídico-formais, o Poder Judiciário atuou claramente como um *veto player* (TAYLOR, 2008), barrando a política pública definida pelo órgão regulador do setor de telecomunicações. Embora o contexto sociocultural fosse propício à manutenção das regras que garantissem o desenvolvimento da banda larga em patamares isonômicos, foi detectada a ofensa a uma específica proibição legal, de não tratar serviços de informação em termos próprios de *common carriers*. No contexto do *adversarial legalism* do direito norte-americano (KAGAN; AXELRAD, 2000), que, calcado no amplo acesso ao Poder Judiciário como forma de proteção dos direitos, impulsiona a judicialização das políticas públicas, a Corte de Apelação do Distrito de Columbia se apresentou como um fórum institucional do qual se exige confirmação para que a medida regulatória tenha sucesso pleno (TAYLOR, 2008).

Em relação à cultura jurídica, o direito norte-americano construiu uma forma de organização estrutural e uma prática jurídica justamente voltada à resolução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário (*adversarial legalism*), com a visão de que os direitos subjetivos, para serem satisfeitos, dependem de uma disputa judicial. Embora não se trate propriamente de uma forma de regulação, mas de uma tradição jurídica que tem como fundamento o acesso ao Judiciário como forma de proteção de direitos (LAENDER, 2009), dá ensejo, diante da interseção da regulação com a cultura jurídica, a um processo regulatório complexo. É sob essa lente, portanto, que se observa a decisão judicial em referência, como uma disputa que judicializa a política pública definida pela FCC e interfere na regulação setorial.

Tem-se no Poder Judiciário não só uma arena de discussão ou um espaço regulatório, uma vez que ele também é apontado como um ator político (WARREN, 2011) que faz parte do processo político (KOERNER, 1998), apresentando-se como um *veto player* (TAYLOR, 2008) capaz não apenas de exercer poder de veto no âmbito da judicialização das políticas públicas, mas de também reconfigurá-las (VERONESE, 2011). Nesse cenário de disputa judicial, as lutas políticas por direitos são acompanhadas por lutas jurídicas por direitos (VERONESE, 2011). De qualquer forma, considerando que o direito também é política e que sua aplicação não se dissocia da realidade (BARROSO, 2008), o próprio poder de promover reformas do Poder Judiciário está atrelado à existência de condições socioculturais que a amparem (ROSENBERG, 2008). Ou seja, o Poder Judiciário tende a ter uma atuação mais efetiva quando há uma correspondente estrutura social em movimento no mesmo sentido (EPP, 1998), apesar de poder ativar um processo de alteração no campo político (*political activation*), ensejando mudanças no arranjo institucional ou mesmo iniciando uma mobilização na sociedade (SCHEINGOLD, 2004).

Por fim, buscando contornar a decisão judicial prolatada pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia, a FCC, em 2015, decidiu reclassificar o serviço de banda larga, tornando-o formalmente um serviço de telecomunicações. Com isso, tornou-se possível a adoção das medidas regulatórias voltadas para a proibição de bloqueio de tráfego e a proibição de discriminação não razoável de conteúdo, só que desta vez de forma mais ampla e detalhada, segundo o atual estágio de desenvolvimento dos serviços, conforme contexto sociocultural encontrado naquele ano. Uma primeira consequência das transformações ocorridas no período (2010-

2015) foi a submissão da banda larga móvel, que evoluiu bastante, ao mesmo regramento da banda larga fixa. O cerne do regramento e muitos dos seus detalhes são os mesmos da *Open Internet Order*, com a diferença de que são mais específicos, abrangendo, por exemplo, a proibição de pagamento por tratamento prioritário (*pay-for-priority*).

Verificou-se, mais uma vez, que os fundamentos da decisão são extraídos muitas vezes a partir da percepção de crescimento da importância da internet para a sociedade. Ou seja, com o aumento do nível de essencialidade de um serviço, definido a partir do contexto sociocultural em que está inserido, seu regime jurídico tende a se modificar, adequando-se à nova realidade, seja por meio de novas interpretações do regime jurídico aplicável seja pela própria modificação desse regime jurídico, decorrente, neste caso, da reclassificação da banda larga. Sobre esse ponto, a FCC inicia sua argumentação recordando que a Suprema Corte, no caso *National Broadcasting Co., Inc. v. United States*, havia confirmado que o órgão regulador possui competência suficientemente ampla para endereçar e resolver as novas questões que se apresentam em razão da fluidez e dinamicidade próprias das tecnologias de comunicação (FCC-15-24, p. 134).

A FCC explica, nesse sentido, que a mudança na classificação decorre da revolução por que passou o mercado da banda larga na última década, não sendo mais possível entender-se a transmissão de dados da banda larga como atrelada, num único serviço, às aplicações oferecidas pela prestadora. Ou seja, a transmissão de dados, pela sua importância, ganhou autonomia, sendo a função indispensável da banda larga justamente a que permite a conexão com o conteúdo ilimitado disponível na internet, e não a fruição de eventuais aplicações ofertadas. A FCC enumera, então, três evidências que comprovam tal conclusão: (i) a conduta dos consumidores, que não fazem uso de serviços e aplicações oferecidos pelas prestadoras de banda larga, como e-mail, mesmo quando eles já estão incluídos no serviço contratado; (ii) as estratégias de propaganda das prestadoras de banda larga, que focam na velocidade de transmissão, e não em serviços extras agregados aos pacotes comerciais; e (iii) as características técnicas da banda larga, voltadas à transmissão de dados (FCC-15-24, p. 143). Como se vê, a justificativa da reclassificação da banda larga advém das características do cenário atual e de uma

visão que passa a privilegiar a experiência do usuário a partir da prática da comercialização do serviço.

Em suma, somente após um intenso e complexo processo de interferências recíprocas entre os diversos atores envolvidos no espaço regulatório (*regulatory space*) é que se chegou à formalização jurídico-institucional da classificação do serviço de banda larga como serviço de telecomunicações, como um mecanismo necessário para, considerando sua crescente importância para a sociedade moderna, adotarem-se medidas político-regulatórias voltadas à neutralidade de rede ou, nos termos da expressão utilizada pela FCC, à abertura da internet (*open internet*). Se o contexto fático provocou a FCC para agir em prol da disponibilização da banda larga em níveis de adequação atuais e do desenvolvimento isonômico da internet, é correto dizer que o setor privado, personificado na *Verizon*, provocou o Poder Judiciário para, sob o ponto de vista jurídico-formal, na condição de *veto player*, anular a *Open Internet Order* (regras de não bloqueio e não discriminação), embora tenha encontrado amparo sociocultural para validar tanto a competência do órgão regulador para atuar com aquela finalidade quanto a própria razoabilidade do mérito da medida regulatória então adotada. Por sua vez, a decisão judicial provocou o órgão regulador a proceder à reclassificação da banda larga como serviço de telecomunicações, reconfigurando a política setorial. Identifica-se, pois, que a regulação ocorreu em muitas arenas, esferas e níveis (*many rooms*).

Por fim, tendo compreendido o processo jurídico-regulatório por que passou a banda larga naquele país, e considerando as tendências de padronização jurídicas decorrentes da globalização (GARAVITO, 2011), inclusive de americanização do direito, ainda que com a blindagem de núcleos específicos de uma dada cultura (KAGAN, 2006), verifica-se que há um potencial de influência do desfecho norte-americano na compreensão do fenômeno da regulação, inclusive no Brasil. Em relação ao mérito, considerando a edição da Lei nº 12.965/2014, que já consagra o princípio da neutralidade de rede no cenário brasileiro, há possibilidade de impacto na regulamentação infralegal pendente de ser editada. Do ponto de vista da cultura jurídica, entende-se que o caso analisado tem o potencial de reforçar, no Brasil, alguns elementos do direito norte-americano, como a prática de judicialização de políticas públicas, em especial das materializadas em medidas administrativo-regulatórias, a utilização da ponderação axiológica como maneira de resolver

conflitos e a valorização da jurisprudência. Sob a ótica da regulação, o potencial de influência se dá a partir da noção de necessidade de aproximação entre as instituições e a sociedade com o fim de, num espaço regulatório democrático e plural, adequar os sentidos normativos às necessidades hodiernas da população, traduzindo-se na concretização de direitos fundamentais atuais.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALEXIADIS, Peter; CAVE, Martin. *Regulation and Competition Law in Telecommunications and other Network Industries*. In BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2010, p. 500-521.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Direito dos Serviços Públicos*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. *Regulação da economia: conceito e características*. São Paulo: Atlas, 2007.
- ARANHA, Márcio Iório. *Democracia participativa e a agência reguladora de telecomunicações brasileira*. In: Seminário Internacional de Regulação de Serviços Públicos: Direito Comparado da Energia Elétrica e das Telecomunicações. In: Anais do I Seminário Internacional de Regulação de Serviços Públicos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.
- _____. *Direito das Telecomunicações – Histórico normativo e conceitos fundamentais*. London: Laccademia Publishing, 2015a.
- _____. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direitos Regulatórios*. London: Laccademia Publishing, 2015b.
- _____. *Políticas Públicas Comparadas de Telecomunicações (Brasil-EUA)*. Brasília: Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas – CEPPAC, 2005. Disponível em: <http://www.getel.org/doctesemarcioiorioaranha.pdf>. Acesso em 10 abr 2015.
- AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulations: transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2010.
- _____. *Understanding Regulation: theory, strategy and practice*. New York: Oxford University Press, 2012.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Ed. Saraiva. 5ª edição. São Paulo. 2003.
- _____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 22.03.2015.
- BENTES, Hilda Helena Soares. In OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. *O Neoconstitucionalismo, a Teoria da Justiça e o Julgamento*. Obra coordenada

por Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- BERCOVICI, Gustavo. *A Constituição invertida: a Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia*. 2013, Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n89/05.pdf>. Acesso em 20.01.2016.
- BINENBOJM, Gustavo. *As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 3, agosto/setembro/outubro de 2005.
- BLENDL, Rodolfo. *Introducción al Estudio del Derecho Publico*. Buenos Aires: Anglosajón Editorial Depalma, 1947.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BROWN, Ian; MARSDEN, Christopher T. *Regulating Code – Good Governance and Better Regulation in the Information Age*. Massachusetts Institute of Technology – MIT Press, 2013.
- BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas Atípicas de Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2004.
- CARVALHO, Ana Cristina Azevedo P. *Marco Civil da Internet no Brasil – Análise da Lei nº 12.965/14 e do Direito de Informação*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014.
- CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede. A Era da Informação: economia, sociedade e cultura*; v.1. Trad. Roneide Majer. 6ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009a.
- CASTRO, Macus Faro de. *Economic Development and the Legal Foundations of Regulation in Brazil*. In *The Law and Development Review*. Volume 6, Issue 1, Pages 61–115, ISSN (Online) 1943-3867, ISSN (Print) 2194-6523, DOI: 10.1515/ldr-2013-0003, June 2013.
- _____. *Globalização, Democracia e Direito Constitucional: Legados Recebidos e Possibilidades de Mudança*. In Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire (coords.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: Análise, Crítica e Contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 697-719.
- CARVALHAES NETO, Eduardo Hayden. *Noções de universalização de serviços de telecomunicações no Brasil*. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, jan-jun-2008.
- CLARKE, Michael. *Regulation - The Social Control of Business between Law and Politics*. New York: dxsaSt. Martin's Press, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, n. 732, out. 1996.

- COPELLO, María Mercedes Maldonado. *Privatización de los Servicios Públicos Demociliarios y Transformación del Derecho Estatal en Colombia*. In Anuário 2001 GEDIM – Dez Anos de Mercosul. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001;
- CORDOVIL, Leonor Augusta Giovini. *A intervenção Estatal nas Telecomunicações – A Visão do Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- COUTO, Jonas Antunes. *Concorrência nas telecomunicações: estratégias regulatórias para o compliance com regras de acesso a redes*. São Paulo: Singular, 2015.
- DERTHICK, Martha; QUIRK, Paul J.. *The Politics of Deregulation*. Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1985.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*. In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 27-59
- DUGUIT, Léon. *Les Transformations Du Droit Public*. Paris: Armand Colin, 1913.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: M Fontes, 2005.
- ECONOMIDES, Nicholas. *Net Neutrality, Non Discrimination and Digital Distribution of Content Throug the Internet*. New York University Law and Economics Working Papers nº 92, 2007.
- ECONOMIDES, N; TÂG, J. *Net Neutrality on the Internet: a two-sided Market analyses*, May, 2009.
- EISNER, Marc Allen. *Beyond the logic of market: toward institutional analysis of regulatory reforms*. In LEVI-FAUR, David. *Handbook on the Politics of Regulation*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 129-141.
- EPP. Charles R. *Making Rights Real – Activists, Bureaucrats, and Creation of the Legalistic State*. The University of Chicago Press, 2009.
- _____. *The Rights Revolution: lawyers, activists, and Supreme Courts, in comparative perspective*. The University of Chicago Press, 1998.
- ESCOBAR, João Carlos Mariense. *Serviços de Telecomunicações – Aspectos Jurídicos e Regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *Verizon x Federal Communications Commission*. No. 11-1355. Publicado em 14 jan 2014. Disponível em: [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3af8b4d938cdeea685257c6000532062/\\$file/11-1355-1474943.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3af8b4d938cdeea685257c6000532062/$file/11-1355-1474943.pdf). Acesso em: 20 jan 2015
- _____. Federal Communications Commission. *Policy Statement*. FCC 05-151. Publicado em 23 set 2005. Disponível em: https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf. Acesso em: 20 jan 2015.
- _____. Federal Communications Commission. *Open Internet Order*. FCC 10-201. Publicado em 23 dez 2010. Disponível em: https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1.pdf. Acesso em: 20 jan 2015.

- _____. Federal Communications Commission. *Classification of Broadband Internet Access Service*. FCC 15-24. Publicado em 12 mar 2015. Disponível em: https://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2015/db0312/FCC-15-24A1.pdf. Acesso em: 10 abr 2015.
- FADUL, Élvia. *Dinâmicas contemporâneas na regulação de serviços públicos*. In *Regulação no Brasil: desenho governança e avaliação*. Alketa Peci (org.). São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. *Estado e Regulação*. São Paulo: TESTE, 2004.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. Ed. Malheiros. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo. 2000.
- FARIAS, Sara Jane Leite de. *A Regulação Jurídica dos Serviços Públicos Autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- FIANI, Ronaldo. *Teoria da Regulação Econômica: Estado Atual e Perspectivas Futuras*. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria_da_regulacao_economica.pdf. Acesso em: 18 ago 2014.
- FLIEGSTEIN, Neil. *The Architecture of markets. An economic sociology of Twenty-First Century Capitalist Societies*. Princeton: Princeton University Press, 2002.
- FRAZÃO, Ana. *Função Social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- GARAVITO, César Rodríguez. *Toward a Sociology of the Global Rule of Law Field: Neoliberalism, Neoconstitutionalism, and the Contest over Judicial Reform in Latin America*. In DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant G. (orgs.). *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*. New York, Routledge, 2011.
- GARCIA, Elisenda Marlaret I. *Servicios Públicos, Funciones Públicas, Garantía de los Derechos de los Ciudadanos: perenidad de las necesidades, transformaciones del contexto*. In *Revista de Administración Pública*, vol. 145, 1998.
- GARCÍA, Miguel Ángel Sedín. *Regulación y Servicios Públicos*. Granada: Lael, 2003.
- GLOPPEN, Siri; WILSON, Bruce M.; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin; KINANDER, Morten. *Courts and Power in Latin America and Africa*. Palgrave Macmillan, 2010.
- GOMES, Marcelo Barros. *Accountability e governança no Estado regulador brasileiro*; In PECL, Alketa; *Regulação no Brasil – Desenho, Governança e Avaliação*/Alketa Peci (org.). São Paulo: Atlas, 2007;
- GUIMARÃES, Heloisa Werneck Mendes. *Responsabilidade Social da Empresa: uma visão histórica de sua problemática*. 1984. Disponível em: http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/10.1590_S0034-5901984000400025.pdf. Acesso em: 06 maio 2014.
- HAMMERSCHMIDT, Denise. ENDLICH, Kassiane Mechon M. SCALASSARA, Lecir Maria. RAMOS, Simone Boer. OLIVEIRA, Valéria M. *Natureza e Fins da Regulação da Atividade Econômica*. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/342.pdf. Acesso em: 18 ago 2014.

- HANCHER, Leigh; MORAN, Michael. *Capitalism, Culture and Economic Regulation*. New York: Oxford University Press, 2000.
- HERNANDEZ, Juan Ramón Capella. *Estado y Derecho ante la Mundialización: aspectos y problemáticas generales*, in *Transformaciones del Derecho en la Mundialización* (coord. Juan Ramón Capella Hernández). Madrid: Escuela Judicial, 1999.
- HORWITZ, Robert Britt. *The irony of regulatory reform: the deregulation of American telecommunications*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1989;
- JOHNSTON, Donald. B.; COLLINS, Aaron. *Network Neutrality: Using Regulation to Strike the Right Balance*. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, jan-jun-2008.
- JORDANA, Jacint (Ed.); LEVI-FAUR, David (Ed.). *The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005.
- _____. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- KAGAN, Robert A. *American and European Ways of Law: Six Entrenched Differences*. 2006. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.533.8142&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 20.12.2015.
- KAGAN, Robert A.; AXELRAD, Lee. *Regulatory Encounters – Multinational Corporations and American Adversarial Legalism*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 2000.
- KAPISZEWSKI, Diana. *How Courts Work: Institutions, Culture, and Brazilian Supremo Tribunal Federal*. In COUSO, Javier A.; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel. *Cultures of Legality – Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press, 2010.
- KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998
- LAENDER, Gabriel Boavista. *A separação de poderes e o processo de Institucionalização das agências reguladoras de telecomunicações no Brasil e nos Estados Unidos*. (Dissertação de mestrado). Brasília: Universidade de Brasília, 2009. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4072/1/2009_GabrielBoavistaLaender.pdf> Acesso em 12 out 2015.
- _____. Características e oportunidades da desregulação: a busca por um novo modelo de atuação estatal. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 1, n. 1, p. 181-202, 2009.
- LAW, Marc T.; KIM, Sukkoo. *The rise of the American regulatory state: a view from Progressive Era*. In LEVI-FAUR, David. *Handbook on the Politics of Regulation*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 113-128.
- LEMOS JR., Eloy Pereira. *Empresa & Função Social*. Curitiba: Juruá, 2008.

- LEVI-FAUR, David. *Handbook on the Politics of Regulation*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011.
- _____. *The regulatory state and regulatory capitalism: an institutional perspective*. In LEVI-FAUR, David. *Handbook on the Politics of Regulation*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 661-672.
- MABBET, Deborah. *The regulatory rescue of the welfare state*. In LEVI-FAUR, David. *Handbook on the Politics of Regulation*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 215-226.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica Jurídica Clássica*. Ed. Mandamentos. Belo Horizonte. 2002;
- MAJONE, Giandomenico. *Do Estado Positivo ao Estado Regulado: causas e consequências da mudança no modo de governança*. In MATTOS, Paulo. *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. Paulo Mattos (coord), Diogo R. Coutinho, Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, Mariana Mota Prado, Rafael Oliva (organizadores). São Paulo: Singular, 2006.
- MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio (coord.). *Direito regulatório e concorrencial no poder judiciário*. São Paulo: Singular, 2014.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado*. 2003, p. 22. Disponível em: <http://www.abar.org.br/images/publicacoes/agencias-reguladoras.pdf>. Acesso em 10 dez 2015.
- _____. *Direito das Telecomunicações e Anatel*. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. Paulo Mattos (coord.), Mariana M. Prado, Jean Paul C. V. da Rocha, Diogo R. Coutinho, Rafael Oliva (org.). São Paulo: Singular, 2006;
- _____. *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. Paulo Mattos (coord.), Mariana M. Prado, Jean Paul C. V. da Rocha, Diogo R. Coutinho, Rafael Oliva (org.). São Paulo: ed. 34, 2004;
- _____. *Regulação econômica e social e participação pública no Brasil*. IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España, 2004. Disponível em: http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/MATTOS_Regulacao%20Economic%20.pdf. Acesso em: 18 jan 2016.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, ed. Forense, 2009, 19ª edição.
- MCCANN, Michael W. *Rights at Work – Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. The University of Chicago Press, 1994.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: RT, 2003.
- MORAN, Michael. *The British Regulatory State: High Modernism and Hyper-Innovation*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

- MOREIRA, Vital. *Auto Regulamentação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1977.
- MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri/SP: Manole, 2003.
- _____. *Regulação e Universalização dos Serviços Públicos*. Fórum, 2009.
- MOUFFE, Chantal. *Pensando a Democracia com e contra Carl Schmitt*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, jul.-dez. 1994.
- MUELLER, Bernardo. *Teoria Política Positiva da Regulação*. Disponível em: <http://www.angelfire.com/ky2/mueller/resenha.pdf>. Acesso em: 18 ago 2014.
- OLIVEIRA, Clarisse Inês de. *O Judiciário na arena política: da redemocratização ao intimismo no ato de julgar*. In: XXIII Congresso Nacional do Conpedi, 2014, Joao Pessoa. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4c75be1151d04f3c>. Acesso em 22 mar 2015.
- OLIVEIRA, Daniel Almeida de. *Direito regulatório e teoria da interpretação – como interpretar e aplicar direitos complexos*. Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2015.
- PAIVA, Tomás Filipe Schoeller Borges Ribeiro. *A (des)regulação setorial das telecomunicações: uma breve análise de conceitos e da realidade europeias*. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, jan-jun-2008.
- _____. *Neutralidade de rede: a decisão Comcast v. Federal Communications Commission*. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT, Belo Horizonte, ano 5, n. 8 jan-jun/2010.
- PECI, Alketa. *Regulação no Brasil – Desenho, Governança e Avaliação*. Alketa Peci (org.). São Paulo: Atlas, 2007;
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Direitos Fundamentais e interpretação constitucional: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Vol. II Tese, UERJ, 2004.
- PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. *A Radiodifusão no Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- PIRES, Jorge Oliveira; VASCONCELLLOS, Luis Fernando Rigato; TEIXEIRA, Cleveland Prates. *Neutralidade de rede: a evolução recente do debate*. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, jul-dez-2009.
- POSNER, Richard A. *Teorias da Regulação Econômica*. In *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. Paulo Mattos (coord.). São Paulo: editora 34, 2004.
- RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das Telecomunicações – A Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- REICH, Norbert. *A crise regulatória: ela existe e pode ser resolvida? Análise comparativa sobre a situação de regulação social nos Estados Unidos e na Comunidade Europeia*. In MATTOS, Paulo; *Regulação econômica e*

- democracia: o debate europeu/Paulo Mattos (coord.), Mariana M. Prado, Jean Paul C. V. da Rocha, Diogo R. Coutinho, Rafael Oliva (org.). São Paulo: Singular, 2006;
- ROCHA, Gabriela Paes de Carvalho. *Mecanismos de legitimação da atividade regulatória: uma análise dos contextos português e brasileiro com contribuições europeias e norte-americanas*. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, jul-dez-2009.
- ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*. The University of Chicago Press, 2008.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. *Análise Econômica Progressista do Direito – e o Novo Direito Administrativo*. In MATTOS, Paulo. Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. Paulo Mattos (coord.), Mariana Mota Prado, Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, Diogo R. Coutinho e Rafael Oliva, organizadores. São Paulo: Ed. 34, 2004, p.
- ROTHKOPF, David. *Power, Inc.: the epic rivalry between big business and government – and the reckoning that lies ahead*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SCHEINGOLD, Stuart A. *The Politics of Rights – Lawyers, Public Policy, and Political Change*. The University of Michigan Press, 2004.
- SILVA, Roseli Sousa. *O direito à informação e a efetivação da sociedade democrática*. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, jan-jun-2008.
- SILVEIRA, Raquel Dias da. *O Repensar da Noção de Serviço Público*. In Direito Público Moderno: homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SILVERSTEIN, Gordon. *Law's Allure: How law shapes, constrains, saves, and kill politics*. University of California, Berkeley: Cambridge University Press, 2009.
- STIGLER, George J. A. *Teoria da Regulação Econômica*. In Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano. Paulo Mattos (coord.). São Paulo: editora 34, 2004.
- STIGLITZ, Joseph E. *There is no invisible hand*. London: The Guardian Comment, December 20, 2002.
- SUNSTEIN, Cass R. *Free Markets and Social Justice*. New York: Oxford University Press, 1997.
- SVERZUT, José Umberto. *Redes Convergentes - Entenda a Evolução das Redes de Telecomunicações a Caminho da Convergência*. Artliber, 2008.
- TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy – Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Standford, California: Standford University Press, 2008.
- TEIXEIRA, Victor Epiácio Cravo. *Poder Regulamentar e Legitimidade Democrática*. Curitiba: Prismas, 2014.

- VELJANOVSKI, Cento. *Strategic Use of Regulation*. In BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2010, p.87-103.
- VERONESE, Alexandre. *A judicialização das políticas públicas de telecomunicações e as demandas dos consumidores: o impacto da ação judicial*. (tese de doutorado). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.
- VIANNA, Luiz Werneck. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1997.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Renavan, 1999.
- WALDO, Dwight. *The Administrative State: a Study of the Political Theory of American Public Administration*. New Brunswick (USA): Transaction Publishers, 2007.
- VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.
- WALZER, Michael. *Las Esferas de la Justicia* (trad. Heriberto Rubio), 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, DF, 2001.
- WARREN, Kenneth F.. *Administrative Law in the Political System*. Boulder, CO: Westview Press, 2011.
- WESTIN, Roberta. *United States Experience: will the Spectrum Today Meet the Wireless Broadband Demand of the Future?*. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, jul-dez/2010.