

# Economic Analysis of Law Review

## Direito e Regulação da Comunicação Social no Brasil: Breves Relatos Juseconômicos nas Políticas Públicas de Mídias

*Law and Regulation of Social Communication in Brazil: Juseconomics Wariness and Reports for Public Policies in Media*

Rhuan Filipe Montenegro dos Reis <sup>1</sup>  
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

Paulo Roberto de Almeida <sup>2</sup>  
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

### RESUMO

O direito das comunicações – ou das mídias – se apresenta como realidade jurídica ainda incipiente na doutrina, apesar de remeter a inúmeras atividades e empreendimentos humanos relevantes para o mundo jurídico, de que são exemplos a produção audiovisual, o jornalismo, a comunicação organizacional, a publicidade etc. Nesse campo, muitas regulações são produzidas, revelando-se nobres intenções, como o fortalecimento da cultura nacional, a melhoria das relações consumeristas, o resguardo de grupos vulneráveis (vide o público infanto-juvenil) e outras. Entrementes, regulações irrefletidas dessas atividades, por vezes, afiguram problemáticas raramente debatidas e óbices legais que importam em embaraços ao livre trânsito comunicacional e artístico, provocando custos e limitações sofríveis para a atividade empresarial. Em vista disso, propõe-se aqui a definição de traços a serem observados no ciclo dessas políticas públicas e a diagnose de alguns cuidados juseconômicos inspirados no exercício da regulação da (tele)comunicação, a partir de discussões delimitadas nos seguintes tópicos: (i) o princípio da neutralidade na oferta de serviços de internet, que, a pretexto de resguardar o consumidor, gera externalidades negativas; (ii) a regulação da publicidade infantil e os espaços do julgamentos científicos e morais nas políticas econômicas; (iii) limitações na oferta de serviços afetos à radiodifusão, por meio de sistema de concessões e quotização das atrações cinematográficas, a pretexto de resguardar o interesse público e a cultura nacional. Visa-se, portanto, suprir assinalável lacuna de pesquisa, fornecendo-se, por meio de revisão literária integrativa, direções propedêuticas para análises econômicas das dimensões político-regulatórias no setor de mídias.

**Palavras-chave:** Direito das Comunicações; Direito e Regulação; Economia Política; Políticas Públicas.

**JEL:** L96; K23

### ABSTRACT

The Communications law - or media law - presents itself as a legal reality still incipient in the Brazilian doctrine, despite referring to numerous human activities and undertakings relevant to the legal world, such as audiovisual production, journalism, organizational communication, advertising etc. In this ground, many regulations are produced, revealing noble intentions, such as strengthening national culture, improving consumer relations, protecting vulnerable groups (as children and young people) and others. In the meantime, thoughtless regulations for these activities sometimes appear to be issues rarely discussed and legal obstacles that result in embarrassment to the free communication and artistic traffic, causing costs and limitations to be supported by business activities. In view of this, it is proposed here the definition of traits to be observed in the cycle of these public policies and the diagnosis of some juseconomic wariness in the regulation of (tele)communication, based on discussions delimited on the following topics: (i) the principle of neutrality in the provision of internet services, which, under the pretext of protecting the consumer, generates negative externalities; (ii) the regulation of advertising to children and the spaces for scientific and moral judgments in economic policies; (iii) limitations in the provision of services related to broadcasting, through a system of concessions and licenses fees for cinematographic attractions, under the pretext of safeguarding the public interest and national culture. Therefore, it pursues to solve a notable research gap, providing, by means of an integrative literature review, propaedeutic directions for economic analysis of the political-regulatory dimensions in the media sector.

**Keywords:** Media Law; Law and Regulation; Environmental Management; Public Policies.

**R:** 14/06/21 **A:** 24/08/21 **P:** 31/12/21

<sup>1</sup> E-mail: rhuan-reis@hotmail.com

<sup>2</sup> E-mail: pralmeida@me.com

## 1. Introdução

O processo comunicacional é bastante amplo e “dentro da sistematização da liberdade de pensamento, encontram-se várias liberdades, como de culto, de informação jornalística, de cátedra, científica e artística”<sup>3</sup>. No tempo presente, a evolução verificada nas tecnologias, infraestruturas e nas formas de financiamento permitem a franca expansão desses potenciais comunicacionais. Ocorre que desde a década de 1960 a regulação setorial desenvolveu interesse especial pelos processos e mecanismos comunicativos, o que, ainda com algumas redefinições político-valorativas, prossegue até hoje.

Concorrem para essa interação entre regulação e comunicação social questões econômicas e políticas, posto que as atividades tecnológicas instigam os setores públicos e as direções administrativas do Estado a observar as mudanças que esses meios provocam na cultura e na prática cidadã. Ainda assim, o poder público assume o risco de embarçar algumas de suas potencialidades econômicas. O ciclo de políticas públicas nesses setores, seja nas determinações legais, seja naquelas que compõem o poder regulamentar dos órgãos de Estado, constitui o epicentro dessas discussões.

Diante desse cenário, o presente artigo cuida de analisar o que move o aparelho público a regular determinadas atividades de mídia (proteção do consumidor, bem-estar das crianças e adolescentes e resguardo da identidade nacional) e, paralelamente, pretende conferir subsídios teóricos para a formulação de cuidados *juseconômicos* a serem observados por essas regulações para causar menores impactos no setor. Propomo-nos, também, a pensar a interface que envolve motivações políticas e lógica econômica, isto é, as raízes éticas e técnicas da economia.

## 2. Princípio da Neutralidade de Redes: o Pretexto da Proteção Consumerista e os Cuidados no seu Monitoramento

Define-se como neutralidade de rede o princípio segundo o qual dados e informações disponíveis na rede não podem ser discriminados por seus fornecedores, tendo como critérios o consumo de banda larga e a natureza dos conteúdos armazenados em sítios eletrônicos. Por essa definição, serviços devem ser ofertados de maneira isonômica. Isso impede que a infraestrutura de redes priorize determinados *sites* em detrimento de outros, o que pode abarcar desde a precificação até o desempenho com que se obtém acesso a determinado recurso ou endereço eletrônico. Em vista disso, advogam os defensores da neutralidade que as inúmeras vias pelas quais navegamos na *web* não devem ser diferenciadas em razão de seu conteúdo, origem, destino ou tipo de aplicação.

A esse respeito, apoiadores da *neutrality net* discutem a possibilidade de censura ou bloqueios de conteúdos por motivos ideológicos, de cartelização ou pressões mercadológicas, afetando, em última instância, a liberdade de expressão e os interesses dos consumidores finais. Os críticos, por seu turno, dizem que, num ambiente desregulado, bloqueios seriam desencorajados porque isso causaria a diminuição no valor de seus serviços<sup>4</sup>. Tais bloqueios seriam relevados ou punidos pelos próprios usuários. Outras preocupações dizem respeito ao poderio excessivo conferido aos donos das infraestruturas de rede<sup>5</sup>, o que consagraria o êxito de determinadas empresas de comunicação

<sup>3</sup> GÓIS, V. S. Direitos Constitucionais e Comunicação Social: algumas considerações sobre o Conselho Federal de Jornalismo. *Estudos em Jornalismo e Mídia (UFSC)*, Florianópolis, UFSC, v. 2, n.2, p. 181-185, 2005.

<sup>4</sup> PIRES, J. O.; VASCONCELLOS, L. F. R.; TEIXEIRA, C. P. Neutralidade de rede: a evolução recente do debate. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7. 2009.

<sup>5</sup> CRAWFORD, S. P. Network Rules. *School of Law Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies*, v.1 n. 159, 2006, 21p.

em detrimento de outras. O FCC (*Federal Communications Commission*), órgão estadunidense responsável pelas regulações dos serviços de comunicação no país, apresentou-se como entusiasta dessa ideia, mas a abandonou tempos depois. As conclusões pela pertinência ou não da neutralidade de rede podem variar ainda conforme as condições concorrenciais de mercado de cada soberania. Em mercados voltados para o duopólio, como o dos Estados Unidos, a não neutralidade poderia agravar a situação dos usuários, pois, mesmo que isso implique tarifas de acesso mais baixas aos consumidores, “diminui o conteúdo disponível aos usuários devido às taxas positivas cobradas dos provedores de conteúdo”<sup>6</sup>.

Cumpra assinalar que há uma ala de autores céticos com relação à neutralidade das redes. Existem situações em que essa imposição de tratamento igualitário gera verdadeiros incômodos para todo o planejamento de redes. Christopher Yoo<sup>7</sup>, por exemplo, considera que, para a gestão de tráfego, em muitas situações, faz-se necessária a distinção entre serviços que demandam maior e menor desempenho. Menciona também as diferentes suscetibilidades a falhas e atrasos (*delays*) de alguns conteúdos. Outros estudiosos desse campo lembram da urgência necessária na prestação de serviços. O professor Luis Bona Gomes<sup>8</sup> nos dá um exemplo: “talvez seja justo pensar que os pacotes do seu carro dizendo que vão colidir com outro carro tenham prioridade” – some-se a isso as prioridades específicas de cada usuário.

No entanto, o que nos interessa para conduzir essa análise político-econômica é encontrar um caminho regulatório que melhor pondere questões como acessibilidade e flexibilidade de preços e bem-estar consumeristas. Assim, as neutralizações podem diminuir as possibilidades de desenhos e ofertas contratuais, já que impõem um tratamento uníssono para todos os usuários. Minando-se, assim, a possibilidade de redução de custos quando usuários assinam serviços específicos. Impede-se que as empresas planejem pacotes que contemplem os perfis de cada consumidor, mediante política de preço adequada a cada um deles. Por outro lado, a não neutralidade tende a levar a um cenário de bloqueios e restrições, não sendo receptiva com relação às possibilidades de tráfego em diferente sites, ou seja, a diversidade da rede. A não neutralidade é capaz de provocar ainda a *concentração vertical* dos serviços. Nesse pêndulo entre precificação dos serviços e possibilidades de acesso às redes, há medidas regulatórias que podem não importar em perda total de acesso a certos dados e vias de tráfego, pois nem tudo precisa ser um jogo de soma zero nessa relação.

Afora isso, a chamada neutralidade pode estimular soluções de mercado que não implicam em total cerceamento dos conteúdos navegáveis. Cite-se o *zero-rating*, *network slicing* advindo da tecnologia 5G e das franquias de internet. Para tanto, exige-se para cada uma dessas respostas comerciais compreensão própria de seus aspectos econômicos e consumeristas. Demanda-se, ainda, a compreensão pormenorizada do das *falhas de mercado residuais* e das *falhas de estado supervenientes*<sup>9</sup>, surgidas com as novas tecnologias. O *zero rating*, por exemplo, não leva a uma discriminação generalizada nas relações de tráfego, mas possibilita, pontualmente, aplicação de taxa zero a serviços prioritários para alguns usuários. Esse é caso de aplicativos de troca de textos e arquivos, como *Telegram* e *WhatsApp*. Desse modo, a falha de mercado (discriminação em rede) é, em larga medida, amenizada, mas remanesce em algum nível, devendo-se avaliar se essa falha residual justifica a intervenção. No segundo caso, há de se monitorar se os marcos regulatórios, legais ou infralegais, dificultam a criação de inovações no mercado atual. Esse é o caso do 5G, nova

<sup>6</sup> PIRES, J. O.; VASCONCELLOS, L. F. R.; TEIXEIRA, C. P. Neutralidade de rede: a evolução recente do debate. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7. 2009, p.9.

<sup>7</sup> YOO, C. S. Network Neutrality and the Economics of Congestion. *Georgetown Law Journal. Vanderbilt Law and Economics Research Paper* n. 05-28, v. 94. 2006.

<sup>8</sup> GOMES, A. *Neutralidade da Rede: questões atuais e futuras em debate*. Internet Lab: pesquisa em Direito e Tecnologia. 2019, np.

<sup>9</sup> Expressões que criamos no curso desse estudo para melhor identificação dos fenômenos abordados.

tecnologia que exige compartimentação dos recursos físicos e lógicos e multilocação dos serviços com base em desempenho e prioridades<sup>10</sup>. Nesse exemplo, o marco atual (*marco civil da internet*) é capaz de obstaculizar a implementação de tecnologia que, à época, sequer era passível de cogitação pelos legisladores. Disso, extrai-se o mandamento de que é preciso buscar uma abordagem reguladora mais flexível para acompanhar as evoluções tecnológicas.

O cenário para as políticas públicas aqui pensado compreende criar um núcleo duro de direitos afetos à obtenção dos serviços de internet, evitando-se condutas que bloqueiem servidores, porém sempre procurando ressaltar a negociabilidade e autonomia das partes para contratações, estimulando a inovação nas infraestruturas de redes e conferindo maior liberdade no planejamento de ofertas, o que pode ser importante, principalmente, para operadores de menor aporte. De acordo com Yoo<sup>11</sup>, na maioria dos casos as infraestruturas locais e de baixo aporte são as que mais sofrem com a regulação. Para esses casos, é preciso elevar ainda mais a noção de regulação responsiva, onde o sancionamento é tido como último recurso (*last resort*) enquanto ferramental para adquirir a cooperação do regulado (*compliance*), e não como uma forma de arregimentação totalitária do seu exercício<sup>12</sup>. Dessa forma, com lastro em dissertação de Caio Resende<sup>13</sup>, decidir pela (não) intervenção na gestão do tráfego não passa só por entender a utilidade de benefícios consumeristas efetivos, mas sim compreender a (in)capacidade de reguladores em: (i) distorcer os incentivos dos sistemas de preço (ii); corrigir ou agravar as imperfeições nas alocações dos bens e serviços; e (iii) implementar sistemas que produzam incentivos na descoberta de novas informações e soluções tecnológicas.

Não pretendemos exaurir a discussão exibida acima, mas, sim, demonstrar que determinações responsáveis e que visem benesses institucionais e gerais nos serviços de rede também podem, conforme a rigidez e o alcance dos modelos regulatórios, sujeitar agentes econômicos a limitações de atuação com custos sociais específicos e limitações nas possibilidades de formular ofertas, menor flexibilidade de preços e redução de excedentes para todas as partes<sup>14</sup>. Diante disso, deve o gestor de políticas pública avaliar e quantificar quais desses efeitos, de fato, se espraiam nas atividades econômicas reguladas.

Nessa busca por soluções, as *políticas públicas comparadas* afiguram práticas pertinentes, porém insuficientes e suscitam algumas advertências. É preciso atentar para os fatores materiais, distinções de infraestrutura entre importador-importado. Por exemplo, é difícil sugerir importação de política de um país como a Estônia para um país como o Brasil, que tem dificuldades manifestas com relação à cobertura territorial e à capacidade de transmissão<sup>15</sup>. Urge compreender que a regulação é uma resposta institucional a problemas próprios e efeitos específicos em cada território, e não sinal de avanço na matéria regulada. Demanda-se, também, sinalização dos multiatores e o preparo para o ambiente mercadológico regulado.

Outro cuidado necessário consiste em ter ciência das diferenças entre as tradições jurídicas e os contextos culturais que embasam ou motivam uma determinada regulação. Isso vai ser

<sup>10</sup> ALLIANCE, N. G. M. N. Description of network slicing concept. *NGMN 5G*, v. 1, 2016.

<sup>11</sup> WU, Tim; YOO, Christopher. Keeping the Internet Neutral? Tim Wu and Christopher Yoo Debate. *Federal Communications Law Journal*, v. 59, n. 3, 2007.

<sup>12</sup> AYRES, I., & BRAITHWAITE, J. Responsive regulation: *Transcending the deregulation debate*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 1992.

<sup>13</sup> RESENDE, C. C. *Falhas de mercado: uma análise comparativa da escola do setor público tradicional e da escola austríaca*. 2012. 363 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade de Brasília, Brasília.

<sup>14</sup> GANS, J. S. Weak versus strong net neutrality. *Journal of Regulatory Economics*, v. 47, n. 2, p. 183-200, 2014.

<sup>15</sup> BRITTO, T. A. *Network Neutrality: two-sided markets, antitrust and regulation*. 2018. 332 f. Dissertação (Doutorado) – Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Gestão de Políticas Públicas, Universidade de Brasília, Brasília.

determinante não só para compreender as chances de êxito de determinada importação como para antecipar o comportamento dos regulados e demais afetados/beneficiados. Aranha<sup>16</sup>, em excelente tese sobre políticas comparadas em telecomunicações – centrada no cotejo das diferenças entre Brasil e Estados Unidos – sistematiza várias dissidências e confluências entre os países, avaliando as distintas formas de controle nos parlamentos, as diferentes pressões internacionais que os países vivenciaram, as proximidades na definição de serviços universais e de interesse coletivo, os movimentos históricos que levaram cada nação a enfrentar os modelos de monopólio e o seu esforço na criação de um ambiente competitivo.

De tal modo, as análises econômicas indicam também que as regulações devem superar binarismos como proibir/não proibir. Dessa forma, passaríamos a albergar outras lógicas além da aristotélica, capazes de reconhecer as múltiplas maneiras para avaliar uma proposição além de “verdadeiro e falso”. Lógicas que consideram as indeterminações, as inconsistências, as probabilidades e os estados intermediários entre as análises veritativas (que dizem respeito à veracidade de algo) como “parcialmente falso”. Nesse sentido, Gans<sup>17</sup> estuda os efeitos de uma *neutralidade de rede fraca* (proibição de discriminação com base no conteúdo em relações individualizadas, i.e., entre provedores ou entre consumidores) e da *neutralidade de rede forte* (aplicada de forma indiscriminada a todas as relações de consumo de rede) para afirmar que a segunda tende a gerar impactos negativos. Assevera assim que o alcance da regulação da rede importa, mormente nas relações de alocação de recursos e na geração de excedentes para os agentes. A título de reforço, Alcântara<sup>18</sup> ressalta que “uma regulação muito fixa e restritiva tende a ser prejudicial para o bom funcionamento da internet”.

O grau desejável e eficiente de regulação será ponderado com base na concorrência e nas condições internas de cada mercado. Ou seja, muitas vezes a criação de leis gerais e pretensões universalizantes de políticas públicas podem incrementar as chances de ineficiência econômica e levar ao agravamento das falhas de mercado. Assim, é possível que existam diretrizes e padrões de conduta gerais, como aqueles visados por Jack Goldsmith e Tim Wu<sup>19</sup>, para quem a rede necessita ser aberta, neutra e minimalista. Mas isso não significa que essas diretrizes devam ser levadas à risca em todas as situações. Nisso, o monitoramento deve avançar para além das análises de (des)cumprimento das políticas em si, do juízo de eficiência que considere a quantidade de recursos dispendidos na fiscalização pública, pois há de ser conglobar e avergiuar se as razões fundantes daquela intervenção de fato se justificam na realidade empírica, considerando ainda suas evoluções e inovações.

Ainda assim, torna-se necessário acompanhar se resultados positivos foram alcançados para os agentes envolvidos, tal como imaginava o legislador, enquanto endereçava com entusiasmo teórico suas soluções normativas. Com esses mandamentos em perspectiva, confere-se real sentido ao termo *ciclo de políticas públicas*, uma vez que o monitoramento agrega *insights teóricos* e percepções práticas para que se avalie a pertinência de se produzir outra política pública. Portanto, tem-se que a fase de monitoramento não se comporta enquanto estágio final, atividade estacionária ou com intenções apriorísticas de estabilização da política econômica.

<sup>16</sup> ARANHA, M. I. *Políticas públicas comparadas de telecomunicações (Brasil-EUA)*. 2005. 223 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Ciências Sociais, Centro de Pesquisa e Pós-Graduação Sobre as Américas, Universidade de Brasília, Brasília.

<sup>17</sup> GANS, J. S. Weak versus strong net neutrality. *Journal of Regulatory Economics*, v. 47, n. 2, p. 183-200, 2014.

<sup>18</sup> ALCANTARA, R. C. Análise de políticas de neutralidade de rede e seus impactos. *O Eco da Graduação*, v. 2, p. 63-73, 2017.

<sup>19</sup> WU, T.; GOLDSMITH, J. *Who controls the internet: illusions of a borderless world*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006.



É provável que padrões que primem pela gestão razoável do tráfego e permitem a discriminação de tráfego para garantir a segurança e a proteção da rede, de modo a resolver sobrecargas temporárias e urgências, como o sul-coreano, sejam mais recomendáveis do que aqueles que só preveem flexibilizações pela via judicial, como o da Argentina. Entendendo que conhecimentos técnicos e especializados são fatores que condicionam, em larga medida, a legitimação e posterior implementação de políticas públicas<sup>20</sup>, é importante adotar um imperativo de flexibilidade institucional, de forma a conferir ao administrador de dados e aos responsáveis, embasados em sua expertise, maior margem de liberalidade para atualizar disposições gerais e diretrizes ou mesmo complementar conteúdos abertos da legislação, como “situações de emergência”, “gestão razoável”, configurando técnicas regulatórias mais recomendáveis do que previsões de simples proibições e permissões.

O exercício *legístico* não deve se restringir e ao apontamento de contextos relevantes sob a perspectiva factual e legal para definir sua (não) intervenção, mas sim propiciar a *geração de soluções alternativas*<sup>21</sup>. É válido lembrar que “um regime flexível não impede a introdução de práticas de gerenciamento que possuam justificativas legítimas e plausíveis, o que possibilita a geração de eficiências [nesse mercado]”<sup>22</sup>. Esse raciocínio prima por uma política pública que saiba bem calibrar sua dimensão valorativa principiológica com o domínio das regras, não se socorrendo, de plano, do aspecto deontológico (“fica vedado”, “é obrigatório”), isto é, de mandamentos específicos e, nesse caso, proibitivos. É nessa linha que caminham Claffy e Clark<sup>23</sup>, recomendando a estratégia de formular diretrizes e padrões gerais de qualidade, posto que acreditam ser inviável a padronização de todos os serviços de rede, ainda mais considerando a dinamicidade e disposição para inovação nesse setor.

Uma vez que as políticas públicas procuram resolver não propriamente falhas de mercado ou externalidades significativas, mas assimetrias de informação nas relações consumeristas, mais eficiente seria o emprego de outras técnicas, como práticas educativas de conscientização sobre o consumo. De igual modo, caso a questão se atenha às relações de competição, parece-nos bem mais sensato combater problemas de concentração vertical com práticas antitrustes, específicas para essa situação, do que justificar eventuais intervenções em mercados que não padecem desse problema. Coincidentemente, encontramos em Becker, Carlton e Sider<sup>24</sup>, em bibliografia comprometida com essa posição, qual seja, a de direcionar o foco para a questão da concorrência e competitividade. Em termos de políticas públicas econômicas, dessume-se o mandamento específico de que é preciso haver um diagnóstico preciso sobre a falha de mercado a ser combatida. De modo a evitar os efeitos adversos das generalizações, deve-se redobrar a atenção sobre políticas que se portem como remédios de amplo espectro, isto é, que visem um leque muito extenso de falhas.

Ainda nessa linha de posições intermediárias, autores como Weiser adotam posição favorável à intervenção, desde que concentrada em pontos específicos, como a capacitação técnica de consumidores ou redes de vigilância para averiguar identificação de violações-chave na gestão

<sup>20</sup> FONSECA, I. F.; BURSZTYN, M.; MOURA, A. M. M. *Technical knowledge, public policy and participation: the case of the National Council on the Environment*. *Revista Sociologia Política* [online]. 2012, vol.20, n.42 [cited 2021-02-28], pp.183-198.

<sup>21</sup> VOERMANS, W. Modelling the draughtman’s craft: the LEDA-Project Legimatics and legimatica-projects in the Netherlands. In: BIAGIOLI, C.; SARTOR, G.; MERCATALI, P. *Elementi di legimática*. Pádua: CEDAM, 1993.

<sup>22</sup> BRITTO, T. A. *Network Neutrality: Two-sided markets, antitrust and regulation*. 2018. 332 f. Dissertação (Doutorado) – Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Gestão de Políticas Públicas, Universidade de Brasília, Brasília.

<sup>23</sup> CLAFFY, K.; CLARK, D. Platform Models for Sustainable Internet Regulation. *Journal of Information Policy*, v. 4, p.463-488, 2014.

<sup>24</sup> BECKER, G. S.; CARLTON, D. W.; SIDER, H. S. Net Neutrality and consumer welfare. *Journal of Competition Law And Economics*, v. 6, n. 3, p.497-519, 1 set. 2010.

de tráfego. De modo a encerrar essa reflexão sobre a busca por caminhos alternativos ao império da neutralidade, destaco a posição de Watal<sup>25</sup>. Para ele, que aborda a questão a partir da realidade norte-americana, há de se criar uma agência independente com ampla representatividade dos setores particulares e governamentais, sob a vigilância geral da agência de mídias dos Estados Unidos, a FCC – situação equivalente ao *controle finalístico* no Brasil. Trata-se de padrão regulatório com disposição para ajustar interesses particulares e perspectivas públicas e, assim, definir papéis setoriais. Disposição essa examinada na próxima seção.

### **3. Proibição da Publicidade Infantil a Pretexto de Resguardo do Direito da Criança e do Adolescente: Há Espaço para a Moral Regulatória?**

A publicidade é não só um financiador contumaz das telecomunicações como compõe o amplo conjunto de atividades humanas ligadas à comunicação social. Engana-se quem pensa que a publicidade está restrita ao compartilhamento ou à emissão de informações, massiva ou coletiva, sobre determinado bem ou serviço. Maria Costa e Marília Mendes<sup>26</sup> desvelam-na como “processo de comunicação social complexo em ressonância com as forças do imaginário dos indivíduos”, conceito abrangente que, além dos aspectos quantitativos do fenômeno publicitário, procura abranger temas como semiótica, estímulo de necessidade e correlação de aspectos informativos e persuasivos. A partir do advento do *Toyotismo*, coadunar esforços para esvaziar estoques passa a ser tão ou mais importante quanto garantir eficiência e celeridade nos processos produtivos. E a publicidade se torna grande aliada desse processo.

A publicidade, no entanto, vem sendo percebida como um verdadeiro instrumento para incrementar riscos sociais. A tônica discursiva passa a ser o estímulo a uma cultura de consumo e seus malefícios: padrões insustentáveis, geração de resíduos, indução a comportamentos nocivos, desinformação, situações de engano ao consumidor final, danos à moral e honra de determinados grupos etc. Até aqui abordamos um espectro mais objetivo para compreender os efeitos adversos do fenômeno publicitário e da cultura de consumo. O consumismo, por óbvio, é capaz de levar os processos produtivos a um crescimento exponencial e gerar aumento expressivo de resíduos e escassez de recursos. Todavia, esses aspectos de teor mais objetivo isoladamente não compõem aquilo que motiva a regulação. Posicionamentos ideológicos, a ação de grupos políticos e as preocupações de ordem moral para o controle de atividades econômicas também se fazem presentes. E isso não fica restrito ao campo discursivo. A rigor, descamba, muitas vezes, para o âmbito das imposições legais.

Nesse domínio, o controle da publicidade não foca situações de ordem puramente objetiva. A intenção de regulá-la está atrelada às tentativas políticas de fazer com que essa comunicação seja mais compatível com seu sistema interno de crenças e valores dos reguladores. É razoável dizer que problemas de ordem mais objetiva também assumem papel persuasivo e argumentativo, mas nunca de protagonismo. Não raro, sistemas políticos ou grupos sociais podem assumir posições de contraposição a um ou mais mecanismos publicitários pela via regulamentar, tendo como finalidade precípua impor para uma população seus principais ideários ou, ainda, afastá-las daqueles que considere indesejáveis. A imposição de percepções morais dos regulados àqueles que sofrem os seus efeitos (in)diretos redundam numa realidade em que gestores e seus aparatos públicos constituem um fim em si mesmo, marcado pela inflexibilidade institucional, cariz aprofundado

<sup>25</sup> WATAL, A. A Co-Regulatory Approach to Reasonable Network Management. *Journal Of Information Policy*, v. 1, p.155-173, 2011.

<sup>26</sup> COSTA, M. I. L.; MENDES, M. L. G. C. A publicidade como ferramenta de consumo: uma reflexão sobre a produção de necessidades. BOCC. *Biblioteca On-line de Ciências da Comunicação*, v. -, p. 01-10, 2012.

quando “as instituições se tornam organizações formais; materializam-se em edifícios, carimbos, rituais e pessoas que ocupam funções que as autorizam a ‘falar pela’ organização”<sup>27</sup>.

Esse fenômeno não resulta de uma ideologia específica, de um partido ou tipo de governo e tampouco se restringe às autoridades oficiais. Isso porque segmentos da política e da sociedade civil organizada também são capazes de influenciar seus rumos. Modelos de discursos pelo controle publicitário são produzidos, *e.g.*, em grupos autodeclarados anticapitalistas, que veem na publicidade um pilar de apoio ao sistema econômico que criticam e, portanto, uma situação absolutamente indesejável e duramente combatida por tais grupos. Dizem eles: “não se pode esperar algo diferente de uma sociedade baseada na desigualdade social, na injustiça e no desprezo ao ser humano”. Familiares que se classificam como conservadores, por exemplo, podem vir a manifestar o mesmo apetite regulatório nas relações publicitárias, ao demandar, por exemplo, maior restrição etária às peças publicitárias que façam alusões à comunidade LGBT, à ideologia de gênero ou visibilizem ideais que julguem vulgares, além de outros temas que considerem sensíveis aos infantes. Para autores como Sampaio essas convicções políticas, religiosas e comunitárias são fatores que incentivam o acompanhamento infantil doméstico.

No processo legislativo ou no poder regulamentar da administração, não há negar que essas valorações têm vasto potencial *normogênico*, em que traços familiares internos tenham não só pretensões de generalização como o condão de comporem, em alguma medida, pressões para a *formação de agendas em políticas públicas*. O que pode resultar em conflitos, já que a interação entre Estado e planejamento privado das relações familiares nem sempre é harmoniosa em termos de percepções. Em vista disso, é preciso se cercar de dois cuidados, perceber os riscos de irrupção do *paternalismo de Estado nas relações intrafamiliares*, em que a autoridade central, considerando dispor de maiores informações e das melhores percepções para proteger os interesses do núcleo familiar, vislumbra “inferioridade cognitiva” do regulado, o que pode ser seguido da “substituição de julgamento”<sup>28</sup>, por meio da qual políticos normatizam os comportamentos privados ou firmam *nudges*, estratégias públicas que influenciam as decisões dos particulares sem recorrer a juízos de proibição, *i. e.*, campanhas de conscientização enquanto instrumentos importantes e poucos explorados nesse campo. Outrossim, importa falar do *dirigismo familiar*. Nesse caso, os padrões de conduta familiar majoritários, sobretudo no que diz respeito à representatividade político-institucional, acabam sendo instrumentalizados em meios normativos ou manifestações oficiais, pronunciados como ideais e suprimindo os dissidentes.

A ideologia aqui não é apenas tratada no sentido marxista do termo, como aquilo que anuvia nossa percepção da realidade. Outrossim, ganha espaço em nossa análise, a percepção eternizada por Napoleão no Conselho de Estado em 1812, em reação a opositores como Destutt de Tracy. Para Napoleão, ideólogos seriam os sujeitos apegados àquilo que é abstrato, que vivem insulados em seu universo de especulações. Ironicamente, o próprio estadista elucubrava sobre a adaptação das leis ao conhecimento do coração humano e das lições da história<sup>29</sup>. Da primeira concepção de ideologia, relacionando-a com a moral e a partir dos subsídios teóricos de Cortina e Martinez<sup>30</sup>, sinalizamos o papel a que se arvoram gestores e legisladores de oferecer “modelo[s] ideal[is] de boa conduta socialmente estabelecida” e de administrar uma “ciência que trata do bem em geral”.

<sup>27</sup> ASSUMPCÃO-RODRIGUES, M.M.; Netto, J.V.R. Flexibilidade das instituições e qualidade da democracia: sobre a construção de conceitos historicamente orientados. *CONFINS (PARIS)*, v. 39, p. 01-10, 2019.

<sup>28</sup> TANGERINO, D. P. C.; CABRAL, G.; OLIVE, H. Políticas públicas em suicídio: do paternalismo clássico ao paternalismo libertário e nudging. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n° 2, 2018 p.326-367.

<sup>29</sup> EAGLETON, T. Ideologia: uma introdução. São Paulo: Editora Boitempo-UNESP, 1997.

<sup>30</sup> CORTINA, A.; MARTINEZ, E. *Ética*. São Paulo: Loyola, 2005.



Também como esses atores avocam deveres éticos, de modo a conferir “traços específicos da moral” e fundamentar os sentidos de viver eticamente.

Nessa toada, a concepção moral realiza, antes mesmo dos saberes, atitudes concretas que têm de coordenar os campos cognitivo e emocional. Por extensão, entendemos ser necessário ainda coordenar conhecimento e crença. Esse pensamento vai ao encontro da concepção de políticas econômicas conforme pensada por Amartya Sen<sup>31</sup>, para quem essas políticas repousam tanto em raízes éticas como de engenharia, isto é, articulam objetivos racionais e de curto prazo com valores gerais, como bem-estar. Contudo, mais do que estreitamentos e distanciamentos entre economia e saber ético investigados pelo autor, é preciso considerar que essas perspectivas não devem necessariamente se opor. A perquirição do bem-estar comunitário passa obrigatoriamente por investigações racionais e pelo estabelecimento de metas sociais e indicadores específicos que confirmem maior concreção a termos vagos como bem-comum. Portanto, o sopesamento entre os compromissos éticos e os ferramentais lógico-matemáticos da economia demandam melhor distribuição dos papéis institucionais entre atores privados, evitando-se o acirramento do embate “mercado vs Estado”<sup>32</sup>.

Nesse exercício de calibrar o que é passível de autorregulação e o que é domínio imprescindível do Poder Público, cumpre notar que as definições morais podem ser moduladas conforme as disparidades culturais e os valores prevalentes em cada estrutura. Tem-se que a advertência de Hayek<sup>33</sup>, de que há uma dispersão de circunstâncias e percepções particulares, dificilmente apurada pelos reguladores – de forma a afligir seu entusiasmo teórico –, aplica-se ao que cada comunidade percebe como digno, o que resulta na dificuldade de se alcançar reta razão sobre a definição do que é moral ou condigno para cada uma. Conforme autores como Cornelis de Waal<sup>34</sup> estas comunidades são rodeadas de experiências plúrimas, advindas das diferenças entre percepções sensoriais, relações com espaço, linguagem, sistemas internos de crenças, epistemes etc, fatores que cremos serem dificilmente contemplados em um desenho legislativo único e pragmático. Ante a essas questões, o ímpeto pela regulação da publicidade infantil claramente exsurge num contexto em que convivem preocupações de ordem objetiva ou técnico-científica – vide a dinâmica da saúde infantil, sobretudo psíquica e nutricional, e as inquietações de ordem puramente moral. Assim, além da inclusão das variáveis de cunho moral, cabe também analisar a pretensão de cientificidade por trás das decisões públicas que envolvam regulação no meio publicitário.

À semelhança do que ocorre na primeira parte dessa análise, que examina a neutralidade da rede, os textos acadêmicos não cerram posicionamentos estáveis ou concordantes pelos níveis de regulação da atividade econômica ou pelas suas respectivas implicações. Existem fartas indicações de efeitos positivos da publicidade direcionada ao público infantil, especialmente aquela veiculada em ambiente digital. Publicidade que encoraja as crianças a buscar informações, em vez de simplesmente observá-las, na medida em que se estimula, nesse público, o desenvolvimento de raciocínios e habilidades investigativas<sup>35</sup>. É possível acrescentar outras vantagens, como a apreensão de novos significados, incremento da capacidade de interpretação textual, o que é válido para a modalidade televisiva, e a imersão em novos idiomas, sobretudo nas peças publicitárias online. Já outros estudos adotam posicionamento mais ferrenho contra essa modalidade publicitária,

<sup>31</sup> SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

<sup>32</sup> STIGLER, G. J. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economic and Management Science*, New York, v. 2, n. 1, p. 1-21, Spring 1971.

<sup>33</sup> HAYEK, F.A. The use of knowledge in society. *The American Economic Review*, v. 35, n. 4, sep, p. 519-530, 1945.

<sup>34</sup> DE WAAL, C. *Sobre pragmatismo*. Trad. Cassiano Terra. São Paulo: Loyola, 2007.

<sup>35</sup> TAPSCOTT, D. *A hora da geração digital*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

citando fatores como estresse familiar<sup>36</sup>, incentivo ao consumo de alimentos ultraprocessados – ricos em gorduras, aditivos e açúcares e de baixo valor nutricional –, que podem gerar quadros de obesidade, de outras doenças<sup>37</sup> e a erotização precoce desse público<sup>38</sup>.

Como bem recordam Santos e Coelho<sup>39</sup>, outras literaturas assumem posição intermediária, vez que se mostram interessadas no equilíbrio de efeitos positivos e negativos. Nesse sentido, estimam-se determinados efeitos ambivalentes, como a sensação de pertencimento e a demarcação de exclusões, que o (não) acesso a novas tecnologias são capazes de causar<sup>40</sup>. Tem-se como razoável pensar que as atrações televisas e o consumo de determinados bens lúdicos podem conduzir a essas mesmas percepções (pertencimento e exclusão) dentre o público infanto-juvenil. Todavia, os estudos não só primam por sistematizar ou ponderar efeitos negativos e positivos, há outros enfoques interessantes, dentre eles a análise do real poder das regulações de privarem as crianças dos malefícios acima apontados, mormente quando esses estímulos negativos estão dispersos nas múltiplas ambiências em que as crianças interagem e quando há limitação de jurisdição sobre conteúdo de outras nacionalidades – como ocorre na *internet*. O que acreditamos ser uma boa representação textual da argumentação desenvolvida por Donida, Silva e Santos<sup>41</sup>.

De modo a adensar tais problemas de pesquisa, caberiam outras indagações, como: os estímulos para uma alimentação não saudável podem advir do próprio microsistema familiar em razão dos hábitos consuntivos dos pais? Seriam os riscos à erotização precoce fenômenos tão-somente presentes no meio midiático ou aparecem em outras superestruturas como o próprio meio escolar? Conforme Dias<sup>42</sup>, muitas estratégias buscam atenuação dos efeitos nocivos desses apelos textuais com estratégias simplórias de vedação à vinculação desses conteúdos, quando outras medidas poderiam fazê-lo, senão focando em endereçar esclarecimento para que público infantil, e os criadores, possa melhor lidar com presença inevitável do fenômeno publicitário. Assim, exsurtem algumas questões: a mera proibição normativa resolve? Os *mesossistemas* repletos de peças publicitárias segmentadas para o público adulto gerariam efeitos reflexos nas crianças? Ou somente a publicidade reputada por infantil suscita efeitos para esse público? Essas inquietações reavivam a discussão sobre a capacidade regulatória de obstar esses efeitos em definitivo. E nos provocam a ponderar se, na verdade, estamos a usar paliativos que, além de ineficientes em reduzir essas implicações, suprimem consideravelmente as principais atividades econômicas que envolvem a publicidade infantil.

Esses recortes são feitos para mostrar que existem grandes problemas com relação à fundamentação científica dessas políticas regulatórias, sobretudo aquelas destacadas no Projeto de Lei nº: 5.921/2001. Os distanciamentos entre processo legislativo (ou regulatório) e método científico levam a conduta temerárias, como a opção deliberada por um só segmento de estudos, de modo a reforçar a argumentação política. Isso provoca a exclusão de ideias que não sejam

<sup>36</sup> PROJETO CRIANÇA E CONSUMO. *Por que a publicidade faz mal para as crianças*. 2ª. ed. São Paulo: Instituto Alana, 2009. 70p.

<sup>37</sup> HARTUNG, P. A. D.; KARAGEORGIADIS, E. V. A regulação da publicidade de alimentos e bebidas não alcoólicas para crianças no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, v.7, n.3, 2017.

<sup>38</sup> IGLESIAS, F.; CALDAS, L. S.; LEMOS, S. M. S. *Publicidade infantil: uma análise de táticas persuasivas na TV aberta*. *Psicol. Soc.*, Belo Horizonte, v. 25, n. 1, p. 134-141, 2013.

<sup>39</sup> SANTOS, M. M. M.; COELHO, M. F. Comportamento infantil e ambiente familiar: percepções dos pais de crianças sobre a propaganda infantil. *Marketing & Tourism Review*, v. 2, p. 1-1, 2017.

<sup>40</sup> SAMPAIO, I. S. V. Publicidade e infância: uma relação perigosa. In: VIVARTA, Veet (org.). *Infância e consumo: estudos no campo da comunicação*. Brasília: ANDI; Instituto Alana, 2009.

<sup>41</sup> DONIDA, B.; SILVA, K. C.; SANTOS, V. M. Publicidade infantil: proibir é a solução?. In: CABESTRE, S. A.; ALMEIDA; L. B. C.; SANTOS, V. M. (Org.). *Comunicação, Mídia e Sociedade: reflexões teóricas e práticas*. 1ª ed. Bauru: Canal 6, 2013, v. 1, p. 303-317.

<sup>42</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e hipervulneráveis: limitar, proibir ou regular? *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 99. ano 24. p. 285-305. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

interessantes para determinada plataforma eleitoral, minando o que autores como Epstein e King<sup>43</sup> nomeiam de *hipóteses rivais*. A *unilateralidade metodológica* resulta da coleta de pesquisas ou opiniões originárias, exclusivamente, dos contextos bibliográfico e discursivo, ignorando-se aquelas que contenham recortes empíricos que permitem a esses atores antecipar os efeitos de suas regulações. Além disso, notam-se riscos no método indutivo, quando legisladores e gestores, com lastro em casos individuais, pretendem emanar percepções generalizadoras, o que é mais perigoso para aqueles que não dominam o fazer científico e não sabem, assim, administrar as limitações da indução.

Com relação à ordem jurídica, os primeiros conflitos são de cunho teórico e residem, justamente, nos critérios interventivos estabelecidos por nossa Constituição (art. 170, caput). Preza a CF/1988 pela ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, encontrando como fatores limitantes, por exemplo, a proteção consumerista e outros dispositivos, como o artigo 227, que preza pela proteção das crianças. Assim, a publicidade enquanto fenômeno jurídico vem da soma de três dimensões constitucionais não excludentes entre si, quais sejam, a liberdade de expressão, a proteção contra a abusividade e a liberdade de autonomia artística, técnica e profissional. Tais filtros constitucionais têm de ser sopesados num desenho regulatório responsivo, que, de um lado, garanta autonomia aos profissionais da publicidade, a liberdade de expressão e de iniciativa das grandes firmas e que, na outra ponta, crie alguns padrões para amainar os efeitos negativos eventualmente percebidos pelos infantes.

No entanto, o que ocorreu na regulamentação do CONENDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – foi simplesmente a sistematização de todos os elementos definidores da publicidade infantil, vide seus principais traços estéticos, para sua subsequente proibição, frise-se, sem processo legiferante. Percebe-se que fatores como “linguagem infantil”, “representação de crianças nas propagandas”, “apresentação de pessoas que tenham apelo sobre o público infantil” não dizem respeito a uma categoria ou segmento dessa publicidade, mas sim ao cerne dessa modalidade. Outras definições são marcadas por imprecisões, como “cores em excesso”, ou por extrema abrangência, vide “efeitos especiais”. Disposições essas aplicadas ao grosso das peças publicitárias, que lançam mão desses recursos principalmente na edição e composição de elementos audiovisuais. Essas restrições compõem as chamadas *regulatory takings* (asfixias regulatórias), o que leva à inviabilidade do exercício de atividades econômicas em virtude do excesso de restrições estatais, configurando “desapropriação indireta do direito de exercer determinada atividade econômica”<sup>44</sup>.

É de se anotar uma completa balcanização das pessoas jurídicas que costumam a tratar dessas temáticas. Por mais que o CONAR não disponha de poder de polícia e não seja pessoa jurídica instituída por lei, como é a CONENDA, o órgão nasceu justamente para conferir diretrizes de responsabilidade social na publicidade e deveria ser chamado para compor esse processo regulatório por sua expertise, tal qual a Associação dos Profissionais de Propaganda (APP), que deveria ter ampla oportunidade de se manifestar sobre o tema. Ainda assim, a regulação funciona sob perspectiva *poliocular*, critérios de intervenção razoáveis e surge para racionalizar determinadas atividades. A exigência de *Estudos de Impacto Ambiental*, por exemplo, não nasce para obstaculizar ou petrificar toda sorte de atividade que cause danos ambientais, ela considera/concilia vários fatores (*poliocular*), a ver condições econômicas e sociocomunitária. Também atua de forma delimitada, elencando apenas atividades que gerem maiores impactos sobre o bem jurídico que procuram proteger, e não a totalidade dessas atividades. Por último, sua atuação é racional pois ela impele os

<sup>43</sup> EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras da inferência*. São Paulo: Acadêmica Livre, 2013.

<sup>44</sup> OLIVEIRA, Rafael C. R. Intervenção do Estado na Ordem Econômica. In: OLIVEIRA, Rafael C. R. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: GEN, 2019

particulares a pensar em alternativas menos danosas às relações que protegem, não ameaçando a existência do empreendimento per se.

O que a resolução do CONENDA visa é diametralmente oposto a isso, pois considera unilateralmente as necessidades dos bens protegidos, não ponderando, por exemplo, a liberdade profissional e as necessidades econômicas dos publicitários, protegidas por lei e pela constituição. Impede, ainda, toda sorte de atividade, não se importando em diferenciar os riscos que oferecem ao bem jurídico tutelado (crianças e adolescentes) e não instiga a busca por alternativas, premiando, por exemplo, atores que concorram para a mitigação dos danos publicitários. Pelo contrário, asfixia toda sorte de relação comercial que dependa dessa atividade humana e, como agravante, reputa nominalmente todos esses elementos-chave do mister publicitário enquanto formas de abuso. Trata-se de avilte simbólico a todo trabalho intelectual e artístico dispendido por esses profissionais.

Como recorda o economista Bernardo Mueller<sup>45</sup>, no escrito *Why public policies fail, policymaking under complexity*, políticas públicas precisam não só de agentes capacitados e informações do setor que regulamentam, mas sim da compreensão de sistemas complexos que influenciam o objeto de regulação. Essa compreensão não fica estabilizada por grandes períodos, pois atores de forma descentralizada e imprevisível formam estruturas ora concorrenciais ora cooperativas, o que resulta num agir constante de adaptação e um processo essencial de aprendizagem ante as dinâmicas e os problemas enfrentados. O ambiente familiar e o mercado publicitário são exemplos excelentes disso, reconhecendo o regulador que vive em um estado de constante aprendizagem e adaptação. E não deve partir da crença de que dispõe de preconceções suficientes sobre esses contextos. Assim, nada impediria o CONENDA de criar manuais de boas práticas; realizar campanhas de conscientização para ações comunitárias e educacionais, com a proposta de atenuar efeitos psicológicos, como erotização precoce; manter diálogo intersetorial com o próprio CONAR e a APP para formulação de diretrizes éticas; acompanhar a evolução e as necessidades desse mercado; orientar famílias quanto ao monitoramento doméstico do conteúdo consumido pelos menores; e elaborar planos alimentares mais adequados. Em suma, ações que não tentem, muitas vezes sem êxito, isolar crianças e adolescentes de estímulos negativos, mas sim ajudá-los a administrar e internalizar melhor esses elementos, numa espécie de *soft law* persuasiva.

Muitos estudiosos do campo das políticas públicas concordam que a moralidade, enquanto critério altamente subjetivo, não deve ser completamente apartada do ciclo dessas<sup>46</sup>. No entanto, mais do que critérios endógenos e fórmulas abstratas, é preciso lembrar que o acesso às atividades econômicas, em muito obstaculizado por regulações respaldadas prioritariamente em justificativas morais, talvez não considere que “o desenvolvimento civilizatório e o bem da sociedade poderiam coexistir com a liberdade autointeressada dos indivíduos”<sup>47</sup>. Cita-se um estado de contradições, pois, no âmbito do Legislativo, uma grande armadilha posta consiste em compreender particulares como seres absolutamente racionais (*homo economicus*), isentos de considerar aspectos de tipo ético e emocional no repertório de suas decisões. O âmbito produtor ou executor de políticas públicas, a quem caberia controlar o ímpeto dos jurisdicionados, de igual modo, não deve ser tomado como ambiente despido desses juízos de moralidade, nem mesmo como um ambiente predominantemente benevolente. Conforme lição James M. Buchanan<sup>48</sup>, em *The Calculus of Consent*,

<sup>45</sup> MUELLER, B. Why public policies fail: Policymaking under complexity. *Revista Economia da ANPEC*, v. 21, p. 311-323, 2020.

<sup>46</sup> A esse respeito, vê-se: LELIS, Davi A. S.; COSTA, Lorena V. *Julgamento moral: economia e políticas públicas*. Revista Jurídica da Presidência, v. 18, p. 119-144, 2016.

<sup>47</sup> VARGAS, J. *A economia e a filosofia moral de Adam Smith: uma abordagem integral de seus escritos*. História Econômica & História de Empresas (ABPHE), v. 18, p. 487-511, 2016.

<sup>48</sup> BUCHANAN, J.; GORDON, T. *The calculus of consent*. Vol. 3. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.

não deveríamos presumir vivermos num ambiente público marcado pela reunião de déspotas benevolentes prontos a determinar as direções sociais do bem-comum. A rigor, compete a nós assumir uma postura investigativa, que seja capaz de identificar as reais motivações do ambiente em que são produzidas as políticas econômicas.

É vital compreender que nem todo o vácuo regulatório é sinal de fraqueza ou abandono institucional. Existem limitações no capital humano, na capacidade fiscalizatória e nas questões de inteligência organizacional que impedem que todo problema social possa ser digno de destaque na *formação das agendas de política pública*. Isso porque as políticas públicas são manifestações da atuação governamental à luz dos grandes problemas<sup>49</sup>. De tal modo, é preciso revisar as justificativas interventivas e, em última análise, se os dirigismos e as normatizações partem de reivindicações orgânicas ou por motivações parlamentares originárias de *políticas públicas de gabinete* ou de *sala de reunião*<sup>50</sup>. Almeida<sup>51</sup>, por seu turno, lembra que integra a realidade dos Estados-modernos saber diferenciar políticas institucionais de fato necessárias daquelas cujo controle pode se dar no bojo da sociedade (autorregulação), devendo-se evitar um estado de coisas em que governantes “ostentam políticas públicas para todo e cada um dos setores da vida moderna que é possível imaginar”, evitando-se resposta que se resumam em intervenções públicas. Não se faz necessária a ruptura entre as dimensões comerciais e morais, mas é preciso admitir que a realização dessas últimas, tal qual a satisfação comunitária, não é suficientemente alcançada mediante relações abstratas e compreensões morais apriorísticas, particularmente aquelas advindas do meio parlamentar ou da administração. Debate que aprofundamos a seguir.

#### **4. Controle da Radiodifusão Público-Privada: Pretexto de Resguardo do Interesse Público e da Identidade Nacional**

Decerto, uma das principais preocupações vistas na assembleia constituinte compreendeu o resguardo da liberdade da comunicação social. Apontava-se verdadeiro substrato político para a formulação de normas inaugurais desse novo direito à comunicação social, tais como a vedação a toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. Destaque também para a plena liberdade de informação jornalística, não importando o veículo de comunicação. Buscava-se, assim, reagir historicamente aos desmandos contra as liberdades individuais havidas no curso do período militar. A comunicação social surge sob essa conjunção de direitos negativos, isto é, daqueles que limitam a atuação do Estado e suas investidas contra a autonomia individual. Em uma interpretação sistêmica, o direito à comunicação se porta como variante da liberdade de expressão e condição necessária para o reconhecimento de expressões culturais e modos de vida, posto que o processo comunicativo – seja lá qual for a acepção adotada – importa para a construção e compreensão de uma dada cultura.

No entanto, o poder constituinte se orientou por uma postura dúbia, na medida em que, a depender da modalidade, nossa Lei Maior reforça ou restringe a liberdade de comunicação. No caso dos meios de comunicação impressos, de plano, expurgou-se o fantasma dos antigos censores, porém se instaurou um sistema rígido e complexo de concessões e autorizações para os serviços de radiodifusão. Desse modo, desde a origem, não se dispensa a chancela estatal para os veículos de informação que compreendam som e imagem. Não só isso, concedeu-se ao Parlamento o controle dessa área, sob a égide do *princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal*.

<sup>49</sup> MEAD, L. M. *Public Policy: Vision, Potential, Limits*. Policy Currents, Washington, v.16, n.5, p. 1-4, fevereiro.1995.

<sup>50</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2º Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014

<sup>51</sup> ALMEIDA, P. R. *Volta ao Mundo em 25 ensaios: relações internacionais e economia mundial*. Seattle: Amazon, 2018.



No domínio da teoria constitucional, não se nega que o poder constituinte originário seja capaz de instituir a livre manifestação do pensamento enquanto regra e, ali mesmo, na própria assembleia constituinte, restringi-la. Porém, o alvo aqui não diz respeito à validade da norma, mas sim a sua pertinência (postura *zetética*).

Considerados os trabalhos da *Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação*, os primeiros esboços regulatórios revelam preocupação com o que se intitulou *autonomia tecnológica e cultural da nação*, o que compreendia a preferência por produtos nacionais no âmbito da administração e a sujeição a mecanismos de controle tecnológico estatal. Nesses primeiros registros textuais, a necessidade de concessões para a exploração de serviços de radiodifusão aparecera como constante. A relatora dessa subcomissão foi a jornalista e política Cristina Tavares. Ao tratar de políticas democráticas de comunicação, em seu discurso, a parlamentar adotou um tom enaltecendor com relação à diversidade das mídias. São palavras dela: “quanto mais amplos, diversificados, plurais forem os meios e as tecnologias, maior será a quantidade, logo o valor, da informação socialmente produzida e recebida [...] as alternativas para as decisões sociais”<sup>52</sup>. No introito de sua declaração, clamava pela difusão de grupos e fontes de informação, o que, para ela, define-se como condição essencial para que sejam tomadas decisões públicas e privadas mais equânimes. Assim, no campo das ideias, associava-se democracia com multiplicidade dos meios de comunicação, sem desconsiderar a condução pública ostensiva dessa atividade.

O desenho de concessões que acabou sendo aprovado compreende preocupações de ordem procedimental, centrado em prazos e quóruns que é, mas possibilita um amplo leque de fundamentações e argumentos ao Congresso Nacional para negar ou não renovar concessões. A ausência de limites com relação aos conteúdos alcançados pelo sistema de concessões, acompanhada da falta de controle judicial, pode dar azo a valores não tão democráticos, tais quais a inviabilização de determinados veículos por meros dissídios políticos, a manutenção de mercados já estabelecidos, inconformidades pessoais dos líderes políticos com os conteúdos transmitidos etc. Eis o primeiro caminho regulatório temerário. A falta de conteúdo específico acarreta carência de informações e requisitos para as concessões com os quais o empreendedor necessita lidar e sobre os quais tende a especular. A instituição, assim, transforma-se num agente incapaz de proporcionar segurança e previsibilidade aos empreendedores. Nenhum desenho legislativo fora firmado para determinar o que teóricos dos direitos fundamentais nomeiam de *limites dos limites* (*Schranken-Schranken*), isto é, não há lei que expresse critérios técnicos para precisar as diretrizes usadas pelo Legislativo para negar concessão a empreendedores desse setor.

Num primeiro instante, o constituinte se preocupou com esse cenário de incertezas. Tanto o é que o anteprojeto Afonso Arinos parecia priorizar conceitos claros em relação a infrações, sentenças fundamentadas, revisões judiciais e o direito à renovação da concessão mediante procedimentos menos extenuantes. Ou seja, nas suas balizas regulatórias, em termos de segurança jurídica e flexibilidade institucional, o desenho da Constituição se mostrava mais amistoso e cercado de refúgios à discricionariedade parlamentar, o que levava a um mercado mais aberto na radiodifusão. Entrementes, esse capítulo da constituição preservou estrutura repleta de definições genéricas, como “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”, além de limar a atuação do Judiciário para avaliar justa causa nas (não) renovações – salvo nos casos em que a concessão é revogada fora do prazo de 10 anos.

Esse sistema truncado de concessões dificulta, e muito, a inclusão de novos agentes no mercado televisivo, o que afeta a lógica da maior competição e, portanto, da maior oferta de

<sup>52</sup> SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES. Secretaria de Anais. *Assembleia Nacional Constituinte - 20 anos: Atas da Subcomissão de Ciência e Tecnologia e da Comunicação*. Brasília, 2008.

serviços para o consumidor final. Trata-se de *captura regulatória* (*capture theory*), que suscita a formação de grupos de interesse entre os principais concentradores de mídia e os parlamentares que oferecem a eles sua chancela. Isso leva ao desvirtuamento das funções constitucionais, uma vez que o beneplácito político não se dá pelo critério da ampliação dos interesses do grande público, mas sim para maximizar os ganhos de agentes já estabelecidos no mercado – riscos descritos por George Stigler<sup>53</sup>.

Há de se destacar que o contrassenso se reforça quando os próprios parlamentares são proprietários desses serviços. Ericson Meister Scorsim<sup>54</sup>, expoente na área do Direito à Comunicação, defende ferrenhamente a substituição desse rígido desenho de concessões públicas por um regime simplificado de autorizações administrativas. Em sua tese, defende que a politização excessiva e a confusão entre serviços públicos e serviços comerciais sob o crivo do Poder Público, na regência do controle das concessões, resulta num sistema abusivo de *reservas de mercado*. Desses aportes, fica prejudicado o dito interesse público da comunicação social, seja no sentido milliano (*abordagem utilitarista*), relativo à soma de projeções e interações entre fornecedores de mídias, reguladores e consumidores finais, que leve ao bem-estar geral desses agentes, seja na noção de interesse público delimitada pelos objetivos constitucionais concernentes ao processo comunicacional e à reação ao dirigismo cultural, aos censores e às abordagens repressivas havidas nas décadas de 1960 e 1970.

Por fim, em termos de política públicas, outra questão importante consiste na necessária *atualização de determinados sentidos constitucionais*. Com a evolução tecnológica, certas justificativas para tratamento diferenciado entre veículos impressos e de radiodifusão, como “escassez de espaço no espectro eletromagnético”<sup>55</sup>, perderam a pertinência. Ora, o processo de digitalização e os mecanismos tecnológicos, que proporcionam a ampliação da capacidade de armazenamento e compactação de conteúdos transmitidos, relativizam sobremaneira a dita escassez de bens que, em tese, justificaria o poderio da União sobre esses bens e, por via de consequência, alguns fundamentos para o sistema de delegação. É o caso do entabulamento de preferências com relação às finalidades das comunicações educativas, artísticas, culturais e informativas, já que a tecnologia atual permite a ampla coexistência desses domínios com aqueles de mero entretenimento. A evolução dos sistemas analógicos para digitais pode não importar em perda de identidade jurídica, mas certamente enfraquece o argumento de diferenciações por escassez de recursos tecnológicos. Convém, outrossim, abordá-los à luz de outro paradigma constitucional, o resguardo à identidade nacional, também redefinido pela evolução tecnológica pós-constituição.

O resguardo da identidade nacional consiste numa pauta louvável, porém esses esforços são projetados de maneira artificial e estática em políticas públicas de salas de reunião. Até existe racionalidade técnica nelas, mas o fato é que contam com pouquíssimos debatedores. Nesse cenário, deveria prevalecer, antes, a participação de movimentos populares marcados pela espontaneidade e, aludindo-se à ideia de *volksgeist* de Savigny<sup>56</sup>, “nas forças silenciosas e não no arbítrio do legislador”. Kornai<sup>57</sup>, por exemplo, estuda a ameaça de extinção de alguns idiomas em virtude do avanço da linguagem digital. Ele analisa o caso da Islândia, país em que crianças e adolescentes, sob a forte influência de anglicismos, acabam utilizando, de forma cada vez mais

<sup>53</sup> STIGLER, G. J. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economic and Management Science*, New York, v. 2, n. 1, p. 1-21, Spring 1971.

<sup>54</sup> SCORSIM, Ericson Meister. *Estatuto dos serviços de televisão por radiodifusão*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007

<sup>55</sup> SARMENTO, D. Comentário ao art. 220. In: MENDES, G. F.; CANOTILHO, J. J. G.; SARLET, I. W.; STRECK L. L. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva; 2013, p. 2034-2042., p. 2041

<sup>56</sup> SAVIGNY, F. K. von. *System of the modern roman law*, Vol. 1. New York: Hyperion Press, 1980. Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence. Clark, NJ: The Lawbook Exchange, 2002.

<sup>57</sup> KORNAI, A. Digital Language Death, *PLOS ONE: Public Library of Science*, v. 8, n. 10, e. 77.056. 2013.

escassa, as terminologias próprias de sua nação. Isso se dá pela baixa disponibilidade de informações digitais em Islandês, o que leva os indivíduos imersos nesse ambiente a perder gradativamente o contato com o idioma nacional.

Em relação ao cenário Islandês ainda, pode-se afirmar que regulações que proibissem ou fixassem regras tarifárias para divulgação de informações com o nobre objetivo de preservar a identidade nacional, seja no meio digital, seja nos serviços de radiodifusão, poderiam acabar obstando prerrogativas fundamentais, como liberdade de informação e expressão. O que geraria óbices inclusive econômicos, uma vez que se limitaria o manancial de dados a um universo amostral reduzidíssimo, desencorajando as inovações. Outro caminho político compreenderia os programas de subvenção. Investir-se-ia alto na produção de conteúdo interno, em mecanismos eficientes de tradução, programas de educação infantil etc. E isso poderia custar caro, na medida em que se faz necessário fazer frente à massiva quantidade de informações já disponíveis em inglês.

Nos casos em que o regulador tem como objetivo estimular o contato entre nacionais e conteúdos de mesma procedência geográfica, há três caminhos regulatórios básicos, que ordenamos a seguir de acordo com o grau de intervenção. A *quotização da oferta*, em que a dita identidade nacional é preservada pela inserção artificializada de conteúdos nacionais no catálogo audiovisual de uma determinada empresa, fixando-se quota mínima para produção de conteúdo nacional. A *fomentação econômica e as práticas de subvenção*, que, no lugar de exercer controle artificial da oferta, opta pela tributação – tributações que têm dupla função, subvencionar a produção nacional, financiando-a diretamente ou por meio de *bureau* governamental (*v.g.* ANCINE), e dar lugar ao conceito de *Gestaltungswirkung*, que ressalva o papel do tributo de incentivar hábitos econômicos bem quistos pelo Poder Público. Por fim, a *premiação com lastro em critérios prévios*, capaz de abrandar os ônus financeiros, tributários e/ou regulatórios previamente estabelecidos em benefício daqueles que invistam na identidade nacional.

Dados projetos de lei, vide 57/2018, baseiam-se na compreensão prévia da *competição destrutiva* entre operações audiovisuais internacionais e nacionais, fenômeno que configura uma falha de mercado, geradora de efeitos adversos que fogem ao campo dos competidores e prejudicam relações de emprego e setores sociais<sup>58</sup>. Eis um problema fundamental para os formuladores de políticas públicas cercados de informações imperfeitas: é difícil distinguir o quanto a preferência por consumo audiovisual estrangeiro resulta do maior potencial econômico dos produtores internacionais. Assim, torna-se tarefa complexa diferenciar o cenário de competição destrutiva da simples preferência intertemporal do consumidor. De outro modo, há relação predatória de mercado dignas de “correção legislativa” ou existem demandas reprimidas por conteúdos outros além daqueles produzidos em âmbito nacional? Ainda mais quando consideramos os conteúdos disponibilizados por novos meios de distribuição e mediante facilitação do acesso a outras mídias.

Além disso, definir um catálogo com quotas de conteúdo nacional pode implicar uma série de repasses para o consumidor final e, conseqüentemente, o encarecimento dos serviços. Isso corresponderia a uma forma de redução de acesso a conteúdos, que, diga-se, afeta não apenas o entretenimento, mas a comunicação social de modo amplo. A não diferenciação entre a natureza do serviço, colocando *streamings* e conteúdos *on demand* no mesmo plano da TV a cabo, agrava a situação, dado o reaproveitamento irrefletido de normas que não funcionariam com eficiência para novas modalidades. Esse processo de aproveitar regulações antigas de veículos de mídia para, de imediato, aplicá-las aos serviços relacionados às novas modalidades audiovisuais, ignorando suas especificidades conceituais e tecnológicas, pode resultar simplesmente na inexequibilidade do novo

<sup>58</sup> A esse respeito: UTTON, M.A. *The Economics of Regulating Industry*, Oxford, Blackwell, 243 p., 1986.

normado, num processo que designamos como *reciclagem regulatória*. Lembre-se que essas distinções já eram sinalizadas em análises efetivadas na década 1990. Eis um excerto sobre o tema:

Enquanto a TV fornecia uma espécie de espírito coletivo para toda a gente, mas sem qualquer contribuição individual, os computadores eram espíritos privados sem contribuições coletivas. A convergência de ambos oferece uma possibilidade nova, sem precedentes: a de ligar indivíduos com as suas necessidades pessoais e mentes coletivas. Esta nova situação é profundamente criadora de novos poderes; tem repercussões sociais, políticas e econômicas. **Ir**á acelerar as mudanças e adaptações na cena geopolítica assim como na sensibilidade privada de todos. **Trará** novas formas de consciência e exercerá pressões sobre os sistemas educacionais para que estes aprendam a lidar com a mudança. Apanhará muitos mercados de surpresa.<sup>59</sup>

No âmbito desses serviços digitais, por exemplo, a razão entre produção nacional e estrangeira seria constantemente atualizada com a inserção regular de novos conteúdos. Tal cálculo poderia ser inviável, tanto para efeitos de fiscalização quanto do cumprimento da regulação em plataformas *on demand*. Esse é o caso do *YouTube*, plataforma de compartilhamento de vídeos que recebe mais de 500 horas de conteúdo por minuto. Verifica-se ainda constante mobilidade no catálogo dos serviços de streaming, não tão acentuada em termos quantitativos, mas qualitativos. Loureiro<sup>60</sup> enxerga fatores como preferências nacionais e regionais, que são compiladas e processadas por esse serviço a fim de prover conteúdos que correspondam melhor às peculiaridades de cada perfil geográfico de consumidor. Além disso, aborda o campo do Direito Autoral, pois as relações contratuais tendem a contemplar determinadas regiões em detrimentos de outras. Essa relação fica mais complicada na medida em que ambos os tipos serviços precisam se adaptar às preferências intertemporais de seu público, no provimento constante de soluções e no monitoramento regular da relação do público com sua grade de programação<sup>61</sup>. E isso, por óbvio, recrudescerá ainda mais a mobilidade e a dificuldade de ajustar a proporção de quotas.

Afora que, conforme observa Scott Minehane<sup>62</sup>, as mídias digitais são afetadas por outras dinâmicas. A contínua expansão de conteúdos digitais gera políticas de restrições a esses conteúdos cada vez mais inexecutáveis. Por exemplo, é cada vez mais impraticável prevenir danos particulares por conteúdos enganosos ou ofensivos. É de se anotar que se essa lógica já dificulta a detecção de casos extremos (conteúdo abusivo, criminoso, pornográfico etc.). Mais complicado ainda seria neutralizar ou diminuir a incidência de influências de culturas externas. Por mais que algoritmos possam quantificar ou sinalizar conteúdos indesejáveis, sua habilidade é ainda limitada e depende de um capital humano que se mostra insuficiente para revisar ou referendar suas decisões. E isso, conforme propomos, deve ser observado no processo de avaliação de cumprimento das decisões administrativas e judiciais pela remoção, modificação e restrição de conteúdo, especialmente quando considerada a responsabilidade subsidiária dos provedores.

Isso sequer garante a geração de novos empregos, como pretende o legislador, pois os serviços de produção sob demanda e de *streaming*, sob a exigência legislativa única de haver proporcionalidade no catálogo, são capazes de atender essa política com a simples aquisição de direitos autorais de operações audiovisuais já concretizadas e, obviamente, para atingir esse propósito, dispõem de todos os incentivos na aquisição de conteúdos mais baratos, deixando de

<sup>59</sup> KERCKHOVE, Derrick. *A Pele da Cultura*. Lisboa: Relógio D'Água, 1997

<sup>60</sup> LOUREIRO, J. J. S. *Com a Netflix, você tem o controle: o perfil do consumidor na Região Metropolitana de Belém: As novas formas de assistir TV e cinema*. 2016. 119 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Comunicação Social) – Faculdade de Comunicação, Universidade Federal do Pará, Belém.

<sup>61</sup> LOUREIRO, J. J. S. *Com a Netflix, você tem o controle: o perfil do consumidor na Região Metropolitana de Belém: As novas formas de assistir TV e cinema*. 2016. 119 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Comunicação Social) – Faculdade de Comunicação, Universidade Federal do Pará, Belém

<sup>62</sup> MINEHANE, S. W. *The Challenge of Managing Digital Content*. International Training on Emerging Broadcasting (ITU-TRAI) *Regulatory Roundtable*, v. 21-22. New. Delhi, India. 2017.

apostar na qualidade e de incentivar a procura por produções nacionais. Nem mesmo garante espaço às atrações regionais, criadas para além dos grandes polos geográficos e que concentram as principais produtoras nacionais. Nisso, como resposta institucional, esperar-se-ia espiral regulatória cada vez mais densa e cerceadora, capaz de analisar os tipos de produção e as regiões em que têm origem ou são contratadas. Modelo esse que se aproxima da *asfixia regulatória* reportada na seção anterior.

Outros dois riscos econômicos e políticos dizem respeito à *fuga regulatória* e às diferentes resistências afetas aos agentes econômicos. Sabe-se que as normas podem se portar como barreiras de entrada para empresas de menor porte, pois nem todos os agentes econômicos possuem as mesmas condições de assumi-las. E alguns deles, em razão dos recursos de que dispõem, acabam por gerir melhor seus custos de implementação, enquanto agentes com menor capacidade orçamentária sucumbem. Depreende-se desse quadro que a regulação setorial, sem as justas técnicas de diferenciação, opera como *barreira à entrada*, embaraçando “o surgimento [ou mesmo a sobrevivência] de concorrência, protegendo a dominação de um setor da economia para as empresas já atuantes que já possuem uma articulação política e o poder econômico”<sup>63</sup>.

Não só isso. Outra distinção compreende o fator assistência jurídica. Empresas de maior porte possuem melhor assessoria, não só para judicializar e remediar os danos causados pelas regulações como para buscar soluções jurídicas criativas capazes de contornar efeitos adversos do texto legal sem incorrer em seu descumprimento. Tem-se a “economia do compartilhamento, [que consiste em] se colocar em ‘zonas cinzentas’ para o Direito, para contornar institutos e regimes jurídicos” ou ainda o uso de “um conjunto de estratégias eficientes para evadir a responsabilidade em litígios”<sup>64</sup>. Cenário que grande parte da literatura intitula de *fugas regulatórias*<sup>65</sup>. Por isso é preciso trazer à tona um sentido constitucional muitas vezes esquecido, o do tratamento jurídico diferenciado a empresas de pequeno porte. E isso vai muito além do tratamento tributário do Simples Nacional, posto que a própria Constituição fala em obrigações administrativas e nelas estão compreendidas eventuais intervenções na ordem econômica.

Outro fator para o qual poucos se atentam é que os consumidores dessas plataformas aderem também a estratégias de fugas regulatórias. Nos serviços em apreço, tem-se que o meio digital dispõe de mecanismos – como o VPN (*Virtual Private Network*) –, que permitem a uma pessoa fisicamente localizada em uma determinada jurisdição acessar ou mesmo contratar provedores de outras nações, como se lá estivessem. E isso viabiliza a fuga dos próprios nacionais de restrições jurídicas internas, como direitos autorais e interferências públicas na composição dos conteúdos cinematográficos, embaraçando a eficácia da legislação. Ainda assim, é preciso considerar que essas políticas públicas são capazes de gerar efeitos reflexos ou ricochetes, pois não podem afetar só a atividade econômica regulada, mas outras que dela dependam ou lhe são subjacentes. É válido lembrar, por exemplo, o fluxo da produção de conteúdo. Ele faz com que haja paratextos midiáticos, isto é, elementos e produtos criados a partir da obra cinematográfica (cartazes, livros, colecionáveis).

As novas plataformas operam numa complexa rede contratual de relações com seu financiadores. Como exemplo, mencionamos os “(*super*)chats”, por meio dos quais usuários e empresas realizam transações, que contemplam doações em troca de prêmios e divulgações.

<sup>63</sup> VIEIRA, P. G. L. *Barreira à Entrada Regulatória e o Cooperativismo de Crédito no Brasil*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Faculdade de Direito Mackenzie, p. 24.

<sup>64</sup> COHEN, Julie E. *Law for the Platform Economy*. University of California Davis Law Review, v. 51, n. 1, nov. 2017, pp. 133-204.

<sup>65</sup> GUIMARÃES, Sophia. *A inovação nos serviços de transporte rodoviário*. 2020. xi, 223 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2020.



Verifica-se também nesses chats direcionamentos de conteúdo realizados ao vivo, numa interação complexa entre vários agentes econômicos e modos de financiamento. São mobilizados, ademais, outros serviços audiovisuais para sua atividade-fim, como de edição, sonoplastia, cenografia, além de rede, em que os publicitários não contratam diretamente os canais, mas são definidos de acordo com os algoritmos da plataforma, em relações de *sponsoring* que podem ser bastante suscetíveis a intervenções. Com isso em mente, o produtor de políticas públicas de mídias precisa se ater ao fato de que deve não só monitorar os efeitos adversos na atividade regulada em si, mas em toda a cadeia de prestações a ela conexas, numa espécie de *monitoramento sistêmico* que analise as diferentes suscetibilidades de agentes e serviços que têm no objeto regulado um epicentro mercantil.

## 5. Considerações Finais

Transcorrida a pesquisa, consideramos que esse texto deva ser interpretado conforme Ronald Dworking retratava as sentenças judiciais de sua época, ou seja, uma espécie de romance em cadeia, que só ganha sentido na medida em que é continuado por outros juristas e pesquisadores. Tratamos aqui da análise da neutralidade não para colocar fim na discussão sobre sua pertinência, mas com o intuito de sinalizar cuidados *juseconômicos* passíveis de serem adotados nas regulações do setor de tecnologia e das telecomunicações e, guardadas as devidas proporções de natureza e atendo-se aos riscos da indução, também a outros campos. Afirmou-se a importância de o estado regulador estar atento a fatores como identificação precisa da falha de mercado, que pretende atenuar, e às possíveis supressões de tecnologias e inovações posteriores. Percebemos a relevância do regulador quando procura caminhos alternativos, para além dos juízos proibitivos, do comando e controle e das opções binárias de escolha.

Em seguida, identificou-se haver espaço para o julgamento moral e ideológico na formação de agendas e formulação de políticas públicas, sobretudo em pautas como publicidade infantil. Entendemos ser desnecessário o distanciamento entre esses juízos e as questões técnicas e, ao mesmo tempo, apontamos a pertinência de se considerar as modulações ético-comunitárias, que cada espaço e tempo particulares assumem. E que os juízos técnico-científicos devem ser fundamentados mediante admissão de hipóteses rivais e análise (antecipação) de seus efeitos na realidade empírica. Cabe acrescentar que o perfeito exemplo de *asfixia regulatória* causada nessa área inspira cuidados para que futuros modelos contemplem o combate às condutas empresariais abusivas e se vejam comprometidos com a liberdade de expressão e o exercício profissional desse setor.

No fecho de nossa reflexão teórico-propositiva, analisamos o sistema de concessões públicas de radiodifusão e o estabelecimento de quotas televisivas para resguardo, respectivamente, do interesse público e da identidade nacional. Notou-se que essas intenções reveladas pelo constituinte e seguidas pelos reguladores deve passar por reavaliação de modo a evitar problemas como *capturas* e *fugas regulatórias*, *reservas de mercado* e riscos às atividades econômicas adjacentes. Nossa pesquisa conclui ser desnecessária a continuidade de uma postura maniqueísta, que oponha total desregulação e ubiquidade do poder público. Em lugar disso, deve-se investir numa ótica regulatória racional e que revise, a todo instante, seus fatores fundacionais, rumo a um estado de coisas que consiga coligar o bem-estar das atividades econômicas e os interesses da direção do Estado.

## 6. Referências

- ALCANTARA, R. C. Análise de políticas de neutralidade de rede e seus impactos. *O Eco da Graduação*, v. 2, p. 63-73, 2017.
- ALLIANCE, N. G. M. N. Description of network slicing concept. *NGMN 5G P*, v. 1, 2016.
- ALMEIDA, P. R. *Volta ao Mundo em 25 ensaios: relações internacionais e economia mundial*. Seattle: Amazon, 2018.
- ARANHA, M. I. *Políticas públicas comparadas de telecomunicações (Brasil-EUA)*. 2005. 223 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Ciências Sociais, Centro de Pesquisa e Pós-Graduação Sobre as Américas, Universidade de Brasília, Brasília.
- ASSUMPÇÃO-RODRIGUES, M.M.; Netto, J.V.R. Flexibilidade das instituições e qualidade da democracia: sobre a construção de conceitos historicamente orientados. *CONFINS (PARIS)*, v. 39, p. 01-10, 2019
- BECKER, G. S.; CARLTON, D. W.; SIDER, H. S. Net Neutrality and consumer welfare. *Journal of Competition Law And Economics*, v. 6, n. 3, p.497-519, 1 set. 2010.
- BRITTO, T. A. *Network Neutrality: Two-sided markets, antitrust and regulation*. 2018. 332 f. Dissertação (Doutorado) – Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Gestão de Políticas Públicas, Universidade de Brasília, Brasília.
- BUCHANAN, J.; GORDON, T. *The calculus of consent*. V. 3. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.
- CLAFFY, K.; CLARK, D. Platform Models for Sustainable Internet Regulation. *Journal Of Information Policy*, v. 4, p.463-488, 2014.
- COHEN, Julie E. Law for the Platform Economy. *University of California Davis Law Review*, v. 51, n. 1, nov. 2017, pp. 133-204.
- CORTINA, A.; MARTINEZ, E. *Ética*. São Paulo: Loyola, 2005.
- COSTA, M. I. L.; MENDES, M. L. G. C. A publicidade como ferramenta de consumo: uma reflexão sobre a produção de necessidades. *BOCC. Biblioteca On-line de Ciências da Comunicação*, v. -, p. 01-10, 2012.
- CRAWFORD, S. P. Network Rules. *School of Law Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies*, v.1 n. 159, 2006, 21p.
- DE WAAL, C. *Sobre pragmatismo*. Trad. Cassiano Terra. São Paulo: Loyola, 2007.
- DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e hipervulneráveis: limitar, proibir ou regular? *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 99. ano 24. p. 285-305. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.
- DONIDA, B.; SILVA, K. C.; SANTOS, V. M. Publicidade infantil: proibir é a solução?. *In: Cabestre, S. A.; Almeida; L. B. C.; Santos, V. M. (Org.). Comunicação, Mídia e Sociedade: reflexões teóricas e práticas*. 1ª ed. Bauru: Canal 6, 2013, v. 1, p. 303-317.

- EAGLETON, T. *Ideologia: uma introdução*. São Paulo: Editora Boitempo-UNESP, 1997.
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras da inferência*. São Paulo: Acadêmica Livre, 2013.
- FONSECA, I. F.; BURSZTYN, M.; MOURA, A. M. M; Technical knowledge, public policy and participation: the case of the National Council on the Environment. *Revista Sociologia Política*. [online]. 2012, vol.20, n.42 [cited 2021-02-28], pp.183-198.
- GANS, J. S. Weak versus strong net neutrality. *Journal of Regulatory Economics*, v. 47, n. 2, p. 183-200, dez. 2014.
- GÓIS, V. S. Direitos Constitucionais e Comunicação Social: algumas considerações sobre o Conselho Federal de Jornalismo. *Estudos em Jornalismo e Mídia (UFSC)*, Florianópolis, UFSC, v. 2, n.2, p. 181-185, 2005.
- GOMES, A. Neutralidade da Rede: questões atuais e futuras em debate. *Internet Lab: pesquisa em Direito e Tecnologia*. 2019.
- GUIMARÃES, Sophia. *A inovação nos serviços de transporte rodoviário*. 2020. xi, 223 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2020.
- HARTUNG, P. A. D.; KARAGEORGIADIS, E. V. A regulação da publicidade de alimentos e bebidas não alcoólicas para crianças no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, v.7, n.3, 2017.
- HAYEK, F.A. The use of knowledge in society. *The American Economic Review*, Vol. 35, n. 4, sep, p. 519-530, 1945.
- IGLESIAS, F.; CALDAS, L. S.; LEMOS, S. M. S. Publicidade infantil: uma análise de táticas persuasivas na TV aberta. *Psicologia Social*, Belo Horizonte, v. 25, n. 1, p. 134-141, 2013.
- KERCKHOVE, Derrick. *A Pele da Cultura*. Lisboa: Relógio D' Água, 1997
- KORNAL, A. Digital Language Death, *PLOS ONE: Public Library of Science*, v. 8, n: 10, e. 77.056. 2013.
- LELIS, Davi A. S.; COSTA, Lorena V. Julgamento moral: economia e políticas públicas. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 18, p. 119-144, 2016.
- LOUREIRO, J. J. S. *Com a Netflix, você tem o controle – o perfil do consumidor na Região Metropolitana de Belém: As novas formas de assistir TV e cinema*. 2016. 119 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Comunicação Social) – Faculdade de Comunicação, Universidade Federal do Pará, Belém.
- MEAD, L. M. *Public Policy: Vision, Potential, Limits*. Policy Currents, Washington, v.16, n.5, p. 1-4, fevereiro.1995.
- MINEHANE, S. W. The Challenge of Managing Digital Content. *International Training on Emerging Broadcasting (ITU-TRAI) Regulatory Roundtable*, 21-22. New. Delhi, India. 2017.
- MUELLER, B. Why public policies fail: Policymaking under complexity. *Revista Economia da ANPEC*, v. 21, p. 311-323, 2020.

- OLIVEIRA, Rafael C. R. Intervenção do Estado na Ordem Econômica. In: OLIVEIRA, Rafael C. R. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: GEN, 2019.
- PINHEIRO, A. P. *Reversibilidade de bens na concessão do serviço telefônico fixo comutado: uma análise crítica na perspectiva da Teoria Responsiva da Regulação*. 2017. 223 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.
- PIRES, J. O.; VASCONCELLOS, L. F. R.; TEIXEIRA, C. P. Neutralidade de rede: a evolução recente do debate. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7. 2009.
- PROJETO CRIANÇA E CONSUMO. *Por que a publicidade faz mal para as crianças*. 2ª. ed. São Paulo: Instituto Alana, 2009. 70p.
- RESENDE, C. C. *Falhas de mercado: uma análise comparativa da escola do setor público tradicional e da escola austríaca*. 2012. 363 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade de Brasília, Brasília.
- SAMPAIO, I. S. V. *Publicidade e infância: uma relação perigosa*. In: VIVARTA, Veet (org.). *Infância e consumo: estudos no campo da comunicação*. Brasília: ANDI; Instituto Alana, 2009.
- SANTOS, M. M. M.; COELHO, M. F. Comportamento infantil e ambiente familiar: percepções dos pais de crianças sobre a propaganda infantil. *Marketing & Tourism Review*, v. 2, p. 1-1, 2017.
- SARMENTO, D. Comentário ao art. 220. In: Mendes, G. F.; Canotilho, J. J. G.; Sarlet, I. W.; Streck L. L. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva; 2013, p. 2034-2042.
- SAVIGNY, F. K. von. System of the modern roman law, Vol. 1. New York: Hyperion Press, 1980. Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence. Clark, NJ: The Lawbook Exchange, 2002.
- SCORSIM, Ericson Meister. *Estatuto dos serviços de televisão por radiodifusão*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007
- SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2º Ed. São Paulo: Cengage Learning. 2014
- SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES. Secretaria de Anais. Assembleia Nacional Constituinte - 20 anos: Atas da Subcomissão de Ciência e Tecnologia e da Comunicação. Brasília, 2008
- SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Companhia das Letras. 1999.
- STIGLER, G. J. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economic and Management Science*, New York, v. 2, n. 1, p. 1-21, Spring 1971.
- STIGLITZ, J. *Whither Socialism?* Cambridge: The MIT Press, 1996.

- TANGERINO, D. P. C.; CABRAL, G.; OLIVE, H. Políticas públicas em suicídio: do paternalismo clássico ao paternalismo libertário e nudging. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.326-367
- TAPSCOTT, D. *A hora da geração digital*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.
- UTTON, M.A. *The Economics of Regulating Industry*. Oxford: Blackwell, 1986. 243p.
- VARGAS, J. A economia e a filosofia moral de Adam Smith: uma abordagem integral de seus escritos. *História Econômica & História de Empresas* (ABPHE), v. 18, p. 487-511, 2016.
- VIEIRA, P. G. L. *Barreira à Entrada Regulatória e o Cooperativismo de Crédito no Brasil*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Faculdade de Direito Mackenzie.
- VOERMANS, W. Modelling the draughtman’s craft: the LEDA-Project Legimatics and legimatica-projects in the Netherlands. In: BIAGIOLI, C.; SARTOR, G.; MERCATALI, P. *Elementi di legimática*. Pádua: CEDAM, 1993.
- WATAL, A. A Co-Regulatory Approach to Reasonable Network Management. *Journal Of Information Policy*, v. 1, p.155-173, 2011.
- WU, T.; GOLDSMITH, J. *Who controls the internet: illusions of a borderless world*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006.
- WU, Tim; YOO, Christopher. *Keeping the Internet Neutral?* Tim Wu and Christopher Yoo Debate. *Federal Communications Law Journal*, v. 59, n. 3, 2007.
- YOO, C. S. Network Neutrality and the Economics of Congestion. *Georgetown Law Journal*. Vanderbilt Law and Economics Research Paper n. 05-28; Vol. 94. 2006.