

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

**DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS
II**

DANIELLE JACON AYRES PINTO

EUDES VITOR BEZERRA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Danielle Jacon Ayres Pinto, Eudes Vitor Bezerra, Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-062-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Governança e novas tecnologias. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS II

Apresentação

O conjunto de pesquisas que são apresentadas neste livro faz parte do Grupo de Trabalho de “DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS II”, ocorrido no âmbito do XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA, realizado entre os dias 27 e 29 de novembro de 2024, na cidade de Brasília, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e que teve como temática central “Um olhar a partir da inovação e das novas tecnologias”.

Os trabalhos expostos e debatidos abordaram de forma geral distintas temáticas atinentes DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS, especialmente relacionadas aos principais desafios que permeiam a tecnologias jurídica, passando pela inteligência artificial, demais meios digitais, também apontando para problemas emergentes e propostas de soluções advindas de pesquisas em nível de pós-graduação, especialmente, Mestrado e Doutorado.

Os artigos apresentados em Brasília trouxeram discussões sobre: Tecnologias aplicáveis aos tribunais, Governança digital e governo digital, Exclusão digital derivando tanto para exclusão social quanto para acesso à justiça, Eleições, desinformação e deepfake, cidades e TICs. Não poderiam faltar artigos sobre privacidade e proteção de dados pessoais, com atenção aos dados sensíveis, consentimento e LGPD, liberdade de expressão, censura em redes sociais, discriminação, uso de sistemas de IA no Poder Judiciário e IA Generativa.

Para além das apresentações dos artigos, as discussões durante o GT foram profícuas com troca de experiências e estudos futuros. Metodologicamente, os artigos buscaram observar fenômenos envolvendo Direito e Tecnologia, sem esquecer dos fundamentos teóricos e, ainda, trazendo aspectos atualíssimos relativos aos riscos que ladeiam as novas tecnologias, destacando os princípios e fundamentos dos direitos fundamentais

Considerando todas essas temáticas relevantes, não pode ser outro senão de satisfação o sentimento que nós coordenadores temos ao apresentar a presente obra. É necessário, igualmente, agradecer imensamente aos pesquisadores que estiveram envolvidos tanto na confecção dos trabalhos quanto nos excelentes debates proporcionados neste Grupo de Trabalho. Por fim, fica o reconhecimento ao CONPEDI pela organização e realização de mais um relevante evento internacional.

A expectativa é de que esta obra possa contribuir com a compreensão dos problemas do cenário contemporâneo, com o a esperança de que as leituras dessas pesquisas ajudem na reflexão do atual caminhar do DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS.

Prof^a. Dr^a. Danielle Jacon Ayres Pinto (UFSC)

Prof. Dr. Eudes Vitor Bezerra (PPGDIR – UFMA)

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva (UFS)

GOVERNANÇA DIGITAL E REGULAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS A PARTIR DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

DIGITAL GOVERNANCE AND REGULATION OF NEW TECHNOLOGIES: CHALLENGES AND PERSPECTIVES FROM THE ECONOMIC FREEDOM LAW

José Luiz de Moura Faleiros Júnior ¹
Luiz Felipe de Freitas Cordeiro ²

Resumo

A evolução das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) trouxe desafios significativos no tocante à inclusão digital e à segurança jurídica. A crescente "divisão digital" não se limita ao acesso desigual à tecnologia, mas também abrange a exclusão de grandes parcelas da sociedade das oportunidades econômicas e sociais geradas por essas inovações. Neste contexto, a Lei da Liberdade Econômica, embora importante para a desburocratização e estímulo à atividade econômica, não deve ser usada como justificativa para o abandono da regulação estatal. Este artigo explora a necessidade de uma abordagem equilibrada entre a liberdade econômica e a regulação, enfatizando o papel crucial da Análise de Impacto Regulatório (AIR) como uma ferramenta para a governança eficaz das novas tecnologias. Além disso, discute-se a necessidade de uma intervenção estatal que assegure que as inovações tecnológicas operem em benefício do bem comum, evitando a concentração de poder nas mãos de poucas grandes corporações. O estudo conclui que a governança de novas tecnologias deve ser colaborativa, flexível e capaz de se adaptar às rápidas mudanças no ambiente digital, garantindo assim um equilíbrio entre inovação e proteção dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Governança digital, Regulação, Liberdade econômica, Análise de impacto regulatório, Cibercidadania

Abstract/Resumen/Résumé

The evolution of Information and Communication Technologies (ICTs) has brought significant challenges concerning digital inclusion and legal security. The growing "digital divide" is not limited to unequal access to technology but also encompasses the exclusion of large segments of society from the economic and social opportunities generated by these innovations. In this context, the Economic Freedom Law, while important for reducing bureaucracy and stimulating economic activity, should not be used as a justification for abandoning state regulation. This article explores the need for a balanced approach between economic freedom and regulation, emphasizing the crucial role of Regulatory Impact Analysis (RIA) as a tool for the effective governance of new technologies. Additionally, it discusses the need for state intervention to ensure that technological innovations operate for

¹ Doutor em Direito Civil pela USP. Advogado. Professor da Faculdade Milton Campos.

² Mestrando em Direito pela Faculdade Milton Campos. Advogado.

the common good, preventing the concentration of power in the hands of a few large corporations. The study concludes that the governance of new technologies must be collaborative, flexible, and able to adapt to the rapid changes in the digital environment, thereby ensuring a balance between innovation and the protection of fundamental rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Digital governance, Regulation, Economic freedom, Regulatory impact analysis, Cyber citizenship

1. INTRODUÇÃO

A evolução das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) trouxe à tona desafios significativos no que diz respeito à equidade no acesso e participação dos cidadãos neste novo cenário digital. A chamada "divisão digital" não se restringe apenas à desigualdade no acesso à tecnologia, mas também reflete a disparidade no acesso às oportunidades de participação na propriedade e gestão dos recursos e benefícios gerados por essa transformação. Esse contexto levanta uma questão central: como o Estado deve atuar para promover a inclusão digital e, ao mesmo tempo, oferecer mecanismos complexos de participação popular a uma população amplamente despreparada para utilizá-los? A insegurança jurídica que emerge dessa situação é substancial.

O cerne desse debate reside em um problema regulatório fundamental no contexto informacional. Lawrence Lessig, renomado teórico do direito, argumenta que a lei adota o conteúdo político da agenda regulatória geral, posicionando o indivíduo no centro de quatro dimensões de regulação: lei, mercado, arquitetura e normas. No entanto, a crítica a essa abordagem otimista aponta para a necessidade de uma imposição hierárquica para que a regulação seja efetiva. A regulação, por definição, é uma força externa que visa conduzir e restringir comportamentos para alcançar determinados objetivos, e, segundo Lessig, essa regulação ideal é alcançada pela articulação otimizada dessas quatro modalidades.

O debate se desenrola em torno da relação entre liberdade econômica e regulação estatal, onde ambos os lados se contrapõem em uma dinâmica de equilíbrio inversamente proporcional. No caso específico do Brasil, essa discussão ganha relevância à luz da edição da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, posteriormente convertida na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, conhecida como “Lei da Liberdade Econômica”. Neste artigo, serão apresentados alguns comentários sobre o tema, com o objetivo de explorar possíveis soluções e caminhos para uma regulação que equilibre a liberdade econômica com a necessária proteção jurídica e social no ambiente digital.

2. SEGURANÇA JURÍDICA E GOVERNANÇA PARA NOVAS TECNOLOGIAS

As tecnologias, habilidades e infraestrutura subjacentes ao crescimento das redes não propiciam condições igualitárias de acesso dos cidadãos às Tecnologias da Informação e Comunicação. Existe um gap, uma “divisão digital”, separando os que têm e os que não têm condições de se inserir nesse novo contexto. Esse “fosso” digital é definido não apenas pela

desigualdade no acesso à tecnologia, mas também pelo acesso desigual às oportunidades de participação na propriedade e gestão das oportunidades geradas nesse novo contexto social e jurídico. Entretanto, nesse exato ponto surge um questionamento essencial: como deve operar o Estado para, ao mesmo tempo, promover a inclusão digital e ofertar mecanismos de participação popular complexos a uma população que, em sua maioria, não está capacitada a utilizá-los? A insegurança jurídica é imensa.

O grande ponto desse questionamento decorre de um problema regulatório no contexto informacional: “Como prática ativista, Lawrence Lessig assume que a lei adota o conteúdo político da agenda regulatória geral a que deve obedecer” (GUTWIRTH; DE HERT; DE SUTTER, 2008, p. 206).

A menção expressa ao nome de Lessig não é despropositada: advém de um contraponto apresentado pelos autores à sua formulação concernente às quatro dimensões de regulação (lei, mercado, arquitetura e normas), cada qual situada em um quadrante, tendo o indivíduo no centro (LESSIG, 2006, p. 234-235).

Trata-se de uma proposta centrada na autodeterminação informacional, que garante ao indivíduo ampla liberdade decisional, em um sistema otimizado ao funcionamento coeso entre as quatro dimensões de proteção estabelecidas. Porém, a crítica válida que é apresentada no contraponto ao otimismo dessa propensão decorre exatamente da necessidade de uma imposição hierárquica para que se opere a regulação:

Por definição, a regulação vem de cima, ou pelo menos de outro lugar. Ela se impõe do lado de fora. O objetivo é conduzir e restringir o comportamento e, de acordo com a perspectiva de Lessig, o comportamento dos atores que fazem o ciberespaço existir. Como consequência, a noção de regulamentação torna impossível pensar nas relações entre o sistema regulatório e o que ele regula em outros termos que não os de conformidade ou ‘aplicação’. Conduzir e orientar o comportamento através da regulação também implica que existe um fim ou um objetivo a ser realizado, a regulação do comportamento sem que um objetivo seja inútil. Lessig vê quatro ferramentas ou modalidades de regulação: leis/direito, normas sociais, mercados e tecnologia (arquitetura ou código). Para ele, a regulação ideal pode ser obtida por uma articulação otimizada dessas modalidades ou por sua sintonia ideal para realizar os fins a serem alcançados. Nessa perspectiva, as quatro modalidades nomeadas devem ser consideradas como instrumentos de regulação e devem aceitar que são fundamentais para ela e seus objetivos. Com certeza, isso não será evidente, mas Lessig, vendo alguns problemas possíveis, também vê respostas possíveis. No entanto, para ele os problemas estão nas modalidades e não no próprio regulamento (GUTWIRTH; DE HERT; DE SUTTER, 2008, p. 215).

O debate acaba se vertendo à balança composta de liberdade econômica e regulação estatal. Cada lado se contra-equilibra em grandezas inversamente proporcionais e acabam por se resumir à maior ou menor presença do Estado em determinadas atividades, ou, no caso das

dimensões propugnadas por Lessig, da presença estatal em relação à regulação jurídica, econômica, social e da arquitetura das redes.

Para a realidade brasileira, este tema ganha relevância em razão da recente edição da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, posteriormente convertida na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, com a alcunha de “Lei da Liberdade Econômica”.

Sobre o tema, alguns breves comentários serão apresentados para que soluções possam ser adequadamente vislumbradas.

2.1. LIBERDADE ECONÔMICA E INOVAÇÃO

Em 30 de abril de 2019, foi publicada a Medida Provisória nº 881, que estabeleceu a “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, contendo “normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador.” A norma foi convertida em lei no dia 20 de setembro de 2019, como se disse, resultando na Lei nº 13.874.

Referido ato normativo, além de conter uma longa série de princípios e conceitos, estabeleceu o seguinte:

Art. 4º. É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

(...)

IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco.

Para além da preocupação com o movimento de contraste entre regulação e inovação pública – que é fruto do labor acadêmico do mesmo grupo que encabeçou as pesquisas que culminaram na reforma de 2018 à LINDB (MARTINS; VIAL, 2019) –, tem-se uma completa inversão do escopo protetivo delineado a partir da incidência dos vetores constitucionais sobre as relações privadas (DUQUE, 2013, p. 414), também difundida sob a denominação de eficácia em relação a terceiros, ou de *Drittwirkung*, em alemão, que, embora não pretenda “exigir” os resultados justos, abre espaço para a operacionalização de confluências e entrelaçamentos do direito público com o direito privado.

Segundo Marçal Justen Filho, que analisa o artigo 1º da nova lei, o novo conjunto normativo é composto “de normas de *sobredireito*, na acepção de que não se destinam a

disciplinar diretamente as condutas intersubjetivas dos sujeitos de direito, mas a dispor sobre as relações entre as próprias normas jurídicas” (JUSTEN FILHO, 2019, p. 20).

Pelo fato de a lei versar sobre regras relativas à atividade econômica em sentido estrito, não se aplica, em princípio, aos serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição da República.¹ Porém, os impactos da ‘liberdade econômica’ reverberam consequências também sobre as atividades estatais, especialmente a se considerar o poder de polícia², com especiais delineamentos no campo do direito econômico, com destaque para o artigo 170 da Constituição da República³, que estabelece o postulado da livre-iniciativa e define, como filtro, exatamente a atividade regulatória estatal.⁴

Pertinente, nesse aspecto, o artigo 174 da CRFB: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Nota-se, por força da expressa previsão constitucional, que à Administração Pública são conferidas as competências de fiscalização, incentivo e planejamento – três dimensões que sintetizam sua competência regulatória –, e delas se pode extrair a leitura precipitada de que, em sentido abrangente, toda e qualquer atividade econômica pode vir a ser alvo desse labor regulatório.

Contudo, interpretação conjunta do artigo 174 com o parágrafo único do artigo 170 da Constituição⁵ revela que ao Poder Público se faculta a edição de regulamentos restritivos ou impeditivos à exploração econômica, por particulares, de determinadas atividades, que, agora, com a nova Lei da Liberdade Econômica, passam a demandar conciliação específica com o princípio *in dubio, pro libertatem*, nos dizeres de João Accioly:

(...) há a visão ainda muito influente na cultura jurídica de que o direito privado é *decorrência* de “valores constitucionais” (em contraste com a visão da constituição como documento de organização do estado e limitador dos seus poderes de modo a

¹ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

² Sobre o tema, confira-se: TÁCITO, 1985.

³ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”

⁴ Ainda segundo Justen Filho, “[a]lude-se a função regulatória para indicar a atuação estatal orientada não apenas a restringir e condicionar a autonomia privada, mas também a incentivar condutas social e economicamente desejáveis. Não é incorreto reconduzir a competência regulatória ao poder de polícia, mas o âmbito da regulação adquiriu contornos muito especializados, que superam largamente as concepções tradicionais da discricionariedade administrativa (que era reputada como o núcleo do poder de polícia)” (JUSTEN FILHO, 2019, p. 29). Ainda sobre o tema, veja-se: BAPTISTA, 2009.

⁵ “Art. 170. (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

proteger um direito que lhe é antecedente). Uma das manifestações dessa visão de mundo sugere que as regras de direito devem ser interpretadas não apenas de modo a não violar direitos assegurados constitucionalmente, mas, mais que isso, de modo a “realizar”, *positivamente*, os valores que compõem a “tábua axiológica” da constituição. Pelas peculiaridades e defeitos de nossa constituição, essas teorias a tornam uma espécie de teste de Rorschach, donde o intérprete extrai os valores de sua preferência e os impõe aos outros por meio das normas que interpreta. A positivação da regra da interpretação *pro libertatem* é assim uma forma de tentar mitigar o desrespeito à livre-iniciativa, ao contrato e à propriedade, cuja proteção existe muito mais na lei escrita que no direito efetivamente praticado no País. Por um lado, busca “lembrar” que mesmo a constituição prevê a liberdade de iniciativa como um de seus fundamentos; por outro, por ser voltada nesse contexto às *atividades econômicas privadas*, determina que nessas se privilegie a escolha dos objetivos particulares, deixando objetivos públicos para a esfera pública e permitindo que o direito privado se torne mais privado (ACCIOLO, 2019, p. 41).

Por certo, o matiz interpretativo (definido no artigo 1º, §2º, da Lei nº 13.874) se conduz pelo festejo à livre iniciativa e ao afastamento da intervenção regulatória estatal, embora se fale em uma interpretação norteada pela liberdade econômica, pela boa-fé e pelo respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade.

O cerne da questão, para o que interessa na discussão travada neste singelo estudo, é o contexto da ampla liberdade que se vislumbra com essa iniciativa, particularmente no campo econômico, em que extrapolações e abusos são marca perene e insofismável da atuação de corporações voltadas ao ramo tecnológico, que sufragam qualquer tentativa de proteção concorrencial devido ao amplo domínio que exercem sobre a técnica.

Enfim, nota-se, com a Lei da Liberdade Econômica, que o Brasil está a caminhar em sentido ao que Tim Wu analisa densamente em “*The curse of bigness*” (WU, 2018, p. 22-23), obra na qual defende que os governos devem fazer cessar a autorregulação e intervir, por legislações antitruste, para cindir gigantes da tecnologia como *Google, Facebook e Amazon*, a fim de restaurar o dinamismo e promover a inovação. Direitos em conflito, no contraponto entre a liberdade econômica e o intervencionismo estatal, são colocados na balança dos impactos que o domínio exercido por essas empresas pode gerar em termos do agigantamento corporativo e da limitação dos controles fiscalizatórios do Estado sobre essas corporações, que passam a se sobrepunir através do controle de dados, formando verdadeiro monopólio da Internet e, por consequência, das bases da hodierna sociedade da informação (DUFF, 2000, p. 3).

Como o foco deste trabalho não é a apreciação detida dos dispositivos da Lei de Liberdade Econômica, mas uma mera apreciação de seus impactos sobre a nova dinâmica de regência da Administração Pública na sociedade da informação, importa averiguar um de seus novos institutos relacionados à governança – a Análise de Impacto Regulatório (AIR) – e suas consequências para a regulação tecnológica.

2.2. ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) E NOVAS TECNOLOGIAS

Quando se investiga a regulação, não há dúvidas de que o espectro para a pesquisa acadêmica é largo e oferece respostas dos mais variados gêneros, que partem da completa eliminação da regulação estatal, até outras de viés interventista e mais alinhadas ao pensamento socialista.

Fato é que, para que se encontre um equilíbrio, diversas propostas já foram apresentadas e, via de regra, partem do pressuposto de que a intervenção regulatória deve ocorrer e ser, posteriormente, revisitada e reanalisada para que sejam colhidas as impressões necessárias sobre sua manutenção ou revogação.

Para Cary Coglianese, uma dessas possibilidades seria a atuação regulatória revisional pretérita, consistente na constante revisão de atos e processos regulatórios já editados, sempre em caráter retrospectivo:

Uma maneira seria criar uma nova instituição reguladora independente, dedicada à revisão retrospectiva, (...). Agindo inteiramente por si só, a Administração ainda pode avançar com ações que ajudarão a institucionalizar a revisão retrospectiva nos próximos três anos e além (COGLIANESE, 2017, p. 16-17).

Essa mesma visão já foi proposta por Ayres e Braithwaite, que trabalham com o conceito de ‘regulação responsiva’ parcial sobre as atividades industriais, partindo do argumento de que “as empresas dominantes são maiores e parecem liderar a definição de preços e outras variáveis competitivas, enquanto as menores são seguidoras, correspondendo mais passivamente às decisões competitivas da(s) dominante(s)” (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 135, tradução livre)⁶.

Contudo, ao se caminhar no sentido de uma Administração Pública consensual, marcada pelo primado da governança e pela conjugação dos aspectos centrais da *accountability* dela advindos, o foco deixa de ser essencialmente responsivo e retrospectivo e passa ser direcionado à prevenção.

O foco, noutros dizeres, deve ser a averiguação preliminar dos impactos que determinada intervenção regulatória poderá vir a ter sobre determinada atividade econômica, e, nesse espírito, a lei instituiu – com ineditismo – a chamada Análise de Impacto Regulatório

⁶ No original: “Dominant firms are larger and seem to take the lead in setting price and other competitive variables, whereas the smaller fringe firms are followers, more passively matching the competitive decisions of the dominant firm(s)”.

(AIR), em seu artigo 5º:

A Análise de Impacto Regulatório (AIR) é um procedimento administrativo preparatório à tomada de decisão baseado na coleta de informações e análise sistemática de possíveis ou efetivos efeitos de uma medida regulatória, já em vigor ou a ser editada, mediante sopesamento de seus custos, benefícios e efeitos colaterais distribuídos pelas empresas, consumidores, Estado e terceiros eventualmente afetados. (...)

A adoção da AIR como método decisório no bojo dos processos regulatórios tem como objetivos (i) superar a natural assimetria de informações entre reguladores e agentes econômicos; (ii) dotar tais processos de maior transparência, legitimidade e *accountability* (responsividade e controlabilidade social); bem como (iii) promover eficiência regulatória, com a redução de custos (para a sociedade e o próprio Estado) e a maximização de benefícios sociais.

Embora a AIR já viesse sendo adotada como procedimento preparatório à tomada de decisões por alguns entes reguladores setoriais no Brasil, o art. 5º da Lei nº 13.874/2019 é o pioneiro dispositivo legal que trata da matéria entre nós (BINENBOJM, 2019, p. 223-224).

A conciliação dessas e de outras propostas parece ser o caminho necessário à adequada implementação de instrumentos como a AIR nos Estados pós-industriais de natureza informacional. Isso porque, sendo a governança o primado essencial que robustece a legalidade, novas tendências à prevenção darão a tônica da atuação estatal.

Significa dizer que, na amplitude da contextualização de Tim Wu sobre os percalços da desregulação do mercado tecnológico – tema sobre o qual o próximo tópico trará maior luz –, “[a]lgum esforço para reviver as leis antitruste pode ser uma inevitabilidade em uma nação fundada em princípios de antimonopólio, igualdade e poder descentralizado. O que deveria ser feito? Não basta exigir mudanças sem fornecer uma agenda que goze de legitimidade legal” (WU, 2018, p. 127, tradução livre)⁷

Binenbojm (2019, p. 226-227) destaca que “existem alguns métodos de avaliação de impactos regulatórios praticados mundo afora, tendo destaque a análise de custo-benefício (ACB) e a análise de custo-efetividade (ACE)”. Há outras técnicas, mas a AIR instituída pela Lei da Liberdade Econômica brasileira parece demandar regulamentação mais esmiuçada, e foi exatamente isso o que determinou a redação do artigo 5º, parágrafo único, da lei, pelo qual a previsão em regulamento se torna condição inexorável para a exigência da AIR, devem estar previstos “o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.”

⁷ No original: “Some effort to revive the antitrust laws may be an inevitability in a nation founded on principles of anti-monopoly, equality, and decentralized power. What would be done? It’s not enough to demand change without providing an agenda that enjoys legal legitimacy”.

Voltando a Ayres e Braithwaite (1992), uma segunda proposta apresentada pelos autores é a de uma “*fringe-firm regulation*”, que tem seu foco voltado à criação e à manutenção de competidores orbitais aos grandes players do mercado. A proposta, em si, parece interessante no que diz respeito ao combate aos monopólios e à profusão concorrencial, mas não leva em conta nuances regulatórias que, trasladadas para o mercado tecnológico, teriam que se valer de metodologias tidas, por vezes, como incongruentes, como a ACB.

Nesse aspecto, a AIR brasileira tem o potencial de inaugurar novo modelo para a intervenção estatal, embora não passe incólume a críticas, como explica Binenbojm:

A AIR é muito criticada, sobretudo quando se utiliza da metodologia da análise de custo-benefício (ACB). As principais críticas se referem à dificuldade em monetizar bens preciosos, como a vida e a saúde – “*pricing the priceless*”, (...). Outra crítica comum à AIR é a chamada visão de túnel, consistente no viés do regulador na seleção da abrangência do que conta como custos e benefícios de uma medida. Por mais aberto que seja o procedimento, sempre haverá de haver uma linha de corte entre os impactos a serem considerados como efeito direto e imediato da regulação, e outros eventuais efeitos secundários, a serem desconsiderados. Isso importa reconhecer uma margem de subjetividade por parte de quem conduz o procedimento, com potencial para influenciar no seu resultado. Por fim, há quem veja na AIR um instrumento antidemocrático, pois ela permitiria tratamento diferenciado a distintos grupos sociais afetados pela medida regulatória, conforme seus padrões internos de preferência, desafiando a lógica democrática do “*one person, one vote*”. Em outras palavras, a AIR permitiria distribuir os ônus e bônus sociais de medidas governamentais de maneira diferenciada entre grupos de pessoas, consoante diferentes critérios socioeconômicos, geográficos, étnicos, de gênero, entre outros. Ter-se-ia, potencialmente, uma abertura para o *lobby* de grupos de interesses, em detrimento do interesse geral (BINENBOJM, 2019, p. 227-228).

A despeito das críticas, a repercussão que se teve, logo no momento em que foi publicada a então Medida Provisória nº 881/2019, foi vista por alguns doutrinadores como uma resposta legislativa capaz de alavancar o empresariado brasileiro (YEUNG, 2019). Binenbojm ainda lista algumas respostas positivas que podem ser apresentadas a cada uma das críticas listadas:

Em primeiro lugar, a incomensuralidade de alguns bens preciosos, como vida e saúde humanas, não impede que esses bens sejam *precificados* para fins de planejamento econômico de políticas públicas estatais (alocação de despesas nos orçamentos de saúde pública), nem que o sejam pelo mercado privado (v.g. o preço dos prêmios de seguros não nos permite ignorar que (i) a sua preservação importa custos, (ii) que os recursos são escassos, (iii) que há, ainda, outras despesas muito importantes e que, por conseguinte, (iv) algumas escolhas trágicas serão necessariamente feitas. Não se trata de reduzir o valor de bens sagrados, mas de reconhecer que os recursos disponíveis para preservá-los não são infinitos, nem excluem outros interesses humanos. A AIR pode servir à proteção de direitos ao lançar luzes sobre os impactos econômicos que decorrem da regulação, permitindo que cada sociedade faça escolhas esclarecidas sobre o quanto está disposta a pagar por cada bem valioso. (...) No que se refere à visão de túnel, deve-se ter em conta que este é um risco que se corre em qualquer forma de regulação, haja ou não prévia AIR. A abertura procedimental da

AIR, com sua transparente submissão a procedimentos participativos, como consultas e audiências públicas, pode permitir a inclusão de custos e benefícios até então ignorados pelo Estado, evidenciando quem ganha e quem pagará a conta com a medida. (...) Por fim, no que toca à objeção democrática da AIR, as críticas não parecem convincentes. Por evidente, o *lobby* em defesa de grupos de interesses sempre existiu e sempre existirá nas democracias liberais, seja ele legalizado e institucionalizado, ou não (BINENBOJM, 2019, p. 228-229).

Pelo que se percebe, especialmente devido à brecha à regulamentação infralegal da AIR, muitos outros detalhamentos ainda poderão advir da atividade administrativa, sendo difícil precisar se haverá impactos negativos ou positivos. Resta, para os fins deste brevíssimo estudo, apontar alguns dos pontos fundamentais concernentes à regulação de novas tecnologias.

2.3. GOVERNANÇA E REGULAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS

Dentre os diversos dispositivos da Lei de Liberdade Econômica, alguns dispositivos contêm previsões relacionadas aos impactos e reflexos da tecnologia e da inovação nas atividades econômicas: artigo 3º, X, artigo 10, artigo 12 e artigo 18. São diversos os temas abordados nos dispositivos, com foco centrado na compreensão do papel interventivo-regulador do Estado quanto às atividades que envolvam a tecnologia (HARTMANN, 2019, p. 159-167).

Para o momento, importa saber que em mercados nos quais a tecnologia assume grande importância material e, por essa razão, se sujeita a rápida evolução em áreas que demandam regulação estatal, como telecomunicações, sistema financeiro e outras, a conformação institucional dessas novas tecnologias e das diversas formas de produção que delas se utilizam representa um desafio ainda maior para a Ciência Jurídica. Nos dizeres de Patrícia Baptista e Clara Keller, “quando um determinado arranjo institucional é confrontado com uma nova lógica de organização, uma série de questões passa a incomodar os agentes do Estado, como adequação, momento e forma de regulação do novo contexto” (BAPTISTA; KELLER, 2016, p. 132)

Como consequência desse processo, o Direito passou a se defrontar com uma série de problemas e questões novos e que demandam profunda adaptação, conforme explica Ruperto Olave:

Os meios de comunicação pertencentes a novas tecnologias, algumas disponíveis para a maioria das pessoas, serviram, entre outros usos, para expressar vontades juridicamente relevantes, fato que produziu uma rápida incorporação da realidade eletrônica no campo dos negócios jurídicos, com o consequente período de adaptação que isso implica, gerando, como qualquer processo adaptativo, uma série de novos problemas e questões, tanto de natureza técnica quanto de natureza teórica jurídica,

que o mundo do direito teve que enfrentar (OLAVE, 2001, p. 470, tradução livre)⁸.

O efeito essencial dessa mudança de paradigma vem sendo notado com maior força em um período marcado pelo festejo à inovação, que desperta, no campo dos negócios, adaptações de institutos jurídicos clássicos. Por exemplo, nos primeiros anos da disrupção tecnológica sobre o direito dos contratos, o tema foi tratado sob a perspectiva da contratação eletrônica, entendida como um fenômeno de massa, quase sociológico.

Nesse contexto, a grande maioria das iniciativas jurídicas voltadas à regulação de novas tecnologias vem do direito público, mas esse fenômeno não é necessariamente explicado por haver alguma forma de “atraso” do direito privado no assunto, mas, sim, pela circunstância de o direito público precisar expressar norma para a incorporação das novas tecnologias, algo que não ocorre na esfera da negociação privada.

Se o princípio da autonomia da vontade e suas diversas manifestações se materializaram nos chamados subprincípios da liberdade contratual e da liberdade de forma, seria esperado que alguma regulação “libertária” surgisse para tentar explicitar os critérios e princípios capazes de propiciar “um ambiente de maior estímulo à atividade econômica” (HARTMANN, 2019, p. 163).

Herbert Hovenkamp, analisando o papel da legislação antitruste sobre o ambiente da inovação, enumera cinco importantes pontos para que se situe a matéria:

Primeiro, não é o objetivo do antitruste corrigir defeitos em outros regimes regulatórios, principalmente quando esses regimes são federais. A lei antitruste foi projetada como corretiva para os mercados privados.

(...)

Segundo, a administrabilidade é fundamental. Nem a lei antitruste nem a propriedade intelectual têm conteúdo moral. Seu único objetivo é aumentar a economia. A lei antitruste faz isso principalmente procurando e remediando a produção, reduzindo restrições e práticas de exclusão de empresas dominantes que impedem o surgimento ou desenvolvimento de nova concorrência. O mandato da propriedade intelectual também é claro. É promover a inovação – isto é, o progresso da ciência e das artes úteis.

(...)

Terceiro, nem todo conflito aparente entre a lei antitruste e a propriedade intelectual é real. Muitas práticas de propriedade intelectual, como acordos de vinculação, podem aumentar o retorno à inovação ou ao licenciamento sem causar nenhum dano à concorrência ou ao bem-estar do consumidor. Como resultado, a política antitruste não tem motivos para intervir.

(...)

⁸ No original: “Los medios de comunicación pertenecientes a las nuevas tecnologías, algunos al alcance de la mayoría de las personas, han servido, entre otras utilidades, para expresar voluntades jurídicamente relevantes, hecho que ha producido una rápida incorporación de la realidad electrónica en el ámbito del negocio jurídico, con el consiguiente período de adaptación que ello supone, generando como todo proceso adaptativo, una serie de nuevos problemas e interrogantes, tanto de naturaleza técnica como de carácter teórico jurídico, que el mundo del derecho ha debido enfrentar.”

Quarto, a teoria do crescimento econômico, que examina as fontes de aumento de produtividade ou riqueza, permanece controversa, e suas diferentes escolas continuamente criticam as suposições e metodologias umas das outras. No entanto, parece haver amplo consenso de que os ganhos a serem obtidos com a inovação são maiores do que os ganhos com a simples produção e comercialização sob tecnologia constante.

(...)

Quinto, inovação não é a mesma coisa que lei de patentes ou direitos autorais. Os tribunais antitruste não devem presumir que, simplesmente porque algo é legal sob o regime de propriedade intelectual, serve para incentivar a inovação. Na melhor das hipóteses, a lei de propriedade intelectual baseia-se em uma série de palpites sobre princípios básicos. Ela reflete a consideração sobre que tipos de mercados e inovações exigem proteção ou, alternativamente, quando estaríamos em melhor posição para permitir que abordagens de controle mais centradas no mercado, como permitir vantagens ou sigilo para os primeiros impulsionadores. Se criarmos proteções legais, enfrentaremos uma incerteza considerável sobre sua duração e seu escopo ideais (HOVENKAMP, 2011, p. 750-752, tradução livre)⁹.

Em linhas gerais, o direito concorrencial se manifesta em combinação com o papel do Estado no controle antitruste, importando considerar que o princípio da liberdade de forma e sua manifestação não são essenciais para a celebração da maioria dos negócios jurídicos, o que é consequência de uma longa evolução histórica do direito privado, que teve seu início em tempos em que era difícil para o homem capturar noções abstratas, e por isso predominavam as formas solenes ou sacramentais, até chegar aos momentos mais próximos da história, nos quais, devido à influência de correntes de pensamento universal como escolasticismo e liberalismo, a vontade e sua declaração foram instituídas como elementos fundamentais e essenciais de todo o ambiente negocial, deixando as formas predeterminadas como um elemento acidental, constituindo verdadeira exceção.

Como resultado do desenvolvimento histórico, os princípios de liberdade de forma e formalismo chegaram a um estágio “neoformalista” (OLAVE, 2001, p. 474), uma vez que a

⁹ No original: “First, it is not the purpose of antitrust to fix defects in other regulatory regimes, particularly when those regimes are federal. Antitrust law was designed as a corrective for private markets. (...) Second, administrability is key. Neither antitrust nor intellectual property law has any moral content. Their sole purpose is to make the economy bigger. Antitrust law does this mainly by looking for and remedying output reducing restraints as well as exclusionary practices by dominant firms that prevent new competition from arising or developing. Intellectual property’s mandate is also clear. It is to promote innovation—that is, the progress of science and useful arts. (...) Third, not every apparent conflict between antitrust law and intellectual property law is real. Many intellectual property practices, such as tying arrangements, may increase the returns to innovation or licensing without doing any harm whatsoever to competition or consumer welfare. As a result, antitrust policy has no reason for intervening. (...) Fourth, economic growth theory, which examines the sources of increased productivity or wealth, remains controversial, and its different schools continuously fault one another’s assumptions and methodologies. Nevertheless, there seems to be broad consensus that the gains to be had from innovation are larger than the gains from simple production and trading under constant technology. (...) Fifth, innovation is not the same thing as patent or copyright law. Antitrust tribunals should not presume that merely because something is lawful under the intellectual property regime, it serves to incentivize innovation. At its best, intellectual property law is based on a series of hunches about basic principles. It reflects consideration over what types of markets and innovations require protection, or, alternatively, when we would be better off to let more market-centered approaches control, such as allowing first mover advantages or secrecy. If we do create legal protections, we face considerable uncertainty about their optimal duration and scope.”

conveniência por razões de segurança jurídica é mantida (CORTEZ, 2014, p. 227). A favor da viabilidade de se aplicar a dogmática civil tradicional à solução dos problemas gerados pelas tecnologias modernas, está a experiência histórica dos últimos dois séculos, em que as estruturas normais do direito de propriedade, auxiliadas pelo trabalho realizado por doutrina e jurisprudência, integraram adequadamente as novas figuras legais e responderam satisfatoriamente aos problemas que geraram o desenvolvimento da ciência e da tecnologia até a última metade do século XX.

Merecem expressa menção os casos em que regulação e tecnologia se relacionam por meio de incentivos, que “são aqueles em que a administração impõe ou estimula o uso de uma determinada tecnologia. Apesar de a inovação tecnológica ser comumente protagonizada pelos particulares, muitas vezes a administração é responsável, direta ou indiretamente, por seu desenvolvimento ou promoção” (BAPTISTA; KELLER, 2016, p. 136).

Com efeito:

Como todo processo de alteração legislativa mais complexo, especialmente orientado à expressão de princípios norteadores, é perceptível o impacto da [Lei da Liberdade Econômica], bem como é plenamente justificável sua receptividade cautelosa. A [Declaração de Direitos de Liberdade Econômica] atinge diretamente o direito empresarial, civil, do trabalho, econômico, com reflexos sobre várias especialidades e subespecialidades jurídicas. Faz, no entanto, ressalvas quanto à aplicação ao direito tributário e financeiro. Mesmo sendo uma lei relativamente compacta é complexa e, em algumas passagens, dúbia. (...) Há uma nítida preocupação da LLE de se apresentar como expressão concreta e extensão convergente das previsões constitucionais sobre a temática. E essa preocupação é justificável na medida que a LLE impacta fortemente na estrutura hermenêutica do ordenamento jurídico (HARTMANN, 2019, p. 167).

Nesse contexto em que se questiona o papel da Administração Pública reguladora na burocratização das atividades econômicas (LOUREIRO, 2019, p. 85) e na prática de “abusos intervencionistas”, o contexto tecnológico é desafiado à formulação de um arcabouço próprio de políticas de regulação da inovação – uma *Lex Informatica*, como sugere Reidenberg (1998) – embora a doutrina seja reticente quanto à regulação da própria tecnologia, usualmente voltando olhares à necessidade de embasamento na regulação de mercado:

Segundo Nuno Peres Alves (2011, v. V, p. 313):

O princípio da neutralidade da regulação significa, em geral, que as medidas de regulação a adoptar pelo regulador não devem ter em conta as características tecnológicas dos serviços, mas, ao invés, o modo como os serviços de comunicações electrónicas são percebidos pelos consumidores. (...) Com efeito, a regulação é uma *regulação do mercado* e não uma regulação de tecnologias. O princípio é instrumental dos objetivos da promoção da concorrência e da inovação tecnológica.

Por derradeiro, salienta-se que, embora a Lei da Liberdade Econômica inaugure um novo paradigma no contraponto à tendência regulatória estatal, o papel das autoridades antitruste não pode deixar de se atentar às realidades de mercado. Se a ampla regulação não deve ser o foco da atuação dessas autoridades, ao menos a regulação calculada, definida a partir da seleção estratégica de casos e hipóteses, deve balizar essa nova tendência (WU, 2012, p. 328).

Para Ana Frazão, o controle de mercados, especialmente os baseados em dados (MAYER-SCHÖNBERGER; RAMGE, 2018, p. 87-108), pode ser realizado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE:

No Brasil, enquanto não realizada uma reforma legislativa, o CADE poderia perfeitamente se valer da sua competência prevista no artigo 88, §7º, da Lei nº 12.529/2011, já que a lei lhe confere considerável discricionariedade para conhecer de operações que não atendam aos requisitos legais. Uma vez sob escrutínio das autoridades antitruste, a análise de operações nos *data-driven markets* deveria priorizar, além de entradas, a concorrência potencial, ou seja, a possibilidade e a probabilidade de rivalidade futura entre as partes. Diante da dinamicidade de tais mercados, as prognoses e cenários futuros não podem ser limitados ao presente (FRAZÃO, 2019, p. 191).

Novos desafios trarão novos impactos à delimitação da almejada segurança jurídica de base informacional. Noutros dizeres, uma Administração Pública que prime pela governança digital, deve ter preocupação especial ao controle regulatório, não apenas em viés responsivo, mas principalmente em caráter preventivo, se baseando primordialmente na precaução inerente aos riscos das atividades de inovação tecnológica.

Não é pela existência de uma Lei da Liberdade Econômica que os deveres prestacionais do Estado podem ser negligenciados, uma vez que a proteção pública não pode ser pretensamente subsidiária (SILVA, 2015, p. 534). O ponto central deve ser a conjugação de uma intenção à liberação de certas atividades econômicas, mas sem o completo abandono de certo grau de regulação – especialmente para atividades que envolvam o controle tecnológico.

Se a configuração do domínio pela arquitetura técnica, como aponta Lessig (2006) ao descrever as quatro dimensões de proteção regulatória (especialmente da privacidade), pressupõe o sigilo quando aos processos algorítmicos utilizados¹⁰, não há dúvidas de que

¹⁰ Sobre o tema, valiosa a citação: “The Internet as it originally was gave everyone a “Ring of Gyges,” the ring which, as Plato reports in The Republic, made Gyges the shepherd invisible. The dilemma for regulation in such a world is precisely the fear Plato had about this ring: With such a ring, “no man can be imagined to be of such an iron nature that he would stand fast in justice.” (...) But these gaps in the Internet’s original design are not necessary. We can imagine networks that interact seamlessly with the Internet but which don’t have these “imperfections.” (...) Commerce acting alone has not yet eliminated these threats, to both commerce and civil life. For reasons I explore later in this book, it’s not even clear commerce could. But commerce is not the only actor

grandes serão os riscos de que se avance rumo a uma sociedade da informação baseada na aglutinação do controle social por um seletivo grupo de grandes corporações (WU, 2010, p. 255) que se dedicam às práticas de coleta e tratamento de dados (CORREIA, 2018, p. 52-56).

Os fluxos de cooperação e informação desempenham papéis importantes na formação da atividade regulatória. Um modelo mais satisfatório de interação regulatória precisa levar em consideração uma variedade de agentes, padrões e sistemas (MAYER-SCHÖNBERGER; SOMEK, 2006, p. 438). Ao elaborar um modelo alternativo, uma teoria satisfatória teria que compreender a multiplicidade de agentes relevantes, além dos limites estreitos do modelo federal tradicional centralizado na nação (LEMOS, 2019, p. 214). Os padrões que protegem a interação reguladora (que não são diferentes do direito da concorrência) devem declarar suas próprias limitações.

A segurança jurídica, ainda que sob a ótica de maior liberdade econômica, continuará sendo eminentemente dependente de algum grau de regulação. Cabe ao Estado aprimorar-se continuamente para controlar efetivamente os impactos desta nova realidade, adaptando suas estratégias regulatórias para acompanhar as transformações tecnológicas. Isso exige não apenas uma atualização constante das normas e práticas, mas também um comprometimento com a educação digital da população, garantindo que todos possam participar plenamente e de maneira informada no novo ecossistema digital que se delineia.

3. CONCLUSÃO

A conclusão deste estudo reafirma a complexidade e a importância do papel do Estado na regulação das novas tecnologias no contexto da sociedade da informação. A evolução das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) gerou não apenas avanços significativos, mas também desafios críticos, particularmente no que diz respeito à inclusão digital e à segurança jurídica. A "divisão digital" existente não se resume à falta de acesso à tecnologia, mas se estende à exclusão de vastos setores da sociedade das oportunidades de participação nos benefícios econômicos e sociais gerados por essas inovações. Essa realidade exige que o Estado não apenas atue de forma reativa, mas adote uma postura preventiva e proativa na regulação.

A introdução da Lei da Liberdade Econômica, embora representando um avanço na desburocratização e no estímulo à atividade econômica, não pode ser vista como um pretexto

here. Government is also an important ally, and the framework of regulability that commerce has built could be built on again by government. Government can, in other words, help commerce and help itself. How it does so is the subject of the chapter that follows" (LESSIG, 2006, p. 59-60)

para o abandono das responsabilidades regulatórias do Estado. A regulação continua sendo necessária, especialmente em setores onde o impacto das tecnologias pode levar a desequilíbrios econômicos e sociais. O Estado deve encontrar um equilíbrio entre a promoção da liberdade econômica e a manutenção de um ambiente regulatório que proteja os direitos dos cidadãos e garanta a equidade no acesso e uso das tecnologias emergentes.

A proposta de Lawrence Lessig, ao destacar as quatro dimensões de poder para ilustrar os efeitos da regulação — lei, mercado, arquitetura e normas —, sublinha a necessidade de uma abordagem integrada para o ciberespaço. No entanto, conforme discutido, essa abordagem deve ser complementada por uma intervenção estatal que assegure que essas dimensões operem de maneira a preservar o bem comum, evitando que o controle sobre a informação e a tecnologia se concentre nas mãos de um pequeno grupo de grandes corporações.

Além disso, a implementação de mecanismos como a Análise de Impacto Regulatório (AIR) se mostra fundamental para a governança das novas tecnologias. A AIR pode proporcionar uma base mais sólida para a tomada de decisões regulatórias, garantindo que as implicações de cada medida sejam cuidadosamente avaliadas em termos de custos, benefícios e impactos sociais. No entanto, para que a AIR seja efetiva, é necessário um processo contínuo de revisão e adaptação das normas, além de uma participação ativa de todos os agentes envolvidos, incluindo a sociedade civil e o setor privado.

No contexto da governança de novas tecnologias, é crucial reconhecer que a natureza dinâmica e disruptiva dessas inovações exige uma abordagem regulatória que seja flexível e adaptável. A governança eficaz deve ir além da simples aplicação de normas preexistentes, incorporando mecanismos que permitam a constante revisão e ajuste das políticas em resposta às mudanças rápidas no ambiente tecnológico. Isso inclui não apenas a regulação de tecnologias emergentes, mas também a consideração dos impactos sociais, econômicos e éticos dessas inovações. A capacidade de antecipar os desafios e os riscos associados ao avanço tecnológico, por meio de estratégias como a Análise de Impacto Regulatório (AIR), coloca o Estado em uma posição de liderança na promoção de um ambiente digital que seja ao mesmo tempo inovador e seguro para todos os cidadãos.

Além disso, a governança de novas tecnologias deve ser vista como um processo colaborativo que envolve múltiplos interessados, incluindo governos, empresas, sociedade civil e a comunidade acadêmica. A integração desses diferentes atores é fundamental para garantir que a regulação seja inclusiva e representativa dos interesses diversos que coexistem na sociedade da informação. A transparência e a participação pública são elementos essenciais para construir a legitimidade das políticas regulatórias, fortalecendo a confiança nas instituições

e promovendo uma cultura de responsabilidade compartilhada. Em última análise, a governança de novas tecnologias deve buscar equilibrar a promoção da inovação com a proteção dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, João C. de Andrade Uzêda. *Hermenêutica pro libertatem*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Coord.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019)**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ALVES, Nuno Peres. Direito administrativo das telecomunicações. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (Coord.). **Tratado de direito administrativo especial**. Coimbra: Almedina, 2011, v. V.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, n. 3, p. 123-163, set./dez. 2016.

BINENBOJM, Gustavo. Art. 5º: Análise de Impacto Regulatório. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Coord.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019)**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; (...) e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 set. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm. Acesso em: 31 ago. 2024.

COGLIANESE, Cary. Moving forward with regulatory lookback. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, n. 3, p. 13-23, set./dez. 2017.

CORREIA, Victor. **Da privacidade: significado e valor**. Coimbra: Almedina, 2018.

CORTEZ, Nathan. Regulating disruptive innovation. **Berkeley Technology Law Journal**, Berkeley, n. 29, p. 175-228, 2014.

DUFF, Alistair S. **Information society studies**. Londres: Routledge, 2000.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung** dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FRAZÃO, Ana. Big Data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da

concorrência. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Ângelo Gamba Prata de (Coord.). **Empresa, mercado e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GUTWIRTH, Serge; DE HERT, Paul; DE SUTTER, Laurent. The trouble with technology regulation: why Lessig's 'optimal mix' will not work. In: BROWNSWORD, Roger; YEUNG, Karen (Ed.). **Regulating technologies: legal futures, regulatory frames and technological fixes**. Oxford: Hart Publishing, 2008.

HARTMANN, Fabiano. Digitalização e armazenamento eletrônico: a Lei da Liberdade Econômica no viés dos impactos da tecnologia e inovação na atividade econômica. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Coord.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019)**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and innovation: where we are and where we should be going. **Antitrust Law Journal**, Connecticut, n. 77, p. 749-751, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Abrangência e incidência da lei. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Coord.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019)**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LEMOS, Thales de Melo. Gigantes da Internet: novas formas de poder empresarial e desafios para o direito antitruste. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Ângelo Gamba Prata de (Coord.). **Empresa, mercado e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LESSIG, Lawrence. **Code 2.0**. 2. ed. Nova York: Basic Books, 2006.

LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na Lei de Liberdade Econômica. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Coord.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019)**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS, Fernando Rodrigues; VIAL, Sophia Martini. MP da "liberdade econômica" altera parcialmente artigo 39 do CDC. **Consultor Jurídico**, 9 jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-09/opiniao-mp-liberdade-economica-altera-artigo39-cdc>. Acesso em: 31 ago. 2024.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; SOMEK, Alexander. Governing regulatory interaction: the normative question. **European Law Journal**, Oxford, v. 12, n. 4, p. 431-439, jul. 2006.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. **Reinventing capitalism in the age of Big Data**. Nova York: Basic Books, 2018.

OLAVE, Ruperto Pinochet. La recepción de la realidad de las nuevas tecnologías de la información por el derecho civil: panorama actual y perspectivas futuras. **Ius et Praxis**, Talca, v. 7, n. 2, p. 469-489, 2001.

REIDENBERG, Joel R. Lex informatica: the formulation of information policy rules through technology. **Texas Law Review**, Austin, v. 76, n. 3, p. 553-584, 1998.

SILVA, Jorge Pereira da. **Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares**. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

TÁCITO, Caio. Poder de polícia e polícia do poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 162, n. 4, p. 1-9, out./dez. 1985.

WIENER, Jonathan B. The regulation of technology, and the technology of regulation. **Technology in Society**, Durham, n. 26, p. 483-500, 2004.

WU, Tim. **The curse of bigness: antitrust in the new Gilded Age**. Nova York: Columbia Global Reports, 2018.

WU, Tim. **The master switch: the rise and fall of information empires**. Nova York: Vintage, 2010.

WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. **Antitrust Law Journal**, Connecticut, v. 78, p. 313-328, 2012.

YEUNG, Luciana. Para que uma MP de Liberdade Econômica? O que é inaceitável é o grau de adversidade, dificuldades e intolerância que a atividade econômica privada enfrenta no Brasil. **Jota**, 3 jun. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/para-que-uma-mp-de-liberdade-economica-03062019>. Acesso em: 31 ago. 2024.