ADRIANE SANCTIS DE BRITO

O regime internacional da internet:

Construções argumentativas sobre sua especialidade

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Internacional, sob a orientação do Professor Associado Dr. Alberto do Amaral Junior.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2014

Ficha catalográfica elaborada Biblioteca de Direito da USP

Sanctis de Brito, Adriane

O regime internacional da internet: construções argumentativas sobre sua especialidade / Adriane Sanctis de Brito; orientador Alberto do Amaral Junior -- São Paulo, 2014.

142 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

1. Direito internacional público. 2. fragmentação. 3. regimes internacionais. 4. governança da internet. 5. ciberdireito. I. do Amaral Junior, Alberto, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Na trajetória até aqui fui feliz em receber o apoio e a amizade de diversas pessoas, às quais serei eternamente grata. Ainda que não seja possível mencionar cada um, gostaria de compartilhar os resultados positivos deste trabalho com todos vocês.

Primeiramente, agradeço à Fundação Sasakawa e todos envolvidos com este projeto, que acreditaram em mim num momento em que eu mesma tinha dificuldade de acreditar e que tornou meu último ano de pesquisa muito proveitoso e estimulante.

Agradeço a todos os professores e colegas das Arcadas, que de uma forma ou de outra me incentivaram a seguir minha paixão pelo ensino e pela pesquisa. Agradeço a cada um meus professores do Largo pelas oportunidades e pelos ensinamentos no direito e na docência. Aos professores e monitores Umberto Celli Jr., Ronaldo Porto Macedo, Samuel Barbosa, Tércio Sampaio Ferraz Jr., José Eduardo Faria, Virgílio Afonso da Silva, Carlos Portugal Gouvêa, Marcos Alexandre Zilli, Geraldo Miniuci, André de Carvalho Ramos, Alberto do Amaral Jr., Leonardo Rosa, Fabia Veçoso, Fernanda Nagamine: ficou para esta aluna um reflexo de seus projetos docentes, tanto sobre o direito, quanto sobre a arte do ensino, que fizeram e farão grande diferença para o meu caráter. Especialmente, agradeço imensamente ao meu orientador, professor Alberto do Amaral Jr., por ser um exemplo de seriedade e perseverança, e por me apoiar sempre com votos de confiança quando eu mais precisei.

Meu muito obrigada àqueles que me apresentaram e dividiram comigo as alternativas prazerosas dos grupos de estudos e da extensão. Especialmente, a todos os envolvidos com a Clínica de Direitos Humanos Luiz Gama, que me ensinou muito sobre o trabalho em grupo e sobre o que é ser humana. Ao Núcleo de Estudos Internacionais, uma das razões mais fortes para que eu continuasse os estudos no direito e me apaixonasse pelo direito internacional. Agradeço em especial à Raquel da Cruz Lima, ao Jefferson Nascimento e ao César Yip, que serão sempre mestres para mim no mundo dos internacionalistas.

Aos alunos e professores da Direito GV, meu muito obrigada por terem me recebido de braços abertos e transformado a escola em minha segunda casa nos últimos anos. Sem dúvida vem daí grande parte do que aprendi sobre o ideal de pesquisa e de docência. Agradeço especialmente aos professores Salem Nasser, Garcez Ghirardi e Ana Elvira

Gebara, pelas várias conversas que foram essenciais ao andamento desta pesquisa e ao amadurecimento de muitas ideias. Meu muito obrigada aos professores Michelle Ratton e Salem Nasser pela paciência, compreensão e solidariedade durante os últimos meses de preparação deste trabalho. Obrigada também à Julia Trindade de Sá, pela ajuda diária e essencial. Agradeço também ao professor Salem pela confiança e pelo incentivo constantes, desde o fim de minha graduação, que me permitiram persistir no sonho da profissão acadêmica. Obrigada também aos componentes do GECInt, pela paciência e compreensão durante os últimos meses.

Agradeço também aos amigos do antigo conjunto 23, Lucas Morelli, Jaqueline Abreu, Marina Santos, Marcos de Sá, e todos que coloriam aquelas tardes. E aos amigos do conjunto 21 e adjacências, companheiros da luta de dissertação e tese. Especialmente, agradeço àqueles que não duvidaram em ceder seu tempo e esforço para me ajudar fundamentalmente em tantos momentos: Rubens Glezer, Luciana Ramos, Carolina Dalla Pacce, Arthur Capella, Pedro de Paula, Maurício Chavenco, Fernanda Emy, Guilherme Klafke, José Roberto Xavier, Rafael Zanatta, Rafael Bresciani, Marina Feferbaum, Bruna Pretzel.

À Fabia Veçoso e ao João Henrique Roriz, meus parâmetros de profissionais acadêmicos, meus mestres e grandes amigos, que me guiaram por reflexões essenciais e várias correções neste trabalho. Aos colegas do Orbis, especialmente à Liliana Jubilut, Luciana Oliveira e Thiago Nogueira, pela amizade e pelo compartilhamento solidário de oportunidades de ensino e pesquisa.

Agradeço a Adriana Perez, Aline Toyama, Alberto Barbosa Jr., Alex Alckmin, Fernando Sierra, Jackson Ferreira, pela amizade tranquila que se conserva entre as mudanças dos graduados e apesar da minha ausência nos últimos tempos. Especialmente, agradeço aos queridos amigos Fabiana Pinho e Guilherme Klafke, por dividirem comigo a paixão pela academia e atenuarem as dificuldades que ela impõe.

Agradeço profundamente à minha família. Em especial, à minha avó, que primeiro me incentivou a priorizar as paixões. Aos meus pais, exemplos de garra e persistência, a quem devo o incentivo pelo gosto do conhecimento. Agradeço pelo empenho em contribuir para minha felicidade, pela crença em meu potencial, sempre, e pela paciência comigo nesses longos meses de reclusão e silêncio. Obrigada também ao meu pai por dividir comigo a empolgação das investidas pelo mundo; à minha mãe, por manter meus pés firmes no chão, pela *expertise* em lidar com problemas e pelo “filha, tudo tem um fim.”

Finalmente, sou muito grata a Artur Péricles, não só pela revisão árdua deste trabalho, mas pelo carinho e suporte de todos os dias. Mesmo nesse período de privações - também para você - agradeço por ter permanecido ao meu lado durante cada passo. Obrigada por ser meu melhor amigo e companheiro incondicional, e por sempre me fazer perceber as pequenas alegrias de tudo.

À vó Maria.

“Through law, we sometimes describe our societies in terms of rights-bearing individuals acting upon each other, sometimes as goods, services and capital crossing frontiers. Sometimes we describe the world of political alternatives in terms of environmental degradation, globalisation of democracy, a place of terror or one of sexually transmitted disease. We situate events sometimes in national histories, sometimes in world history. Each such telling is an intervention in the world that makes some things visible, renders other things invisible.” (KOSKENNIEMI, 2007, p. 17.)

“Legal interpretation, and thus legal reasoning, builds systemic relationships between rules and principles by envisaging them as parts of some human effort or purpose. Far from being merely an “academic” aspect of the legal craft, systemic thinking penetrates all legal reasoning, including the practice of law, application by judges and administrators.”(INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2007, p. 35)

“These increasingly hostile and colonial measures place us in the same position as those previous lovers of freedom and self-determination who had to reject the authorities of distant, uninformed powers. We must declare our virtual selves immune to your sovereignty, even as we continue to consent to your rule over our bodies. We will spread ourselves across the Planet so that no one can arrest our thoughts.” (BARLOW, 1996)

RESUMO

SANCTIS DE BRITO, Adriane. O regime internacional da internet: construções argumentativas sobre sua especialidade. 2014. 142 f. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

A pergunta que move este trabalho é se existem indícios, na atual construção argumentativa sobre a regulação internacional da internet, da conformação de um regime internacional da internet. Para respondê-la, o primeiro passo é explorar os significados do fenômeno da fragmentação do direito internacional. A partir da identificação de algumas linhas de pensamento, este trabalho adota o diagnóstico de que a fragmentação do direito internacional se liga a uma transposição da diferenciação funcional social para o campo do direito. Dessa forma, trabalhar com o direito internacional fragmentado exige levar em conta a presença de regimes diversos, constituídos por construções argumentativas movidas por um *ethos* próprio. Esses regimes produzem linguagem técnica que leva a um gerencialismo e que se volta contra outras linguagens, gerando disputas hegemônicas. Para o jurista, é essencial assumir seu papel dentro das construções argumentativas, tomando consciência da política dos regimes e utilizando instrumentos interdisciplinares que atinjam também o que é rotulado como não-direito. Uma vez definida, esta abordagem é aplicada para o estudo da regulação internacional da internet, como um segundo passo deste trabalho. A análise começa pelas batalhas que foram travadas pela “alma” da internet desde sua criação e os atores envolvidos nessas batalhas. Depois, aborda as representações sobre a regulação da internet durante os períodos de desenvolvimento dessa tecnologia. Diante de uma previsão sobre o último período, começa a olhar para as construções sobre a internet desde 2011. Na literatura analisada, a internet é definida de acordo com o que compõe sua regulação, sua extensão e seus limites. A literatura aponta vários atores e instituições que participam dessa regulação e o Estado aparece com papéis variados, mas a governança multissetorial tem destaque. Os autores divergem ao falarem sobre a aplicação do direito internacional às questões que consideram mais importantes na internet. Eles discordam sobre os problemas da regulação, sobre se e quais direitos deveriam ser

aplicados e como os atores devem agir para essa regulação. Contudo, todos têm o movimento de suas argumentações em comum. Todos constroem exceções quanto ao direito em geral quando pensam na melhor regulação para a internet. O terceiro passo da pesquisa é então analisar o que isso significa, tendo em mente o quadro teórico de que partiu. Ela conclui que há indícios da conformação de um regime internacional da internet, tendo em vista que a defesa da especialização do direito para a internet se move com um propósito comum de diferenciar o mundo *online* do mundo *off-line*. Finalmente, ela indica algumas agendas de pesquisa que podem ser adotadas a partir desses resultados.

Palavras-chave: direito internacional público; fragmentação; regimes internacionais; governança da internet; ciberdireito

ABSTRACT

SANCTIS DE BRITO, Adriane. The International Internet Regime: argumentative constructions on its specialty. 2014. 142 p. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2014.

The question that drives this work is whether there is evidence, within the current argumentative construction on international Internet regulation, of an international internet regime. To answer that, the first step is to explore the meanings of the phenomenon of fragmentation in international law. After the identification of some schools of thought on the subject, this paper adopts the diagnosis that the fragmentation of international law is due to a transposition of social functional differentiation to the legal field. Given that, dealing with a fragmented international law requires taking into account the presence of various schemes, consisting of argumentative constructions driven by their own *ethos*. These schemes produce a technical language that leads to managerialism and that pits itself against other languages, generating hegemonic disputes. Lawyers should assume their role within these argumentative constructions, becoming aware of regimes politics and using interdisciplinary tools to reach also what is labeled as non-legal. This theoretical approach is applied to the international internet regulation, as the second step of this research. The analysis begins with the battles that were fought for the “soul” of the Internet since its inception and the actors involved in these battles. The paper then addresses the representations on the regulation of the Internet during periods of development of this technology. Faced with a prediction about the last period, it looks at the constructions on Internet since 2011. In the examined literature, the Internet is defined according to what constitutes its regulation, its extent and its limits. The literature points to several actors and institutions that participate in this regulation and the State appears with varying roles, but multi-sectorial governance has central emphasis. The authors diverge when discussing the application of international law to issues that they consider most important on the Internet. They disagree on the issues of regulation, on whether and which duties should be imposed and how actors should act towards this regulation. However, all of them have the

movement of their arguments in common. All develop exceptions to international law when they elaborate about a better regulation for the Internet. The third step of the research is then to analyze what this means, bearing in mind the theoretical framework adopted. It concludes that there is evidence of the construction of an international regime of the internet, as long as the defense of internet's specialty moves along with a common purpose to differentiate the online world from the offline world. Finally, the paper points to some research agendas that can be derived from its results.

Keywords: public international law; fragmentation; international regimes; Internet governance; cyberlaw

ÍNDICE DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
AB	Apellate Body/Órgão de Apelação
AfriNIC	African Network Information Center/ Registro Regional da Internet para a África
APNIC	Asia Pacific Network Information Centre/ Registro Regional da Internet para a o Pacífico e a Ásia
ARIN	American Registry for Internet Numbers/ Registro Americano para Números da Internet
ARPANET	Advanced Research Projects Agency Network/ Agência de Projetos de Pesquisa Avançada de Defesa
AT&T	American Telephone and Telegraph
CDI	Comissão de Direito Internacional/ International Law Commission
CDN	Content Delivery Network/ Rede de Fornecimento de Conteúdo
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CERN	Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire/ Organização Europeia para a Pesquisa Nuclear
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CVDT	Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
DDS	Amsterdam Digital City
DNS	Domain Name System/ Sistema de Nomes de Domínio
EC Treaty	European Union Treaty/ Tratado da União Europeia
ECOSOC	Conselho Econômico e Social das Nações Unidas
EUA	Estados Unidos da América
GAC	Government Advisory Committee
GATS	General Agreement on Trade in Services/ Acordo Geral sobre Comércio de Serviços
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade/ Acordo Geral de Tarifas e Comércio
HTML	HyperText Markup Language
HTTP	HyperText Transfer Protocol
IANA	Internet Assigned Numbers Authority/ Autoridade da Internet para Atribuição de Números

IBM	International Business Machines
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers/ Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia/Tribunal Internacional para a antiga Iugoslávia
IETF	Internet Engeneering Task Force
IGF	Fórum de Governança da Internet/ Internet Governance Forum
IP	Internet Protocol
ISO	International Organization for Standardization/ Organização Internacional para Padronização
ISOC	Internet Society
ISP	Internet Service Provider/ Provedor de acesso à Internet
ITLOS	International Tribunal for the Law of the Sea/ Tribunal Internacional para o Direito do Mar
ITU	International Telecommunication Union/ União Internacional de Telecomunicações
ITU-R	ITU Radiocommunication Sector/ Setor de Radiocomunicações
ITU-T	ITU Telecommunication Standardization Sector/ Setor de Normatização das Telecomunicações
LACNIC	Latin American and Carabean Network Information Centre/ Registro de Endereços da Internet para a América Latina e o Caribe
MIT	Massachusetts Institute of Technology/ Istituto de Tecnologia de Massachusetts
NAFTA	North American Free Trade Agreement
OC	Opinião Consultiva
OECD	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONG	Organização não governamental
ONU/UN	Organização das Nações Unidas/ United Nations
OSC	Orgão de Solução de Controvérsias da OMC
OSPAR	The Convention for the Protection of the marine Environment of the North-East Atlantic
Para.	Parágrafo
PSI	Provedores de Serviço de Internet
RFC	Requests for Comments
RFC	Requests for Comments
RIR	Regional Internet Registries

RIR	Regional Internet Registries
TLD	Top Level Domain
UDRP	Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy
UE	União Europeia
UNCLOS	United Nations Convention on the Law of the Sea/ Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar
UNDP	United Nations Development Programme/ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
URLs	Uniform Resource Locators
W3C	World Wide Web Consortium
WELL	Whole Earth Letronic Link
WIPO/OMPI	World Intellectual Property Organization/ Organização Mundial da Propriedade Intelectual
WSIS/ CMSI	World Summit on the Information Society/ Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação
WTO	World Trade Organization
WWW	World Wide Web

ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO: UM PROBLEMA AOS INTERNACIONALISTAS E UMA PROPOSTA DE ANÁLISE	3
1.DIREITO DE CAVALOS E O DIREITO INTERNACIONAL DA INTERNET	3
2. PROPOSTA E METODOLOGIA	6
II. A NOÇÃO DE REGIME NO DIREITO INTERNACIONAL	13
1.O DIREITO INTERNACIONAL PELA PERSPECTIVA DA FRAGMENTAÇÃO	17
2. OUTRAS NOÇÕES DE REGIME E OS REGIMES DO DIREITO FRAGMENTADO	31
3.OS REGIMES NA PRÁTICA ARGUMENTATIVA: <i>ETHOS</i> E HEGEMONIA	42
4. A POSTURA E A PERSPECTIVA PARA LIDAR COM OS REGIMES	44
4.1 <i>A visão política</i>	44
4.2 <i>A interdisciplinaridade</i>	47
5. CONCLUSÃO PARCIAL	52
III. CONSTRUÇÕES ARGUMENTATIVAS SOBRE A REGULAÇÃO DA INTERNET	54
1.AS BATALHAS PELA ALMA DA INTERNET	54
1.1 <i>Algumas batalhas até aqui</i>	55
1.2 <i>As representações sobre as batalhas</i>	62
2.ATUALMENTE: DE QUAL INTERNET ESTÃO FALANDO?	69
2.1 <i>As divisões didáticas internas à internet</i>	70
2.2 <i>As fronteiras do ciberespaço</i>	73
2.3 <i>Universalidade e balcanização</i>	75
3. QUEM ESTÁ ENVOLVIDO?	76
3.1 <i>O papel do Estado</i>	77
3.2 <i>Instituições</i>	80
4.DE QUE REGULAÇÃO ESTÃO FALANDO?	94
4.1 <i>Adaptação do direito internacional</i>	95
4.2 <i>Criação de novo direito internacional para a internet</i>	100
4.3 <i>A regulação da internet pelo direito internacional não é adequada</i>	106
5. CONCLUSÃO PARCIAL	112
IV. A CONSTRUÇÃO DE UM REGIME INTERNACIONAL DA INTERNET NO CONTEXTO DE FRAGMENTAÇÃO	115

1. OS SENTIDOS DA REGULAÇÃO DA INTERNET – EXISTE UM <i>ETHOS</i> ?	116
2. CONTRIBUIÇÕES DO REGIME INTERNACIONAL DA INTERNET À TEORIA DO DIREITO INTERNACIONAL ATUAL E NOVAS AGENDAS	121
3. CONCLUSÃO PARCIAL	126
V. CONCLUSÃO	128
BIBLIOGRAFIA.....	131

I. INTRODUÇÃO: UM PROBLEMA AOS INTERNACIONALISTAS E UMA PROPOSTA DE ANÁLISE

1. Direito de cavalos e o direito internacional da internet

Em 1996, o juiz Frank Easterbrook foi chamado para falar sobre “propriedade no ciberespaço” na Universidade de Chicago.¹ Ele começou sua fala com uma lembrança de Gerhard Casper, antigo diretor da instituição, que havia dito se orgulhar de não haver ali cursos “Direito e ...” a não ser que esses cursos iluminassem todo o direito.²

O palestrante continuou, dizendo que não valia a pena estudar um “direito de internet” (*Internet Law*), porque isso trazia o risco de um “diletantismo multidisciplinar”, ou uma “esterilização cruzada de ideias”³. Ele queria dizer que provavelmente os juristas não sabiam o suficiente de internet para prescrever um direito que se adaptasse ao seu dinamismo. Segundo ele, os participantes desse mundo é que deveriam tomar essas decisões.⁴

Para Easterbrook, um estudo específico sobre o “direito de internet” se assemelharia a um estudo do direito de cavalos. Muitos casos dizem respeito a cavalos, argumentava: venda de cavalos, pessoas que levaram coices de cavalos, corridas de cavalos, o tratamento de veterinários aos cavalos, entre outros. Mas se alguém tentasse estudar tudo isso em um curso sobre o direito de cavalos, faria um estudo demasiadamente raso e perderia a noção dos princípios unificadores do direito.⁵

Em um texto publicado três anos depois, Lawrence Lessig conta que no momento da palestra ele e seus colegas “devotos” do direito de internet ficaram incomodados com as afirmações de Easterbrook e com o juiz ter praticamente mandado seus ouvintes “voltarem

¹ Nossa fonte para a fala do juiz Easterbrook é uma versão editada e disponível em: <<https://www.law.upenn.edu/law619/f2001/week15/easterbrook.pdf>>, além de relatos dos autores citados em suas respectivas contribuições.

² EASTERBROOK, 1996.

³ “We are at risk of multidisciplinary diletantism, or, as one of my mentors called it, the cross- sterilization of ideas. Put together two fields about which you know little and get the worst of both worlds.” Id..

⁴ “Then let the world of cyberspace evolve as it will, and enjoy the benefits.” EASTERBROOK, 1996.

⁵ Ibid.

pra casa”⁶. Em 1999, Lessig transformou seu mal-estar em um texto sobre como o estudo do direito de internet iluminava, sim, outros aspectos do direito. Mais especificamente, ele destacou como esse estudo iluminaria os limites do direito como regulador, além das técnicas para lidar com esses limites.⁷

Esse debate poderia muito bem ocorrer novamente nos dias de hoje, quanto ao direito internacional da internet. Será um esforço inútil focar um estudo acadêmico sobre esse direito no âmbito internacional? Isso seria equivalente a estudar direito de cavalos? Melhor os internacionalistas ficarem fora disso, para não incorrerem em erros diante do dinamismo tecnológico?

Este trabalho argumenta que vale a pena sim estudar como o direito internacional lida com a internet. Especialmente diante de um direito internacional fragmentado⁸, o melhor a fazer é deixar de lado a busca por uma unidade doutrinária de todo o direito internacional⁹ e focar no novo formato de direito, o de múltiplos regimes. Esses regimes devem ser olhados por uma perspectiva que difere do emprego na disciplina das relações internacionais, por um lado, mas não se limita à identificação de grupos de normas pertencentes a determinados eixos temáticos, por outro. Ela se baseia na noção de direito como prática argumentativa e de que o cerne do regime, o que o identifica, é seu *ethos*, ou propósito. Por essa perspectiva, é possível buscar quais valores estão sendo protegidos enquanto projetos políticos específicos¹⁰.

Com essa informação – e se houver um conjunto de objetivos constantes identificáveis nas construções argumentativas –, poderemos responder se estudar direito internacional da internet é a mesma coisa que estudar o direito de cavalos. Ou seja, se aqueles que falam de direito internacional da internet estão apenas falando de um conjunto de normas de áreas como comércio (ex: propriedade intelectual) ou direitos humanos (ex: liberdade de expressão), que são aplicáveis à internet como objeto regulado, ou se, por

⁶ “‘Go home,’ in effect, was Judge Easterbrook’s welcome.” (LESSIG, 1999, p. 501).

⁷ As mesmas ideias estavam no livro “Code and Other Laws of Cyberspace”, de 1999, uma das principais obras sobre regulação da internet na literatura jurídica, que depois seria relançado com modificações em 2005.

⁸ Esse trabalho tomará como a fragmentação que realmente existe hoje no direito internacional como uma fragmentação cultural (PROST, 2012)

⁹ FISCHER-LESCANO, TEUBNER, 2004, p. 1017.

¹⁰ É necessário ter em mente que o processo de construção dos regimes é um processo que envolve políticas no seguinte sentido: “the term “politics” in its broadest sense, referring to the complex of factors (economic, cultural, linguistic, and so on) that determine the forms of relation within a given social totality” (TERDIMAN, 1987, p. 806).

outro lado, a interpretação dessas normas, uma vez aplicadas à internet, se vinculam a um objetivo específico da linguagem e ideias construídas ao redor da internet, em seu campo profissional.

Este trabalho também afirmará que é útil entender se a internet é um *topos* discursivo que reúne uma busca hegemônica¹¹ por implementação de objetivos que colidem com os objetivos buscados nos regimes de direitos humanos ou de comércio. E os juristas internacionalistas são exatamente aqueles que devem se preocupar com essas questões, porque sua disciplina de estudo e área de trabalho estão marcadas pelas disputas hegemônicas entre regimes e ele participa dessas disputas em qualquer uma de suas atuações profissionais – seja qual for a profissão, juiz, consultor, ativista, ou acadêmico.¹²

Para estudar o direito internacional de internet, os juristas internacionalistas precisam lançar mão da interdisciplinaridade, ao menos no sentido de tomarem conhecimento do que não classificariam a princípio como algo de sua competência, como algo jurídico. Há, sim, risco de diletantismo quando se trabalha interdisciplinarmente, mas existem saídas para diminuir esse risco, uma vez claros os objetivos da disciplina que move a investigação.

Finalmente, é possível sim iluminar todo o direito a partir do estudo do direito internacional da internet. Primeiro porque, identificando-se indícios da construção argumentativa de um regime e de qual é seu *ethos*, tem-se maior clareza de quais interesses estão em jogo no âmbito dos conflitos entre regimes¹³. Segundo porque, quando se fala do direito diante de novas tecnologias, não importa apenas olhar para os desafios do que é criado de novo por uma tecnologia – afinal, no limite é possível dizer que a internet não cria nada de novo para o direito. O que mais acrescenta ao estudo do direito internacional é ver quais questões são colocadas sob outra luz, são mais salientadas, diante de uma nova

¹¹ Assim, a atuação profissional dos juristas é parte de um determinado direito – a prática constitui a teoria e a teoria constitui a prática. Nesse sentido, o “direito internacional é o que os internacionalistas fazem e pensam” (KOSKENNIEMI, 2011, p. 293). O debate sobre o papel de cada um dos profissionais do direito, e especificamente do direito internacional, vem de décadas (cf. o trabalho considerado como precursor do debate da sociologia das profissões aplicada aos profissionais do direito internacional: SCHACHTER, Oscar. The Invisible College of International Lawyers. *Northwestern Law Review*, v. 72, n. 2, p. 217 a 226, 1977.). Contudo, tem voltado como forma de reflexão acerca das responsabilidades profissionais de cada um dos atores e do modo de se olhar para a teoria e prática do direito internacional como construções interligadas, o que corresponde melhor à realidade da construção do direito. Ver, por exemplo, a último research forum promovido pela ESIL em 2013. Temas debatidos estão disponíveis no site oficial: <<http://www.esil2013.nl/>>. Acesso em 07.08.2013.

¹² Cf. a relação específica de tais profissões com o direito internacional em KOSKENNIEMI, 2011.

¹³ Cf. KOSKENNIEMI, 2012.

aplicação do direito.¹⁴ Assim, este trabalho pretende esclarecer, mesmo que em parte, a estrutura do ‘maquinário’ do direito internacional¹⁵.

2. Proposta e metodologia

Esta dissertação buscará responder à pergunta “há indícios, na *literatura sobre a regulação internacional da internet*, da construção de um *regime da internet*?”. Trabalho com a hipótese de que a resposta é positiva.¹⁶ Em busca desta resposta, proponho trabalhar com um sentido específico para as expressões “literatura sobre a regulação internacional da internet” e “regime da internet”.

Para qualificar a noção de regime, indico que para se estudar o direito internacional atual, fragmentado culturalmente, é preciso olhar para seus regimes em um sentido de prática argumentativa cujo cerne, o que o identifica, é seu *ethos*, ou propósito. O jurista internacionalista pode identificar esse *ethos* em uma prática argumentativa se adotar uma postura política sobre o direito utilizando as ferramentas interdisciplinares.

¹⁴ Ideia apresentada por BALKIN, 2004.

¹⁵ Expressão utilizada por Emanuelle Jouannet no prefácio “Koskeniemi: A Critical Introduction”, p. 6, em KOSKENIEMI, 2011.

¹⁶ Não seria útil responder a essa pergunta indicando a história da internet e sua regulação, as instituições que a compõem, os conjuntos normativos que foram criados com base em problemas da rede. Isso já foi feito inúmeras vezes, ao longo de vários anos, e alguns trabalhos são bastante atualizados. Cf. e.g. BYGRAVE, L. A.; BING, J. (Eds.). *Internet Governance: Infrastructure and Institutions: Infrastructure and Institutions*. Nova York: Oxford University Press, 2009. KULESZA, Joanna. *International Internet Law*. New York: Routledge, 2012. KURBALIJA, Jovan. *An Introduction to Internet Governance*. DiploFoundation, 2012. MATHAISON, J. *Internet governance: the new frontier of global institutions*. Abingdon: Routledge, 2008. MUELLER, Milton. L. *Networks and states: the global politics of Internet governance*. Cambridge: MIT Press, 2010. WEBER, Rolf H. *Shaping internet governance: Regulatory challenges*. Springer, 2010. TAMBINI, Damian; LEONARDI, Danilo; MARSDEN, Chris. *Codifying cyberspace: Communications self-regulation in the age of Internet convergence*. Routledge, 2007. SMITH, Graham JH (Ed.). *Internet law and regulation*. Sweet & Maxwell, 2007. MUELLER, Milton L. *Ruling the Root: Internet Governance and the taming of cyberspace*. Massachusetts: MIT Press, 2002. O livro “An Introduction to Internet Governance”, de Jovan Kurbalija, por exemplo, acabou de ser lançado em 6a edição (2014). Essa atualização é tão recente que este trabalho já estava em fase de revisão quando houve o lançamento, por isso entrou em análise a versão anterior, de 2012.

Para responder se há indícios de que existe um regime *da internet*, analiso, então, a literatura mais recente sobre a regulação internacional da internet, buscando destacar os movimentos argumentativos das construções dos autores em direção à especialidade.¹⁷

Enfoco a literatura de formato acadêmico porque isso permite voltar atenção ao direito como objeto de construções dentro do campo jurídico.¹⁸ Ao mesmo tempo, os profissionais que atuam com o direito internacional, digamos, como ativistas ou diplomatas contribuem com uma perspectiva diferente do uso do direito em relação à perspectiva adotada por um juiz ou pelo acadêmico. Assim também ocorre com os profissionais da academia: o campo profissional traz um conjunto de escolhas determinadas que conforma “uma mesma língua” compartilhada entre os acadêmicos¹⁹. Então a escolha por esse tipo de literatura permite assumir uma postura consciente diante do discurso próprio desse campo profissional. Ao mesmo tempo em que a academia tem linguagem própria para lidar com o direito e ajudar a construí-lo, ela também reflete e influencia o direito vivo, utilizado e criado diariamente.

Ainda que não seja assim, o estudo da mera representação do que pode ser um regime já tem seu valor, principalmente porque a seleção de literatura deste trabalho tem

¹⁷ Uma objeção metodológica poderia atacar a escolha por buscar as construções argumentativas na literatura sobre regulação da internet. Contudo, ela se justifica por alguns pontos. Primeiro, porque captar o real funcionamento do regime da internet, a partir da composição de diversas construções argumentativas de diversos atores, apresentaria uma dificuldade intransponível. Identificar todos os atores relevantes para a regulação da internet, devido à sua quantidade, variedade de suas ligações e da informalidade de suas relações, parece ser um objeto inatingível no atual estágio dos estudos sobre a regulação da internet.

¹⁸ Esse modo de olhar para o direito é construído a partir da ideia de Pierre Bourdieu, segundo o qual vale a pena separar analiticamente o campo em que ocorre a produção do direito e o direito ele mesmo. Isso permite olhar os traços de cada um e as relações entre eles. Assim, segundo Bourdieu: “... while the juridical field derives the language in which its conflicts are expressed from the field of conceivable perspectives, the juridical field itself contains the principle of its own transformation in the struggles between the objective interests associated with these different perspectives...” (BOURDIEU, 1987, p. 816-817). Isso difere de visões que o autor chama de formalistas e instrumentalistas. Segundo Bourdieu, aqueles pecariam por buscar entender o direito a partir do isolamento de seus termos internos, pela exclusão de referências a elementos sociais, geográficos, históricos. Já os instrumentalistas, ao mesmo tempo que reconhecem no direito uma expressão de interesses de grupos que o desenham, ignoram forma específica do discurso jurídico. BOURDIEU, 1987, p. 814. Segundo Bourdieu, “The contrary, instrumentalist point of view tends to conceive law and jurisprudence as direct reflections of existing social power relations, in which economic determinations and, in particular, the interests of dominant groups are expressed: that is, as an instrument of domination. (...) Having ritually reaffirmed the “relative autonomy” of ideologies, these thinkers neglect the social basis of that autonomy—the historical conditions that emerge from struggles within the political field, the field of power—which must exist for an autonomous social (i.e., a legal) universe to emerge and, through the logic of its own specific functioning, to produce and reproduce a juridical corpus relatively independent of exterior constraint. But in the absence of clear understanding of the historical conditions that make that autonomy possible, we cannot determine the specific contribution which, based on its form, the law makes to the carrying out of its supposed functions.” (BOURDIEU, 1987, p. 815).

¹⁹ KOSKENNIEMI, 2011, p. 272

uma preocupação enquanto discurso: fazer diagnósticos sobre a regulação da internet como um todo e propor soluções que resolvam problemas identificados ou que podem surgir. Guiando o raciocínio dessas argumentações haverá sempre uma noção própria sobre a internet, de como ela deve ser regulada e, o mais importante, que ponto ideal se busca ao fazer essas escolhas: qual o *ethos* que as move.

A seleção da literatura sobre regulação internacional da internet se voltou às obras publicadas a partir de 2011. Esse recorte temporal se justifica pela intenção de se fazer uma fotografia da discussão atual sobre o tema. O ano de 2011 foi selecionado como recorte objetivo justamente por representar o início do último período indicado na periodização de John Palfrey Jr. acerca das representações sobre regulação da internet. Segundo esta periodização, houve em 2011 o início de uma nova fase²⁰ de pensamento sobre a regulação da internet, de “acesso contestado”, como reação a um movimento de regulação crescente sobre a internet por parte dos Estados desde o começo dos anos 2000.²¹

As buscas pela literatura acerca da regulação internacional da internet foram feitas com termos em inglês e em português em variados sistemas (Google Scholar, SSRN, Teses USP, Domínio Público, SIBi – Portal de Busca Integrada, Iusdata, Dedalus, LexisNexis, Capes Periódicos, Heinonline, Jstor). Os termos buscados em campos de “título” e “assunto” foram “governança internacional da internet”, “regime internacional da internet”, “a internet no direito internacional”, “regulação internacional da internet” e variações das expressões com a substituição do termo “internacional” por “global” e “transnacional”. A lista de obras foi posteriormente complementada com referências a partir das citações das obras já selecionadas.

Esse critério de seleção buscava por trabalhos que lidassem com o sentido mais corriqueiro de regime, cuja origem é “reger”, “governar”, “administrar”, “dirigir”²². Assim o trabalho abrangeria parte da vasta literatura, dentro da qual se escolhem diversas noções de direito, de regulação (jurídica ou não) e de perspectiva (política ou jurídica).

A seleção adicionou o termo “regulação”, mais abrangente do que “direito”, para que seja possível precisar o papel inclusive da regulação não-jurídica, quando citada pelos autores diante de construções argumentativas que envolvem o direito. Primeiro, como

²⁰ PALFREY JR., 2010.

²¹ A periodização será melhor detalhada no capítulo III.

²² Dicionário etimológico CUNHA, 2010.

veremos, porque se hoje já há uma tendência, no direito internacional, de se ver o direito como regulação “tecnicizada” – ou seja, que apenas é entendida e manipulada por *experts* em temas específicos, buscando a eficiência em relação a um ponto ótimo de suas áreas –, isso pode ser ainda mais forte na regulação da internet²³. Segundo, porque essa despolitização do direito – e da regulação não-jurídica – leva a uma obscuridade sobre interesses envolvidos e objetivos buscados. Por isso olhar para essa regulação não-jurídica é premente para o esforço de deixar as escolhas nas construções argumentativas sobre a regulação da internet mais visíveis.

Também escolhi selecionar, entre outros, o termo “governança da internet”. De acordo com um levantamento de Eaten e Muller, o próprio campo de governança da internet em um sentido amplo se divide em quatro áreas, cada uma com publicações próprias: 1) governança da internet, 2) política de telecomunicações; 3) economia da segurança da informação²⁴ e 4) ciberdireito²⁵. “Common to all definitions of governance is a notion of *steering*.”²⁶

Fica evidente na classificação dos autores a inserção do aspecto jurídico ou ao menos do aspecto regulatório na literatura sobre governança da internet. Dessas áreas indicadas por Eaten e Muller foram excluídas da seleção deste trabalho a segunda e a terceira, pois normalmente ou tratam de temas que extrapolam a internet (o que normalmente é chamado de “informação” e inclui outros elementos de telecomunicação), ou cuidam de pontos mais particulares, como a neutralidade da rede ou a regulação de domínios.²⁷ Segundo os autores, as outras duas – o “ciberdireito” e de governança da internet (em sentido amplo) – utilizam o termo “governança da internet” dentro de sua literatura.²⁸

²³ KOSKENNIEMI, 2011, p. 236.

²⁴ “The new field, which designates itself as information security economics, is based on the insight that the Internet’s security problems are not simply technical but are driven by the economic incentives of actors and firms.(...) It analyzes the cost–benefit tradeoffs of the efforts of ISPs worldwide to secure their networks and customers, the assignment of liability to software producers or ISPs, the impact of network externalities, and the ways in which markets interact with government action in response to security problems”. (EATEN, MULLER, 2012, p. 725-726). Os autores esclarecem também que existem alguns estudos que eles classificam nesse grupo que não utilizam conceitos de economia e focam em questões de segurança na noção das relações internacionais. Id., p. 726.

²⁵ EATEN, MULLER, 2012, p. 722

²⁶ Id, p. 721

²⁷ Essa visão, resultado de uma busca exploratória da literatura, é corroborada por EATEN, MULLER, 2012, p. 725-726.

²⁸ “The literature review reveals a distinctive fact pattern. The field designator ‘Internet governance’ is strongly linked to research on the ICANN, ccTLDs, the WSIS and the IGF. The three other fields deal extensively with issues that strongly affect Internet governance, yet only one of them (Cyberlaw) explicitly

Para compreender melhor o modo de leitura desses trabalhos sobre governança da internet, a revisão da literatura mais recente feita por Jeanette Hofmann, Christian Katzenbach e Kirsten Gollatz traz mais um elemento esclarecedor. Eles destacaram que principalmente até o começo dos anos 2000 quase nenhum autor definia a noção de governança usada, de forma que muitas vezes aparecia como sinônimo de regulação e administração.²⁹ A situação muda bastante a partir de 2002, quando os autores passam a utilizar a mesma noção de governança.³⁰

Além disso, os autores apontam que há uma herança diferente da construção do termo *governança* da literatura geral americana e da europeia. Enquanto na americana a expressão era tradicionalmente igualada a governo, na literatura europeia houve uma substituição nos últimos anos de noções de governo com foco em uma estrutura hierarquizada para noções de coordenação, interação de várias estruturas. Essa criação de novos significados, contudo, teve uma consequência negativa indicada por Hoffman *et al*:

“Substituting governance for the narrow concept of steering, however, came at a price. Governance turned out to be a rather airy and vague term that is not only difficult to operationalize but also doesn't entail many clues about the specific structures, processes and actors that replace the concept of command and control.”³¹

Esta objeção, contudo, não anula a utilidade do estudo dos trabalhos sobre “governança da internet”. Ainda que não coloque o direito como centro das atenções, trata de formas de regulação que podem dizer algo para a conformação ou não do regime da internet.

uses the term Internet governance for a subset of its domain. It is also clear that the disjunction has little to do with disciplinary boundaries. All of the fields are interdisciplinary and there is substantial disciplinary overlap across them.” (EATEN, MULLER, 2012, p. 727).

²⁹ HOFMANN, KATZENBACH, GOLLATZ, 2014, p. 5.

³⁰ Eles adotam a noção cunhada durante a segunda conferência WSIS, de que falaremos a diante: “Internet governance is the development and application by Governments, the private sector and civil society, in their respective roles, of shared principles, norms, rules, decision-making procedures, and programmes that shape the evolution and use of the Internet”. Sobre a definição, os autores comentam: “Interestingly, laws, contracts and policies are missing in the detailed list of instruments and processes that constitute Internet governance, although the impact of these means on the development and use of the Internet can hardly be denied.” (Id., p. 8). Essa noção de ampliação da noção de governança a partir das conferências WSIS é indicada também em BROUSSEAU, MARZOUKI, 2012, p. 372-375.

³¹ HOFMANN, KATZENBACH, GOLLATZ, 2014, p. 13.

Os resultados da seleção indicada trouxeram três tipos de resultados. Um grupo de obras considera a regulação da internet como uma mera questão de compatibilidade de jurisdições, de harmonização do direito privado internacional (*conflict of laws*). Outro grupo, partindo do pressuposto de que a primeira via não é suficiente, valoriza a regulação internacional em moldes privados – por atores e relações privadas – e/ou públicos – por Estados e instituições. Um terceiro tipo de obras eram aquelas que focavam em regulações nacionais e faziam um estudo comparado. É apenas segunda via que interessa a esse trabalho, porque é a única que leva em conta uma regulação supranacional com escolhas materiais sobre a política da internet. Como já indicado nos itens anteriores, a preocupação deste trabalho está na intersecção entre o tema da fragmentação do direito internacional e os desafios da regulação internacional da internet. Por isso foram excluídos os trabalhos que só tratavam da internet através de questões de direito internacional privado ou doméstico.

Com essas escolhas metodológicas, este trabalho pretende responder, ao final, se há indícios da existência de um regime internacional da internet no sentido de um conjunto de construções argumentativas sobre o direito em direção à especialidade, ao redor de um *ethos* próprio. Para expor os resultados de pesquisa, este trabalho se dividirá em três capítulos após este capítulo de introdução.

O capítulo II detalhará a noção de regime com que o trabalho vai lidar dali em diante. A noção será localizada dentro do debate da fragmentação do direito internacional e depois diferenciada da mesma palavra utilizada no contexto das relações internacionais e em outras visões sobre o direito. Adotada a noção da fragmentação cultural e de regime no sentido utilizado nessa linha, será explorada a noção de *ethos* e sua importância. Em seguida, virá a discussão sobre a postura do jurista diante do desafio de análise de regimes diante da fragmentação cultural e sua utilização do ferramental interdisciplinar.

O capítulo III trará os resultados da análise da literatura acerca da regulação da internet. Para o objetivo de contextualização, o capítulo explorará algumas disputas sobre a regulação da internet nos poucos anos desde sua criação e as representações que foram feitas dos períodos de predomínio de ideias sobre a forma de sua regulação. Partindo do último período indicado, abordo as diferentes noções de internet e as diferentes indicações de quais são os atores envolvidos na regulação. Uma vez compreendida a complexidade das visões analisadas, exponho três grupos de obras, de acordo com os movimentos que fazem em relação ao direito internacional público: 1) adaptação do direito existente aos

desafios colocados pela internet; 2) criação de um novo direito, diante da ineficiência do atual em regular a internet como deveria ser regulada; 3) inadequação do direito como tipo de regulação.

O capítulo IV é a ponte entre as posições adotadas no capítulo II e os achados do capítulo III. A pergunta-problema será respondida com base na identificação de possíveis sentidos (ou propósito interpretativo) das construções argumentativas sobre a regulação internacional da internet. Ao final, procuro estabelecer que contribuições o trabalho tem a oferecer para as ideias de funcionamento dos regimes no contexto de fragmentação do direito internacional.

II. A NOÇÃO DE REGIME NO DIREITO INTERNACIONAL

“Funny rationality that ends at the boundary of discourse?”³²

Este capítulo abordará o sentido de se usar a noção de regimes para entender a fragmentação do direito internacional e, conseqüentemente, o próprio direito internacional atual. Antes disso, é interessante pontuar a visão geral do trabalho sobre o direito e sobre o direito internacional.

É comum trazer a importância do direito para o estabelecimento de pautas de conduta que “limitam as paixões, os instintos e os interesses”³³, assim como fazem as regras morais, religiosas, consuetudinárias, técnicas de etiqueta etc. Essas regras “possibilitam a estabilidade das expectativas, garantindo a previsibilidade das ações, sem a qual a sociedade tenderia a desintegrar-se.”³⁴ Nesse sentido, não há dúvidas de que as regras jurídicas trazem uma dimensão axiológica para a regulação social, protegendo alguns valores em detrimento de outros.³⁵

Ao tentar responder a pergunta recorrente “o que é direito?”, H. L. A. Hart traz a afirmação de que a resposta deve ser buscada nas práticas sociais às quais o conceito se refere.³⁶ Segundo o autor,

“Sometimes the difference between the clear, standard case or paradigm for the use of an expression and the questionable cases is only a matter of a degree (...). There are disputed cases where there can be no conclusive argument for or against their classification as law.”³⁷

³² TEUBNER, 1996, p. 901-902.

³³ AMARAL JR., 2013, p. 13

³⁴ AMARAL JR., 2013, p. 13

³⁵ NASSER, 2005, p. 34.

³⁶ MACEDO JR., 2013, p. 57.

³⁷ HART, 1994, p. 4-5. Ainda, segundo o autor, “...the several instances of a general term are often linked by analogy as when we speak of the ‘foot’ of a man and also of the ‘foot’ of a mountain. They may be linked by *different* relationships to a central element. Such a unifying principle is seen in the application of the word ‘healthy’ not only to a man but to his complexion and to his morning exercise; the second being a *sign* and the third a *cause* of the first central characteristic. Or again – and here perhaps we have a principle similar to that which unifies the different types of rules which make up a legal system – the several instances may be different constituents of some complex activity.” (grifos do autor) HART, 1994, p. 15.

Hart identificou ordenamentos jurídicos como compostos de normas primárias e secundárias, sendo as primárias aquelas definidoras de comportamentos e as secundárias, as “normas sobre normas”, de reconhecimento, mudança e adjudicação.³⁸ Hart fez o diagnóstico de que não era possível identificar as normas do segundo tipo no direito internacional, e que por isso ela seria apenas um agregado de normas primárias, com uma estrutura primitiva.³⁹

Ainda que receba o mérito de ter trazido ao campo jurídico os elementos da filosofia da linguagem⁴⁰, o autor foi criticado em sua abordagem do direito internacional por diversas perspectivas, dentre as quais estão acusações de que as normas secundárias são sim reconhecíveis⁴¹, que ele havia feito a pergunta de forma errada⁴² e de que ele trabalhava com uma noção muito fechada do sistema internacional e do nacional⁴³, ignorando as relações que se construíram a partir da globalização.

Definir o direito internacional não é tarefa fácil, principalmente quando a auto-definição que marcou boa parte da construção normativa internacional parece ser incompatível com os novos fenômenos da sociedade internacional. A base do ordenamento internacional, normalmente reconhecida nas fontes do Estatuto da Corte Internacional de Justiça⁴⁴, é a do direito que emana do consentimento e da prática dos Estados.

³⁸ HART, 1994, p. 89-96.

³⁹ HART, 1994, p. 208-231.

⁴⁰ MACEDO JR., 2013, p. 52-65.

⁴¹ “Numerous secondary rules can be retrieved in international law nowadays. They can be of various legal origins: some are treaty-based like Vienna Convention on the law of treaties, while others are customary like the secondary rules pertaining to the creation of customary law. Of course, secondary rules are less determinate in international law than they are at national level. This is due to the scope and diversity of the international law-making process, but also to the extreme variety between its different sources and their respective processes, on the one hand, and to their complementary and overlap in practice, on the other.” (BESSON, 2010, p. 178).

⁴² “Hart himself raised the question whether so-called international law really counts as law on his new test. However, though he phrased that question in the traditional way, he actually changed the subject. He asked a question for social scientists: whether there is any system of practices that can sensibly and usefully be described, for their sociological or anthropological purposes, as international law. That is very different from the doctrinal question posed to the lawyers and judges who practice international law: the question, for instance, whether the intervention in Kosovo was legal under international law. Hart approached his sociological question by conceding, first, that the distinction between primary rules and secondary rules could not be made in the international realm. He found nothing comparable to what he understood as the familiar secondary rules of domestic law—general rules of legislation, for instance—in the international sphere.” (DWORKIN, 2013, p. 4.)

⁴³ TWINING, 2000, p. 33-46.

⁴⁴ “Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais. que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

Contudo, além de dividir a produção normativa com outros atores, hoje os Estados podem se ver obrigados por regras a que não consentiram. Estudos recentes mostraram que isso pode acontecer quando há aberturas normativas e institucionais em um regime para outros regimes⁴⁵ ou na produção normativa por organizações intergovernamentais ou por organizações não-governamentais, o que expande o regime normativo a que os Estados consentiram inicialmente⁴⁶.

Como traz Harold Koh, esses binômios público/privado e doméstico/internacional não condicionavam os estudos do direito natural e das gentes antes do século XVIII, quando se inicia a quebra entre esses elementos no estudo da disciplina, principalmente entre o doméstico e o internacional. Isso gera uma divisão do trabalho entre os teóricos, com a profissionalização do direito internacional a partir do século seguinte, que passa a marcar tanto as obras dos críticos do direito internacional quanto de seus defensores. Essa separação entre os estudos que se preocupam com o direito nacional e com o direito internacional é uma grande dificuldade para a construção de uma teoria do direito que dê conta do direito atual de forma completa, sem tomar por base comparações entre direito nacional e direito internacional.⁴⁷

A classificação do direito internacional como direito é questão controvertida desde as discussões do século XIX até as atuais. Frédéric Mégret analisa a literatura principal desse período sobre a classificação do direito internacional enquanto ‘direito’ e encontra cinco correntes entre os autores: os negadores (*deniers*), os idealistas, os apologistas, os reformistas e os críticos. Os primeiros negam que o direito internacional seja direito em geral por algo que lhe falta – *enforcement* central e sistemático, o que se combina com o argumento de fato de que se os Estados agem de uma ou de outra forma é por conta de interesses, não das normas. Já os idealistas são aqueles crentes no poder das ideias, acreditam que nem tudo é derivado do consentimento dos Estados e normalmente não estabelecem separações entre o direito e a moral. Os apologistas rejeitam as afirmações dos

b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;

c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas;

d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bano*, se as partes com isto concordarem.”

⁴⁵ O sentido de regime aqui utilizado é o de conjunto de normas que versam sobre um mesmo tema.

⁴⁶ YOUNG, 2012, p. 94-97.

⁴⁷ Cf. KRATOSCHWILL, 2009; KOH, 1997; TWINING, 2000.

dois anteriores e inferem da prática social um caráter jurídico *sui generis*, buscando ver como o direito internacional funciona, antes de buscar reinventar o sistema. Os reformistas demonstram um descontentamento com a natureza primitiva do direito internacional e buscam por mudanças que o reforcem como jurídico. Finalmente, os críticos atacam a premissa do debate sobre se o direito internacional é direito, e o veem como uma distração do debate que realmente importa, que é o da exclusão e da opressão.⁴⁸

Mesmo que este trabalho não pretenda se alinhar a determinada corrente destas, toma por certo que:

“International law may be understood as ‘law’, with the capacity to regulate relations between states as well as between states, peoples, and other international actors, but it is also recognized as a language of government in certain contexts, as a bundle of techniques, and as a framework within which several (modern and post-modern) constructivist projects are articulated”.⁴⁹

Como aponta Koh, a partir da década de 1970 e 1980, com o aumento das instituições, a proliferação de atores não estatais e a interpenetração dos sistemas nacionais e internacionais, inaugura-se uma era de “relações transacionais”.⁵⁰ Contudo, o curioso da produção da época nas relações internacionais é que a palavra “direito” parecia ser proibida, apesar de vários elementos que fazem parte de sua prática serem analisados. Ao mesmo tempo, Jan Klabbers indica que os efeitos tanto da globalização quanto da privatização fizeram com que a clareza sobre o que constitui o direito internacional se perdesse.⁵¹

O rompimento dessa mudança social parece se sentir no direito a partir da década de 1990, passada uma fase de otimismo com relação ao direito internacional, como veremos a seguir. Essa reflexão ocorre no âmbito das discussões sobre a fragmentação do direito internacional.

Justamente por precisar de uma reconstrução teórica (e, claro, normativa), busco abordar a disciplina do direito internacional a partir desse estranhamento interno – por

⁴⁸ MÉGRET, 2012, p. 71-81.

⁴⁹ CRAWFORD, KOSKENNIEMI., 2012, p.2.

⁵⁰ KOH, 1997, p. 2624 e ss. Exploraremos nos itens seguintes as noções de regimes nas relações internacionais.

⁵¹ KLABBERS, 2009, p. 84.

parte dos internacionalistas – que configura as teorias sobre a fragmentação do direito internacional.

Para essa abordagem, parto da noção de que, já que o direito é um fenômeno social, tende a refletir a realidade social subjacente. Contudo, por sociedade não se entende apenas o comportamento de pessoas ou Estados, mas também as ideias pelas quais estes enxergam o que fazem. Assim também é com o direito, que contém uma interpretação de como a sociedade é e de como ela deveria ser, para ser melhor.⁵²

Assim, “seria possível fazer uma leitura ‘inversa’ do direito, a fim de revelar a interpretação adotada sobre o mundo em que vivemos.”⁵³ Pela desconstrução de maquinário do direito internacional é possível tirar lições sobre o que ele é e como deve ser a postura do jurista diante (e dentro) de seu funcionamento.

1.O direito internacional pela perspectiva da fragmentação

O discurso sobre fragmentação do direito internacional surge na fala dos juristas internacionalistas a partir da década de 1990 e continua a ganhar força nos últimos anos. Ele geralmente aparece como uma “angústia pós-moderna”⁵⁴, que deriva de um conjunto de mudanças no mundo e no direito, traduzidas num “desencantamento” com o direito internacional⁵⁵.

⁵² “According to the social conception, law is a social phenomenon, not a set of abstract, unhistorical maxims of natural justice. It is linked to concrete conditions of social life – indeed, it reflects an underlying social reality. But legal concepts and categories are not given by society in any automatic way. “Society” is not simply a lot of people (or States) behaving but includes the ideas through which people (and States) look at what they are doing. Therefore the law, too, must bear a connection to those ideas. So, even as it reflects the social context, it also reflects normative views about that context. In other words, law implies an interpretation of what society is like now and what should be done in order to make it better. To enact consumer protection legislation, for example, implies a social theory, an interpretation according to which, unless legislation were enacted, society’s natural condition would overrule consumer interests in some unacceptable fashion.” (KOSKENNIEMI, 2005a, p. 474).

⁵³ Tradução livre, “it should be possible to read law “backwards” in order to reveal the interpretation which carries of the world in which we live” (KOSKENNIEMI, 2005a, p. 474).

⁵⁴ Como explicam os autores, numa visão chamada de pós-moderna, a imagem da soberania como unidades do mundo se dissolve, assim como as regulações entre Estados soberanos. LEINO, KOSKENNIEMI, 2002, p. 556.

⁵⁵ Denominação de MARTINEAU, 2006.

A forma do direito anterior à fragmentação que normalmente os internacionalistas têm em mente é aquela cujas características se consolidaram a partir do pós-primeira Guerra Mundial. Na época, os juristas buscavam a estruturação de um direito internacional que, em igualdade com o direito doméstico, protegesse os indivíduo⁵⁶ por meio de “direitos presumidos autênticos, pré-políticos, autocontidos”⁵⁷. Era uma onda de otimismo com relação ao direito internacional, com ápice na criação da ONU. Como continuação dessa linha, o período do pós-segunda guerra era marcado pela busca pela centralização de produção normativa – exemplificada principalmente pela Comissão de Direito Internacional⁵⁸.

Contudo, a partir da década de 1990, passou a ocorrer paulatinamente o esvaziamento político dos foros centralizados, como a ONU ou a CDI⁵⁹, e o surgimento de um pessimismo em relação à possibilidade de se centralizar o direito internacional. Isso se somou à crescente literatura em direito internacional que fazia leitura da “perda da unidade” do direito internacional e a “incoerência sistemática” desse direito, marcando o período desse “desencantamento”⁶⁰ que se estende até hoje.

Essa narrativa sobre as mudanças do direito internacional, que Anne-Charlotte Martineau⁶¹ descreve como um pessimismo, pode ser contada de formas variadas, como um fenômeno bom para o direito, ruim para o direito, que pode ser revertido ou não. Nesse sentido, Martti Koskeniemi ressalta o caráter do parâmetro comparativo desse direito que se percebe como fragmentado, ou seja, por qual ótica se percebem os fenômenos que ocorreram tanto com a sociedade quanto com o direito internacional:

“In an important sense, ‘fragmentation’ and ‘coherence’ are not aspects of the world but lie in the eye of the beholder. What is new and

⁵⁶ KOSKENNIEMI, 2011, p. 358.

⁵⁷ Id., p. 359. Essa transição também é normalmente retratada como uma mudança do direito de coexistência para o direito internacional de cooperação. Id., p. 30.

⁵⁸ Id., p. 69-71

⁵⁹ Cf. KOSKENNIEMI, 2005b, p. 71 e ss.

⁶⁰ Denominação de MARTINEAU, 2006.

⁶¹ “Traditionally, and up to the Second World War, international adjudication was understood to be a relatively formal and centralized activity. It is now perceived as a wide range of activities and institutions, some being more politically active than others. Nobody doubts that the proliferation of tribunals has generated new issues such as forum-shopping and conflicting jurisprudences. Nonetheless, the universalist solution framed in terms of coherence and unity – the establishment of a normative and/or institutional hierarchy – seems outdated, if not anachronistic. This is because the spiral-like movement in which periods of enthusiastic reform are followed by periods of disillusionment and retreat, and in which yesterday’s counterpoint becomes today’s mainstream, does not return to the same starting point. Each period conserves something of the memory of its predecessor, consisting of internalized assumptions and fallback positions.” (MARTINEAU, 2006, p. 25).

unfamiliar, will (by definition) challenge accustomed ways of thinking and organizing the world. Novelty presents itself as “fragmentation” of the old world.”⁶²

Para entender melhor essas diferentes percepções, Mario Prost busca categorizar os fatores que possivelmente provocaram nos internacionalistas uma sensação de “dispersão e dissolução” do direito internacional, a partir de uma análise da literatura desde a década de 1990. Ele chega a cinco fatores, que serão analisados em seguida: expansão material do direito internacional, crescimento da comunidade jurídica internacional, proliferação de sujeitos participantes, diversificação de fontes e emergência de “monstros jurídicos”.⁶³

Segundo Prost, a angústia da fragmentação possivelmente decorre, primeiro, de uma “densificação e expansão”⁶⁴ da disciplina: a multiplicação das atividades do direito internacional – que passa a abranger novas áreas - e uma diversificação de seus objetos e técnicas⁶⁵.

Até o fim do século XIX, o direito internacional basicamente se restringia a regular os limites da jurisdição do Estado e a condução de relações diplomáticas⁶⁶. Mas depois da Segunda Guerra Mundial e especialmente após a Guerra Fria, esse direito passa a crescer em direção a todas as áreas da atividade humana⁶⁷. A partir da metade do século XX, conseqüentemente, há expansão tanto das organizações internacionais (expansão institucional), quanto das normas de direito internacional (expansão material), vistos os diversos “ramos” que foram se construindo para tratar de aspectos cada vez mais específicos do direito⁶⁸.

⁶² INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2006, para. 20.

⁶³ “‘Material expansion’, ‘widening international legal community’, ‘proliferation of speaking subjects’, ‘diversification of sources’, and emergence of ‘juridical monsters’: these developments, taken together, work to produce in a discipline of international law a feeling of dispersion and dissolution”. PROST, 2012, p. 7.

⁶⁴ Mario Prost, preocupado em observar como era construído o discurso sobre fragmentação do direito internacional que se torna presente na fala dos internacionalistas a partir da década de 1990, indica alguns fatores de que isso que se chama de fragmentação parece decorrer. A partir deles, ele passa a identificar conceitos de unidade ideias em que se baseiam as diferentes percepções de fragmentação. PROST, 2012, p. 3.

⁶⁵ PROST, 2012, p. 3.

⁶⁶ Id., p. 3.

⁶⁷ PROST, 2012, p. 4.

⁶⁸ GALINDO, 2000, p. 8-9. Mario Prost indica, sobre isso, que as mudanças constatadas na década de 1990 são ocorreram todas na própria década. Um processo que poderia ser identificado nos anos anteriores, modificou o direito internacional da década de 1960, que representava “uma era do direito internacional geral”, para a década de 1990 ser “a década do direito internacional especial”. PROST, 2012, p. 7.

Houve expansão do direito internacional também em relação aos Estados sobre os quais ele passou a abranger depois da descolonização, intensificada entre a década de 1950 e 1980, que incluiu muitos novos Estados à comunidade internacional⁶⁹. Se o direito internacional era originalmente europeu e se destinava aos povos considerados “civilizados”, ele passa então a ter uma pretensão universal – ainda que persistam diferenças para os “países de terceiro-mundo”⁷⁰.

Ainda, quando deixa de existir a noção de Estado não-civilizado – excluído da comunidade internacional –, todos os Estado passam a estar sob a égide do direito internacional⁷¹. Mesmo que o direito internacional atual ainda construa sua identidade em contraposição a seus “inimigos”⁷², essa é uma diferença qualitativa determinante para a expansão do direito internacional em direção à universalidade.

Isso aconteceu ao mesmo tempo do que se identifica como uma crise – iniciada principalmente durante globalização econômica da década de 1980 – das fronteiras do Estado-nação, que deixaram de ser o parâmetro único para o direito e passaram a ser apenas uma das possibilidades de parâmetro de criação normativa⁷³. Houve uma relativização do duo westfaliano, que antes indicava que o direito se dividia entre o doméstico (dentro do Estado) e o internacional (entre Estados)⁷⁴. O direito não-estatal também passa a ganhar espaço⁷⁵ e a regulação é feita em diversos níveis das relações, levando em conta produções privadas e públicas por diferentes atores⁷⁶. Enquanto organizações internacionais alteraram significativamente o modo de produção e implementação do direito internacional, empresas, cidades e ONGs se tornaram atores com importância crescente para disciplina.⁷⁷

⁶⁹ “Following decolonization, the international legal community has grown dramatically from about 40 recognized state actors in 1920 to nearly 200 today”. PROST, 2012, p. 4 e ss.

⁷⁰ Cf. LORCA, Arnulf Becker. Eurocentrism in the History of International Law. In: FASSBENDER, Bardo. PETERS, Anne (Eds.) The Oxford Handbook of The History of International Law. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1035 a 1057. ANGHIE, Antony. Identifying Regions in the History of International Law. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Eds.). The Oxford Handbook of the History of International Law. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1058-1077.

⁷¹ PROST, 2012, p. 5.

⁷² PROST, 2012, p. 5. Cf. HOFFMANN, Florian. Foundations beyond law. In: DOUZINAS, Costas. GEARTY, Conor(eds.). The Cambridge Companion to Human Rights. Cambridge University Press, 2013. p. 221-246.

⁷³ KOSKENNIEMI, LEINO, 2002, p. 557.

⁷⁴ TWINING, 2009, p. 10.

⁷⁵ Id., p. 15.

⁷⁶ Id., p. 3.

⁷⁷ Id., p. 26.

Finalmente, outra possível razão para a angústia dos autores sobre uma fragmentação, surgida nos últimos anos, é a mudança no direito internacional causada pelo que Mario Prost denomina “monstros jurídicos”: “(...) formas desconhecidas, objetos e processos que não são facilmente se encaixam nas categorias clássicas do direito internacional público”⁷⁸. Dentre eles estão o *soft law* ou o “*unofficial law*”⁷⁹, as instituições híbridas (nem nacionais nem internacionais estritamente)⁸⁰ e órgãos de jurisdição híbrida⁸¹.

A partir de um ou mais desses fatores, a discussão sobre os “problemas” da fragmentação aparece na obra dos autores que exploram a questão com uma visão geral do direito internacional⁸² ou olhando através de temas específicos (comércio, direitos humanos, direito ambiental etc.)⁸³. Um possibilidade de sistematização dessa literatura é a de Fischer-Lescano e Teubner, que criaram as seguintes categorias: discussão na literatura de *case law*, discussões em comitês de *experts*, discussões dos presidentes da CIJ e

⁷⁸ “[U]nfamiliar forms, objects and processes that do not easily fit into the classical categories of public international law”. PROST, 2012, p. 6.

⁷⁹ O autor aponta formas de regulação adotadas por atores privados, em setores específicos, como *lex mercatoria*, *lex esportiva*, *lex eletronica*.

⁸⁰ O autor indica como exemplo a União Europeia, que seria entre uma organização internacional e um estado pré-federal.

⁸¹ O autor exemplifica com as jurisdições que têm sido estabelecidas no campo das soluções de controvérsias sobre investimentos, como o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos e na área de justiça penal, como os tribunais penais internacionais para Serra Leoa, Cambodia, Líbano, que tanto são compostos por juízes internacionais e nacionais, quanto aplicam regras do sistema nacional e do internacional.

⁸² Cf. e.g. ABI SAAB, G. Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks. *NYU Journal of International Law and Policy*, v. 31, p. 919-33, 1998-1999. DUPUY, Pierre-Marie. International law: torn between coexistence, cooperation and globalization. General conclusions. *European Journal of International Law*, vol. 9, p. 278-286, 1998. DUPUY, Pierre-Marie. The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of Justice. *New York University Journal of International Law and Politics*, New York, v. 31, p. 791-807, 1999. FISHER-LESCANO, ANDREAS; TEUBNER, G. Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 999-1046, 2004. HAFNER, G. Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 849-863, 2004. SIMMA, B. Fragmentation in a Positive Light. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 845-7, 2012. KOSKENNIEMI, Martti e LEINO, Päivi. Fragmentation of International Law? Postmodern anxieties. *Leiden Journal of International Law*, v.15, p. 553-579, 2002. PAUWELYN, Joost. Bridging fragmentation and unity: international law as universe of inter-connected islands. *Michigan Journal of International Law*, Michigan, v. 25, n. 4, p. 903-916, 2004. PROST, Mario. All Shouting the Same Slogans: International Law’s Unities and the Politics of Fragmentation. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 17, p. 1-29, 2006. RAO, Pemmaraju Sreenivasa. Multiple international judicial forums: a reflection of the growing strenght of international law or its fragmentation? *Michigan Journal of International Law*, Michigan, v. 25, n. 4, p. 929-961, 2004.

⁸³ Cf. e.g. JACKSON, J. H. Fragmentation or Unification Among International Institutions: The World Trade Organization. *New York Journal of International Law and Politics*, v. 31, p. 823-31, 1999. SALAMA, R. Fragmentation of International Law: Procedural Issues Arising of the Sea Disputes. *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, v. 19, p. 24-55, 2005. PINTO, Mônica. Fragmentation or unification among international institutions: human rights tribunals. *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 31, n. 4, p. 833-842, 1999.

controvérsias acadêmicas.⁸⁴ Essas categorias mostram como as origens e abordagens sobre o que é a fragmentação do direito internacional e o que deve ser feito sobre ela podem variar.

Olhando para esse universo de produções, Mario Prost identifica dois momentos da literatura sobre fragmentação. Segundo ele, primeiro os autores se preocupavam com a extensão em que o direito internacional estaria se fragmentando – no caso de isso estar ocorrendo – e se isso era desejável ou não. Já em um segundo momento, os autores se ocupam das possíveis vias ou técnicas de se “ordenar o pluralismo”.⁸⁵ Essa segunda linha se inaugura, segundo Mario Prost, com o Relatório de 2006 da Comissão de Direito Internacional, intitulado “Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law”.

Dentro da primeira linha da literatura, a angústia com a fragmentação foi retratada inicialmente pelos juízes da CIJ em alguns de seus discursos nas décadas anteriores ao relatório da CDI.⁸⁶ O juiz Stephen Schwebel, em 1999⁸⁷, e depois o juiz Gilbert Guillaume⁸⁸, em 2000, expressaram preocupação com a multiplicação de tribunais. Guillaume indicou que essa proliferação poderia levar a um fenômeno que denominou “*forum shopping*”⁸⁹.

No segundo momento da literatura – segundo Mario Prost –, teve destaque a análise

⁸⁴ Dentro da primeira categoria estão discussões sobre casos como o *Prosecutor v. Tadic* (cf. < <http://www.icty.org/case/tadic/4>> e o *Military and Paramilitary Activities (Nicaragua vs. EUA)* (cf. < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=70&code=nus&p3=0>>). Entre os dois comitês de experts, está o Relatório da CDI que analisamos aqui. Nas outras categorias, estão as manifestações dos juízes da CIJ tanto em discursos quanto em artigos e na última, os debates restantes, tanto de áreas específicas quanto preocupados com o direito internacional em geral. FISCHER-LESCANO, TEUBNER, 2004, rodapés 6 a 10, p. 1002 e 1003.

⁸⁵ PROST, 2012, p. 11.

⁸⁶ LEINO, KOSKENNIEMI, 2002, *passim*.

⁸⁷ “The entry of actors onto the international stage other than States, who also influence the processes of international law-making and administration, has among other factors fostered the creation of specialized international tribunals. This development is to be welcomed. It makes international law more effective by endowing legal obligations with the means of their determination and enforcement. Concern that the proliferation of international tribunals might produce substantial conflict among them, and evisceration of the docket of the International Court of Justice, have not materialized, at any rate as yet. A greater range of international legal fora is likely to mean that more disputes are submitted to international judicial settlement. The more international adjudication there is, the more there is likely to be; the “judicial habit” may stimulate healthy imitation.” (SCHWEBEL, 1999).

⁸⁸ GUILLAUME, 2000.

⁸⁹ “The first consequence of a proliferation of courts is that it permits litigants to choose from among a range of judicial bodies, thus opening the door to what is often called in “franglais” “*forum shopping*”. The existence of several fora capable of declaring themselves competent to hear a particular dispute enables the parties - more often than not the applicant acting unilaterally - to select the forum which best suits them.” (Id.)

do relatório da Comissão de Direito Internacional⁹⁰. O relatório foi o produto de um grupo de estudos instituído no âmbito da Comissão de Direito Internacional em 2002, inicialmente denominado “Risks ensuing from the fragmentation of international law” e coordenado por Bruno Simma. A partir de 2003, já com o novo título, o estudo passou à presidência de Martti Koskenniemi, que finalizou o relatório em 2006.

Nele, a fragmentação do direito internacional foi abordada procurando-se por possíveis caminhos de solução de conflitos entre regimes⁹¹, dentro da dogmática jurídica. O estudo resultou em saídas através da aplicação de ferramentas do próprio direito para conflitos entre regimes de tratados.⁹²

A divisão da literatura sobre a fragmentação nesses dois momentos, contudo, não é a maior contribuição da obra de Mario Prost para o esclarecimento do debate. A principal revelação de seu trabalho é sobre os pontos de partida das diferentes abordagens sobre a fragmentação: as noções de unidade. Segundo Prost, faz parte da natureza humana a busca pela unidade, mas essa unidade normalmente não é explicitada ou refletida nos debates sobre fragmentação⁹³. Por isso ele buscou jogar luz neste elemento, por meio de uma classificação dos tipos de unidades mais comuns na literatura.⁹⁴

Ele encontrou três categorias, cada uma dividida em duas linhas: 1) unidade substantiva (unidade material/unidade formal); 2) unidade cultural (unidade corporativa/unidade gramatical); 3) unidade lógica (unidade ontológica/unidade axiológica).

⁹⁰ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2006.

⁹¹ Trataremos em seguida da noção de regime.

⁹² “The idea has been to illustrate by examples, drawn from the practice of international courts and tribunals, techniques available for lawyers as they approach problems that appear to involve conflicts between rules or rule-systems.” “One principal conclusion of this report has been that the emergence of special treaty-regimes (which should not be called “self-contained”) has not seriously undermined legal security, predictability or the equality of legal subjects. The techniques of *lex specialis* and *lex posterior*, of *inter se* agreements and of the superior position given to peremptory norms and the (so far under-elaborated) notion of “obligations owed to the international community as a whole” provide a basic professional tool-box that is able to respond in a flexible way to most substantive fragmentation problems.” (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2006, para. 482/492.)

⁹³ PROST, 2006, p. 3

⁹⁴ Mario Prost faz observação importante sobre o estudo da noção de unidade: “To be fair, this problem is not exclusive to international legal scholarship. The issue of the unity of legal systems, whether domestic or international, remains under-theorized in analytical jurisprudence at large. (...) This is an unsatisfactory state of affairs. It seems to lead to a situation where sociologists leave it to jurists and jurists leave it to sociologists to formulate theories on the unity of law. Jurists basically content themselves with considerations of consistency (...)” PROST, 2006, rodapé 13, p. 4.

A categoria da unidade substantiva se divide entre uma unidade substantiva material, referente à “ausência de conflito entre obrigações positivas” e a formal, “aceitação e consistência das normas secundárias”.⁹⁵ Nesse sentido, a primeira “significa a harmonia e a consistência entre normas jurídicas. De forma simples, há unidade jurídica onde as regras não estão em conflito.”⁹⁶

A partir dessa noção de unidade substantiva, a fragmentação ocorre quando “duas ou mais regras aplicam-se ao mesmo assunto e apontam para direções diferentes; ou (2) uma regra só se aplica a um determinado assunto, mas recebe diferentes interpretações.”⁹⁷ Assim, essa unidade se perde diante de normas que entram em conflito ou decisões judiciais contraditórias.⁹⁸

Outra concepção de unidade encontrada na literatura, segundo Prost, é a da unidade cultural, que se relaciona a “1) ideologia profissional dos internacionalistas e 2) o fechamento recorrente do discurso jurídico internacional”⁹⁹. Ou seja, ela se caracteriza por estruturas, mentais ou intelectuais, do direito internacional como disciplina, “como uma prática social coletiva como um campo discursivo”.¹⁰⁰

A unidade cultural não se relaciona à substância normativa do direito positivo, porque não coloca importância central nas regras ou nas instituições. O que a define é a unidade do direito internacional como uma disciplina autônoma.¹⁰¹

Cultural unity, in the end, is just that: the discursive closure and the relative autonomy of international law as a generative language, i.e. a symbolic medium of communication and knowledge, a collective system of cognition, classification and production of legal arguments, socially structured and structuring.”¹⁰²

⁹⁵ PROST, 2006, rodapé 20.

⁹⁶ “[u]nity, taken as substantive unity, means harmony and consistency among legal norms. Put simply, there is legal unity where rules do not conflict.” PROST, 2006, p. 12

⁹⁷ ““(1) [T]wo or more rules apply to the same subject-matter and point in different directions; or (2) one rule only applies to a given matter but is given different interpretations.” PROST, 2006, p. 12

⁹⁸ “[F]ragmentation essentially occurs where two treaties or two tribunals suggest different ways of dealing with the same legal problem.” (PROST, 2006, p. 12).

⁹⁹ “1) [I]nternational lawyers’ professional ideology and 2) the recursive closure of international legal discourse”. (PROST, 2006, p. 13).

¹⁰⁰ PROST, 2006, p. 13

¹⁰¹ PROST, 2006, p. 6.

¹⁰² PROST, 2006, p. 9. Mario prost esclarece que “This is not to say that such discursive closure is absolute and that international law is radically autonomous, self-sufficient and self-validating. My argument is simply that legal routines/habitus are elements (among others) of international law’s autonomy as an intellectual discipline.”(Id., rodapé 32, p. 9).

Nesse sentido, a fragmentação ocorre com o surgimento de “novas ideologias jurídicas, paradigmas ou estratégias que dissolvem o grande projeto do direito internacional e/ou afetam os esquemas racionais” da disciplina.¹⁰³

Essa unidade cultural pode ter sentido “forte” (unidade corporativa) ou “fraco” (unidade gramatical). O sentido forte se refere a uma “sensibilidade intelectual compartilhada”, uma unidade moral, uma causa comum, que move os membros do grupo profissional, apesar das diferentes práticas sociais.¹⁰⁴

No sentido fraco, refere-se à unidade de gramática, “à delimitação e às regularidades intrínsecas do direito internacional enquanto um campo discursivo”¹⁰⁵. Ou seja, se refere menos a uma moral compartilhada e mais ao compartilhamento de vocabulário, conceitos, metáforas e analogias, um senso comum da disciplina.¹⁰⁶

“From this perspective, fragmentation arises where new discursive practices, new argumentative routines contest the established boundaries of the discipline and transform the intellectual structures by which we traditionally produce, organize and categorize legal knowledge within it.”¹⁰⁷

Uma terceira percepção de fragmentação advém da perda de um terceiro tipo de unidade, que é unidade lógica. Seu primeiro tipo, a unidade lógica ontológica, diz respeito a uma noção surgida no fim do século XIX, entre os juristas alemães, de que a ciência do direito deve ser a ciência da unidade do direito. Ao longo dos anos essa ideia acompanhou a influência de juristas alemães no mundo do pensamento sobre o direito e resultou nas teorias do direito como sistema.¹⁰⁸

Já a unidade lógica axiológica¹⁰⁹, se refere a um elemento unificador das normas, então é interno ao direito como conjunto regulatório. Este tipo de unidade normalmente é

¹⁰³ “From this standpoint, the ‘threat’ to legal unity, so to speak, does not take the form of conflicting norms of juridical decisions but, rather, that of new legal ideologies, paradigms or strategies that progressively dissolve the grand project of international law and/or affect the rational schemes by which we traditionally conceive and speak of international law.” (PROST, 2006, p. 13)

¹⁰⁴ PROST, 2006, p. 7.

¹⁰⁵ “[T]o the delimitation and the intrinsic regularities of international law as a field of discourse.” (PROST, 2006, p. 14).

¹⁰⁶ PROST, 2006, p. 7.

¹⁰⁷ Esse tipo de fragmentação quebra os binômios sobre os quais se estruturam os cânones da linguagem. Um exemplo trazido pelo autor é a teoria de Jessup sobre o direito transnacional: ela rivaliza o direito internacional em termos de vocabulário e entendimento dos conceitos compartilhados. PROST, 2006, p. 15

¹⁰⁸ PROST, 2012, p. 173-175.

¹⁰⁹ PROST, 2006, p. 15.

representado por princípios fundantes, que “atuam como uma cola valorativa entre normas”¹¹⁰. Esses valores não resolveriam conflitos entre normas, mas os absorveriam, pois representariam valores peremptórios, com *status* hierárquico superior no direito internacional. Corresponderiam ao que se identifica no direito doméstico como direitos fundamentais ou normas da ordem pública, e que costumam estar sedimentadas em instrumentos constitucionais.¹¹¹ Por isso aqueles que defendem o constitucionalismo internacional¹¹², ou que a Carta das Nações Unidas deve prevalecer sobre outros instrumentos internacionais¹¹³, estão classificados dentro deste tipo de concepção de unidade.

A noção de unidade adotada pela Comissão de Direito Internacional, em seu relatório sobre fragmentação, assim como a noção de unidade de que falavam também os juízes da Corte Internacional de Justiça, podem ser classificadas enquanto unidades no sentido substantivo. A noção de unidade substantiva dos juízes da CIJ no sentido formal, e a do Relatório no sentido material.

Leino e Koskeniemi fazem uma crítica sobre a possível razão para as angústias com a proliferação de tribunais, como falavam os juízes Schwebel e Guillaume: vinham de uma articulação ilusória do direito internacional. Isso porque o direito internacional, desde a sua criação, não teve uma só fonte de validade normativa, nem qualquer centralização interpretativa. Então os autores se perguntam: por que os esses juristas se preocuparam e ainda se preocupam tanto com uma “perda” de unidade? Segundo Leino e Koskeniemi, a desconfiança dos presidentes da CIJ refletiam não um fenômeno geral de sentimento sobre a ruptura do direito internacional, mas uma preocupação funcional, de que a CIJ estaria perdendo terreno na interpretação do direito internacional.¹¹⁴

A unidade substantiva no sentido material, por sua vez, parece nunca ter se perdido¹¹⁵, já que dentro da dogmática do direito internacional há ferramentas unificadoras das diversas “partes” do direito internacional, como demonstrou o relatório da CDI. Isso fica evidente no trabalho de “harmonizar” a convivência entre regimes (conjuntos de

¹¹⁰ PROST, 2006, p. 10.

¹¹¹ PROST, 2006, p. 10-11.

¹¹² Cf. SCHWÖBEL, Christine E.J. Organic Global Constitutionalism. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, p. 529-554, 2010.

¹¹³ Cf. e. g. FASSBENDER, Bardo. The United Nations as Constitution in International Community. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 26, p. 529-620, 1998.

¹¹⁴ LEINO, KOSKENIEMI, 2002, p. 575-576

¹¹⁵ Cf. NASSER, 2014.

normas primárias e secundárias que equivaleriam a subsistemas encarregados de cobrir determinado problema do direito internacional)¹¹⁶. Nesse sentido, nunca houve real perda da unidade, já que o direito ofereceu possíveis respostas técnicas para lidar com decisões sobre quais normas devem prevalecer diante de um aparente conflito. Entre normas gerais e especiais ou entre normas sucessivas, é possível seguir a regra do direito de que uma ou outra deve prevalecer.¹¹⁷ Portanto, uma perda de unidade substantiva também não é a questão fundamental de mudança com a “fragmentação” do direito internacional.

A unidade lógica, por sua vez, é uma criação normativa, tanto em seu sentido ontológico, quanto no sentido axiológico. No plano ontológico, não parece um problema, pelo menos isoladamente, a caracterização do direito como sistema, ou pelo menos não vislumbro rompimento que deva ser explorado nesse sentido¹¹⁸. Já o sentido axiológico faz parte do direito e sempre estará presente, mas também não parece ser um problema autônomo. Isso porque o sentido axiológico é impresso no direito na defesa de determinados projetos no direito internacional. Isso ocorre, por exemplo, nas teorias do constitucionalismo, através da escolha de determinados valores, que passam a ser superiores a outros no direito. Mesmo que se perceba algum rompimento com a unidade ontológica ou com a unidade axiológica, eles ocorreram aliados a ao rompimento da unidade cultural.

A unidade cultural no sentido forte, ainda que tenha existido em um momento¹¹⁹, não parece ser mais uma realidade. Utilizo o diagnóstico de Fischer-Lescano e Teubner para

¹¹⁶ “In a narrow sense, the term is used to denote a special set of secondary rules under the law of State responsibility that claims primacy to the general rules concerning consequences of a violation. In a broader sense, the term is used to refer to interrelated wholes of primary and secondary rules, sometimes also referred to as “systems” or “subsystems” of rules that cover some particular problem differently from the way it would be covered under general law. That set of rules may either be a very limited one - for example, the regime of judicial cooperation between the International Criminal Court and States Parties under the Rome Statute - or then it may be rather wide - such as, for instance, the technique of interpreting the European Convention on Human Rights as “an instrument of European public order(*ordre public*) for the protection of individual human beings.” (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2006, para. 128).

¹¹⁷ “The assumption is that international law’s traditional “fragmentation” has already equipped practitioners with techniques to deal with rules and rule-systems that point in different directions.”(Id., para. 20).

¹¹⁸ Faço este argumento pois o estudo do direito como uma unidade ainda persiste: “to ‘do’ international law is to operate with a teleology that points from humankind’s separation to unity” (KOSKENNIEMI, 2012, p. 4). Isso está nos discursos de globalização e formação de uma comunidade global.

¹¹⁹ Podemos pensar que no século XIX, no início da profissionalização do direito internacional, o “espírito do direito” era algo compartilhado entre os pontos juristas que conformavam a disciplina. Contudo, já aparecem algumas divergências sutis sobre o projeto do direito internacional com o movimento de codificação americana no século seguinte. Cf., sobre isso, BRITO, Adriane Sanctis de.; NASSER, Salem. H.. Unidade, fragmentação e regimes jurídicos: narrativas de hoje e de Pessoa. In: Marcílio Toscano Franca Filho, Jorge Luís Mialhe, Ulisses Da Silveira Job. (Org.). *Epitácio Pessoa e a Codificação do Direito Internacional*.

esta afirmação: a fragmentação jurídica advém da transposição da fragmentação social para o campo jurídico.¹²⁰

Segundo Fischer-Lescano e Teubner, a doutrina tradicional, que se concentra em ver o problema na falta de consistência conceitual e doutrinária, hierarquia clara de normas e a hierarquia judicial são simplesmente um reducionismo, e por isso mesmo as soluções que os autores desenham para o problema tendem ao fracasso.¹²¹ O ponto fundamental é justamente perceber que o pluralismo jurídico é expressão de um pluralismo que não é apenas jurídico ou político, mas social.¹²² Por isso, só o que se pode esperar é uma intensificação da fragmentação global, não meta-níveis que resolvam o problema.¹²³ Assim, os autores falam que “podemos perder as esperanças”¹²⁴ se o plano é encontrar unidade doutrinária no direito.

A partir de tal diagnóstico, a expectativa de Teubner, então, é que o direito global se diferencie do direito das nações nos pontos de fronteiras, fontes do direito, independência e unidade do direito.¹²⁵ Segundo o autor, as fronteiras não são mais estatais, mas formadas por mercados, áreas, comunidades profissionais, redes sociais.¹²⁶ Isso se reflete nas fontes do direito, já que os órgãos legislativos interestatais perdem importância e dão lugar aos

1ed.Porto Alegre: safE, 2013 , p. 447-469.; BRITO, Adriane Sanctis de. VEÇOSO, Fabia Fernandes C.. RORIZ, João Henrique. “Seremos julgados”: revisitando o debate entre Alvarez e Sá Vianna sobre a regionalização do Direito Internacional na América Latina. In: JUBILUT, Liliana Lyra (coord.). *Direito Internacional Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014; KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; LORCA, Arnulf Becker. *International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination*. *Harvard International Law Journal*, v. 47, n. 1, p. 183-205, 2006.

¹²⁰ Não estamos nos alinhando com a teoria normativa de Teubner quanto às formas de lidar com o pluralismo no direito global, como ele trata, por exemplo, em TEUBNER, 1997. Destaco apenas seu diagnóstico, que parece coerente com a linha teórica sobre a fragmentação e os regimes que adotaremos.

¹²¹ FISCHER-LESCANO E TEUBNER, 2004, p. 1002-1003.

¹²² “At core, the fragmentation of global law is not simply about legal norm collisions or policy- conflicts, but rather has its origin in contradictions between society-wide institutionalized rationalities, which law cannot solve, but which demand a new legal approach to colliding norms.” Fischer-Lescano, TEUBNER, 2004, p. 1004.

¹²³ FISCHER-LESCANO, TEUBNER, 2004, p. 1004.

¹²⁴ “Our interim result: lasciate ogni speranza. Any aspiration to the organizational and doctrinal unity of law is surely a chimera.” FISCHER-LESCANO, TEUBNER, 2004, p. 1017. A expectativa de Teubner, então, é que o direito global se diferencie do direito das nações nos pontos de fronteiras, fontes do direito, independência e unidade do direito. No original, “...formed by invisible colleges, invisible markets and branches, invisible professional communities, invisible social networks that transcend territorial boundaries but nevertheless press for the emergence of genuinely legal forms.” (TEUBNER, 1997, p. 5).

¹²⁵ Id.

¹²⁶ No original, “...formed by invisible colleges, invisible markets and branches, invisible professional communities, invisible social networks that transcend territorial boundaries but nevertheless press for the emergence of genuinely legal forms.” (TEUBNER, 1997, p. 5).

processos de acoplamento.¹²⁷ A independência do sistema de direito em relação ao social se dissolve, e por conta dessa proximidade e interdependência podem haver consequências como o enfraquecimento do *rule of law*.¹²⁸ Esta previsão se refere a uma perda de unidade cultural no sentido fraco: além da perda da moral unificadora da disciplina, também se perde sua gramática, os seus conceitos comuns.

Uma interpretação alterativa a essa é a que Martti Koskenniemi aplica, qua este trabalho passa a adotar, a partir do mesmo diagnóstico de transposição de uma fragmentação social para uma fragmentação jurídica. Segundo ele, com a fragmentação da unidade social do direito internacional surgem articulações entre variadas situações de fato, interesses e valores, que estão impressos na defesa de projetos diferentes, em diferentes regimes¹²⁹.

“Through specialization – that is to say, through creation of special regimes of knowledge and expertise in areas such as ‘trade law’, human rights law’, ‘environmental law’, ‘security law’, ‘international criminal law’, ‘European Law’, and so on – the world of legal practice is being sliced up in institutional projects that cater for specialized institutions with special interest and special ethos. The point of creating such specialized institutions is precisely to affect the outcomes that are being produced in the international world”.¹³⁰

Koskenniemi defende que essa pluralidade de perspectivas que surgem a partir da fragmentação cultural não deve ser tomada como um erro, ou um problema. Já que o direito internacional tem de lidar com uma complexidade de situações, melhor que abarque as diferenças. Caso contrário, o direito pareceria inaceitável, utópico e autoritário.¹³¹

¹²⁷ “General legislative bodies will become less important with the development of globalization. Global law is produced in self-organized processes of structural coupling of law with ongoing globalized processes of a highly specialized and technical nature.” (Id., p. 5).

¹²⁸ “While in nation-states, at least in some of them - the legal process has developed a rather high degree of institutional insulation, global laws will probably remain, for the foreseeable future, in a diffuse but close dependency upon their respective specialized social fields with all their attendant problematic side-effects of which strong exposure to outside interests and a relative weakness of due process and the rule of law are important examples. Obviously, this creates a strong need for legal change.” (Id.).

¹²⁹ Exploraremos essa noção a seguir.

¹³⁰ KOSKENNIEMI, 2011, p. 65.

¹³¹ “Such deviations should not be understood as legal-technical “mistakes”. They reflect the differing pursuits and preferences that actors in a pluralistic (global) society have. In conditions of social complexity, it is pointless to insist on formal unity. A law that would fail to articulate the experienced differences between fact-situations or between the interests or values that appear relevant in particular problem-areas would seem altogether unacceptable, utopian and authoritarian simultaneously.” INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2006, para. 16. Em outro lugar, Koskenniemi afirma: “This is so not only because the international realm lacks a *pouvoir constituant* but because if such presented itself, it would be empire, and

“To read the debate about fragmentation as if it had to do only with coherence in the abstract is to be mistaken about what is actually at stake. Special regimes and new organs are parts of an attempt to advance beyond the political present that in one way or another has been revealed unsatisfactory.”

Assim, no direito internacional, a prática argumentativa tem valor central:

“Law has a never-ending character (as political decision-makers sometimes despairingly notice). It makes it possible to constantly produce new interpretations of its rules and prior judgments, thus cultivating the gap between the institutional present and the legal ideal and doing it less as an incident of method or discipline than as a commitment.”¹³²

Portanto, o autor trabalha principalmente com uma fragmentação cultural no sentido forte. Segundo a lógica do autor, o vocabulário, a gramática, do direito internacional ainda permite comunicação entre as diferentes “culturas jurídicas”.¹³³ Ainda, a construção argumentativa é o ponto central para a formação e a crítica do direito.

“But if legal reasoning is understood as a *purposive* activity, then it follows that it should be seen not merely as a mechanic application of apparently random rules, decisions or behavioural patterns but as the operation of a whole that is directed toward some human objective. Again, lawyers may disagree about what the objective of a rule or a behaviour is. But it does not follow that no such objective at all can be envisaged.”¹³⁴

Assim, ainda que haja uma fragmentação cultural no sentido forte, pelas construções sobre o direito serem guiadas por *ethos* diferentes – como veremos a seguir –, há certa consciência de que o direito sempre se guia por determinado projeto. Essa ideia permanece unificadora, de certa forma, como herança de uma impressão cosmopolita à disciplina.¹³⁵

the constitution it would enact would not be one of an international but an imperial realm.” (KOSKENNIEMI, 2007, p. 11).

¹³² KOSKENNIEMI, 2012, p. 21.

¹³³ “Statehood, self-determination, sovereignty, minority rights, secession, non-use of force – there are many well-founded critiques of all that. But they are part of institutional vocabularies that make it possible to express the character of collective life as a *project* – and our institutions and practices as platforms on which the point of that project is constantly imagined, debated, criticized and reformed, over and over again.” (KOSKENNIEMI, 2012, p. 25).

¹³⁴ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2006, para. 34.

¹³⁵ “This would be what cosmopolitanism can be today: the ability to break out and connect, participate in the politics of regime definition by narrating regimes anew, giving voice to those not represented in the regime’s

2. Outras noções de regime e os regimes do direito fragmentado

Como estabelecido no item anterior, as noções de fragmentação e unidade estão ligadas no sentido de que se alguém afirma que houve fragmentação do direito internacional, é porque alguma noção de unidade deste direito foi perdida. Indiquei, ao final, que adoto a ideia de que a fragmentação atual é cultural no sentido forte. Cabe agora explorarmos a colocação dos regimes dentro dessa discussão.

A utilização da noção de “regimes internacionais” se espalhou a partir da década de 1970, e passou a ser foco de parte da literatura das relações internacionais¹³⁶. Em 1983, a obra organizada por Stephen Krasner sistematizou o debate que ocorrera nos anos anteriores¹³⁷. A definição que o autor fez de regimes na disciplina das relações internacionais ficou marcada como uma das mais conhecidas: “conjuntos de princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisão, implícitos ou explícitos, em torno dos quais as expectativas dos atores convergem, em uma dada área das relações internacionais”¹³⁸. Segundo o autor, princípios são “crenças de fato, de causa e de retidão”; normas, “padrões de comportamento definidos em termos de direitos e obrigações”; regras, “prescrições ou proscricções específicas de ação” e procedimentos de tomada de decisão, “práticas prevalentes para a feitura e a implementação de escolhas coletivas”.¹³⁹

Para além do pensamento de Krasner, foram desenvolvidas várias linhas de análise sobre regimes internacionais na área das relações internacionais. Uma tentativa de classificação as reúne entre as *power-based*, *interest-based* e *knowledge-based*¹⁴⁰, a partir

institutions.” (KOSKENNIEMI, 2012, p. 29).

¹³⁶ Cf. LITTLE, 2008; KOH, 1997.

¹³⁷ KRASNER, 1983.

¹³⁸ “[S]ets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors’ expectations converge in a given area of international relations”. Tradução livre. (KRASNER, 1983, p. 2).

¹³⁹ “Principles are beliefs of fact, causation and rectitude. Norms are standards of behaviour defined in terms of rights and obligations. Rules are specific prescriptions or proscriptions of action. Decision-making procedures are prevailing practices for making and implementing collective choice”. (KRASNER, 1983, p. 2, tradução livre).

¹⁴⁰ HANSENCLEVER, MAYER, RITTBERGER, 1997, p. 2-7.

de sua variável central sobre o modo de interação entre Estados.¹⁴¹ Outra possibilidade é a divisão dessas linhas entre realismo, de um lado, e liberalismo, de outro¹⁴². Richard Little resume a noção de “regime” que parece ser a comum entre todas as linhas: “rule-governed activity within the international system.”¹⁴³

Como explica Richard Little, a preocupação em se olhar para os regimes nas relações internacionais surgiu de um interesse dos teóricos da década de 1970 – diante de dúvidas sobre a conservação da hegemonia americana - em entender os regimes econômicos estabelecidos ao final da Segunda Guerra.¹⁴⁴ Conforme Harold Koh,

“The question now forced upon international relations scholars was why, despite the bipolarity of the Cold War regime, had interstate cooperation persisted? These scholars could not ignore the remarkable growth of formal and informal, public and nonpublic regimes, which promoted the evolution of norms, rules, and decisionmaking procedures in such “transnational issue areas” as international human rights, arms control, international economic law, and international environmental law. In response, liberal institutionalists and international political economists developed “regime theory,” the study of principles, norms, rules, and decisionmaking procedures that converge in given issue areas.”¹⁴⁵

Os elementos com que concordaram tanto os liberais quanto realistas sobre os regimes são os seguintes: 1) “Estados operam em um sistema internacional anárquico”; 2) “Os Estados são racionais e atores unitários”; 3) Estados são as unidades responsáveis por

¹⁴¹ De forma semelhante, Fabia Fernandes de Carvalho Veçoso afirma que “os conceitos de regime internacional sofrem determinante influência da teoria de relações internacionais ou da perspectiva teórica que norteia a análise dos internacionalistas, de forma que cada modelo irá privilegiar determinados aspectos e descartar outros, a depender de suas respectivas escolhas teóricas.” VEÇOSO, 2012, p. 124.

¹⁴² “Liberal Institutionalists focus on the way that regimes allow states to overcome the obstacles to collaboration imposed by the anarchic structure of the international system. Realists, by contrast, are interested in the way that states use their power capabilities in situations requiring coordination to influence the nature of regimes and the way that the costs and benefits derived from regime formation are divided up. Collaboration and coordination are seen to constitute different approaches to cooperation.” (grifos do autor, LITTLE, 2008, *ebook*.)

¹⁴³ Id..

¹⁴⁴ “Why did IR theorists focus on regime formation in the 1970s? One factor was the growing awareness that, outside of the Soviet sphere, the United States had played the role of hegemon after the Second World War. The term derives from the Greek, meaning leader, and the United States could play this role because of its preponderance of power in the international system. During this era, the United States, because of its hegemonic position, had been able to establish and maintain a complex array of economic regimes in the West. These regimes played a vital role in the growing prosperity after the Second World War. By the 1970s, however, partly because of the economic success in Europe and Japan, and partly because of the disastrous policy in Vietnam, the capacity of the United States to maintain its hegemonic status was in doubt. It is unsurprising that an interest in regimes coincided with this development.” LITTLE, 2008, *ebook*.

¹⁴⁵ KOH, 1997, p. 2624-2625.

estabelecer os regimes”; 4) “Regimes são estabelecidos com base na cooperação no sistema internacional”; 5) “Regimes promovem a ordem internacional”.¹⁴⁶

No direito internacional, o termo é adotado com sentidos diferentes dos explorados nas relações internacionais. Por exemplo, na decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* de 24 de maio de 1980¹⁴⁷. A CIJ falava no direito internacional da diplomacia como regime autocontido¹⁴⁸. Segundo a Corte, a não ser que tivesse acontecido algum dos fatores previstos no conjunto de regras sobre proteção diplomática, a invasão da embaixada americana, bem como os atos decorrentes dela, configuravam violações de princípios estabelecidos naquele conjunto normativo. Com isso, a Corte parecia dizer que o regime era autocontido no sentido de ser suficiente para prever a regulação relativa às relações diplomáticas. Essa posição da Corte contrariou a visão do Irã, o qual defendia que o episódio da embaixada americana não deveria ser levado em conta isoladamente, mas tendo em vista os 25 anos de interferência norte-americana sobre as questões internas iranianas.¹⁴⁹

A palavra “regime” também já havia sido utilizada em 1923 na decisão de 17 de agosto de tal ano, pela Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso *S. S. Wimbledon* (Grã-Bretanha, França, Itália e Japão v. Polônia). A Corte havia empregado a expressão na acepção do “novo regime” que se aplicava ao Canal de Kiel, como um conjunto de regras que configuravam um determinado tratamento jurídico.¹⁵⁰

Em nenhuma das duas vezes em que apareceu nas decisões, a noção de regime foi propriamente definida pelas Cortes.¹⁵¹ Já Willem Riphagen, quando foi relator especial da Comissão de Direito Internacional da ONU para tratar do tema de responsabilidade dos Estados, utilizou a expressão “regime” como sinônimo de subsistema¹⁵², de forma semelhante à noção no caso da Embaixada Americana no Teerã. Poucos anos depois, em 1985, Bruno Simma publicou o artigo no *Netherland Yearbook of International Law*,

¹⁴⁶ LITTLE, 2008, *ebook*.

¹⁴⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1980.

¹⁴⁸ “The rules of diplomatic law, in short, constitute a self-contained régime which, on the one hand, lays down the receiving State's obligations regarding the facilities, privileges and immunities to be accorded to diplomatic missions and, on the other, foresees their possible abuse by members of the mission and specifies the means at the disposal of the receiving State to counter any such abuse.” (Id., para. 86).

¹⁴⁹ Id., para. 81.

¹⁵⁰ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, 1923, p. 23. Tanto este quanto o caso quanto o anterior são citados na explicação sobre regimes autocontidos do relatório da CDI. Cf. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, para. 123-126.

¹⁵¹ Cf. também com esta análise SILVA, 2014, p. 104.

¹⁵² INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 1982; SILVA, 2014, p. 106.

indicando que regime autocontido seria uma categoria de subsistema do direito internacional que teria um conjunto completo de regras secundárias¹⁵³. Ele parte do emprego da expressão pela CIJ no caso da Embaixada dos Estados Unidos no Teerã e da abordagem do relatório de Riphagen sobre os *Draft Articles* de Responsabilidade Internacional dos Estados.

Simma procurava analisar se havia realmente algo como “regimes autocontidos”¹⁵⁴, utilizando três casos: o regime do direito diplomático, o da Comunidade Econômica Europeia e o de direitos humanos. Simma conclui que, ainda que houvesse regras de responsabilidade específicas em cada um desses regimes, regras que se relacionam à efetividade das regras primárias específicas, haveria ainda assim momentos em que seria necessário aplicar regras gerais de responsabilidade internacional. Segundo o autor, as regras de responsabilidade internacional de cada regime dariam conta de zelar pela efetividade das regras primárias respectivas até determinado ponto. Haveria situações em que a aplicação das regras de direito internacional público geral residualmente passaria a ser a melhor escolha em favor da manutenção de efetividade das regras primárias específicas.¹⁵⁵

A partir da discussão travada entre a análise de Riphagen e Bruno Simma, delineia-se um novo debate no direito internacional sobre a fragmentação, que utiliza a denominação de “regimes” de uma forma bastante diferente daquela das relações internacionais. É possível dizer que a diferença é marcada não só pela perspectiva dos autores, juristas – cujas preocupações profissionais são diferentes dos autores de relações internacionais –, como também pelo emprego do vocabulário para passar a se referir à articulação de ideias sobre a coerência interna ao direito internacional.

Nas relações internacionais se discute o papel dos regimes como regulação (em sentido geral) sob os seguintes pontos de base: se promoviam um bem comum, ou se beneficiavam alguns Estados; se promoviam a colaboração ou a coordenação; o que levava

¹⁵³ SIMMA, 1985.

¹⁵⁴ “In the view of this author, the concept of a “self-contained regime” should not be used as a synonym of “subsystem”, but be reserved to designate a certain category of subsystems, namely those embracing, in principle, a full (exhaustive and definite) set of secondary rules. [...] The main question posed by the thus-conceived “self-contained regimes” is as to their relationship with the general rules: Under what circumstances, if any, can there be a fallback on the general legal consequences of internationally wrongful acts?” (grifos do autor, Id., 1985, p. 117-118).

¹⁵⁵ SIMMA, 1985, passim.

um regime a se manter; se os regimes promoviam a globalização e uma ordem liberal ou se a ordem dependia das escolhas por trás dos princípios e normas dos regimes.¹⁵⁶

As questões da literatura do direito internacional, que passa a utilizar “regimes” em seu vocabulário, são outras. Como traz Fabia Veçoso,

“[A] discussão relacionada à referida noção de regimes está intimamente relacionada ao tema da fragmentação do direito internacional. Em que medida atores internacionais poderiam criar regras específicas buscando afastar a aplicação de regras gerais de direito internacional? Haveria algum limite para criação dessas regras específicas? Como lidar com eventual conflito entre regras de caráter geral e complexos normativos específicos aplicáveis ao mesmo caso concreto? Por fim, seria possível definir, *a priori*, o que seria geral e o que seria especial em direito internacional atualmente?”¹⁵⁷

Cabe então buscar a noção de regimes que possa ajudar a responder essas questões. O relatório da CDI traz três noções de regimes de que podemos partir: 1) Um conjunto específico de normas secundárias de responsabilidade dos Estados; 2) Um conjunto específico de normas e princípios sobre a administração de determinado problema; 3) Ramos específicos do direito internacional com seus próprios princípios, instituições e teleologia.¹⁵⁸ A diferença entre elas é sua abrangência de elementos, mas todas têm em comum, segundo o relatório, a ligação entre grupos normativos e tratados.

Poderíamos então começar pensando nos regimes como caixas¹⁵⁹, em que existem alguns conjuntos de normas, ou subsistemas, à semelhança da segunda noção de regimes indicada no relatório da CDI. Em cada uma dessas caixas, há uma etiqueta, dizendo “direitos humanos”, “direito ambiental”, ou “direito do mar” e “direito comunitário”. A primeira impressão é que, ao buscar qual norma de direito internacional se aplica a determinada situação de fato, o intérprete, vendo todas as caixas, pensa se aquela parece ser uma questão de “direitos humanos”, “direito ambiental”, “direito do mar”, “direito comunitário” entre outras.

Não é nova a maneira de lidar com os diferentes temas de direito internacional, que

¹⁵⁶ LITTLE, 2008. Ainda, como traz Harold Koh, a literatura das relações internacionais que lidava com regimes caminhou depois para o que é hoje a discussão de *compliance*. Já a literatura com que lidamos aqui surge com força a partir da década de 1990, como dito, e busca trabalhar o problema da fragmentação do direito internacional através de uma noção diferente de regimes. KOH, 1997, *passim*.

¹⁵⁷ VEÇOSO, 2012, p. 121.

¹⁵⁸ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2006, p. 252.

¹⁵⁹ A figura das caixas que utilizo aqui é a de KOSKENNIEMI, 2007.

seriam identificados em “caixas” próprias dentro das quais estariam algumas fontes do direito Internacional. Essa noção apareceu, por exemplo, em duas opiniões consultivas da CIJ: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (1996) e *Palestine Wall* (2004).¹⁶⁰ Em *Legality of Nuclear Weapons*¹⁶¹, a corte emitiu sua opinião olhando para os direitos humanos, o direito ambiental, o direito humanitário e o direito do uso da força.¹⁶² Na OC *Palestine Wall*¹⁶³, por sua vez, a Corte debateu a relação entre direitos humanos e direito humanitário: “as regras das baixas eram diferentes: uma proibia o ato de matar e a outra permitia e regulava”.¹⁶⁴

O problema é que nem sempre é fácil afirmar a que caixa determinada norma pertence, ou em que caixa determinado problema deve ser colocado. Primeiro, não há um conjunto de normas superiores que definam, a princípio e definitivamente, quais normas estão em quais caixas.¹⁶⁵ Mesmo assim, alguém poderia argumentar que essas indicações não são necessárias, já que o direito internacional tem algo como subsistemas, conjuntos de normas sobre determinados temas, os quais são acessados toda vez que o direito internacional é aplicado para um problema de fato.

As limitações dessa visão sobre regimes aparecem com clareza no caso MOX Plant, que é normalmente citado pelos internacionalistas como um caso que demonstra bem os “problemas” da fragmentação¹⁶⁶. No começo dos anos 2000, surgiu um conflito entre Irlanda e Reino Unido a partir da instalação e funcionamento de uma usina de produção de MOX (um combustível de geração de energia nuclear, feito a partir da reciclagem do plutônio), em Sellafield, na costa do Mar da Irlanda. A Irlanda levou a disputa, em 18 de junho de 2001, à apreciação arbitral prevista na Convenção para a Proteção do Meio Marinho do Atlântico Nordeste (Convenção OSPAR), por acusação de violação do dever

¹⁶⁰ Os casos são trazidos como exemplo, por KOSKENNIEMI, 2007, p. 3, do que o autor explica como caixas, dentro das quais a prática argumentativa aloca determinadas normas (regimes internacionais).

¹⁶¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1996.

¹⁶² Id., para. 24-34.

¹⁶³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2004. As indicações aparecem como exemplo no seguinte trecho: “More generally, the Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights. As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law”. (Id., para. 106)

¹⁶⁴ KOSKENNIEMI, 2007, p. 3

¹⁶⁵ KOSKENNIEMI, 2007, p. 4.

¹⁶⁶ O caso é citado no Relatório da CDI para introduzir a preocupação do relatório, traduzido nas questões: “How do such rule-complexes link to each other, if at all? What principles should be used in order to decide a potential conflict between them?” INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2006, para. 10.

de informação¹⁶⁷. Também iniciou, em 25 de outubro de 2001, um procedimento arbitral por possíveis violações à Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS)¹⁶⁸. Em 9 de novembro de 2001, pediu também medidas cautelares ante ao Tribunal Internacional para o Direito do Mar (ITLOS)¹⁶⁹. A Comissão das Comunidades Europeias, por sua vez, acusou a Irlanda de violação das normas do direito comunitário perante o Tribunal das Comunidades Europeias.

O Tribunal Internacional para o Direito do Mar decidiu em medidas cautelares, em 3 de dezembro de 2001, que os dois países deveriam cooperar em direção à troca de informações sobre possíveis consequências da implementação da usina e monitorar seus riscos e efeitos no Mar do Norte.¹⁷⁰ No dia 24 de junho de 2003, o tribunal arbitral constituído para apurar as violações da UNCLOS suspendeu os trabalhos, diante do procedimento sob o direito das Comunidades Europeias e possível falta de competência do tribunal arbitral para análise da questão.¹⁷¹ Em 6 de junho de 2006 a Irlanda retirou esta demanda¹⁷². Em 2 de junho de 2003 o tribunal arbitral estabelecido para analisar as questões da Convenção OSPAR se julgou competente para analisar o feito, ainda que depois tenha resolvido pela improcedência da demanda. Em 30 de maio de 2006 a Corte de Justiça Europeia decidiu que a Irlanda havia violado o direito comunitário por ter apresentado uma demanda sobre a violação da UNCLOS sem ter informado as instituições da Comunidade Europeia.¹⁷³

A partir do caso *MOX Plant* é possível observar alguns elementos que trazem complexidade para a resposta à pergunta “qual o direito aplicável?”. Primeiro, porque claramente uma mesma questão de fato pode ser vista como de temas diversos: no exemplo, a instalação da usina é uma questão de direito do mar e questão de direito comunitário. Segundo, sendo questão de direito do mar, aplicam-se duas convenções do

¹⁶⁷ Cf. <file:///Users/adriane/Downloads/OSPAR%20press%20release%20-%20July%202,%202003.pdf>.

¹⁶⁸ Cf. <file:///Users/adriane/Downloads/press%20release.mox.pdf>

¹⁶⁹ Cf. <http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/press_releases_english/PR_No.59.pdf>

¹⁷⁰ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA, 2001. Cf. <http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/press_releases_english/PR_No.62.pdf> <http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/Order.03.12.01.E.pdf>

¹⁷¹ PERMANENT COURT OF ARBITRATION, 2003. Cf. <file:///Users/adriane/Downloads/MOX%20Press%20release%20June%2025.pdf>

¹⁷² PERMANENT COURT OF ARBITRATION, 2008. Cf. <file:///Users/adriane/Downloads/MOX%20Plant%20Order%20No.%206.pdf>

¹⁷³ EUROPEAN COURT OF JUSTICE, 2006. Cf. <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-02/cp060045en.pdf>. As violações específicas foram dos artigos 10 EC and 192 EA.

mesmo tema, mas com Estados-partes diferentes e escopos diferentes. Se tomarmos por base então a noção de regimes como caixas, a mesma questão de fato foi analisada por ferramentas em caixas temáticas diferentes e inclusive por ferramentas diferentes retiradas da mesma caixa.

Terceiro, várias instituições eram competentes para julgar a mesma questão de fato, o que poderia ter gerado decisões contraditórias. Então o que parece é que a interpretação sobre qual caixa escolher depende da perspectiva do intérprete. Quarto, como disse o tribunal arbitral no caso, existia a possibilidade de diferentes instituições analisarem os mesmos direitos e obrigações e fazerem interpretações diferentes¹⁷⁴:

“even if the OSPAR Convention, the EC Treaty and the Euratom treaty contain rights or obligations similar to or identical with the rights set out in [the UNCLOS], the rights and obligations under these agreements have a separate existence from those under [the UNCLOS]”.¹⁷⁵

Diante do caso *MOX Plant*, percebemos que a noção de regime como o modelo de caixas contendo os subsistemas de normas tem algumas limitações. Por um lado, não dá conta do processo que leva à escolha por uma ou outra caixa – ou um ou outro tema - ou de uma ou outra ferramenta – ou tratado. Ignorar esse passo é deixar de lado o primeiro passo da prática argumentativa. Por outro lado, ignora o fato de que instituições diferentes podem julgar o mesmo problema de fato de forma diferentes, ainda que olhem para os mesmos direitos e obrigações.

A noção de regimes como subsistemas dentro de caixas temáticas pode funcionar bem quando se pensa em manter a unidade substantiva da dogmática jurídica, como fez o Relatório da CDI. Contudo, para abarcar todo o processo interpretativo e responder, de fato, como funciona o direito internacional, é preciso abarcar mais elementos.

Por uma perspectiva que assume a fragmentação cultural no sentido forte, como um diagnóstico de nossa época com que o jurista tem de trabalhar – como explicado no item anterior –, o melhor a fazer é modificar o modo de pensar nessas caixas. Em vez de imaginar que as ferramentas estão dentro das caixas, colocadas de forma fixa, é mais útil imaginar que o único elemento fixo das caixas é sua etiqueta – “direitos humanos”, “direito

¹⁷⁴ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA, 2001, para. 51. Citação destacada em KOSKENNIEMI, 2007, p. 4.

¹⁷⁵ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA, 2001, para. 50. Citação destacada em KOSKENNIEMI, 2007, p. 3.

ambiental”, “direito do mar”, “direito comunitário”, entre outras – e que o elemento que identifica cada caixa, para além de seu nome, é o sentido interpretativo que se dá para quaisquer normas que se coloquem dentro dela.

“What is significant about projects such as trade, human rights, or indeed “Europe”, is precisely the set of values or purposes that we link with them. To be doing “trade law” or “human rights law”, or “environmental law” or “European law” ‘-as the representatives of those projects repeatedly tell us- is not just to operate some technical rules but to participate in a culture, to share preferences and inclinations shared with colleagues and institutions who identify themselves with that “box”.’”¹⁷⁶

Assim, não é possível prever em que caixa vai ser colocada determinada fonte antes da própria prática argumentativa. Isso leva a crer que a questão central da fragmentação, e que merece ser melhor estudada, é a prática argumentativa em si, inserida em seu contexto¹⁷⁷.

E aqui também se revela a característica marcante do direito internacional: no século XIX o direito internacional era como um conjunto de caixas, ou de sistemas jurídicos ao redor dos Estados soberanos.¹⁷⁸ Isso muda radicalmente com a concepção de direito internacional como sistema de direitos a partir de sua expansão temática com os desenvolvimentos do pós-primeira Guerra Mundial. Cada uma dessas caixas “temáticas” passa a ser imperialista e solipsista¹⁷⁹, à semelhança das “caixas” dos Estados.

“It is not only that the boxes have different rules. Even if they had the same rules, they would be applied differently because each box has a different objective and a different ethos, a different structural bias: to examine nuclear weapons from a human rights perspective is different from looking at it from a laws of war perspective; a free trade perspective on chemical transports does not render the same result as an environmental perspective, whatever the rules.”¹⁸⁰

¹⁷⁶ KOSKENNIEMI, 2007. p. 17.

¹⁷⁷ “No box [or regime] is sealed, what it contains depends on what we put inside. This is why legal education ought not to be about learning rules or principles or telling the stories of political societies in their most coherent light. Instead, it could be about retelling social histories and institutions constantly anew.” KOSKENNIEMI, 2007. p. 17.

¹⁷⁸ Id., p. 4.

¹⁷⁹ Id..

¹⁸⁰ Id..

Nessa linha, Martti Koskenniemi explica que, pelo que ensina o caso *MOX Plant*, se percebe a dinâmica de gerencialismo (*managerialism*).¹⁸¹ Segundo Koskenniemi, essa decisão da Corte Europeia de Justiça está afirmando a precedência de seu projeto, de integração regional, sobre o projeto internacional – seja ele interpretado com proteção internacional do mar ou outra coisa. E isso fica claro pelo medo da Corte Europeia, ou o modo como enxergou um problema no caso: o risco maior é de ferir uma norma do tratado regional, não do direito do mar ou de poluição.¹⁸²

Outros casos como esse, continua o autor, podem ser facilmente apontados. No caso *Beef Hormones*, no sistema de solução de controvérsias da OMC, em que o Órgão de Apelação indicou que, mesmo que o princípio da precaução fizesse parte do direito internacional do meio ambiente, não era aplicável no regime da OMC.¹⁸³ Pela visão do autor, então, naquele momento um órgão de especialistas, interno à OMC, indicou que o princípio da precaução estava na caixa ambiental, mas não na caixa do comércio internacional. Ficava clara uma barreira entre as duas caixas, e em suspenso (para ser estabelecido pelo Órgão de Solução de Controvérsias) e como elas se relacionavam.

Contudo, isso não quer dizer que os regimes ou essas “caixas” se isolam e não interagem absolutamente entre si ou com normas de direito internacional geral¹⁸⁴. O que se pode afirmar, na verdade, é que “não há hierarquias definidas que resolvam conflitos entre regimes”.¹⁸⁵

O que acontece, então, nos casos em que o regime de comércio internacional, por exemplo, abre espaço para valores de proteção ambiental, ou “valores de outras caixas”? Assim como os regimes criados ao redor dos Estados, os regimes atuais não são bolas de bilhar, que ocupam territórios inocuados por outros regimes.¹⁸⁶ Justamente em razão de a divisão entre o conteúdo das caixas não ser estanque é possível que o *ethos* mude sua natureza ou se crie uma nova caixa com o novo *ethos*. Como se está falando de prática argumentativa definidora de quais normas estão em que caixas, se uma determinada

¹⁸¹ “I refer to the MOX Plant case as an illustration of what is happening today to public international law, the way in which it is being sliced up into regional or functional regimes that cater for special audiences with special interests and special ethos. A managerial approach is emerging that envisages law beyond the state as an instrument for particular values, interests, preferences.” KOSKENNIEMI, 2007, p. 2.

¹⁸² Id., p. 5

¹⁸³ WORLD TRADE ORGANIZATION, 1997, p. 44-48 Cf. <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/hormab.pdf>

¹⁸⁴ KOSKENNIEMI, 2007, p. 10-11, rodapé 23.

¹⁸⁵ KOSKENNIEMI, 2007, p. 10.

¹⁸⁶ KOSKENNIEMI, 2011, p. 27.

linguagem ganha força, ela passa a influenciar outras.

Nesse sentido,

“Human rights law” aims to protect the interests of individuals and “international criminal law” gives legal expression to the “fight against impunity”. Each rule-complex or “regime” comes with its own principles, its own form of expertise and its own “ethos”, not necessarily identical to the ethos of neighbouring specialization. “Trade law” and “environmental law”, for example, have highly specific objectives and rely on principles that may often point in different directions. In order for the new law to be efficient, it often includes new types of treaty clauses or practices that may not be compatible with old general law or the law of some other specialized branch. Very often new rules or regimes develop precisely in order to deviate from what was earlier provided by the general law.¹⁸⁷

É possível, então, que regimes interpretem de uma maneira deformadora (ou reformadora) alguma norma ou decisão que a princípio era externa a ele, mesmo que tenha origem no direito internacional geral. É o caso, por exemplo, da resposta do painel da OMC sobre se ela deveria ou não, no caso *Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*¹⁸⁸ aplicar a Convenção sobre Diversidade Biológica de 1992. Com base no artigo 31 (3) (c), da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que indica que a interpretação deve levar em conta as outras obrigações das partes. O Painel interpretou essa disposição de forma a não aplicar a convenção sobre diversidade, já que não eram todos os Estados-membros da OMC que haviam aderido à Convenção. Isso, claro, leva à situação de que é praticamente impossível, dentro do contexto do sistema de solução de controvérsias da OMC, a aplicação de outros tratados, o que parecia ser justamente o objetivo da norma da CVDT¹⁸⁹. Então o painel parece defender a consistência das regras da

¹⁸⁷ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2006, para. 15.

¹⁸⁸ WORLD TRADE ORGANIZATION, 2008.

¹⁸⁹ KOSKENNIEMI, 2007, p. 6. “We note that like most other WTO Members, Argentina, Canada and the European Communities have ratified the *Convention on Biological Diversity* and are thus parties to it.”²⁴⁹

The United States has signed it in 1993, but has not ratified it since.²⁵⁰ Thus, the United States is not a party to the *Convention on Biological Diversity*, and so for the United States the *Convention* is not in force. In other words, the *Convention on Biological Diversity* is not “applicable” in the relations between the United States and all other WTO Members. The mere fact that the United States has signed the *Convention on*

Biological Diversity does not mean that the *Convention* is applicable to it.²⁵¹ Nor does it mean that the United States will ratify it, or that it is under an obligation to do so. We have said that if a rule of international law is not applicable to one of the Parties to this dispute, it is not applicable in the relations between all WTO Members. Therefore, in view of the fact that the United States is not a party to the *Convention on Biological Diversity*, we do not agree with the European Communities that we are required to take into account the *Convention on Biological Diversity* in interpreting the multilateral WTO agreements at issue in this dispute.” (Id. p. 335-336).

OMC em detrimento da consistência do resto do direito internacional.¹⁹⁰ O mesmo aconteceu no caso bastante citado do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, em que o parâmetro para controle efetivo determinado pela CIJ em 1986 (“caso Nicarágua”) foi afastado no caso Tadic¹⁹¹.

Ao final, “[t]he prize of victory in redescription is jurisdiction to decide”¹⁹². Os regimes ganham poder de influência com o ato dos intérpretes colocarem situações de fato dentro de suas caixas, como será detalhado no próximo item.

3.Os regimes na prática argumentativa: *ethos* e hegemonia

Como visto, o direito internacional, num contexto de fragmentação cultural, passa a ser legislado internamente a arranjos institucionais com *ethos* próprios. O espaço para um direito unificador e uniforme diminui e dá lugar a produções descentralizadas.

Contudo, como o item anterior buscou explicar, essas caixas não surgem da natureza de seus temas ou da inevitabilidade das divisões entre subsistemas, mas de um processo de “construção do campo, de narrativas, de colocação de rótulos informais em aspectos do mundo que o descrevem pela perspectiva de interesses e objetivos particulares”.¹⁹³

Nesse sentido, a racionalidade dos regimes se assemelha à do direito específico – dentro de *lex specialis derogat legi generali*. As construções argumentativas sempre levam à ideia de que se está regulando determinada questão de fato com maior efetividade do que o direito internacional geral¹⁹⁴ e do que outros regimes.

¹⁹⁰ KOSKENNIEMI, 2007, p. 6

¹⁹¹ KOSKENNIEMI, 2007, p. 6. INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR FORMER YUGOSLAVIA, 1999, para. 124-125.

¹⁹² KOSKENNIEMI, 2011, p. 358.

¹⁹³ “In fact, there is nothing natural or inevitable about such boxes. They emerge from field-construction, of narration, of pinning informal labels on aspects of the world that describe them from the perspective of particular interests or objectives.” KOSKENNIEMI, 2007, p. 5

¹⁹⁴ A noção de “direito internacional geral” é aberta, assim como a dos outros regimes. Contudo, abstratamente costuma-se chamar de direito internacional geral aquele que organiza o direito internacional específico, como, por exemplo, a regulação das fontes no Estatuto da Corte Internacional de Justiça ou as regras gerais para regulação de tratados da CVDT.

Essas construções argumentativas sobre o direito são utilizadas por atores políticos como forma de expressar suas preferências, numa contestação hegemônica constante¹⁹⁵. Especialmente, o ato de colocar um problema em uma ou outra caixa é atualmente assumido por especialistas internos aos próprios regime, e que pertencem a instituições com *bias* específicos.¹⁹⁶

Os direitos, que haviam sido idealizados como a solução para os problemas que a soberania havia trazido, expandem-se em número – como já vimos - e passam a ser interpretados por conselheiros, economistas, técnicos, de cada uma das áreas de produção e interpretação normativa (p. ex. comércio, direitos humanos, meio ambiente etc.). Esses profissionais passam a utilizar vocabulários técnicos próprios para encontrar a solução mais eficiente de acordo com os objetivos buscados em cada regime¹⁹⁷.

Nesse espaço, domina quem detém o conhecimento específico, técnico. Só quem tem este conhecimento é quem pode dizer o que é o direito,¹⁹⁸ então há uma transferência de foco, do direito em si, para a instituição que o aplicará¹⁹⁹. Nesse sentido, "... o direito internacional tradicional é deixado de lado em favor um mosaico de regras e instituições específicas, cada um seguindo suas preferências incorporadas".²⁰⁰

Justamente em prol destes objetivos, há uma tendência, por parte dos próprios regimes internacionais, de ignorar seu arredor e buscar a eficiência ótima de sua área de atuação. Por isso, há grande risco de gerencialismo, ou seja, a “concentração obsessiva no

¹⁹⁵ Martti Koskenniemi coloca a expressão da seguinte forma: “By “hegemonic contestation” I mean the process by which international actors routinely challenge each other by invoking legal rules and principles on which they have projected meanings that support their preferences and counteracts those of their opponents. In law, political struggle is waged on what legal words mean, whose policy will they include, whose will they oppose. To think of this struggle as hegemonic is to understand that the objective of the contestants is to make their partial view of that meaning appear as the total view, their preference seem like the universal preference”. (grifos do autor, KOSKENNIEMI, 2011, p. 222).

¹⁹⁶ É o que se pode chamar de desformalização, pois em vez de uma análise da aplicação de normas, “most law with a universal scope refrains from rule-setting and instead calls for ‘balancing’ the interests with a view of attaining ‘optimal’ results to be calculated on a case-by-case basis.” KOSKENNIEMI, 2011, p. 339. “A specialized institution is bound to see every problem from the angle of its specialisation.” (KOSKENNIEMI, 2007, p. 5).

¹⁹⁷ KOSKENNIEMI, 2011, p. 359.

¹⁹⁸ Id., p. 78-81.

¹⁹⁹ KOSKENNIEMI, 2005, p. 83.

²⁰⁰ “...traditional international law is pushed aside by a mosaic of particular rules and institutions, each following its embedded preferences.” (KOSKENNIEMI, 2011, p. 339).

resultado produzido pela instituição específica [...] e sua falta de preocupação com os efeitos sobre o mundo circundante, incluindo outros regimes”²⁰¹.

Nesse sentido, o gerencialismo guia as construções argumentativas através de *standards* em prol de um objetivo que deve ser alcançado mesmo às custas da invalidação de outras – ou de construções de outros regimes. Nesses processos cuja primeira aparência é a de pura técnica se dão os conflitos entre os regimes, em que a disputa é sobre qual o significado dos termos, buscando imprimir as preferências parciais como se fossem preferências universais.

4. A postura e a perspectiva para lidar com os regimes

Com a fragmentação em regimes, a tendência ao gerencialismo e disputas hegemônicas, cria-se um cenário aparentemente despolitizado e utilitarista²⁰². Por isso, retomar a política serve ao reconhecimento de que essa dinâmica existe e, conseqüentemente, da possibilidade de o jurista se inserir em uma prática argumentativa consciente dos diversos projetos do direito internacional.

Exporei aqui dois parâmetros pelos quais o jurista deve se guiar para fazer análise de regimes na atualidade e que empregarei para as análises posteriores deste trabalho: adotar uma visão política e aceitar os ganhos de um estudo interdisciplinar.

4.1 A visão política

Já que o direito é uma plataforma em que o conflito social é articulado²⁰³, o melhor que o jurista tem a fazer é tomar conhecimento das diversas práticas argumentativas e

²⁰¹ “...the obsessive concentration on the outcome produced by the single institution (state, company, organization, treaty-system, any other type of regime) and its lack of concern for the effects on the surrounding world, including other regimes”. (KOSKENNIEMI, 2012, *passim*).

²⁰² KOSKENNIEMI, 2011, p. 359.

²⁰³ KOSKENNIEMI, 2007, p. 16

participar delas olhando para seus respectivos objetivos políticos. Segundo Martti Koskenniemi, essa prática argumentativa tem capacidade transformadora, justamente pela ótica da função do direito internacional:

“As a practice of “moral politics” I see international law as a project that uses those vocabularies - and other vocabularies- in order to tell stories that seek to appeal to everyone, that keep alive and strengthen the ideas of freedom, equality and universality – and all the familiar virtues of the “inner morality of law.”²⁰⁴

Cada autor parece ter uma noção do que é política e do que se caracteriza como político. Quando Teubner fala sobre a emergência de um direito global²⁰⁵ – como ele chama o resultado do fenômeno da diferenciação sobre o direito-, ele não afasta a politização dos novos processos, que identifica como estranhos à política tradicional dos Estados. Na lógica de Gunther Teubner, o direito global é político por meio dos acoplamentos estruturais com discursos especializados da própria sociedade – assim, o grupo social da internet leva seu discurso especializado ao direito, que passa a ter uma área sobre internet.²⁰⁶ Por isso Teubner identifica uma dificuldade das teorias de relações internacionais em apreciar o processo de fragmentação, que se dá no acoplamento entre direito e política via constituições.²⁰⁷

Enquanto Fischer-Lescano e Teubner falam de alguns regimes que são formados por atores “não políticos” da sociedade, que dizem respeito a questões sociais²⁰⁸, para Koskenniemi não há setores que não sejam políticos. Por isso é necessário jogar luz a preferências nos processos de escolha interpretativa.

²⁰⁴ Id., p. 17.

²⁰⁵ Segundo Teubner, este é um direito que não é feito pelas instituições políticas, mas pela própria sociedade. Enquanto Ehrlich, numa leitura romântica, falava em “direito vivo” como o comunal, de vínculos comunais, o “direito vivo” de hoje, segundo Teubner, parece ser derivado de processos frios e técnicos. “Since it is not politics but civil society itself that drives us toward a globalization of its various fragmented discourses, the globalization of law is bound to follow as a spill-over effect of those developments. From this, the main thesis follows: global law will grow mainly from the social peripheries, not from the political centres of nation states and international institutions.” (grifos do autor, TEUBNER, 1997, p. 4).

²⁰⁶ “We can expect global law to become politicized not via traditional political institutions but within the various processes under which law engages in ‘structural coupling’ with highly specialized discourses.” Id., p. 2.

²⁰⁷ TEUBNER, 1997, p. 3-4.

²⁰⁸ FISCHER-LESCANO, TEUBNER, 2004, p. 1023.

Quanto mais os autores buscam encontrar exclusivamente a coerência sistemática do direito internacional, segundo Koskenniemi e Leino, mais eles se afastam de sua realidade política²⁰⁹:

“The jurisdictional tensions express deviating preferences held by influential players in the international arena. Each institution speaks its own professional language and seeks to translate that into a global Esperanto, to have its special interests appear as the natural interests of everybody. Here neither anxiety nor complacency are in place: the conflicts do not go away by relying on “reasonableness” – unless, of course, one falls back on being satisfied with possessing a professional language in the first place that will guarantee that whatever preferences will win at the end, one will always continue to speak.”²¹⁰

Mario Prost defende, à semelhança de Koskenniemi, que os estudos se limitam a buscar a coerência sistemática do direito normalmente negligenciam a política da fragmentação, e ressalta:

“behind the seemingly neutral discourse on conflict of norms lies a Bourdieusian ‘classification struggle’ (lutte de classement), in which efforts by the dominant agents of the international legal field to control and impose certain cognitive criteria, symbolic hierarchies and interpretive procedures as objective (or official) necessities are pitted against the attempts of emerging actors to transform these structures of vision and division.”²¹¹

Como já visto no item anterior, o que faz do direito nem ciência nem moralidade é justamente o comprometimento dos juristas com um projeto teleológico que se aplique sobre a realidade.²¹² Tendo em vista seu caráter aberto e consequente possibilidade de manobras políticas, o mais interessante de se estudar o direito é justamente explorar como as diversas construções argumentativas demonstram interesses opostos e contradições de nossa sociedade.²¹³ Isso é o “flesh and blood of the legal everyday”²¹⁴. Como ficou claro, contudo, a abertura política do direito não faz com que seja uma linguagem inútil por ser

²⁰⁹ LEINO, KOSKENNIEMI, 2002, p. 559.

²¹⁰ Id., p. 578

²¹¹ PROST, 2006, p. 2.

²¹² KOSKENNIEMI, 2012, p. 14. “Law does not just describe what human beings or institutions do or have done but what they should do. (...) For it is as much a key part of legal competence to realize that law is based on facts and interests as it is to understand that it possesses ‘relative autonomy’ from any momentary fact or interest, that it is not just pure immanence, a passive product of power.” (KOSKENNIEMI, 2012, p. 12).

²¹³ KOSKENNIEMI, 2012, p. 19.

²¹⁴ Id..

manipulável. Pelo contrário, justamente por indicar o que deve ser, e por ser sempre informado por projetos de mundo, tem uma capacidade transformadora que pode ser explorada uma vez que o jurista o enxergue em todos os seus contornos políticos.

4.2 A interdisciplinaridade

Como visto, a postura política sobre o direito internacional não significa que não é próprio dos juristas ou que não levará a resultados úteis para eles. Tampouco significa abandonar os objetivos fundamentais da disciplina em prol de estudos que se filiem a outras áreas, nem que o jurista deve ser um receptáculo dos “técnicos” do conhecimento das diversas áreas reguladas.

Como observa Jan Klabbers, ao mesmo tempo em que se espera hoje que os acadêmicos sejam especializados em determinadas áreas, também a visão interdisciplinar é uma habilidade a mais, bastante valorizada²¹⁵. Contudo, nem sempre a interdisciplinaridade por si só ajuda na compreensão do direito internacional, ou pelo menos a sua compreensão crítica. Isso porque, primeiro, a interdisciplinariedade muitas vezes pressupõe a escolha de apenas uma visão da outra disciplina com que se irá trabalhar o direito (por exemplo, escolher a visão realista das relações internacionais). Muitas vezes, ainda, essa escolha vem junto com a compra de determinada visão política com que terá de se trabalhar – um trabalho de direito internacional que se assuma interdisciplinar com as relações internacionais, por exemplo, e que escolha uma visão realista, assumirá a centralidade do desejo de poder dos Estados em seu estudo²¹⁶. Outro risco é que o autor se

²¹⁵ “It is, in other words, reasonably self-evident that practitioners, in order to do their jobs properly, ought to have a basic understanding of the various academic disciplines and sub-disciplines surrounding their own discipline proper, be it general international law, trade law, humanitarian law, or any other branch of law. It can also safely be postulated that the same applies to academics: the academic human rights lawyer can, no doubt, learn a thing or two from such disciplines as political theory or social anthropology; the academic trade lawyer, likewise, can learn a thing or two from economics; the environmental law from familiarity with environmental studies. In short, to be broad-minded will generally be an asset, both in legal practice and in academia.” (KLABBERS, 2005, p. 35-36.)

²¹⁶ Ou, pelo exemplo do próprio autor: “The key example here is probably the use of game theory in order to explain the law of treaties, as undertaken a few years ago by John Setear. Not only did this result in, as Michael Byers helpfully put it, taking the law out of international law —that alone would have been bad enough— but what is worse is that such a game theory approach ends up perpetuating the idea that treaties

obrigue a que seu trabalho fique atraente para a outra área com que se está trabalhando, o que só será possível se ele abandonar a perspectiva de jurista e passar a uma perspectiva de outra disciplina.²¹⁷

Assim, o grande problema identificado por Klabbbers em se fazer um estudo interdisciplinar é deixar que os objetivos da disciplina instrumental – não a central, o direito – guiem as perguntas que se procura responder. Isso ocorre especialmente quando se estuda o direito utilizando-se ferramentas de outras disciplinas e se adota a visão de mundo das outras disciplinas, que não o direito.²¹⁸

Por isso, a utilidade de um estudo interdisciplinar passa pela consciência do próprio direito internacional. Essa é, além de uma escolha metodológica, uma questão política.²¹⁹ Esse direito, como qualquer outro, precisa ser ao mesmo tempo concreto e normativo. Se não tivesse este elemento, seria transformado em apologia; se não tivesse aquele, seria uma mera utopia – “a bag of dreams inextricable from the preferences of the dreamer”.²²⁰

Por isso um ponto que o jurista deve buscar é a valorização de sua perspectiva. Ao mesmo tempo, deve sim olhar para as disciplinas ao seu redor e buscar informações que completem sua visão de área.²²¹ Especialmente num contexto de diferenciação social e jurídica, com cada vez mais discursos de especialização, não buscar por “detalhes

are, really, nothing but contracts between sovereign states, and therewith ends up not just ignoring much of present-day international law, but actually turning back the clock”. (Id.).

²¹⁷ Segundo o autor, isso é bastante provável, já que o direito internacional é tratado como disciplina pouco atraente, já que é vista por muitos como nem de direito (portanto inferior ao direito doméstico), nem influente (então menos atraente que as ciências políticas). KLABBERS, 2005, p. 41.

²¹⁸ KOSKENNIEMI, 2012, *passim*.

²¹⁹ Politics is not just about power and about distributing values; it is also about figuring out which values are (or could be, or should be) of importance to begin with. (...) Perhaps it is time for the lawyer to embrace the circumstance that there are many ways of doing legal work, and that there is no reason to be ashamed of being an international lawyer. This is what I wanted to convey when celebrating the relative autonomy of international law: while the good lawyer has an open mind to influences and insights coming from other disciplines, it would be a mistake to give up the law’s own discipline and submit to others. And as much as it is not for Anne-Marie Slaughter to set my research agenda (dual or otherwise) and define interdisciplinarity, neither would I entrust any other individual with that task: for to define what interdisciplinarity stands for is to exercise power.” (KLABBERS, 2005, p. 45). Por essa conclusão é possível dizer que, na visão de Jan Klabbbers, a abertura para trabalhos sobre o direito (por exemplo, quando se fala em “legalization of international relations”) que ocorre há alguns anos dentro das ciências sociais ou relações internacionais, tem a ver com o aumento do espaço ocupado pelo próprio direito na política. Por isso o jurista de formação retoma sua área para si quando assume sua perspectiva ao falar sobre o direito.

²²⁰ KOSKENNIEMI, 2012, p. 12

²²¹ “The best work in international law tends to be individual work that is well-informed about neighbouring disciplines, and would be readable and understandable to those neighbouring disciplines, and perhaps even contribute something to those disciplines, without however losing its distinctively legal character.” (KLABBERS, 2005, p. 45)

técnicos” é simplesmente ignorar um traço fundamental do contexto de que se pretende fazer parte.

Como dito anteriormente, a postura política ajuda a entender o funcionamento do direito e conscientiza o jurista de sua colocação dentro das práticas argumentativas. Essa consciência é especialmente relevante porque as construções sobre o direito transformam as linguagens do que é não-jurídico numa linguagem jurídica, e nesse sentido ilumina alguns aspectos do mundo enquanto deixa outros no escuro. O que vai determinar de uma determinada construção é plausível ou não é o “encaixe” dentro do *bias* estrutural no contexto em que se fala.²²²

Formal government and private governance, international, regional and local rules, religion and science, and the various regimes of truth and expertise all operate in ways that use law and can be captured as forms of law – as long as our vision is not clouded by stereotypical images of what ‘ruling’ or ‘law’ are. The exercise of power in the international world has been increasingly taking the form of economic or technical measures whereby officials and businesses react to crises that arise from, as it were, nowhere. The acting agents are rendered invisible and responsibility lies with no one.”²²³

Nessa inserção sempre vai haver a preocupação de se olhar para a disciplina do direito como focada em problemas jurídicos, sobre o conteúdo e a aplicação do direito, como linguagem construída ao redor do legal/ilegal de acordo com as ferramentas do próprio direito internacional (dadas pelos tratados, pela doutrina etc.). Nesse sentido, Koskeniemi esclarece que as principais preocupações do direito não são perdidas, mas agem como ponto central das articulações argumentativas:

“‘What does the law say?’ and ‘how should the law be applied in this case?’ are typical formulations of those two problems [entre apologia e utopia] – one having to do with the meaning of law *in abstracto*, the other with its application in a concrete situation. These are *normative* problems but they are not problems of morality – although giving a professionally competent response to them may involve taking a stand on some disputed moral questions. They are *factual* problems, too, but what count as relevant facts and how their importance should be assessed is determined from within the relevant context of argument, through the adversarial procedures that law provides for social agents. This is the truth of law as

²²² “The law constructs its own field of application as it goes along, through a normative language that highlights some aspects of the world while leaving other aspects in the dark. Whether a particular justification then seems plausible and the position defended is accepted depends on how it fits with the structural bias in the relevant institutional context.” (KOSKENIEMI, 2005, p. 570).

²²³ KOSKENIEMI, 2012, p. 26

an institutional practice: its standards and performances are internally validated.”²²⁴

Essas construções argumentativas, então, ao mesmo tempo que se alinham em prol de determinados projetos de cada um dos regimes, também indicam o que é considerado direito e o que é considerado não-direito. Também essa seleção pode ser estratégica para determinados projetos, já que se retira da classificação legal/ilegal determinados comportamentos ou fenômenos. Tomando esta seleção como ponto relevante, Freur Johns buscou avaliar alguns modos como os juristas atualmente lidam com elementos também do não-direito.²²⁵ Nesse estudo, a autora chegou à conclusão de que, ao afastar comportamentos e fenômenos do campo do direito, os juristas rotineiramente influenciam e conformam não-direito também²²⁶.

As práticas do estudo estão classificadas em ilegalidade, extra-legalidade, pré- e pós-legalidade, supra-legalidade e infra-legalidade. O primeiro denota a elaboração jurídica que é feita sobre o que é ilegal. O caso explorado nessa linha é o do tratamento da tortura, invocando o direito internacional, que juristas construíram através dos “torture memos” na segunda administração de George W. Bush.²²⁷ Já a extra-legalidade é construção jurídica sobre aquilo que antes era considerado além do direito, cujo exemplo é das decisões sobre a zona de detenção de Guantánamo pós-2001, antes conformada “law free zone” imposta pelos EUA e que passa a ser objeto de argumentações de aplicação dos direitos humanos internacionais.²²⁸ Já pré- ou pós-legalidade se referem a fazer que ações, agentes ou questões entrem na construção jurídica mesmo estando antes ou depois das ações previstas no direito. O caso de exemplo estudado é o do investimento transfronteiriço²²⁹, segundo o qual os juristas têm se especializado em alocar o poder (numa pós-legalidade) a depender da escolha de foro para solução de disputas. Fazer uma

²²⁴ Nesse sentido, Martti Koskenniemi enxerga todas as construções argumentativas no direito como dentro de uma linha de graduação entre apologia e utopia, ou seja, entre o que se prende ao real – e corre o risco de ser visto como pura política – e o que se prende ao objetivo normativo – e corre o risco de ser visto como ilusão, ou utopia. KOSKENNIEMI, 2012, p. 20.

²²⁵ JOHNS, 2013, p.1.

²²⁶ JOHNS, 2013, p.1. “There may be as much to be gained – in ways international lawyers commonly think about ‘gains’ today – from a focus on the negative spaces [international legal makings of the non-legal] around and against which international law work is pursued, as is gained from a relentless focus on the positives that international legal work seeks to generate”. (JOHNS, 2013, p. 215).

²²⁷ JOHNS, 2013, p. 32-68.

²²⁸ Id., p. 69-108.

²²⁹ Id., p. 109 -152.

“supra-legalidade”, por sua vez, é considerar fenômenos políticos, biológicos, ambientais, religiosos, como estando fora do âmbito do direito, como se faz no caso da análise da literatura sobre o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas.²³⁰ Finalmente, a autora chama de infra-legalidade a ação de relegar à margem do direito internacional ou tomar como meramente incidentais determinadas questões. O caso de estudo é o da gestão, por parte das organizações internacionais, sobre os cadáveres no momento diretamente posterior a um desastre natural.²³¹

A autora alerta que as classificações são um tanto obtusas e que servem apenas para mostrar que têm em comum uma abordagem de que alguns comportamentos ou fenômenos, segundo estimam os internacionalistas, não são governados, pelo menos não efetivamente, pelo direito, que parece se dar por uma escolha estratégica argumentativa.²³²

Por isso, adotar uma perspectiva interdisciplinar neste trabalho significa não estar fechado para o que é pré-rotulado como direito dentro das práticas argumentativas. Para uma análise o mais completa possível dessas práticas e as escolhas que elas representam é também preciso perceber as classificações feitas do que seria o não-direito, ou o que fica no escuro em termos do direito como sistema de regras que se pautam pela legalidade ou ilegalidade e costumam deter um caráter de obrigatoriedade diferente de outros sistemas, segundo a doutrina internacional. Ao mesmo tempo, o estudo deve ter em mente seus objetivos de análise, dentro da disciplina do direito internacional, de perceber as construções argumentativas ao redor do direito em busca das escolhas do que é legal e ilegal.

²³⁰ Id., p. 152-184.

²³¹ Id., p. 185-214.

²³² JOHNS, 2013, p. 11. A autora esclarece, no estudo, o sentido da palavra “direito”: “The adjective ‘legal’ and the nouns ‘law’ and ‘legality’ here denote normative practices of legal professional. ‘International’ law indicates the projection of those normative practices on a global scale. Here international law, in short, is what legal professionals say and do in the course of a project of governing, or seeking to govern, globally.” (JOHNS, 2013, p. 11-12).

5. Conclusão parcial

Este primeiro capítulo buscou esclarecer as perspectivas de análise pelos quais as construções argumentativas sobre a regulação da internet serão observados. Primeiro, passei pelas diferentes noções de direito internacional pela perspectiva de fragmentação. Indiquei as possíveis origens do diagnóstico da fragmentação do direito internacional, passei por algumas manifestações sobre o fenômeno e em seguida indiquei uma classificação esclarecedora que relaciona fragmentação às possíveis noções de unidade no direito internacional. A partir dessa classificação, localizei a visão com que trabalharei o tema da fragmentação como plano de fundo, qual seja a fragmentação cultural no sentido forte.

Em segundo lugar, passei à localização da noção de regimes dentro do debate sobre a fragmentação. Diferenciei a utilização do termo nas construções das relações internacionais e do direito internacional. Já dentro da perspectiva do direito, argumentei a favor da utilização da noção de regimes própria à ideia de fragmentação cultural. Demonstrei que ela é melhor do que a opção tradicional, de regimes como subsistemas temáticos. Adotei, então, a definição de regimes como conjuntos de práticas argumentativas ao redor de um *ethos* próprio.

Em terceiro lugar, explorei o modo de funcionamento desses regimes, tanto de sua perspectiva interna, quanto de seu comportamento em relação a outros regimes. Se o *ethos* é a alma de cada regime, o que define as interpretações jurídicas sobre problemas de fato, ela também é protegida pelo conjunto de intérpretes através de um gerencialismo – defesa da técnica específica como única abordagem possível. Ainda, em relação a outros regimes, esse fenômeno leva a disputas hegemônicas, ou seja, à busca, por cada regime, de se colocar como língua geral.

Em quarto lugar, argumento que a postura, para estudar uma perspectiva de regimes como a estabelecida, é uma postura política e requer clareza em seus pontos interdisciplinares. A visão política sobre o direito é essencial para a compreensão e participação das práticas argumentativas no direito internacional. Também é importante observar o uso do rótulo de não-jurídico por parte dos juristas ao embarcarem em construções argumentativas sobre o direito. Ao mesmo tempo, é essencial se ter em mente

os principais objetivos de um estudo jurídico, para que o estudo interdisciplinar não seja raso ou anule o potencial de agregar informações essenciais à compreensão de um campo cada vez mais especializado.

III. CONSTRUÇÕES ARGUMENTATIVAS SOBRE A REGULAÇÃO DA INTERNET

“[T]he evolution of the internet was not simply a technological process determined by scientific innovation. It was also shaped by the objectives of the people who funded, created and fashioned it. These objectives were to clash, culminating in a battle for the ‘soul’ of the internet”.²³³

Este capítulo traz algumas narrativas sobre a internet e representações sobre sua regulação anteriores ao escopo deste trabalho, para então focar nas construções argumentativas feitas a partir de 2011 sobre a regulação da internet. Estas estarão organizadas de acordo com três tipos de “soluções” para os problemas que identificam na atual regulação da internet: adaptar o direito existente, criar um novo direito, ou afastar o direito como melhor forma de regulação.

As soluções são relevantes porque são os resultados de especialização ou não a que chegam os autores a partir de suas construções argumentativas. Esse movimento, a partir do diagnóstico dos problemas, passando pela construção de solução até chegar a ela, revela a perspectiva dos autores de como deveria ser a regulação da internet – portanto, os valores protegidos ou a direção buscada – e quais passos devem ser dados pra se alcançar isso –, o que pode revelar a presença de gerencialismo.

1.As batalhas pela alma da internet

Passaremos agora por algumas disputas de interesses que envolveram a criação e o desenvolvimento da internet até os dias de hoje, seguidamente das representações que foram feitas sobre essas disputas pela ótica da regulação da internet. É importante, nessa incursão histórica, não tanto dar conta de todos os acontecimentos relevantes para a evolução da internet como tecnologia, mas abranger alguns pontos de tensão sobre questões que o seu funcionamento gerou, destacando os valores em conflito ao redor da internet e de sua regulação.

²³³ CURRAN, 2012b, p. 36.

1.1 Algumas batalhas até aqui

O surgimento da internet em seus moldes atuais se deve em grande parte às disputas da Guerra Fria. Dentro da agência norte-americana que tinha como objetivo rivalizar a potencia tecnológica da União Soviética, surge a ARPANET²³⁴. A rede adquire o papel de facilitar o desenvolvimento de um comando militar sofisticado, que recebe altos investimentos públicos. Assim, tudo começa com uma rede pequena, estatal, estabelecida em 1969 nos Estados Unidos. A rede foi expandida em 1972 através de uma linguagem comum e um conjunto de protocolos e depois complementada em 1974 pelo estabelecimento do *network mail*, primeira versão do email.²³⁵

James Curran indica que muitas características iniciais da internet e que acabam persistindo ao longo do tempo se referem ao seu objetivo de comunicação militar inicial, aliado ao papel fundamental dos cientistas.²³⁶ Uma delas, é que, como forma de proteção contra ataques soviéticos, o sistema foi desenvolvido sem comando central, o que dificultaria um eventual ataque ou o controle inimigo.²³⁷ Pela mesma lógica, o sistema foi desenvolvido de maneira que continuaria a funcionar caso uma parte dele fosse destruída. A comutação de pacotes (“packet-switching”) desagregavam as mensagens em pequenos pacotes antes do envio por diferentes vias (“routes”), e se juntavam novamente na chegada, o que constituía o sistema *end-to-end*.²³⁸ Ainda, para que pudesse servir a várias funções militares, o sistema da internet foi criado para incorporar outros sistemas com facilidade.²³⁹ Essas características também eram interessantes pela perspectiva dos cientistas, já que os departamentos das universidades também não desejavam se submeter a um controle central e poderiam, a partir de sua estrutura descentralizada, incorporar novas redes.²⁴⁰

Até então, a internet era aberta apenas à comunidade científica, pois havia certa exclusividade para os detentores da *expertise*.²⁴¹ Além disso, nessa primeira fase não havia

²³⁴ Advanced Research Projects Agency Network, do Departamento de Defesa dos EUA.

²³⁵ CURRAN, 2012b, p. 35.

²³⁶ Id., p. 36-38.

²³⁷ Id., p. 36

²³⁸ Id., p. 37-38

²³⁹ Id., p. 37

²⁴⁰ Id., p. 37

²⁴¹ Id., p. 38.

grande interesse privado na internet,²⁴² então a ARPANET entregou a frente da internet pública em 1990 à National Science Foundation.²⁴³ Até esse momento, uma parceria entre os cientistas e ativistas da contracultura norte-americana dos anos 1980 havia tido papel fundamental para o estabelecimento da internet como uma forma nova de imaginar os computadores.²⁴⁴ A contracultura contribuiu para ser criada a visão de internet como ferramenta para a criação de comunidades virtuais, uma nova forma de cultura e agente positivo para a democracia.²⁴⁵

Pontos importantes para a internacionalização da internet, em seu início, foram a adoção de endereços de IP (Internet Protocol)²⁴⁶ para a rede interna de computadores da Organização Europeia para a Pesquisa Nuclear (CERN) em 1985 e a criação da *world wide web*²⁴⁷ em 1991. Segundo James Curran, um fator fundamental para que a internet se desenvolvesse com maior neutralidade foi a recusa do criador da *world wide web*, Berners-Lee, de promovê-la por uma empresa privada. Ela foi apoiada por uma agência de

²⁴² Como demonstra o fato de a AT&T ter recusado, em 1972, o controle da ARPANET, sob a alegação de que não seria lucrativo. Id., p. 37.

²⁴³ CURRAN, 2012b, p. 40.

²⁴⁴ Id., p. 39.

²⁴⁵ James Curran cita como exemplos a WELL (Whole Earth 'Letronic Link), em São Francisco (EUA), criada por personalidades do rock e ativistas, que promovia conferências sobre temas como a interpretação de letras de música, por exemplo; a Amsterdam Digital City (DDS), financiado pelo governo local, em que os encontros sobre temas variados eram feitos em cybercafés. Criaram-se também redes dispersas de discussão, como a Usenet, de discussão de temas da rede a temas políticos, jogos de interação em que os usuários podiam criar novas identidades. Encontros que envolviam personalidades como Steve Jobs, espalhavam a mensagem de que, se o acesso à informação é que forma a democracia, a partir daquele momento a informação poderia ser disseminada como nunca havia sido antes. (CURRAN, 2012b, p. 39-40).

²⁴⁶ "IP address – endereço IP. O endereço do Protocolo Internet (IP) é um endereço numérico exclusivo que é usado para representar todo computador em uma rede. O formato do endereço IP é de quatro números separados por ponto, por exemplo: 765.123.456.7. O servidor de nome de domínio traduz esse número para um nome de domínio." (SAWAYA, 1999, p. 246). "Domínio. Na Internet, um endereço da rede, como "microsoft, com", cuja grafia é parte de "http:// www.microsoft.com". A parte "http://www" (ou "ftp") do endereço refere-se ao nome de um servidor de domínio." (SAWAYA, 1999, p. 142).

²⁴⁷ "Literalmente, "Teia (Rede) Mundial". A World Wide Web é um acervo universal de páginas da Web (*Web pages*) interligadas por vínculos (*links*), as quais fornecem ao usuário informações de um completo banco de dados multimídia, utilizando a Internet como mecanismo de transporte. A WWW permite que o usuário "navegue" de uma localidade (*site*) à outra com simples cliques sobre os *links*. As páginas da Web são documentos de hipertextos, residentes em servidores HTTP (*HyperText Transfer Protocol*), escritos em HTML (*HyperText Markup Language*), identificados por URLs (*Uniform Resource Locators*) e transmitidos ao usuário final pelo protocolo HTTP. A base da *World Wide Web* é a hipermídia, uma combinação de texto, imagens gráficas, sons, animações e vídeo, por isso tornou-se ideal para a divulgação de informações na Internet. Os recursos de hipermídia podem ser acessados com navegadores da Web (*Web browsers*) como o Mosaic, Netscape, ou Internet Explorer (a Web também pode ser acessada com navegadores exclusivos de texto, como o LYNX). Através dessas conexões de hipermídia, o usuário pode navegar pelos assuntos de seu interesse". (SAWAYA, 1999, p. 516).

financiamento público da CERN, como um “presente à comunidade”.²⁴⁸ Em 1998, a internet já alcançava todos os países do mundo.²⁴⁹

James Curran também aponta que mais uma influência sobre o espaço cibernético foi a comercialização da internet. Segundo ele, com a abertura da internet à comercialização em 1991, surgiram inovações como os navegadores e as ferramentas de busca acessíveis ao público.²⁵⁰

Como indica o autor²⁵¹, na década de 1990 a internet parecia ser “an unstoppable force: like the invention of print and gunpowder, it would change society permanently and irrevocably”²⁵². Muitas das profecias, ainda, apresentavam um cibercentrismo (Internet-centrismo), segundo o qual a internet seria a tecnologia que reconfiguraria todos os ambientes humanos.²⁵³

Em 1995, havia uma noção despreocupada da época com a comercialização e marcada pelo triunfalismo democrático e capitalista.²⁵⁴ Ao mesmo tempo, se dissolvia o grupo de cientistas e acadêmicos da era “pré-comercial” da internet e criava-se um novo grupo de influência e controle sobre a internet, embebido nas ideias capitalistas otimistas da diversidade – em detrimento do monopólio.²⁵⁵ Dentre algumas características que definiram o novo caráter da internet, estiveram o crescimento significativo da pornografia, jogos (também os de azar) e depois o aumento de vendas online e publicidade na rede. A internet se fechava tanto por controles das empresas sobre direitos de propriedade intelectual, com pressão para que fossem protegidos contra a pirataria, que impedia também casos de construção colaborativa da época pré-comercial. Por outro lado, começaram a se implantar os mesmos sistemas utilizados para publicidade, agora como sistemas de vigilância e bloqueios de sites. Outra forma de controle tinha por base o poder

²⁴⁸ CURRAN, 2012b, p. 39-40.

²⁴⁹ CURRAN, 2012b, p. 35. Os dados de 1998 indicavam 3,1 % de penetração na população global, com mais de 188 milhões de usuários. Cf. <<http://www.internetlivestats.com/internet-users/>>, acessado em: 25.ago.2014.

²⁵⁰ CURRAN, 2012b, p. 40. Os navegadores são os aplicativos utilizados para acesso a páginas na rede, como os atuais Mozilla Firefox, Google Chrome, Internet Explorer, Safari, etc, enquanto as ferramentas de busca são aplicativos de exploração da rede cujo objetivo é coletar resultados disponíveis compatíveis a determinada chave inserida. Exemplos atuais são o Google, Yahoo e Bing.

²⁵¹ James Curran se propõe a fazer uma historiografia da internet que fuja do caráter celebratório da tecnologia e de seu “progresso” que normalmente se imprime em trabalhos desse tipo. O autor também busca, em sua leitura, “des-ocidentalizar” a narrativa sobre a história da internet. (CURRAN, 2012b, p. 35).

²⁵² CURRAN, 2012a, p. 3.

²⁵³ Id., p. 3

²⁵⁴ Id., p. 41.

²⁵⁵ Id., p. 42.

de mercado, empresas como Apple, Oracle, Google e Microsoft passaram a criar também restrições através de seus produtos.²⁵⁶

Contra o movimento em prol da comercialização que havia sido implementada a partir do final da década de 1990, houve o que James Curran chama de “revolta dos nerds”. Richard Stallman, programador no MIT, estabeleceu a Free Software Foundation²⁵⁷. O programador criou um novo sistema de operação como resistência ao licenciamento do sistema operacional UNIX pela AT&T²⁵⁸. O novo sistema, GNU, seria aberto e colaborativo²⁵⁹. Assumido por Linus Torvalds, tornou-se o GNU/Linux, que seria depois apoiado pela IBM²⁶⁰ em 1998, sem buscar nenhum controle de propriedade. Com uma linha parecida, a empresa assumiu o servidor “Apache”²⁶¹ e depois distribuiria o servidor Mozilla Firefox distribuído gratuitamente. Esses são apenas exemplos dos resultados do movimento *open source*, que buscava desenvolver formas de acesso aos computadores pelo próprio público, já que suspeitavam dos interesses das autoridades.²⁶² As ideias do movimento *open source* foram responsáveis por outras criações, como o *Wikipedia*²⁶³, por Jimmy Wales e Larry Sanger em 2001. Iniciativas com geração de dados pelos próprios

²⁵⁶ CURRAN, 2012b, p. 41-45. “In brief, commercialisation played an important part in popularising the internet and making it accessible to a wider public. However, commercialisation also introduced economic and metadata controls, and a new technology of surveillance, that curtailed the diversity and freedom of the internet.” Id., p. 45

²⁵⁷ “As our society grows more dependent on computers, the software we run is of critical importance to securing the future of a free society. Free software is about having control over the technology we use in our homes, schools and businesses, where computers work for our individual and communal benefit, not for proprietary software companies or governments who might seek to restrict and monitor us.” Cf. descrição no site oficial, < <http://www.fsf.org/>>, acessado em: 25.ago.2014.

²⁵⁸ Empresa norte-americana American Telephone and Telegraph.

²⁵⁹ “GNU is a Unix-like operating system that is free software—it respects your freedom. You can install versions of GNU (more precisely, GNU/Linux systems) which are entirely free software. The GNU Project was launched in 1984 to develop the GNU system. The name “GNU” is a recursive acronym for “GNU’s Not Unix!”.” Cf. site oficial: < <https://www.gnu.org/>>, acessado em: 25.ago.2014..

²⁶⁰ Empresa norte-americana Internet Business Machines.

²⁶¹ Programa que controla um computador (servidor) em que se hospedam conteúdos disponíveis na internet, como *websites*.

²⁶² CURRAN, 2012b, p. 46. “The term “open source” refers to something that can be modified because its design is publicly accessible. While it originated in the context of computer software development, today the term “open source” designates a set of values—what we call *the open source way*. Open source projects, products, or initiatives are those that embrace and celebrate open exchange, collaborative participation, rapid prototyping, transparency, meritocracy, and community development.” Cf. site oficial: <<http://opensource.com/resources/what-open-source>>, acessado em: 25.ago.2014.

²⁶³ “A Wikipédia é um projeto de enciclopédia coletiva universal e multilíngue estabelecido na Internet sob o princípio wiki. A Wikipédia tem como objetivo fornecer um conteúdo reutilizável livre, objetivo e verificável, que todos possam editar e melhorar.” Cf. descrição no site oficial <http://pt.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:P%C3%A1gina_principal>, acessado em: 25.ago.2014.

usuários foram as mídias sociais, como o Facebook²⁶⁴, aberto publicamente em 2006 e o *Youtube*²⁶⁵ e, numa linha mais radical, o WikiLeaks²⁶⁶.²⁶⁷

Essa tensão entre os interesses recalcitrantes dos defensores do *open source* e os interesses privados constroem muitas das escolhas de utilização da internet. Dessa tensão surge por exemplo a tentativa da indústria de música de cobrar menos por música online, contra o aumento da pirataria. Outro exemplo é a resistência à publicidade na internet, que era muito mais combatida antes dos sistemas anti-spam,²⁶⁸ mas que hoje é objeto do debate sobre privacidade, já que dados de buscas dos usuários são utilizados para determinar as propagandas personalizadas.²⁶⁹

Mais um elemento deve ser levado em conta quando se fala em tensão de valores durante a construção da internet. Se, nos últimos anos, um grande esforço do ocidente pode ser o de combater a influência (e censura) do mercado sobre a internet, o esforço da sociedade civil oriental foi de combater a censura estatal sobre a internet, na linha que liga internet à democracia.²⁷⁰

“It was widely predicted in the 1990s that the global diffusion of the internet would assist the march to democracy. The keyboard, we were told, would prove mightier than the secret police: dictatorships would fall like dominoes because the internet would inspire a clamour for freedom.”²⁷¹

²⁶⁴ Rede social de compartilhamento de fotos e mensagens.

²⁶⁵ Plataforma de compartilhamento de vídeos.

²⁶⁶ “WikiLeaks is a not-for-profit media organisation. Our goal is to bring important news and information to the public. We provide an innovative, secure and anonymous way for sources to leak information to our journalists (our electronic drop box). One of our most important activities is to publish original source material alongside our news stories so readers and historians alike can see evidence of the truth. We are a young organisation that has grown very quickly, relying on a network of dedicated volunteers around the globe. Since 2007, when the organisation was officially launched, WikiLeaks has worked to report on and publish important information. We also develop and adapt technologies to support these activities.

WikiLeaks has sustained and triumphed against legal and political attacks designed to silence our publishing organisation, our journalists and our anonymous sources. The broader principles on which our work is based are the defence of freedom of speech and media publishing, the improvement of our common historical record and the support of the rights of all people to create new history. We derive these principles from the Universal Declaration of Human Rights. In particular, Article 19 inspires the work of our journalists and other volunteers. It states that everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers. We agree, and we seek to uphold this and the other Articles of the Declaration.” Cf. <<https://wikileaks.org/About.html>>, acessado em: 25.ago.2014.

²⁶⁷ CURRAN, 2012b, p. 47.

²⁶⁸ Id., p. 48.

²⁶⁹ Cf. BESSEL, NUNES, 2014.

²⁷⁰ CURRAN, 2012b, p. 49.

²⁷¹ Id., p. 49.

James Curran traz diversos estudos que relativizam e até negam tal ideia de causalidade ou influência. Em vez de os regimes terem sido derrubados pela internet, eles em grande parte a controlaram.²⁷² Mesmo nos levantes recentes da Primavera Árabe em que se deu papel importante para a internet, não é provado o real papel dessa forma de comunicação, principalmente porque, segundo o autor, os países em que ocorreram as revoltas têm índices de conexão muito pequenos.²⁷³ Mesmo assim, é interessante notar que as autoridades se preocuparam em cortar essa forma de comunicação em países como a Tunísia e o Egito, durante manifestações contra o regime.²⁷⁴

O ponto da censura prova o ponto da constante tensão entre o modelo da internet e o modelo estatal. De um lado, a censura e repressão utilizando as informações da internet. De outro, a vigilância que utiliza as mesmas ferramentas, mas em prol da segurança, como ocorre atualmente.

Nos últimos anos, a internet ganhou mais espaço de discussão no mundo da política internacional interestatal,²⁷⁵ com o recente protagonismo em assuntos como a segurança, espionagem e terrorismo²⁷⁶. Essas discussões se somaram àquelas que já eram travadas antes e colocaram ainda mais luz nos problemas decorrentes de políticas nacionais divergentes sobre a internet.

Com o aumento crescente de usuários da internet²⁷⁷ e sua utilização para as mais

²⁷² CURRAN, 2012b, p. 49-51. Para outra abordagem de relativização do potencial da internet de promover a democracia e uma perspectiva crítica sobre o cibercentrismo, cf. MOROZOV, Evgeny. *The Net Delusion: The Dark Side of Internet Freedom*. New York: Public Affairs, 2011.

²⁷³ CURRAN, 2012b, p. 52.

²⁷⁴ “In short, the uprisings had deep underlying causes and were prefigured by protests over many years, largely ignored in the West. But the emergence of new media – in particular the mobile phone, internet and pan-Arab satellite TV – contributed to the build-up of dissent, facilitated the actual organization of protests, and disseminated news of the protests across the region and to the wider world. If the rise of digital communications technology did not cause the uprisings, it strengthened them. However, it remains to be seen whether new technology strengthened them enough to secure not regime decapitation, but real regime change.” (CURRAN, 2012b, p. 54).

²⁷⁵ Anne-Raquel Inné indica que em 2011 a internet foi descoberta como uma “questão para a alta política”, por meio de iniciativas como a “Deauville Declaration” do G8 movimentos similares de adoção de princípios para a internet por parte do Conselho da Europa, da OECD, da OTAN, além dos EUA, União Europeia e o G77 através do Brasil, Índia e África do Sul, que propuseram à 65ª Assembleia Geral da ONU “lançar uma nova plataforma intergovernamental para a Internet”. INNÉ, 2011.

²⁷⁶ Segundo o relato de Edward Snowden, os Estados Unidos conduziram buscas por dados de trocas feitas via internet por cidadãos e agentes de governo de outros países. GREENWALD, MACASKILL, POITRAS, 2013. Algumas manifestações posteriores do governo norte-americano relacionaram essas atividades com a necessidade de prevenir atentados terroristas. JORNALISTA..., 2013.

²⁷⁷ Atualmente (novembro de 2014) a estimativa do número de usuários da internet ultrapassa os três bilhões. Hoje a internet tem penetração em mais de 40% da população mundial. Em 1995 essa penetração era de 0,8% e em 2005 de 15,8%. < <http://www.internetlivestats.com/internet-users/> >. Apesar deste vertiginoso aumento do acesso à internet no mundo, há ainda significativa exclusão digital (ou “digital divide”), que ocorre tanto

diversas atividades (transações comerciais, relacionamentos, trabalho, educação, participação política etc.), ela se tornou uma extensão do espaço público²⁷⁸. A separação entre o real e o virtual fica cada vez menos visível e, naturalmente - *ubi societas ibi ius* -, cresce a aplicação do direito sobre as atividades virtuais. Hoje se costuma referir à área advocatícia que lida com o direito aplicado ao ciberespaço como *Cyberlaw*²⁷⁹ e congrega áreas como propriedade intelectual, antitruste, regulação de conteúdo, privacidade²⁸⁰, entre outros.

A criação de parâmetros sobre a internet e da própria aplicação de legislação nacional para a sua regulação requerem que algumas perguntas condicionantes sejam respondidas: o que é melhor, criar pontos de “fronteira” da rede para que as atividades da internet possam se submeter, com maior transparência, a legislações nacionais, ou manter a rede como estrutura aberta, regulamentada internacionalmente, com só um padrão de regulação? É melhor que este padrão seja construído a respeito da aplicação de normas nacionais – portanto, um direito sobre o direito – ou que as normas substantivas sejam colocadas no plano internacional, visando uma homogeneização da regulação? Se esta opção fosse escolhida, qual seria o conteúdo do direito a ser aplicado internacionalmente sobre atividades da internet?

Como visto, a invenção da internet como tecnologia gerou não apenas disputas sobre como deveria ser seu funcionamento e administração, mas também efeitos em outras áreas da vida. Sendo bastante representativa do processo de globalização, por sua capacidade de conectar espaços como nenhuma tecnologia havia feito anteriormente, ela também traz questões que devem ser discutidas no âmbito global, onde gera seus efeitos. Isso leva à necessidade de um debate focado da regulação da internet, sua relação com o poder estatal

internamente aos países, quanto internacionalmente, pela falta de acesso ou falta de qualidade do acesso à internet ligada à desigualdade econômica. Cf. <<http://www.internetworldstats.com/links10.htm>>.

²⁷⁸ Com a internet, ficou mais fácil a transmissão de informação, o encontro de pessoas e a promoção de eventos. CLARK, THEMUDO, 2003, p. 109. Ver também HURRELL, 2007, p. 99. Exemplo disso é a criação dos “partidos piratas”, partidos políticos propriamente ditos, que inclusive já conquistaram cadeiras em parlamentos europeus, derivados de organizações em torno de sites de file sharing na internet. EVERYTHING, 2013.

²⁷⁹ MAYER-SCHÖNBERGER, 2003, p. 608.

²⁸⁰ Um episódio recente que chamou a atenção mundial foi a ampla rejeição, no final de 2012, do tratado proposto pela International Telecommunication Union (ITU), que tinha apoio de Rússia e China Disponível em: http://www.itu.int/dms_pub/itu-t/oth/3F/01/T3F010000010001PDFE.pdf. Acesso em: 5 jan 2013. Cf. também TOTARO, 2012; MCDOWELL, 2012.. Pela proposta, governos teriam maiores poderes de restrição à internet e o sistema requeria a identificação dos seus usuários. Houve muitas reações negativas a ela, tanto de grandes empresas do ramo da internet (GOOGLE..., 2012.) e de movimentos pró-liberdade de acesso, quanto do Parlamento europeu (EUROPEAN PARLIAMENT, 2012) e do congresso norte-americano. Ver EVERYTHING..., 2013. LOTT, 2012.

e os projetos regulatórios que se vislumbraram ou se concretizaram ao longo de seu desenvolvimento.

1. 2. As representações sobre as batalhas

Para analisar as ideias com que trabalham as narrativas sobre o regime internacional da internet, é essencial passar pela construção das representações sobre sua regulação. Essa retomada dos períodos históricos da internet tem como base o trabalho historiográfico feito por outros autores, para acessarmos a origem de determinadas percepções sobre a internet que depois serão visíveis nas construções argumentativas atuais sobre sua regulação.

Des Freedman indica que surgiram três ondas em momentos históricos diferentes e que se misturaram ao longo do tempo. Primeiro, em uma onda anti-estatal da década de 1990, a “não-governamentalização da regulação da internet”, que pretendia colocar no poder da internet, em vez de governos e políticos, usuários e experts.²⁸¹

Ainda segundo o autor, na transição da década de 1990 para a de 2000, surge uma narrativa histórica alternativa, que é a da governamentalização da regulação da internet: “despite globalisation processes, national governments continue to play key roles in shaping, populating and enforcing the various agencies and mechanisms involved in the regulation of online networks”.²⁸²

Paralelamente cresce uma terceira onda, que debate os impactos do código²⁸³ sobre a regulação da internet. Dentro dele, a tensão sobre se a regulação deveria ser jurídica, baseada na vontade de atores, ou se era dada pelas limitações técnicas colocadas pelos profissionais que desenhavam a internet (“engineered governance”).

Essas três ondas estão bastante claras no trabalho historiográfico de John G. Palfrey Jr. sobre a representação da literatura sobre a internet. Ele opta por periodizar a regulação

²⁸¹ FREEDMAN, 2012, p. 100.

²⁸² Id., p. 102.

²⁸³ Código aqui é o conjunto de mecanismos que compõem o design tecnológico da internet.

da internet pelo critério do “papel da tecnologia e de seu uso na limitação do acesso ao conhecimento”²⁸⁴.

Segundo o autor, podem-se dividir quatro fases de representação da internet, com os períodos aproximados: 1. “open internet” (surgimento da internet até 2000); 2. “access denied” (2000 a 2005); 3. “access controlled” (2005 a 2010); 4. “access contested” (2010 – quando o artigo foi escrito – em direção ao futuro).²⁸⁵ Cada uma delas trabalha com uma ideia preponderante da finalidade da regulação. Enquanto na primeira fase havia uma ideia de ausência de regulação para além dos próprios códigos de internet – ausência de regulação estatal –, na segunda fase houve uma explosão de tendência de bloqueios por parte dos Estados. Já a terceira fase seria a combinação de controles estatais – não necessariamente bloqueios – e regulações interessantes para outros *stakeholders*. A quarta fase representa uma previsão feita pelo autor de uma tendência de pressão contra controles muito restritos dos Estados.

A primeira fase, chamada por Palfrey Jr. de “open internet”, se estende dos anos 1960 até cerca de 2000. A expressão “open internet” pode ser traduzida em três sentidos: descritivo, profético e normativo. A descrição então feita era de uma internet separada do espaço real, que constituía o “espaço cibernético”, que inspiraria desde as ficções científicas até os teóricos da democracia.²⁸⁶

Segundo o Palfrey Jr., nesse período a maioria dos Estados, quando chegava a regular, regulava bem sutilmente a internet, onde indivíduo o teria maior autonomia do que teve em qualquer outra esfera pública.²⁸⁷ A ideia do acesso à informação era também otimista, representada por uma biblioteca de Alexandria, receptora e transmissora de toda a informação acumulada na história, que poderia ser acessada em sua integridade de qualquer lugar do mundo.²⁸⁸

De outro lado, a internet é crescentemente associada com a promoção da democracia ou com a conexão de grupos de ação ou de convicção pelo mundo.²⁸⁹ A liberdade de expressão parece ser ainda mais potencializada pela possibilidade de proliferação pela

²⁸⁴ PALFREY JR., 2010, p. 2.

²⁸⁵ Id., passim.

²⁸⁶ Id., 2010, p. 2.

²⁸⁷ Id., 2010, p. 3.

²⁸⁸ Id., 2010, p. 3.

²⁸⁹ Id., 2010, p. 4.

internet.²⁹⁰ Ao mesmo tempo em que aumentam as possibilidades de comunicação entre indivíduos pela internet, as mesmas ferramentas podem ser utilizadas por governos que buscam vigilância, ou mesmo por terroristas: “[t]hese are neutral technologies, useful for the activist, useful for the state, and useful for the terrorist.”²⁹¹

Dentro dessa ideia do tecno-otimismo estava a noção de que as ações na internet eram desterritorializadas e que não se ligavam aos estados soberanos²⁹². Hoje costuma-se falar desse período como a “infância” da internet²⁹³, em que se tomava a internet como um novo espaço, independente dos já existentes²⁹⁴, e, conseqüentemente, não coberto pelo direito até então existente. Essa é exatamente a mensagem de John Barlow presente em todas as narrativas sobre o pensamento do que é a internet²⁹⁵ como símbolo do período, concretizada na “Declaração de Independência do Cyber-espaço”²⁹⁶:

“Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather.”²⁹⁷.

A própria base de autoridade com que John Perry Barlow discursava era, segundo ele, a da liberdade daquele novo espaço, a que não chegavam as “tirantias” dos governos da sociedade industrial, a quem ele se dirigia²⁹⁸. A base para essa desconexão era de que esses estados não tinham nem embasamento moral de reger a internet, nem métodos de *enforcement* que amedrontassem os usuários.²⁹⁹

John P. Barlow continua, dizendo que o poder dos governos deriva do consentimento dado pelos governados, e que isso não havia acontecido nem aconteceria no espaço da internet:

²⁹⁰ Id., 2010, p. 5.

²⁹¹ PALFREY JR., 2010, p. 6.

²⁹² KURBALIJA, 2005, p. 106

²⁹³ FREEDMAN, 2012, p. 97.

²⁹⁴ PALFREY, 2010, p. 2. “During this initial period of the network’s development, the dominant theory – to the extent that anyone was thinking seriously about regulation at all – was that the Internet itself was a separate space, often called ‘cyberspace’.

²⁹⁵ SEGURA-SERRANO, 2006, p. 194

²⁹⁶ BARLOW, 1996.

²⁹⁷ BARLOW, 1996.

²⁹⁸ “I address you with no greater authority than that with which liberty itself always speaks.” Id.

²⁹⁹ “You [“*Governments of the Industrial World*”] have no moral right to rule us nor do you possess any methods of enforcement we have true reason to fear.” Id.

“You have neither solicited nor received ours. We did not invite you. You do not know us, nor do you know our world. Cyberspace does not lie within your borders. Do not think that you can build it, as though it were a public construction project. You cannot. It is an act of nature and it grows itself through our collective actions.”³⁰⁰

John P. Barlow liga então a noção de uma internet sem fronteiras a uma internet que terá governança autônoma e derivada de si mesma:

“We are forming our own Social Contract . This governance will arise according to the conditions of our world, not yours. Our world is different.”³⁰¹

Essa governança própria da internet, que não se baseia em fronteiras, seria fundamentada então em princípios e regras criados especialmente dentro do ambiente regulatório da internet:

“Our identities may be distributed across many of your jurisdictions. The only law that all our constituent cultures would generally recognize is the Golden Rule. We hope we will be able to build our particular solutions on that basis. But we cannot accept the solutions you are attempting to impose.”³⁰²

Esse tipo de linha libertária ou “cyber-separatista”³⁰³ também enfatizava o papel dos usuários da internet como “*netizens*” (*Net citizens*, cidadãos da internet), o que reforçava o descolamento entre a cidadania tradicional, ligada aos Estados-nação e a cidadania própria do espaço da internet.³⁰⁴

“These increasingly hostile and colonial measures place us in the same position as those previous lovers of freedom and self-determination who had to reject the authorities of distant, uninformed powers. We must declare our virtual selves immune to your sovereignty, even as we continue to consent to your rule over our bodies. We will spread ourselves across the Planet so that no one can arrest our thoughts.”³⁰⁵

³⁰⁰ BARLOW, 1996, *versão eletrônica*.

³⁰¹ BARLOW, 1996, *versão eletrônica*.

³⁰² John Barlow passa a partir desta colocação a indicar o the Telecommunications Reform Act que havia sido recentemente criado nos EUA como algo que ia contra os preceitos constitucionais, e as limitações que buscavam ser criadas “à liberdade”, na China, Alemanha, França, Rússia e Singapura.

³⁰³ Denominação trazida por Segura-Serrano (2006), p. 195. Jovan Kurbalija traz a mesma classificação, pelas denominações “old real” e “new cyber”. Kurbalija (2012), p. 15-16.

³⁰⁴ SEGURA-SERRANO, 2006, p. 195.

³⁰⁵ John Barlow passa a partir desta colocação a indicar o Telecommunications Reform Act que havia sido recentemente criado nos EUA como algo que ia contra os preceitos constitucionais, e as limitações que buscavam ser criadas “à liberdade”, na China, Alemanha, França, Rússia e Singapura.

Essas eram narrativas libertárias, que depois se substituiriam por visões mais maduras, segundo Freedman. O novo pensamento: “there needs to be at least a minimal system of rules to ensure its smooth functioning, safety and security”.³⁰⁶ Aqui há uma aparente ligação entre regulação e limitação e uma aparente afirmação de que a internet em seu surgimento não era regulada. Na verdade, havia sim uma regulação anterior à regulação externa – de fora da internet para dentro –, que era a feita pelos próprios engenheiros e usuários, normalmente chamada de *netiquette*, como uma etiqueta de atuação na internet. As regras que se buscavam então por essas “visões mais maduras” eram regras feitas por outros atores, como os Estados, que regulassem aquele espaço que estava se expandindo para diversas áreas e ganhando cada vez mais usuários.³⁰⁷

O que se desconstrói com o tempo, do que era dito pelo libertarianismo dos primeiros anos da internet, é a noção sobre a “natureza” da internet, de que ela estaria em um espaço paralelo ao mundo *offline*. O que se constatou, ao longo dos anos, é que tudo o que se fazia no mundo virtual tinha alguma influência “real”.³⁰⁸ Portanto, num sentido normativo, as ideias libertárias persistiram – e persistem até hoje –, ainda que matizadas. No sentido profético, no entanto, mostraram-se falhas, já que o período diretamente seguinte foi justamente de busca por maior regulação externa.

O que Palfrey chama de “segunda fase” do desenvolvimento da internet é a que vai de 2000 a 2005, “access denied”. A denegação de acesso vem por parte de Estados e outros atores, que passam a se preocupar com o bloqueio ou regulação de atividades da internet. Dentre as reações, estiveram a implementação de *firewalls*³⁰⁹ por países como a China e a Arábia Saudita.³¹⁰ Por vezes, os filtros estão previstos no direito nacional, em outras, são conduzidos por autoridades responsáveis pela segurança nacional³¹¹. Os mesmos mecanismos de bloqueio são utilizados em países sem histórico autoritário para criar

³⁰⁶ FREEDMAN, 2012, p. 97.

³⁰⁷ No ano 2000, a internet contava com mais de 413 milhões de usuários no mundo, uma penetração de 6,7%. Cf. <<http://www.internetlivestats.com/internet-users/>>, acessado em: 25.ago.2014.

³⁰⁸ PALFREY JR., 2010, p. 7.

³⁰⁹ “Firewall – *parede corta-fogo, barreira de proteção*. (...) Uma forma de segurança da Internet, que permanece entre uma rede privada e a Internet; é como uma parede que pode evitar a passagem indesejada de tráfego. Da mesma forma que uma parede corta-fogo (*firewall*) impede a penetração do fogo, um *firewall* impede a penetração dos *hackers*.” (SAWAYA, 1999, p. 183). Ou, no caso, impede o acesso a determinados sites e conteúdos selecionados.

³¹⁰ PALFREY JR., 2010, p. 8

³¹¹ Id., p. 9.

bloqueios a conteúdos de pornografia infantil ou de informações disponíveis a crianças.³¹²

A terceira fase é do “access controled”, quando Estados os utilizam preponderantemente abordagens regulatórias que funcionam não apenas como filtros ou bloqueios, mas também como controles variáveis.”³¹³ O que alimenta esta fase é a ideia de que há uma variedade de formas de controle – mecanismos sobrepostos às formas de bloqueio da fase anterior – que pode ser utilizada, conjuntamente, para limitar o acesso à informação e ao conhecimento.³¹⁴

Ilustrativos desta fase são os mecanismos mais sutis de controle, como os utilizados na China pela obrigatoriedade de identificação para utilizar os cyber cafés do país ou pelo registro público daqueles que desejarem publicar na internet, o que possibilita a identificação, pelo governo, dessas pessoas – e provoca, já de início, uma autocensura.

Tais métodos não incidem apenas no ponto de trocas de informações entre o internacional e o nacional, mas também internamente aos países. E já que o Estado não é capaz de fazer tanta vigilância sozinho, passou a se voltar para os atores privados, como ocorreu com a pressão chinesa sobre o Google³¹⁵ para que bloqueasse determinados conteúdos, o que resultou na sua retirada do país.

“These methods of regulation, working in combination, are highly effective, both as a means of law enforcement and through a chilling effect on online speech.”³¹⁶

A última fase apontada por Palfrey é a “access contested”, que teria começado em 2010, representada por uma resposta negativa à fase anterior.

“There is a growing political debate about the way in which these regulations are carried out by states around the world. At a state-to-state level, the militarization of cyberspace that has been happening over the last few years is an important part of this emerging narrative.”

Segundo Palfrey Jr., o aumento do debate acerca da internet e das limitações colocadas são fatores ligados à centralidade que a vida *online* tem tido na vida em geral. Diante desse cenário, Palfrey Jr. escreveu em 2010:

³¹² Id., p. 10.

³¹³ Id., p. 12.

³¹⁴ PALFREY JR., 2010, p. 12.

³¹⁵ Id., p. 14.

³¹⁶ Id., p. 13.

“The premise today is not whether the Internet can be regulated, but rather how it must be regulated and how that regulation should be carried out most effectively. States also have come to realize that the activities of other states online need to be constrained in various respects. State interests in what transpires online – the activities of other states, private companies, individuals and groups – have become much clearer over the past decade.”³¹⁷

Também os Estados passaram a reconhecer a importância da vida *online* econômica, política e culturalmente.³¹⁸ As pressões estatais levaram a algumas empresas, como Google, Microsoft e Yahoo, a juntarem forças com ativistas de direitos humanos e acadêmicos, o que deu origem a iniciativas como a Global Network Initiative³¹⁹ em 2010.

“The technological mediation of these activities changes some things – for instance, the technology brings with it specific affordances for the activist in getting her word out and the spy in snooping on Internet traffic as it passes – but it does not change the underlying dynamics of states, companies, individuals, and groups.”³²⁰

As regulações que são objeto de disputa mudaram. Nessa última fase, os Estados estão regulando as empresas, de um lado para limitar sua liberdade de controle sobre indivíduos e do outro para fazê-las exercerem controle que interesse ao Estado. Em segundo lugar, há reações dos Estados em que se baseiam as empresas com relação as restrições impostas a elas por outros Estados. Em terceiro, Estados estão buscando formas de limitar as ações de outros em termos de regulação da internet. E todas essas iniciativas estatais convivem ou colidem com regulações da atividade empresarial na internet, regras limitadoras das outras regulações diante de mecanismos de pressão da própria comunidade da internet.

These multiple layers of regulation may prove to make activities on the Internet more, not less, subject to complex controls by states than offline

³¹⁷ Id., p. 18.

³¹⁸ PALFREY JR., 2010, p. 15.

³¹⁹ “All over the world – from the Americas to Europe to the Middle East to Africa and Asia – companies in the Information & Communications Technology (ICT) sector face increasing government pressure to comply with domestic laws and policies in ways that may conflict with the internationally recognized human rights of freedom of expression and privacy. In response, a multi-stakeholder group of companies, civil society organizations (including human rights and press freedom groups), investors and academics spent two years negotiating and creating a collaborative approach to protect and advance freedom of expression and privacy in the ICT sector, and have formed an Initiative to take this work forward.” Cf. site oficial < <https://www.globalnetworkinitiative.org/>>, acessado em: 25.ago.2014.

³²⁰ PALFREY JR., 2010, p. 16.

activities. A key feature of the Access Controlled period will be the interplay between these often competing forms of regulation.³²¹

Assim, os principais pontos marcantes da nova fase são 1) a mistura de regulação pública e privada para a internet, 2) a militarização na internet, por parte dos Estados, e 3) as reações, nas arenas públicas, com o que os Estados pretendem fazer na internet.³²²

Palfrey Jr. finaliza com a ideia de que a questão a partir de 2010 “não seria se a internet pode ser regulada, mas se será regulada exatamente da mesma forma, ou mais exaustivamente, que o mundo off-line.”³²³

2.Atualmente: de qual internet estão falando?

Cumpre agora buscar de que internet falam os autores que analisam a regulação internacional da internet a partir de 2011. Se em seu início foi criada como uma ferramenta de comunicação, com a diversificação dos atores envolvidos em sua regulação, a complexificação de seus interesses e a própria expansão da rede, é natural que diferentes significados surjam para o que se denomina “internet”.

Serão destacados a seguir três pontos recorrentes das discussões da literatura analisada. São eles 1) as divisões didáticas feitas pelos autores entre atividades regulatórias diferentes que compõem a internet; 2) o estabelecimento de fronteiras, seja para regulação da internet a partir das fronteiras estatais, seja para separar o “espaço” cibernético do “espaço” do mundo *off-line*; 3) Preocupação com a extensão da internet no sentido de uma balcanização em detrimento de sua universalidade .

³²¹ Id., p. 18.

³²² Id., p. 16-17. Sobre o último ponto, o autor traz alguns exemplos: “Demonstrators in Pakistan in 2010 made plain their disagreement with the state’s decision to increase the incidence of Internet blocking. China’s mandate that hardware providers install Green Dam filtering software on new computers before they shipped met with substantial resistance and was pulled back. The Malaysian state has publicly struggled with political pressure to start filtering. Plans to institute state-mandated filtering in Australia were shelved after extensive public pushback. The last chapter has yet to be written in the back-and-forth between Google and China about whether unfiltered search results may be presented to Chinese Internet users.”

³²³ PALFREY JR., 2010, p. 19.

2.1. As divisões didáticas internas à internet

Como um meio de comunicação, a internet poderia ser conceituada como “uma rede pública global formada de redes de computadores espontaneamente organizadas e autônomas.”³²⁴ Mas justamente pelo crescimento da rede e sua quantidade e variedade de utilizações, há algumas divisões didáticas utilizadas pela literatura para lidar com sua complexidade.

Uma divisão possível é a que propõe Marcelo André Bulgueroni entre as camadas técnica, social e jurídica³²⁵. Ele explica que não há real segregação entre essas “camadas”³²⁶, pois essas perspectivas interagem na funcionalidade do ciberespaço. Na camada técnica, ele inclui as estruturas de rede e os diversos padrões de comunicação entre computadores. Na camada jurídica, coloca todas as iniciativas (entre legislação e organizações internacionais) do direito internacional e nacional privado e público³²⁷. Na camada social, coloca os agentes que operam na camada técnica e na camada jurídica.³²⁸

Outra possibilidade que aparece na literatura é uma divisão na internet pelo critério do âmbito institucional e regulatório envolvidos. Segundo essa divisão, uma abordagem restrita é a que trata a estrutura da internet (DNS³²⁹, números de IP e servidores-raiz³³⁰),

³²⁴ SCHERMER; LODDER, p. 3.

³²⁵ BULGUERONI, 2013, p. 4 e ss.

³²⁶ Apesar de a denominação ser assim utilizada pelo autor, parece levar a erro quando colocada paralelamente a outras divisões por camadas, pois se assemelha mais a uma divisão por perspectivas.

³²⁷ O autor não traz definição específica do que é o direito de que fala, assim como os outros autores que exploraremos a seguir.

³²⁸ O autor defende os agentes entre “usuário”, “entidades”, “Estado” e “costumes e cultura”.

³²⁹ “Domain Name System (DNS) – *Sistema de Nomes de Domínio*. É o modo como a Internet conecta as milhares de redes. O DNS estabelece uma hierarquia de domínios entre grupos de computadores na Internet; e fornece a cada computador um nome de referência (também conhecido como um endereço da Internet), usando letras e palavras facilmente reconhecíveis ao invés dos números relativos ao endereço IP., que é utilizado sempre que o usuário envia uma correspondência eletrônica ou acessa uma página em particular na Internet. Cada computador na Internet tem um ou mais nomes de domínio tais como “abcdefg.co.uk”, onde o “co” indica uma organização comercial e o “uk” indica que o computador está no Reino Unido. Convenções padronizadas utilizadas em nomes de domínio incluem: ac – Instituição Educacional; co – Organização Comercial; com – Organização Comercial; edu – Instituição Educacional; gov – Organizações Governamentais não Militares; int – Organizações Internacionais; mil – Organizações Governamentais Militares; net – Redes; org – Organizações sem fins lucrativos. O DNS converte o nome de domínio em um número único conhecido como endereço IP, freqüentemente exibido pelo navegador de Internet (*browser*) quando o usuário estiver se conectando a um determinado computador.” (SAWAYA, 1999, 142).

com uma posição central do ICANN³³¹. A abordagem ampla, por outro lado, seria a de que outros elementos (jurídicos, econômicos, desenvolvimentistas e socioculturais) deveriam ser levados em conta.³³² Contudo, das obras analisadas, nenhuma adotava a noção restrita. Isso pode ter sido causado pela própria seleção de literatura para análise, já que trabalhos cujo tema central eram a regulação da internet pela ICANN, por exemplo, não foram selecionados.

Outra possibilidade de classificação das camadas da internet é entre camada de infraestrutura física, camada de conteúdo e camada lógica.³³³ Cada uma delas corresponde a um determinado conjunto de funções, relacionadas à eficiência da interação entre os elementos técnicos que constituem a internet (camada física), coordenação por softwares que permite o funcionamento da internet (lógica) e a *policy* feita sobre as trocas que ocorrem pela internet (camada de conteúdo). Ainda que nem sempre os mesmos atores estejam envolvidos em cada uma dessas camadas, elas se relacionam na medida em que a primeira traz limitações às outras, por exemplo. Já a segunda condiciona a terceira e é marcada por escolhas sobre quem pode participar do desenho da internet e da tomada de decisões sobre ela³³⁴.

Assim como outros autores, B.W. Schermer & A.R. Lodder dividem a questão da governança da internet em dois níveis: um “técnico” e um “político”.

“Technical aspects are covered in the strictest sense and concern internet governance issues regarding protocols, standards, domain names and so on. It then goes further to the technical design of infrastructure and the internet. Internet governance in the broad sense covers substantive, political or legal questions around specific issues such as copyright, freedom of expression, privacy and e-commerce.”³³⁵

³³⁰ “The authoritative name servers that serve the DNS root zone, commonly known as the ‘root servers’, are a network of hundreds of servers in many countries around the world”. Cf. <<https://www.iana.org/domains/root/servers>>, acessado em: 25.ago.2014.

³³¹ “ICANN [Internet Corporation for Assigned Names and Numbers] is a not-for-profit public-benefit corporation with participants from all over the world dedicated to keeping the Internet secure, stable and interoperable. It promotes competition and develops policy on the Internet's unique identifiers. Through its coordination role of the Internet's naming system, it does have an important impact on the expansion and evolution of the Internet.” Cf. <<https://www.icann.org/get-started>>, acessado em: 25.ago.2014

³³² KURBALIJA, 2012, p. 15.

³³³ RUSTAD, 2014, p. 66-67. KULESZA, 2012, p. 125 e ss.

³³⁴ Id., p. 126.

³³⁵ SCHERMER, LODDER, 2014, p. 8.

Uma divisão mais detalhada é feita entre sete camadas: “the physical layer, the datalink layer, the network layer, the transport layer, the session layer, the presentation layer, and the application layer”³³⁶. Como mostra a divisão da figura a seguir, cada camada está disposta sobre a outra, e depende das camadas anteriores.

Figura 1 - Representação do conteúdo da internet como a ponta de um iceberg³³⁷

Outra forma se olhar para essa divisão é partindo do que é mais conhecido, a parcela de conteúdo, e buscar o que está abaixo dele, como se o conteúdo fosse apenas a ponta visível de um iceberg. Cada vez mais profundas, estão as camadas de *standards* técnicos que permitem chegar ao conteúdo como resultado. Esse tipo de modelo ressalta a ligação entre estabelecimento de protocolos e regulação de conteúdo com a neutralidade de rede³³⁸, censura, copyright, redes sociais. Ou seja, liga a regulação do conteúdo que muitas

³³⁶ HEVERLEY, 2011.

³³⁷ Retirado de BROWN, MARSDEN, 2013, p. 8.

³³⁸ O termo foi cunhado por Tim Wu e passou a ser utilizado largamente. Confirma o autor, “The promotion of network neutrality is no different than the challenge of promoting fair evolutionary competition in any privately owned environment, whether a telephone network, operating system, or even a retail store.

vezes é feita pelo direito com a regulação que se costuma chamar técnica. Especialmente, o modelo ajuda a apoiar teses de que apenas o direito não é suficiente para regular a internet.³³⁹

Portanto, é possível entender que em todas as divisões uma linha de separação interna existe: entre aquilo que é mais visível, que parece ser compatível com a regulação de conteúdo, e do outro lado o resto da regulação, mais obscura, que condiciona aquela, mas que tem outra natureza.

2.2 As fronteiras do ciberespaço

Segundo Andreas Zimmerman, estabelecer as regras sobre a internet impõe desafios ao direito internacional quanto a estabelecer fronteiras³⁴⁰. Afinal,

“If anyone from anywhere in the world can make available information to anyone anywhere else in the world and receive the same back from the entire world population, which law applies?”³⁴¹

Mesmo que as práticas das atividades ocorram em determinado território, é comum em se tratando de internet que seus resultados atinjam outro Estado.³⁴² Outro desafio está

Government regulation in such contexts invariably tries to help ensure that the short term interests of the owner do not prevent the best products or applications becoming available to end-users. The same interest animates the promotion of network neutrality: preserving a Darwinian competition among every conceivable use of the Internet so that the only the best survive.” O termo se liga então ao tratamento equânime dos dados de internet, sem discriminação de conteúdo ou taxaço diferente para diferentes usos da rede. WU, 2003, p. 142.

³³⁹ BROWN, MARSDEN, 2013, p. 9 e ss. “For a road traffic comparison, one cannot enforce fundamental changes in road users’ behavior without the support of automobile manufacturers, transport planners, as well as suppliers, pedestrians, bicyclists, and environmental groups. Instrumental regulation-led description of the Internet must acknowledge the underlying architecture in the same way as road traffic rules and conventions must acknowledge the environment in which they operate (safety rules do not permit bicycling at night without lights, for instance). “

³⁴⁰ O autor coloca esse desafio ao lado de outros, seja por conta de seu dinamismo, seja por conta de outros fatores. Entre estes, está o fato de que alguns estados subdesenvolvidos simplesmente não têm capacidade de fato para controlar as atividades na internet. Além disso, há a limitação quanto à falta de mecanismos que detectem as atividades danosas na internet. Zimmermann (2014), p. 3.

³⁴¹ SCHERMER, LODDER, 2014, p. 2.

³⁴² ZIMMERMANN, 2014, p. 3.

na possibilidade de coleta de informações dos usuários, o que se relaciona à aplicação de direitos humanos *ratione materiae* e *ratione loci*.³⁴³

Por tudo isso, na visão de Duncan Hollis, quando se fala em regular a internet necessariamente há de se falar em fronteiras. Mesmo que não se esteja pensando em dividir a internet de acordo com as divisões entre os Estados, pelo menos se coloca uma divisão entre o “mundo cibernético” e o “mundo *offline*”. Essa divisão aparece na noção de “‘autonomous’ boundaries for cyberspace or ‘national’ boundaries over cyberspace.”³⁴⁴

Mesmo para quem aceita uma autonomia do espaço cibernético não conclui disso que esse espaço não admite regulação que não seja autogerada³⁴⁵. O autor coloca que assim como os Estados colonizaram a África, a Ásia, as Américas, eles colonizaram o ciberespaço.³⁴⁶

Essa noção aparece também no estudo de Joana Kulesza, segundo a qual

The limitlessness of the Internet, its atterritoriality and its common presence, require that statehood in its traditional sense, or, more precisely, the competence of states to regulate social and international relations in terms of territoriality, be redefined and supplemented as far as the new, electronic dominium is concerned.³⁴⁷

Ou seja, na visão da autora, ainda que se tenha de observar as especificidades da internet – como veremos a diante – para a aplicação das regras de competência, isso não retira o aspecto de territorialidade que define o modo de regulação criada pelos Estados que se fiam nela.

Portanto, um elemento que se destaca nas análises sobre a regulação da internet está em onde devem ser colocadas as fronteiras. Como veremos a seguir, esse elemento é importante tanto para que se perceba as aproximações e distinções entre o mundo online e o mundo *off-line* – e conseqüentemente as regulações de cada um -, quanto para a defesa de determinadas aplicações do direito a este “espaço”.

³⁴³ ZIMMERMANN, 2014, p. 3.

³⁴⁴ HOLLIS, 2014, p. 7.

³⁴⁵ Na literatura, a auto-regulação da internet está ligada às regras técnicas desenvolvidas pelos profissionais envolvidos com seu funcionamento básico enquanto tecnologia.

³⁴⁶ “As Dan Hunter presciently argued in 2003, the spatial metaphor of cyberspace actually facilitates its commodification through the extension of property rights. And, since property rights derive from sovereign States, national boundaries become definitive markers for lines of authority there.” (HOLLIS, 2014, p. 6).

³⁴⁷ KULESZA, 2012, p. 1.

2.3 Universalidade e balcanização

Fala-se na literatura em “balcanização” da internet em referência ao processo de fragmentação geopolítica dos Balcãs entre o século XIX e XX:

“Internet balkanization is one of the catchiest expressions in the ongoing global Internet policy disputes. It means, among other things: ways of segregating people online according to one’s preferences; different levels of infrastructure interconnection to the Internet; fragments resulting from regulatory and cultural forces; a diplomatic agenda; and a matter of commerce and jurisdiction. It can occur due to the action of foreign players and within a sole sovereign national territory.”³⁴⁸

Kevin Werbach³⁴⁹ fala de forças centrífugas³⁵⁰ que estariam levando a uma balcanização da internet. Segundo o autor, para que a internet continue cumprindo seu papel de inovação, deve-se evitar sua fragmentação e a concentração excessiva de poder.³⁵¹

O autor traz uma explicação que ajuda a visualização do elemento de preocupação de todos os sentidos possíveis indicados por Alvez Jr.. A estrutura da internet, como já dito anteriormente, é guiada pelo princípio *end-to-end*. Contudo, segundo o autor,

“The fact that the edges of the network define the applications say nothing about how those edges are wired together. An endpoint can offer a brilliant innovation, but such innovation will be of no value if other endpoints cannot access it, or cannot access it easily.”³⁵²

Ainda que seja uma questão importante, o princípio *end-to-end* não foi o que guiou o desenho da internet, diz Werbach. Esse princípio foi inclusive uma explicação retroativa sobre a rede que já estava em funcionamento.³⁵³ Para seus criadores, a filosofia que estava

³⁴⁸ ALVES JR., 2014, p. 14.

³⁴⁹ Ainda que seu texto seja anterior a 2011, adicionei as falas do autor à explicação porque, além de ter sido citado por Alves Jr., traz uma explicação do que salta aos olhos na análise que será feita posteriormente mais detida dos argumentos sobre a aplicação do direito internacional.

³⁵⁰ Governança: “The governance of the Internet, in practice, involves the arrangements through which systems and sites join the network, as well as the policies that individual governments impose on Internet providers operating within their jurisdiction.” WERBACH, 2009, p. 355.

³⁵¹ WERBACH, 2009, p. 345.

³⁵² WERBACH, 2009, p. 400.

³⁵³ Segundo o autor, o princípio *end-to-end* surgiu em publicações uma década depois que os protocolos básicos da internet haviam sido adotados. WERBACH, 2009, p. 400 e rodapé 309.

por traz da internet era transportar pacotes de dados por uma rede composta de várias redes.³⁵⁴ O que a diferenciou de tecnologias que já existiam foi justamente a quebra de barreiras, já que as tecnologias anteriores eram limitadas a sistemas locais ou serviços específicos.³⁵⁵

Então a “real essência” da internet é o “internetworking”, segundo o autor.³⁵⁶ E a questão do esquema da internet é que ela fica mais valiosa na medida de aumenta em tamanho e gera mais conexões³⁵⁷.

Temas como a neutralidade da rede estariam inseridos nesse ponto:

“A non-neutral Internet is also a non-uniform Internet. If network operators begin cutting special deals with content and application providers, the capabilities a user enjoys will increasingly depend on which access provider they use. Baseline Internet connectivity will still be universally available, but users will be choosing a set of capabilities tied to their access mechanism.”³⁵⁸

O que se vê aqui é uma valorização de um aspecto de universalidade da internet no sentido de se manterem as conexões entre diversas redes e a preocupação com se evitar bloqueios de seu funcionamento por conta de restrições por questões diplomáticas, de comércio, de jurisdição etc..

3. Quem está envolvido?

Em seguida analisaremos a abordagem das obras selecionadas sobre o papel desempenhado pelo Estado na regulação da internet, assim como a função de outras instituições (entre organizações privadas, estatais, ONGs, etc.).

³⁵⁴ WERBACH, 2009, p. 400.

³⁵⁵ Id., p. 401.

³⁵⁶ WERBACH, 2009, p. 401.

³⁵⁷ WERBACH, 2009, p. 403.

³⁵⁸ WERBACH, 2009, p. 33.

3.1 O papel do Estado

Como traz Laura DeNardis, há uma tendência em se discutir qual o papel do governo na regulação na internet e sua arquitetura, fruto talvez de ser uma lente natural dos juristas, que normalmente tanto se focam mais nos direitos nacionais, quanto se preocupam com a linha de *advocacy* contra a repressão de governos sobre a internet, que filtram e bloqueiam conteúdos, restringindo a liberdade de expressão.³⁵⁹

Na governança da internet³⁶⁰, é reconhecido que os governos cumprem um papel fundamental, de implementar medidas de proteção à criança, proteção à privacidade, regulação da concorrência, entre outras. No outro extremo, os Estados podem ser vistos como quem pratica a censura ou a vigilância (*surveillance*).³⁶¹

Mesmo assim, a governança da internet é ligada historicamente a outros atores, responsáveis pelo desenhos tecnológico, pelas instituições e pelas mudanças sociais causadas pela internet.³⁶² A internet é criatura do setor privado – no sentido do setor não-estatal.³⁶³

Segundo DeNardis, a privatização que ocorre na regulação da internet se diferencia inclusive da privatização militar e burocrática pelas quais passam os Estados. Normalmente se espera compensação financeira por estas funções, enquanto na internet normalmente se espera que as organizações privadas façam isso sem compensação e ainda expostas a escrutínio.³⁶⁴

Schermer e Lodder indicam algumas dificuldades de se aplicar o modelo de governança por Estados.³⁶⁵ Primeiro, como já dito, a internet não se limita pelas fronteiras dos Estados. Isso traz problemas para dois níveis de jurisdição³⁶⁶, a prescritiva e a de *enforcement* (execução). A primeira, que se refere a se o Estado tem jurisdição sobre certos

³⁵⁹ DENARDIS, 2014, p. 22.

³⁶⁰ A autora explica que usa o termo “governança da internet” como uma etiqueta para as disputas e deliberações sobre como a internet é coordenada, regulada e confirmada por *policies*. DeNardis, 2014, p. 18.

³⁶¹ DENARDIS, 2014, p. 11.

³⁶² DENARDIS, 2014, p. 11.

³⁶³ WERBACH, 2009, p. 350

³⁶⁴ DENARDIS, 2014, p. 13.

³⁶⁵ SCHERMER; LODDER, 2014 p. 11.

³⁶⁶ Como veremos a seguir, há outras formas de se estabelecer a jurisdição para questões de internet. Por isso a indicação da jurisdição aqui é apenas exemplificativa.

comportamentos, tem como pontos de referência a territorialidade, a consequência do comportamento, a nacionalidade do sujeito, universalidade e a proteção dos interesses do Estado.³⁶⁷ O grande problema da internet, segundo o autor, é a dificuldade em se adotar o fator principal, a territorialidade, o que pode levar a uma “*clashing sovereignty*”, que ocorre quando Estados regulam diferentemente a ilicitude de determinados comportamentos.³⁶⁸ A estrutura inicial da internet permite que ambos, o direito daquele país, em que se proíbe determinado conteúdo, e do outro, em que não há essa proibição, o acessem. Quanto à jurisdição de execução, há a limitação às fronteiras do próprio Estado. Então, em um exemplo de um criminoso que está na Índia, por um servidor no Brasil, hackear um computador na Alemanha e atacar um usuário na Holanda, há a necessidade de se identificar onde se localiza o usuário e os dados utilizados no ato criminoso. Para isso, é necessário estabelecer acordos de cooperação investigativa, o que por vezes diminui a rapidez da busca.³⁶⁹

Há também uma dificuldade própria da diferença entre o avanço tecnológico e a velocidade com que o direito negociado e criado pelos Estados se adapta a essas mudanças (o que outros autores chamam de *legislation lag*)³⁷⁰. Então, para buscar resolver esse problema o direito é desenhado de forma ampla e genérica, o que pode levar à incerteza jurídica.³⁷¹

Um outro fator que dificulta a regulação estatal é de que a complexidade da internet é alta, tanto técnica quanto organizacional. Assim, há uma dificuldade adicional para a criação de direito pelo Estado que se adeque às situações da internet, que é entender e dar conta de seu funcionamento.³⁷²

Contudo, nenhum autor analisado descarta a importância da participação estatal na regulação da internet. Alguns inclusive apontam papéis específicos que os Estados teriam por conta de posições privilegiadas. Como já vimos ao falar de balcanização, Kevin Werbach defende que a finalidade da regulação da internet é conservar a internet com sua

³⁶⁷ SCHERMER, LODDER, 2014p. 12.

³⁶⁸ SCHERMER, LODDER, 2014, p. 12.

³⁶⁹ SCHERMER, LODDER, 2014, p. 12. O anonimato também pode ser um fator dificultador para a regulação da internet por Estados. Segundo o autor, para além na possibilidade técnica do anonimato, ele por vezes facilita algumas interações específicas à internet, como à liberdade de expressão. Contudo, o autor defende que se busque um balanço entre anonimato e *accountability*. SCHERMER, LODDER, 2014, p. 13.

³⁷⁰ SCHERMER, LODDER, 2014, p. 13.

³⁷¹ SCHERMER, LODDER, 2014, p. 13.

³⁷² SCHERMER, LODDER, 2014, p. 13.

forma conforme foi criada, com alcance universal. Nesse sentido, o autor enxerga como papel dos governos

“Catalyzing network formation, and moderating the forces that push towards excessive concentration of power. Government action can reduce both the internal costs of adding links to a network and the external costs of linking networks together. (...)”³⁷³

Para reduzir a concentração do poder, os Estados poderiam então atuar limitando o mercado por padronizações³⁷⁴ e promover o barateamento do acesso à internet, entre outras medidas para evitar a sua balcanização.

Sérgio Alves Jr. defende que uma ligação importante dos Estados com a regulação da internet pode estar no fato de seus cidadãos serem atualmente dependentes da internet em diversas esferas, as quais demandam papéis de maior ou menor interferência dos Estados.³⁷⁵

Em sua interação com outros atores, o Estado é visto também como ator cooptado por outros atores, como no exemplo da captura por *lobby*³⁷⁶. Os Estados aparecem alternativamente, como críticos da falta de *accountability* de outros atores ao regularem a internet.³⁷⁷

Mesmo diante das divergências sobre a capacidade dos Estados em atuarem na regulação da internet e se eles deveriam atuar nessa regulação, eles aparecem nas discussões sobre regulação da internet com alguma importância. Como veremos a seguir, também há um peso na discussão sobre regulação da internet ligada à busca do melhor equilíbrio entre a governança dos Estados-nação e mecanismos privados desterritorializados.

³⁷³ WERBACH, 2009, p. 410.

³⁷⁴ WERBACH, 2009, p. 410-410.

³⁷⁵ SCHERMER, LODDER, 2014, p. 9.

³⁷⁶ BROWN, MARSDEN, 2013, p. xvi.

³⁷⁷ BROWN, MARSDEN, 2013, p. 3.

3.2 Instituições

Atualmente é recorrente a noção de que os governos chegaram depois no processo de regulação da internet³⁷⁸, ainda que tenha havido, desde sua origem, iniciativas governamentais sobre possíveis regulações.³⁷⁹ Historicamente os trabalhos sobre a regulação da internet focavam duas áreas: a regulação nacional e a ICANN, juntamente com suas instituições de apoio.³⁸⁰

A ICANN, Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números, como o próprio nome diz, é responsável pela atribuição de nomes de domínios (.com, .br) e números de protocolos (endereço técnico chamado “endereço de IP”, que se liga, através da organização, a determinados domínios). Seu quadro inclui a IANA (Autoridade da Internet para Atribuição de Números)³⁸¹, que exerceu as atividades da ICANN antes da criação da instituição e que depois foi incorporada. Atualmente a IANA é responsável por delegar a alocação de endereços de IP para os RIRs (Regional Internet Registries)³⁸², além de administrar os servidores de domínio raízes – versão “original” das ligações entre endereços de IP e domínios que é copiada para outros servidores raiz para utilização de base para o funcionamento da rede. Também estão no conjunto administrativo ligado à ICANN então os RIRs (Regional Internet Registries) e os Internet Registrars³⁸³.

“Policy aspects of internet regulation have been developed under the authority of ICANN are: promoting competition in the market for issuance and management of domain names, setting up uniform dispute resolution related to domain names (UDRP, Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy) and the development of security measures against cybercrime.”³⁸⁴

³⁷⁸ CHANDER, 2013, p. 95.

³⁷⁹ Para além da iniciativa norte-americana de apoio à criação da internet e as discussões subsequentes entre outros Estados – como veremos –, Anne-Raquel Inné lembra que já em 1997 o Comissário da UE Martin Bangemann levou uma proposta de Declaração para a Sociedade de Informação” à conferência da ITU em Genebra, ainda que sem sucesso. (INNÉ, 2011, p. 2).

³⁸⁰ DENARDIS, 2014, p. 22.

³⁸¹ Cf. site oficial: <<http://www.internetassignednumbersauthority.org/>>, acessado em: 25.ago.2014.

³⁸² “Regional Internet Registries (RIRs) are nonprofit corporations that administer and register Internet Protocol (IP) address space and Autonomous System (AS) numbers within a defined region. RIRs also work together on joint projects.” Cf. definição em site do RIR americano <<https://www.arin.net/knowledge/rirs.html>>, acessado em: 25.ago.2014.

³⁸³ Companhias acreditadas pela ICANN para nomes de domínio. Cf. < <https://www.icann.org/registrar-reports/accredited-list.html>>, acessado em: 25.ago.2014.

³⁸⁴ SCHERMER, LODDER, 2014, p. 15.

Em 1998 a ICANN foi criada como uma corporação sem fins lucrativos, mas vinculada ao governo dos EUA para fins de gerenciamento do sistema de nomes e números.³⁸⁵ Em seu desenho, os outros governos teriam apenas um papel consultivo, pelo GAC (Government Advisory Committee). Além dela, outros comitês trabalham juntos, cada um com uma função técnica, organizados pelas regras da ICANN. A organização congrega membros do setor privado e membros relevantes do campo da internet (entre eles, ISPs³⁸⁶, governos, experts em tecnologia, direitos humanos, propriedade intelectual e comércio digital. A participação no congresso da ICANN e nos grupos de trabalho é aberta a qualquer pessoa que queira contribuir.³⁸⁷

Apesar da centralidade da ICANN, entre os autores analisados, como já dito, não há escolha por tratar a internet em sentido restrito (apenas focando as funções da ICANN). Schermer e Lodder, por exemplo, indicam como principais responsáveis pela governança da internet a ICANN, a IETF, a ITU, a WSIS e a IGF.³⁸⁸

A IETF (Internet Engineering Task Force)³⁸⁹ é uma instituição internacional cuja função é desenvolver padrões e políticas para a internet, cuja participação é aberta a todos os interessados. A organização produz documentos chamados “Requests for Comments” (RFCs), que constroem, a partir da experiência da comunidade da internet, parâmetros de melhoria do funcionamento da internet.³⁹⁰

³⁸⁵ BULGHERONI, 2013, p. 25.

³⁸⁶ “Internet Service Provider (ISP) – *Provedor de Serviços da Internet*. Referido também como Provedor de Acesso à Internet (IAP), é uma companhia que provê acesso à Internet a usuários finais, administrando a conexão de seus PCs ao resto da Internet. Essa conexão é realizada por meio do computador central do ISP que, por sua vez, é conectado à Internet. Portanto, os usuários utilizam um ISP toda vez que realizam um procedimento de abertura de sessão de trabalho na Internet. ISPs menores compram área de frequência de ISPs maiores.” (SAWAYA, 1999, p. 242).

³⁸⁷ SCHERMER, LODDER, 2014, p. 15.

³⁸⁸ Os autores apresentam, como já visto, a seguinte noção de governança: “the process of interaction and decision making by actors for a collective issue, which leads to the creation or confirmation of social standards and institutes.” (SCHERMER; LODDER, 2014, p. 7). “Internet governance is as much a part of and a catalyst for global governance. The internet calls on new global issues on the one hand (such as cross-border cybercrime) and, on the other hand, the internet as a global communication network stimulates the process of globalisation.” (Id., p. 8).

³⁸⁹ “The mission of the IETF is to make the Internet work better by producing high quality, relevant technical documents that influence the way people design, use, and manage the Internet.” Cf. Site oficial: <https://www.ietf.org/>, acessado em 17.out.2014.

³⁹⁰ SCHERMER, LODDER, 2014, p. 15.

A IETF surgiu ainda antes da ICANN, apoiada pelo governo norte-americano, e depois se ligou à Internet Society (ISOC)³⁹¹. Esta organização também se liga a grupos de fundação da internet da década de 1980, apesar de ter se institucionalizado no formato atual em 1991. Entre seus membros, estão indivíduos e organizações, entre corporações, ONGs, organizações profissionais, instituições de educação, agências governamentais, entre outras.³⁹²

A União Internacional das Telecomunicações³⁹³, por sua vez, é uma agência da ONU criada em 1932, com o objetivo de regular as tecnologias de informação e comunicação.³⁹⁴ Atualmente ela se divide em três áreas, que cuidam de diferentes temas: Telecom (ITU-T); comunicação via radio (ITU-R) e desenvolvimento sustentável (ITU-D).³⁹⁵ Como uma organização internacional tradicional, conta com a participação principal de Estados-membros (atualmente 193), além da recepção de entidades privadas e acadêmicas cadastradas. A ITU foi, ainda antes da criação da ICANN, local de captação da regulação da internet. A criação da ICANN, contudo, trouxe para um controle privado – e não dominado pelas políticas internacionais tradicionais do sistema ONU – as principais questões de internet à época.

Em 2002, a China defendia que a regulação privada poderia até ter sido boa quando a internet tinha um milhão de usuários, mas não comportava mais a quantidade de utilização da época.³⁹⁶ Nesse cenário se estabeleceram conflitos que Anne-Raquel Inné indica como: EUA vs. China, ICANN vs. ITU, liderança do setor privado vs. liderança governamental.³⁹⁷

Dentro dessa tensão e diante do descontentamento com a concentração de poder de regulação da internet e discussões sobre o tema ao redor da ICANN, a ITU organizou a

³⁹¹ “The Internet Society is a global cause-driven organization governed by a diverse Board of Trustees that is dedicated to ensuring that the Internet stays open, transparent and defined by you.” Cf. site oficial: <http://www.internetsociety.org/>, acessado em 17.out.2014.

³⁹² Cf. <<http://www.internetsociety.org/get-involved/join-community>>, acessado em 17.out.2014.

³⁹³ “We allocate global radio spectrum and satellite orbits, develop the technical standards that ensure networks and technologies seamlessly interconnect, and strive to improve access to ICTs to underserved communities worldwide. ITU is committed to connecting all the world's people – wherever they live and whatever their means. Through our work, we protect and support everyone's fundamental right to communicate.” Cf. site oficial: <<http://www.itu.int/>>, acessado em 17.out.2014.

³⁹⁴ SCHERMER, LODDER, 2014, p. 15.

³⁹⁵ Id., 15.

³⁹⁶ INNÉ, 2011, p. 3.

³⁹⁷ Id., p. 3.

primeira World Summit on the Information Society (WSIS).³⁹⁸ Para a conferência foram convidados não apenas Estados e instituições cadastradas, mas também empresas e a sociedade civil, o que aumentou consideravelmente a inclusão de atores no processo.³⁹⁹ Foram feitas duas dessas conferências: uma em 2003, em Genebra, e a segunda em 2005, em Túnis.

O relatório do Grupo de Trabalho sobre a Governança da Internet de 2005, estabelecido pelo secretário-geral Koffi Annan⁴⁰⁰, chegou à indicação de que deveria ser estabelecido um modelo multissetorial, “fazendo cada um a sua função”.⁴⁰¹ Essa recomendação foi posteriormente adotada como a Agenda de Tunis (resultado da segunda WSIS). O IGF seria então a concretização de um espaço que permitisse a prática da governança da internet por este modelo.

As Conferências WSIS resultaram nas seguintes decisões políticas: 1) o estabelecimento de princípios de regulação da internet pelas *Action Lines*, que lidam com o papel dos governos e outros atores na aplicação de políticas para a internet⁴⁰²; 2) a criação do IGF (Fórum de Governança da Internet)⁴⁰³; 3) o estabelecimento de que a liberdade de expressão, o direito à privacidade e o direito de livre associação são os direitos mais importantes para os direitos humanos online. 4) o estabelecimento de uma definição para o que é a “governança da internet”.

³⁹⁸ “The UN General Assembly Resolution 56/183 (21 December 2001) endorsed the holding of the World Summit on the Information Society (WSIS) in two phases. The first phase took place in Geneva from 10 to 12 December 2003 and the second phase took place in Tunis, from 16 to 18 November 2005. (...)The objective of the first phase was to develop and foster a clear statement of political will and take concrete steps to establish the foundations for an Information Society for all, reflecting all the different interests at stake. (...)The objective of the second phase was to put Geneva's Plan of Action into motion as well as to find solutions and reach agreements in the fields of Internet governance, financing mechanisms, and follow-up and implementation of the Geneva and Tunis documents.” Cf. site oficial: <<http://www.itu.int/wsis>>, acessado em: 25.ago.2014.

³⁹⁹ SCHERMER, LODDER, 2014, p. 16.

⁴⁰⁰ Explicar, colocar resoluções etc.

⁴⁰¹ INNÉ, 2011, p. 3.

⁴⁰² “After the WSIS conferences the movement continued in the so-called WSIS Stocktaking Process. This process, based on a resolution of the ECOSOC, is intended to track the progress of and monitor the WSIS Action Lines, its formation and publications are an important source of academic knowledge in the field of ICT-regulation. The WSIS Action Lines are still the guiding principle of doing this. There is still an meeting held each year of the Internet Governance Forum.” SCHERMER, LODDER, 2014, p. 16.

⁴⁰³ “The Internet Governance Forum (IGF) serves to bring people together from various stakeholder groups as equals, in discussions on public policy issues relating to the Internet. While there is no negotiated outcome, the IGF informs and inspires those with policy-making power in both the public and private sectors. At their annual meeting delegates discuss, exchange information and share good practices with each other. The IGF facilitates a common understanding of how to maximize Internet opportunities and address risks and challenges that arise.” Cf. site oficial: <<http://www.intgovforum.org/cms/aboutigf>>, acessado em: 25.ago.2014.

Além disso,

“In the Tunis Agenda for the information society it is stated that the WSIS Action lines and the Geneva Plan of Action should be facilitated by the United Nations and, in particular, ITU, UNESCO and UNDP should be given a leading role in this process. Partly on the basis of this Declaration a large number of United Nations agencies began initiatives in the field of internet regulation which touch upon and affect the ICT policy of national Governments. However, these organisations highlight the ICT policy each from the interest of their own parties. UNESCO for example sees this in the form of the cultural goods of the world are being kept safe and made available to everyone via the internet, while UNDP sees the development of the internet and ICT as an important means of achieving the Millennium Development Goals of the UN. This often makes it difficult for policy makers and lawyers dealing with the political ideals to devise a practical legal framework for the online world.”⁴⁰⁴

Segundo Eric Brousseau e Meryem Marzouki, a conferência WSIS em Tunis era um duplo paradoxo para alguns, já que a UNESCO parecia ser a melhor instituição para tratar questões de informação e comunicação, e pela escolha de local ser a Tunísia, em que os cidadãos não tinham a garantia de liberdade de expressão. Contudo, os autores indicam que soluções simples para essas questões estão em dois fatos: primeiro, a Tunísia havia sido o país a propor uma reunião de alto nível para discutir o *digital divide*, em 1998 na conferência de plenipotenciários da UTI. Segundo, esta organização havia declarado em 1998 que tinha consciência do papel central da sociedade informacional para as telecomunicações.⁴⁰⁵

Ainda envolvendo as ações da ITU, um episódio que chamou a atenção mundial foi a ampla rejeição, no final de 2012, do tratado proposto pela International Telecommunication Union (ITU)⁴⁰⁶, que tinha apoio de Rússia e China⁴⁰⁷. Pela proposta, governos teriam maiores poderes de restrição à internet e o sistema requeria a identificação dos seus usuários. Houve muitas reações negativas a ela, tanto de grandes empresas do ramo da internet⁴⁰⁸ e de movimentos pró-liberdade de acesso⁴⁰⁹, quanto do

⁴⁰⁴ SCHERMER, LODDER, ANO, p. 17.

⁴⁰⁵ BROUSSEAU; MARZOUKI, 2012, p. 375-376.

⁴⁰⁶ Disponível em: http://www.itu.int/dms_pub/itu-t/oth/3F/01/T3F010000010001PDFE.pdf. Acesso em: 5 jan 2013.

⁴⁰⁷ TOTARO, 2012; MCDOWELL, 2012.

⁴⁰⁸ GOOGLE..., 2012.

⁴⁰⁹ Como *Fight for the Future e Access Now*. Ver EVERYTHING..., 2013.

Parlamento europeu⁴¹⁰ e do congresso norte-americano⁴¹¹. Foi um episódio de rejeição, pelos Estados Unidos e União Europeia de captação da competência de governança da internet⁴¹² pela ITU.⁴¹³

Um elemento interessante que aparece na literatura analisada é de que a ITU, por estar inserida no sistema ONU, não seria imune às macro-dinâmicas políticas da própria ONU. Um argumento adicional é de que justamente por estar condicionada a essa políticas, não seria eficaz em fazer uma regulação técnica e dinâmica.⁴¹⁴ Contra este argumento está o de que a regulação da internet é absolutamente política⁴¹⁵, e justamente por isso necessita de ampla discussões, em *loci* que agreguem todos os setores relevantes – o que não ocorre na ITU⁴¹⁶. Esta instituição é criticada por ser formada apenas de Estados e por não disponibilizar suas propostas online.

Sobre a WSIS, há quem diga que nem tudo lá foi ruim⁴¹⁷ e há quem diga que quase nada foi bom⁴¹⁸. John Keuner faz a leitura de que justamente pelo descontentamento com a governança do ICANN que unia vários setores permitiu estabelecer a IGF como um lugar que daria vazão às preocupações dos diversos setores.⁴¹⁹

⁴¹⁰ EUROPEAN PARLIAMENT, 2012.

⁴¹¹ LOTT, 2012.

⁴¹² CHANDER, 2013, p. 95.

⁴¹³ Ainda que a UE não seja parte da ITU, o parlamento europeu aprovou resolução sobre a importância da proteção das liberdades e da internet como espaço público.

⁴¹⁴ Sobre isso, John Kneuer defende: “ (...) ITU is almost a singularly ill-equipped institution to deal with what are, at their core, technical matters around the governance of the Internet. It is a regulatory and political body housed within the United Nations. It is not immune from the geopolitical macrodynamics that affect the United Nations. I think the ITU is probably the best example that you can imagine inside a UN body trying to stay focused on the tasks it has in front of it and not being swept into these other political macrodynamics, but they still do. Internet governance, and particularly the role of the Internet Society, is very much around technical coordination of technical issues. We don't look to the ITU to develop new air interface standards for mobile devices. That's not what they do. Those things come out in different iterations. There are some standard-setting bodies that are privately managed and operated that can play a role in that sort of thing to allow for universal interoperability and those sorts of things, but in terms of establishing and setting the technical standards for the evolution and deployment of the Internet, those should be left to the technical expert bodies, the multi- stakeholder model that Jorge discussed. And I think the point that Paul made, that the ITURs get renegotiated every decade or so, underscores how inapplicable that would be to the dynamic nature of the Internet.” (CHANDER, 2013, p. 96).

⁴¹⁵ Laura DeNardis faz esse argumento em discussão transcrita em CHANDER, 2013, p. 95.

⁴¹⁶ Argumento de Ross LaJeunesse em discussão transcrita em CHANDER, 2013, p. 97.

⁴¹⁷ Argumento de Paul Bringer em discussão transcrita em CHANDER, 2013, p. 98.

⁴¹⁸ BROUSSEAU, MARZOUKI, 2012, p. 383.

⁴¹⁹ CHANDER, 2013, p. 98.

Há especiais elogios à IGF como concretização de um espaço para a prática da governança no sentido definido pela WSIS ⁴²⁰, segundo Ross LaJeunesse e Jorge Villarino. A definição de governança do WSIS é a seguinte:

“...the development and application by governments, the private sector and civil society, in their respective roles, of shared principles, norms, rules, decision-making procedures, and programmes that shape the evolution and use of the Internet.”⁴²¹

Brousseau e Marzouki fazem a crítica de que:

Fundamental components are missing in the WGIG definition, however – namely the governance objectives and the governed polity. In other words, the definition of internet governance, as established since the WSIS and supported through five years of the IGF process, remains instrumental only: although it covers the “What?” and the “How?” and, to some extent, the “Where?” of internet governance, it is sorely deficient in addressing the “Why?” and “Who?” components.⁴²²

Além disso, os autores trazem a informação de que algumas pesquisas empíricas revelaram que o estabelecimento do IGF reforçou a participação de experts em detrimento de ONGs, sindicatos e movimentos sociais, então os “empreendedores de políticas” ocuparam o espaço que enfraqueceu a posição dos Estados⁴²³.

Em outra visão sobre as instituições que importam para a visão da regulação da internet, Rustad cita, além de IETF, a Internet Society e a ITU, também a Open Source Initiative⁴²⁴ e o World Wide Web Consortium⁴²⁵, como as principais organizações conformadoras da governança da internet.⁴²⁶

Já Laura DeNardis critica essas posições, que segundo ela não estão olhando para a governança da internet real, do dia a dia:

“An international arena not usually addressed in Internet governance discussions, but one in which Internet governance actually takes place, involves the regional Internet registries (RIRs). There are five: APNIC in

⁴²⁰ CHANDER, 2013, p. 107-108.

⁴²¹ Cf. WGIG Report <http://www.wgig.org/docs/WGIGREPORT.pdf>, acessado em 25.ago.2014.

⁴²² BROUSSEAU, MARZOUKI, 2012, p. 383.

⁴²³ BROUSSEAU, MARZOUKI, 2012, p. 384.

⁴²⁴ Cf. nota, *supra*.

⁴²⁵ “The World Wide Web Consortium (W3C) is an international community where Member organizations, a full-time staff, and the public work together to develop Web standards. Led by Web inventor Tim Berners-Lee and CEO Jeffrey Jaffe, W3C's mission is to lead the Web to its full potential.” Cf. site oficial: <<http://www.w3.org/>>, acessado em: 25.ago.2014.

⁴²⁶ RUSTAD, 2014, p. 68-72.

Asia, LACNIC in Latin America, AfriNIC in Africa, ARIN in North America, and RIPE-NCC in Europe. These institutions manage globally unique critical Internet resources—IP addresses.”⁴²⁷

Na mesma linha de DeNardis, Easter e Muller defendem que as noções de governança dos autores tendem a valorizar algumas instituições em que os Estados têm parte, o que acaba inflando a verdadeira participação dos Estados. “Before we can accurately bring the state back into Internet governance, we must first bring actual governance into Internet governance.”⁴²⁸

Segundo os autores, ainda que os trabalhos sobre governança da internet sejam interdisciplinares⁴²⁹, optam por um dos três caminhos:

“(a) policy and institutional analysis of the ICANN and the Regional Internet Address Registries; (b) explorations of various aspects of the WSIS and the IGF; and (c) broader, meta-discussions of global governance as it applies to the Internet, especially multi-stakeholderism and the relationship between private sector self-governance and intergovernmental organizations.”⁴³⁰

Os autores defendem que, mesmo diante da definição de governança da WSIS, é problemático deixar de fora processos como “[i]nterconnection agreements among Internet service providers (ISPs), routing arrangements, content filtering by national governments, or the control of spam, copyright infringement and botnets”.⁴³¹

Ainda, sobre a IGF, criticam:

“The IGF has produced no collective resolutions, let alone binding agreements or decisions, and even if it did, these would have had no commitment power over the actors actually operating the Internet. More importantly, most of the stakeholders with actual control over Internet resources are not participating in the IGF. The ICANN and the Regional Internet Registries (RIRs) are the main actors for which a plausible claim can be made that they shape the evolution and use of the Internet, but the governance of Internet identifiers has only a limited impact on such matters as content regulation, security, intellectual property and e-commerce. All in all, it is very strange that a field which organizes itself

⁴²⁷ CHANDER, 2013, p. 108.

⁴²⁸ EATEN, MULLER, 2012, p. 722

⁴²⁹ Trabalham com áreas como economia, ciência política, relações internacionais, estudos sobre comunicação e informação, sociologia e direito. Eaten, Muller, 2012, p. 725.

⁴³⁰ EATEN, MULLER, 2012, p. 725.

⁴³¹ Id., p. 721.

under the heading of Internet governance hardly ever ventures outside these institutions.”⁴³²

Segundo os autores, o enfoque dos estudos em instituições que merecem o crédito por apenas parte da governança na internet ocorre por dois motivos. Primeiro, porque é mais fácil para um trabalho empírico observar instituições como o ICANN e o IGF, que centralizam interações entre grupos de interesse, do que observar diversos processos desconexos, em desarranjo, espalhados pelo mundo.⁴³³ Além disso, instituições formalizadas têm regras e procedimentos explícitos, enquanto em outras áreas da internet as regras normalmente são informais e difíceis de se identificar, como os contratos de conexão que ditam a forma como os provedores de serviços trabalham e obtém lucro de suas atividades.⁴³⁴

Uma crítica similar é feita por Hofmann, Katzenbach e Gollatz, comentando o trabalho de Eaten e Muller:

“...the scope of IG [Internet Governance] is not simply out there for us, the researchers, to be discovered, it is a dynamic, transient phenomenon, the borders of which may depend on the (academic) observer as much as on the issue under investigation.”⁴³⁵

DeNardis compara o exercício de se entender como a internet é regulada por diversos atores com uma *bricolagem*: é como se trabalhar com diversos materiais, com diferentes naturezas e conformações, e ligá-los a um determinado objeto. Uma vez ligados, eles compõem um outro significado e adquirem novo valor cultural.⁴³⁶

Para tentar organizar o caos da convivência de múltiplas regulações e múltiplos atores, Laura DeNardis e Mark Raymond compuseram a tabela reproduzida a seguir, que traz as funções cumpridas, as tarefas e os atores institucionais primários correspondentes.

⁴³² EATEN, MULLER, 2012, p. 728.

⁴³³ EATEN, MULLER, 2012, p. 729.

⁴³⁴ Id.. Os autores continuam: “We would argue that, lacking a coherent conceptualization of Internet governance, these researchers have confined themselves to asking questions about the institutions themselves and the way they work, rather than about actual governance.” Ibid..

⁴³⁵ Mesmo assim, os autores criticam que o artigo de Easter e Muller também não deixa claro qual deveria ser a noção de governança com que se deve trabalhar para dar conta do que importa. Hofmann, Katzenbach, Gollatz, 2014, p. 7.

⁴³⁶ DENARDIS, 2014, p. 11.

Tabela 1 - Disaggregated Internet Governance Taxonomy⁴³⁷

Functional Area	Tasks	Primary Institutional Actor
I. Control of “Critical Internet Resources”	Central Oversight of Names and Numbers	ICANN, IANA, US DoC
	Technical Design of IP Addresses	IETF
	New Top-Level Domain Approval	ICANN
	Domain Name Assignment	Internet Registrars
	Oversight of Root Zone File	US DoC/NTIA
	IP Address Distribution (allocation/assignment)	IANA, RIRs, LIRs, NIRs, ISPs
	Management of Root Zone File	IANA
	Autonomous System Number Distribution	IANA, Regional Internet Registries
	Operating Internet Root Servers	VeriSign, Cogent, others
	Resolving DNS Queries (Billions per Day)	Registry Operators (VeriSign, others)
II. Setting Internet	Protocol Number Assignment	IANA
	Designing Core Internet Standards	IETF

⁴³⁷ Tabela retirada de DENARDIS; RAYMOND, 2013, p. 4-5.

Standards	Designing Core Web Standards	W3C
	Establishing Other Communication Standards	ITU, IEEE, MPEG, JPEG, ISO, others
III. Access and Interconnection Coordination	Facilitating Multilateral Network Interconnection	Internet Exchange Point Operators
	Peering and Transit Agreements to Interconnect	Private Network Operators, Content Networks, CDNs
	Setting Standards for Interconnection (e.g. BGP)	IETF
	Network Management (Quality of Service)	Private Network Operators
	Setting End User Access and Usage Policies	Private Network Operators
	Regulating Access (e.g. Net Neutrality)	National Governments/Agencies
	Securing Network Infrastructure	ISPs, Network Operators, Private End User Networks
	Designing Encryption Standards	Standards-Setting Organizations
	Cybersecurity Regulation/Enforcement	National Statutes/Multilateral Agreements
	Correcting Software Security	Software Companies

Vulnerabilities	
Software Patch Management	Private End Users
Securing Routing, Addressing, DNS	Network Operators, IETF, Registries
Responding to Security Problems	CERTs/CSIRTs
Trust Intermediaries Authenticating Web Sites	Certificate Authorities (CAs)
Commercial Transaction Facilitation	E-Commerce Sites, Financial Intermediaries
Mediating Government Content Removal Requests (Discretionary Censorship)	Search Engines, Social Media Companies, Content Aggregation Sites
App Mediation (Guidelines, Enforcement)	Smartphone Providers (e.g. Apple)
Establishing Privacy Policies (via End User Agreements and Contracts)	Social Media, Advertising Intermediaries, Email Providers, Network Operators
Responding to Cyberbullying and Defamation	Content Intermediaries
Regulating Privacy, Reputation, Speech	Statutory and Constitutional Law
Mediating Govt. Requests for	Content Intermediaries, Network

Personal Data	Operators
Domain Name Trademark Dispute Resolution	ICANN UDRP, Registrars, Accredited Dispute Resolution Providers
Removal of Copyright Infringing Content	Content Intermediaries
Algorithmic Enforcement (e.g. Search Rankings)	Search Engine Companies
Blocking Access to Infringing Users	Network Operators/ISPs
Domain Name System IPR Enforcement	Registries/Registrars
Regulating Online IPR Enforcement	National Statutes, International Treaties
Standards-Based Patent Policies	Standards-Setting Organizations
Enacting Trade Secrecy in Content Intermediation	Search Engines, Reputation Engines

Justamente por conta da presença desses atores diversos e das especificidades da internet, é importante a reflexão sobre a governança específica do campo, segundo Brosseau e Mazouki, por conta de quatro características que captam sua essência:

“ (i) the interconnection is global; (ii) its management is distributed; (iii) historically, it has been privately coordinated and operated; and (iv) it is intended for the exchange of information and the sharing of capabilities. Other networks, including telecommunication networks, may share one

or more of these characteristics, but none exhibits all of them at the same time. This fact bestows a unique nature on the internet governance process.”⁴³⁸

A essa governança específica da internet se coloca a característica principal de ser multissetorial, que é uma agenda identificada pelos autores analisados, independente de seu enfoque. Schermer e Lodder trazem a ideia de que o modelo de governança multissetorial é um bom modelo para a internet pois permite a prática de diferentes modelos dentro dele.⁴³⁹

Essa ideia de governança multissetorial, segundo o que traz os autores, parece ser compartilhada inclusive entre os Estados. Em uma comparação nos documentos produzidos por Estados no ano de 2011, dentre os quais o do Conselho da Europa (junho), o da OECD (julho) e dos discursos dos EUA, da UE e do G8, Inné chegou à conclusão de que: 1. Há apoio dos princípios construídos no movimento Open Internet; todos os documentos identificam direitos humanos, segurança e economia como áreas em que políticas coerentes sobre a internet são necessárias; 2. As partes têm diferentes prioridades sobre estas políticas; 4. o modelo multissetorial é um consenso enquanto um princípio básico da governança da internet;.⁴⁴⁰ A autora finaliza que, a partir de 2011, o que se veria não seria uma batalha apenas entre atores de setor privado e público, mas entre segurança, economia e direitos humanos como prioridades ao se regular a internet.⁴⁴¹

Pelo que vimos, portanto, são várias as configurações dos conjuntos de atores e instituições que os autores analisados trazem às luz ao falarem de regulação internacional da internet, governança da internet, ou similares. Todos os estudos, contudo, reconhecem uma característica na interação entre os atores diante da necessidade de regulação, que é a da multiplicidade de setores. Esse modelo multissetorial não aparece apenas nos autores que têm trabalhos voltados para análise política do poder de cada um dos reguladores públicos e privados, mas também nos que destacam os interesses envolvidos que passam para a regulação, em sua forma “jurídica” ou “técnica”.

⁴³⁸ BROUSSEAU, MARZOUKI, 2012, p. 371.

⁴³⁹ SCHERMER, LODDER, 2014, p. 13.

⁴⁴⁰ A autora identificou a proteção dos usuários como prioridade do Conselho da Europa; a proteção da propriedade intelectual para a OECD e a segurança para os EUA e a OTAN. INNÉ, 2011, p. 4-5.

⁴⁴¹ Id., p. 6.

4. De que regulação estão falando?

Como vimos nos itens anteriores, a regulação da internet não só envolve várias formas de se enxergar o objeto regulado, como também leva em conta conjuntos de atores e instituições que podem trazer diferentes configurações. Contudo, alguns binômios parecem ser recorrentes: tecno-otimismo e tecno-realismo; mundo *online* e mundo off-line, universalidade e balcanização; Estado e atores privados; regulação privada e regulação estatal. Cabe agora olhar para como as construções argumentativas sobre a regulação da internet lidam com o direito internacional por meio de variações dentro de tais binômios.

Segundo os traços históricos que são identificados na representação sobre a internet ao longo dos anos, algumas visões já foram mencionadas. A primeira noção de regulação ligada à internet foi a da visão libertária, de uma “internet hype” dos anos 1990. Essa primeira reação foi substituída por uma discussão diferente, em vista dos primeiros efeitos da internet na sociedade.⁴⁴² Convencionou-se chamar “tecno-otimismo” e tecno-realismo” a divisão de linhas a partir dos anos 2000.⁴⁴³ Enquanto os proponentes do tecno-otimismo defendiam o desenvolvimento de um “direito cibernético”⁴⁴⁴ – já que bebiam da ideia de um “espaço” da internet separado daquele do mundo off-line –, os tecno-realistas defendiam o uso do “direito real”, aquele que existia já pré-internet, ou independentemente dela.⁴⁴⁵ A diferença entre as duas abordagens é de que a primeira se baseia na ideia de que a internet, dentro da dinâmica da sociedade, fez surgirem novos modos de interação que trouxeram novas necessidades regulatórias. Já a percepção da linha do “direito real” é de que a internet não se difere tanto das outras tecnologias precedentes a ponto de merecer uma regulação completamente nova.

Fica claro que, nessa divisão tem como eixo a ideia sobre *se* a internet pode ser regulada⁴⁴⁶ e *como* ela deve ser regulada. Dentro das possíveis respostas está o papel do Estado na criação dessa regulação e outros atores e a questão sobre se é ou não possível que uma regulação simplesmente ignore as fronteiras já existentes no plano físico-jurídico

⁴⁴² KURBALIJA, 2005, p. 105.

⁴⁴³ KURBALIJA, 2005, p. 105.

⁴⁴⁴ KURBALIJA, 2005, p. 106, “cyber-law”.

⁴⁴⁵ KURBALIJA, 2005, p. 106.

⁴⁴⁶ Há os que defendem que o próprio código é a única regulação possível da internet. [colocar referência].

dos Estados-nação. Por isso, lavarei em conta também qual o posicionamento dos autores sobre a regulação que não é produzida pelo Estado.⁴⁴⁷

Uma ideia com que trabalhamos por conta da periodização adotada é que a partir de 2011 a grande questão seria regular com mais ou menos proximidade do direito existente para o mundo *off-line*, como trazia Palfrey Jr.. Cabe agora analisarmos essas construções, que serão expostas segundo três soluções possíveis a partir da proposta de solução de problemas diagnosticados pelos autores ou como meras descrições de como a internet é regulada: 1) adaptação do direito internacional *offline*; 2) criação de novo direito internacional; 3) o direito internacional não é a regulamentação adequada. Contudo, como será possível perceber, há variações bastante relevantes entre as três classificações, que tornam a classificação de algumas obras um pouco difícil, por parecerem estar em uma linha de transição de um item para o outro. Por isso, as exposições serão feitas como se colocasse as obras em uma escala de graus, em que há a total possibilidade de aplicação do direito internacional *off-line* à internet em uma ponta e a total impossibilidade de aplicação do direito internacional *off-line* na outra ponta.

4.1 Adaptação do direito internacional

Andreas Zimmermann defende que existe um nexu territorial para todas as atividades que ocorrem na internet, já que a informação estará ligada a um ponto de hardware dentro dos territórios dos Estados.⁴⁴⁸ Por isso seria absurdo acreditar que se trata de um espaço paralelo ao dos Estados, em que não poderiam exercer jurisdição.⁴⁴⁹ Para tentar superar a ideia que ele julga falsa de que a internet não é territorializável, destaca o dever de diligência estabelecido no caso Corfu Channel⁴⁵⁰, segundo o qual um Estado deve

⁴⁴⁷ Esta é a noção de não-direito que aparecerá nos próximos itens. Apesar de haver vários debates atualmente sobre se normas criadas por entes não estatais (ou organizações internacionais com personalidade jurídica), os autores analisados tratavam a divisão de acordo com o critério de regulação produzida por Estados ou não produzida por Estados.

⁴⁴⁸ ZIMMERMANN, 2014, p. 2.

⁴⁴⁹ ZIMMERMANN, 2014, p. 2.

⁴⁵⁰ Caso Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), *Cf.* <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=cd&case=1>>, acessado em 3.dez.2014.

assegurar que atividades dentro de seu território não estejam causando danos a outro Estado.

O autor defende, ainda a aplicação do artigo 2 (4) da Carta da ONU para o caso de ato danoso com uso da força e o direito a autodefesa do artigo 51, caso haja ataques pela internet.⁴⁵¹ No mesmo sentido, poderia ser aplicado o direito humanitário a situações de utilização da internet em guerra. Quanto a direitos humanos e proteção de dados, o autor comenta que há dúvidas sobre a aplicação da proteção à privacidade e à correspondência na internet pelo artigo 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, tratado de 1966, que talvez não tenha previsto questões até então desconhecidas. Mesmo que se tome como aplicável, ainda há o problema da aplicabilidade a determinados territórios, do art. 2 (1) do Pacto.⁴⁵²

Por outra perspectiva, Molly Land identifica como problema a regulação internacional da internet sem levar em conta o direito de liberdade de expressão e as consequências dessa regulação para os direitos humanos,⁴⁵³ já que hoje a internet tem sido vista cada vez mais como uma questão de direitos humanos.⁴⁵⁴ Ela então apresenta uma possível solução. Em seu texto “Toward an International Law of the Internet”, analisa o artigo 19 do Pacto de Direitos Civis e Políticos, em aplicação a tecnologias como a internet. Segundo a autora, a aplicação do artigo à internet possibilita que defensores dos direitos humanos possam interferir no design na internet que interfira nesses direitos.

Segundo a autora, “o artigo 19 protege explicitamente as tecnologias de conexão e acesso à informação, e isso limita a capacidade dos Estados de oprimir conteúdo de origem estrangeira.”⁴⁵⁵ Ela desenvolve essa interpretação tomando por base o artigo 31 (1) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – ou seja, levando em conta o sentido ordinário e o propósito do dispositivo.

A autora levanta a questão de que talvez a implementação da proteção pelo Estado enfrente dificuldades. Contudo, ela defende que, com base na história de negociações para

⁴⁵¹ ZIMMERMANN, 2014, p. 5.

⁴⁵² Id., p. 5.

⁴⁵³ LAND, 2013, p. 394.

⁴⁵⁴ A autora indica o evento de o Relator da ONU para a Liberdade de Expressão, Frank La Rue, ter sido ovacionado e criticado pela indicação do que muitos interpretaram como sendo declaração de que existe um direito humano à Internet. LAND, 2013, p. 396.

⁴⁵⁵ Id., p. 394.

produção das versões prévias do tratado, o artigo se destina diretamente às atividades dos atores privados que impedem a liberdade de expressão ou de informação.⁴⁵⁶

“I call on technology companies to embed “human rights defaults” into their technology by designing it in ways that make it harder for states to violate international human rights.”⁴⁵⁷

Robert Uerpamann-Witzack traz uma proposta de princípios para a regulação da internet, mas com um conceito de princípio como construção doutrinária – ele esclarece que não se refere à noção de princípios do artigo 38 (1)(c) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que é fonte primária do direito internacional. Ele indica que seus princípios podem ser tomados como fontes subsidiárias, de interpretação, sob o inciso (1)(d) do mesmo artigo.⁴⁵⁸ Entre eles, estão 1) o princípio da liberdade na internet; 2) o princípio da privacidade; 3) o princípio modificado da jurisdição adaptada ao ciberespaço; 4) o princípio da cooperação interestatal e o 5) princípio da cooperação multissetorial.

Robert Uerpamann-Witzack destaca do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional do comércio elementos que constituem o que chama de princípio da liberdade na internet. Este princípio tem dois aspectos: a) liberdade de comunicação pela internet e a b) liberdade de iniciativa na internet. Segundo o autor, é possível inferir de julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos uma proteção específica da liberdade de expressão na internet. Além do escopo do artigo 19(2) do Pacto de Direitos Civis e Políticos, a aplicação do artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos tem sido feita em relação a arquivos eletrônicos⁴⁵⁹, à relação entre uma sociedade democrática e à liberdade de expressão na imprensa eletrônica⁴⁶⁰ e aos limites em que o Estado pode inferir⁴⁶¹. Já a liberdade de iniciativa pode ser construída como princípio, primeiro, utilizando a própria liberdade de expressão, pela proteção contra a interferência sobre conteúdo⁴⁶² e sobre o registro de domínios⁴⁶³. Segundo, o acesso ao livre mercado da forma

⁴⁵⁶ LAND, 2013, p. 396.

⁴⁵⁷ Id..

⁴⁵⁸ UERPMANN-WITZACK, 2010, p. 1247.

⁴⁵⁹ Case of Times Newspapers Ltd (Nos. 1 and 2) v. The United Kingdom, 2009, cf. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91706>>, acessado em 01.dez.2014.

⁴⁶⁰ Case of Fatullayev v. Azerbaijan, 2010, cf. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-98401>>, acessado em 01.dez.2014.

⁴⁶¹ Case of Megadat.com SRL v. Moldova, 2011, cf. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104790>>, acessado em 01.dez.2014.

⁴⁶² Case of Times Newspapers, *supra*.

⁴⁶³ Case of Megadat.com, *supra*.

do GATT e do GATS também é incluído pelo autor, com a possibilidade de restrições à moda dos artigos XX do GATT e XIV do GATS⁴⁶⁴.

Segundo o autor, o princípio da privacidade emerge de uma construção também da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a proteção da privacidade prevista no artigo 17 do PDCP e no artigo 8 da CEDH. A aplicação deste artigo pela Corte passou por situações como a qualificação do uso da internet por um empregado como parte de sua privacidade⁴⁶⁵, a configuração de violação deste direito no caso de dever de publicar dados pessoais⁴⁶⁶, ou uma obrigação positiva dos Estados de proteger a privacidade. O próprio autor indica que o balanço entre esse princípio e o anterior criará limitações, como já ocorreu em julgados da Corte Europeia.⁴⁶⁷

O autor vê a cooperação em dois princípios: o da cooperação interestatal e o da cooperação multissetorial. Ele traz como base a falha da ideia de John Perry Barlow de que não haveria nenhum controle estatal sobre a internet: mesmo com a inserção do Estado como ator regulador, a inserção de outros atores de outros setores é tanto uma questão de fato – desde o estabelecimento do ICANN como ator de regulação privada, às conferências WSIS –, quanto uma questão normativa: a participação multissetorial é reconhecida como essencial não só à regulação da internet, como também de outras áreas.⁴⁶⁸

Quanto ao princípio cooperação interestatal, é principalmente uma questão de fato: grande parte dos problemas envolvendo a internet não podem ser resolvidos por ação de um Estado sozinho. Um exemplo que o autor traz do fenômeno é a Convenção sobre Crimes Cibernéticos de 2001. A isso se soma uma interpretação possível do artigo 1 da Carta da ONU em combinação com as disposições da Declaração de Princípios de Direito Internacional concernentes a Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados (“Declaração de Relações Amistosas”).

Algumas obrigações específicas também podem vir de regulações temáticas, como

⁴⁶⁴ US-Gambling (Antigua and Barbuda v. United States), 2007, cf. <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm>, acessado em 01.dez.2014.

⁴⁶⁵ Case of Copland v. The United Kingdom, 2007, cf. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-79996>>, acessado em 01.dez.2014.

⁴⁶⁶ Case of Andrzej Wypych v. Poland, 2004, cf. <<http://caselaw.echr.globe24h.com/0/0/poland/2005/10/25/wypych-v-poland-71236-2428-05.shtml>>, acessado em 01.dez.2014.

⁴⁶⁷ Case of K.U. v. Finland, 2009, cf. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-89964>>, acessado em 01.dez.2014.

⁴⁶⁸ UERPMANN-WITZACK, 2010, p. 1261.

da Convenção sobre os Direitos da Criança, que estabelece uma obrigação específica de cooperação entre Estados contra a pornografia infantil.⁴⁶⁹ Entre outras obrigações de cooperação específica, está a do reconhecimento, pela Corte Europeia⁴⁷⁰, de que o artigo 4 da CEDH inclui o dever de cooperação transnacional em casos de tráfico de pessoas. Segundo o autor, o mesmo poderia se aplicar aos casos similares na internet⁴⁷¹. O próprio autor ressalta, contudo, que o princípio de cooperação interestatal é fraco, tanto pelos deveres de cooperação não terem padrão consistente tanto porque nos documentos específicos de cooperação na internet tal dever não foi trazido explicitamente.⁴⁷²

O princípio da jurisdição territorial está bem estabelecido no direito internacional, mas segundo o autor precisaria de duas adaptações para lidar com o ciberespaço. Primeiro, a regra dos efeitos, de jurisdição com relação a atos que provocam efeitos no Estado determinado⁴⁷³, deve ser adaptada em relação ao artigo 22 da Convenção Europeia sobre o Crime Cibernético de 2001. A possibilidade de condenação do perpetrador em um Estado pela simples visualização de uma página da internet em tal Estado normalmente é insuficiente: a língua da mensagem considerada ilícita⁴⁷⁴, o conteúdo que se refira a um país específico⁴⁷⁵, a residência do perpetrador no Estado são alguns critérios utilizados pelas jurisprudências nacionais. Segundo o autor, a jurisdição com base nos efeitos não violaria a soberania dos Estados, mas iria colidir com o princípio da liberdade na internet, pois poderia gerar a situação de bloqueio, por parte dos provedores de internet, de conteúdos de usuários estrangeiros diante do temor de serem processados.⁴⁷⁶ Em segundo lugar, o autor defende a expansão da jurisdição também para o Top Level Domain, que se tornaria parte do território. Segundo o autor, os TLDs, os domínios como .uk ou .br, podem

⁴⁶⁹ A convenção é inclusive citada no artigo 9 da Convenção sobre o Crime Cibernético.

⁴⁷⁰ Case of Rantsev v. Cyprus and Russia, 2010, cf. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96549>>, acessado em 01.dez.2014.

⁴⁷¹ Por exemplo, Case of K.U., *supra*.

⁴⁷² The Geneva Declaration of 12 December 2003 e Tunis Agenda.

⁴⁷³ Case of S.S. "Lotus" (France v. Turkey), 1927, cf. <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf>, acessado em 01.dez.2014.

⁴⁷⁴ Ligue contre le racisme et l'antisémitisme et Union des étudiants juifs de France v. Yahoo! Inc. et Société Yahoo! France (*LICRA v. Yahoo!*), 2000, cf. <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001120.htm>>, acessado em 01.dez.2014.

⁴⁷⁵ Caso VI ZR 23/09, 2010, 63 NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 1752 (2010), § 22.

⁴⁷⁶ UERPMANN-WITZACK, 2010, p. 1256.

ser igualados à noção de território, segundo o que tem sido estabelecido em documentos relacionados à internet, no âmbito do ICANN⁴⁷⁷, e da WSIS⁴⁷⁸.

4.2 Criação de novo direito internacional para a internet

Joanna Kulesza defende que o primeiro elemento a ser regulado na internet é a aplicação da jurisdição, pois as principais questões atuais na internet, como proteção de copyright, direitos humanos e liberdade de expressão, passam pela necessidade de se estabelecerem competências.⁴⁷⁹

A governança da internet⁴⁸⁰ deve cumprir um papel: deve, de um lado, manter a funcionalidade e a dinâmica da internet e, de outro, ser flexível para adotar eventuais mudanças.⁴⁸¹ Segundo a autora, “only such mechanism would allow increased functionality and higher efficiency”⁴⁸².

Para que seja efetiva a aplicação de quaisquer regras de jurisdição sobre as atividades da internet, devem ser levados em conta alguns princípios da internet: o multissetorialismo, a diversidade cultural, a liberdade de acesso, a abertura de arquitetura.⁴⁸³ “Such a customary and legal scheme could help preventing the danger of

⁴⁷⁷ Nos Principles and Guidelines for the Delegation, a Governmental Advisory Committee indicou que “ultimate public policy authority over the relevant ccTLD rests with the relevant government.”

⁴⁷⁸ Tunis Agenda, parágrafo 63.

⁴⁷⁹ KULESZA, 2012, p. 33 e ss. Lack of clarity regarding jurisdiction may produce two effects within a short time: the inability of a state to exercise its legislative and executive power and the inability of natural and juridical persons to enjoy the right to a fair and public hearing of their case. Other potential consequences include the lack of legal certainty on the Internet, slower development of e-commerce, and the informal division of the Internet into independent spheres of relative legal certainty. Kulesza, 2012, p. 83. Possible solutions to the problem of jurisdictional conflicts may be based on modernization of private international law, harmonization of national laws, use of international arbitration and/or the application of technical solutions that would enable one to determine the origin of data placed on the Internet more precisely than it is possible today. Nevertheless, state authorities are not in a position to resolve practical problems relating to jurisdictional conflicts on their own, and very few international legal acts make any attempt to address Internet-related jurisdictional issues, while international co-operation is essential if we are to resolve such problems. Jurisdictional issues constitute a key concern of participants to the international debate on Internet governance. (Id., p. 103).

⁴⁸⁰ “It focuses on the areas and issues which urgently require attention from the international community in order to sustain the proper functioning of a global network which forms the foundation of our information-fuelled society.” (KULESZA, 2012, p.2).

⁴⁸¹ KULESZA, 2012, p. xiv.

⁴⁸² Id., p. xiv.

⁴⁸³ Id., p. 138-143.

cyber-Balkanization and secure the basic tool for further development of the global information society”.⁴⁸⁴

Por isso, seu propósito é justapor princípios do direito internacional sobre jurisdição com novas circunstâncias factuais. Seu esforço é, então, de identificar critérios que “permitam aos Estados regular comportamentos no ciberespaço, buscar a persecução daqueles que violarem as normas e implementar conclusivamente suas leis.”⁴⁸⁵ Ela faz isso paralelamente a um estudo as práticas dos Estados que “têm papel central” na arena da internet, para estabelecer limites interpretativos aos resultados anteriores, de maneira que não violem o que tem sido considerado de competência exclusiva dos Estados.

Ela ressalta que a questão de jurisdição está intimamente ligada com a soberania, de forma que estabelece os limites da soberania num sistema geopolítico.⁴⁸⁶ Isso é claro na decisão do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, que decidiu no caso Lotus (1927) que nenhum Estado pode exercer poder sobre o território de outro exceto por norma costumeira ou consensual. Isso porque o princípio da jurisdição territorial reflete a igualdade entre os Estados.

Contudo, na medida que se percebeu que o princípio da jurisdição territorial não era suficiente, criaram-se outras formas de se estabelecer jurisdição, como é o caso do princípio da personalidade ativa e passiva, princípios para regular *res communis* (como áreas do círculo polar, alto mar e espaço sideral).

A prática dos Estados também revela algumas regras adicionais, dentre as quais está o princípio da jurisdição por efeitos:

The effects principle has been invoked as the grounds for exercising competence by the judicial authorities of states in an increasing number of cases in the second half of the twentieth century, when the growth and popularization of trade and service exchange has been supported by an increase in the number of communication channels, mass media, telephones, faxes and, ultimately, the Internet.⁴⁸⁷

Contudo, é necessário ter cautela na aplicação deste princípio à internet, já que é possível chegar à conclusão de que atividades ligadas a conteúdos acessíveis em vários

⁴⁸⁴ Id., p. 160.

⁴⁸⁵ Id.

⁴⁸⁶ KULESZA, 2012, p. 28

⁴⁸⁷ KULESZA, 2012, p. 58.

países poderiam levar a uma situação de incerteza para os usuários sobre quais as regras aplicáveis a sua conduta.⁴⁸⁸ O princípio de jurisdição universal, por sua vez, teria aplicação restrita aos crimes cibernéticos mais graves, e deveriam resultar de tratado internacional.⁴⁸⁹

Da análise da prática dos Estados, a autora ressaltou que duas linhas de fundamento normalmente utilizado para restringir a internet é da proteção da moralidade ou padrões sociais e segurança nacional. Os efeitos da internet, por sua vez, tem sido bastante desenvolvidos pela jurisprudência norte-americana e das justiças europeias.⁴⁹⁰

No exercício de buscar um direito internacional da internet, Joanna Kulesza ainda traz algumas analogias que poderiam ser feitas entre a internet e questões tomadas como herança comum da humanidade, seja se referindo à noção de jurisdição sobre espaços internacionais, seja se referindo à noção de responsabilidade por dano transfronteiriço do direito internacional ambiental.⁴⁹¹

Segundo a autora, o futuro do direito internacional da internet está no direito internacional tradicional, que sanará as principais críticas que se dirigem às atuais da área preponderantemente de *soft law*⁴⁹², quais sejam a falta de poder executivo e a estrutura não-transparente.

A autora indica então que os passos em direção à resolução dos problemas da regulação da internet devem ser: 1) alcançar um consenso sobre a aplicação dos princípios de jurisdição sobre a internet; 2) estabelecer princípios da própria governança da internet; 3) observar práticas nacionais existentes, que devem informar as resoluções dos pontos anteriores; 4) criar um projeto de convenção para a internet e 5) implementar protocolos adicionais para áreas específicas da internet.

Robert A. Heverly defende que o problema da internet atual é a alteração que tem sido feita sobre sua natureza tecnológica.⁴⁹³ Segundo o autor, esse perigo está se abatendo sobre a camada de transporte da internet, que foi desenhada por seus criadores num sistema

⁴⁸⁸ KULESZA, 2012, p. 14.

⁴⁸⁹ KULESZA, 2012, p. 16

⁴⁹⁰ Id., p. 116 e ss.

⁴⁹¹ KULESZA, 2012, p. 173-175.

⁴⁹² Não fica claro a que normas a autora se refere, produzidas por quais instituições, já que inclui aí as camadas física, técnica e de conteúdo.

⁴⁹³ HEVERLY, 2011, p. 1087.

end-to-end agnóstico com relação ao conteúdo e cujo princípio era “Where are you going? There you go”⁴⁹⁴. O autor cita então algumas iniciativas que são incompatíveis com esse princípio e que têm modificado o funcionamento da internet.

Primeiro exemplo de prática que pode estar indo contra o princípio fundamental: a Internet Watch Foundation, no Reino Unido, produz uma “lista negra” de IPs que são reportados como ligados a domínios com pornografia infantil. Aqui,

“The fundamental “Where are you going? There you go” expression that makes up the core of the Internet’s transport layer is altered to one of the following: “Where are you going? That doesn’t exist” (DNS poisoning⁴⁹⁵); “Where are you going? They’re not answering” (packet dropping⁴⁹⁶); “Where are you going? There’s nothing there” (content filtering⁴⁹⁷).”

O segundo exemplo é a proteção da propriedade intelectual em 2010, que gerou nos EUA a “apreensão” de domínios em que houvesse violações de marca ou copyright.⁴⁹⁸

“When a browser forwards a request for a “seized” domain name to the DNS server, instead of being connected with the intended IP address, the user is redirected to the ICE page.”⁴⁹⁹ “Where are you going? You can’t go there. Go here, instead.”⁵⁰⁰

Não só o DNS tem suas funções modificadas, mas também os servidores (PSIs). O autor dá dois exemplos da União Europeia: primeiro, que é requerido aos Provedores de Serviço de Internet que armazenem dados dos usuários; segundo, que desconectem aqueles que forem acusados de violação de copyright. Isso modifica o princípio de funcionamento para duas variações com relação ao original, respectivamente:

“Where are you going? There you go,” and instead must ask and say, “Where are you going? Let me write that down and keep it. There you go.”⁵⁰¹; e , “Where are you going? There you go” for each piece of data, the ISP must first ask, “Who are you? Where have you been? Do I need to report your sender?”⁵⁰².

⁴⁹⁴ HEVERLY, 2011, p. 1104.

⁴⁹⁵ A ligação entre o IP e o domínio é “envenenada” e não ocorre.

⁴⁹⁶ Os pacotes destinados ao determinado IP são descartados pelos ISPs.

⁴⁹⁷ Bloqueio de sites, imagens etc.

⁴⁹⁸ HEVERLY, 2011, p. 1106.

⁴⁹⁹ Id., p. 1107.

⁵⁰⁰ Id., p. 1107.

⁵⁰¹ Id., p. 1110.

⁵⁰² Id. p. 1111.

Para conter essas transformações que “desnaturam” a internet, Robert A. Heverly propõe que os variados atores se juntem em três etapas de produção de um novo direito. Primeiro, a sociedade civil (com representantes do ICANN, IGF, IS, grupos nacionais) e os engenheiros (IETF e ITU) decidiriam sobre um conjunto de valores considerados relevantes para a camada de transporte da internet. Depois, outros *stakeholders*, como a OMC, a WIPO, entre outros seriam também chamados a integrar o grupo que decidiriam sobre os processos de implementação desses valores. Finalmente, se os *players* necessários concordassem em participar, seria então criado um acordo obrigatório para os signatários estabelecendo as ações em direção à implementação das medidas indicadas.⁵⁰³

Duncan B. Hollis destaca que analisar hoje o direito aplicável sobre a internet é uma tarefa complexa, especialmente por conta das “fronteiras” entre o direito cibernético e não cibernético, marcadas pela especificidade da internet. Há, inclusive, grandes discussões sobre se, onde e porque essas barreiras diferenciadoras seriam estabelecidas.⁵⁰⁴ O autor defende, então, que o melhor a fazer é focar em questões de dentro de regimes jurídicos específicos, para não precisar passar por problemas teóricos complexos.⁵⁰⁵

Como já vimos no item acima, Hollis discute sobre as divergências acerca das fronteiras colocadas sobre o cyberspaço. Duncan Hollis busca superar o que ele chama de dicotomia entre as barreiras para a autonomia do espaço cibernético e das barreiras nacionais sobre o espaço. Segundo ele, nenhuma dessas escolhas criaria fronteiras realmente efetivas. Além disso, ele indica que as fronteiras não são a única fonte de autoridade jurídica.⁵⁰⁶ O autor propõe, então, que o foco seja menos em o que é o espaço cibernético e mais nas operações cibernéticas, ou no comportamento cibernético. Na opinião do autor, mais discussões sobre o discurso das fronteiras pode apenas inflamar mais as tensões sobre a distribuição da autoridade jurídica.⁵⁰⁷

O autor defende que o próprio direito estabelece limites ou fronteiras, de duas

⁵⁰³ HEVERLY, 2011, p. 1119.

⁵⁰⁴ HOLLIS, 2014, p. 3.

⁵⁰⁵ A noção de regime de que fala o autor parece ser de conjunto de normas incidentes sobre determinado problema de fato, ligadas a um tema, conforme pode se identificar no seguinte trecho, em que o autor dá como exemplo o regime de direito humanitário: “By focusing on boundaries *within* discrete legal regimes, some of the more intractable theoretical problems may be avoided. Hopefully, over time, success in re-designing law’s boundaries in particular cyberspace contexts like IHL may build momentum for tackling the more fundamental questions of governance and relationships among legal regimes.” (HOLLIS, 2014, p. 3).

⁵⁰⁶ HOLLIS, 2014, p. 7-8

⁵⁰⁷ Id., p. 7-8

formas: por *taylor-made law*, ou o direito específico para o contexto da internet e o por *law-by-analogy*, em que as áreas pré-existentes do direito são aplicadas ao contexto da internet por raciocínio analógico.⁵⁰⁸

Segundo o autor, no direito internacional prepondera o direito pela analogia.⁵⁰⁹ Contudo, confiar nesse tipo de direito requer que se faça mais um teste além da verificação de seu *pedigree*. O raciocínio analógico “requires that the context from which the analogy originates shares sufficiently relevant similarities (and no relevant dissimilarities) with the targeted context.”⁵¹⁰

Então se as linhas de analogias são imprecisas ou ineficazes, o resultado é uma resposta regulatória incompleta. Por isso o autor defende que se deve pegar o outro caminho, das normas *taylor-made*, as quais podem se originar do costume a partir da prática reiterada dos Estados mais a *opinio juris*, ou de acordos entre Estados. Segundo o autor, a segunda opção parece preferível, já que há pouco incentivo para os Estados em expor seus comportamentos quando se trata de internet⁵¹¹.

“In terms of their function, tailor-made laws may supplement or compliment the boundaries generated by legal analogies. For example, to overcome the existing law’s attribution problems, a number of proposals exist to assume attribution based on the type of cyber-operation, its target or the nation State from which it supposedly originates.”⁵¹²

O autor confia mais em normas “taylor-made” que substituam as normas gerais e deem conta das especificidades da internet. Um pouco mais além, elas dão a possibilidade de redefinir todas as linhas de fronteira, indicando novos comportamentos proibidos e obrigações dos Estados⁵¹³.

Segundo o autor, daqui para frente tem-se de tomar um papel prático, que é de diminuir o escopo das questões que precisam de regulação: “Narrowing the scope of inquiry also lessens the complexity of analysis, allowing for a more focused examination of cyberspace’s specific attributes with respect to the rules in question.”⁵¹⁴

⁵⁰⁸ HOLLIS, 2014, p. 14.

⁵⁰⁹ Id., p. 15.

⁵¹⁰ Id., p. 16.

⁵¹¹ Id., p. 28.

⁵¹² Id., p. 28.

⁵¹³ Id., p. 29.

⁵¹⁴ HOLLIS, 2014, p. 31.

Portanto, a solução que ele dá para a regulação da internet é esquecer a regulação total, como um quadro regulatório, e focar em questões pontuais: ele dá como exemplo e utiliza como caso a regulação da internet como a aplicação das regras de direito humanitário. Mais especificamente, o autor defende que poderia se falar em “dever de hackear”, de acordo com os objetivos do direito humanitário e as capacidades da internet, não fazendo paralelos entre a internet e regulações sobre armas, objetos militares etc.⁵¹⁵ Nesse sentido, “States to use cyber-operations in their military operations whenever they are the least harmful means available for achieving military objectives”.⁵¹⁶

Segundo Duncan Hollis, o direito internacional não requer que se escolha, num modo tudo-ou-nada, entre *res communis* e soberania territorial.⁵¹⁷ Pelo contrário, o próprio direito internacional já reconheceu um meio-termo, ou modelos híbridos, como na governança dos oceanos: soberania territorial sobre o mar territorial, soberania limitada sobre a zona contígua, direitos de soberania sobre a zona econômica exclusiva (ZEE) e *res communis* no alto mar. Essa lógica de diferentes configurações, entre *res communis* e soberania territorial, também pode ser aplicada ao direito que se crie sobre a internet, com variadas autoridades dentro do espectro.⁵¹⁸

4.3 A regulação da internet pelo direito internacional não é adequada

Em discussão na University of California at Davis School of Law, alguns especialistas⁵¹⁹ se reuniram para analisar os desafios e abordagem sobre efetividade num mundo de governança multipolar.⁵²⁰ Lá, discutiram, entre outros pontos, qual o papel dos

⁵¹⁵ “...the Duty to Hack attempts to engage more accurately with the similarities *and* differences cyberspace poses for armed conflicts. Instead of drawing artificial lines according to some pre-existing concepts of weapons, attacks and military objects, it tries to draw boundaries in light of the capacities available in cyberspace consistent with IHL’s overarching goal of balancing military necessity and humanity.” (HOLLIS, 2014, p. 45).

⁵¹⁶ HOLLIS, 2014, p. 4

⁵¹⁷ Id., p. 11.

⁵¹⁸ Id., p. 12.

⁵¹⁹ Lá estavam como painelistas Paul Brigner of the Internet Society, North American Bureau; Laura DeNardis of American University’s School of Communication; John Kneuer of Globalstar, Inc.; Ross LaJeunesse of Google; and Jorge Villarino of the Congress of Deputies, Cortes Generales of Spain.

⁵²⁰ Conferência intitulada “Challenges and Approaches to Effective Cyberspace Governance in a Multipolar World”.

tratados na regulação da internet. Na ocasião, Chander defende que os tratados talvez sejam as únicas soluções para conflitos de políticas sobre o que pode ou não ser restringido com relação a propriedade intelectual ou privacidade, por exemplo.⁵²¹

A fala de Laura DeNardis liga a discussão sobre a forma (jurídica) da regulação da internet com a questão dos atores envolvidos com a governança da internet de que falou o item anterior:

The reason this has worked is because it has been driven in a grassroots manner. Discussions about multi-stakeholderism in international forums often lead to the question of government enforcement of multi-stakeholderism. For multi-stakeholder Internet governance to work, it must remain at a grassroots level lest it convert to multilateral rather than multi-stakeholder.⁵²²

Segundo Laura DeNardis, a governança da internet se dá por cinco vias: decisões de design técnico, políticas corporativas privadas; instituições globais; direitos e políticas nacionais; tratados internacionais. A tudo isso pode se dar o nome de governança da internet porque segundo a autora “a governança é o exercício do poder para implementar certos objetivos políticos.”⁵²³

Outra posição é de Jorge Villarino:

“I would say there is no place for international treaties on the Internet as a whole. But there is a place for international treaties on some aspects related to the Internet. For example, in order to fight against cyber-crime or things connected to cyber security or even with privacy or freedom of speech, it is true that we have different approaches.”⁵²⁴

Já Paul Bringer afirmou:

When you do get into working on the technologies, the nuts and bolts of the Internet, I think it’s pretty safe to say that that’s not treaty-making material just because of the speed of which it develops and the way that it needs to adapt and be dynamic to serve the Internet’s interest.⁵²⁵

⁵²¹ CHANDER, 2013, p. 102.

⁵²² Id., p. 100.

⁵²³ DENARDIS, p. 23.

⁵²⁴ CHANDER, 2013, p. 99.

⁵²⁵ CHANDER, 2013, p. 98.

Ian Brown e Christopher T. Marsden concordam com a posição de Paul Bringer. Segundo os autores, a melhor forma de regulação da internet é pelo código.⁵²⁶

Code changes quickly, user adoption more slowly, legal contracting and judicial adaptation to new technologies slower yet, and regulation through legislation slowest of all. This is not to criticize regulation by law, but to point out that law reform typically follows technological change at a measured pace. That was true of legal responses to earlier network technologies such as the railways as much as it is to the Internet.⁵²⁷

Anne-Raquel Inné fala de uma Internet-Principle Hype⁵²⁸ que estaria surgindo ao redor de 2011. Na década de 1980 era comum falar em *netiquette* para o conjunto de regras de conduta que eram compartilhadas entre os usuários da internet.⁵²⁹ Contudo, essas regras não resistiram à rápida expansão da internet a partir da *world wide web*. Houve tentativas de criar códigos de conduta escritos⁵³⁰, mas em 1990 essas regras chegaram a seus limites – talvez por uma falta de mecanismos de implementação, aponta a autora.

Ela identifica, desde iniciativas em estabelecer regras para a internet nos últimos anos, de superação do conflito que ela chama “no law vs. binding law” para uma noção de *soft law*, que não se destina apenas a usuários da internet, mas também a governos, empresas e a sociedade civil⁵³¹.

Segundo a autora, o *soft law* tem a vantagem de proporcionar a flexibilidade de que a internet necessita, aliada a um grau de estabilidade suficiente para gerar confiança. Além disso, permite que as regras sejam criadas fora do padrão de produção pelos Estados, o que permite a prática do modelo multissetorial de governança⁵³². Em terceiro lugar, *soft law* – especialmente, princípios – permitem que os atores atinjam mais rapidamente um consenso.⁵³³ Exemplo disso é a busca por concordar com princípios de direitos humanos, de *soft law*, depois da Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal de Direitos

⁵²⁶ BROWN, MARSDEN, 2013.

⁵²⁷ Id., p. xv.

⁵²⁸ A semelhança do nome com o frenesi da década de 1990 não parece ser a toa: a centralidade da internet quando se falam das relações que passam por ela parece ser exatamente o alvo da crítica de Ivgeny Morozov.

⁵²⁹ INNÉ, 2011, p. 2

⁵³⁰ Como conta Anne-Raquel Inné, o código RFC 1855 incluía, além de regras como de não enviar mensagem que não tenham sido solicitadas e respeitar o *copyright*, também a chamada “regra de Postel” (de Jon Postel) ou “*robustness law*”: “seja conservador no que você envia; seja liberal no que você aceita”.

⁵³¹ INNÉ, 2011, p. 4.

⁵³² Id., p. 4.

⁵³³ Id..

Humanos.⁵³⁴

Contudo, a autora vê um desafio em ultrapassar o consenso que ela observou em análise de 2011 de que a governança da internet deve ser multisetorial. Para ela, nenhum princípio substantivo foi ainda estabelecido, além da própria incerteza de como esse modelo deve funcionar.⁵³⁵ Não há como não enfrentar essas questões substantivas, segundo a autora.⁵³⁶

Rolf Weber, por sua vez, defende que o direito existente, tanto nacional quanto o direito internacional do tipo *hard law* não são mais a “roupa” apropriada para regular as relações do ciberespaço.⁵³⁷ Segundo o autor, o modelo de *hard law*, primeiro, não é compatível com as incertezas do desenvolvimento tecnológico: as negociações para a produção de *hard law* são lentas e a existência de vários *stakeholders* envolvidos faz com que a produção seja fragmentada e a supervisão de *compliance* mais difícil. Além disso, na área da internet essa produção e supervisão de efetividade fica ainda mais difícil pela falta de organizações internacionais que direcionassem essa tarefa, já que as instituições de internet se preocupam com temas bastante específicos (o autor dá o exemplo da ITU focada nas questões de alocação de espectro e da OMC nas questões de comércio em serviços digitais).⁵³⁸

Há algumas possibilidades em que os autores têm trabalhado a regulação por *soft law*. Primeiro, por *standards* formalizados e redes de produção e implementação - cujo exemplo já existente é o do IGF, que tem sido local importante de troca de ideias e desenvolvimento de políticas, mas que pode influenciar apenas por persuasão moral.⁵³⁹

A segunda via é a do código como direito, criada por Lessig ao teorizar que o comportamento humano é regulado por forças como o direito, o mercado, as normas sociais e a arquitetura. Na internet, a arquitetura compensaria parte do que faz o direito no mundo *offline*.⁵⁴⁰ É nesse sentido que Marcelo Bulgueroni traz um exemplo, que se pode

⁵³⁴ Id..

⁵³⁵ Conforme indicado no item anterior.

⁵³⁶ INNÉ, 2011, p. 7.

⁵³⁷ “National laws and existing multilateral treaties are not any longer suitable to offer appropriate “clothes” for legal relations in cyberspace.” WEBER, 2012, p. 2.

⁵³⁸ WEBER, 2012, p. 3.

⁵³⁹ Aqui, o autor faz menção de teorias como de Foucault e Teubner para mostrar como há discussões na teoria do direito nos últimos vinte anos que permitem pensar a produção de auto-regulação ou de mecanismos de interconexão entre sub-sistemas sociais. Cita também Anne-Marie Slaughter para trazer a ideia de novas formas como o poder e autoridade se demonstra em redes governamentais. Cf. WEBER, 2012, p. 4.

⁵⁴⁰ WEBER, 2012, p. 4-5

complementar: “[s]e queremos evitar que um pedestre atravessasse uma rua em um ponto perigoso da travessia, temos que [fazer uma lei estabelecendo uma multa no caso de travessia irregular, como acontece em países como a Alemanha ou] construir um muro no meio da pista na nossa realidade fora do ciberespaço. Já dentro do ciberespaço, pode-se programar esse “universo” para que *nunca* seja possível atravessar uma via sem que isso o seja feito nos pontos preestabelecidos pelo sistema”⁵⁴¹.

Uma terceira via que Rolf Weber traz é do direito internacional “informal” ou o que chama de “Internet-ional” *Law-making*. Está dentro dessa classificação o que se costuma chamar de auto-regulação ou regulação privada internacional, que se adapta facilmente a novas necessidades tecnológicas e se baseia na motivação dos atores envolvidos. O ponto negativo, entre outros, é que nem sempre está de acordo com linhas de participação democrática. Esse é um ponto que pode ser superado pela *informal law-making*, que inclui entre suas preocupações questões de *accountability*. É uma linha comum entre o direito de internet e a regulação dos mercados financeiros. Finalmente, também se encaixa na categoria a noção de formação de regras costumeiras das comunidades da internet, baseadas em regras éticas. Essa linha que estabelece um ponto de ligação entre o direito internacional tradicional e a regulação da internet, por desenvolvimento de princípios, merece ser melhor trabalhada, segundo Weber.⁵⁴²

Rolf Weber traz alguns parâmetros de solução para uma “roupa” mais adequada ao ciberespaço. Nesse sentido, indica que três aspectos têm de ser observados daqui para frente: os aspectos de governança; os de organização; os de solução de disputas.⁵⁴³ O de governança se refere basicamente ao modo de tomada de decisões, envolvendo todos os atores de interesse. Assim, as escolhas não devem ser feitas por um grupo específico, para que haja estímulo (“cenouras” em vez de “varas”, estas típicas da *hard law* por Estados) de colaboração. Então no sentido organizacional, os processos de decisão devem levar à implementação de estruturas de tomada de decisão. E no sentido de solução de disputas, devem ser valorizadas formas não apenas tradicionais, judicializadas, mas de mediação e outras formas. Um exemplo que ainda existe isolado no âmbito da internet é a UDRP, Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy, que trata de disputas de domínios.⁵⁴⁴

⁵⁴¹ BULGUERONI, 2013, p. 6.

⁵⁴² WEBER, 2012, p. 5-6.

⁵⁴³ Id., p. 8.

⁵⁴⁴ WEBER, 2012, p. 9.

Henry H. Perrit Jr.⁵⁴⁵ defende que nos primeiros vinte anos de internet as decisões do executivo, legislativo e judiciário - que levariam ao sucesso da internet – agora conformam sua constituição. O autor usa o termo no sentido da constituição britânica, como ele indica: não está expressada em um documento específico, mas

“it comprises the open architecture inherent in the Internet’s technological protocols together with a collection of government policies, legislative enactments, and judicial decisions that seek to protect the basic architectural philosophy, ensure space for entrepreneurial freedom, and guard against the abuse of economic or political power.”⁵⁴⁶

Segundo o autor, essa constituição, entre 1999 e 2000, cuidou de balancear alguns objetivos, como defender o acesso à estrutura física da internet,

“ensuring open access to the physical infrastructure; ensuring that intermediaries flourished and that content originators had free access to them; developing the tools for expansive e-commerce; developing rules for transborder jurisdiction so that the burden of enforcement did not cause intermediaries to shut out controversial content; and managing security, intelligence, and law enforcement goals so that people were not afraid to use the Internet.”⁵⁴⁷

Contudo, o autor se refere a essas escolhas ao longo de seus argumentos como as feitas pelas instituições legislativas, executivas e judiciárias norte-americanas. Quando a questão da transposição da fronteira aparece, o autor a trata como um obstáculo⁵⁴⁸ e logo volta para às resoluções nacionais. Para além das construção interpretativa norte-americana desde a criação da internet, o autor traz quatro princípios⁵⁴⁹ “da arquitetura” da internet.

A primeira, “camadas diferentes da internet executam diferentes funções”, se liga a

⁵⁴⁵ Claro que há autores que defendem a regulação da internet exclusivamente por direitos nacionais ou pela aplicação de direito internacional privado, contudo, a grande maioria foi excluída pela própria seleção de literatura para ser analisada. Indico aqui uma visão a qual talvez se encaixe na perspectiva de regulação pelos direitos nacionais, contudo pode ser que, por outra interpretação, o autor esteja ressaltando um modo de regulação técnica ao levar em conta “princípios da internet” que são expostos como complementares ao direito nacional.

⁵⁴⁶ PERRIT, 2012, p. 1116.

⁵⁴⁷ Id., p. 1117.

⁵⁴⁸ Exemplo é a citação do caso do bloqueio do acesso a materiais de cunho nazista por parte de corte francesa em 2006. Seguiu-se a colocação do autor: “Because of the conflict between the two most important stakeholders, the United States government was unable to take a position on the more important issues at the center of the effort. This frustrated and annoyed the non-U.S. participants, and the result was essentially to abandon the effort to craft an international convention [de direito internacional privado sobre a comércio eletrônico negociada então no âmbito da Conferência de Haia de 1999].” PERRIT, 2012, p. 1136.

⁵⁴⁹ A noção de princípio não é qualificada, mas parece se ligar a ideias fundantes da tecnologia, não a noções de princípio de direito.

uma escolha de que a autonomia dos órgãos responsáveis por cada camada abre mais espaço à inovação, já que a implementação de uma novidade em uma camada não se submete a adaptações nas outras.

O segundo princípio é do “*end-to-end design*”, que segundo o autor é um modo de funcionamento de estrutura característico da internet, já que a rede em si não é inteligente, mas apenas respeita comandos simples que são complexificados fora dela. Segundo ele esse traço também aumenta a competitividade porque cabe aos usuários e provedores decidir sobre o modo de uso e a implementação de inovações.

O terceiro diz respeito do sistema de protocolos de internet como *open standard* que permite a criação de novos aplicativos e novas redes. O quarto e último princípio é de que não haverá guardião central que controle a internet, o que complementa os outros princípios no sentido de permitir que invenções atinjam diretamente os usuários.⁵⁵⁰

5. Conclusão parcial

Historicamente, dentro das batalhas pela alma da internet foi identificado por outros autores que se criaram linhas de representação regulatória da internet, dentre as quais estavam o tecno-otimismo e o tecno-realismo.

O tecno-otimismo se liga à ideia de que a regulação da internet tem de ser uma completamente nova, diferente da regulação do mundo off-line, com base em uma ideia de separação entre o mundo online e o off-line. Ela se informa das ideias libertárias da primeira fase da internet, em que se acreditava nela como um espaço paralelo, sobre o qual os Estados não poderiam exercer sua soberania. Já o tecno-realismo defendia, no começo dos anos 2000, a aplicação da regulação off-line também ao ciberespaço.

Ao analisarmos as representações feitas sobre a regulação da internet, chegamos à periodização de Palfrey Jr., segundo a qual o período de 2011 em diante teria como características a convivência de tipos regulatórios privados e públicos e uma reação à cooptação da internet pelo Estado, não só pela militarização, mas para outros fins. Segundo

⁵⁵⁰ PERRIT, 2012, p. 1124.

o autor, seria um período de se pensar não se a internet pode ser regulada, mas se a regulação seria a mesma do mundo *off-line*.

Partimos então para a análise das obras que pretendiam falar sobre a regulação, governança ou direito internacionais da internet a partir de 2011. Primeiro, foi notável a variação sobre o objeto de análise dos autores, ou seja, o que tomavam como a internet. Por isso, expomos algumas divisões didáticas de dentro do campo, como as noções de internet ampla e restrita e as camadas que compõem a internet. Depois, destacamos duas questões que parecem complementar a definição dos autores sobre o que é atualmente a internet. Primeiro, o que a separa da não-internet, ou o mundo *off-line*. Depois, o que a caracteriza ou parece ser sua essência, sem a qual ela deixaria de existir. Pelos dois últimos pontos, cobrimos as questões de fronteiras do “espaço” da internet e sua universalidade, em perigo pelo fenômeno da balcanização.

Depois passamos a entender quem está envolvido com a internet, segundo as obras analisadas. Percebeu-se também grande variação entre as instituições destacadas e, especialmente, para o papel do Estado na regulação da internet. Contudo, foi relevante a indicação central de alguns autores para uma governança multissetorial.

Pelos passos anteriores, haviam ficado destacados alguns binômios que parecem ser frequentes entre os autores: tecno-otimismo e tecno-realismo; direito e técnica; mundo *online* e mundo *off-line*, universalidade e balcanização; Estado e autores privados; regulação privada e regulação estatal. Esses binômios foram então parâmetro para a observação das próprias construções argumentativas das obras analisadas. Elas foram divididas conforme as soluções propostas para os problemas da regulação, governança ou direito da internet em três categorias: adaptação do direito internacional, criação de novo direito internacional para a internet, regulação da internet pelo direito internacional não é adequada.

Os diagnósticos dos problemas vistos pelos autores na regulação internacional atual sobre a internet levou à disposição, dentro de uma graduação, de acordo com as propostas mais variadas sobre o que deve ser feito a respeito da regulação internacional da internet. Enquanto os diagnósticos variavam quanto aos problemas identificados ou os enfoques dos autores – a depender da noção de internet que escolhiam ou do conjunto de atores a que os problemas diziam respeito –, havia um padrão de propostas de solução. Estas soluções

carregavam visões normativas sobre a regulação do direito internacional que também era visível no próprio diagnóstico feito pelos autores.

As propostas dos autores, colocadas em graduações entre “adaptação do direito internacional”, “criação de novo direito internacional para a internet”, “regulação da internet pelo direito internacional não é adequada” estabelecem relações de maior ou menor diferenciação com relação ao que identificam como o direito que originalmente não é aplicado à internet e a aplicação, adaptação ou criação de um direito aplicável a pura não aplicação de direito. As justificativas para estas escolhas são as mais variadas, desde a falta de adaptabilidade do direito às especificidades da internet até a incapacidade do próprio direito de se adaptar a elas.

IV. A CONSTRUÇÃO DE UM REGIME INTERNACIONAL DA INTERNET NO CONTEXTO DE FRAGMENTAÇÃO

“With more than two billion Internet users the Internet is not more a place for geeks and freaks, it reflects the world in its totality with all its deficiencies.”⁵⁵¹

Hoje o direito internacional é visto como fragmentado, por diversas perspectivas. Este trabalho adotou a perspectiva da fragmentação cultural, que lida com o diagnóstico da diferenciação funcional social que se transfere também para o campo do direito. Como forma de lidar com o direito internacional fragmentado no sentido cultural forte, buscamos olhar para os regimes, como construções argumentativas movidas por um *ethos*. Como argumentado teoricamente, o ganho do jurista ao assumir a perspectiva dos regimes é perceber como o direito funciona e dispor das ferramentas para atuar em sua prática – não só pelos argumentos em si, mas pela consciência dos projetos de cada um dos regimes. Assim, a melhor postura para se adotar diante dos regimes seria a postura política – que percebe essas preferencias e construções argumentativas em prol de alguns valores em detrimento de outros, que ficam no escuro – e a interdisciplinaridade, para se lidar com o direito em sua função de previsibilidade à sociedade internacional e de instrumento de concretização de projetos políticos. Nisso se incluía levar em conta o que nas construções argumentativas se classifica como *fora* do próprio direito.

Agora analisarei quais reflexões podem ser retiradas da aplicação dessas escolhas à observação das construções argumentativas sobre a regulação internacional da internet. Primeiro, virá a resposta sobre se as construções argumentativas analisadas podem ser indícios da construção de um regime, com *ethos* próprio. Depois, voltarei a olhar para todos os passos até aqui, buscando retirar a possível contribuição deste estudo pontual para novas agendas de pesquisa no direito internacional.

⁵⁵¹ INNÉ, 2011, p. 3.

1. Os sentidos da regulação da internet – existe um *ethos*?

Para buscar indícios de que a construção argumentativa sobre a regulação da internet constitui um regime próprio, movido por determinado *ethos*, olhamos no terceiro capítulo para alguns elementos que poderiam contribuir. Primeiro, vimos a dimensão da origem da internet como tecnologia e sua construção nos âmbitos sociais, de comércio, de espaço público, destacando as tensões em prol de algumas direções que a internet deveria tomar. A partir dessa retomada histórica, foi possível perceber a conservação de uma parte do espírito libertário de que a internet era um “mundo paralelo” ao mundo *off-line*, ao mesmo tempo que a internet se expandia para as mais variadas áreas da vida e, com isso, agregava diferentes preferências de atores como empresas, ONGs, a comunidade de usuários, a comunidade técnica e os Estados. Da mesma forma, essas complexidades foram abarcadas pelas representações de como era a regulação da internet em cada um dos períodos e pelas resistências que se criaram dentro de cada um, por vezes influenciando os posteriores.

Para responder como é o campo da internet no último período, que começa em 2011, trouxemos pontualmente alguns dos debates que vêm tomando porte, principalmente a partir da inserção do tema da regulação da internet na alta política internacional. Nesse período, ganham destaque temas como privacidade, liberdade de expressão, segurança e espionagem, que se somam aos temas que já perpassavam as tensões sobre a internet, como espaço da individualidade, o alcance da tecnologia, a influência do comércio no modo de funcionamento da internet e os limites para a atuação do Estado na restrição da utilização rede.

Pela perspectiva da regulação, depois de alguns períodos que se sucederam ao redor do tema da interferência estatal no funcionamento da internet, Palfrey Jr. deixou a indicação do que viriam a ser as discussões preponderantes: 1) sobre quanto a regulação da internet se aproximaria da regulação do mundo *off-line*, diante de sua crescente expansão para todas as áreas da vida humana e 2) sobre como lidaria com as diversas “camadas” regulatórias, que abarcam ações de atores estatais e privados.

Buscando verificar as indicações de Palfrey Jr., passamos a analisar a literatura atual – a partir de 2011 – que lida com a regulação internacional da internet. Dentro disso, percebemos algumas variações significativas sobre os elementos que os autores acreditam que compõem a internet e em que “lugares” ela é regulada. As divisões didáticas da

internet levam a um padrão de separação entre aquilo que é visível e o que é invisível na internet, o que corresponde respectivamente à regulação técnica e a regulação de conteúdo. Contudo, em todas as construções fica claro o papel determinante deste tipo de regulação em relação àquele. Ainda sobre a definição do que é a internet, destacamos duas formas como os autores olham para a “identidade” da internet. De um lado, pelas fronteiras, que significam a separação que se estabelece dentro da internet a partir do mundo *off-line* – pela transposição das fronteiras dos Estados para a internet, por exemplo – ou a separação entre a própria internet e o mundo *off-line*. De outro, por sua extensão de um ponto de vista interno, ou seja, quais são seus limites e de que modo. Nesse sentido, é premente a busca pela conservação da universalidade da internet (no sentido de sua estrutura *end-to-end*, ou agnóstica para conteúdos), como resistência a um fenômeno de balcanização, uma segmentação da rede em blocos, tanto do ponto de vista regulatório, quanto do ponto de vista de sua funcionalidade.

Passamos então à análise de quem são os atores envolvidos na regulação da internet, quais têm papel central e como fica o Estado dentro disso. A literatura sugere as mais diversas atuações para o Estado, desde protetor da não-interferência das empresas, até um papel o mais limitado possível, com base na descrença em sua eficiência em lidar com as especificidades da internet.

As informações ganham complexidade quando passamos para o ponto de quais são os outros atores envolvidos. Alguns autores escolhem indicar quais seriam os principais, entre instituições privadas (composta completamente ou em maioria de atores não-estatais) e públicas de regulação (organizações internacionais tradicionais). Nessas narrativas, são perceptíveis tendências ligadas a cada uma das instituições, que notoriamente buscam defender certas preferências. Outros autores optam pela crítica aos anteriores, que estariam simplificando a atuação de inúmeras instituições em papéis regulatórios variados. Contudo, uma indicação comum é da importância (central ou mais periférica) da noção de governança multissetorial para abarcar todos os atores relevantes à administração da internet.

Até aqui os achados pareciam interessantes, mas talvez eles não se comunicassem com a noção das construções argumentativas sobre a regulação da internet, que viria depois. Contudo, ao olharmos essas construções pelos parâmetros selecionados nos primeiros tópicos do capítulo anterior, é possível estabelecer sua utilidade para este estudo.

O primeiro achado, que já conformou a própria escolha da forma como expor essas construções argumentativas, é que havia graus variados de “recepção” e “afastamento” do direito internacional nos argumentos de aplicação à internet. Elas poderiam, então, sem prejuízo de outras disposições, ser olhadas em escala de maior aceitação do direito internacional para a internet até uma menor aceitação.

Observando detidamente essa construção argumentativa, entrecruzam-se diagnósticos diversos sobre “problemas” da regulação da internet com soluções as mais variadas. Se a ligação entre os problemas e as soluções fossem o foco deste trabalho, ele por certo não chegaria a qualquer colaboração conclusiva sobre um *ethos*, já que não há qualquer padrão nessas abordagens pela literatura analisada.

Alguns autores identificam problemas que devem ser selecionados olhando-se para pontos específicos – p. ex., olhando uma questão de fato por vez ou escolhendo uma regulação “mais importante” –⁵⁵², enquanto outros buscam soluções gerais e mais amplas – com princípios interpretativos diversos ou transposições das questões essenciais⁵⁵³. Entre os temas e legislações abrangidas, há grande variação, que inclusive abarca defesas diametralmente contrárias, como aplicação de dispositivos de convenção de direitos humanos e afastamento de práticas que efetivam esses dispositivos⁵⁵⁴. Ou mesmo se olharmos para o que os autores tomam como a regulação mais importante para a internet, as posições se invalidam, quando um autor defende que o primeiro passo é definir a jurisdição e competência, enquanto o outro defende que o primeiro passo é esquecer essa discussão⁵⁵⁵. Finalmente, os autores também variam na defesa da participação de um ou mais atores da regulação de que tratam: enquanto uns focam nos Estados⁵⁵⁶, outros se preocupam com o encaixe de atores privados no processo regulatório⁵⁵⁷. E os que defendem a participação de outros atores além dos Estados não defendem necessariamente a criação de outra regulação que não o direito⁵⁵⁸, enquanto outros fazem essa ligação como a única possível⁵⁵⁹.

⁵⁵² Cf. HOLLIS, 2014;

⁵⁵³ Cf. UERPMANN-WITTZACK, 2010; ZIMMERMANN, 2014.

⁵⁵⁴ Cf. LAND, 2013; HEVERLY, 2011

⁵⁵⁵ Cf. HOLLIS, 2014; KULESZA, 2012.

⁵⁵⁶ Cf. KULESZA, 2012;

⁵⁵⁷ Cf. e.g. WEBER, 2012; PERRIT, 2012; INNÉ, 2011.

⁵⁵⁸ Cf. UERPMANN-WITTZACK, 2010; LAND, 2013

⁵⁵⁹ Cf. e.g. WEBER, 2012;

Contudo, é na forma de fazer essas ligações entre diagnósticos e soluções que está o ponto mais significativo das construções argumentativas. Quando observamos as direções que tomam essas argumentações e os subterfúgios utilizados, percebemos indícios fortes de argumentação em prol da especialidade (em maior ou menor grau), que tende a proteger elementos considerados importantes “para a internet” – e não para as pessoas, os usuários, os Estados, o comércio, as empresas, etc. E, apesar de os enfoques serem variados – então por vezes é possível traduzir, pelos elementos empregados, que o que se busca proteger mais são valores de empresas, ou valores dos direitos humanos, ou outros – todos apontam para a eficiência do elemento comum, como se aqueles valores fossem os valores da internet como um todo – em tudo o que ela representa, um fenômeno tecnológico, social, econômico, cultural etc..

Nesse sentido, Andreas Zimmermann, apesar de defender a territorialização da regulação da internet, afasta o que poderia ser o elemento da balcanização pelo dever de diligência, que faria os Estados cooperarem para que atividades em seu território não interferissem em outros.⁵⁶⁰ Robert Uerpamn-Wittzack se esforça para criar, entre outros, um princípio de jurisdição na internet em que não se olhe apenas para os efeitos – o que poderia gerar insegurança para os usuários⁵⁶¹ e com esta mesma preocupação, Joanna Kulesza⁵⁶² busca uma construção prol da maior funcionalidade e eficiência da internet. Robert Heverly ataca iniciativas que são incompatíveis com esse princípio e que têm modificado o funcionamento da internet (da forma *end-to-end*) e busca soluções compatíveis com este funcionamento. Para Duncan Hollis, o raciocínio analógico não dá conta de criar paralelos entre mundos tão diferentes, por isso o melhor a fazer é criar novo direito. Anne-Raquel Inné exalta a *soft law*, que permite coordenação regulatória pelo modelo multissetorial. Estes são alguns exemplos de colocações analisadas no capítulo anterior que demonstram certa proteção da internet pelo que se pensa serem elementos importantes. Não é possível indicar o que cada um realmente pensa que é mais importante proteger, já que normalmente isso não é explicitado.

O que se percebe é que há batalhas dentro do próprio regime sobre algumas nuances. Contudo, todas elas parecem se encontrar quando evitam um elemento comum, que é a

⁵⁶⁰ ZIMMERMANN, 2014

⁵⁶¹ UERPMANN-WITZACK, 2010

⁵⁶² KULESZA, 2012

resistência ao igualamento entre o mundo *online* e o mundo *off-line*. E talvez desse “medo” possa ser extraído um indício de *ethos*.

Assim, não apenas há uma batalha interna pela “alma” da internet, pelos diferentes atores e suas variadas preferências desde a criação da internet, mas uma batalha propriamente a favor ou *pela* a internet. Dentro dessa batalha, atualmente a regulação da internet é feita com base em uma busca pela proteção do que seria sua “essência” ou “razão de existir”, por um lado, e a sua diferenciação do mundo exterior (mundo *off-line*), por outro. Isso é explícito nos relatos das ideias libertárias de criação da internet, da resistência até determinados limites a posteriores modificações pela pressão do comércio e mais atualmente pelos debates de privacidade, liberdade de expressão, etc. Contudo, isso também parece ser o caso das construções sobre o direito (e o não-direito) da regulação da internet.

Por isso é possível dizer que as construções argumentativas dos autores analisados são discursos sobre o direito com pretensão de concretizar determinados projetos. E fica aparente que esses projetos oferecem resistência aos projetos de outras áreas do direito ou do direito internacional geral, e que buscam se sobrepôr, numa busca hegemônica. Em grande parte da argumentação dos autores analisados está presente a defesa de que a internet não é mera tecnologia, mas um espaço regulatório com cultura, história e conteúdo diferentes do mundo *off-line* e que merece determinados freios na aplicação do direito internacional ou afastamento em parte ou totalmente dessa aplicação para ser regulado por regras que levem em conta determinados fatores.

Em suas construções, os autores estabelecem a especificidade interpretativa da internet, em forma de especialidade que vem como uma aplicação matizada do direito existente à internet, uma adaptação razoável das normas que normalmente regulam direitos humanos, direito humanitário, direito comercial, etc., uma criação de novas normas para o ineditismo dos desafios da internet, até a total recusa do direito como sistema de regras, que seria insuficiente para essas necessidades da internet. As propostas dos autores, colocadas em gradações, ao mesmo tempo que estabelecem relações de maior ou menor diferenciação do direito internacional, estão criando representações que indicam a diferenciação entre o mundo *online* e o mundo *off-line*. A regulação do outro mundo serve melhor para a internet naquilo que não fere suas características centrais.

Assim, de forma mais ou menos direta, todos falam da relação entre o direito a ser aplicado na internet e o “outro”, com maior ou menor aproximação entre eles, num movimento de estabelecimento de exceções no direito internacional. Nesse sentido, fica evidente a ligação entre o que se encontrou sobre a internet com a descrição que faz Martti Koskenniemi sobre os regimes internacionais na atualidade:

“If such regimes are bold in ambition, and able to rely on the support of some powerful sector of the political world, then they may succeed in changing the general bias in law. (...) More modest but not necessarily less effective is to refrain from attacks on the old bias, and argue ‘only’ in terms of a patterned exception. This is how novel preferences usually are consolidated. The argument is that owing to recent developments’ in the technological, economic, political, or whatever field (typically linked with some sociological language about ‘globalisation’), new needs or interests have emerged that require a new treatment. The new regime – say, a regime of environmental protection or security – seeks to respond to new ‘challenges’ not by replacing the old rules, but merely by creating an ‘exception’ to it.”⁵⁶³

2. Contribuições do regime internacional da internet à teoria do direito internacional atual e novas agendas

Uma vez aplicada ao caso da internet a postura que adotei no capítulo II para observar as práticas argumentativas sobre o direito internacional, é possível indicar a demanda por agendas de pesquisa que levem em conta questões fundamentais do direito internacional atual.

Primeiro, como assumi que diante da fragmentação do direito internacional, o melhor a se fazer é observar os regimes internacionais enfocando as construções argumentativas sobre o direito, também incluí potencialmente argumentos que levassem à recusa da aplicação do direito como sistema de regras. Como vimos no capítulo III, esse tipo de colocação surgiu entre aqueles que buscavam por uma regulação da internet, e se incluiu na diferenciação em prol da especialização que era colocada por outros autores para afastar a aplicação de outros regimes do direito internacional.

⁵⁶³ KOSKENNIEMI, 2011, p. 66.

Além de ter sido utilizado pelos autores analisados, o argumento da aplicação de um não-direito parece ter ligações íntimas com o desenvolvimento das ideias sobre o que compõe a internet, então não é um ponto fora da curva. Nesse sentido, num campo como a internet, em que a separação entre direito e técnica está presente na própria descrição do objeto e em cuja história de construção o grupo de técnicos ligados ao *design* da rede impuseram grande resistência a determinadas influências “externas”, o não-direito tem importância fundamental.

Por isso, em futuros estudos sobre as construções argumentativas sobre o direito internacional da internet, acredito ser essencial o emprego de ferramentas de análise que permitam captar os valores ou preferências inseridas nos discursos em prol de uma regulação do não-direito. Afinal, por um primeiro contato, a percepção que fica é de que, nas construções argumentativas dos variados autores, o movimento de proteção pelo *ethos* da internet acontecia da mesma forma – em um esforço de especialização e afastamento do que poderia ferir o *ethos* em termos regulatórios – tanto entre aqueles que defendiam a aplicação do direito quanto aqueles que defendiam a não aplicação do direito. Por isso, seria interessante uma investigação que buscasse entender se essa comunidade enxerga algum valor em aplicar regras de direito e não regras não-jurídicas – de acordo com sua concepção – ou se há valores vistos pelo outro ângulo, de aplicação de não-direito em vez de direito. Alguns indícios das argumentações colocadas aqui levam a crer que talvez haja uma moral protegida pelo não-direito na internet e que os valores do que se chama de direito não são compatíveis com ela. Talvez seja até mesmo um caso a ser estudado dentro dos parâmetros de cultura jurídica e de sistemas (jurídicos e não jurídicos) comparados.

Esse ponto leva a uma segunda reflexão. Até que ponto as colocações argumentativas dos autores oferecem uma nova gramática ou vocabulário e levariam a uma fragmentação do direito internacional cultural no sentido fraco, segundo a classificação de Mario Prost? O autor dava como exemplo desse fenômeno a teoria de Jessup sobre o transnacionalismo, que rompe com as formas convencionais de se pensar o direito internacional e, no mesmo sentido, a tese de Teubner, que advogava por um direito global, plural, como direito que emerge da sociedade diferenciada funcionalmente.⁵⁶⁴

Contudo, Mario Prost indica que nem sempre as estratégias discursivas da fragmentação cultural no sentido fraco objetivam redefinir a disciplina como um todo, mas

⁵⁶⁴ PROST, 2006, p. 7.

apenas focam um segmento do direito. Exemplo disso é a noção de *soft law*, que o autor enxerga como a mudança de um elemento – a noção de obrigatoriedade – em prol de uma relativização que jogaria a favor dos conservadores do direito internacional tradicional. Nesse sentido,

These new discursive practices break down what Bourdieu calls the ‘canonic oppositions’ of the discipline, that is, the tacitly accepted dichotomies that traditionally structure the intelligence of legal phenomena (individual/society; law/politics; binding/ non-binding; public/private; domestic/international; monism/dualism etc.). They challenge long-established cognitive presuppositions and bring discontinuity (and, at times, rupture) in the structuring schemes of perception of the international legal field.⁵⁶⁵

Como indicam as construções argumentativas analisadas aqui, a regulação buscada pelo regime da internet abre espaço para não-direitos, no sentido tanto de abarcar regulações consideradas técnicas, quanto de contar com produção de regras por atores não estatais. Talvez por isso os juristas se afastem dela, como se não fosse de sua competência cuidar deste tipo de regulação. Entretanto, uma vez percebidos indícios de que as construções argumentativas sobre direito e sobre não-direito constituem um regime internacional, cabe refletir em futuros estudos se as estruturas de gramática da própria disciplina estariam abaladas por esse achado.

Um terceiro ponto, mais abrangente, é uma reflexão sobre a utilidade do estudo de um “pedaço” do direito internacional pela perspectiva dos regimes internacionais como construções argumentativas, uma vez que fiz a experiência de aplicar as escolhas teóricas de perspectivas a uma construção argumentativa específica. Outros estudos haviam utilizado um arcabouço teórico semelhante para analisar conflitos de regimes.⁵⁶⁶ Contudo, esta dissertação demonstra que é útil olhar para um conjunto de representações que parecem apontar para um mesmo regime e testar se é possível identificar indícios de um *ethos*, não apenas por este resultado em si, mas também para que novos regimes possam ser estudados pela perspectiva do conflito com outros – e enfocar os diferentes encaixes que fazem de determinados fatos, uma vez inspirados por objetivos diferentes.

⁵⁶⁵ PROST, 2006, p. 14-15.

⁵⁶⁶ Cf. YOUNG, Margaret A. *Trading Fish, Saving Fish: the Interaction between Regimes in International Law*. Cambridge: Cambridge, 2011.

Assim, novas pesquisas poderão utilizar o mesmo arcabouço teórico para buscar pela construção de outros regimes ou para analisar mais profundamente aqueles que já foram identificados. Isso é especialmente útil para trazer ao campo de estudos do direito aquelas regulações que parecem estar longe da expertise dos juristas, como acontece com a da internet. É necessário pensar na investigação dos regimes, num contexto da fragmentação, como uma tomada de posição política. Primeiro, porque a identificação da própria fragmentação já abre portas para contestações. Nesse sentido, Anne-Charlotte Martineau destaca o poder da denominação de um fenômeno como fragmentação. Por seu estudo histórico dos períodos de “pessimismo” e “otimismo”, ela percebeu o seguinte:

“At this point the language of fragmentation may enter as a specific narrative. It is not an innocent description but a powerful intervention in the world. It is a vocabulary for debate that blows up the international law edifice and clears the ground for a reform proposal. It is as much an aesthetic concept as a political project – it draws the line between the desirable and the flawed, legitimate and obsolete voices, centre and periphery. To depict the world as fragmented is often the preliminary to a plea that makes room for the speaker’s preferred views and reforms.”⁵⁶⁷

Ela completa, sobre o que significa assumir a fragmentação do direito internacional nos estudos jurídicos:

“These are the politics of fragmentation. Fragmentation may be an emancipating device for challenging the distribution of power as much as it can be complicit in maintaining it. As such, fragmentation is a political project and its merits must be assessed in political terms: whom does it seek to empower and whom does it seek to leave behind?”⁵⁶⁸

Esse tipo de reflexão, portanto, ilumina os projetos políticos que marcam o direito (e talvez também o não-direito!). Sobre isso, David Kennedy observa que o debate geral sobre governança e o papel do direito que se inaugura com o rompimento apontam para quão pouco sabemos como “somos governados”:

Global governance remains a mystery because so much about global society itself eludes our grasp. Everywhere we can see the impact of things global, foreign, far away. How does it all work, how do all the pieces fit together? How is public power exercised, where are the levers, who are the authorities, how do they relate to one another? (...)If we understood the machinery by which inequalities and hierarchies of

⁵⁶⁷ MARTINEAU, 2006, p. 28.

⁵⁶⁸ Id., p. 28

influence and wealth and knowledge are reproduced, we might begin to know how to make the world a better place.”⁵⁶⁹

Muito ainda tem de ser estudado sobre a regulação da internet para chegar ao nível de conhecimento que se tem dentro da disciplina sobre, por exemplo, o regime dos direitos humanos ou sobre o regime do comércio internacional. Mas isso não pode levar a um abandono desse regime simplesmente porque tais passos precisam ainda ser dados. Este estudo foi uma primeira incursão dentro da perspectiva dos regimes como construções argumentativas, mas outros poderão iluminar com mais eficiência o projeto que compõe o *ethos* do regime da internet. Isso porque a desconstrução não leva à destruição, mas abre possibilidades para a construção de algo novo e a possibilidade de interferir no modo como o mundo é sempre reinventado. Atualmente, como vimos, as construções argumentativas que protegem elementos “essenciais” da internet deixam de proteger outros valores. Por exemplo, ao proteger a universalidade da rede, advoga-se contra uma restrição à exploração infantil por meio de bloqueios de conteúdo. Ou então se advoga pela proteção da privacidade, em detrimento da livre-iniciativa de empresas atuantes na internet. Toda regulação é uma imposição de valores. É necessário ver quais estão prevalecendo para termos a possibilidade de interferir em seus efeitos no mundo.

Afinal, para que realmente serve o direito? Justamente para concretizar determinados projetos, o que exclui outros. Aí está a grande valia em se estudar a disciplina. Parece bem colocada então a opinião de Martti Koskenniemi:

⁵⁶⁹ KENNEDY, 2008, p. 827-828. Sobre essa questão em aberto, David Kennedy comenta: “We may take some comfort that our colleagues in political science and sociology and anthropology and economics were equally confident, if at different moments, and have also had their comeuppance. There were ritualized disputes—realism and constructivism, neo-marginalism and institutionalism, and so on. Yet each of these disciplines thought that, by and large, they had a pretty good sense for how the global picture fit together. As an avid consumer of their work, I must say I would not want to navigate by their maps of world power. Everywhere there is important knowledge, promising new initiatives, intriguing insights. But somehow the broader picture remains elusive.” (KENNEDY, 2008, p. 828). E continua, trazendo o aspecto político com que se preocupa, o qual condiciona e é condicionado pelo direito: “I have always been struck by the palpable relief among public international lawyers in the North Atlantic that our field weathered the collapse of nineteenth century liberalism, the rise of nationalism, the emergence of international communism, the Soviet Empire, decolonization and the rise of the third world, of Asia, of cultural difference, of feminism and and . . . without having to change anything. It is astonishing. The Soviets turned out to be positivists. The Third World loved their sovereignty. All they wanted was a seat on the world court, representation in the international administrative bureaucracies, a little doctrinal change here or there. Everyone could recast their aspirations for justice in the language of universal human rights. Beneath the Islamic, the Hindu, the Christian, the Socialist, the Capitalist traditions lay the same ideas, conveniently spelled out by Eleanor Roosevelt.” (KENNEDY, 2008, p. 830).

““I do not think international law is often invoked because of the sophistication of its rules or institutions. Those rules or institutions are as vulnerable to criticism as any other rules of institutions. The fact that they are ‘international’ is no proof of their moral value. But the tradition of international law has often acted as a carrier of what is perhaps best described as the regulative idea of universal community, independent of particular interests or desires. This is Kant’s cosmopolitan project rightly understood: not an end-state or party programme but a project of critical reason that measures today’s state of affairs from the perspective of an ideal of universality that cannot be reformulated into an institution, a technique of rule, without destroying it. The fate of international law is not a matter of re-employing a limited number of professionals for more cost-effective tasks but of re-establishing hope for the human species.”⁵⁷⁰

3. Conclusão parcial

A análise das obras permitiu perceber que: 1) os temas de enfoque dos autores, a partir dos diagnósticos de problemas, variam entre as questões que julgam ser mais importantes para a regulação da internet (jurisdição, direitos humanos, uso da força, direito humanitário etc.) e também em amplitude (uma ou mais questões são as mais importantes); 2) a construção argumentativa de todos deixa clara a proteção da internet contra regulações incompatíveis, seja a regulação *off-line* tradicional por seja alguns pontos dela ou por ser feita por Estados, seja com as analogias com o direito internacional *off-line* que não captam bem as características da internet, seja com a aplicação de regras gerais do direito internacional tradicional que ainda estão por ser aplicadas à internet como objeto regulatório; 3) Essas regulações incompatíveis causam dano ou perigo ao que os autores chamam de bom funcionamento da internet, sua eficiência, seu funcionamento de acordo com seu desenho original ou seu funcionamento cumprindo o fim a que se destina. 4) A separação é gradual sobre uma maior ou menor valorização do direito *off-line* para a regulação da internet, que também caracteriza uma maior ou menor especialidade – ou especificidade – da regulação da internet. 5) Todos os elementos anteriores levam a crer que há a construção de um regime da internet, com *ethos* próprio.

Posteriormente, indiquei algumas direções que podem ser tomadas a partir desta pesquisa. Primeiro, explorar mais o ferramental para o estudo do direito lidar também com

⁵⁷⁰ KOSKENNIEMI, 2011, p. 361.

o que é tomado como não-direito. Segundo, explorar o sentido fraco da fragmentação cultural tendo em vista exemplos concretos. Terceiro, tomar por base o quadro teórico deste trabalho e explorar novas áreas que sejam deixadas na periferia dos estudos jurídicos, com o objetivo político de jogar luz aos projetos de mundo buscados pelas construções argumentativas ao redor do direito.

V. CONCLUSÃO

Esse trabalho partiu de uma vontade de provar o contrário do afirmado pelo juiz Easterbrook levado ao âmbito internacional: vale a pena sim estudar como o direito internacional se aplica à internet. E mais: através desse estudo, provamos que não se trata de direito de cavalos, como também trazer questões importantes para o direito internacional em geral. Esse foi o desafio colocado no capítulo I.

O capítulo II trouxe um conjunto de visões sobre o direito internacional que atualmente o percebem como fragmentado. Dentro desse conjunto, adotei a visão de que a fragmentação se liga a uma visão de unidade cultural do direito internacional, que de fato parece ter se segmentado. Para lidar com o direito internacional que se forma a partir da diferenciação funcional social, indiquei que o melhor caminho é olhar para os regimes internacionais como construções argumentativas estabelecidas com base em um *ethos*, ou *bias* estrutural. Indiquei então como o jurista deve lidar com este tipo de abordagem: adotando uma postura política e utilizando o ferramental interdisciplinar. Isso inclui estar aberto para perceber como é utilizada a categoria identificada nas construções como um não-direito.

No capítulo III passei a aplicar os parâmetros teóricos adotados no capítulo II às construções argumentativas sobre a regulação internacional da internet. Comecei buscando, na criação e no desenvolvimento da internet como tecnologia, algumas batalhas travadas pela sua “alma”, ou tensões acerca dos valores escolhidos para o seu funcionamento. Nas batalhas, estavam empresas, sociedade civil e Estados, além da presença constante da “comunidade técnica” da internet. Posteriormente, passei pelas representações dos períodos da internet de acordo com os modelos regulatórios identificados no período e as resistências que foram se formando aos modelos. Cheguei, então, ao período que se inicia em 2011 e que teria como principais desafios regulatórios a aproximação da regulação do mundo *off-line* e a convivência de diversas camadas regulatórias geridas pelos Estados e por atores privados.

A partir dessa previsão, passei a analisar as construções argumentativas sobre a regulação internacional da internet desde 2011. Primeiro, explorei as divisões didáticas diversas trazidas pelos autores para explicar a composição de seu objeto. Disso conclui que

o ponto em comum entre as definições parecia ser a divisão entre aquilo que é visível e aquilo que não é visível na regulação da internet, que se iguala respectivamente à regulação de conteúdo e a “regulação técnica”. Depois, passei por dois pontos que representavam “lugares comuns” a vários autores, que eram o da definição da internet a partir de suas fronteiras, de um lado, e a partir de sua extensão, do outro. Pela primeira linha, seria necessário definir as fronteiras para o mundo da internet ou sobre o mundo da internet – ou transpondo as fronteiras dos Estados para o âmbito da internet ou construindo a fronteira entre o mundo *online* e o mundo *off-line*. Pela segunda linha, haveria uma preocupação com o alcance da rede como elemento “essencial” para a manutenção de sua contribuição para o mundo, o que estaria em perigo diante da “balcanização” dos modelos regulatórios impostos pelos Estados sobre a internet e da segmentação da própria ideia do que é e deve ser a internet, que se enfraquece diante de interesses divergentes. Passei então a identificar qual o papel que a literatura analisada dava aos Estados e a outros atores no processo de regulação internacional da internet. O Estado era visto de diversas formas, com maior ou menor importância para esta regulação, mas sempre presente de alguma forma. Houve bastante divergência com relação aos outros atores envolvidos ou as instituições mais importantes, mas teve destaque a noção de governança multissetorial que é vista como um modelo ideal para a regulação internacional da internet.

Como último passo do capítulo, indiquei algumas construções argumentativas dos autores sobre o direito na regulação internacional da internet, separando em graus que passavam pelos pontos de adaptação do direito internacional para a aplicação à internet, criação de um novo direito internacional para aplicar à internet ou afastamento do direito internacional como sistema de regras adequado para a internet.

No capítulo IV analisei as construções argumentativas destacadas no capítulo anterior diante dos outros elementos coletados. Indiquei que, diante de grandes divergências sobre quais os problemas a regulação internacional da internet apresenta atualmente, quais as soluções para esses problemas, ou mesmo quais atores devem ser envolvidos, as construções poderiam ser vistas aparentemente como inconclusivas. Contudo, era possível observar um movimento argumentativo comum aos atores, quando falavam sobre a aplicação, modificação ou afastamento do direito internacional de criação de exceções. Isso leva a crer que seriam construções argumentativas que construíam uma especialidade daquilo que se referia à internet com relação ao direito internacional. Somou-se a isso a percepção de que, aqueles elementos identificados os que definiam a internet –

sobre sua composição, limitação e extensão – davam pistas para uma possível visão normativa comum sobre a internet. Isso foi perceptível nas próprias construções argumentativas em meio às construções das exceções, já que ao fazerem isso os autores pareciam combater um elemento comum, o de se igualar o mundo online ao mundo off-line. Assim, conclui que há indícios de que as construções argumentativas se ligam, em sua prática de criar a especialidade, por um *ethos* comum. Portanto, poderíamos chamar essas construções de um regime internacional da internet.

Também no último capítulo indiquei algumas agendas que poderiam ser exploradas a partir deste estudo. Indiquei três pontos que poderiam ser explorados melhor futuramente. O primeiro, é o desenvolvimento de ferramentas para se acessar também o não-direito em estudos jurídicos em que isso é essencial, como no caso do regime internacional da internet. Assim, outros estudos poderiam explorar o não-direito na internet para conhecer com mais profundidade os valores que o fundamentam e a resistência visão dos atores que defender a não aplicação do direito. Segundo, olhar para a noção de fragmentação cultural no sentido fraco diante de exemplos concretos como a regulação da internet. Em terceiro lugar, pesquisas semelhantes a esta podem utilizar o mesmo quadro teórico para explorar áreas pouco conhecidas do direito ou até explorar mais profundamente o regime internacional da internet. Isso porque esse tipo de incursão, para além de uma importância científica, também tem importância política, uma vez que o direito é instrumento de concretização de projetos para o mundo, e quanto maior o conhecimento sobre sua aplicação, maior a possibilidade de direcioná-lo para os valores que precisam ser protegidos.

BIBLIOGRAFIA

ALVES JR, Sérgio. Internet Governance 2.0.1.4: The Internet Balkanization Fragmentation. **Draft.** 2014. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2466222. Acesso em 20.jul.2014.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2013.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O “Diálogo” das Fontes: Fragmentação e Coerência no Direito Internacional Contemporâneo. **III Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, Belo Horizonte, v. 2, p.11-33, 2008.

ANGHIE, Antony. Identifying Regions in the History of International Law. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Eds.). **The Oxford Handbook of the History of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1058-1077.

BALKIN, Jack M. Virtual Liberty Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds. **Virginia Law Review**. v. 90,n. 8, p. 2043-2098, 2004.

BARLOW, John Perry. **A Declaration of the Independence of Cyberspace**. http://wac.colostate.edu/rhetnet/barlow/barlow_declaration.html. Davos, Switzerland. February 8, 1996.

BESSEL, Lucas; NUNES, Ana Carolina. Privacidade em Jogo. **Istoé**. 25.abr.2014. Disponível em: http://www.istoe.com.br/reportagens/359703_PRIVACIDADE+EM+JOGO. Acesso em 15.out.2014.

BESSON, Samantha. Theorizing the Sources of International Law. In: BESSON, Samantha; TASIOLAS, John (Ed.). **The philosophy of international law**. Oxford University Press, 2010. p. 163-186.

BOURDIEU, Pierre. The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field. **The Hastings Law Journal**. v. 38, p. 805-853, 1987.

BRITO, Adriane Sanctis de. NASSER, Salem. H.. Unidade, fragmentação e regimes jurídicos: narrativas de hoje e de Pessoa. In: Marcílio Toscano Franca Filho, Jorge Luís

Mialhe, Ulisses Da Silveira Job. (Org.). **Epitácio Pessoa e a Codificação do Direito Internacional**. 1ed.Porto Alegre: safE, 2013 , p. 447-469.

BROSSEAU, Eric; MARZOUKI, Meryem; MÉADEL, Cécile. Governance, networks and digital technologies: societal, political and organizational innovations. In: BROSSEAU, Eric; MARZOUKI, Meryem; MÉDEAL, Cécile. **Governance, Regulations and Powers on the Internet**. Nova York: Cambridge University. 2012.

BROUSSEAU, Eric. MARZOUKI, Meryem. Internet governance: old Issues, new framings, uncertain implications. In: BROSSEAU, Eric; MARZOUKI, Meryem; MÉDEAL, Cécile. **Governance, Regulations and Powers on the Internet**. Nova York: Cambridge University. 2012.

BROWN, Ian; MARSDEN, Christopher T. **Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age**. Cambridge. The MIT Press, 2013

BULGUERONI, Marcelo André. **Regulamentação internacional do ciberespaço** : unilateralismo, multilateralismo e efetividade. 2013. 135 p. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2013.

CHANDER, Anupam. Challenges and Approaches to Effective Cyberspace Governance in a Multipolar World. **Proceedings of the Annual Meeting** (American Society of International Law). v. 107, p. 95-110, 2013.

CLARK, John; THEMUDO, Nuno. The Age of Protest: Internet-Based ‘Dot Causes’ and the ‘Anti-Globalization’ movement. In: CLARK, John (ed.). **Globalizing Civic Engagement: Civil Society and Transnational Action**. Sterling: Earthscan, 2003. p. 109-127

CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. Introduction. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti; RANGANATHAN, Surabhi (Ed.). **The Cambridge companion to international law**. Cambridge University Press, 2012.p. 1-22.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CURRAN, James. Reinterpreing the Internet. In: CURRAN, James; FENTON, Natalie; FREEDMAN, Des. **Misunderstanding the Internet**. Nova York: Routledge. 2012a. p. 3-33.

CURRAN, James. Rethinking internet history. CURRAN, James. In: CURRAN, James; FENTON, Natalie; FREEDMAN, Des. **Misunderstanding the Internet**. Nova York: Routledge. 2012b. p. 34 -66.

DENARDIS, Laura; RAYMOND, Mark. Thinking Clearly about Multistakeholder Internet Governance. In: **Eight Annual Giganet Symposium**. 21.out. 2013. Bali: Indonésia.

DENARDIS, Laura. The Emerging Field of Internet Governance. **Yale Information Society Project Working Paper Series**, 2010.

DER Bundesgerichtshof. Disponível em: <<http://www.bundesgerichtshof.de/>>. Acesso em: 01 nov. 2014

DUPUY, Pierre-Marie. International law: torn between coexistence, cooperation and globalization. General conclusions. **European Journal of International Law**, v. 9, p. 278-286, 1998.

DUPUY, Pierre-Marie. The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of Justice. **New York University Journal of International Law and Politics** New York, v. 31, p. 791-807, 1999.

DWORKIN, Ronald. A New Philosophy for International Law. **Philosophy & Public Affairs**, v. 41, n. 1, p. 2-30, 2013.

EASTERBROOK, Frank H. Cyberspace and the Law of the Horse. **The University of Chicago Law Forum**, p. 207-, 1996.

EATEN, Michel; MUELLER, Milton. Where is the governance in Internet governance? **New Media Society**. v.15, p.720, 2012.

EUROPEAN COURT OF JUSTICE, **Mox Plant (2006)**. Cf. <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-02/cp060045en.pdf>>. As violações específicas foram dos artigos 10 EC and 192 EA.

EUROPEAN PARLIAMENT. **Resolution on the forthcoming World Conference on International Telecommunications (WCIT-12) of the International Telecommunication Union**, and the possible expansion of the scope of international telecommunication regulations (2012/2881(RSP)). 19 nov 2012. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION&reference=B7-2012-0499&format=XML&language=EN>. Acesso em: 20 dez 2012.

EVERYTHING is connected: Can internet activism turn into a real political movement?. **The Economist**, 5 jan 2013. Disponível em: <http://www.economist.com/news/briefing/21569041-can-internet-activism-turn-real-political-movement-everything-connected?frsc=dg%7Ca>. Acesso em: 6 jan 2013.

FISCHER-LESCANO, Andreas e TEUBNER, Gunther. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 4, p. 999-1046, 2004.

FREE Software Foundation. Disponível em: <<http://www.fsf.org/>>. Acesso em: 01 dez. 2014

FREEDMAN, Des. In: CURRAN, James; FENTON, Natalie; FREEDMAN, Des. **Misunderstanding the Internet**. Nova York: Routledge. 2012b. p. 95-120.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Sê plural como o universo: a multiplicação dos tribunais internacionais e o problema dos regimes auto-suficientes no Direito Internacional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 8, n. 33, p. 7-27, 2000.

GNU Operating System. Disponível em: <<https://www.gnu.org/>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

GOOGLE attacks UN's internet treaty conference. **BBC**. 21 nov 2012. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/news/technology-20429625>. Acesso em: 20 dez 2012.

GREENWALD, Glenn. MACASKILL, Ewen. POITRAS, Laura. Edward Snowden: the whistleblower behind the NSA surveillance revelations. **The Guardian**, 10 de junho de 2013.

GUILLAUME, Gilbert.. **The proliferation of international judicial bodies: The outlook for the international legal order** (2000). Disponível em: <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=85&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>. Acesso em: 23.out.2014.

HAFNER, G. Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, p. 849-863, 2004.

HART, Herbert LA. The concept of law (1961). **Oxford: Clarendon Press**, v. 19842, p. 94-5, 1994.

HASENCLEVER, Andreas; MA YER, Peter; RITTBERGER, Volker. Theories of international regimes. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

HEVERLY, Robert A. Breaking the Internet: International Efforts to Play the Middle Against the Ends: A Way Forward. **Georgetown Journal of International Law**. v. 42, n. 4, 2011

HOFMANN, Jeanette; KATZENBACH, Christian; GOLLATZ, Kirsten. Between Coordination and Regulation: Conceptualizing Governance in Internet Governance. **HIIG Discussion Paper Series Discussion Paper**. n.04, 2014

HOLLIS, Duncan B. Re-Thinking the Boundaries of Law in Cyberspace: A Duty to Hack? **Legal Studies Research Paper Series**. v.16, 2014

ICANN. Disponível em: <<https://www.icann.org/get-started>>. Acesso em: 01 dez. 2014

INNÉ, Anne-Rachel. Internet principle hype: how soft law is used to regulate the Intern. **Internet policy and governance dissected**. 01 ago. 2011. Disponível em: <<http://news.dot-nxt.com/2011/07/27/internet-principle-hype-anon>>. Acesso em: 15 out. 2014

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Caso Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=cd&case=1>>, acessado em 3.dez.2014.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (1996)**. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=e1&p3=4&case=95>. Acesso em: 23. out. 2014.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (1986)**. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>. Acesso em: 23. out. 2014.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Palestine Wall (2004)**. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&case=131&p3=4>. Acesso em: 23. out. 2014.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (1980)**. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=334&p1=3&p2=3&case=64&p3=5>. Acesso em 23. out. 2014.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. **Report of the Study**

Group of the International Law Commission. A/CN.4/L.682. Geneva: 13 abr. 2006. Disponível em: <<http://unbisnet.un.org>>. Acesso em: 20.02.2014.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law, **The Erik Castrén Institute Research Reports**, 2007.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR FORMER YUGOSLAVIA. **Tadić** (1999). Disponível em: <http://www.icty.org/case/tadic/4>. Acesso em: 23. out. 2014.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Mox Plant** (2001). Cf. <http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/press_releases_english/PR_No.62.pdf. http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/Order.03.12.01.E.pdf>. Acesso em: 23. out. 2014.

INTERNET Assigned Numbers Authority. Disponível em: <<http://www.internetassignednumbersauthority.org/>>. Acesso em: 01 dez. 2014

INTERNET Users. Internet Live Starts. Disponível em: <<http://www.internetlivestats.com/internet-users/>>. Acesso em: 01 dez. 2014

JACKSON, J. H. Fragmentation or Unification Among International Institutions: The World Trade Organization. **New York Journal of International Law and Politics**, v. 31, p. 823-31, 1999.

JOHNS, Fleur. **Non-legality in international law: unruly law**. Cambridge University Press, 2013.

JORNALISTA ligado a Snowden diz que EUA não espionam só alvos terroristas. **Estadão**. 6 ago 2013. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,jornalista-ligado-a-snowden-diz-que-eua-nao-espionam-so-alvos-terroristas,1061270,0.htm>. Acesso em: 24 set 2013.

KLABBERS, Jan, KLABBERS, Law Making and Constitutionalism. In: Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press. 2009.

KLABBERS, Jan. The Relative Autonomy of International Law or The Forgotten Politics of Interdisciplinarity. **Journal of International Law & International Relations**. v. 1, p. 35-48, 2005

KOH, Harold Hongju. Why Do Nations Obey International Law?. **Yale LJ**, v. 106, p. 2599-2697, 1997.

KOSKENNIEMI, Martti e LEINO, Päivi. Fragmentation of International Law? Postmodern anxieties. **Leiden Journal of International Law**, v. 15, p. 553-579, 2002

KOSKENNIEMI, Martti. Hegemonic Regimes. In: YOUNG, Margaret A.. **Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation**. Nova York: Cambridge University Press, 2012, p. 305-324.

KOSKENNIEMI, Martti. International Legislation today: Limits and Possibilities. **Wisconsin Journal of International Law**, v. 23, n. 1, p. 61-92, 2005.

KOSKENNIEMI, Martti. Law, Teleology and International Relations: An Essay in Counterdisciplinarity. **International Relations**. v. 26, p. 3-34, 2012

KOSKENNIEMI, Martti. The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics. **The Modern Law Review**. v. 70, n. 1, pp. 1-30, 2007.

KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, 584p.

KOSKENNIEMI, Martti. **The Politics of International Law**. Portland: Hart, 2011, 388p.

KRASNER, Stephen D. **International Regimes**. 2^a ed. Ithaca: Cornell University Press, 1983, 372p.

KULESZA, Joanna. **International Internet Law**. Nova York: Routledge, 2012, 196p..

KURBALIJA, Jovan. **An introduction to Internet Governance**. 5^a Edição. Suíça: Editora Diplo Foundation, 2012, 197p.

KURBALIJA, Jovan. Internet governance and international law. In: DRAKE, W. J. **Reforming internet governance: perspectives from the Working Group on Internet Governance**. Nova York: ICT Task Force, 2005

LAND, Molly. Towards an International Law of The Internet. **New York Law School Legal Studies Research Paper Series**, v. 12/13, n. 46, 2013.

LESSIG, Lawrence. The Law of The Horse: What Cyberlaw Might Teach. **Harvard Law Review**, v. 113, p. 501-549, 1999.

LITTLE, Richard. International regimes. In: BA YLIS, John e SMITH, Steve (Org.). **The globalization of world politics**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, p. 369-386, 2006.

LORCA, Arnulf Becker. Eurocentrism in the History of International Law. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Eds.). **The Oxford Handbook of The History of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1035 a 1057

LORCA, Arnulf Becker. International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination. **Harvard International Law Journal**, v. 47, n. 1, p. 183-205, 2006.

LOTT, Maxim. US refuses to sign UN Internet regulation. **Fox News**. 13 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.foxnews.com/tech/2012/12/13/us-refuses-to-sign-un-internet-regulations/>>, acessado em 20.dez.2012.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. **São Paulo: Saraiva**, 2013.

MARTINEAU, Anne-Charlotte. The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law. **Leiden Journal of International Law**, v. 22, p. 1-28, 2006

MCDOWELL, Robert M. The U.N. Threat to Internet Freedom. **The Wall Street Journal**. 21 fev 2012. Disponível em: <http://online.wsj.com/article/SB10001424052970204792404577229074023195322.html>. Acesso em: 20 dez 2012.

MÉGRET, Frédéric. International Law as Law. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti; RANGANATHAN, Surabhi (Ed.). **The Cambridge companion to international law**. Cambridge University Press, 2012.p. 64-92.

MOROZOV, Evgeny. **The Net Delusion The Dark Side of Internet Freedom**. Nova York: PublicAffairs. 2011

NASSER, Salem H. Global Law in Pieces Fragmentation, Regimes and Pluralism. **FGV Direito SP Research Paper Series**. n. 105, 2014

NASSER, Salem H. Jus Cogens: Ainda esse desconhecido. **Revista Direito GV**. v. 1, n. 2, p. 161 - 178, 2005.

PALFREY JR, John G. Four Phases of Internet Regulation. **Harvard Law School, Public Law & Legal Theory, Research Paper Series**, Paper n° 10-42, 2010. **Harvard Law School**, Paper n. 10-42. P. 1-22, 2010.

PAUWELYN, Joost. Bridging fragmentation and unity: international law as universe of inter-connected islands. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 4, p. 903-916, 2004.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION, Mox Plant (2003). Cf. file:///Users/adriane/Downloads/MOX%20Press%20release%20June%2025.pdf. Acesso em: 23. out. 2014.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION, Mox Plant (2008). Cf. file:///Users/adriane/Downloads/MOX%20Plant%20Order%20No.%206.pdf. Acesso em: 23. out. 2014.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, SS WIBLEDON (1923). Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1>. Acesso em 23. out. 2014.

PERRIT JR, Henry H. The Internet at 20: Evolution of Constitution for Cyberspace. **William and Mary Bill**. v. 20, n. 4, p. 1115-1180, 2012

PINTO, Mônica. Fragmentation or unification among international institutions: human rights tribunals. **New York University Journal of International Law and Politics**, v. 31, n. 4, p. 833-842, 1999

PROST, Mario. All Shouting the Same Slogans: International Law's Unities and the Politics of Fragmentation. **Finnish Yearbook of International Law**, v. 17, p. 1-29, 2006.

PROST, Mario. **The Concept of Unity in Public International Law**. Oxford: Hart, 2012.

RAO, Pemmaraju Sreenivasa. Multiple international judicial forums: a reflection of the growing strenght of international law or its fragmentation? **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 4, p. 929-961, 2004.

ROUSSEFF, Dilma. **Discurso na abertura do Debate Geral da 68ª Assembleia-Geral das Nações Unidas**. Nova York, EUA, 24 set 2013. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/discursos-artigos-entrevistas-e-outras-comunicacoes/presidente-da-republica-federativa-do-brasil/discurso-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-na-abertura-do-debate-geral-da-68a-assembleia-geral-das-nacoes-unidas-nova-york-eua-24-09-2013>. Acesso em 26 set 2013.

RUSTAD, Michael L.; LAMBERT JR, Thomas F. Global Internet Law. **Legal Studies Research Paper Series**. Research Paper 14-8. Saint Paul: West Academic Publishing, 2014

SALAMA, R. Fragmentation of International Law: Procedural Issues Arising of the Sea Disputes. **Australian and New Zealand Maritime Law Journal**, v. 19, p. 24-55, 2005

SAWAYA, Márcia R. **Dicionário de Informática e Internet**. São Paulo : Nobel. 1999.

SCHWEBEL, Stephen, M. **Address to the Plenary session of the General Assembly of the United Nations** (1999). Disponível em: <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=87&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1&PHPSESSID=>. Acesso em: 23. out.2014.

SCHWÖBEL, Christine E. J. Organic Global Constitutionalism. **Leiden Journal of International Law**, v. 23, p. 529-554, 2010.

SEGURA-SERRANO, A. Internet regulation and the role of international law. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, v. 10, n. 1, 2006.

SILVA, Elaini Cristina Gonzaga da. O conceito de regimes internacionais e o direito internacional. In: JUBILUT, Liliana Lyra (org.). **Direito Internacional Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

SIMMA, B. Fragmentation in a Positive Light. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, p. 845-7, 2012.

SIMMA, Bruno. Self-contained regimes. **Netherlands Yearbook of International Law**, v. 16, p. 111-136, 1985.

TERDIMAN, Richard. Translator's Introduction. In: BOURDIEU, Pierre. The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field. **The Hastings Law Journal**. v. 38, p. 805-853, 1987

TEUBNER, G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: TEUBNER, G (Ed.). **Global Law in the World Society**. Dartmouth, Aldershot, 1997. p. 3-28.

TEUBNER, G. K. P. Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational Regimes in the Double Fragmentation of World Society. In: YOUNG, M. (Ed.). **Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation**. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 23-54.

TEUBNER, Gunther. De Collisione Discursuum: Communicative Rationalities in Law, Morality and Politics. **Cardozo Law Review**. v. 17, p. 901, 1996

TOTARO, Paola. United Nations wants control of web switch. **News.com.au**. 12 nov. 2012. Disponível em: < <http://www.news.com.au/technology/united-nations-wants-control-of-web-kill-switch/story-e6frfro0-1226515006898#ixzz2C0P9cUM4>>, acessado em 20.dez.2012

TWINING, William. **Globalization and Legal Theory**. London: Butterworths, 2000.

TWINING, William. **Implications of “Globalisation” for Law as a Discipline**, 2009. Disponível em: http://www.ucl.ac.uk/laws/academics/profiles/twining/Twining_IMPLICATIONS.pdf. Acesso em: 20 dez 2012.

UERPMANN-WITZACK, Robert. Principles of International Internet Law. **German Law Journal**. v. 11, n. 11, p. 1245-1263, 2010

VEÇOSO, Fabia F. Carvalho. Modelos de análise de regimes internacionais. In: VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. (Org.). *Direito Internacional em Contexto*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. , p. 93-128.

WEBER, Rolf H. Internet of Things – New security and privacy challenges. **Computer Law & Security Review**. v.26, p.23–30, 2010

WERBACH, Kevin. Future Design of Cyberspace Law – *Laws are Sand*. **Journal of Politics and Law**, v. 5, n 4, p. 1-14, 2012.

WIKIPEDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:P%C3%A1gina_principal>. Acesso em: 01 dez. 2014

WORLD TRADE ORGANIZATION, Beef Hormones (1997), p. 44-48 Cf. http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/hormab.pdf. Acesso em: 23. out. 2014.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (2008). Disponível em: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds291_e.htm. Acesso em: 23. out. 2014.

WU, Tim. Network neutrality, broadband discrimination. **J. on Telecomm. & High Tech. L.**, v. 2, p. 141, 2003.

YOUNG, Margaret A.. Regime Interaction in Creating, Implementing and Enforcing International Law. In: YOUNG, Margaret A.. **Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 85-110.

ZIMMERMANN, Andreas. International Law and 'Cyber Space'. **ESIL Reflections**. v. 3, n. 1. 2014