

O direito da sociedade digital

Lucas Fucci Amato

***Tecnologia, inovação jurídica e
aprendizagem regulatória***



Na última década do século XX, Niklas Luhmann (1927-1998) concluía uma das mais abrangentes e originais teorias da sociedade, calcada em homologias entre os sistemas sociais e os sistemas cibernéticos. Direito, política, economia, ciência, arte, educação – cada setor da sociedade seria uma rede autorreferencial de comunicações distinguidas por certo código binário: lícito/ ilícito, governo/ oposição, ter/ não ter, verdade/falsidade, beleza/ feiura, aprovado/ reprovado.

O direito da sociedade (1993), *A realidade dos meios de comunicação* (1994), *A sociedade da sociedade* (1997) mal testemunharam a massificação da internet. O que dizer então do amplo e intensivo processo de digitalização de tratamentos e pagamentos, processos de ensino-aprendizagem, solução de conflitos e tomada de decisão, operações de produção, comércio e consumo?

Inteligência artificial, *fake news*, *big data*, privacidade de dados pessoais nas redes e plataformas digitais – em que medida este novo horizonte tecnológico pode se valer das formulações disruptivas da teoria dos sistemas sociais para atualizá-las e assim mobilizá-las para descrever a complexidade dos desafios impostos ao sistema jurídico?

Como vem se construindo o direito, em sua função de imunizar a sociedade digital contra os vírus da incerteza radical, da desinformação massiva, da perda de referências de sentido, da desintegração de razões e padrões de avaliação, justificação e crítica?

Eis o horizonte teórico e problemático deste livro.

Lucas Fucci Amato

O direito da sociedade digital
*Tecnologia, inovação jurídica e
aprendizagem regulatória*



*Faculdade de Direito
Universidade de São Paulo
Portal de Livros Abertos da USP
2024*



Este trabalho é de acesso aberto. A reprodução parcial ou total deste trabalho é permitida, desde que a fonte e o autor sejam citados e a licença Creative Commons seja respeitada.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Reitor: Professor Titular Carlos Gilberto Carlotti Junior

Vice-Reitora: Professora Titular Maria Arminda do Nascimento Arruda

FACULDADE DE DIREITO

Diretor: Professor Titular Celso Fernandes Campilongo

Vice-Diretora: Professora Titular Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

CONSELHO EDITORIAL - LIVROS ABERTOS DA FACULDADE DE DIREITO

- Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, Professora Titular do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia e Vice-Diretora da Faculdade de Direito
- Fernando Dias Menezes de Almeida, Professor Titular do Departamento de Direito do Estado e ex-Presidente da Comissão de Pesquisa e Inovação
- Gustavo Ferraz de Campos Monaco, Professor Titular do Departamento de Direito Internacional e Comparado e Presidente da Comissão de Pós-Graduação
- Juliana Krueger Pela, Professora Doutora do Departamento de Direito Comercial e Vice-Presidente da Comissão de Pós-Graduação
- Lucas Fucci Amato, Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito e Secretário Executivo da Coleção
- Sheila Christina Neder Cerezetti, Professora Doutora do Departamento de Direito Comercial e Presidente da Comissão de Pesquisa e Inovação

O conselho editorial pode convidar pareceristas especializados para a avaliação das obras submetidas, conforme suas áreas e temáticas especializadas

Capa: © M. C. Escher, *Hand with Reflecting Sphere*

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Amato, Lucas Fucci

O direito da sociedade digital [recurso eletrônico] : tecnologia, inovação jurídica e aprendizagem regulatória / Lucas Fucci Amato. -- São Paulo : Faculdade de Direito, 2024.

220 p.

ISBN 978-85-53062-03-4

DOI: 10.11606/9788553062034

Inclui referências bibliográficas

1. Direito digital. 2. Sociologia jurídica. 3. Tecnologia e direito. 4. Internet. I. Luhmann, Niklas, 1927-1998. II. Título. III. Título: Tecnologia, inovação jurídica e aprendizagem regulatória.

CDU – 34:004.738.5

Bibliotecário Sérgio Carlos Novaes CRB 8 - 6380

DOI: 10.11606/9788553062034



Nós nunca vivemos tanto na caverna de Platão como hoje. [...] Porque as próprias imagens que nos mostram a realidade de alguma maneira substituem a realidade. Nós estamos no mundo a que chamamos o mundo audiovisual, nós estamos efetivamente a repetir a situação das pessoas aprisionadas ou atadas na caverna do Platão, olhando em frente, vendo sombras e acreditando que essas sombras são a realidade. Foi preciso passarem todos esses séculos para que a caverna do Platão aparecesse finalmente num momento da história da humanidade, que é hoje. E vai ser, e vai ser cada vez mais.

(José Saramago, documentário *Janela da Alma*, 2001)

Quando o mais afastado rincão do globo tiver sido conquistado tecnicamente e explorado economicamente; quando qualquer acontecimento em qualquer lugar e a qualquer tempo se tiver tornado acessível com qualquer rapidez; quando um atentado a um Rei na França e um concerto sinfônico em Tóquio puder ser “vivido” simultaneamente; quando tempo significar apenas rapidez, instantaneidade e simultaneidade e o tempo, como História, houver desaparecido da existência de todos os povos; quando o pugilista valer como o grande homem do povo; quando as cifras em milhões dos comícios de massa forem um triunfo – então, justamente então continua ainda a atravessar toda essa assombração, como um fantasma, a pergunta: Para quê? Para onde? E o quê agora? [...]

Com efeito, o obscurecimento do mundo, a fuga dos deuses, a destruição da terra, a massificação do homem, a suspeita odiosa contra tudo que é criador e livre já atingiu, em todo o orbe, dimensões tais, que categorias tão pueris como pessimismo e otimismo de há muito se tornaram ridículas.

(Heidegger, 1999 [1935], p. 64-65)



Sobre o autor

Lucas Fucci Amato

- Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Largo São Francisco.
- Pesquisador visitante nas Universidades de Cambridge, Oxford e Harvard.
- Livre-Docente, Pós-Doutor, Doutor e Bacharel em Direito pela USP.
- Autor dos livros:
 - *Teoria Geral do Direito: uma introdução ao estudo do pensamento jurídico contemporâneo;*
 - *Inovações Constitucionais: direitos e poderes* (com apresentação de Roberto Mangabeira Unger);
 - *Propriedade Desagregada e Empreendedorismo Democrático: instituições da economia de mercado e formas jurídicas do capital;*
 - *Construtivismo Jurídico: teoria no direito;*
 - *Direito, cultura e direitos;*
 - *Constitucionalização Corporativa: direitos humanos fundamentais, economia e empresa;*
 - *Fake News e Eleições: estudo sociojurídico sobre política, comunicação digital e regulação no Brasil.*
- Co-organizador de várias obras, como *Luhmann and Socio-Legal Research: an empirical agenda for social systems theory* (Routledge), *A Prova* (com apresentação de Frederick Schauer) e *Sociologia & História do Constitucionalismo Brasileiro* (Portal de Livros Abertos da USP).
- Coordena o grupo de pesquisa *Interpretação Jurídica e Inovações Institucionais: Direito, Democracia e Desenvolvimento*, cadastrado no CNPq.



SUMÁRIO

Introdução.....	6
1. O público e o privado na Atenas clássica	11
2. Direito público e direito privado: a historicidade da dicotomia.....	15
3. Metamorfoses da regulação.....	26
4. Direitos difusos: do ambiente natural ao ambiente digital	36
5. Da antiguidade à modernidade: cultura, tecnologia e instituições	42
6. A(s) esfera(s) pública(s), de Habermas a Luhmann	45
7. Evolução social e meios de disseminação da comunicação.....	63
8. Da sociedade industrial à sociedade digital.....	76
9. Hiper-regulação e metarregulação: freios e contrapesos no ambiente digital.....	100
10. Autorregulação regulada no Projeto de Lei das <i>Fake News</i>	109
11. Inovação jurídica e aprendizagem regulatória	115
12. Regulação e governança: sobre a legitimidade das novas formas jurídicas... ..	119
13. A tecnificação ou cognitivização do direito.....	125
14. As formas da governança	129
15. Inteligência jurídica na era da inteligência artificial: entre normas e riscos .	141
16. Positivismo e formalismo presumidos <i>versus</i> evidências inconclusivas	143
17. Direito cognitivo: da tecnologia à economia.....	150
18. Direito cognitivo: <i>expertise versus fake news</i>	164
19. <i>Fake news</i> e aprendizagem regulatória: uma crônica do caso brasileiro.....	179
19.1. <i>Fake news</i> e eleições: o que 2018 diz sobre 2022?	180
19.2. O direito e as <i>fake news</i> em 2021: um balanço	185
19.3. <i>Fake news</i> e aprendizagem regulatória	190
19.4. Inovação tecnológica e inovação jurídica: das <i>fake news</i> às <i>deepfakes</i>	195
Referências Bibliográficas	200



Introdução

Na última década do século XX, enquanto a internet se generalizava para usos domésticos e comerciais, Niklas Luhmann (1927-1998) concluía uma das mais abrangentes e originais teorias da sociedade, calcada em homologias entre os sistemas sociais e os sistemas cibernéticos. Direito, política, economia, ciência, arte, educação – cada setor da sociedade seria uma rede autorreferencial de comunicações distinguidas por certo código binário: lícito/ ilícito, governo/ oposição, ter/ não ter, verdade/ falsidade, beleza/ feiura, aprovado/ reprovado. *O direito da sociedade* (1993), *A realidade dos meios de comunicação* (1994), *A sociedade da sociedade* (1997) mal testemunharam a massificação da internet. O que dizer então do amplo e intensivo processo de digitalização de tratamentos e pagamentos, processos de ensino-aprendizagem, solução de conflitos e tomada de decisão, operações de produção, comércio e consumo? Inteligência artificial, *fake news*, *big data*, privacidade de dados pessoais nas redes e plataformas digitais – em que medida este novo horizonte tecnológico pode se valer das formulações disruptivas da teoria dos sistemas sociais para atualizá-las e assim mobilizá-las para descrever a complexidade dos desafios impostos ao sistema jurídico? Como vem se construindo o direito, em sua função de imunizar a sociedade digital contra os vírus da incerteza radical, da desinformação massiva, da perda de referências comuns de sentido, da desintegração de razões e padrões de avaliação, justificação e crítica? Eis o horizonte teórico e problemático deste livro.

O iluminismo – nota Luhmann (2005 [1967], p. 21-22) – centrava-se ao redor de duas grandes premissas: “a participação igual de todos os homens numa razão comum que eles possuem sem ulterior mediação institucional, e o otimismo, certo do seu triunfo, em relação ao estabelecimento de situações justas”. É o que se pode observar tanto em Immanuel Kant quanto em Adam Smith, nascidos há 300 anos.

No direito, o racionalismo jurídico implicava uma visão geometrizar, abstrata e sistemática do direito; essa visão passou do jusnaturalismo jurídico ao



formalismo jurídico clássico, com suas ficções do legislador racional, da unidade, coerência e completude do ordenamento, concebido como um conjunto de normas escritas. O que se perdia de vista é a indeterminação do direito: um mesmo ideal abstrato – como república, democracia, liberdade econômica ou propriedade – pode ser concretizado juridicamente de diferentes formas, com diferentes propósitos, atendendo a interesses diversos e produzindo consequências contrastantes.

O velho iluminismo teve seus ideais cristalizados no direito moderno; mas o pensamento jurídico moderno (simbolizado por variadas tendências formalistas ou positivistas-analíticas) reprimiu a “imaginação institucional” do jurista (Unger, 2004 [1996]), em nome de uma formação voltada apenas para interpretar o direito como ele é atualmente, e não como o direito deveria ou poderia ser. Agora precisamos despertar a inteligência jurídica para modelizar instituições aptas a traduzirem o perigo das tecnologias digitais (como a inteligência artificial) em risco, e em mais abertura ao futuro, à contingência e à complexidade do mundo (De Giorgi, 1998).

A sociologia surgiu das desilusões do iluminismo, levando adiante – ao mesmo tempo em que lhes observando os limites – os ideais românticos de transformação histórica (Hawthorn, 1982 [1976]; Yack, 1986). Afinal, o iluminismo sociológico nos ensinou que a construção social é muito mais complexa do que pensava a filosofia da consciência (Amato, 2017): os sistemas não são meros conjuntos estruturados de proposições descritivas ou normativas, mas redes de autorreferência operacionalizadas nos próprios eventos comunicativos; há uma série de causas, concausas e fatores, que só podem ser analisados em sua complexidade enquanto respostas funcionais a problemas de manutenção dos sistemas; há funções latentes para além do sentido manifesto das palavras; a ação é uma construção comunicativa mediada pelas estruturas e instituições sociais, e não uma determinação direta e voluntarista da sociedade pela mente humana.

Ora, essa “imaginação sociológica” (Mills, 2000 [1959]) precisa informar agora uma inteligência jurídica capaz de dar conta da configuração e



programação do direito para a sociedade da comunicação digital e da inteligência artificial. A inteligência artificial não torna supérfluas a inteligência humana e a construção social dos sistemas – apenas as desafia.

Mangabeira Unger (2010 [2007], p. 100-114) observa que a fábrica de alfinetes descrita por Adam Smith ou a linha de montagem organizada por Henry Ford (e magistralmente caricaturada por Charles Chaplin em *Tempos Modernos*, 1936) – imagens de duas fases da sociedade industrial – consistem em esquemas de organização que buscam poupar tempo com a repetição, ao padronizar processos, tarefas e produtos. O trabalho criativo, porém, não é aquele que poupa tempo pela padronização e repetição, mas o que poupa tempo ao evitar a repetição, dedicando-se a tarefas que não podem ser maquinizadas e programadas. As atividades repetitivas podem ser descritas em fórmulas, incorporadas na mecânica das máquinas ou na programação algorítmica da produção digital. A criação e a imaginação, por outro lado, dependem do cérebro humano, que é modular e formulaico, mas também plástico a ponto de desenvolver e desempenhar novas funções, usando elementos finitos (como um conjunto de notas musicais ou regras jurídicas) para fazer infinitas combinações (melodias, argumentos), mobilizando a intuição para criar o que ainda não se pode repetir, formular e programar.

Se Kant definia a imaginação como o poder de representar o que está ausente, distanciando-se da experiência imediata para apreender suas condições de possibilidade e assim compreendê-la e criticá-la, um aspecto igualmente importante da imaginação, diz Unger (2020 [2007], p. 126-175), é projetar os espectros de transformações possíveis, para além de uma lista fechada de tipos. Podemos inclusive pensar em instituições que sejam mais abertas aos poderes transcendentais da imaginação e da criação, que não apenas amparem maior igualdade dentro de um contexto social determinado, mas também nos empoderem em direção a uma liberdade mais profunda, de alterar as próprias instituições, corrigi-las, revisá-las e reprogramá-las.



É nessa linha e sob tais parâmetros e aspirações que caminha o presente exercício de diagnóstico, crítica e (re)imaginação do direito emergente na sociedade digital.

* * *

Além de trazer novas ideias e elaborações, este livro se vale livremente de artigos que publiquei ao longo dos últimos anos¹ e procura dar certa sistematicidade a tais reflexões. Tentei evitar repetições exaustivas, mas certa sobreposição de temas, ideias e formulações permaneceu.

Registro agradecimentos à equipe do projeto regular financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), em 2020 e 2021, sob coordenação do Professor Celso Campilongo; em plena pandemia do novo Coronavírus, Diana Saba, Marco Loschiavo Leme de Barros, Paula Pedigoni Ponce e eu nos aventuramos a analisar se e como as eleições de 2018 haviam disparado tentativas de regulação das *fake news* no país. Assim, muitas das reflexões sumarizadas neste livro devem-se as discussões realizadas no âmbito daquele projeto: *Direito à privacidade e o processo eleitoral brasileiro: uma perspectiva sociológica sistêmica acerca da regulação jurídica da disseminação de notícias falsas a partir das eleições majoritárias em 2018*. Os resultados da pesquisa foram amplamente disseminados, em artigos acadêmicos (Amato; Saba; Barros, 2021;

¹ Retomo aqui especialmente os seguintes textos de minha autoria: “A aprendizagem regulatória do direito: da sociedade industrial à sociedade digital”. In: BARROS, M. A. L. L.; SOUZA PINTO, F. C. (orgs.). **Dados, regulação e sociedade digital**: debates sobre mercado, poder público e a LGPD. São Paulo: Thomson Reuters, 2024. p. 79-93; (com Marco Barros) “Expertise e evidências na regulação jurídica: cognitivização do direito na sociedade mundial”. In: COSTA-NETO, J.; AMATO, L. F.; BUSTAMANTE, T. (orgs.). **A Prova**: ensaios em homenagem a Frederick Schauer. 1ed. São Paulo: Lumen Juris, 2023. p. 29-76; “El derecho de la sociedad digital: por un nuevo iluminismo sociológico y jurídico”. **Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica**, v. 3, n. 4, p. 165-181, 2022; “Metamorfoses do Estado regulador e a distinção entre direito público e direito privado”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 117, p. 203-226, 2022; “Fake News: regulação ou metarregulação?”. **Revista de Informação Legislativa**, v. 58, n. 230, p. 29-53, 2021; “Personalidade jurídica, mercado e opinião pública: uma visão sistêmico-institucional”. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 7, n. 2, p. 78-96, 2020; “Governança e regulação: legitimidade e novas formas de programação do direito”. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico (RFD FE)**, v. 3, n. 4, p. 139-158, 2014.



Barros *et al.*, 2023;) e também em livro digital (Saba *et al.*, 2021)². Até hoje, o tema das *fake news* assombra a agenda política nacional e mundial, carecendo de regulação adequada. Esse é um dos tópicos de que se vale a discussão – mais ampla – aqui ensaiada.

Dedico este livro à memória da amiga e professora Elza Boiteux, com quem, em janeiro de 2023, tive a oportunidade de dividir um Curso de Verão na Faculdade de Direito da USP, sobre *Pensamento Jurídico para o Século XXI*³. Enquanto apresentei ideias iniciais deste texto em minha aula, em sua exposição a professora Elza Boiteux defendeu o papel da filosofia do direito em uma era na qual o conhecimento científico e tecnológico, segundo alguns, teria avançado a ponto de prescindir da reflexão sobre justiça e direito. É o caso do físico britânico Stephen Hawking, que chegou a declarar que “a filosofia está morta”, ao que a professora Elza fez questão de reagir em sua aula: “Para nós, a filosofia não morreu”.

Finalmente, no início de 2024 pude sistematizar algumas ideias e integrá-las ao livro, com apoio do Programa de Apoio aos Novos Docentes da Universidade de São Paulo, durante uma estadia como pesquisador visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Cambridge, Inglaterra. Agradeço o acolhimento do Professor Simon Deakin, diretor do *Centre for Business Research*, que tem liderado instigantes pesquisa sobre teoria dos sistemas, inteligência artificial e tópicos de direito trabalhista e empresarial.

Nada mais coerente com o escopo da obra do que disponibilizá-la em acesso digital gratuito pelo Portal de Livros Abertos da Universidade de São Paulo.

² Acesse gratuitamente o livro *Fake news e eleições: estudo sociojurídico sobre política, comunicação digital e regulação no Brasil*: <https://www.editorafi.org/203fakenews>

³ Aulas do curso *Pensamento Jurídico para o Século XXI* disponíveis aqui: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLIOHUNM3bEj7n1kResQNA3Q7LD7Wav76t>



1. O público e o privado na Atenas clássica

Para construir formas no meio do sentido, precisamos distinguir. Eis o atributo fundamental da inteligência: a capacidade de distinguir. Indicar é distinguir. Conceitos são formas de dois lados – um valor e seu contravalor (Spencer-Brown, 1972 [1969], p. 1-7). Cada diferença biparte o universo. Não indica tudo, é certo. Apresenta um ponto cego. Daí que a autodescrição valha na medida em que apresente distinções úteis ao entendimento. Daí também que o que consideramos como contraparte de uma “esfera pública” seja variável historicamente, e logo seja mutável o conceito de “público”.

A autodescrição que tomamos como representativa da antiguidade ocidental é a democracia ateniense sob a liderança de Péricles (século V a.C.) e a teorização aristotélica da “comunidade política” – uma universalidade cujas partes são as unidades familiares, que vão se conglobando em ordens maiores de parentesco até formarem a cidade como totalidade social (Luhmann, 2018 [1980], p. 30-37).

Embora a Atenas clássica (assim como a Roma republicana, séculos depois) apresentasse rudimentos de uma diferenciação funcional, com o desenvolvimento do comércio e a cobrança de tributos, nesse contexto a distinção *público/ privado* emergiu dentro de uma estrutura social estratificada, na qual se dividiam e se uniam o *locus* da economia e o espaço da política. Nesse regime institucional de economia doméstica e democracia patriarcal, o princípio ordenador do espaço privado é o poder do chefe familiar em dirigir o trabalho escravo no âmbito doméstico – não há propriamente uma visão profissional (e, nesse sentido, pública) da atividade produtiva, da empresa. O sustento propiciado pelo domínio da riqueza concede tempo livre para participar da vida ativa, da deliberação sobre os problemas coletivos e as coisas comuns. A inclusão econômica é condição habilitante da inclusão política – e essa integração, ou indiferenciação, leva a um círculo restrito de cidadãos. Ao espaço doméstico da produção, estritamente privado, limitado à casa (*oikos*), contrapõe-se o auditório



público, a rua, a praça (ágora), o local da assembleia (*ekklesia*) – mais precisamente, na Atenas do século V a.C., a encosta da colina de Pnyx. Ali a comunidade *reunida* decidia sobre a guerra e a paz (Starr, 2005 [1990], p. 57). Essa democracia direta, exercitada periódica e presencialmente, combinava-se com uma democracia aleatória – o sorteio para os cargos “executivos”, responsáveis pela gestão cotidiana da cidade.

Como nota Luhmann (2012 [1997], p. 197-8), dada a distinção institucional entre *oikos* e *polis* – apresentada em uma diferenciação urbanística, espacial, bastante concreta –, teria parecido paradoxal a ouvidos gregos a ideia de uma “economia política”. É, portanto, em um sentido bastante distinto que o privado e o público continuam a ser identificados na modernidade liberal com o econômico e o político.

De um lado, a diferenciação funcional e a multiplicação de papéis sociais para além de uma ordem rígida de estratos – determinados pelo nascimento e abarcantes de todos os privilégios e obrigações pessoais – irão tornar a atividade política permanente um obstáculo ao exercício da atividade mercantil. E o contraste de Constant (1988 [1819]) entre a liberdade ativa, republicana, dos antigos, de participar da vida política, e a liberdade negativa, dos modernos, de ter o Estado como garante de seus negócios, mas não como expropriador de sua riqueza, representará os clamores por uma (autor)restrição do sistema político – que levará à teorização do governo representativo e à profissionalização da política.

Um sistema econômico autorreferente é bem descrito como “uma diferenciação de mercados que servem como ambiente para as formações de organizações (empresas), que, com um olho em seu mercado, veem as outras como competidoras” (Luhmann, 2013 [1997], p. 98). A coordenação da atividade econômica passa da observação direta dos trabalhadores por um mestre, em uma unidade doméstica ou fabril, para a observação de segunda ordem proporcionada pelo mercado – e, então, a função central do administrador passa a ser interpretar dados do mercado (Luhmann, 2013 [1997], p. 79), que marcam as oscilações de preços, os encontros e desencontros entre demanda e oferta.



A economia plenamente diferenciada (ver Luhmann, 2017 [1988]; Boldyrev, 2013), distinguida do código moral (bom/ mau) e dos outros sistemas sociais e seus problemas-chave (lícito/ ilícito, poder/ não poder ou governo/ oposição, verdade/ falsidade), surge portanto no ocidente basicamente no século XVIII, quando desenvolve um ambiente institucional interno próprio (o mercado, que não mais se confunde com um lugar concreto, como uma feira medieval), por onde circula um meio simbólico generalizado e distinto (o dinheiro), que reflete avaliações de produtos e do próprio dinheiro a partir do problema fundamentalmente econômico da escassez. É a escassez a “fórmula de contingência”, o critério de variabilidade inerentemente econômico, mobilizado pela dinâmica da precificação. Essa dinâmica autorreferencial é que distingue uma economia de mercado – ao contrário de uma simples rotina de trocas e reciprocidade, observável em virtualmente toda sociedade na história. É apenas então que “[p]reços oferecem a possibilidade de observar como outros observam o mercado e se eles compram ou não a certo preço” (Luhmann, 2012 [1997], p. 225). É aí que a ciência marca o surgimento de uma autodescrição especializada desse sistema parcial da sociedade, na forma da “economia política” clássica. Essa economia já “social” ou “política” – no sentido de pública, distinta, portanto, de uma mera conglomeração de organizações privadas (as empresas domésticas ou as corporações de ofícios) – crava também na semântica sua dependência, mas também independência, em relação ao sistema político. Eis o sentido histórico da economia política liberal e das discussões sobre as formas e os limites do protecionismo, da concorrência, das combinações dos poderes privados contra o interesse público. A filosofia política da época desenvolvia, afinal, a passagem de uma visão do Estado *como* sociedade civil (como na narrativa contratualista, por oposição ao estado de natureza) para uma contraposição *entre* o Estado (a política) e a sociedade civil (a economia).

É certo que a distinção entre público e privado decaí contemporaneamente do seu estatuto de poder servir como fórmula para uma diferenciação/ identificação geral da sociedade. Ela é subcomplexa para descrever o estado das coisas. Em seu lugar, a forma mais abstrata *sistema/ ambiente* identifica e distingue



uma sociedade mais complexa: a economia tem em seu ambiente a política, mas também a ciência, a religião, a educação, a saúde, a arte; a política diferencia-se da economia, da religião, da família etc. E, se analisarmos cada um desses sistemas, há um *mix* de público e privado: grupos de pressão da “iniciativa privada” e movimentos sociais (a dita “sociedade civil”) na arena “pública” da política representativa; na economia, empresas estatais e privadas (inclusive familiares) combinadas como uma ordem impessoal, “pública”, “anônima”, do mercado. Nem a política se reduz ao Estado, nem a economia à empresa (privada). As formas e os critérios de combinação e transação entre esses lados é que passam a interessar, mas já não é verossímil cindir a sociedade por aquela contraposição simples do espaço público ao espaço privado.



2. Direito público e direito privado: a historicidade da dicotomia

A distinção entre direito público e direito privado foi identificada por Norberto Bobbio (2007 [1976], cap. 7) como “a grande dicotomia” do pensamento jurídico. A relevância da distinção entre os regimes de direito público e direito privado dá-se em razão das implicações jurídicas que se retira da classificação de uma situação-problema em um ou outro lado desta dicotomia.

O regime de direito público é caracterizado pela incidência de dois princípios gerais que direcionam a interpretação: o princípio da soberania e o princípio da legalidade estrita. Segundo o princípio da soberania, afirma-se a superioridade das prerrogativas estatais sobre qualquer outro centro de poder – pessoa natural ou jurídica. Pelo princípio da legalidade estrita⁴, um ente, órgão ou agente estatal apenas está autorizado a praticar a conduta ou a tomar a decisão que lhe for expressamente permitida. Não cabe aqui falar em permissões implícitas. Por mais que haja diferenças entre atos administrativos vinculados (plenamente pré-determinados ou pré-programados) e atos administrativos discricionários (que comportam margem de valoração e escolha), quaisquer deles exigem motivação adequada e alinhamento à finalidade prescrita, apenas gerando normas válidas se praticados nos limites da competência do ente, órgão

⁴ Hart (2007 [1994], p. 322) distingue os princípios, em relação às regras, por uma diferença meramente quantitativa ou de grau (e não estrutural). Princípios, em relação a regras, seriam apenas normas (1) mais extensas, gerais e inespecíficas (de modo que várias regras poderiam ser identificadas como decorrência de um só princípio) e (2) com maior referência a objetivos, finalidades, direitos ou valores (de modo que os princípios podem ser analisados como justificações e fundamentos lógicos de regras). Nesse sentido tradicional, a legalidade é classicamente elencada como um “princípio geral de direito” (ver, por exemplo, Ferrajoli, 2002 [1990], p. 74-75). Fala-se aqui de princípios como orientações normativas gerais de um sistema jurídico (ou de algum de seus ramos). No entanto, no sentido preciso da teoria de princípios de Alexy (2008 [1986]), a legalidade (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) ou a irretroatividade (a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu) são, em termos estruturais, regras, e não princípios; constituem, pois, direitos e obrigações definitivos, não sujeitos a ponderação ou sopesamento (ver Silva, 2003, p. 613-614).



ou agente – isto é, dentro da esfera delimitada de poder em que sua atuação é reconhecida como atualização da soberania estatal.

Já o regime de direito privado afirma a prevalência de dois princípios gerais diametralmente opostos aos do regime publicista. Trata-se, de um lado, da afirmação da autonomia da vontade privada. O poder dos privados de criarem e imporem normas para si e sobre si pode ser visto como uma “oferta de regulação” aberta pelo direito estatal; por exemplo, no campo da autonomia contratual, reconhece-se a liberdade de formatação de contratos atípicos, estabelecendo a lei (Código Civil, artigo 104) apenas os requisitos mínimos de capacidade dos agentes e possibilidade, licitude e determinabilidade do objeto da negociação. Por regra geral (artigo 107), até mesmo a forma de expressão da declaração de vontade capaz de gerar o vínculo negocial é livre. Assim, como observa Marcelo Neves (2013a [2011], p. 95), as “ofertas legais de regulação” no exercício da autonomia privada – isto é, a atribuição de poder na esfera privada – tanto se contrapõem à simples observância (cumprimento autônomo) das normas de conduta postas pelo Estado ou autoimpostas pelos particulares (uma vez que tenham feito uso do poder ofertado pelo Estado) quanto se diferenciam dos atos estatais de aplicação do direito em sentido estrito (produção de uma norma de decisão do caso) e de execução (imposição heterônoma da norma ou da respectiva sanção). Completando o princípio da autonomia da vontade, o regime privatista afirma o princípio da legalidade em um sentido amplo, contemplando as permissões tácitas, de modo que o que não está proibido (expressamente) é permitido (implicitamente). Assim, o exercício da autonomia privada dista dos controles estritos de legalidade dos atos estatais.

Diferentes princípios regem, portanto, a interpretação de atos jurídicos, conforme recaiam no campo público ou na esfera privada. Mas, afinal, por quais critérios diferenciar esses dois regimes contrapostos? A tradição dogmática de análise do direito redundou em três critérios básicos de classificação, sendo dois deles elementares e o terceiro mais complexo. Trata-se de orientações tópicas para a classificação das situações concretas, sem pretensões de uma precisão absoluta no elenco do que seriam atributos essenciais e necessários; pelo



contrário, buscam-se traços típicos, familiares, usuais do perfil ou do privatismo, ou do publicismo (Ferraz Jr., 2008 [1988], p. 109-112, 137-139).

Conforme o critério do interesse prevalecente, se no caso em tela se trata apenas de interesses individuais, o campo adequado é a esfera da autonomia privada. Se há em jogo algum interesse coletivo, pressupõe-se que seu guardião seja o Estado, evocando-se por isso o regime de direito público.

Um segundo critério classificatório é a referência ao sujeito da norma: se a norma (legal, contratual etc.) se destina aos particulares, aplica-se o regime privatista; se a norma envolve entre seus destinatários o Estado, aplica-se o regime publicista.

O terceiro critério classificatório é mais complexo, sendo composto de três elementos típicos: os tipos de relação jurídica, de norma jurídica e de posição jurídica envolvidos na situação-problema. Tipicamente, o direito privado envolveria relações jurídicas simétricas, horizontais, de coordenação entre partes que dispõem das mesmas prerrogativas e estão em similar posição de poder e capacidade de barganha; aqui teríamos a incidência basicamente de normas de conduta ou de regras atributivas de poderes aos particulares (capacidade de testar, de negociar etc.); finalmente, teríamos como posições jurídicas típicas a correlação entre um direito e um dever (um crédito e uma dívida, como no direito das obrigações) ou a correlação entre uma liberdade (ou privilégio) e um não direito – caso típico da propriedade.

Como explicou Hohfeld (1913; 1917), endossado por Alf Ross (2000 [1953], cap. 5), no primeiro caso (obrigação), ao dever de A corresponde uma faculdade ou direito de B; ou seja, B pode acionar judicialmente A, para exigir coercitivamente a execução de sua obrigação. No segundo caso (propriedade), A liberdade de A, por outro lado, implica uma ausência de direito subjetivo de B, que não pode cobrar a conduta de A. A propriedade, na verdade, é uma relação jurídica complexa: um “agregado de privilégios de uso, direitos de exclusão, poderes de disposição e imunidades contra a extinção ou alteração dessas faculdades ou a criação de novas faculdades” (Rodriguez, 1998, p. 13, nota 22). Característica central da propriedade, de todo o modo, é a exclusão *erga omnes*,



isto é, o não direito de todos os não proprietários de interferirem com a liberdade, do proprietário, de usar, fruir e dispor de seus bens. Daí a crítica de Kelsen (2006 [1960], p. 145-148) contra a doutrina tradicional, que apresentava a contraposição entre direitos obrigacionais (criados por vínculos pessoais) e direitos reais (referentes a vínculos entre pessoas e coisas); para Kelsen (2006 [1960], p. 146), também a propriedade consiste em uma “determinada relação de um indivíduo com outros indivíduos, a saber, no dever destes de não impedir aquele no exercício do seu poder de disposição sobre uma determinada coisa”, de modo que “o ‘domínio’ de um, juridicamente, é apenas o reflexo da exclusão dos outros”.

Já o direito público seria tipicamente caracterizado por relações verticais, assimétricas, de subordinação; afinal, uma das partes, ao menos, seria um ente, órgão ou agente estatal, atuando com as prerrogativas inerentes ao *jus imperii*, à soberania, à supremacia do Estado. Aqui é usual incidirem normas de organização e competência – afinal, trata-se de delimitar as esferas de exercício legítimo do poder pelos agentes estatais e, por conseguinte, os domínios de validade de seus atos normativos. Quanto às posições jurídicas correlativas típicas do direito público, teríamos os pares potestade-sujeição e imunidade-impotência. As relações tributárias são exemplares desse posicionamento. O Estado detém o poder de tributar, o qual é exercido na forma de uma potestade, isto é, de uma prerrogativa que depende apenas da manifestação da vontade unilateral para criar, lançar e arrecadar tributos; a tributação é imposta sobre o contribuinte, independentemente de seu assentimento. Ele está, portanto, sujeito ao poder de tributar por parte do Estado. Por outro lado, há limitações constitucionais e legais ao poder de tributar; uma dessas limitações configura o caso das imunidades tributárias, como prescritas na Constituição Federal de 1988, artigo 150, VI: o Estado não pode instituir impostos, por exemplo, que tenham fato gerador relacionado à atividade de templos religiosos, partidos políticos, fundações e associações, livros, jornais, periódicos, fonogramas e videofonogramas. Aqui há imunidade por parte do contribuinte e impotência por parte do Estado.



Podemos colocar em perspectiva histórica tal dicotomia observando três temporalidades cruciais: na longa duração, a primazia do direito privado na tradição romanística; na média duração, um movimento de publicização do direito a partir de fins do século XIX até a sequência da segunda guerra mundial; desde fins do século XX, uma tendência de reprivatização do direito.

A certa continuidade do direito privado pela linha romanística se opõe a novidade do direito público construído a partir do Estado territorial moderno. Na tradição romano-germânica, há uma continuidade relativa do direito privado contemporâneo em relação aos institutos do direito romano clássico e imperial. Embora os contratos tivessem um caráter sobretudo solene e ritualístico (uma primazia das formas sobre a livre manifestação da vontade, privilegiada pelo direito moderno a partir da máxima *pacta sunt servanda*), embora as sociedades tivessem apenas um caráter pessoal (contra o caráter institucional das grandes sociedades anônimas organizadas a partir do século XIX) e embora a noção romana de domínio comportasse uma série de poderes e senhorios (*dominia, manus, imperia, potestades*), ainda distantes da noção moderna de propriedade como direito subjetivo (Amato, 2022, p. 42-47), há ao menos alguma raiz conceitual discernível ao longo da tortuosa e descontínua evolução e recepção do direito romano no mundo moderno. Do direito romano arcaico (do período da realeza, VIII a II a.C., com suas “ações da lei” ritualísticas), clássico (sobretudo do período republicano, II a.C. a III d.C., com o processo formular conduzido por pretores e jurisconsultos) e tardio (do período imperial, III a IV d.C., com sua *cognitio extra ordinem* conduzida pelo imperador e sua burocracia) até a compilação do *Corpus Juris Civilis* realizada a mando de Justiniano, imperador bizantino, no século VI d.C., há já um profundo processo de transformação. Esse direito romano, compilado sobretudo no livro do *Digesto* ou *Pandectas*, será recuperado pelos glosadores a partir do ano mil (época em que, na Inglaterra, nascerá o *common law*, como um direito consuetudinário-jurisprudencial criado pelas cortes régias e de equidade). O grande trabalho de sistematização, ordenação e abstração conceitual e principiológica da herança romanística será



iniciado pelos comentadores a partir do século XIV, gerando um direito romano erudito e sistematizado, usado como um direito comum (*ius commune*), subsidiário ou sobreposto à pluralidade de ordens jurídicas, costumes e privilégios que caracterizava uma Europa continental em transição do medievo à modernidade nascente (Lopes, 2012 [2000], cap. 2 e 5). Em países como a Alemanha, haverá um uso moderno dos Pandectas, de modo que o direito romano assim estudado e sistematizado será aplicado na prática, além de estudado pela escola histórica do direito, cujos juristas (os pandectistas) contribuirão para a formulação dos conceitos e institutos centrais do direito privado consagrado pelo Código Civil alemão de 1900 (o *Bürgerliches Gesetzbuch*, *BGB*). Aí se consagra também o método formalista de estudo do direito privado moderno, com a “jurisprudência dos conceitos” – a tendência alemã correspondente ao movimento de codificação, assim como na França se consolidara a chamada “escola da exegese” ao redor do Código Civil de 1804 (Amato, 2023a, cap. 2).

Ora, por essa notícia histórica já se vê que a própria linhagem do direito privado de matriz romano-germânica não é simples e linear. A história do direito público ocidental é ainda mais permeada de rupturas sociais e transformações conceituais. Tomemos, por exemplo, o perfil da organização política na antiguidade clássica. Na Grécia, ao espaço doméstico da produção, estritamente privado, limitado à casa (*oikos*), contrapõe-se o auditório público, a rua, a praça (*ágora*), o local da assembleia (*ekklesia*) – mais precisamente, na Atenas do século V a.C., a encosta da colina de Pnyx. Ali a comunidade reunida decidia sobre a guerra e a paz (Starr, 2005 [1990], p. 57). Essa democracia direta, exercitada periódica e presencialmente, combinava-se com uma democracia aleatória – o sorteio para os cargos “executivos”, responsáveis pela gestão cotidiana da cidade. Ao modelo grego de “democracia”, a tradição ocidental acrescenta o paradigma romano de “república” (509 a 27 a.C.): um “governo misto” baseado na composição de camadas sociais, em uma sociedade estratificada. Os cônsules (dois pretores com funções executivas, de *imperium*) eram o homólogo da monarquia (ou diarquia), mas eleitos anualmente; as assembleias (o “comício”



geral e os “concílios”, inclusive da plebe) vocalizavam a democracia dos homens livres; o senado respondia pelo freio conservador, aristocrático, dos patrícios (Colognesi, 2014 [2009], cap. 5; Araujo, 2013, p. 12-26). Essa organização evitaria a degeneração típica das formas de governo “puras” identificadas pela tradição aristotélica (Bobbio, 2000a [1976]): a monarquia se degeneraria em tirania quando o governante deixasse de buscar o bem comum; a aristocracia se degeneraria em oligarquia, quando a minoria governante se voltasse apenas a seus interesses; a república, *politeia* ou democracia se degeneraria em demagogia, em tirania da maioria contra a elite.

Registrem-se as diversas metamorfoses pelas quais passou o conceito de “democracia”, ou seus homólogos, como “república” (Bobbio, 1989 [1978]). Na antiga teoria das formas de governo, talhada segundo o critério moral e estratificatório, a *politeia* veio a ser associada ao poder soberano exercido pela maioria ou pela multidão (Platão critica a democracia como governo dos pobres contra os ricos e a posiciona ao lado da tirania, quando o poder é exercido arbitrariamente por um soberano ungido pela fúria plebiscitária do povo, ou dos pobres; Aristóteles reserva o termo democracia para a forma degenerada do governo da maioria, contra o bem comum). No início da modernidade, aristocracia e democracia tendem a ser identificadas na forma da república (que confere o exercício da soberania do estado a uma assembleia, democrática ou aristocrática), contrapondo a república ao principado ou à monarquia. Na forma *república/principado* (Maquiavel), o terceiro excluído é o “despotismo”, associado por Montesquieu aos povos orientais. Nos tempos de consolidação do estado territorial europeu, a maioria dos filósofos políticos defende a adequação da república para a antiguidade, mas primazia da monarquia para o estado moderno (Hobbes e Locke, Vico e Bodin, Kant e Hegel). Uma exceção democrática é Spinoza; outra é Rousseau. Ele marca a terceira metamorfose do conceito de democracia, no contraponto entre democracia direta (sem representantes ou sociedades “intermediárias”, como defendia Rousseau) e democracia representativa (sustentada em uma vida associativa densa, segundo analisava Tocqueville).



A visão protodemocrática pós revoluções liberais, institucionalizada na forma de governo representativo (defendido por Mill), vem a ser combatida no século XX como insuficiente e contraposta à “democracia real”. Nessa última grande metamorfose do conceito de democracia, há uma oscilação entre mecanismos de democracia direta (governo assemblear, mandato imperativo, referendo) e a centralização de poder pela ditadura revolucionária (a “ditadura do proletariado” de Marx). O modelo da ditadura romana, “comissionária”, previa a legitimação extraordinária de um magistrado nomeado pelos cônsules para exercer temporariamente plenos poderes em estado de necessidade (guerra, crise). Como o interstício revolucionário não pôde mais ser considerado instantâneo e as ditaduras tornaram-se regimes burocráticos duradouros, toda a forma antiliberal de governo no século vinte veio a ser classificada como “totalitarismo” (Schmitt) ou autoritarismo. Consolidaram-se a distinção democracia/ ditadura como principal diferença do sistema político e a democracia como premissa para a reprodução sucessiva de outras diferenças no sistema político (monarquia/ república, presidencialismo/ parlamentarismo, governo/ oposição).

Portanto, a partir de suas raízes na antiguidade clássica, a tradição republicana será retomada no renascimento em autores como Maquiavel, que passará a diferenciar os governos despóticos, os governos monárquicos (principados) e os governos republicanos (baseados em assembleias democráticas ou aristocráticas). Entretanto, o conceito atual de “república” passou por diversas mutações (Bignotto, 2013), até chegar a ser identificado a uma forma de governo em que a chefia do Poder Executivo é atribuída a um presidente eleito (direta ou indiretamente) – nas repúblicas presidencialistas, o presidente é chefe de Estado e de governo; nas repúblicas parlamentaristas (ou semipresidencialistas), a chefia de governo é atribuída a um primeiro ministro escolhido pelo parlamento e o presidente se atém, basicamente, às funções simbólicas e cerimoniais de chefia de Estado (ver Duverger, 1980; Amato, 2018, p. 289-301). Ora, este sentido moderno de república é firmado com a revolução americana, que marca a ruptura colonial de uma nação independente que não



dispõe de uma liderança política “natural” para chefiar o Estado (como seria a liderança tradicional dos monarcas). Com isso, no lugar das formas de governo aristotélicas, é muito mais a combinação weberiana de legitimidade carismática do presidente e dos legisladores com a legitimidade jurídica da burocracia Estatal o que explicará a organização do Estado contemporâneo (Bobbio, 2000b [1980]).

A grande ruptura com a tradição política da antiguidade se firma a partir dos conflitos que caracterizam o pluralismo jurídico medieval; isto é, a sobreposição e confusão de ordens jurídicas imperiais, régias, feudais, comunais, corporativas etc. (Grossi, 2014 [1995]). Particularmente, é o conflito entre o poder temporal dos imperadores e o poder espiritual dos papas que consagrará a dualidade de foros (o foro íntimo da moral, da consciência e da religião, e o foro externo, do direito positivo) na disputa pela normatização de relações públicas e privadas (Prodi, 2005 [2000]). Lembre-se que, a partir do ano mil, a própria Igreja Católica organizará seu direito canônico, sistematizando-o em um corpo de fontes formais hierarquizadas e aplicáveis em processos conduzidos por profissionais especializados, com ritos, fases e recursos bem definidos, provas tipificadas e prevalência da forma escrita. Tudo isso transformará a Igreja em modelo para a burocracia pública moderna; apenas o caráter inquisitorial do processo canônico será substituído pela organização adversarial, duelística, do *common law*, em que juiz e acusador cumprem papéis diferenciados (Lopes, 2012 [2000], cap. 4; Berman, 1983, p. 180-197, 418-423; 2003, p. 284-294).

Ao lado do modelo de organização burocrática e racionalização jurídica legado pela Igreja, há também uma semântica universalista do direito natural que se firmará na tradição cristã, cristalizando certos princípios e direitos inatos tidos como paradigma para a avaliação das decisões temporais; o direito positivo estaria subordinado a um “direito superior” (Unger, 1979 [1976], p. 76-95). Assim também é que nascem as teorias modernas da soberania – a princípio definida (por Bodin e Bossuet) como um poder absoluto e perpétuo encarnado nos reis por direito divino. O contratualismo fornecerá a chave para consolidar o paradoxo da soberania (Magalhães, 2016 [2000]): o poder supremo da comunidade política e de seus representantes (o rei ou o parlamento) será



justificado em nome do reconhecimento e da garantia de direitos individuais dos súditos ou cidadãos, direitos estes que antecederiam logicamente a própria instituição do Estado. Assim, na transação da garantia efetiva de direitos inatos em troca do direito à autodefesa e autotutela, cedido ao soberano público, o contratualismo justifica o Estado absolutista (com Hobbes) e, logo a seguir, o Estado liberal (com Locke ou Kant), ou mesmo uma nova versão de democracia direta (a república idealizada por Rousseau). A tradição soberanista moderna rompe com a tradição republicana antiga (Araujo, 2013). Ademais, aproveita-se da noção de representação política, cujas primeiras concepções se manifestaram ainda no medievo (Gierke, 1900 [1881]; 1939 [1880]), ganhando configurações ainda estratificadas no início da modernidade – pensemos na divisão entre Câmara dos Lordes e Câmara dos Comuns, instituída no Reino Unido no século XIV; nas dietas do Sacro Império Romano-Germânico; ou na Assembleia dos (Três) Estados Gerais na França pré-revolucionária.

Além da clivagem dessas diversas rupturas e mutações institucionais e conceituais no direito público, enquanto organização jurídica do poder político, tal relato ressalta o papel que o direito natural racional, moderno, teve ao consolidar uma imagem sistemática do direito (visto como ordem, ordenamento, ordenação, hierarquia), dentro da qual direito público e privado passaram a conviver como uma dicotomia interna à unidade maior do direito estatal. Antes da época jusracionalista,

[...] direito privado e direito público permaneceriam habitualmente separados. Enquanto o direito privado se fora desenvolvendo sem aparente solução de continuidade através da *interpretatio* dos juristas – chamados a resolver controvérsias que, mesmo nascendo de uma sociedade diversa da sociedade romana, continuavam a envolver de qualquer modo institutos típicos de direito privado, como propriedade, contratos, testamentos –, o direito público moderno nascera de conflitos de poder desconhecidos na sociedade antiga: antes de mais nada, o conflito entre poder espiritual e poder temporal, que constituiu por alguns séculos o principal argumento da tratadística política, e, por conseguinte, o conflito entre *regna* e *imperium*, ou aquele entre *regna* e *civitates*. [...] Mas, a uma sistemática geral do direito, que compreendesse ao mesmo tempo e com igual dignidade tanto o direito privado quanto o direito público, jamais se chegara antes da tratadística do direito natural. (BOBBIO, 1991 [1979], p. 35)



Com as revoluções liberais, independências e unificações nacionais entre os séculos XVII e XIX, surge o Estado liberal, baseado em uma autorrestrição da soberania por declarações de direitos, constituições, códigos, leis e precedentes; privilegia-se, aqui, a abertura de uma ampla esfera transacional de autonomia privada. Entre fins do século XIX e princípios do século XX, porém, ocorre uma grande crise do Estado liberal, momento em que se afirmam os primórdios do Estado social, caracterizado pela autonomização, crescimento e mesmo prevalência do direito público. Este modelo de Estado terá seu auge entre as décadas de 1930 e 1960.



3. Metamorfoses da regulação

Na história recente, a menção a “Estado regulador” marca a transição do Estado social ou desenvolvimentista (prevalente entre as décadas de 1930 e 1960) ao Estado neoliberal (a partir da década de 1980). Ambos os modelos de Estado criaram formas jurídicas que rearranjaram a classificação estanque e polarizada dos campos público e privado. A crise ambiental global e muitos dos problemas regulatórios da sociedade digital, de caráter transterritorial, colocam similarmente sob pressão as tradicionais linhas demarcatórias entre o direito público e o privado.

Por vezes se diz que o Estado social keynesiano, com maior atuação no planejamento e na intervenção econômica, é um “Estado regulador”; este é o sentido americano da configuração governamental que emergiu a partir da crise de 1929 e desenvolveu no âmbito do Estado uma série de agências, corporações e empresas públicas voltadas a regular setores como os serviços públicos e âmbitos como o mercado de capitais, o mercado de crédito imobiliário, as relações de trabalho e o desenvolvimento regional. Nesse sentido, as formas estatais e mistas de governo e governança nascidas a partir da crise do Estado social seriam então “pós-regulatórias” (Calvo García, 2018). Em outros casos, diz-se que o “Estado regulador” é justamente aquele que adota uma institucionalidade neoliberal, que abre espaço à iniciativa privada e às organizações sociais – justamente, à autorregulação – e retrai-se de sua atividade planejadora e empreendedora direta, concentrando-se na regulação setorial e na defesa da concorrência (Faria, 1999; 2011). Tendo esclarecido a equivocidade do termo, o que importa é notar os discursos e as formas jurídicas que marcam a passagem de um governo nacional hierárquico e unitário para uma governança mista (público-privada) e multinível, e de uma regulamentação administrativa minudente (pelo Estado) para uma regulação à distância das atividades privadas (econômicas, midiáticas, sanitárias) (Amato, 2014; Christodoulidis, 2020). É essa



transição que este artigo enfatiza do tratar das metamorfoses do Estado regulador.

Um primeiro exemplo do movimento de publicização do direito pode ser dado por referência à obra dos grandes tratadistas de direito administrativo e constitucional de fins do século XIX e início do século XX, como Léon Duguit (1917). Em vez de firmar-se no conceito de soberania como justificção do Estado, o autor busca definir o serviço público como fim do Estado, e a força pública, as prerrogativas especiais do Estado, sua *puissance publique*, como meio, mero instrumento à consecução de sua finalidade. Por outro lado, Duguit rejeita falar de direitos individuais naturais, preferindo elencar deveres de solidariedade (Babie; Viven-Wilksch, 2019). O próprio instituto da propriedade é visto nestes termos. Tal visão se consolida paradigmaticamente com a Constituição da república alemã (Constituição de Weimar, 1919, art. 14, 2ª alínea), nos termos: “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade”. Difícil imaginar um contraste maior com a concepção privatista afirmada na Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 17), que definia a propriedade como “um direito inviolável e sagrado” (Amato, 2022, p. 301-317; Polido, 2006).

Vale um registro (Amato, 2022, p. 74-75): a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, esboçada por Thomas Jefferson, não mencionou a propriedade, mas apenas “certos direitos inalienáveis”, entre eles à vida, à liberdade e à “persecução da felicidade”; entretanto, a precaução de James Madison, sempre atento para proteger a aristocracia proprietária contra a “tirania da maioria” de despossuídos, conduziu-o a lutar para que uma Declaração de Direitos fosse anexada em 1791 à Constituição americana (de 1787), com sua quinta emenda garantindo que ninguém poderia “ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”. Madison atestava que a desigualdade de propriedade, originada da “diversidade nas faculdades dos homens”, inevitavelmente geraria conflitos, cabendo especialmente aos juízes salvaguardar os proprietários, ou seja, garantir a “aderência inflexível e uniforme



aos direitos da Constituição” (ver Hamilton; Madison; Jay, 2008 [1788], p. 50, 384 [n. 10 e 78]).

Voltando aos novecentos: assim como Duguit, outro publicista notável, sobretudo na primeira metade do século XX, foi Kelsen, que praticamente inverte a concepção liberal clássica de que o “direito dos privados” seria uma esfera de liberdades naturais a ser respeitada por um Estado “artificial” (demandando, por isso, uma profunda limitação dos poderes deste Estado); de certo modo, diz Kelsen, o direito privado é um ramo do direito público, se entendermos o Estado como a ordem jurídica prevalecente. Ao enfatizar que direito público e privado compõem ambos o direito estatal, Kelsen (2006 [1960], p. 309-315) distingue a autonomia característica do direito privado (a autovinculação dos particulares, autorizados a criar normas individuais e concretas a partir do Código Civil, por exemplo – atos e negócios jurídicos) da heteronomia do direito público (a vinculação unilateral dos cidadãos às normas ditadas por órgãos do Estado, inclusive normas individuais e concretas postas pela administração pública).

Prova de que uma concepção publicista toma conta das diferentes linhagens de teoria do direito no início do século XX é dada por uma terceira referência: faça-se menção ao pluralismo jurídico institucionalista de autores como Hauriou (1968 [1925]) e Romano (2008 [1917]). Nessas teorias, o Estado é conceituado como um ordenamento jurídico entre outros. Em uma visão corporativista, toda a sociedade é imaginada a partir de corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado, cada qual conformando sua própria ordem jurídica – famílias, igrejas, associações, sindicatos. Surge, portanto, uma noção de organização jurídica coletiva extra-estatal.

Com a crise econômica de 1929, terão lugar as primeiras grandes experiências de Estado social, com o *New Deal* nos Estados Unidos, o Estado desenvolvimentista organizado a partir da Revolução de 1930 no Brasil e o Estado de bem-estar social na Europa (especialmente nos países escandinavos). O exemplo do *New Deal* americano mostra a ampla construção do Estado administrativo, com o uso de ferramentas de direito público para estruturar as políticas públicas e para regular setores até então deixados apenas ao direito



privado (Dagan, 2018; Solar Cayón, 2002; Amato, 2022, cap. 2). Ao lado do direito societário (privado), surge o direito de regulação do mercado de capitais, com a criação da *Securities and Exchange Commission* (SEC). Ao lado do direito contratual clássico (privado), surgem as autoridades reguladoras das relações de trabalho, com o instrumento da negociação coletiva como compensação para as assimetrias de poder de barganha entre capital e trabalho. Organizam-se diversas agências públicas encarregadas do desenvolvimento da infraestrutura, do acesso à moradia por crédito hipotecário e da prestação de serviços públicos (Amato, 2022, cap. 2).

Após a segunda guerra mundial, os investimentos do Plano Marshall e a organização da economia internacional – por instituições como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), a Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL/ ONU), a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Comunidade Econômica Europeia) – privilegiam o modelo de Estado social, desenvolvimentista, intervencionista, planejador e mesmo empreendedor. É nos anos de 1970 que este Estado entrará em crise, por uma série de fatores: por exemplo, a crise fiscal resultante dos choques do petróleo (o que aprofundou a crise da dívida externa no Brasil) e a crise da sociedade industrial de consumo de massa (denunciada pelo relatório do Clube de Roma sobre *Os limites do crescimento*, além de outras expressões do movimento ambientalista). Com isso, a partir dos anos de 1980 nasce um modelo de Estado neoliberal, facilitado pela interconexão global proporcionada pela informática e direcionado a políticas de privatização de empresas estatais, desregulação dos mercados financeiros e liberalização dos fluxos de mercadorias e capitais.

Vejamos como a dicotomia *direito público/ direito privado* se expressa na comparação entre esses dois modelos de Estado regulador. Tomemos cinco pontos para o contraste.

O Estado social tende a centralizar as decisões no Poder Executivo (inclusive na administração indireta, com suas autarquias, fundações e empresas estatais), valendo-se amplamente do exercício do poder regulamentar – por vezes



exercido na forma direta de decretos emanados da chefia do Estado (como no caso do Estado Novo no Brasil, 1937 a 1945). Já o Estado neoliberal faz largo uso das agências reguladoras, autarquias instituídas no Brasil a partir dos anos de 1990, com prerrogativas de autonomia decisória diante dos próprios Poderes políticos. A lei 13.848/2019 prevê, nesse sentido, estabilidade do mandato para conselheiros e dirigentes das agências. Seguindo um projeto de isolamento da tecnoburocracia estatal em relação a pressões políticas, inclusive democráticas (Crozier; Huntington; Watanuki, 1975) – uma espécie de política de despolitização –, as agências de regulação setorial, assim como o Banco Central e seu Comitê de Política Monetária (Copom), têm magnificado seu “poder normativo de conjuntura” (Rocha, 2004), criando e modificando direitos, deveres, poderes e responsabilidades para além dos limites classicamente admitidos aos regulamentos de execução – tornam-se, desse modo, um *by-pass* dos tempos, consensos e formalidades legislativos.

Nesse contexto é que surge o direito regulatório. Em uma justificação lastreada na nova economia institucional, as intervenções jurídico-políticas são aceitas apenas em situações que envolvam “falhas de mercado”⁵; ou seja, quando a alocação de bens e serviços pelo mercado (com seu mecanismo de precificação

⁵ As falhas de mercado incluem, basicamente: 1) informação assimétrica entre as partes da transação, o que conduz a um desincentivo ao cumprimento de promessas; à seleção adversa (escolhas ruins); ao risco ou azar moral; ao comprometimento imperfeito; e a problemas do tipo agente-principal (o agente tem mais informações do que quem lhe delegou poder); 2) bens públicos, isto é, bens dos quais todos, ao mesmo tempo, podem se beneficiar e dos quais ninguém pode ser excluído de seus benefícios, o que gera o problema do efeito-carona (*free rider*), por parte de quem se beneficia, mas não contribui com os custos daquela obra, por exemplo (o que exige soluções envolvendo tributação e investimento público); 3) externalidades e custo social: consequências positivas ou negativas geradas para terceiros, que não participaram da decisão econômica, mas recebem seus benefícios ou arcam com seus prejuízos – se o custo social excede o custo privado, há uma externalidade negativa, mas se o custo privado é maior, tem-se externalidades positivas (a solução aqui seria internalizar externalidades, por meio de direitos de propriedade bem definidos, garantidos e executados e de mercados com baixos custos de transação); 4) poder econômico: oligopólios/ oligopsônios ou monopólios/ monopsônios, que geram preços maiores e demanda não satisfeita (a solução, no caso, se dá pelo controle antitruste, de condutas e estruturas anticoncorrenciais, pela estatização (exclusivo estatal) e pela regulação de serviços e “utilidades” públicas. A intervenção estatal, porém, só se justificaria quando as falhas de mercado fossem maiores que as potenciais “falhas de governo” apontadas pela “teoria da escolha pública” (por exemplo, corrupção, *rent-seeking* ou caça à renda, populismo, anéis burocráticos, *lobbies*, captura regulatória, informação assimétrica). Para resolver as “falhas de governo”, medidas usuais propostas são cortes de gastos e tributos, desregulamentação de mercados, privatizações e instituição de agências reguladoras independentes.



baseado na oferta e demanda) não é eficiente, não maximiza riqueza ou bem-estar. Quando se privatizam atividades antes titularizadas por “exclusivos” (monopólios) estatais (como o setor financeiro, serviços de saúde, energia, telecomunicações, transporte aéreo e produção audiovisual), a regulação surge como uma disciplina de organização, limites e equilíbrios de poderes e interesses, entre economia de mercado (concorrência, lucro, equilíbrio econômico-financeiro) e Estado (interesse público, políticas públicas). O ente regulador é colocado à distância de seu próprio poder por controles e recursos, pela imposição de princípios procedimentais e pela obrigação de motivação de suas decisões regulatórias.

Frison-Roche (2005a [2004]; 2005b [2004]) destaca a concepção instrumental inerente ao direito da regulação, o qual tira seus princípios dos fins que persegue, buscando equilíbrios: por exemplo, a prevenção do risco sistêmico na regulação do setor bancário; a manutenção da diversidade e do pluralismo democrático no setor audiovisual; o acesso a bens essenciais (*e.g.* energia, saúde, rede postal); padrões de segurança (*e.g.* aviação civil, segurança alimentar, risco sanitário). Em vista dessas finalidades, a regulação se manifesta por medidas como a determinação de regras de acesso de terceiros às redes de infraestrutura monopolizadas; regramento das relações entre operadores e regulador; autorizações, licenças, limites tarifários; controle da oferta (outorgas e “regulação assimétrica”, que visa a enfraquecer o poder de mercado de um agente econômico estabelecido para atrair novos ofertantes do produto).

É possível dizer-se então que a regulação intervém como um tipo de aparelhagem própria a um setor, integrada dentro dele – do qual a regulamentação é apenas um dos instrumentos – que entrelaça regras gerais, decisões particulares, sanções, soluções de conflito e que inclui geralmente a criação de um regulador independente. Através dessa aparelhagem jurídica, o sistema de regulação cria e mantém um equilíbrio entre a concorrência e outro princípio além da concorrência dentro dos setores econômicos que não os podem criar ou manter por si próprios ou apoiando-se somente sobre o quadro geral do direito da concorrência. (Frison-Roche, 2005a [2004], p. 214)



Um segundo aspecto da comparação ressalta o tipo de organização administrativa estruturado em cada modelo de Estado. O Estado social caracteriza-se por uma administração do tipo “comando e controle” (“de cima para baixo”), na qual existe uma cisão entre o planejamento (comandado pela tecnoburocracia) e a implementação das políticas (feita pela burocracia “de rua”), com um fluxo unilateral de informações. Por contraste, o Estado neoliberal privilegia estratégias de correção e autorregulação regulada (“de baixo para cima”): aqui, entes privados (possivelmente concessionários do Estado) decidem sobre a alocação dos recursos; o Estado vela pela transparência, avaliação e correção dos contratos e das políticas de fomento (Sabel; Simon, 2011; Sabel; Reddy, 2006; Nonet; Selzkick, 2010 [1978]; Pressman; Wildalsky, 1984 [1973]; Annenberg, 2014).

Enquanto a ideia clássica de governo enfatiza a soberania do poder político e a estatalidade da produção jurídica, a noção de “governança” aponta para um caráter misto, de negociação e imposição, formulado a partir da composição entre interesse público e interesses privados organizados. A governança pressupõe uma estrutura multinível de entrelaçamento entre níveis de poder local, subnacional, transnacional etc. E, como no exemplo da União Europeia (Joerges; Sand; Teubner, 2004), aposta no insulamento político da tecnoburocracia (comitês, agências) e no enxugamento do papel dos parlamentos e das decisões políticas diretas ou representativas. Há, enfim, uma dispersão e um compartilhamento da autoridade, com riscos de privatização do espaço público.

Na transição semântica e institucional da regulamentação à regulação e do governo à governança, o Estado tende a mimetizar estruturas, conceitos e mentalidades da empresa privada, instituindo códigos de conduta e comitês de ética, focalizando questões de implementação e *enforcement* das medidas, exigindo obediência a normas e regulamentações internas (*compliance*). Fala-se também na necessidade de controles *a priori* (como obrigações de *due dilligence*, motivação e transparência das decisões) e *a posteriori* (revisão ou auditoria das decisões estatais ou privadas por juízes e “especialistas independentes”). Prega-



se a “ampla transparência” (*full disclosure*) e responsabilização (*accountability*), com uma “abertura” dos órgãos decisórios às “partes interessadas” (*stakeholders*), como investidores, organizações do mercado (como bolsas de valores e câmaras de comércio), sindicatos, comunidades locais, ONGs etc. Finalmente, afirma-se uma tendência de desconstitucionalização e deslegalização do direito, com abertura a diretrizes (*guidelines*), critérios de melhores práticas (*benchmarking*), *soft law*, negociações coletivas e certificações técnicas.

Em terceiro lugar, enquanto o Estado social aposta no papel empresarial dos entes públicos e na dinamização da economia por meio de investimento público, obras públicas e empresas estatais, o Estado neoliberal busca atrair capital privado, protegendo os contratos e investimentos e ofertando parcerias público-privadas (lei 11.079/2004).

Em quarto lugar: enquanto o Estado social move-se na direção da consagração de direitos sociais (prestações positivas realizadas pela administração pública, com previsão constitucional ou legal) e da universalização dos serviços públicos, o Estado neoliberal favorece políticas sociais focalizadas (como transferências de renda diretas para a extrema pobreza) e a abertura e criação de mercados para a prestação privada de serviços de educação e saúde, entre outros – segundo a Constituição Federal (art. 199 e 209), são “serviços públicos livres à iniciativa privada”.

Finalmente, o sentido mais amplo do Estado social é valer-se do direito público como limitação ao direito privado – a titularidade da propriedade privada é circunscrita pela exigência de sua produtividade (cumprimento da “função social”); a organização e reorganização societária, as fusões, cisões e incorporações estão sujeitas à regulação do mercado de capitais e ao controle das estruturas de poder econômico pelo direito antitruste; a liberdade contratual limita-se pelas proteções a trabalhadores e consumidores enquanto partes hipossuficientes das relações de emprego e consumo. Por contraste, o Estado neoliberal busca limitar as prerrogativas do Estado em benefício das partes privadas (Ferrarese, 2017; 2018). Assim caminha uma tendência de contratualização da administração pública, que estabelece maior



discricionariedade do gestor privado, sujeito ao cumprimento de metas estabelecidas pelo Estado. Exemplo mais evidente dessa tendência é o tema do “fato do príncipe”, tal como disciplinado pela Lei das Parcerias Público-Privadas (lei 11.079/2004, art. 5º, III) e pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos (lei 14.133/2021, art. 124, II, d). Garante-se aqui, à parte privada do contrato, determinada repartição de riscos e direitos e o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se as condições econômicas vierem a sofrer algum efeito ou repercussão de decisão política tomada pela autoridade soberana.

Diante do sintético – mas abrangente – panorama histórico apresentado, cabe retornarmos aos critérios de classificação das situações jurídicas para apresentar as complexidades que tomam conta da diferenciação entre direito público e direito privado. Tomemos, em primeiro lugar, o critério do interesse prevalente: se o interesse tutelado na situação é meramente individual, deveria ser regulado pelo direito privado; se se trata de interesse coletivo, caberia ao direito público. Ora, vemos surgir no Estado social uma série de interesses coletivos na esfera privada, que não necessariamente envolvem o Estado, mas se inserem em relações em que há alguma desigualdade ou assimetria de poder.

É o caso do que o Código de Defesa do Consumidor (art. 81, parágrafo único) conceitua como “direitos coletivos” e como “direitos individuais homogêneos”. No primeiro caso, trata-se de direitos transindividuais que se conformam a partir de uma relação jurídica de base entre indivíduos – por exemplo, entre os filiados a um mesmo sindicato, membros da mesma categoria profissional. Toda a discussão histórica sobre a organização da Justiça do Trabalho como um ramo administrativo ou judiciário, sobre as negociações e contratos coletivos de trabalho e sobre o caráter público ou privado do direito do trabalho (Venâncio Filho, 1983) ilustra a dificuldade que este ramo do direito impõe à “grande dicotomia” – de modo que uma das soluções classificatórias usuais foi referir-se ao direito do trabalho como “direito social”, um *tertium genus* entre o direito público e o privado.



Outro campo em que se afirmam assimetrias de informação e de poder de barganha é o ramo do direito do consumidor, igualmente típico do Estado social. Aqui a categoria de “direitos individuais homogêneos” é bastante ilustrativa. Trata-se de direitos individuais, configurados a partir de relações obrigacionais privadas. Cada consumidor contratou um bem ou serviço perante um fornecedor. Entretanto, usualmente uma série de consumidores que tenha contratado um produto de um mesmo fornecedor terá assinado um mesmo formulário, com cláusulas idênticas, um mesmo “contrato de adesão”. Assim, algum problema na prestação do serviço ou algum vício do produto (por exemplo, a demandar um *recall*) que atinja a todos esses consumidores individualmente poderá, por motivo de economia processual e facilitação do acesso à justiça, dar razão a uma ação coletiva.

Já o critério do sujeito normado (segundo o qual a presença do Estado na relação jurídica a caracterizaria como uma relação de direito público) e o critério complexo do tipo de relação, norma e posição jurídica são colocados sob pressão pelo Estado neoliberal. Nessa configuração econômico-política, é usual que o Estado se insira em relações de direito privado (por exemplo, firmando contratos para a locação de imóveis), assim como a assimetria das prerrogativas em favor do Estado vem a ser matizada por autorrestrições ao *jus imperii*, como na exigência referida de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em favor do concessionário privado, se houver modificação substantiva da conjuntura econômica derivada de decisão política do Estado.



4. Direitos difusos: do ambiente natural ao ambiente digital

Tema crucial na transformação dos modelos de Estado e direito é o advento da crise ambiental, que marca o declínio da sociedade industrial a partir dos anos de 1970. Aquecimento global, poluição, desmatamento, contaminação de corpos aquáticos e problemas de semelhante escopo são fatores que se acumulam na crise ambiental contemporânea, a qual pode ser caracterizada a partir de um tripé: transterritorialidade, incerteza radical e internalização de externalidades negativas.

Um traço comum dos problemas ambientais é seu caráter transterritorial – a envolver, por exemplo, biomas biodiversos que transcendem os limites territoriais de um Estado nacional e regulam os “serviços ambientais” para além de delimitações espaciais estritas (por exemplo, a Amazônia se estende por nove países da América do Sul, com impactos no regime de chuvas global). Essa nota característica da problemática ambiental exige, do ponto de vista jurídico, uma transição de políticas exclusivamente comandadas a partir dos governos nacionais para estratégias comuns traçadas a partir de uma governança global; o que significa rumar de uma concepção monista, estatalista e hierárquica do direito para um pluralismo jurídico heterárquico e multiescalar.

Outro traço característico dos problemas ambientais é a incerteza radical que os envolve. Podemos aqui diferenciar eventos de ignorância completa (nem as consequências de um evento ou comportamento são delimitáveis nem a probabilidade destes efeitos é calculável de antemão), casos envolvendo insegurança (incerteza radical quanto a resultados identificáveis, mas com probabilidade desconhecida) e situações de risco (resultados e probabilidades incertos, mas identificáveis, calculáveis, previsíveis, gerenciáveis). Essas situações são discernidas classicamente na teoria econômica (Knight, 1921) e sociológica (Luhmann, 1993 [1991]). A regulação ambiental incorpora tais



caracterizações ao fazer largo uso de análises de custo-benefício, considerando a probabilidade e gravidade dos danos (Sunstein, 2014 [2013]). Na terminologia do direito ambiental e dos direitos difusos (Zapater, 2020), o princípio da prevenção exige agir (ou responsabilizar a omissão de quem não aja) em caso de certeza ou alta probabilidade de dano, enquanto o princípio da precaução exige agir mesmo em caso de incerteza científica, empregando as melhores tecnologias para evitar ou minorar os danos (sob a máxima *in dubio pro ambiente*).

O terceiro traço característico dos problemas ambientais diz respeito ao tipo de solução que lhes é comumente endereçada. Trata-se da diretriz de internalizar externalidades negativas, fazendo com que quem cause um dano ambiental no exercício de determinada atividade (especialmente, de atividades lucrativas) arque com os custos sociais e ambientais de evitar ou remediar tal dano (Coase, 1960; Neves, V., 2016). Aqui incide o princípio do poluidor pagador (Bechara, 2020), consagrado na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, subscrita em 1992 durante a Conferência das Nações Unidas conhecida como ECO 92.

Para fins da presente análise, cabe focalizar o quanto o direito ambiental – surgido na ambiência das transformações do Estado entre fins do século XX e início do século XXI – exemplifica ou subverte os critérios classificatórios da distinção entre direito público e privado. Tomemos o critério do interesse prevaiente – se individual, o regime seria privado; se coletivo, o regime seria público. Ora, o direito ambiental consagra por excelência direitos difusos – transindividuais, indivisíveis, titularizados por pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato (Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único). Aqui não se trata de direitos individuais defensáveis coletivamente, mas tampouco se trata de direitos coletivos, titularizados por pessoas juridicamente vinculadas entre si. O vínculo surge por questões de fato – o fato de ser vulnerável a determinado dano ambiental possível, provável, iminente ou atual. E esse dano pode ser causado tanto por pessoas jurídicas de direito público quanto por pessoas naturais ou pessoas jurídicas de direito privado. Uma evolução importante foi o reconhecimento não apenas da possibilidade de um



indivíduo arcar com os tempos e custos de um processo judicial para defender esses direitos transindividuais (ação popular, lei 4717/1965), mas sobretudo a instituição da competência do Ministério Público para defender tais interesses judicial e extrajudicialmente (ação civil pública, lei 7347/1985).

Sobre o critério do sujeito normado, observa-se que as normas de direito ambiental se destinam tanto a sujeitos públicos quanto a privados, consagrando em grau máximo o princípio da solidariedade (Boiteux, 2010), que já caracterizava vários dos entendimentos relativos a direitos coletivos sob o Estado social, como a emergência da responsabilidade objetiva, que exige mero nexo causal entre certa atividade de risco e o dano dela decorrente (Ewald, 1986). Nesse sentido, ao instituir o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição Federal (art. 225) positiva como titulares do dever correlato tanto o Poder Público quanto a coletividade em geral. Na mesma linha, por exemplo, a Política Nacional de Resíduos Sólidos (lei 12.305/2010, art. 3º, XVII) traz o conceito de “responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos”, definindo-a como um “conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas” tanto dos consumidores e demais elos privados de uma cadeia produtiva (fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes) quanto de entes públicos e concessionários de serviços públicos (titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos). A todos incumbem deveres e responsabilidades a fim de “minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos”.

Ainda como evidência do caráter misto (público-privado) típico do direito ambiental, pode-se indicar políticas como as “parcerias público-privado-comunitárias” (Amato, 2022, p. 424-432), que envolvem a constituição de sociedades empresárias com aporte de capital público (tendo bancos públicos ou agências de desenvolvimento como investidores-âncora), investimento privado e participação societária de cooperativas. Há experiências de políticas de preservação ambiental envolvendo tais mecanismos jurídicos para a promoção



do empreendedorismo agroindustrial, contando inclusive com a comercialização de créditos de carbono, segundo o mecanismo de desenvolvimento limpo instituído pelo Protocolo de Quioto (em vigor desde 2005).

Finalmente, deve-se aludir ao critério mais complexo de classificação entre os campos do direito público e do direito privado – o critério da relação, norma e posições jurídicas típicas. O que resta evidente é que o direito ambiental faz uso de instrumentos tanto do direito público quanto do direito privado na composição de interesses (Lange, 2021). Por exemplo, no campo do direito tributário, há a experiência do chamado “ICMS ecológico” (Azevedo, 2018) – parcela do repasse aos municípios deste imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, de competência estadual (Constituição Federal, art. 158, IV), pode ser condicionada ao cumprimento de metas ambientais. Por outro lado, o dano ambiental é amplamente tratado também em termos privatistas (Lemos, 2011), com a configuração da responsabilidade objetiva nos termos do Código Civil (art. 927, parágrafo único). Quanto ao tipo de norma, finalmente, para promover a internalização das externalidades negativas, as políticas públicas ambientais e seu instrumental jurídico incluem normas de conduta e de organização, sanções negativas (punitivas) e sanções positivas (premiais), combinando imposições e incentivos (Bobbio, 2007 [1976]).

Como vimos, a “grande dicotomia” *direito público/direito privado* é produto de uma longa consolidação histórica, atingindo seu ápice com o Estado liberal do século XIX, quando se firmam seus critérios classificatórios, com a identificação, de um lado, do direito público à tutela de interesses coletivos, tendo por guardião presumido o Estado, ente dotado de prerrogativas soberanas exercidas em esferas de competência bem delimitadas para cada ente, órgão ou agente; de outro lado, o direito privado é conceituado como o campo natural de exercício da vontade individual, com delimitações abrangentes de capacidade jurídica e limites dados apenas por um juízo sobre o que seria dano sensível causado a um terceiro (Mill, 2003 [1859], p. 150; Rawls, 2007, p. 290-293).

O advento do Estado regulador no século XX – primeiro em sua configuração de Estado social, depois em sua forma de Estado neoliberal –



complexifica as relações e situações jurídicas, criando zonas cinzentas entre os polos da classificação, combinando instrumentos, institutos e princípios de direito público e privado. Tal constatação revela que, afinal, a “grande dicotomia”, como todo conceito, não é uma definição analítica pura, independente de um contexto social e histórico específico. Por outro lado, apreender a historicidade dessa dicotomia não significa negar suas virtudes operacionais enquanto indicação útil para a decidibilidade dos conflitos. Como ferramentas de argumentação, os critérios classificatórios precisam ser combinados para se identificar qual regime prevalece em determinada situação (direito público ou privado) e quais as suas implicações (soberania e legalidade estrita dos atos ou autonomia e legalidade ampla, comportando permissões implícitas). Cada situação complexa – como aquelas configuradas por problemas ambientais – poderá ter aspectos e componentes de um regime publicista e de um regime privatista combinados. A tarefa do intérprete será recortar e decompor esses aspectos, deslindando a prevalência de um ou outro regime e apontando suas consequências jurídicas.

Nessa linha é que faz todo o sentido a abordagem proposta por Zanatta (2022), ao destacar a originalidade brasileira na configuração jurídica da categoria dos “direitos difusos” – amplamente forjada ao redor da década de 1980 tendo em vista problemas ambientais e de preservação do patrimônio cultural –, com uma sucessiva apropriação criativa pelos movimentos de direitos digitais para estruturar as novas demandas regulatórias que surgiram nessas primeiras décadas do século XXI.

De modo muito similar ao tratamento das questões ambientais, a regulação jurídica das tecnologias digitais, em especial, representa um desafio para o aprendizado do sistema jurídico por pelo menos três motivos.

Em termos temporais, o desafio diz respeito à novidade tanto do processo exponencial de digitalização da comunicação na sociedade (permeando o aprendizado, o trabalho, o investimento e uma variedade de arenas de tomada de decisão – como seu observou durante e após a pandemia do Covid-19 em 2020/21) quanto da evolução tecnológica das plataformas digitais, redes sociais,

serviços de mensagens privadas e sistemas computacionais de tomada de decisão e análise de dados. Ao recorrer a conhecimentos especializados para gerenciar novas mídias e suas implantações econômicas, a evolução tecnológica ultrapassa o conhecimento jurídico estabelecido. Trata-se de novas tecnologias e, como tais, impõem “perigos” que precisam ser decodificados e processados pela sociedade e suas instituições, de modo que se transformem em “riscos” mensuráveis e gerenciáveis (Luhmann, 1993 [1991]).

Decodificar esses perigos em uma sociedade funcionalmente diferenciada exige processá-los dentro de cada sistema social especializado: os perigos da comunicação digital são pervasivos, mas cada sistema social (como a política, o direito, a mídia, a ciência) só pode processá-los com seus próprios recursos, seus “meios de comunicação simbolicamente generalizados”: o poder (político), a validade (jurídica), a informação (meios de comunicação de massa), a comprovação da veracidade de hipóteses (ciência). Assim, do ponto de vista social, fenômenos como as *fake news* e tecnologias como a inteligência artificial e a análise de *big data* têm repercussões em diversas áreas da sociedade: não apenas na política, na economia e no direito, mas também na saúde, na educação, na ciência, na religião etc. Por esse motivo, a abordagem policontextural proposta pela teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann pode ajudar a traçar uma visão sobre os múltiplos “efeitos colaterais” dessas tecnologias nos diferentes processos de comunicação autorreferidos (jurídicos, políticos, econômicos, científicos etc.) na sociedade mundial.

Finalmente, o direito estatal-nacional tem dificuldades para lidar com um fenômeno da sociedade mundial, isto é, com o caráter transfronteiriço das plataformas digitais, de propriedade de algumas empresas oligopolistas globais, e com a transnacionalidade dos fluxos comunicativos de dados e de sua comercialização. Tal cenário coloca desafios ao escopo do direito estatal, desafiando o alcance e a eficácia de arenas decisórias nacionais, incluindo o processo legislativo, as investigações, sanções e procedimentos judiciais.



5. Da antiguidade à modernidade: cultura, tecnologia e instituições

Até há pouco tempo era corrente identificar “a modernidade” como produto de transformações políticas, econômicas, culturais e tecnológicas enfeixadas, por um lado, nas revoluções liberais inspiradas pelo iluminismo (como a revolução americana e a francesa) e, por outro, na revolução industrial iniciada na Inglaterra. Daí que no século XIX tenha se configurado uma sociedade mundial moderna; embora a diferenciação funcional já se desenvolvesse desde a idade média tardia, só foi reconhecida como disruptiva desde a segunda metade do século XVIII (Luhmann, 1997a, p. 70).

A primeira revolução industrial – que foi propriamente a revolução da indústria – estabeleceu técnicas e máquinas que criaram uma manufatura mecanizada. A máquina a vapor e o tear mecânico foram seus símbolos. Seu resultado foi o rompimento do paradigma produtivo anterior, que Marx (1976 [1867]) em *O capital* chamava de produção doméstica (*putting-out system*) e que Durkheim (1984 [1893]) analisou em sua tese sobre *A divisão do trabalho social*. As consequências sociais das novas tecnologias e da nova organização da produção precisaram ser enfrentadas. A partir da organização dos trabalhadores, Marx vislumbrava o caminho de socialização dos meios de produção – o grau de concentração de capital privado seria tão elevado que facilitaria a sua tomada por um Estado ocupado por forças revolucionárias socializantes – daí a plausibilidade dos planos de estatização ou nacionalização plena na “transição socialista” rumo ao fim do Estado e da propriedade privada no comunismo. Durkheim (1992 [1890-1900]) indicava a solução corporativista: a organização de grupos intermediários (como associações) como contrapeso ao individualismo privado e ao autoritarismo estatal. Só assim o direito poderia prevenir a anomia e instituir uma vida comunitária no lugar das hierarquias destruídas da sociedade estratificada.



O século XX assinalou o aprofundamento da revolução industrial com sua segunda fase: aquela centrada na eletricidade, na indústria automobilística e na produção em massa. A forma organizacional da produção se viu identificada com as grandes plantas fabris e o conflito entre capital e trabalho foi procedimentalizado por meio da organização sindical e da negociação coletiva. Sem desfazer a propriedade privada dos meios de produção, o Estado tornou-se gestor macroeconômico, empresário em “setores estratégicos”, regulador em outros, e sobretudo provedor de serviços públicos e assistência social (Offe, 1984; Luhmann, 1990 [1987]). Weber (1978 [1922]) diagnosticou que o direito não poderia mais se resumir à formalização das clássicas liberdades naturais, positivadas em regras estritas que dessem certeza à propriedade absoluta e ao cumprimento dos contratos bilaterais; o direito começa a se “materializar”, isto é: para enfrentar as novas contingências, passa a incorporar cláusulas indeterminadas, como “boa-fé”, “função social” ou “dignidade”.

No pós-segunda guerra mundial, a democracia liberal começa de fato a generalizar-se (com a universalização do sufrágio) e o Estado de bem-estar social passa a prover níveis relativamente elevados de inclusão e mobilidade social, nos países centrais. No “terceiro mundo”, “subdesenvolvido”, as estratégias desenvolvimentistas também conseguem promover um grau elevado de mobilidade social ascendente, mas por vezes a política regride a formas autoritárias.

A mesma história poderia ser contada com foco nos *media*, nos meios de disseminação da comunicação (Luhmann, 2012, cap. 2; Vesting, 2018). As sociedades segmentárias eram baseadas na comunicação oral e seu direito era costumeiro e centrado ao redor de fórmulas facilmente memorizáveis, registradas na tradição. As sociedades estratificadas caracterizam-se pela emergência da escrita, técnica monopolizada pela elite. Com a invenção da imprensa, difundem-se os panfletos contra o *ancien régime*; a opinião pública se constitui ao redor de clubes de leitura e discussão política; a semântica dos direitos naturais a tal ponto autoriza todos a evocarem seus direitos que chegamos ao paradoxo de Locke (1997 [1667]): na esfera da consciência, no foro



interno, o magistrado não pode obrigar. Se o magistrado prescrever algo contrário à consciência, cidadão deve descumprir a lei, mas também submeter-se ao castigo, porque sua consciência não pode julgar lei geral nem afasta o princípio do dever de obediência. O particular não revoga lei pública.

Que é a positivação dos direitos naturais senão sua textualização, em fontes autorizadas, isto é, a formação de um corpo jurídico monopolizado pelo Estado? Então os antigos privilégios da sociedade estratificada e corporativa se generalizam como direitos do homem e do cidadão, em declarações de direitos, constituições e códigos.

Da mesma forma, a sociedade industrial engendrada pela produção em massa foi a sociedade da comunicação de massa: da imprensa, mas também do rádio e da televisão. Essa mídia de massas permitia um controle relativamente centralizado da produção das informações: as empresas de comunicação (em muitos países funcionando como concessões estatais) e o jornalismo profissional monopolizam a definição do código informativo/ não informativo, e com isso gerenciam a memória social: o que deve ser por todos lembrado, e o que pode ser esquecido (Luhmann, 2000 [1994]).

Com a digitalização crescente das diversas arenas de reprodução social – educação, economia, ciência, artes, política, religião –, progride a tendência paradoxal a uma fragmentação dos polos não apenas de consumo, mas de produção da informação, ao mesmo tempo em que tal anarquia ou poliarquia comunicacional é reintermediada por grandes companhias globais que proveem as plataformas digitais para a interconexão planetária. Daí a emergência das preocupações sobre os vieses retroalimentados pela coleta de dados pessoais dos usuários e pela (auto)programação das redes digitais, capazes de exponenciar discursos e subculturas fundamentalistas e extremistas, outrora mantidos sob controle diante da massificação das consciências promovida pelos meios analógicos de comunicação do século XX – a velha “indústria cultural” temida há quase um século pelos apocalípticos teóricos críticos de Frankfurt (Benjamin, Adorno, Horkheimer, Marcuse etc.), na esteira da crítica de Heidegger (1977 [1954]) à tecnologia.



6. A(s) esfera(s) pública(s), de Habermas a Luhmann

Jürgen Habermas (n. 1929) adentra a terceira década do século XXI como o maior nome da tradição crítica da Escola de Frankfurt. Há mais de meio século, travou debate clássico com Niklas Luhmann, deixando no ar a acusação de que a teoria dos sistemas por este formulada, ao abdicar de pretensões normativas, seria menos uma teoria da sociedade e mais uma “tecnologia social”.

O conceito de “esfera pública” comparece na obra de Habermas (1991 [1962]) aludindo ao advento da sociedade burguesa europeia, a partir da superação da sociedade estratificada e do Estado absolutista por duas vias: a emergência de uma esfera econômica que se desprende do âmbito doméstico e passa a enfatizar a autonomia privada exercida (publicamente) no mercado; o surgimento colateral de espaços voltados à discussão pública dos temas políticos, sobretudo pelo desenvolvimento da imprensa. Trata-se, enfim, da opinião pública enquanto âmbito pelo qual a sociedade civil se apresenta no domínio político. Com o progresso da produção teórica habermasiana, tal temática veio a encontrar-se com sua preocupação central nos anos de 1970 (Habermas, 1976 [1973]): como superar a “crise de legitimação” que marcava naquele período (nos países do Atlântico Norte) o Estado social, crescentemente burocratizado no provimento de benefícios e serviços públicos, mas pouco capaz de garantir a lealdade das massas; ao lado disso, havia ainda a crise econômica (e fiscal) e a crise de motivação (baixa integração sociocultural). Para fechar o triângulo, as preocupações com a opinião pública e com a crise de legitimação encontraram-se com a empreitada de Habermas nos anos 1980: superar a tradição anterior da Escola de Frankfurt (Adorno; Horkheimer, 1985 [1944]), que considerava a modernidade como irremediavelmente marcada pelo domínio da razão instrumental, voltada ao emprego calculado de pessoas e coisas para fins utilitários de maximização do dinheiro e do poder – com isso, a razão abandonaria seus constrangimentos normativos, conduzindo ao progresso técnico tanto quanto ao esvaziamento da liberdade em um “mundo



administrado”. A saída habermasiana foi a indicação de espaços nos quais se desenvolve, em linguagem comum, no “mundo da vida”, o discurso voltado ao entendimento e aos valores, ao juízo estético e moral – enfim, à “ação comunicativa”. A partir daí é que o direito passará a ser vislumbrado como um campo ambíguo, de contenção normativa dos imperativos estratégicos sistêmicos, ou de legitimação da colonização do mundo da vida pela administração política e econômica.

É sob esse pano de fundo que faz sentido tratar as esperanças habermasianas sobre o quanto os novos movimentos sociais e a sociedade civil organizada embalariam uma esfera pública pluralista, capaz de catalisar a cultura política liberal e legitimar o Estado democrático de direito.

Voltando, porém, a Habermas, sua remissão a uma esfera pública jurídica parece ter uma pretensão um tanto quanto oposta: abrir espaços para discursos de justificação não apenas na arena legislativa, mas igualmente no auditório judicial, facultando aos intérpretes do direito não apenas a possibilidade de remeter-se, de modo formalista e positivista, ao direito válido (em discursos de aplicação), mas também de legitimar-se para decisões mais criativas ou ativas, ouvindo demandas da sociedade civil que não necessariamente se prendem a uma interpretação *de lege lata*. Em que medida tal politização da interpretação jurídica não carrega, porém, os riscos de produzir um efeito adverso: não de pressionar os tribunais com demandas espontâneas e anárquicas do mundo da vida, mas sim de legitimar algumas organizações e autoridades – como movimentos organizados da sociedade civil e autoridades togadas – a imporem suas demandas estratégicas, setoriais e potencialmente particularistas (ainda que disfarçadas de um discurso não enviesado por poder e dinheiro) na definição das pautas sociais?

Neves (2008 [2002]) apresentou um modelo de Estado democrático de direito fundado em uma reinterpretação das teorias do discurso e dos sistemas. Faz crítica à pretensão consensualista do modelo habermasiano, optando pela visão luhmanniana da democracia lastreada em procedimentos. Adota então a tese de que tal Estado deve apresentar um dissenso contencioso mediado por

consenso procedimental (Neves, 2008 [2002], p. 136-56). As variáveis empíricas desse modelo levam Neves (2008 [2002], p. 244-58) a entender que relações de “subcidadania” e “sobrecidadania” fundam uma interpretação e concretização do direito enviesadas, seja pelo legalismo, seja pela impunidade, em um contexto de corrupção generalizada do direito pelo poder, pelo dinheiro e pelas boas relações.

Afora outras críticas, que não interessam diretamente neste trabalho⁶, vale centrar o foco na construção de seu conceito de “esfera pública” – no caso, “esfera pública constitucional”. Tendo apresentado coerentemente uma crítica à identificação do “público” com a distinção da antiguidade entre o público e o privado (Neves, 2013b [2008], p. 106-8), o autor recai, porém, em uma concepção de esfera pública que não leva a sério a diferenciação funcional, pois indica tal esfera como flutuante entre os sistemas político e jurídico.

De fato, para Neves (2013b [2008], p. 122-123), “a esfera pública é uma área de tensão entre direito e política como sistemas funcionais acoplados estruturalmente pela constituição, por um lado, e os demais sistemas funcionais e o mundo da vida, por outro”. Seria ela “formada pelo conjunto de *valores, interesses, expectativas e discursos*” (destaques no original) emergentes tanto dos “diversos sistemas funcionais” quanto do “mundo da vida”, “operacionalizado mediante as inumeráveis interações cotidianas não estruturadas sistêmico-funcionalmente nem sistêmico-organizacionalmente, e reproduzido por meio da

⁶ Essas críticas, ou alternativas explicativas, seriam: 1) Neves (2018 [1992], p. 132-9; 2007 [1992], p. 196-200; 2008 [2002], p. 248-54) cria os conceitos de “sub” e “sobrecidadania” para manter sua explicação nos limites de uma pureza ou primado da diferenciação funcional na sociedade moderna (inclusive “periférica”); na verdade, a textura da sociedade não se resume à diferenciação funcional, mas inclui um entrecruzamento – variável regional e historicamente – entre critérios funcionais e outros de diferenciação social (segmentários, geográficos, hierárquicos) (Amato, 2023b); 2) Neves (2008 [2002], p. 196-213, 254-258) dá um passo importante ao deslocar a discussão da “eficácia” (técnica) das normas constitucionais para a “concretização”, mas a efetiva concretização do direito não é apenas uma operação de interpretação (principalmente pelo “centro” judicial) do direito, mas também de inovação institucional (sobretudo pela “periferia”) e mudança estrutural (Amato, 2017, p. 157-173); 3) a “corrupção” ou “desdiferenciação” sistêmicas exigiria analisar não apenas um sistema contra o outro – código contra código –, não se manifesta necessariamente na interpretação (ponto 2) e talvez não ocorra (sempre) no nível dos sistemas funcionais; o que ocorre neste nível é um grau maior ou menor de “integração” ou “desintegração” sistêmica, conforme as miscelâneas regionais de critérios de diferenciação (ponto 1); para observar corrupções estruturais seria necessário passar ao nível das estruturas internas de cada sistema (“instituições”), sobretudo de suas organizações.



linguagem natural não especializada” (idem, ibidem). Passa então a especificar (idem, ibidem): 1) valores, sejam “valores-preferência” (“relativos ao que um grupo ou indivíduo considera bom para a sua vida”), sejam “valores-identidade” (“autoevidências inquestionáveis pelos grupos e pessoas que o carregam”); 2) interesses, “estrutura da ação dirigida à relação eficiente entre meios e fins”; 3) expectativas de comportamento, como “modelos estruturais de conduta que *ego* (polo da vivência) constrói em relação a *alter* (polo da ação)”; 4) discursos, que “podem ser atribuídos a pessoas e grupos como seus portadores eventuais – desatrelam-se de programas ou critérios sistêmico-funcionais e dos modelos de interação cotidiana no mundo da vida”, apresentando-se como controvérsias sobre os “rumos dos procedimentos normativos e decisórios do Estado constitucional”. A evidente carga normativa deste conceito reafirma-se quando o autor propõe o que seria, no seu entendimento, uma “esfera pública” da economia: “por exemplo, um boicote ‘público’ a determinado produto ou empresa, não atribuível a um determinado sistema funcional ou organizacional, sem qualquer pretensão de influenciar procedimentos jurídicos ou decisões políticas do Estado constitucional” (Neves, 2013b [2008], p. 125).

Entretanto, se para Luhmann a “esfera pública” aparece como uma instância interna de um sistema funcional (a política, mas também a economia, a ciência etc.), como um “espelho” pelo qual o sistema (re)constrói seu ambiente (por isso, um “ambiente interno”), para Habermas a esfera pública é um “cerco” de contenção da “colonização” do “mundo da vida” pela economia e pela burocracia política, e também uma “eclusa” que faz ressoar a “ação comunicativa” em redes associativas, círculos literários e “sociedade civil”, contrapostos ao “poder burocrático” (para tal comparação, ver Ribeiro, 2012).

A idealização do protesto e da crítica, a partir de uma hipóstase da “opinião pública” do início da modernidade como *locus* prioritário da democracia (Habermas, 1991 [1962]) – ora encarnado por juízes constitucionais, ora pelo poder constituinte do povo, dificilmente pelos cidadãos existentes,



poderes constituídos e organizações rotineiras da democracia representativa⁷ – enaltece um “ideal de democracia deliberativa como mais aceitável quanto mais próximo fica, em estilo, de uma conversa cortês entre cavalheiros numa sala de visitas do século XVIII” (Unger, 2004 [1996], p. 96). Então

encontramos o centro fantasma “sociedade civil”, isto é, associações livres de indivíduos que podem falar sobre reclamações e melhorias. E isso é “práxis” como atividade autossatisfatória, enquanto a *poiesis* ou reprodução tem que ser feita pelos sistemas funcionais e suas organizações que causam todo o problema. (LUHMANN, 1995, p. 183)

O liberalismo econômico observa o mercado como a estrutura natural da coordenação humana – aquela selecionada historicamente e que se regenerará sempre que artificialmente destruída – e vê na proteção do livre comércio a condição institucional necessária e suficiente para assegurar eficiência e prevenir a necessidade. O liberalismo político observa a opinião pública e indaga das condições institucionais necessárias para assegurar o dissenso político e evitar a violência. Em ambos os casos – para assegurar a liberdade no mercado e na opinião pública – é preciso contar com a esfera pública do direito. Em termos constitucionais, a filosofia política parece muitas vezes idealizar a “esfera pública” em contraste com o pano de fundo atual dos arranjos organizacionais da democracia de massas e partidos (Bellamy, 2007, p. 11 e nota 28). O mesmo se diga para as apologias do “mercado” desprovidas de uma visão realista das organizações econômicas.

Por sua vez, se é certo que a “esfera pública” ou “ambiente interno” é estrutura interna dos sistemas funcionais que se contrapõe às organizações, enquanto sistemas decisórios (ou à “esfera organizada”), seria impróprio considerá-las “esferas espontâneas”, como quer Teubner (2012, p. 88-96). Essa nomenclatura faz ecoar um caráter naturalista que não convém associar a uma estrutura institucional também historicamente contingente, conformável de maneiras diversas e perpassada por clivagens sociais⁸.

⁷ Ver a crítica de Vargas (2005) ao neorrepublicanismo americano na teoria constitucional.

⁸ Para uma crítica à noção de “ordem espontânea” em Hayek, a partir de Luhmann, ver Vilaça (2010).



Em todo caso, a saída mais responsável é contar com um mapeamento mais detalhado e problematizante das *estruturas internas dos sistemas sociais*, o que descrevo como instituições (Luhmann, 2010 [1965], p. 86). Veremos então que as instituições dos sistemas funcionais repartem-se entre uma esfera pública e uma esfera organizada, além de acoplamentos estruturais e mecanismos de triangulação que vinculam aquelas esferas.

Como estruturar, em condições aceitáveis e realistas da sociedade atual, mecanismos que concretizem um discurso próximo do ideal de uma comunicação não constrangida e dirigida pelos meios sistêmicos do poder e do dinheiro, mas voltada às demandas emergentes do mundo da vida? Quando descemos da descrição do nascimento da opinião pública na Europa revolucionária – em seus salões, clubes e cafés – e nos perguntamos quais organizações e procedimentos que permitiriam a canalização da influência de uma esfera pública jurídica sobre os tomadores de decisão (as autoridades encarregadas de aplicar o direito), começam a surgir problemas e indefinições na proposta habermasiana.

Muitas vezes no imaginário jurídico e político contemporâneo, o legislativo é visto como uma arena de representação política marcada por decisões tomadas por votos e definidas por um placar – a regra da maioria. A argumentação legislativa é tida como definida não tanto pela competição pluralista de ideologias e plataformas em nome das quais os representantes teriam sido eleitos, mas sobretudo pela pressão de grupos de interesse organizados. Já a jurisdição constitucional é vista como um “fórum de princípios”, um espaço para reflexão sobre o direito, mutações interpretativas e argumentos dirigidos a um auditório aproximadamente imparcial, racional e cuidadoso.

Habermas ocupa uma posição privilegiada – ao lado de outros autores, como Rawls, Dworkin e Alexy – em uma onda de pensamento jurídico e político que tracionou uma inovação institucional do período pós segunda guerra mundial: a difusão global de mecanismos de controle judicial abstrato de constitucionalidade e mesmo de cortes constitucionais em um sentido mais



estrito. Há quem caminhe no sentido de admitir mesmo que o ideal de um discurso racional e universalista só é capaz de se realizar hoje em dia nas argumentações dos juízes da Suprema Corte – aí estaria a verdadeira dimensão republicana da vida política moderna, na qual os ideais clássicos da vida ativa e da deliberação pública voltada ao bem comum se realizariam em primeiro lugar pelas autoridades judiciárias – e, secundariamente, pelos cidadãos, que podem comentar os planos morais abstratos e neutros revelados nos votos dos juízes (Michelman, 1988; ver a crítica de Vargas, 2017)!

A legitimação teórica do caráter imparcial e neutro da interpretação e criação judicial do direito acaba por obscurecer o fato de que o judiciário (especialmente em sua cúpula e no exercício da jurisdição constitucional) é suscetível a pressões políticas e tende a alinhar suas pautas e votos a tais pressões – não é um *bunker* contramajoritário, em isolamento olímpico diante de interesses em conflito e poderes políticos e econômicos em competição⁹. Isso varia, é verdade, conforme a tradição e o desenho institucional do Estado e de seus tribunais – mas parece especialmente evidente na experiência brasileira recente, embora não seja uma singularidade nacional.

De outro lado, uma visão não idealizada da chamada “sociedade civil” – que é a responsável por alimentar a esfera pública política ou jurídica – evidencia igualmente que movimentos sociais, grupos de interesse e seus representantes e especialistas (cientistas, religiosos e demais *experts*) não pairam sobre a sociedade, mas são igualmente profissionais e organizações burocratizadas, com seus interesses setoriais e suas estratégias de protesto ou de litígio estratégico, de alargamento interpretativo do direito posto ou de crítica totalizante às instituições. Especialmente em uma sociedade desigual como a brasileira, é ainda mais verdade que apenas as minorias estão organizadas – seja para influenciarem representantes políticos e juízes, seja para pautarem a imprensa e fazerem uso

⁹ Tal interdependência das decisões judiciais em relação à organização política vale inclusive para decisões progressistas; por exemplo, a determinação judicial do fim da segregação racial nas escolas americanas (os casos *Brown vs. Board of Education* julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1954-55) dependeu não de uma liderança iluminista e vanguardista dos juízes, mas das pressões advindas de um contexto político protagonizado pela capacidade de organização e mobilização do movimento de direitos civis da população negra (Klarman, 1994).



dos mecanismos de participação e audiência direta –, enquanto as maiorias sociais vivem desorganizadas, sem veículos estruturados para a advocacia de seus interesses.

Diante dessas evidências fica claro que o escopo de esferas públicas jurídicas não pode se prender à mera demanda por mecanismos como as audiências públicas em cortes superiores. Há pelo menos duas linhas de aprofundamento da investigação sobre as possibilidades de estruturação de esferas públicas jurídicas.

A primeira linha diz respeito à exploração de outras arenas de produção do direito – para além do judiciário, e especialmente para além das supremas cortes ou tribunais constitucionais – em que faria sentido instituir mecanismos procedimentais que demandassem uma justificação decisória em linha com as demandas da ação comunicativa. Ora, se o poder é onipresente na sociedade, em todos seus subsistemas e organizações, a contenção da dinâmica de sufocamento das liberdades pela dominância da ação estratégica sobre a ação comunicativa precisa ocorrer tanto diante do poder estatal quanto diante da sociedade civil – nas escolas, universidades, hospitais e empresas também há crescente burocratização, diante da qual se poderiam instituir diques de contenção pela exigência de uma argumentação racional e inclusiva. Nessa linha caminha, por exemplo, a teoria do “constitucionalismo societal” (Sciulli, 1992; 2001; ver também Amato, 2014).

A segunda linha de exploração prática e experimentação sobre como concretizar esferas públicas jurídicas diz respeito à pesquisa jurídica – ou seja, ao papel dos discursos produzidos nas faculdades de direito. Qual o tipo de discurso jurídico apto a catalisar a esfera pública, abordando movimentos sociais e lideranças políticas, legisladores e juízes? Além do discurso dogmático – voltado a interpretar o direito posto e dirigido para a atividade cotidiana de reprodução desse direito na prevenção e solução de controvérsias por advogados e juízes –, seria interessante que a pesquisa jurídica enfatizasse uma “antidogmática” (Amato, 2017): pesquisas *de lege ferenda*, investigações com dimensão comparada e histórica, que consigam extrapolar os limites da



institucionalidade jurídica vigente para apresentar propostas de novas formas de organização, pelo direito, do próprio sistema jurídico, mas também do Estado e da sociedade civil, da economia e dos outros âmbitos sociais. Teorias sociais como a de Habermas e tantos outros serviriam, assim, como bússolas para identificarmos problemas estruturais da sociedade, desvelando as formas jurídicas que os sustentam e explorando, pelo direito, as formas institucionais alternativas.

Seis décadas depois de seu estudo clássico sobre a esfera pública, Habermas (2023 [2022]) atualizou o diagnóstico para a era da plataformização digital, observando o quanto as promessas de empoderamento individual e horizontalidade de formação da opinião pública *on-line* foram contrastadas pelo controle algorítmico, pela mercantilização dos dados pessoais e pela fragmentação das discussões em “câmaras de eco” que produzem mais “ruídos selvagens” do que uma deliberação fundada na busca de composição de interesses, reflexão crítica e universalização de razões públicas. Com ambíguo caráter de “esfera semipública”, a opinião intermediada pelas plataformas digitais não tem sido capaz nem de fomentar uma deliberação racional e reflexiva, nem de promover a inclusão isonômica de todos os afetados na influência dos processos decisórios. A opacidade das bolhas digitais de comunicação não permite sequer o acordo sobre verdades factuais (“*fake news*” torna-se uma alegação sem possibilidade de provas ou contraprovas aceitas), quanto mais a construção de uma moldura normativa comum para balizar as posições políticas admissíveis democraticamente. Enquanto a mídia de massas do século XX produzia uma condensação de temas, um tratamento prévio da informação, uma homogeneização e agregação de posições e, assim, um balizamento das alternativas em disputa, a mídia digital – tal como organizada hoje – fomenta mais o autoisolamento cognitivo, a radicalização moralista, emotiva e personalista e a desintegração cultural, com a perda de uma memória social generalizada como pano de fundo para a interação cotidiana entre posições antagônicas.

Como visto, seja em seu estudo clássico, seja na atualização para a era digital, Habermas trata basicamente da esfera pública dirigida à política – da opinião pública propriamente dita. Seu grande opositor no debate da teoria social alemã de fins do século XX, Niklas Luhmann, sugeriu conceito mais abrangente de “esfera pública”. Entretanto, também não indicou claramente qual seria a esfera pública do direito (que, para Luhmann, é um sistema autônomo, ao contrário da concepção habermasiana). Indicou apenas que o mercado é a “esfera pública” ou o “ambiente interno” do sistema econômico (traduzindo qualquer problema social em termos de preço, e precificando igualmente os pagamentos, a oferta e a demanda); e apontou que a opinião pública seria o equivalente para o sistema político.

Nessa linha, é possível sugerir que a esfera pública do sistema jurídico seria diferenciável pela referência à “personalidade jurídica”, em sentido amplo – aos sujeitos de direitos, deveres, poderes e responsabilidades, que são, também, pontos ou nós de imputação de “atos jurídicos”. Desse modo, se conseguiria distinguir qual é o espelho das decisões judiciais: a referência interpretativa e argumentativa a tais artefatos jurídicos personalizados e sustentados pelo direito válido (direitos subjetivos, deveres, responsabilidades e sanções). Com isso, por exemplo, podem ser diagnosticadas criticamente tendências disfuncionais, como a politização das decisões judiciais – sua referência não a normas válidas e direitos reconhecidos, mas à opinião pública mediada pelos meios de disseminação de massa.

O esquema a seguir corresponde ao que o próprio Luhmann¹⁰ identifica como acoplamentos estruturais, esfera pública, centro e periferia dos sistemas funcionais; no caso, dos sistemas jurídico, político e econômico. Centro e periferia

¹⁰ Sobre o centro e a periferia dos sistemas político, jurídico e econômico, ver Luhmann, 2004 [1993], cap. 7; 1993 [1991], p. 180-184; 2009 [1998], p. 272-279. Sobre os acoplamentos estruturais entre política, economia, direito, ciência e educação, ver Luhmann, 2013 [1997], p. 108-115; 2009 [1998], cap. 10; 2004 [1993], cap. 10. Sobre as esferas públicas dos sistemas econômico, político e científico, ver Luhmann, 2017 [1988], cap. 3; 2009 [1998], cap. 8; 2013 [1997], p. 102; 2014a [2010], p. 350-61. O conceito de esfera pública como ambiente interno do sistema é devido a uma sugestão de Dirk Baecker, como reconhece Luhmann (2000 [1994], p. 104). A diferença entre esfera pública e esfera organizada dos sistemas funcionais é enfatizada por Teubner (2012, p. 88-96).

compõem a “esfera organizada”. Incluo no esquema o que considero ser a esfera pública ou ambiente interno do direito (a “personalidade jurídica”) e o que chamo de “mecanismos de triangulação” (entre esfera pública, periferia e centro organizados).

		Política	Direito	Economia
<i>Esfera organizada</i>	<i>Centro</i>	Poderes políticos (Executivo e Legislativo)	Tribunais	Bancos
	<i>Periferia</i>	Partidos, grupos e movimentos	Poderes Políticos Advocacia Ministério Público	Produção Comércio Consumo
<i>Esfera pública ou ambiente interno</i>		Opinião pública	Personalidade jurídica	Mercado
<i>Acoplamentos estruturais</i>		Constituição (direito); eleições, política econômica, tributação (economia)	Constituição (com política); contrato e propriedade (com economia)	Eleições, política econômica, tributação (com política); contrato e propriedade (com direito)
<i>Mecanismos de triangulação</i>		Voto	Ação judicial	Crédito e dívida; poupança e investimento

Quadro 1. Direito, política e economia: centro e periferia, esfera pública e acoplamentos estruturais dos sistemas

Fonte: elaboração do autor

Na esfera organizada dos sistemas funcionais, centro e periferia são compostos por organizações (sistemas de decisão) e seus respectivos programas (decisórios): os poderes políticos e a legislação; tribunais e sentenças; bancos (ou o sistema financeiro em geral) e programas de investimento. Não há uma relação hierárquica entre centro e periferia internos a um sistema funcional, mas uma distinção quanto a filtragem e compulsão decisória. Toda organização pode ultrapassar as fronteiras de seu sistema funcional (mantendo-se nas fronteiras de seu sistema organizacional, pela distinção entre membros e não membros), mas as organizações e programas periféricos são mais abertos ao ambiente, aos demais sistemas. São interfaces. Já as organizações centrais tratam de operacionalizar as decisões cruciais do sistema funcional: no direito, o código é



lícito ou ilícito e a decisão em última instância sobre a alocação desse código é dada aos tribunais. Não cabe questionar se é lícito ou ilícito ao judiciário decidir sobre o lícito e o ilícito. Sua autoridade – um consenso *a priori* e universal de terceiros – é presumida. Da mesma forma, é no Estado que se decide sobre a alocação do poder político, em termos de governo e oposição. O Estado tem poder para decidir sobre o poder e o não poder. E os bancos cuidam de ter (dinheiro) para decidir sobre o ter e o não ter – por isso ganham de seus credores e de seus tomadores.

Se o centro trata primacialmente do fechamento operacional, da consistência do sistema (em termos de consistência jurídica, disponibilidade monetária ou legitimação do poder), a periferia cuida sobretudo da abertura cognitiva: partidos, movimentos sociais e grupos de interesse tratam de captar “pautas” do ambiente político, traduzidas em termos da opinião pública; empresas e famílias tratam de demandar e ofertar bens (transformação de recursos do ambiente natural) e serviços (do ambiente social – educação, saúde, direito), registrando suas forças no mercado em termos de preços; advocacia e outras funções parajudiciais tratam de traduzir em demandas jurídicas, nos termos da personalidade jurídica (de reivindicações de direitos ou deveres, de poder ou de responsabilidade), problemas emergentes da política, da economia, da saúde, da educação, da família, da arte, ou do próprio direito.

Não há que se idealizar, portanto, algo como a “sociedade civil”; é ela a periferia, especialmente do sistema político; o centro tem especificidades estruturais associadas à sua obrigação de decidir: de tomar decisões coletivamente vinculantes (na política), de decidir casos concretos reiterando e consolidando expectativas normativas generalizadas (no direito), de decidir sobre crédito e débito, garantindo a solvência futura (na economia).

Todo problema que deva ser processado e solucionado pela economia precisa ser refletido no jogo de espelhos do mercado – precificado, traduzido em termos monetários. Só assim o ambiente da economia (a natureza, a política, o direito, a arte, a educação, a religião) interessa ao sistema econômico e passa a ser uma questão de ter ou não ter. Todo problema só pode interessar à política



quando refletido como tema da opinião pública. E igualmente qualquer questão política, familiar, religiosa, econômica ou sanitária só vai se tornar jurídica estiver posto em circulação o direito válido, quando a questão for construída em termos de reivindicações (segundo tal ordem jurídica) de direitos ou obrigações, de pretensões de reconhecimento do exercício de um poder ou de imposição de uma sanção decorrente de uma responsabilidade. Eis o que se pode designar como “personalidade jurídica”, a esfera pública ou ambiente interno do sistema jurídico (Amato, 2017, p. 203-216).

Em termos antropomórficos, o mercado é “onde” os agentes econômicos se observam mutuamente, compradores encontram vendedores, a oferta e a demanda se cruzam. A opinião pública é o plano da observação dos observadores políticos: cidadãos, representantes e representados, eleitos e eleitores, candidatos e eleitores. E a personalidade jurídica é onde autores observam réus, “onde” cada “pessoa” (enquanto referência comunicativa individual ou coletiva) é observada não enquanto agente econômico ou cidadão, mas enquanto sujeito de direito, titular de direitos subjetivos ou deveres, sujeito a responsabilidade, detentor de uma competência, exercente de um poder.

Este entendimento tem implicações, por exemplo, para a análise da constituição enquanto acoplamento estrutural entre direito e política. Pensemos no seguinte ciclo: as irritações do ambiente do sistema político (ambiente econômico, natural, científico, sanitário, religioso etc.) refletem-se no espelho da opinião pública, assim como a autoirritação da política (avaliações sobre a eficiência/ ineficiência das políticas públicas, sobre os políticos, sobre as ideologias etc.). A partir dessa tradução em comunicação política, são processadas pelas organizações periféricas do sistema político: programas de governo formulados por partidos, pautas de movimentos sociais, reivindicações de grupos de pressão. Essas comunicações só tomam a forma de decisões coletivamente vinculantes se chegam ao centro decisório do sistema: o Estado – particularmente, os poderes políticos. Esses poderes estão, ao mesmo tempo, na periferia do direito.



De um lado, enfrentam os direitos, deveres, poderes e responsabilidades já garantidos – e tudo o que interesse ao sistema jurídico precisa ser traduzido nesses termos. De outro lado, os programas políticos (como leis e atos administrativos), assim como contratos privados, precisam ser controlados em sua consistência com o ordenamento atual pelo centro decisório do sistema jurídico: o judiciário.

Assim como opinião pública, “sociedade civil” (a periferia política) e Estado ligam-se por procedimentos de *voto* (eleições, plebiscitos, referendos), personalidade jurídica, periferia do direito (poderes políticos e funções essenciais à Justiça) e tribunais vinculam-se por procedimentos judiciais, *ações*, controladas pela interpretação/aplicação do direito válido e pela argumentação jurídica. Desse modo, juízes estão vinculados a direitos e deveres, poderes e responsabilidades; não à opinião pública (ou ao mercado). Mesmo procedimentos de audiências públicas nos tribunais e *amici curiae* são formas de heterorreferência reduzida, nos limites de fato e de direito das ações (ainda que no controle abstrato de constitucionalidade), não se confundindo com o universalismo da representação política, com seus ritos e exigências.

Obviamente incluem-se na esfera pública do sistema jurídico direitos (e deveres, responsabilidades ou poderes) públicos ou privados, não apenas direitos constitucionais. Daí que não seja de todo preciso conceituar o ambiente interno do direito como “o espaço por onde circula o direito válido, afirmam-se direitos subjetivos, são reconhecidos direitos da cidadania, humanos ou fundamentais e assegurado o acesso à justiça” (Campilongo, 2012 [2011], p. 115-116).

Direitos privados desenham sobretudo um vínculo entre mercado e personalidade jurídica, como atestam os acoplamentos estruturais entre direito e economia: propriedade e contrato. Já direitos fundamentais vinculam as esferas públicas do direito (personalidade jurídica) e da política (opinião pública). Há diversas formas institucionais dessa vinculação e diferenciação. Por exemplo, direitos políticos e liberdades públicas são uma prestação do sistema jurídico (construída na forma de direitos subjetivos, ou seja, do ambiente interno do



direito) ao sistema político, habilitando a formação da opinião pública. No sistema político, a construção das opiniões, a institucionalização do voto e a escolha dos representantes, por sua vez, é observada como meio eficaz à legitimação de um poder (estatal) capaz de operacionalizar políticas públicas que concretizem os direitos positivados, circulantes no ambiente interno do direito.

Embora em uma posição ambígua – entre política e direito – quando acumulam as funções de instância suprema do judiciário e arena de controle judicial de constitucionalidade (Guerra Filho, 2018), as supremas cortes ou cortes constitucionais puras também não de ser cobradas pela autorreferência à esfera pública do direito – à guarda e garantia dos direitos fundamentais e da interdependência dos poderes –, ao contrário dos representantes eleitos, naturalmente dependentes da opinião pública.

Logo, as organizações, vale frisar, também têm uma estrutura interna e criam seu próprio ambiente interno (Baecker, 2006a): definem e revisam políticas internas e estratégias externas para adaptar-se ao mercado, à opinião pública ou aos direitos invocados, ou neles intervir, remodelando preços, temas de debate e direitos assegurados. Por meio de seus procedimentos decisórios, as organizações constroem suas comunicações e modelam seus endereços: as pessoas e, sobretudo, os papéis sociais que elas ocupam em relação àquelas comunicações. Com isso, a inclusão de alguém em um sistema organizacional – e, por conseguinte, nos sistemas funcionais de referência desta organização – não apenas se distingue pelo código membro/ não membro, mas também pelas programações desse código. Como “membro” ou “público”, a pessoa é um endereço de comunicação em certo papel específico. Essas modalidades de inclusão diferenciadas (Bora, 2019) abrangem, por exemplo, a posição de participante de uma deliberação ou consulta pública, ou de legitimado a agir em uma causa, ou de amigo da corte em certo procedimento judicial.

As organizações conectam-se, então, de um lado, com os sistemas funcionais – especificando de que forma cada um participa desses sistemas (*e.g.* se todos estão potencialmente incluídos nas esferas públicas, em que posição e papel alguém em específico se encontra e que decisões pode tomar). Por exemplo,



a organização estatal, por essa dinâmica, pode disparar processos de inclusão nos demais sistemas (Dutra, 2016), ao inserir amplamente os cidadãos nos serviços e políticas públicas (econômicas, educacionais, científicas, sanitárias). De outro lado, porém, organizações conectam-se a interações: por exemplo, observemos as políticas públicas planejadas centralizadamente pela burocracia estatal, em um modelo de comando e controle, e implementadas por funcionários públicos “de rua”, *i.e.* em contato direto com os beneficiários das políticas (Dutra, 2020). No curso de uma longa cadeia de implementação, a política estruturada centralmente perde eficácia quanto à provisão dos meios (poder, dinheiro, direito), códigos (*poder/não poder, ter/não ter, lícito/ilícito*) e programas (políticas, investimentos, regulamentos); a ponta final abre-se a improvisações *ad hoc*, que não retornam ao centro de comando para reestruturar a intervenção. Distencionada, a longa cadeia de implementação torna-se mais porosa a particularismos e ineficiências, reproduzindo arbitrariamente inclusões e exclusões, privilégios e desassistências.

Finalmente, às diferenças institucionais corresponde uma diferença semântica¹¹. As decisões sobre crédito/ dívida e poupança/ investimento são tomadas a partir de uma auto-observação do sistema econômico na forma da precificação influenciada sobretudo por grandes investidores, consideradas expectativas de rentabilidade. Na política, a dinâmica decisória é dada pelo voto. No centro judicial do direito, a decisão também pode ser tomada por “placar”, mas a motivação da sentença integra sua autoridade – podendo ser contestada em instâncias superiores e criticada por sua (in)consistência com precedentes ou

¹¹ Pode-se falar de estruturas institucionais e semânticas. Nesse caso, “estrutura” se opõe a “evento” – denotando o que é permanente. Ou se pode contrapor “estrutura” ou a “semântica”. No que nos interessa, semântica, que é o repertório de usos, conceitos, distinções, diz respeito sobretudo às formas de programação decisória dos sistemas. E estrutura pode ser (1) a forma de diferenciação social (a “macroestrutura”), (2) as expectativas cognitivas ou normativas (“microestruturas”, definidas em contraponto à comunicação como um evento fugaz), ou (3) as estruturas internas dos sistemas (esse nível intermediário a que venho chamando de “instituições”). Holmes (2018) observa que a diferença entre estrutura e semântica em Luhmann não deve ser equacionada nem à historiografia conceitual de Koselleck nem à distinção marxista entre base e superestrutura. Estrutura (institucional, digo) e semântica são ambas construções comunicativas internas aos sistemas sociais, não repousando em uma realidade exterior (embora a possam pressupor).



(in)capacidade de estabilizar jurisprudência (Amato, 2018, p. 166). Da periferia do direito – em interface com a política (voto) e a economia (preço), entre outros sistemas – não se cobra essa estabilidade decisória e coerência argumentativa. Pelo contrário: aqui está a arena para inovar o direito, e mesmo mudanças claras de jurisprudência (*overruling*) só se sustentam se amparadas pela periferia jurídica e talvez mesmo pela periferia política – não sobrevivem como posição isolada do centro judicial (Amato, 2018, p. 145).

Vimos, assim, que discernir a especificidade dos ambientes internos e das demais instituições – estruturas internas aos sistemas – permite considerar as diferenças entre as práticas decisórias operacionalizadas pelas organizações primacialmente vinculadas a determinado sistema funcional.

A decisão econômica – de empresas, bancos e outras organizações (analogamente, também as famílias) – guarda sintonia com as expectativas de rentabilidade observadas segundo as informações geradas pelo mercado. É pela precificação que se registram as irritações do ambiente (natural, político, jurídico etc.) e se auto-observa a capacidade da economia de dar respostas consistentes e sustentáveis segundo a disponibilidade e as alocações de recursos escassos. O vínculo entre organizações e mercado é dado pelas operações de poupança/ investimento ou crédito/ dívida.

O procedimento eleitoral permite uma decisão de segunda ordem – decidir quem vai decidir, escolher representantes e observá-los no espelho da opinião pública, que reflete as demandas dos demais sistemas (economia, saúde, educação etc.), mas também a autoavaliação do desempenho do sistema político, a mensuração da legitimidade.

Já o direito constrói uma esfera pública própria ao remeter o processo decisório das organizações jurídicas (em alguma medida centripetamente orientado ao centro do sistema – o judiciário) à atribuição, a sujeitos individuais (pessoas) ou coletivos (organizações), de direitos, deveres, poderes (de criar direito) ou responsabilidades (pelo descumprimento dos deveres). Aí circula o direito válido e da decisão jurídica se espera então algum grau de “formalismo”, sendo limitada a capacidade de heterorreferência (a consequências, valores ou



contextos), pois a operação de argumentação jurídica desenrola-se tipicamente nos limites dos ritos, prazos e formalidades processuais. Mesmo a constituição, ou o contrato e a propriedade, ao vincularem o direito a outro sistema (como acoplamentos estruturais), não descaracterizam o fechamento operacional do sistema jurídico; pelo contrário, pressupõem-no para que possam contar com suas prestações, com a especificidade do serviço que só o direito pode fornecer.



7. Evolução social e meios de disseminação da comunicação

Luhmann (2012 [1997], p. 36) propõe substituir a metáfora da comunicação como transmissão de informação entre emissor e receptor por um conceito composto por três elementos: informação, uso (ou mensagem) e compreensão. A informação é distinguida em relação a um pano de fundo de sentidos já conhecidos; é a novidade (*news*) em relação à redundância. A mensagem é o ato de dar a conhecer uma informação, é a *performance* que um comunicador faz para produzir a informação¹². Já a compreensão envolve discernir a informação propriamente dita (o conteúdo das proposições, o que foi dito) e os complementos contidos na mensagem (como foi dito). Como mostra o antropólogo Gregory Bateson (2000, p. 9-13), informações são “diferenças que fazem a diferença”; por isso, além das informações ditas há informações “de outro tipo” contidas nos gestos, entonações e contextos. Apenas depois de compreender, alguém pode dar sequência à comunicação, concordando ou rejeitando com o que disse seu interlocutor.

A comunicação, por todos esses pressupostos, é um evento improvável. No entanto, é o elemento básico da sociedade. Como a sociedade supera, então, tal improbabilidade e se viabiliza? Luhmann (1981, p. 123-124) desdobra tal problemática em um tripé.

Em primeiro lugar, as mentes são sistemas fechados, que reproduzem pensamento. Não temos acesso aos pensamentos dos outros. Vivemos em dupla contingência: não sabemos o que os outros estão pensando sobre o que estamos pensando. Os sistemas sociais são conjuntos de comunicações. Dada a separação das mentes, a comunicação só pode ser entendida dentro de um contexto, de um

¹² Apenas para ilustrar o entendimento da mensagem ou uso, poderíamos fazer um paralelo entre a concepção construtivista-sistêmica de Luhmann e a filosofia analítica, mencionando a teoria dos atos de fala de John Langshaw Austin (1962). Essa teoria descreve a “força ilocucionária” presente no ato de comunicação, para além do sentido gramatical de suas proposições; assim, as frases podem adquirir, por exemplo, o caráter de um veredito, de um exercício de poder ou influência, de uma desculpa, de promessa ou aposta, ou de exposição de alguma definição ou postulado.



quadro de referência. Esse quadro é dado pelas expectativas, que são as microestruturas sociais, a teia de pressupostos que compartilhamos para podermos entender o que é comunicado.

Em segundo lugar, porém, os sistemas sociais de interação – comunicação presencial, face a face – são muito fugazes. Os encontros duram pouco, são instáveis e difíceis de serem agendados e concretizados. Daí que seja necessário construir sistemas sociais mais duráveis. É o caso das organizações, sistemas encarregados de tomar decisões, que contam com uma hierarquia definida de papéis complementares e que distinguem entre membros e não membros.

Mesmo assim, em terceiro lugar, há o problema de como garantir sucesso na comunicação, o que demanda que alguém entenda a informação dada por outro, confie nela e a tome como motivação para prosseguir com sua própria comunicação, em acordo ou desacordo. Os “meios de sucesso” da comunicação são meios de comunicação simbolicamente generalizados: o poder, o dinheiro, a validade de uma norma, a verdade de uma afirmação. Para gerenciar o uso desses meios e desenvolver os critérios (programas) de aplicação dos seus códigos (governo/ oposição, ter/ não ter, lícito/ ilícito, verdadeiro/ falso), a sociedade evoluiu de modo a construir sistemas funcionais, como a política, a economia, o direito e a ciência. Existem, portanto, três níveis de sistemas sociais dentro do sistema social maior, que é a sociedade – trata-se das interações, organizações e sistemas funcionais.

Ao lado desses meios de sucesso – símbolos que motivam a atenção para uma comunicação – há os “meios de disseminação” (Luhmann, 2012 [1997], p. 120-123). São a infraestrutura material ou a tecnologia que permite gerar redundância na comunicação – confirmar a informação, transformando a novidade em conhecimento comum compartilhado. O quadro a seguir esquematiza a coevolução entre os tipos de sociedade (formas de diferenciação social, como diz Luhmann, 2013 [1997], cap. 4) e os meios de disseminação da comunicação.



Forma de diferenciação social	Meios de disseminação	Característica
<i>Segmentária</i>	Comunicação oral face a face	Disseminação de informação restrita, baixa e lenta, basicamente entre conhecidos (membros da mesma comunidade)
<i>Centro-periferia</i>	Escrita	Disseminação mais ampla, sobretudo entre elites letradas
<i>Hierárquica</i>	Imprensa	Nascimento da opinião pública, impulsionada pelos meios de comunicação de massa
<i>Funcional</i>	Meios digitais	Poucos controles de seleção e certificação da informação; disseminação descentralizada em massa, de conhecidos a estranhos

Quadro 2. Evolução social e meios de disseminação da comunicação

Fonte: elaborado pelo autor.

Aprofundemos a tipologia esboçada linhas atrás. As sociedades segmentares eram aqueles grupos ligados principalmente pelo parentesco e com uma profunda distinção entre os de dentro e de fora, os membros e os estranhos. Podemos pensar no exemplo de uma tribo, com seus ascendentes comuns, seus laços de amizade e seu distanciamento de outras tribos, vistas como inimigas. Essa forma de sociedade tem um modo típico de comunicação. A comunicação presencial e oral implicava restringir a variabilidade da comunicação – seu uso, sua mensagem e compreensão supunha uma adesão à mesma comunidade de vida e valores. A interação, a comunicação entre os presentes, era então estritamente limitada pelas estruturas, ou seja, as expectativas profundamente compartilhadas dentro do mesmo grupo. O direito era costumeiro e interativo, sendo reafirmado por meio de rituais.

Quando algum grupo acumula mais recursos (terras e ferramentas, defesa militar e poder político, influência sacerdotal para definir a verdade, o certo e o errado), ele emerge como um centro e entra em uma relação geográfica



assimétrica com suas periferias: isto ocorria nas cidades-Estados e impérios antigos ou nas relações entre as áreas urbanas e rurais. Essa dependência geográfica também fomentou a dependência social, as relações de patronagem e clientelismo, como a relação entre a aristocracia e as pessoas livres mas pobres, em sociedades marcadas pela escravidão. A comunicação torna-se mais complexa e variável, pois a escrita introduz mais possibilidades de variação de temas, o distanciamento entre o escritor e o leitor implica maior liberdade de usos, mensagens, compreensão e interpretação. As mensagens podem durar e ser interpretadas em diferentes contextos espaciais, temporais e sociais. Interpretar é produzir textos com base em textos. Mas a alfabetização ainda é uma prerrogativa de um pequeno grupo social de reis e estudiosos, nobres e sacerdotes. O direito é uma mistura de costumes e convenções sociais, com alguns decretos imperiais, e pode ser aplicado equitativamente pelos sábios no exercício de sua prudência. “O conceito aristotélico de justiça distributiva, por exemplo, assume a existência de uma sociedade estratificada na qual não há dúvida de que as pessoas diferem umas das outras por nascimento, sendo livres ou não livres, e por categoria” (Luhmann, 2004 [1995], p. 218).

A sociedade estratificada e hierárquica – como na ordem feudal e aristocrática europeia – emerge da concentração dos recursos nos centros, e então toda a sociedade (tanto os centros como as periferias) passam a ser integrados em uma hierarquia abrangente de estratos. A forma de diferenciação é aquela entre os nobres e o povo, com suas diferenças de experiência de mundo e estilos de vida. A comunicação é restrita pelas expectativas compartilhadas dentro desta ordem social, como se esta fosse um espelho da hierarquia divina das coisas e dos seres: o cristianismo definia os limites da variação admitida em crenças e mensagens. Gutemberg inventou a imprensa no século XV e no século XVI a reforma protestante desvalorizou o papel da hierarquia da igreja como um intermediário entre os crentes e Deus. Promoveu o letramento e a Bíblia tornou-se um sucesso editorial, pois podia ser impressa e sua leitura tornou-se a principal forma de praticar a fé. Este foi o período das guerras religiosas na Europa.



A disseminação das habilidades de escrita e leitura deu origem à “opinião pública” – primeiros clubes literários, depois um público anônimo espelhado pela imprensa e colocado como o titular último da soberania política. As teorias dos contratos sociais pareciam fundar a legitimidade do Estado sobre a vontade do povo. Mas essas teorias dos direitos naturais chegaram a um paradoxo: se qualquer um, nascido com uma razão natural, pudesse decidir o que era justo e injusto, o mundo chegaria a uma anarquia; seria necessário um soberano para definir a lei, para convencionar os critérios do lícito e do ilícito. A moral se torna uma questão de crença pessoal – assim como a religião e a ideologia política. O direito torna-se direito positivo, estatal (Luhmann, 2004 [1995], p. 139, 254-256, 426).

A nova escala de comunicação e complexidade leva ao conflito, e a era das revoluções liberais culmina na formalização dos direitos naturais em declarações de direitos, constituições e códigos. O direito é identificado com textos – lei, jurisprudência, doutrina jurídica. A sociedade moderna coloca a humanidade e o mundo como seu horizonte final de comunicação, apesar de ter formas nacionais de poder e legalidade. Como a política, o direito, a religião ou a economia, os meios de comunicação de massa tornam-se um sistema funcional, com seu próprio ambiente interno (seu público) e suas próprias organizações (imprensa e editoras, empresas de rádio e televisão). O sistema dos meios de comunicação de massa, diz Luhmann (2000 [1994]), torna-se o principal mecanismo de memória social, responsável por definir o que devemos lembrar e o que devemos esquecer.

Como havia analisado Habermas (1991 [1962]), as revoluções liberais do século XVIII, que adiantaram algumas das bases institucionais da democracia representativa contemporânea, foram produzidas dentro de um contexto de revolução nos meios de disseminação: a emergência da imprensa livre e da publicação livre de livros e folhetos, agora sem censura real. A semântica da “sociedade civil” passou então a significar a transição do autoritarismo e da estratificação (do antigo regime) para a sociedade liberal, uma sociedade de classes com grupos de opinião relativamente fluidos (Koselleck, 2002). Uma nova



cultura urbana – estruturada não apenas por técnicas de imprensa (no sistema de mídia de massa), mas também pela difusão da alfabetização (sistema de educação) e pelo crescimento das universidades (sistema da ciência) – promoveu novas arenas de divulgação e debate de ideias políticas. Enquanto até então a política era uma questão da aristocracia que ocupava os órgãos políticos, começando nos níveis locais de governo (como nas câmaras das vilas do Brasil colonial – ver Caldeira, 2015, p. 44), agora ela estava desligada do vínculo exclusivo com a nobreza.

Não é mais a comunicação que parte de um centro político (do rei, da família real, da sociedade nobre da Corte ou do clero) e caminha no sentido de muitos súditos, mas antes a comunicação de casa a casa, de vizinho a vizinho – esse é o modelo segundo o qual começa a circular o conhecimento de opinião nas grandes cidades como Londres com auxílio dos meios de imprensa. [...] a opinião pública se transforma em uma nova forma de poder anônimo e invisível, em um sujeito (ficcional) que não pode mais ser contornado em assuntos públicos. (Vesting, 2020, p. 197)

Como observa Vesting (2020), esta sociedade burguesa comercial – a “sociedade civil” na época do Iluminismo – valoriza a auto-apresentação do indivíduo nas relações comerciais e na bolsa de valores, nos cafés, clubes e sociedades literárias, no teatro e na ópera, na política e na moral (como na concepção de Adam Smith sobre o “espectador imparcial” como perspectiva crucial para uma teoria dos “sentimentos morais”). Cada um observa a si mesmo e aos outros através do espelho da “opinião pública”, pedindo empatia e atraindo simpatia ou antipatia. Agora todos podem reagir às decisões parlamentares, formulando sua própria opinião. No direito, a esfera pública emerge em torno dos “direitos do cidadão” e dos “direitos subjetivos”. Na economia, através dos preços no mercado, onde cada um representa algum fator de produção (tais como tecnologias para os inventores, capital para a burguesia e trabalho para o proletariado). No século XIX, surgiram novas mídias: jornais diários, fotografia, filmes mudos, rádio e livros de bolso. Isso pressionou a cultura burguesa contra a cultura de massa. A opinião pública ganharia então uma configuração pluralista-corporativa, sendo modelada em seus temas por organizações formais



da “sociedade civil”: sindicatos trabalhistas e patronais, partidos políticos (elitistas ou de massa), igrejas, associações, editoras e estações de rádio. O direito foi pressionado a reconhecer direitos coletivos e liberdade de associação. Em linguagem sistêmica, surge uma periferia política diferenciada, agrupando as comunicações individuais e mediando entre o Estado (o centro organizacional do sistema) e a opinião pública (a esfera pública da política). O valor social e o peso político de uma pessoa variam de acordo com sua filiação e posição em alguma organização e carreira, seja no Estado, seja na empresa privada.

A transição da oralidade à escrita, a formação da imprensa e o desenvolvimento dos meios de comunicação de massa tiveram seus contornos próprios no caso brasileiro (ver Amato, 2019). Aqui a imprensa só se desenvolve mais amplamente a partir da vinda da família real, em 1808; até 1821, porém, só havia a imprensa régia, submetida a censura oficial. Poucas faculdades, como as de direito e medicina, foram sendo criadas. O voto era censitário e a sociedade mostrava uma combinação de estratificação social rígida com escravidão. Tardiamente, especialmente durante a república velha, é que haverá um crescimento maior dos veículos de imprensa; mas a Constituição de 1891 ainda vedava o voto aos analfabetos. Havia, então uma cisão entre a opinião pública que formava e refletia as posições dos letrados (jornais) e a opinião popular formatada por um veículo que se democratizava: o rádio. A insatisfação popular, sua incompreensão ou rejeição de parâmetros modernos (de saúde, por exemplo, como no episódio da Revolta da Vacina em 1904) via-se sem canais institucionais de processamento pelo sistema político. A população de uma sociedade rural em desagregação perdia suas referências costumeiras e locais de sentido; estava agora submetida não apenas à escassez de informação, mas também a relações de clientelismo que colocavam seu voto sob controle direto dos “coronéis” latifundiários. A revolução de 1930 propôs organizar a opinião pública por meio de grupos profissionais, colocando o corporativismo como solução urbana e industrial a uma sociedade que deixava de ser predominantemente rural e agrária. As universidades formarão uma nova elite profissional. O populismo se desenvolverá também, como modalidade de comunicação típica para uma



sociedade de massas ainda carentes de participação política. No período democrático da Constituição de 1946 é que a televisão chega ao Brasil e progressivamente se transformará no principal meio de formação da opinião pública. A partir de então, o controle deste meio – regulado por meio de concessões públicas – virá a ser uma das chaves da comunicação política. A inclusão das massas populares no processo político demandará ora as boas relações (e a propriedade privada) das principais empresas de comunicação, ora seu controle político autoritário (por exemplo, pela censura oficial). É revelador que entre 1960 (quando os brasileiros elegeram o último presidente civil antes do golpe militar) e 1990 (quando tomou posse o primeiro presidente eleito diretamente após a ditadura) o grau de votantes em relação à população total brasileira tenha saltado de 18% para 50% (Nicolau, 2004, p. 46). Só a partir de então é que mais da metade da população brasileira realmente compareceu às urnas.

É neste contexto de sua história política e midiática que o Brasil adentra no século XXI a era dos meios digitais de comunicação. Nesse contexto, o surgimento de novas tecnologias de comunicação e sua instrumentalização pela disputa eleitoral levaram a novos desafios para um processo eleitoral adequado, no qual o poder econômico e midiático dos candidatos deveria ser filtrado por regras impessoais limitadas dos meios admitidos à competição política. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal Eleitoral têm sido confrontados com esta exigência especialmente desde as eleições nacionais de 2018, especialmente na disputa presidencial – na qual o amplo uso de notícias falsas levou a reclamações judiciais perante os tribunais superiores.

O que emerge, sobretudo na última década, é uma opinião pública desagregada, baseada em comunidades fluidas e em fluxos de comunicação intermediados pelas empresas digitais globais. As empresas tradicionais de mídia de massa – como os canais de TV – tornam-se cada vez mais dissociadas do público em geral e de suas percepções e opiniões, que são fabricadas, refletidas e ecoadas alhures.



[...] chega-se à situação de que fenômenos muito novos como aqueles das *shit-storms* e dos *fake news* tornaram-se possíveis: uma cultura de permanente transgressão e dissolução de fronteiras, do constante oscilar entre a expressão de opinião (em conformidade com as regras) e a ofensa (em desconformidade com as regras), entre esfera pública e esfera privada, entre a crítica legítima e suspeitas delirantes etc. (Vesting, 2020, p. 205)

O renomado escritor e estudioso da comunicação e semiótica Umberto Eco deu a profecia da época: em suas palavras, “[a] mídia social dá o direito de falar a legiões de imbecis que antes só falavam no bar após um copo de vinho, sem prejudicar a comunidade”. Ontem, diz Eco (citado em Nicoletti, 2015), “[e]les eram imediatamente silenciados, enquanto agora eles têm o mesmo direito de falar que um ganhador do Prêmio Nobel. É a invasão dos imbecis.”

A novidade do advento das “redes sociais” digitais é que a diferenciação interna entre o público que consome informações e as empresas de mídia que selecionam, produzem e divulgam a mensagem chega a um curto-circuito. Os guardiões da informação são desacreditados – a imprensa é vista como parcial, como amiga ou inimiga do governo ou da oposição. Uma multidão de pessoas se tornou produtora e consumidora de informações, e não há uma posição final de observação de segunda ordem que possa atestar com segurança a verdade ou a inverdade das notícias (mesmo as agências de *fact-checking* são colocadas sob as mesmas suspeitas de parcialidade que atingem os meios tradicionais de comunicação de massa). A interação – por presença física ou por telefone – podia disseminar mentiras e erros, mas seu nível e velocidade de difusão eram limitados. Quando as pessoas podem dizer a grupos cada vez mais amplos e interligados quais são suas opiniões, pontos de vista ou “descobertas”, a comunicação pessoal eleva-se ao nível do sistema funcional de mídia. A informação como um todo e as mensagens – incluindo notícias falsas – também se tornam desligadas de seus fornecedores originais e passam a pertencer ao sistema “anônimo” da comunicação digital autorreferente. Em um mundo de credos livres e divergentes, a comunicação não é restringida por costumes comuns, como em uma tribo. Mas uma organização neotribal de credos políticos – de discursos de ódio contra populações vulneráveis a cruzadas e inquisições



identitárias – emerge para pressionar os limites de tolerância que o Estado liberal institucionalizou após as guerras religiosas. Uma crise generalizada de expectativas contamina uma sociedade que foi estruturada por meio de papéis específicos e de competências comunicativas delimitadas: da política e dos políticos, da ciência e dos especialistas, do direito e dos juristas. Neste contexto de crise, surge o populismo para simplificar excessivamente os resultados das pesquisas científicas, para desconfiar dos especialistas, para corroer os procedimentos de tomada de decisão política sob o Estado de direito.

A democracia contemporânea baseia-se em uma triangulação processual entre uma esfera pública (uma opinião pública generalizada pelo sistema funcional dos meios de comunicação de massa), organizações periféricas (partidos, grupos e movimentos que agrupam programas e reivindicações políticas) e a organização central (o Estado, sua burocracia e seus poderes políticos, cuja tomada de poder é institucionalizada por meio da cisão entre governo e oposição) (Luhmann, 2014a [2010]; 2009 [1998]). Pela representação, as decisões são desdobradas em decisões sobre quem irá decidir. Há uma tendência de que os políticos se tornem mais profissionais. O povo toma uma decisão de segunda ordem: elege aqueles que decidirão sobre questões substantivas, criando leis e definindo políticas públicas; uma autonomia relativa é institucionalizada entre o eleitor e o eleito, já que o mandato é representativo, não imperativo. A separação de poderes idealizada nos séculos XVII e XVIII vem a se alterar, especialmente sob o impacto dos partidos de massa, que são organizados a partir dos séculos XIX e XX.

Essa engenharia institucional dá origem a um modelo de competição partidária pluralista (Dahl, 1989); em sua dinâmica, os cidadãos votariam com base em uma identificação ideológica com os valores e programas professados pelos partidos. Eles escolheriam confiar em significados abstratos e impessoais debatidos e esclarecidos publicamente na arena da opinião pública – uma arena dentro do sistema político, mas dependente dos serviços prestados por um acoplamento estrutural com o sistema dos meios de comunicação de massa. Mesmo que a democracia atual seja definida como uma competição entre as elites



pelo voto das massas (Schumpeter, 2003 [1943], cap. 22), este cenário institucional é crucial para que haja a identificação anônima e generalizada das tendências e posições na esfera da opinião pública.

As distorções do modelo liberal-democrático de competição partidária pluralista são conhecidas na história política brasileira, embora – como a onda global contemporânea de populismos autoritários de direita – não constituam um caráter nacional distinto. Dois pares de distorções típicas afetam este esquema básico de democracia eleitoral: por um lado, o clientelismo e o corporativismo; por outro, o populismo e o autoritarismo. Estes tipos são combinados em diferentes graus, dependendo do contexto histórico. O novo protagonismo das redes digital desestabiliza a representação política (e outros setores, como a saúde pública), assim como a emergência da imprensa, da televisão ou do rádio alteraram a base comunicacional em que a sociedade e seus subsistemas se reproduzem. A própria representação política assume ares de mandato imperativo, em conexão constante com os eleitores e suas demandas repercutidas nas redes.

Vesting (2020) analisa a mudança na formação da opinião pública trazida pela inteligência artificial e pela gestão de *big data*. Empresas especializadas em fornecer *marketing* customizado de acordo com algoritmos de aprendizado automático que agregam dados sobre preferências de potenciais eleitores (como pistas que deixamos através de redes sociais) possibilitam uma abordagem muito mais personalizada e eficiente a nichos do eleitorado do que os comícios em praças públicas ou discursos na televisão, eventos comumente usados pelos políticos como meios para “falar diretamente às massas”. Este fenômeno implica em grande medida uma substituição da identificação com ideologias, programas e partidos – que medeiam entre preferências individuais e problemas e agendas coletivas – pela abordagem personalizada da própria identidade, situação particular, necessidades familiares e preocupações imediatas. Os dados psicométricos permitem que as campanhas eleitorais tracem o perfil de seus alvos à medida que esses eleitores constroem comunicativamente sua própria identidade, por meio das informações que produzem e consomem em redes



digitais. A política observa cada um como cada um pretende ser observado, de acordo com os rastros deixados na rede mundial (sobre a construção de “perfis”, ver Moeller; D’Ambrosio, 2019). Assim os sistemas sociais (como a política) decodificam os corpos e mentes dos indivíduos – configurando as *personas* políticas dos eleitores e construindo os discursos e gestos dos personagens-candidatos.

Mas então cada um pode ser apenas seu próprio Narciso, o que dificulta a tarefa, essencial para o sistema político e para a democracia representativa, de agregar opiniões individuais e coletivas e formular uma opinião pública universalista. A resposta jurídica usual – simplesmente ampliar o alcance da “liberdade de expressão” – pode então violar a tolerância e o pluralismo em que se baseia a própria sociedade diferenciada. Uma nova governança das autonomias digitais é necessária. Deve-se discernir, por exemplo, as mídias sociais de acesso público ou menos privado – como *Facebook* (funcionando desde 2004), *YouTube* (2005), *Twitter* (2006) ou *Instagram* (2013) – e a comunicação privada por redes digitais, como em grupos de *WhatsApp* (2009). Enquanto a autorregulação do conteúdo (inclusive de mensagens extremistas políticas) está avançando em relação ao primeiro grupo (por exemplo, o *Facebook* criou em 2020 um Conselho de Supervisão), isto é muito mais difícil em relação à comunicação em grupos efetivamente privados.

Nesse contexto é que podemos compreender a especificidade do fenômeno das *fake news*. Não se trata da mentira propagada dentro de uma pequena comunidade com fronteiras locais, nem da quebra dos segredos da corte em uma sociedade estratificada. Trata-se de um fenômeno vinculado à própria tecnologia dos novos meios de comunicação de massa – as plataformas digitais¹³. Os meios de disseminação são responsáveis pela redundância social. Os meios digitais protagonizam a dinâmica em que a informação atrai a atenção dos

¹³ Baecker (2006b) propõe relacionar as fases típicas da evolução social com algumas teorias paradigmáticas: à fase da escrita corresponderia a emergência do finalismo aristotélico; o racionalismo individual cartesiano (ou kantiano) expressaria o advento da imprensa; a teoria dos sistemas sociais de Luhmann (com seus conceitos como autopoiese, autorreferência, autologia e codificação binária) seria a expressão descritiva da sociedade organizada pelos *media* digitais.



usuários por ser facilmente decodificada e atrair uma forte apreciação moral (de apoio ou repulsa) – até aí, também o rádio ou a televisão constroem sua audiência dessa maneira. Porém, especificamente nos meios digitais, há uma distinção no nível da mensagem: a informação é confirmada por uma série de mensagens similares de pessoas de confiança (geralmente parentes, amigos e colegas de trabalho). Assim, por meio da redundância (que caracteriza o aspecto massificado dos meios de disseminação), a mentira repetida ganha o valor social de “verdade”. Nas plataformas digitais os controles sobre as fontes e a creditação da informação são inexistentes (livre acesso e publicação nas redes) ou desautorizados (quando a mídia tradicional ou as agências de *fact-checking* repercutem as informações das redes, fazendo uma observação “de segunda ordem” do que as redes sociais observaram). Assim, a compreensão que se tem da mensagem (confiança quanto ao “transmissor”) e da informação (moralmente carregada) passa a constituir uma “narrativa” *prêt-à-porter*. Essas bolhas de comunicação digital engajam as pessoas em uma rede que já provê os contra-argumentos para narrativas discrepantes e para a desautorização de informações e mensagens que venham a conflitar com o repertório cultivado dentro do grupo. Formam-se expectativas com alta carga normativa – de resistir diante de fatos que as contrariem – e baixa capacidade cognitiva, de aprender com os fatos e revisar suas crenças.

8. Da sociedade industrial à sociedade digital

O quadro a seguir ensaia uma tipologia das transições da sociedade mundial “moderna” nos últimos séculos, procurando traçar seu perfil institucional e seu contexto histórico.

Ciclo social	<i>Da sociedade agrária à revolução industrial</i>	<i>Auge e crise da sociedade industrial</i>	<i>Da sociedade industrial à sociedade digital</i>
Século	<i>XIX</i>	<i>XX</i>	<i>XXI</i>
História mundial	Revoluções liberais, unificações e independências nacionais (Europa e Américas) Neocolonialismo: imperialismo europeu na África e Ásia	Revolução Russa de 1917 Crise de 1929 e depressão econômica Duas Guerras Mundiais Descolonização da África Guerra Fria Reconstrução da Europa Ascensão da Ásia Ditaduras militares na América Latina	Crises do petróleo (década de 1970) Redemocratização na América Latina Descomunicação no Leste União Europeia Hegemonia americana Ascensão da China
Meios de comunicação	Da oralidade à difusão da escrita e da imprensa	Rádio, cinema e televisão	Internet e plataformas digitais
Cultura	Historicismo, romantismo e nacionalismo X racionalismo e cosmopolitismo	Modernismo: alta cultura + cultura popular Cultura de massa X cultura nacional	Minorias, identidades, reconhecimento, multiculturalismo
Tecnologia	Revolução industrial: eletricidade, manufatura mecanizada	Eletromecânica Produção em massa (bens de consumo) Ferrovia e automóvel Automação industrial	Revolução digital: microeletrônica, internet das coisas, aprendizado de máquinas, inteligência artificial Robotização, da automação à autonomia
Organização	Concentração fabril dos fatores de produção	Verticalização e conglomeração	Desverticalização Compra global (<i>globalsourcing</i>)
Produto	Manufatura em pequena quantidade	Massificação: grande volume e variedade limitada	Servitização Customização em massa Diversificação
Inovação	Ciclos de vida longos	Ciclos de difusão longos	Inovação incremental permanente (ciclos curtos) e disruptiva eventual



Empresa	Empreendedor individual e empresa familiar	Grande empresa (corporação transnacional X capital privado nacional X empresa estatal)	Redes de cooperação produtiva simétricas e assimétricas
Mercado/ Capital	Concorrencial	Concentrado (oligopolista ou monopolista)	Concentração e hiato entre vanguardas e retaguardas
Diferenciação organizacional	Estado ≠ Empresa (revolução burguesa)	Investidor ≠ Administrador (revolução gerencial) e Propriedade ≠ Controle (revolução corporativa)	Acionistas ≠ Partes Interessadas (revolução dos <i>stakeholders</i>)
Financiamento	Poupança pessoal e lucros de monopólio	Lucros retidos Bolsa de valores Financiamento bancário	Capital de risco e participações privadas (<i>private equity</i>) Poupança compulsória
Trabalho	Separação entre concepção e execução; hierarquia rígida e formal	Tarefas fragmentadas e rotineiras, treinamento específico, hierarquia rígida	Equipes semiautônomas, tarefas variadas, polivalência, serviços
Renda e consumo	Assalariamento do trabalho e hierarquização do consumo	Expansão do consumo via crédito	Insegurança econômica X democratização da propriedade
Economia política	Liberalismo: mercado autorregulado	Socialdemocracia, <i>welfare state</i>	Neoliberalismo, globalização, livre mercado, cadeias globais de valor
Teoria econômica	Economia política clássica Escolha racional Marginalismo	Modernização e estágios de crescimento <i>versus</i> keynesianismo, subdesenvolvimento, nacional-desenvolvimentismo, estruturalismo e teoria da dependência (CEPAL)	Microeconomia, nova economia institucional,
Tributação	Limites constitucionais ao poder de tributar	Imposto de renda Tributação progressiva Seguridade social	Tributação sobre renda X sobre consumo e poder econômico (redistribuição)
Política	Governo representativo, estado de direito e voto masculino censitário	Totalitarismo, ditadura e democracia de massas: universalização do sufrágio; partidos, movimentos sociais, corporações e grupos de interesse	Pluralismo competitivo X elitismo X populismo
Direito	Constituições e codificações nacionais	Parâmetros internacionais para direito nacional (soberania)	Pluralismo jurídico global (multiescalar): ordens subnacionais, nacionais, supra, inter e transnacionais (setoriais privadas)



Teoria jurídica	Formalismo jurídico clássico: entre supremacia legislativa e ativismo judicial	Realismo jurídico, pluralismo institucionalista, positivismo analítico, direito natural (cristão)	Direito & moral Direito & economia Direito & sociedade Direito & políticas públicas
Direito privado	Propriedade privada absoluta Contrato bilateral pontual Sociedade de pessoas (responsabilidade limitada)	Sociedade anônima (corporação) e mercado de capitais Cláusulas abertas, princípios contratuais (boa-fé, abuso de direito, ordem pública) e contratos relacionais	Teias e pirâmides societárias, <i>holdings</i> , derivativos, opções e cobertura financeira (<i>hedge</i>) Redes contratuais relacionais Responsabilidade objetiva
Direito do trabalho	Não há (apenas direito civil)	Contrato de trabalho Negociação coletiva Direitos adquiridos Sindicalização	Flexibilização predatória X pisos globais (<i>antidumping</i> social) Trabalho informal, temporário, precário, terceirizado X proteções portáteis, renda mínima e herança social
Direito público	Separação de poderes: supremacia do legislativo Controle judicial difuso de constitucionalidade Garantia da propriedade privada, devido processo legal e liberdades individuais Direito penal (Estado policial)	Estado administrativo: crescimento do executivo Função social da propriedade Direito econômico/ regulatório e antitruste Direitos sociais (direitos trabalhistas corporativos e serviços públicos universais) Cortes constitucionais e controle concentrado Constitucionalização, principalização e judicialização do direito	Parcerias público-privadas Constitucionalização X desconstitucionalização Indeterminação principiológica X mudança institucional Focalização X universalização das políticas sociais (transferências de renda e benefícios sociais) Judicialização X autorregulação
Direito internacional	Do Congresso de Viena à crise da Liga das Nações	ONU e sistemas regionais de direitos humanos: direitos civis e políticos X direitos sociais, econômicos e culturais Comunidade Europeia Bretton Woods e GATT	Humanitarismo liberal internacional (direitos civis, <i>rule of law</i> e crise climática) OMC, União Europeia, TRIPS Fragmentação de regimes, constitucionalismo global e governança multinível

Quadro 3. Da emergência da sociedade industrial à transição para a sociedade digital: contextos, tecnologias e instituições

Fonte: elaborado pelo autor.



O quadro apresentado tenta uma síntese das grandes mudanças estruturais da sociedade “moderna”, identificada entre os séculos XIX e XX como uma configuração histórica marcada, sobretudo, pela transição da agricultura à indústria de transformação como motor do desenvolvimento econômico; pela contenção dos Estados absolutistas a partir da emergência do constitucionalismo liberal, depois revisado à luz da democracia de massas e das demandas de intervenção social e econômica do poder público; pela migração do campo à cidade como centro de reprodução da vida material e simbólica de grandes massas populacionais; e pela transição da oralidade à escrita como meio massivo de formalização e reprodução da comunicação, sobretudo em organizações e áreas especializadas da sociedade: as empresas e a economia, as escolas e a educação, as igrejas e a religião, os Estados e suas formas jurídicas. Hoje vivenciamos transformação de igual radicalidade, com a digitalização exponencial dos diversos setores sociais – automatização da produção material; desmaterialização e virtualização de processos educacionais, sanitários, jurídicos, governamentais, empresariais, financeiros; programação algorítmica do consumo de informação, da produção de excedentes e da busca de apoio político.

O quadro pode ser lido de dois modos complementares. Por linhas, evidencia as transformações em cada aspecto estruturante da sociedade, como a mídia e a cultura, a tecnologia e as instituições econômicas, o Estado e seus arcabouços jurídicos. Por colunas, perfiliza a combinação de contextos históricos e culturais, tecnologias de ponta e instituições prevalentes que caracteriza cada um dos três períodos formativos esquematizados: a sociedade liberal oitocentista, em meio à industrialização e à urbanização; a sociedade industrial do século XX, com o avanço do Estado social no período entreguerras e no pós segunda guerra mundial e com sucessiva crise (ambiental, econômica e político-ideológica) da sociedade industrial, que marca a ascensão da globalização neoliberal a partir dos anos de 1980; desde então, os primeiros passos na informatização e digitalização das comunicações (econômicas, políticas,



científicas, artísticas, jurídicas, religiosas, midiáticas, educacionais, esportivas, familiares, sanitárias), com a massificação da internet, chegando até o aprofundamento das tecnologias digitais de processamento de dados e de produção material e imaterial, com a internet das coisas, a inteligência artificial, os sistemas cyber-físicos, a aprendizagem de máquinas e a análise de *big data*.

As instituições liberais clássicas foram afirmadas, a partir de revoluções, unificações e independências entre os séculos XVII e XIX, em torno da concentração e contenção do poder político nos Estados nacionais, que adquirem a feição de governos representativos ainda “protodemocráticos”: com critérios censitários e outras barreiras ou discriminações na inclusão política e com formas e sistemas de governo que procuram filtrar e amainar a pressão popular da maioria – seja por meio do bicameralismo parlamentar, seja por meio dos vetos entre os poderes no esquema presidencialista de “freios e contrapesos”. As teorias clássicas da separação de poderes (Locke, Montesquieu, Madison) inserem-se nesse contexto.

Do lado econômico, avança a revolução industrial, com a fábrica manufatureira substituindo o sistema anterior de produção doméstica descentralizada; a concentração de máquinas, capitais e mão de obra se dá em empresas familiares ou sociedades pessoais, em um mercado ainda concorrencial. Enquanto o imperialismo neocolonial responde pelas relações internacionais, o direito interno é caracterizado por uma concentração e contenção de poderes no Estado nacional (soberania, constitucionalismo, declarações de direitos), mas, sobretudo, pela prevalência do direito penal repressivo e do direito privado (civil e comercial), ambos como instrumentos de proteção da vida e da propriedade privada, com uma concepção individualista e atomizada das relações jurídicas, bem caracterizada pelas diversas correntes formalistas (“escola” da exegese, “jurisprudência” dos conceitos etc.). Tais relações são formalizadas em regras e as metodologias de interpretação judicial do direito reforçam a certeza sistemática conferida seja pelos precedentes consolidados jurisprudencialmente, seja pela racionalidade do trabalho legislativo e codificador – uma racionalidade formal que, em parte, superava a



reprodução dos costumes e privilégios da velha ordem social estratificada, mas em parte privilegiava instrumentalmente os valores e interesses dos mais ricos e poderosos. O liberalismo conservador brasileiro, desde suas feições mais inglesas e francesas no império, até sua cópia estadunidense na república velha, transplanta e institui tais formas jurídicas em solo tropical.

Desde o final do século XIX, e sobretudo em princípios do século XX, emergem grandes transformações tecnológicas, midiáticas, culturais e político-econômicas. Surgem meios de comunicação de massa para além do livro e da imprensa escrita, com o avanço do rádio e, na metade do século, da televisão. A arte moderna busca pesquisar e formalizar a cultura popular nacional, contesta os cânones e as formas clássicas de cada expressão artística e se dissemina como uma cultura popular romântica e de crítica social, na era da canção popular, dos filmes e das novelas. A ferrovia, o automóvel, o petróleo e a produção em massa caracterizam o fordismo industrial. Formam-se grandes trustes, cartéis, conglomerados, grupos empresariais e sociedades anônimas, que dão outra escala à concentração do poder econômico e dos fatores de produção, formando mais monopólios e oligopólios do que mercados perfeitamente concorrenciais.

É nesse contexto que crescem as prerrogativas do Poder Executivo e as atribuições da Administração Pública; ao mesmo tempo em que se expande a inclusão política (universalização do sufrágio), avultam as demandas por serviços públicos, políticas públicas e direitos sociais. O direito passa a incorporar cláusulas abertas, enquanto os juízes são instados a explicitar seus juízos de valor e finalidade ao interpretar os textos constitucionais, legais e regulatórios: em vez de pretenderem deduzir uma conclusão unívoca a partir da “letra da lei” (na verdade, pressupondo uma série de princípios de justiça cristalizados nas teorias liberais juracionistas), deveriam observância e deferência às escolhas de política pública feitas pelos legisladores e administradores. Remontando ao progresso do positivismo jurídico no século XIX, crescem no início do século XX as teorias do pluralismo institucionalista, do direito social e do realismo jurídico.

Em paralelo à revolução russa, no ocidente o voto se expande para além das camadas cultas e letradas, cresce o movimento social proletário e camponês,



organizam-se os primeiros partidos de massa e pluraliza-se a competição ideológica, o que conduz a diagnósticos sobre o funcionamento elitista da democracia parlamentar, com a tendência de oligarquização dos partidos e de concentração das lideranças em poucas opções de “quadros” a serem votados pelas massas (é o que se observa em autores diversos como Pareto, Mosca, Michels, Weber, Schumpeter e Wright Mills).

Eis o cenário bem característico do contexto das constituições do México (1917) e da Alemanha (Weimar, 1919), que mostram já as metamorfoses do constitucionalismo liberal rumo ao Estado social, transformando a separação dos poderes (ampliando o protagonismo executivo) e incorporando direitos sociais e possibilidades de restrição administrativa ao exercício dos antes “sagrados” e “invioláveis” direitos privados (como a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 adjetivava a propriedade). É o que se reflete nos debates de teoria do direito e do Estado ao redor da República de Weimar, em autores como Weber, Preuss, Kelsen, Schmitt, Heller, Kirchheimer e Neumann, entre outros.

Nos países escandinavos, avançam os esquemas de proteção social. Nos Estados Unidos, o *New Deal* de Franklin Roosevelt, entre as décadas de 1930 e 1940, não chega a lograr a constitucionalização de direitos sociais, mas já estrutura um Estado interventor, regulador, ativo, seja nos serviços públicos, seja em empresas estatais e agências reguladoras, incluindo instâncias corporativistas de negociação e concertação entre capital e trabalho. É também o tempo das alternativas autocráticas à democracia “liberal”, “burguesa” ou “parlamentar”, com regimes baseados na liderança carismática “populista” ou “cesarista”, como no fascismo e no nazismo. Vargas inicia no Brasil, com a Revolução de 1930, a nova era do Estado industrial e social.

A regulação da atividade econômica e das relações de trabalho e a burocracia pública destinada a ofertar educação, saúde, cultura e esporte desenvolvem-se no pós-guerra, em plena guerra fria, com o avanço do Estado de bem-estar social sobretudo na Europa Ocidental (expansão dos esquemas de tributação progressiva e benefícios sociais redistributivos) e do Estado



desenvolvimentista no sul global (vide as políticas de “substituição de importações” na América Latina). No Brasil, o Plano de Metas de JK simboliza o avanço do nacional-desenvolvimentismo sob a democracia instituída pela Constituição de 1946, produzindo alianças entre o capital estatal, a burguesia nacional e as multinacionais europeias e americanas.

Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU, 1945), o direito internacional se institucionaliza, por exemplo, nos regimes universais e regionais de direitos humanos (como um piso para os ordenamentos jurídicos nacionais) e no direito do comércio internacional, com a permissão de margens nacionais de protecionismo e subsídios. A segunda guerra mundial colocara a Europa ocidental em circunstâncias de violência e escassez que fizeram da democracia política e do desenvolvimento econômico discursos de elite centrais no Atlântico Norte, com planos de reconstrução e cooperação e com a fixação de novas organizações internacionais comerciais, monetárias e financeiras. O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT, 1947), as instituições do sistema monetário internacional criadas pelos acordos de Bretton Woods em 1944 (o Fundo Monetário Internacional, FMI, e o Banco Mundial, com seu braço de investimentos, o BIRD, Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento) e uma série de precursores da União Europeia (destacando-se a Comunidade Econômica Europeia, 1957), além da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 1961), eram as contrapartes econômicas ao lado político: o Conselho da Europa (1949), a Organização dos Estados Americanos (OEA, 1948) e as Nações Unidas (1945). Ademais, para a reconstrução da Europa Ocidental, a nova potência do mundo capitalista, os Estados Unidos, financiaram bilionários investimentos orquestrados no Plano Marshall (1948). Essa configuração institucional tem sua contraparte ideológica na construção de um contexto formador: a democracia cristã e os direitos humanos eram parte daquela teologia política (Moyn, 2015), assim como o liberalismo da guerra fria (expresso por autores como Berlin, Popper ou Arendt) e a ascensão dos grupos de interesse e “novos” movimentos sociais desde os anos



60 (para além do velho movimento trabalhista, as novas pautas: raciais, feministas, ecológicas, do “terceiro mundo”, etc.).

Toda essa configuração do direito internacional público estava assentada em promover um piso de regimes e instituições a serem incorporadas e implementadas no plano nacional, sob o primado da soberania, do consenso e do multilateralismo. É o que se vê nos tratados e organizações econômicos, nos sistemas regionais de direitos humanos ao redor do Conselho da Europa (Corte Europeia dos Direitos Humanos) e da Organização de Estados Americanos (Corte Interamericana de Direitos Humanos – lembrando-se o protagonismo dos Estados Unidos na OEA, mas sua recusa em aderir à Convenção Americana dos Direitos Humanos e submeter-se à respectiva Comissão e Corte), além da Organização das Nações Unidas e suas diversas agências (Organização Internacional do Trabalho – OIT; Organização Mundial da Saúde – OMS; Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL; Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO; Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI; e tantas outras).

Lembre-se que apenas três décadas após a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) é que seus derivativos executáveis se tornaram realidade: em 1976 os Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais – lançados dez anos antes e assim bipartidos – entraram em vigor (no Brasil, só foram promulgados em 1992). Se a Convenção Europeia dos Direitos Humanos foi lançada em 1950 e vigora desde 1953, apenas nos anos 1980 as petições individuais ganharam uso massivo na Corte Europeia de Direitos Humanos, órgão do Conselho da Europa. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), lançada em 1969 pela Organização dos Estados Americanos (OEA), entrou em vigor somente em 1978, quando muitos países latino-americanos estavam sob ditaduras militares e não eram seus signatários; no Brasil, só foi internalizada em 1992.

Na análise dos sistemas internacionais regionais de direitos humanos, salta aos olhos, nos ordenamentos europeu e interamericano, a bipartição efetiva



dos regimes de tratamento dos “direitos civis e políticos” e dos “direitos sociais, econômicos e culturais”, enquanto se afirma, retoricamente, a “indivisibilidade” dessas categorias (como na Conferência de Viena de 1993). À primeira categoria se concede a judicialização, com acesso direto dos indivíduos à jurisdição, no caso europeu; ainda assim, a vinculatoriedade e a executoriedade (*enforcement*) jurídicas das sentenças não são suficientes para dispensar um “constrangimento” político *ad hoc* que dê eficácia a tais decisões. Já quanto aos “direitos sociais, econômicos e culturais”, os tratados tornam-se quase *soft law*, e o monitoramento da “realização progressiva” desses direitos pelos órgãos não judiciais (Comitê Europeu dos Direitos Sociais e Comissão Interamericana de Direitos Humanos) inevitavelmente reduz a juridicidade e a efetividade do mecanismo.

Em paralelo à disseminação dos direitos humanos no plano internacional, tracionada por um renascimento do jusnaturalismo após a segunda guerra mundial, nos países que mantiveram regimes democráticos expandiu-se também uma nova forma de contenção aos Poderes políticos – Legislativo e Executivo – apoiados por maiorias eleitorais cambiantes: é a era de difusão do controle judicial de constitucionalidade, seja com a ampliação dos instrumentos de controle difuso e do protagonismo de supremos tribunais (pense-se nas “injunções estruturais” emanadas pela Suprema Corte americana sobretudo entre as décadas de 1950 e 1970, começando com os casos *Brown* de 1954-55), seja com a criação de ações de controle abstrato de constitucionalidade (incluindo controle de omissões legislativas e adoção de sentenças “manipulativas”, “aditivas”, de “interpretação conforme a constituição” etc.) a serem julgadas também por supremos tribunais ou mesmo por cortes constitucionais propriamente ditas, como órgãos diferenciados do Poder Judiciário em modelos de controle judicial concentrado (proposta institucional kelseniana cuja concretização mais próxima é o Tribunal Constitucional Federal Alemão, criado em 1951).

O Estado social ou desenvolvimentista do pós-guerra, vale lembrar, conseguiu um compromisso entre a garantia da acumulação pública e privada, mantendo altos níveis de concentração da riqueza e do poder econômico, mas



combinando-a com o aumento da tributação, da regulação e dos mecanismos de redistribuição compensatória – sobretudo na forma de serviços públicos e benefícios sociais, que representam um salário indireto. No plano político, a inclusão e mobilidade social permitia uma legitimação, seja da democracia liberal (com a inclusão de reivindicações de ideologias e segmentos sociais mais plurais), seja das ditaduras (enquanto eram capazes de uma gestão tecnocrática eficaz do cenário macroeconômico). No plano jurídico, o formalismo e o privatismo foram compensados pela adição de cláusulas abertas, normas programáticas, políticas e princípios, pelas interpretações finalísticas em consideração às desigualdades substantivas de poder entre as partes em conflito e pelo avanço do direito público regulatório e redistributivo.

É este o cenário de emergência e de referência de boa parte da ciência social, econômica e política de matriz americana, inclusive em seus estudos comparativos sobre estágios de modernização, desenvolvimento econômico, maturidade democrática e regressão autoritária. É também nesse momento que, remontando a esforços anteriores de proposição de um estudo científico do direito independente das ficções jusracionalistas e formalistas – e seguindo, assim, a linha dos positivismo de Bentham, em fins do século XVIII (“ciência da legislação”), e Austin, já em meados do século XIX (com sua proposta de uma “teoria geral do direito” analítica), o positivismo jurídico analítico amadurece nos trabalhos de Kelsen (com a segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, 1960) e Hart (*O conceito de direito*, 1961) como uma alternativa de teoria do direito independente dos debates filosóficos jusnaturalistas, da empiria sociológica ou psicológica e mesmo das “impurezas” normativas e empíricas da dogmática jurídica, com suas ficções formalistas. Politicamente, tratava-se de afirmar uma concepção de direito, ou mesmo de “Estado de direito” ou “império do direito” (*rule of law*), relativamente independente dos regimes e controvérsias ideológicas que marcaram o entreguerras e o pós-guerra. A partir de fins dos anos 60 e início dos anos 70, entretanto, já haverá reações variadas à abordagem positivista, com a remissão da teoria jurídica à filosofia moral e política liberal (como nas teorias de princípios), à abordagem econômica neoinstitucionalista ou estruturalista



(direito e economia, direito e desenvolvimento) ou mesmo à controvérsia ideológica aberta (teorias críticas).

Enquanto isso, nas décadas de 1970 e 80, as crises do petróleo, as mudanças tecnológicas e os problemas ambientais colocaram em xeque a sociedade industrial e culminaram na crise fiscal do Estado social e desenvolvimentista, fazendo ascender o neoliberalismo. No Brasil, sob a ditadura militar, com variações cíclicas de medidas liberalizantes, o desenvolvimento puxado pelo Estado se intensificou entre os anos 60 e 70, sendo sepultado com a crise da dívida externa dos anos 80. O direito internacional dos direitos humanos passa a se concentrar mais na defesa e exportação de regimes de garantia de democracia e direitos individuais do que na determinação de pisos universalistas de bem-estar social. No plano da organização econômica internacional, com o fim do sistema de Bretton Woods em 1971 (quando os Estados Unidos acabaram com a convertibilidade do dólar em ouro, tornando o dólar uma moeda fiduciária), o Banco Mundial e o FMI transformaram sua atuação. Em vez de contar com um regime de taxas de câmbio administradas, o FMI deixou de ser o grande guardião da estabilidade macroeconômica internacional, teve que lidar com o declínio dos controles nacionais de fluxos de capitais, antes exigidos e gerenciados estritamente pelo Fundo, e passou a ser um colaborador dos bancos centrais nacionais e dos mercados privados autorregulados. O próprio mercado financeiro global passou a ser regulado pelas autoridades dos bancos centrais nacionais reunidas a partir de 1974 no Comitê de Basileia para Supervisão Bancária e no Banco de Compensações Internacionais, organizações com grande poder de agenda e produção de *soft law* e *standards* não vinculantes no campo do direito financeiro internacional. FMI e Banco Mundial, por sua vez, ampliaram o escopo de seus investimentos e de sua agenda de orientação das políticas públicas e influência sobre as legislações nacionais¹⁴.

¹⁴ Por exemplo (Georgieva; Weeks-Brown, 2023): se o Fundo Monetário Internacional tem seu mandato desde o início definido ao redor da manutenção da estabilidade macroeconômica internacional (monetária, fiscal, cambial e financeira), hoje produz, orienta e direciona políticas em temas dos mais diversos, da mudança climática aos mercados digitais e a desigualdades de gênero.



Organizações internacionais de direito público (como a Organização das Nações Unidas, a Organização Mundial do Comércio, o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e a Organização dos Estados Americanos) ou mesmo organizações privadas transnacionais (como *think tanks*, entidades de certificação técnica, associações empresariais e organizações não governamentais) influenciam os Estados nacionais, pressionando-os, sobretudo desde a década de 1980 (por exemplo, por meio de condicionalidades nos apoios e financiamentos e em tratados multilaterais de comércio), pela uniformização legislativa (caso do *International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT* –, uma organização intergovernamental independente sediada em Roma) e pela desconstitucionalização, desjudicialização, desregulação, desestatização, deslegalização e despublicização do direito (Faria, 1999; Pereira, 2009); Dezalay; Garth, 2002).

A margem de manobra para as políticas nacionais de desenvolvimento produtivo e tecnológico diminuiu consideravelmente a partir da década de 1990, com a substituição do GATT pela Organização Mundial do Comércio (OMC, 1994) e a concomitante criação do TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio). Ao mesmo tempo, a União Europeia (1993) avançou progressivamente como um programa de liberalização econômica e integração inclusive monetária (com a criação da zona do Euro em 1999), ponto a que não chegaram as alternativas ensaiadas para a América do Norte (NAFTA, o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio, 1994) e para a América do Sul (Mercado Comum do Sul, Mercosul, 1991).

Em meio a conjunturas como a crise financeira de 2008-09 ou a pandemia do novo Coronavírus de 2020-21, alguns movimentos de integração e liberalização sofreram refluxos, com respostas de “desglobalização” (ver Alves, 2024): retirada de prerrogativas de instâncias inter e supranacionais e retomada de poderes por Estados nacionais, inclusive em formações mais autocráticas. A multipolaridade e o multilateralismo, intentados pelo direito internacional e contrastados pela hegemonia americana, hoje se colocam sob risco, na ordem global protagonizada pela ascensão chinesa e escorada, de um lado, por



organizações internacionais forjadas à luz da correlação de forças da metade do século passado e, de outro, por esforços fugidios e precários de coordenação público-privada multinível na linha de uma “governança global”.

Na verdade, a última coluna do quadro apresentado traz muitas vezes conflitos e oposições, alternativas em aberto. É a de mais difícil caracterização. Trata do momento atual, em que movimentos de reliberalização e desconstrução de várias instituições características do Estado social ou desenvolvimentista montado no último século convivem com novas estratégias regulatórias e propostas de reforma institucional em uma sociedade muito mais “globalizada” ou “mundializada” – daí, por exemplo, as propostas de esquemas de tributação ou pisos sociais e trabalhistas em nível supranacional ou mesmo global, a fim de contornar as assimetrias competitivas geradas pela desigualdade econômica, tecnológica e geopolítica regional e nacional e aprofundadas pelos diferentes níveis de proteção social ou ambiental estatalmente institucionalizados. Da regulação direta e implementação unidirecional de políticas públicas centralmente planejadas, a Administração Pública passa a ensaiar estratégias de correção, metarregulação e execução experimental de políticas, com ciclos de monitoramento e revisão, com interfaces público-privadas e abertura a cidadãos, usuários e outras “partes interessadas”. A legislação passa esboçar “marcos regulatórios” e a delegar poderes à regulamentação administrativa, que também ensaia formas experimentais, condicionais e temporárias de regimes, permissões e obrigações. A jurisdição passa à linha de frente na solução de casos pouco ou nada regulados, envolvendo, de um lado, agentes transnacionais fugidios a autoridades estatais e, de outro, tecnologias disruptivas, mantidas em opacidade e blindadas entre o segredo, a propriedade intelectual e a autorregulação privada. As esperanças da participação republicana e direta pelas vias digitais cederam espaço às distopias do neopopulismo autoritário. O pretense “território livre” da internet tornou-se mais um campo de reafirmação, em escala superior, do poder econômico globalmente concentrado. O desemprego estrutural tende a se aprofundar com o avanço da inteligência artificial. A universalização de benefícios sociais e serviços públicos concorre com sua privatização e a



focalização dos gastos públicos apenas em transferências de renda para o combate à miséria. A crise climática se aprofunda. As identidades se fragmentam e radicalizam. A política incorpora soluções autoritárias e as perspectivas de combinação de desenvolvimento e democracia – para além da sociedade industrial, agora com sustentabilidade ambiental – se esvaem em utopia.

Hoje, enquanto se assiste à ascensão de “democracias iliberais” (ou de forças populistas libertárias/autoritárias com apoio eleitoral majoritário), diagnostica-se uma nova crise da democracia liberal – um século depois da ascensão dos totalitarismos do século XX –, observa-se a incapacidade da economia política neoliberal das últimas décadas em promover inclusão e mobilidade social em níveis compatíveis com a legitimação da política democrática e insinua-se, como solução, certo retorno a fórmulas do Estado social, que nem foram capazes de promover uma ampla alteração na distribuição primária de poder e riqueza a seu tempo, nem são plausíveis para fazê-lo nas circunstâncias presentes. Boa parte das teorias prevalentes do direito e da justiça (Rawls, Habermas, Dworkin) cristalizam o direito socialdemocrata dos anos 60/70 do século passado como horizonte de combinação entre (i) a promessa liberal de direitos individuais e autonomia privada, (ii) a promessa democrática de autogoverno, deliberação racional e inclusão de todos os afetados nos processos de tomada de decisões coletivas que os afetam e (iii) as condições de inclusão econômica e hegemonia cultural capazes de sustentar algum equilíbrio e satisfação com a democracia liberal (condições essas aproximadamente concretizadas pelo Estado social, ao menos no círculo das democracias ricas do Atlântico Norte).

Entretanto, para além da reconstrução racional dos princípios justificadores das instituições liberal-socialdemocratas, como realizar um exercício de crítica imanente que revise, revitalize e atualize seus ideais, ao mesmo tempo em que busque mapear formas de concretização alternativas, com potencial para realizar mais amplamente, nas condições contemporâneas, as promessas reproduzidas pelas próprias ordens jurídicas? Como ensaiar algum exercício de “imaginação institucional” (Unger, 2004 [1996]) nesse contexto em



que vivemos a obsolescência relativa de ideais e instituições liberais, democráticas e sociais, a ascensão perturbadora de forças radicais (uma espécie de autoritarismo libertário ou libertarismo autoritário) e a emergência da sociedade digital, ainda sem réguas ou compassos para esboçá-la nem mapas precisos para situá-la?

Neste livro não há uma discussão mais aprofundada das inovações institucionais possíveis seja para expandir a democracia política e as proteções constitucionais (ver Amato, 2018), seja para descentralizar e democratizar a economia de mercado (ver Amato, 2022) no contexto da sociedade digital. Mas se ensaiam respostas para uma pergunta antecedente: que traços caracterizariam o direito digital, ou o direito da sociedade digital?

A tecnologia não é a determinante última da organização social, uma vez que, sob diferentes limitações naturais (geografia, população) e tecnológicas (de uso, transformação e expansão dos recursos naturais dados), formas diversas de organização social (instituições) podem ter lugar (Unger, 2001 [1987]). Entretanto, o critério tecnológico (Ribeiro, D., 1997 [1968]) continua sendo útil para o mapeamento da evolução social – isto é, da transformação estrutural, da expansão das possibilidades produtivas ou destrutivas, de comunicação ou agência. Nesses termos, é útil mapear instituições jurídicas típicas da sociedade mundial (especialmente ocidental) na transição entre duas formas tecnológicas: com o advento da grande indústria fordista, no século XX, e com a emergência das *big techs* no século XXI.

A complexificação da sociedade durante o século XX fez crescerem as concentrações de poder econômico, colocando em questão a sobrevivência de uma economia concorrencial e demandando respostas regulatórias do Estado, como o direito antitruste e regulatório e a organização de agências públicas e empresas estatais. As próprias grandes empresas privadas, de sua parte, passaram a organizar um “direito da produção”, com corpos normativos internos, autorregulações e órgãos setoriais. A expansão da participação política levou ao crescimento do aparato burocrático da administração pública para atender às crescentes demandas por políticas setorializadas – econômicas, mas



também “sociais”: de educação e saúde, cultura e esporte, combate a discriminações e ao crime organizado. O Poder Judiciário também viu aumentarem suas competências e instrumentos para o controle dos atos e normas estatais, mas também de violações privadas de largo alcance – tuteladas a partir de ações coletivas e direitos transindividuais, por exemplo.

Daí que tenham surgido, ao lado dos ramos tradicionais do direito liberal moderno – direito penal, civil e comercial, sobretudo –, novos ramos, como o direito da concorrência, o direito econômico¹⁵, o direito agrário, o direito do trabalho e o direito do consumidor. O próprio direito público, constitucional e administrativo, ganhou proeminência, em contraste com o cenário oitocentista de prevalência do privatismo.

A tendência de publicização e funcionalização do direito durante o Estado social – sobretudo entre a década de 1930 e 1970 – reverteu-se com a reprivatização do direito a partir dos anos de 1980 e 1990. Por um lado, a crise do Estado social e de seu direito decorreu da própria crise da sociedade industrial, que promoveu amplo desenvolvimento econômico, inclusão e mobilidade social ao longo do período pós-segunda guerra mundial, sobretudo, mas que a partir dos anos de 1970 viu-se contrastada por problemas ambientais (que colocavam em xeque a capacidade de produção e consumo, diante de recursos naturais escassos) e por dilemas internos (concentrações de poder, aumento das disputas entre grupos de interesses organizados, complexificação regulatória e dificuldades de organização burocrática, incluindo o declínio do modelo de

¹⁵ Ver o clássico texto de Comparato (1965, p. 19-20), tratando da emergência do “direito econômico” no contexto após a Segunda Guerra Mundial: “O que nos impressionou antes de tudo foi o surgimento de instituições jurídicas de conteúdo econômico que não se enquadravam em nenhum dos ramos tradicionais da dogmática ou da legislação, e que pareciam mesmo rebeldes a uma classificação geral no quadro do binômio direito público-direito privado. [...] Assim é que, para alguns, o direito econômico seria propriamente o direito das atividades econômicas, englobando todos os institutos referentes à produção e à circulação das riquezas. Mas enquanto certos autores operam, sob a noção de direito econômico, um simples reenquadramento dos institutos públicos ou privados de conteúdo econômico (empresas públicas, direito comercial, direito do trabalho e da previdência social, direito rural etc.), outros preferem conceber o novo direito como uma espécie de ordenamento constitucional da economia, no qual se situariam os princípios básicos que devem reger as instituições econômicas. [...] Esta última concepção, na verdade, aproxima-se muito daquela que vê no direito econômico a tradução jurídica da economia dirigida [...]”



organização e produção fordista, declínio este que atingiu inclusive os países comunistas, com suas estratégias planejadas de industrialização). Por outro lado, a liberalização dos fluxos transnacionais de mercadorias e capitais (embora mantidos os controles migratórios) e a difusão das tecnologias de comunicação e informação em tempo real sustentaram o processo de globalização e as políticas neoliberais de contenção da intervenção estatal e abertura das diversas áreas da sociedade à autorregulação e à exploração econômica privada (privatizações, concessões, parcerias, deslegalizações, desconstitucionalizações etc.)

Na emergência da própria sociedade industrial, entretanto, já se notavam dilemas que antecipam alguns dos tópicos centrais de nossa sociedade digital, como a regulação das criações imateriais. O notável jurista e juiz Brandeis argumentara em voto de caso que julgou na Suprema Corte dos Estados Unidos em 1916 (*International News Service v. Associated Press*) que “[a] regra geral do direito é que as produções humanas mais nobres – conhecimento, verdades apuradas, concepções e ideias – tornem-se, depois da comunicação voluntária aos outros, livres como o ar para o uso comum” (citado por Bracha, 2016, p. 1). O desenvolvimento da propriedade intelectual desde um século antes, porém, progredia no sentido inverso, de cercar a produção intangível como um terreno privado, uma muralha de defesa contra todos. Ao final do século XVIII, o autor ou o inventor apareciam como esse indivíduo a cujas criações e invenções, como extensões de sua mente una, dever-se-ia estender a propriedade privada igualmente unificada e absoluta. Na sua origem, essa história prendia-se ao desenvolvimento paralelo dos direitos reais: assim como a transmissão da propriedade imobiliária tornou-se de livre disposição, os antigos privilégios a autores e inventores foram universalizados: “democratizou-se” a proteção, transformando-se o que antes era privilégio discricionário em uma sociedade estratificada em direito que todos poderiam obter, em uma sociedade competitiva, desde que cumprissem os requisitos formais e seguissem os procedimentos devidos (Khan, 2005). Na outra ponta, porém, a história da propriedade intelectual encontrou a trajetória de outra forma de propriedade: a propriedade empresarial. Assim, da intangibilidade e dignidade do produtor-



criador passou-se ao controle monopolista ou oligopolista das criações pelas grandes companhias (Bracha, 2016). Um século depois da observação de Brandeis, a progressão na commoditização dos recursos naturais e dos dados pessoais não poderia caminhar em sentido mais oposto ao de sua posição.

Hoje, o direito digital talvez se organize simplesmente como um novo ramo do direito, mas progressivamente tenderá a se tornar um paradigma que transformará os ramos jurídicos existentes. Por exemplo, como nota Octaviani (2013), os clássicos temas, problemas e soluções do direito econômico – traçados no contexto da economia política da sociedade industrial do século XX – se metamorfoseiam diante da bioeconomia e da economia digital, com a grande convergência entre nanotecnologia, biotecnologia, tecnologias da informação e da comunicação e ciências cognitivas (neurociência).

Ademais, o “direito digital” tenderá a se diferenciar em novos campos jurídicos, conforme os problemas que exigirão soluções pragmáticas e conduzirão à concorrência entre formas alternativas de regulação e regramento. Note-se, em uma das pautas centrais do direito digital emergente – qual seja, o uso dos dados pessoais coletados na navegação eletrônica –, a concorrência de paradigmas. Ben-Shahar (2019), por exemplo, propõe não resumir o tratamento desses dados a um problema jurídico de privacidade, mas os regular como um problema de “poluição de dados”. Aqui a ideia é que a regulação dos dados pessoais na esfera digital não envolve apenas uma relação privada, com assimetrias de informação a demandarem um consentimento informado por parte do usuário e garantias para sua privacidade. A proliferação da coleta e do registro de dados na navegação digital tem gerado danos colaterais (custo social, externalidades negativas), como o próprio direcionamento da navegação e a formação de bolhas de comunicação que exponenciam o potencial de desinformação e a criação de grupos radicais enclausurados em suas “evidências” idiossincráticas ou “*fake news*”. Daí que se chegue a propor não apenas a vedação de vantagens dadas aos usuários pelo fornecimento de seus dados (por exemplo, cadastros virtuais que autorizam descontos no comércio eletrônico) como também a tributação dos “poluidores de dados”.



Já para Unger (2018, cap. 13), a monetização de dados pessoais pelas empresas de tecnologia (geralmente com poder de mercado global), sem contrapartida ao usuário das plataformas digitais, haveria de ser substituída por um regime de propriedade, pelo usuário, dos dados que ele produziu; as empresas poderiam então pagar compensações e rendas pelo uso dos dados, ou até mesmo ceder participações acionárias fracionadas, as quais poderiam ser agrupadas, monetizadas e negociadas em um mercado secundário; conforme o grau de contribuição dos produtores de dados (os usuários das plataformas) ao negócio dos usuários destes dados (as plataformas que os decodificam, agrupam e gerenciam), os consumidores-produtores poderiam ter maior ou menor participação econômica nos empreendimentos derivados dessa colaboração.

Portanto, há amplo espaço para pesquisa e discussão sobre o escopo e as opções de ferramentas regulatórias do direito digital, inclusive com regimes regulatórios concorrentes e sobrepostos, dentro das diversas ordens jurídicas que pautam o tema em uma sociedade mundial.

Hoje o que é “moderno”, novo, não é mais a sociedade industrial e liberal, mas sim a sociedade digital e global. É preciso discernir suas bases tecnológicas para pensar nas soluções institucionais que a sociedade e seu direito podem construir.

A chamada terceira revolução industrial é identificada com a emergência das tecnologias e técnicas de gestão ensaiadas na indústria automobilística japonesa: o modelo da produção ágil, enxuta e flexível, com baixos estoques (*just-in-time*), equipes de trabalhos e hierarquias enxutas (*downsizing*) e fornecedores globais (*globalsourcing*). A partir dos anos 1970 e 1980, esse modelo de organização industrial se dissemina, a ponto de pressionar o *Welfare State* em direção à globalização e ao neoliberalismo. A abertura comercial, a financeirização da economia e a deslocalização industrial caminham *pari passu* com as oportunidades abertas pela crescente automação dos processos produtivos e pelas novas tecnologias de informação e comunicação, como a Internet. Neste início de século XXI, porém, chegamos já ao limiar da quarta revolução industrial, da chamada “indústria 4.0”. Sistemas cyber-físicos, internet



das coisas e internet dos serviços, inteligência artificial, aprendizagem das máquinas e análise de *big data* são algumas das tecnologias do novo modelo de produção e também de comunicação (Sacomano *et al.*, 2018).

Luhmann (2012 [1997], p. 36) propõe substituir a metáfora da comunicação como transmissão de informação entre emissor e receptor por um conceito composto por três elementos: informação, uso (ou mensagem) e compreensão. A informação é distinguida em relação a um pano de fundo de sentidos já conhecidos; é a novidade (*news*) em relação à redundância. A mensagem é o ato de dar a conhecer uma informação, é a *performance* que um comunicador faz para produzir a informação. Já a compreensão envolve discernir a informação propriamente dita (o conteúdo das proposições, o que foi dito) e os complementos contidos na mensagem (como foi dito). A eficácia das *fake news* deriva justamente do potencial de confirmação da informação (falsa) que gera uma aparência de plausibilidade e repercute como se fosse verdadeira. As próprias instâncias de observação de segunda ordem da comunicação – como as agências de *fact-checking* – são também desacreditadas, ao lado da mídia tradicional, de modo que a produção de “narrativas” se vê sempre colocada sob suspeita. Trata-se de um fenômeno ligado a essa dinâmica de descentralização radical da produção e consumo de informações e da própria sobreposição entre os papéis de produtor e consumidor.

A disciplina jurídica da comunicação digital envolve uma problemática com repercussões em múltiplos setores sociais (pense-se, por exemplo, na repercussão das *fake news* nos sistemas político, sanitário, científico e educacional) (ver *e.g.* Martens *et al.*, 2018), viabilizada por fluxos transnacionais (típicos de uma sociedade mundial) e dominada por especialistas nessas tecnologias emergentes e por um pequeno grupo de empresas globais (Srniczek, 2017; Morozov, 2018), capazes não apenas de incidir em estruturas e condutas anticompetitivas como também de, com isso, controlar e usar os dados privados dos cidadãos gerados na navegação digital (Srinivasan, 2019).

Innerarity (2020) observa como o aperfeiçoamento democrático depende da complexificação do sistema político para a manutenção de seus excedentes de



sentido e da contingência das alternativas disponibilizadas. Para ser viabilizada dentro de uma estrutura marcada pela digitalização das comunicações, pela automatização das decisões e pelo emprego da inteligência artificial, a democracia precisa colocar sob seu controle em primeiro lugar as próprias decisões coletivamente vinculantes sobre a governança da tecnologia e da mídia digital; isso só se faz pela construção de instituições que permitam uma observação pública sobre a definição e os usos de algoritmos, big data e programações diversas, hoje protegidos sob propriedade intelectual de poucas grandes corporações. É verdade que a própria tecnologia regula já o uso de dados, por seus filtros, algoritmos, programações e softwares (Burri, 2012). Entretanto, a observação democrática dessa regulação tecnológica não pode prescindir do sistema jurídico. Do contrário, a tendência é as empresas de mídia digital privatizarem o Estado ao capturarem e monetizarem as informações de seus cidadãos (Magalhães; Couldry, 2020).

A governança digital não pode deixar de incluir uma expansão e redefinição do escopo do controle da concorrência entre tais companhias, visto que a concentração de poder econômico é também uma das cunhas de distorção potencial do “mercado” político, uma vez que as organizações políticas possam se aproveitar de condutas abusivas e estruturas concentradas das plataformas digitais. O domínio “digitocrático” do sistema político pode reforçar o aspecto excludente e plutocrático da democracia representativa, em vez de ampliar os canais e arenas de circulação das demandas populares.

Luhmann (1998 [1995]) conceitua as pessoas como endereços comunicativos construídos por sistemas sociais; por meio da linguagem, os sistemas psíquicos individuais são acoplados à sociedade, mas seus pensamentos permanecem operacionalmente fechados em cada mente. Por isso, conceitos de ação ou intenção são rejeitados pela teoria. Dentro dessa abordagem, o direito à privacidade de dados pessoais ganha novos contornos. Tal tutela da privacidade em ambiente digital focaliza o acoplamento estrutural que a mídia eletrônica promove entre os sistemas psíquicos (a esfera privada da intimidade, do pensamento e mesmo das preferências individuais), e os sistemas sociais (Baghai,



2016, cap. 5), particularmente suas esferas públicas (a opinião pública, os direitos, o mercado, as publicações científicas), que traduzem a irritação externa aos sistemas e ecoam suas tematizações internas. A autorrepresentação da pessoa nos sistemas sociais, porém, é sempre seletiva, e é do controle dessa seletividade que trata o direito à privacidade, inclusive da privacidade de dados pessoais deixados pela navegação nas arenas virtuais. O crucial, nota Baghai (2012), é discernir os conflitos sobre privacidade como disputas sobre a relevância dos dados pessoais para determinado sistema social (interação, organização ou sistema funcional) e identificar então o sistema de referência que está se apropriando desses dados para sua construção comunicativa (de decisões, no caso de organizações como o Estado, tribunais, escolas, empresas ou igrejas; no caso de sistemas funcionais, para a marcação de distinções entre o lícito e o ilícito, o comercializável e o não comercializável, o apoio ou a oposição, a comprovação ou invalidação de hipóteses etc.).

Em uma democracia mediada pelas vias digitais o eleitor e o político são abordados enquanto perfis construídos nas redes sociais: ao postar suas preferências de consumo e viagens, fazer publicações que indiciam sua visão cultural e política, cada usuário-observador vai construindo nas redes um perfil de como quer ser observado pelos demais observadores. Nessa observação de segunda ordem, a “perfilização” ou o “perfilamento” (Moeller; D’Ambrosio, 2019) acaba criando endereços de comunicação que podem ser tipificados por meio dos agrupamentos de *big data*; com esse tratamento dos dados pessoais, os usuários tornam-se alvo de programações algorítmicas e estratégias de microdirecionamento de conteúdos e publicidade, inclusive eleitoral (Benkler; Faris; Roberts, 2018).

Um dos direitos políticos fundamentais da democracia contemporânea é, portanto, a garantia da privacidade dos dados pessoais dos eleitores, âmbito ao qual acabaria por se aproximar esse direito antitruste ampliado para a esfera digital (Zanatta; Abramovay, 2019; Srinivasan, 2019; Wu, 2018, cap. 7); afinal, se a concentração econômica atual das plataformas está baseada sobretudo em ativos intangíveis detidos em nome da propriedade intelectual, uma nova



arquitetura de descentralização informacional e econômica teria que reformular a dinâmica da propriedade e proteção de dados pessoais.

Um dos princípios possíveis dessa nova arquitetura jurídica é de que os dados pertencem a quem os produz, de forma que o uso desses dados teria que estar sob controle dos usuários, e sua exploração econômica pelas plataformas demandaria uma remuneração das plataformas a estes mesmos usuários; a remuneração poderia ocorrer por meio de participações acionárias fracionadas, que poderiam por sua vez ser agrupadas em um mercado secundário, onde seriam monetizadas e transacionadas. Poderiam se desenvolver ainda outras formas de envolvimento dos produtores de dados nos negócios dos utilizadores dos dados (Unger, 2018, p. 126-128). A democracia política, também na sociedade digital, não pode deixar de se apoiar em dinâmicas de democratização econômica.

Em uma sociedade digital, as instituições jurídicas poderiam caminhar no sentido da desagregação da propriedade: a titularidade fragmentária, temporária, condicional e sobreposta de ativos materiais e imateriais por pessoas de perfis diversos (trabalhadores e criadores, governos e empreendedores, investidores públicos e privados); a “propriedade desagregada” (Amato, 2022) seria um esquema de descentralização econômica capaz de sustentar o aumento de complexidade e contingência trazido pela comunicação digital, com os riscos da contenção da liberdade econômica, comunicacional e política trazidos pela monopolização das tecnologias e pelo autoritarismo cibernético.

9. Hiper-regulação e metarregulação: freios e contrapesos no ambiente digital

Diante das novas tecnologias de comunicação, a privacidade dos dados pessoais foi posta em risco pela instrumentalização de tais informações para fins eleitorais e comerciais, com efeitos políticos, sanitários e educacionais, entre outros. Como uma questão de fronteira, tal fenômeno envolve fluxos de comunicação transnacionais. Como um problema jurídico da sociedade mundial, a questão levanta propostas e iniciativas de regulamentação além do nível dos sistemas jurídicos nacionais, o que não exclui – apenas torna mais complexas – as tentativas de lidar com o problema no nível da constituição, das leis e das sentenças produzidas dentro de uma determinada ordem nacional (doméstica).

Uma profunda dúvida diz respeito a como programar o direito no complexo cenário contemporâneo da sociedade mundial baseada na mídia digital. O modelo racionalista para os positivistas formalistas do século XIX era a filosofia moral de Kant: uma “racionalidade rígida, dedutiva, abrangente [...] pronta, embalada em um imperativo incondicional” (Vesting, 2018, p. 18); assim se construiu a imagem do direito (ao lado da ética) como conjunto de signos, um sistema linguístico ou ideal, uma hierarquia única (estatal) de fontes (oficiais), com as normas sendo escalonadas por relações lógicas de validade e formando um conjunto completo e coerente.

Há um século Max Weber (1978 [1922], p. 880-889) chamava a tal concepção de “racionalidade formal” – uma pretensão de sistematização completa das premissas decisórias do direito –, mas notava já tendências “antiformalistas” ou de “materialização” do direito, isto é, de permeabilidade a juízos políticos, econômicos ou éticos não previamente filtrados pelas normas positivadas. De fato, enquanto o direito liberal buscava sua plena autonomia, sua imunização diante de outros juízos (tidos como subjetivos) que pudessem incidir sobre a justificação das decisões administrativas ou judiciais de aplicação da norma, o direito do Estado social buscou construir uma maior “responsividade”,



autorizando juízos discricionários em busca da justiça substantiva no caso concreto (Nonet; Selznick, 2010 [1978]).

Nos termos da sociologia jurídica sistêmica (Luhmann, 2004 [1993], p. 196-203; 1983 [1968], cap. 4 e 5; 2014b [1972], p. 174-185), pode-se associar a primeira forma de normatização jurídica com a construção de programas decisórios condicionais, com hipóteses de incidência claramente delimitadas e consequências devidas bem estipuladas (se é x , então deve ser y). Já o Estado social procurou construir compensações, pela via do direito público, às formas clássicas do direito privado. Para tanto, disseminou cláusulas abertas, como as de “função social” ou “ordem pública”, e trouxe para o próprio direito privado juízos mais concretos e particularísticos; por exemplo, por meio da verificação da “boa-fé” ou da ausência de “abuso de direito”. Todos esses padrões normativos dão maior abertura a um juízo equitativo e finalístico, compensatório da rigidez das regras universais, gerais e abstratas. Especialmente no direito público a definição principiológica ou a mera demarcação de objetivos de política pública fornece programas decisórios finalísticos – estes definem um estado a ser atingido, mas não predefinem os meios para concretizá-lo. Tal indeterminação precisa ser gerenciada no momento de aplicação do princípio ou da *policy*; nesse momento ocorre uma “condicionalização” dos programas finalísticos: é preciso definir as hipóteses e consequências autorizadas pelo direito positivo, moldando a regra para o caso concreto. De um lado, o intérprete-aplicador (tipicamente, o administrador ou juiz) é imunizado das responsabilidades (jurídicas ou políticas) de sua decisão sobre quais meios são propícios a atingir os fins definidos; de outro, uma decisão judicial buscará analisar os meios e fins nos limites do caso concreto (por exemplo, analisando a proporcionalidade de medidas alternativas), sem considerar as medidas mais eficazes “em geral” (fora das alternativas delimitadas na controvérsia sob juízo). Nesse sentido, embora sujeito a justificar a adequação e necessidade de suas escolhas, o administrador permanece com uma discricionariedade relativa para definir, por juízo de conveniência e oportunidade, as formas de concretização da política pública.



Essa visão de exclusividade estatal-nacional da programação jurídica vem cedendo diante da globalização econômica, sanitária, científica e comunicacional. Crises, pandemias, pesquisas e estratégias de comunicação espraiam-se para além das fronteiras do Estado-nação, embora demandem que este também as gerencie. Com isso, para o direito, “[e]m vez da hierarquia contínua e linear que a imagem da pirâmide expressava, aparecem hierarquias descontínuas, como outras tantas pirâmides inacabadas, e hierarquias enredadas que formam ‘anéis estranhos’, retomando a imagem de Hofstadter”, diz Delmas-Marty (2004 [1994], p. 87-88), visualizando entre ordens jurídicas diversas relações de “hierarquias descontínuas e pirâmides inacabadas”. Dentro de um só sistema jurídico (sob os pressupostos da soberania política e do monismo jurídico), há critérios consensuais para a integração de lacunas regulatórias e para a solução do conflito aparente de normas. Entretanto, entre ordens jurídicas diversas, há uma colisão cujos desdobramentos não estão programados.

Por isso é que, enquanto Luhmann sustentava uma imagem predominantemente estatal do direito (nacional ou internacional) (Thornhill, 2021), vários teóricos sistêmicos do direito têm procurado desde fins do século XX apontar para a emergência de ordens jurídicas transnacionais, setoriais, não estatais, as quais acabam criando uma normatividade própria para lidar com problemas comuns a toda a sociedade mundial – caso do comércio internacional, da Internet, dos direitos humanos, do esporte, da saúde e, agora, das *fake news*.

Da hierarquia unitária de normas passa-se a uma rede heterárquica de padrões e ordenamentos conflitantes (Ladeur, 1997; 1999). Hoje, o sistema jurídico aparece como uma arena da sociedade em que disputam espaço vários ordenamentos conflitantes, “um *loop* infinito de incessante adiamento”, e a autoridade e a justificação do direito repousam em última instância sobre “uma racionalidade difusa (sem centro)” (Vesting, 2018, p. 21-23). As constituições modernas surgiram como uma carta, um único documento representando a unidade do Estado-nação soberano, mas agora seus equivalentes – como a ordem transnacional dos direitos humanos e digitais – só podem evoluir como regulamentações fragmentadas e setoriais (ver Teubner, 2012), com múltiplas

ligações e mediações entre si (ver Neves, 2009), seguindo a transterritorialidade, heterogeneidade e infinitas autorreferência e heterorreferência proporcionadas pela comunicação na rede mundial de computadores, com sua ilimitada hiperligação.

O tratamento jurídico das *fake news*, de sua produção e disseminação, de suas repercussões e responsabilidades, coloca especiais desafios ao sistema jurídico, especialmente ao direito estatal nacional. Como já destacado, esse ordenamento tem dificuldades em processar demandas que são, ao mesmo tempo:

- (1) ainda pouco programadas pelas instâncias políticas e burocráticas (legislação e regulação);
- (2) altamente baseadas em expectativas cognitivas (a *expertise* a respeito dos novos meios de disseminação da informação);
- (3) com múltiplas interferências sistêmicas (especialmente na política, na mídia, na economia, na ciência e na saúde);
- (4) de caráter transfronteiriço (tecnologias mundiais privadas).

Vale notar que a programação do sistema jurídico baseia-se, segundo a teoria dos sistemas (Luhmann, 2004 [1993], cap. 7; 2014b [1972], cap. 4), em “decisões programantes” tomadas por organizações da periferia do sistema jurídico (como os parlamentos, os acordos privados, os regulamentos administrativos, as formas de mediação e solução adequada de disputas) e em “decisões programadas” tomadas pelas organizações centrais do sistema jurídico (os tribunais). Portanto, o déficit de programação característico de problemas jurídicos emergentes impele os tribunais a decidirem sem disporem de critérios seguros, elaborados pela legislação, consolidados pela jurisprudência ou convencionados pela doutrina. Nesses problemas exemplares – como é o caso da regulação das *fake news* – uma providência importante é adensar a periferia do sistema jurídico (desenvolvendo critérios e organizações para programarem os



conflitos potenciais), sem o que os tribunais sofrem ao mesmo tempo uma avalanche de casos e uma falta de bases jurídicas para lastrear suas decisões.

Assim também, cabe considerar que o direito funciona especialmente com base em expectativas contrafáticas, enquanto sistemas como economia, ciência e os meios de comunicação de massa trabalham primacialmente com expectativas cognitivas (Luhmann, 2014b [1972], p. 31-39). A insegurança do direito – em não dispor de critérios para mensurar o risco que as novas tecnologias trazem à invasão da privacidade dos cidadãos, às regras do jogo da disputa eleitoral ou à saúde pública – pode provocar disfuncionalidades no sistema jurídico, retardando respostas adequadas. As tentativas de regulação nacional do tema esbarram no caráter transnacional dos fluxos comunicativos de dados e de sua comercialização; este se torna um problema de regulação dentro do pluralismo jurídico da sociedade mundial.

A definição estrita de programas condicionais implica um regramento minudente das situações. Parece não recomendável diante de uma temática emergente como as *fake news* e de uma tecnologia ainda restrita ao controle de algumas poucas empresas transnacionais, como as plataformas das redes sociais digitais.

A indicação indeterminada de programas finalísticos abre zonas de controvérsia e discricionariedade dentro da Administração Pública e do Judiciário. Parece tratar-se de uma ferramenta também imprópria para um tema que envolve repercussões jurídicas sensíveis, como o conflito potencial entre liberdade de expressão, privacidade de dados pessoais e direitos políticos, sanitários ou educacionais.

Uma sociedade complexa e diferenciada em várias arenas comunicativas coloca uma série de problemas específicos com um grau de incerteza tal que a simples ordenação “de cima para baixo” pelo Estado pode criar um direito incapaz de tratá-los. Seu pressuposto, afinal, é um Estado autossuficiente, isolado e uma hierarquia de comando e controle, onde a política e o alto escalão da Administração Pública planejam e os funcionários em contato direto com os cidadãos simplesmente executam o que lhes foi comandado nas diversas áreas



das políticas públicas (educacionais, sanitárias, científicas, econômicas). Em contraponto a tal configuração jurídico-estatal é que surge o diagnóstico de que a legislação, a jurisprudência e o regramento administrativo podem ser instrumentos excessivamente rígidos, lentos ou insensíveis para enquadrar juridicamente fenômenos emergentes. As teorias políticas, jurídicas e econômicas passam a valorizar então os discursos da “regulação” e da “governança”. A teoria jurídica passa a falar de “direito reflexivo”, “programas relacionais”, “procedimentalização” e “autorregulação regulada” (como será discutido no próximo tópico).

Para sumarizar o que está em jogo na redefinição do perfil jurídico das políticas públicas diante dos modelos recebidos de paradigmas liberais e socialdemocratas: seria necessário evitar o “trilema regulatório” (Teubner, 1986a). Em suma, um direito sem capacidade de concretizar e executar suas prescrições recai no simbolismo; não consegue estruturar suficientemente as expectativas, fazendo proliferar proclamações vagas e ambíguas de valores.

De outra parte, um direito mobilizado como simples instrumento do poder estatal perde consistência, é invadido e alienado por imperativos de outros sistemas, dissipa-se em sua auto-organização, torna-se disfuncional: não consegue generalizar congruentemente expectativas normativas, fazendo-as resistir a desilusões. Por vezes, encontra-se o uso do direito como mero canal de comunicação de mensagens políticas, econômicas, educacionais, sem aceitação dos controles jurídicos internos, de consistência, procedimentos devidos e garantias. Ao lado do simbolismo e do instrumentalismo, um outro beco sem saída: a “juridificação” (Teubner, 1987), entendida como hiper-regulação dos sistemas sociais (economia, política, educação, ciência) pelo direito (por exemplo, na forma de inflação legislativa ou regulatória e do detalhamento minucioso de regras substantivas e procedimentais, que acaba por antepor obstáculos burocráticos a qualquer iniciativa).

No campo específico das *fake news*, a hiper-regulação ou juridificação poderiam fortalecer excessivamente os poderes de monitoramento e sancionamento do Estado, levantando riscos de censura e autoritarismo; a



omissão e lacuna regulatória, por outro lado, simplesmente significa um empoderamento da “autocensura” nas próprias redes sociais (“cancelamentos”, “linchamentos virtuais”) e dos opacos poderes de moderação de conteúdo pelos próprios oligopólios que dominam e operam as plataformas. Daí a necessidade de buscar uma arquitetura jurídica que oponha e limite reciprocamente os poderes dos Estados nacionais, das plataformas digitais privadas transnacionais e das próprias comunidades virtuais e redes sociais – uma espécie de separação de poderes da era digital, com seus “freios e contrapesos”.

Positivamente, a saída do trilema regulatório (Teubner, 1986a) enfatiza então as necessidades de (i) coordenação entre os sistemas (em oposição à legislação ou regulação “simbólica”, com a mera indicação de vagos princípios e políticas ineficazes), de (ii) externalização (promovendo a concepção de mecanismos de autorregulação, em contraste com a “juridificação” e o enrijecimento formalista por uma burocracia centralizada) e de (iii) autonomia (atenção à autorreferência jurídica, impedindo o “instrumentalismo” autoritário). Um exemplo (Teubner, 1986b) seriam os mecanismos de codeterminação capazes auto-organizar dentro das empresas uma “democracia industrial” – o papel do Estado seria induzir, negociar, coordenar as empresas para que desenvolvam esses mecanismos, e não os impor externamente.

Por vezes se diz que o Estado social keynesiano, com maior atuação no planejamento e na intervenção econômica, é um “Estado regulador”; este é o sentido americano da configuração governamental que emergiu a partir da crise de 1929 e desenvolveu no âmbito do Estado uma série de agências, corporações e empresas públicas voltadas a regular setores como os serviços públicos e âmbitos como o mercado de capitais, o mercado de crédito imobiliário, as relações de trabalho e o desenvolvimento regional. Nesse sentido, as novas formas estatais e mistas de governo e governança seriam então “pós-regulatórias” (Calvo García, 2018). Em outros casos, diz-se que o Estado regulador é justamente aquele que adota uma institucionalidade neoliberal, que abre espaço à iniciativa privada e às organizações sociais – justamente, à autorregulação – e retrai-se de sua atividade planejadora e empreendedora



direta, concentrando-se na regulação setorial e na defesa da concorrência (Faria, 1999; 2011). Tendo esclarecido a equivocidade do termo, o que importa é notar que os discursos e as formas jurídicas que marcam a passagem de um governo nacional hierárquico e unitário para uma governança mista (público-privada) e multinível, e de uma regulamentação administrativa minudente (pelo Estado) para uma regulação à distância das atividades privadas (econômicas, midiáticas, sanitárias), trazem tanto indícios descritivos importantes quanto pretensões de legitimação problemáticas (Amato, 2014; Christodoulidis, 2020).

A abertura dos enquadramentos do direito público à negociação entre várias “partes interessadas” (*stakeholders*), à luz de um modelo privatista relacional, expressa uma nova semântica jurídica, mais tecnicizada e que cognitiviza expectativas normativas – *i.e.* submete a *expertises* tecnocráticas e a critérios “prudenciais” de gerenciamento de riscos as bases da legitimidade jurídica; as externaliza para a ciência e a economia (“experimentais” e “competitivas”), em vez de remetê-las ao sistema político (“representativo” ou “participativo”). Essa espécie de desvio da politização decisória pode recair então facilmente em uma tecnificação mercadológica. E no neocorporativismo procedimental reapresentam-se, então, os velhos problemas do corporativismo: nem todos estão incluídos e organizados para negociar, de modo que a juridicidade imanente aos sistemas funcionais e organizacionais, esse “direito reflexivo” heterárquico, divergente à solução unitária estatal-burocrática, não pode realizar sequer uma “democracia organizacional” se meramente abandonado à autorregulação (Faria, 1999, p. 281-291). Muito menos esse direito pode ser referido como uma “autoconstitucionalização” propelida espontaneamente por investidores e consumidores no mercado (na linha de Teubner, 2012), prescindindo do sistema político e da mediação estatal mais universalista (ver a crítica de Amato, 2015).

Em vez de abandonar os temas difíceis à autorregulação privada, pode-se tanto pensar em formas (estatais) de direito privado que abram espaço e definam parâmetros para a formação de ordens jurídicas privadas (mais complexas que os negócios jurídicos atípicos abrangidos tradicionalmente na concepção de



autonomia privada) quanto em quadros de direito público que tratem da autorregulação. Nesse sentido é Amato (2018, p. 256-257) sugere a categoria constitucional de direitos fundamentais de “autonomia”. Simplesmente vedar a autorregulação e pretender substituí-la por uma direção estatal seria contraproducente em setores altamente complexos e especializados; neles, a coexistência de diversas ordens jurídicas e de ordens jurídicas de perfis variados (algumas estatais, outras privadas) pode levar a uma dinâmica de aprendizados regulatórios mútuos. Por outro lado, não se pode deixar as ordens autorreguladas construírem uma imunidade absoluta diante das ordens estatais democraticamente legitimadas. Logo, tais direitos de autonomia poderiam funcionar como pretensões que garantissem o monitoramento da ordem jurídica autorregulada pelo direito estatal (nacional, internacional ou supranacional) e a exigibilidade do devido processamento de violações e reclamações na ordem privada. Esses direitos seriam uma das formas possíveis de “metarregulação”, isto é, de regular a capacidade autorregulatória de organizações e redes setoriais.



10. Autorregulação regulada no Projeto de Lei das *Fake News*

Diante de sistemas especializados – como o dos meios de comunicação de massa –, o direito estatal precisa alinhar-se à dinâmica autorreferente do sistema no qual intervém, transformando-se mais em uma “inter-referência” (Willke, 2016, p. 27-33; 1992, p. 379). A intervenção exige autolimitação do sistema interventor e adaptação aos critérios e dinâmicas do sistema que está sendo apoiado, com fomento à capacidade de organização deste sistema. A construção de interfaces procedimentais – âmbitos de negociação (conselhos, comitês, comissões), organizações intermediárias mistas (público-privadas), procedimentos regulados de seleção e monitoramento – ajuda a encaminhar produtivamente os conflitos e reger os discursos dos representantes de cada sistema funcional e organizacional em heterorreferência. O que se visa, afinal, é menos ao consenso do que à conectividade de novas informações, à tradução das comunicações de um sistema a outro, conforme seus códigos, programas e intransparências mútuas. O ponto de chegada é uma expansão das opções (comunicativas, políticas, educativas, sanitárias, assistenciais, artísticas) para cada sistema; portanto, uma ampliação de sua liberdade.

Teubner (1983; 1986a; 1992) designa como “direito reflexivo” as formas jurídicas que se distanciam do sistema político estatal e se implantam dentro da dinâmica autorreferente de outros sistemas (como a economia, as empresas e os sindicatos, ou a educação, as escolas e as associações de pais) (ver também Reh binder, 1992). Outros autores chamam tal formatação jurídica autorregulatória de “programas relacionais” (Willke, 1986) ou de “procedimentalização” (Wiethölter, 1986; 2011). Nessa dinâmica de procedimentalização dos conflitos, o órgão decisório trata de estabelecer os parâmetros (normas e garantias processuais, e não os objetivos ou resultados) pelos quais as partes do conflito devem prosseguir na sua relação contínua, no



decurso da qual devem realinhar as suas expectativas, resolvendo elas próprias as escolhas concorrentes de meios e as diferentes interpretações dos fins. De fato, aqui o juiz ou árbitro é transformado em mediador e, em seguida, fomenta a negociação em curso pelas partes de uma cooperação da qual surge um conflito. O regulador (legislador, administrador ou juiz) visa não a executar regras pré-definidas para resolver as controvérsias, nem simplesmente busca definir qual seria a justiça substantiva naquele caso; ele atua para garantir as condições organizacionais para que aquelas relações sociais prossigam e construam o consenso entre suas partes por meio de justificativas argumentadas, incluindo ocasiões para a construção, crítica e reconstrução das formas institucionais dessas relações.

Portanto, há basicamente três métodos de raciocínio e decisão jurídica, os quais enfatizam, respectivamente: (1) decisões tomadas com base em programas mais estruturados, com definição de hipótese e conseqüente normativo (regras); (2) decisões guiadas por programas menos estruturados, com orientação a fins mas indefinição de meios (princípios, políticas, propósitos); (3) decisões de segunda ordem, que terceirizam a solução dos conflitos a outra arena, mas procuram garantir que esta cumpra parâmetros de “legalidade” ou “devido processo” (procedimentalização).

A referência a “procedimentalização” ou “reflexividade” não aponta simplesmente para as “normas de organização” como contrapartes lógicas das “normas de conduta” (sendo estas programas condicionais ou finalísticos). Tem-se em vista um modelo específico dessas normas de organização: aquelas que externalizam as decisões de um ato arbitral de certa autoridade para a autonomia das partes em uma relação continuada, em cujo curso podem surgir conflitos. Na verdade, tem-se em mente uma mudança geral no perfil dos próprios procedimentos judiciais, administrativos, legislativos e privados – um afastamento da rígida burocracia formalizada, hierarquizada e autocontida em todos esses campos. No entanto, essa mudança no perfil jurídico e gerencial de organização e procedimento é um movimento mais refinado e qualitativo, diferente do mero abandono: “deslegalização”, “desjudicialização”,

“desregulamentação” ou “desformalização” como fugas ao amparo jurídico que colocam algumas áreas e pessoas de volta a um “estado de natureza” (com certeza, com traços mais hobbesianos do que rousseauianos). A personalidade jurídica tem de ser assegurada com uma concepção diferente dos direitos, deveres, poderes e responsabilidades, e esperam-se alterações correspondentes na organização. Isso é diferente de amplificar uma imunidade em face do controle jurídico e, em seguida, reforçar as assimetrias e vulnerabilidades sociais.

Daí surge a questão da “metarregulação” (ver Parker, 2007; Gunningham, 2012) ou da “autorregulação regulada” (Schulz; Held, 2004; Porter; Ronit, 2006) – isto é, da necessidade e dos modos de regular a autorregulação, quando indisponível um centro ou ápice que pudesse coordenar ou dirigir as ordens jurídicas em conflito. A combinação entre regulação estatal e autorregulação privada depende de organizações intermediárias que acoplem o sistema jurídico a outros sistemas sociais (como, no caso das *fake news*, o sistema dos meios de comunicação). Sciulli (1992, cap. 6) sugeriu que esses parâmetros mirassem o que Fuller (1969 [1964], p. 33-94) definiu como as aspirações de uma ordem jurídica: 1) generalidade; 2) promulgação (informação); 3) prospectividade (não retroatividade); 4) clareza (sobre o reconhecimento do cumprimento ou descumprimento das normas, *i.e. compliance*); 5) não-contradição (das prescrições); 6) possibilidade (do que é prescrito); 7) constância; 8) congruência (entre condutas e deveres proclamados àquelas relativos).

Nas diversas escalas de governo, mecanismos de regulação da autorregulação assentam-se em um tripé que busca catalisar a capacidade de aprendizagem e autocontrole organizacional (ver Lall, 2017). Em primeiro lugar, esses mecanismos devem garantir transparência (acesso e visibilidade das informações) ao público e avaliação por corpos independentes (com mandato desvinculado da chefia da própria agência ou departamento que estão monitorando). Depois, devem ter vias de recebimento e processamento de denúncias pelas partes interessadas e de investigação e sanção das condutas desconformes. Finalmente, legitimam-se na medida em que procedimentalizam



a inclusão decisória das partes afetadas, o que pode ter diferentes graus: desde a mera consulta ou audiência a essas partes até direitos mais amplos de voto e veto.

Claramente inspirado nessa conceitualidade sistêmica (ver Abboud; Campos, 2020), a versão revisada do projeto de “lei das *Fake News*” (ou Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, PL 2630/2020) – aprovada em junho de 2020 no Senado Federal e remetida à Câmara dos Deputados – incorporou em seu artigo 31 o conceito de “autorregulação regulada”. A previsão foi retirada de versões posteriores do projeto, e a lei ainda não foi aprovada no momento de fechamento deste livro (maio de 2024), de modo que o futuro permanece indefinido.

De todo modo, naquela versão do PL previa-se que a autorregulação neste setor seria “certificada pelo Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet”, visto como uma forma de institucionalizar “o princípio da correção, onde Estado e iniciativa privada atuam juntos para melhorar o ambiente, neste caso, da Internet”. Este princípio se faz presente no direito da Internet em diversos ordenamentos e propostas regulatórias, como na Lei alemã para a melhoria da aplicação da lei nas redes sociais (*NetzDG*, de 2017; ver Ladeur, 2020) ou em recomendações da União Europeia sobre a regulação das mídias (desde 2004; ver Marsden, 2004).

O artigo 31 da Lei brasileira projetada visava aos “provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada” e traça diretrizes para que estes abram canais de reclamação e monitoramento de denúncias, desenvolvam procedimentos para a suspensão de contas inautênticas, construam uma normatividade própria por meio de resoluções e súmulas e garantam a transparência mediante relatórios periódicos ao Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet (um órgão misto, com representantes de diversos Poderes e agências do Estado e da sociedade civil). Claramente, trata-se de uma forma de neocorporativismo procedimental, voltada à “metarregulação”, e não à regulação estatal direta. As normas diretamente relacionadas a comportamentos nas redes digitais devem ser desenvolvidas pelos provedores privados, em seu



órgão autorregulatório, sob a supervisão do órgão público-privado que é o Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet.

O instituto da “autorregulação regulada” tem grande potencial para viabilizar a construção jurídica experimental de parâmetros normativos para lidar com o fenômeno da disseminação das notícias falsas. Pode servir de parâmetro também para o tratamento jurídico de outros temas e setores. A legislação brasileira mostra assim um caminho alternativo ao regramento direto, pelo Estado, das condutas dos usuários e provedores das redes sociais, bem como à pura definição principiológica, que poderia expandir ainda mais – dada a indeterminação inerente a esse tipo de programa jurídico – o potencial interventivo das autoridades públicas nas comunicações privadas. De outro lado, como as próprias empresas privadas de comunicação digital podem constituir uma forma de poder econômico e comunicativo suscetível a abusos, a providência de instituir um conselho misto para regular a autorregulação abre caminho para algum controle também da responsabilidade dessas empresas.

Com o aprendizado mútuo entre o direito estatal (em seu papel “metarregulador”) e o direito autorregulado, há espaço maior para apreciar o caráter técnico da própria programação digital e traduzi-lo para as formas jurídicas de tipificação de condutas, responsabilidades e sanções. A interação periódica entre o Conselho de Transparência e a instituição de autorregulação das empresas de mídia digital deve reforçar a corrigibilidade das próprias normas que venham a ser criadas, testadas e modificadas, inclusive para se atualizarem à evolução tecnológica. Claro que o problema da “captura regulatória” não desaparece no caso do órgão regulador da autorregulação; entretanto, trata-se de uma arquitetura institucional com potencial para garantir, por meio dos representantes de vários órgãos estatais e da sociedade civil, que controles mútuos sejam instituídos a partir da concorrência entre esses diversos representantes e seus interesses e, ao mesmo tempo, que potenciais conflitos contem com procedimentos e arenas adequados para sua resolução.

Remetendo a construção do direito para a autorregulação privada – uma outra ordem jurídica, autônoma ou parcialmente autônoma (Teubner, 1993) – o



direito estatal não apenas consegue supervisioná-la (regular a autorregulação), mas também pode aprender com a dinâmica de construção de procedimentos, normas e doutrinas que tem lugar nessa ordem jurídica paralela, onde há maior contato com o conhecimento dos próprios desenvolvedores das plataformas digitais e maior flexibilidade para adaptar e corrigir os parâmetros normativos. A partir daí o direito estatal poderá adensar suas formas contratuais, legislativas e doutrinárias, criando as bases para que o Judiciário – agora em uma posição ao mesmo tempo subsidiária e subsidiada por critérios decisórios mais consistentes – possa arbitrar casos envolvendo os conflitos variados encetados pela disseminação de notícias falsas, como questões de privacidade de dados, disputas eleitorais, responsabilidades políticas ou abuso de poder econômico. O maior ganho potencial da autorregulação regulada, portanto, é institucionalizar uma dinâmica de observação e aprendizagem mútua entre direito estatal e ordem jurídica privada, o que parece essencial em tópicos ainda pouco programados pelo sistema jurídico.



11. Inovação jurídica e aprendizagem regulatória

Nascido um mês antes do falecimento de Marx, que no *Manifesto Comunista* diagnosticara que, no capitalismo, “tudo o que é sólido desmancha no ar”, o economista Joseph Alois Schumpeter (1883-1950) explicou o processo de inovação tecnológica capitalista a partir de dois grandes ciclos: primeiro, o empreendedor que explora uma invenção desfruta de lucros de monopólio até que a inovação se dissemine (o que pode ser retardado pela proteção conferida à propriedade intelectual; por outro lado, patentes conferem um monopólio temporário sobre a exploração econômica da invenção, em oposição ao segredo industrial); com a difusão da inovação, retorna-se a uma fase concorrencial, em que os competidores buscam se diferenciar por preço e qualidade dos produtos, até que algum deles consiga se destacar no mercado pelo domínio temporário de uma novidade produtiva. Esse seria o processo de “destruição criativa” característico da dinâmica de inovação econômica e dos ciclos de negócios. A evolução tecnológica e econômica, dizia Schumpeter (1939, p. 100), é, assim, “desequilibrada, descontínua, desarmônica por natureza”.

Na economia, como Schumpeter (1949 [1934], p. 66) apontou classicamente, a “destruição criativa” pode ser expressa por meio de: a) um novo produto, com o qual os consumidores não estão familiarizados; b) um novo método de produção, ainda não testado naquele setor, não necessariamente novo, mas ainda não aplicado naquele tipo de produção ou venda; c) a abertura de um novo mercado, que pode ou não ter existido antes, mas no qual agora há falta de exploradores; d) a conquista de uma nova fonte de insumos ou matérias-primas, ou de uma fonte que não esteja sendo explorada; e) o desenvolvimento de uma nova forma de organização, incluindo a quebra ou a criação de uma posição monopolística (inclusive com a formação de conglomerados, trustes, pirâmides societárias etc.).

Por analogia a essa tipologia schumpeteriana, podemos propor que, no sistema político, as transformações correspondentes incluiriam: a) novas



agendas, temas, narrativas; b) novas formas de politização ou mobilização de poder (por exemplo, plataformas sociais vs. sindicatos vs. protestos); c) novas arenas de governança pública, privada e mista; d) novos atores (emergindo da dinâmica da mobilidade social); e) novas formas de institucionalização do poder dentro do Estado.

À luz da teoria dos sistemas (Luhmann, 2012 [1997]; 2013 [1997]), poderíamos ainda sugerir a hipótese de que as inovações nesses campos – sistemas políticos e econômicos – ocorrem em uma dinâmica coevolutiva de variação, seleção e reestabilização. Se falamos em “coevolução”, temos que observar que as inovações econômicas e políticas podem ser alinhadas dentro do sistema jurídico em diferentes graus, expressando-se por meio de: a) novas regras substantivas e processuais; b) novos procedimentos e arenas decisórias; c) novas áreas reguladas; d) novas ordens jurídicas; e) novos regimes institucionais. Essas manifestações de inovação jurídica incluem estratégias de aprendizado regulatório para lidar com riscos e incertezas decorrentes de mudanças estruturais nos sistemas político e econômico.

Um conjunto de estratégias para o aprendizado regulatório pode ser observado em toda a legislação e jurisprudência recentemente desenvolvidas para lidar com as tecnologias e comunicações digitais emergentes, incluindo os projetos de lei europeus (Regulamento Geral de Proteção de Dados, 2018; *Digital Markets Act*, 2023; *Artificial Intelligence Act*, 2024), o *Online Safety Act* do Reino Unido (2023) e muitas outras leis, como o *German Network Enforcement Act* (NetzDG, 2017) e, no Brasil, o Marco Civil da Internet (2014), a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (2018) e os projetos de lei sobre *Fake News* (em discussão no Congresso Nacional desde 2020) e sobre Inteligência Artificial (em discussão no Congresso desde 2023).

Com suas muitas e importantes diferenças, esses estatutos elaborados na última década mostram, em primeiro lugar, que uma estratégia de “principalização” – isto é, uma profunda dependência de normas principiológicas. Em vez da definição de regras, com hipóteses claras de incidência e devidas consequências, princípios (ou normas de política pública –



policy) permitem uma maior adaptabilidade da legislação e informam a criação de microssistemas jurídicos que evoluem e se tornam mais complexos; no entanto, essa indeterminação também gera incerteza sobre quais condutas são ilícitas, quais sanções são aplicáveis e quando isso será de fato definido – pela legislação, regulamentação ou jurisprudência. A definição de princípios tende a transferir o poder discricionário para as autoridades administrativas ou, na ausência delas, diretamente para as autoridades judiciais, sobrecarregando o Judiciário.

Uma segunda estratégia legislativa é a “cognitivização”: embora o direito seja reproduzido especialmente com base em expectativas normativas (Luhmann, 2014b [1972]) – isto é, diretrizes contrafactuais reforçadas por sanções, formalizadas em programas de tomada de decisão e impostas por procedimentos – as normas podem ganhar uma alta densidade fática, ou seja, uma maior dependência de questões probatórias e de prova e/ou conhecimento especializado. Essa abertura é amplamente explorada na regulação de tecnologias emergentes.

Uma terceira estratégia regulatória é a “periferização”. Em termos da teoria dos sistemas sociais (Luhmann, 2004 [1993], cap. 7), o Poder Legislativo é o centro do sistema político, pois toma decisões coletivamente vinculantes; no entanto, ele está na periferia do sistema jurídico, pois não é a organização que dá a última palavra na decisão de um caso concreto. O Judiciário é a arena decisória definida pela proibição do *non liquet* e, portanto, ocupa o centro do sistema jurídico. Agora, na ausência de definições legais ou regras bem definidas, assim como o Judiciário (no centro do sistema jurídico) remete as definições normativas para o Legislativo, o Legislativo – uma organização periférica no direito, mas central no sistema político – tenta remeter a definição do conteúdo do direito digital para a periferia do sistema político, onde estão localizados não apenas os partidos políticos, mas também acadêmicos e especialistas, movimentos sociais (incluindo movimentos de internet e direitos digitais) e grupos de interesse (incluindo *lobbies* de plataformas digitais). Não apenas a dificuldade regulatória das novas



tecnologias, mas também a busca de apoio fora do Estado marcam a abertura dessa regulação à participação da “sociedade civil”.

Uma quarta estratégia regulatória é a “procedimentalização”, baseada no “direito reflexivo” (Teubner, 1983): o direito estatal move-se em direção à criação de normas que institucionalizam uma abertura para outras fontes de direito, ordens não estatais e instâncias autorregulatórias - ou seja, de criação privada do direito. Neste livro observamos como a “metarregulação” - a regulação da autorregulação - pode ser uma saída entre dois extremos: a hiper-regulação estatal ou a omissão regulatória, que deixa os problemas em uma espécie de “estado de natureza” digital, dominado pela fúria da “autocensura” nas redes e dos interesses econômicos das *big techs*.

Uma quinta estratégia regulatória diz respeito à regulação experimental e ao que se pode chamar de “ambientes regulatórios experimentais”, ou “*sandboxes*” (Missaglia; Amato, 2023). Essa estratégia pode ser encontrada no tópico das *fintechs* e dos mercados e serviços financeiros semelhantes impulsionados pela digitalização, mas agora está sendo aplicada ao projeto de regulação da inteligência artificial. Em suma, os riscos e as incertezas que surgem de novas tecnologias e produtos (incluindo serviços financeiros) dificultam a imposição de uma legislação completa e detalhada para empresas iniciantes; isso criaria uma grande barreira para sua entrada no mercado. Por outro lado, é necessário proteger os consumidores e a sociedade em geral dos riscos e perigos sistêmicos provenientes dos novos mercados. A solução apresentada é um tipo de pacote regulatório temporário e condicional aplicado a novas empresas, com uma progressiva complexificação dos deveres e responsabilidades legais paralelamente ao amadurecimento da empresa.

12. Regulação e governança: sobre a legitimidade das novas formas jurídicas

A elaboração do discurso da regulação (econômica), contraposta às “antigas” regulamentações jurídicas, foi comungada pela nova economia institucional, em suas vertentes mais ou menos associadas à economia neoclássica e ao neoliberalismo. Afastando-se de uma visão mítica da espontaneidade e racionalidade *per se* dos mercados¹⁶ e afirmando a racionalidade limitada dos agentes econômicos, a nova economia institucional (neoinstitucionalismo) ergueu a premissa fundamental de política econômica a identificação da legitimidade e eficiência da intervenção estatal no caso de “falhas de mercado”, ou seja, a autorização da ação política quando identificados desvios do sistema econômico em relação ao modelo normativo da concorrência perfeita, quais sejam: concentração de “poder de mercado” (cartéis, monopólios, oligopólios), assimetria informacional e externalidades (vantagens ou desvantagens geradas para terceiros e não precificadas). O Estado regulador é por excelência o autocontido agente corretor dessas falhas (no modelo neoclássico e neoliberal, tipicamente estadunidense e associado à

¹⁶ Luhmann (2007 [1997], p. 143, destaques no original): “Parece que a racionalidade foi, não obstante a complexidade crescente da sociedade, a válvula de escape em que se podiam colocar as esperanças de uma harmonia definitiva; e a economia tira, todavia, proveito disso quando legitima sua autodescrição pressupondo racionalidade em sua práxis de decisão. Mas também partindo daqui se aprecia que a perspectiva de racionalidade registra por sua vez a dissolução dessa ideia de harmonia final: primeiro, mediante a suposição de uma ‘invisible hand’ que garantia bons resultados, logo por meio da teoria da evolução, depois com a relativização das preferências subjetivas (que mesmo quando se considerem socialmente interdependentes não podem ser consideradas estáveis). Finalmente haveria de se duvidar se se sustenta a referência ao indivíduo do problema da racionalidade – seja no sentido da *rational choice*, seja no de entendimento comunicativo. No melhor caso isso também é tão só um elemento tradicional, porque se se espera racionalidade dos membros de uma organização ou de uma profissão, dificilmente se esperaria das pessoas em sua vida privada. A sociologia nesta pendente não pode oferecer sustentação – e muito menos mediante conceitos como os de ética, cultura ou instituição. A teoria dos sistemas vale-se pelo menos da relativização das referências sistêmicas ao colocar a pergunta de em que sistema se confere maior peso na questão da racionalidade. E então a resposta deveria ser inequívoca: às organizações e profissões – aludindo ao sistema social omniabarcador da sociedade e às formas nas quais a sociedade reespecifica aqueles critérios que chegaram a ser considerados gerais.”



“desregulação”) – autorizado a atuar quando as “falhas de governo” não excederem as de mercado – ou, mais amplamente, também um agente indutor do desenvolvimento por meio de políticas macroeconômicas keynesianas, inclusive de criação de mercados (Chang, 1997, p. 708-709, 717). Assim, a

[r]egulação é usualmente definida como o governo (ou o Estado) diretamente prescrevendo ou proscrivendo o que agentes do setor privado podem e não podem fazer, de modo que as ações destes não contradigam o ‘interesse público’. Definida dessa forma, a regulação é distinguida da provisão governamental de bens públicos [...] e da provisão de bens e serviços ‘comerciais’ por meio de empresas estatais. É também distinguida das atividades que pretendem afetar os comportamentos dos agentes do setor privado indiretamente, modificando preços, como pela administração de tributos e subsídios. (Chang, 1997, p. 704)

A garantia da propriedade privada consolidada (inclusive intelectual) e a proteção dos investimentos, além da segurança jurídica, são os veículos jurídicos do discurso econômico liberal ortodoxo, quando este visualiza a importância do *rule of law* (ou do “império do direito”, ou das “instituições”) para o desenvolvimento (cf. Rodrik, Subramanian; Trebbi, 2002; Chang, 2006). Por outro lado, a visão institucionalista desenvolvimentista enfoca arranjos jurídicos híbridos entre “Estado e mercado” (Chang, 1997, p. 720-725; Haque, 2007; Trubek 2010; Trubek; Coutinho; Schapiro, 2013).

É nesse cenário que as semânticas contemporâneas da “governança” (em lugar do “governo” nacional) e da “regulação” (em lugar da velha “regulamentação” administrativa) são expressão de um processo de mudanças nas formas jurídicas, processo este associado a uma cognitivização (em oposição à normatividade) do direito, isto é, a uma maior permeabilidade do discurso jurídico às categorias estratégicas da economia.

Os discursos indissociáveis da governança e da regulação emergem com o deslocamento da típica questão da legitimidade do poder estatal soberano, ou seja, das razões que sustentam a obediência à autoridade (Chevallier, 2003, p. 204). Supiot (2005, p. 227) identifica a emergência coetânea das noções de governança e de regulação no contexto do pós Segunda Guerra Mundial, por uma transposição da cibernética (e) da teoria geral dos sistemas à “gestão” social:



o *kubernetes*, o piloto, vincula-se à função regulatória dos sistemas homeostáticos (mecânicos, biológicos e humanos), prevenindo a entropia – surge daí a (con) fusão das normas jurídicas com as “normas” científicas, a tecnicização e cognitivização do direito e do poder. Essa apropriação da teoria geral dos sistemas, entre outras formas discursivas, sustentou a transição de um paradigma de direção estatal (o Estado social) para o de Estado regulador, pretensamente despolitizado e tecnocrático, árbitro distante dos conflitos entre as “forças autônomas” ou “naturais” da “sociedade livre e aberta”. Assim, a distinção entre poder e autoridade retorna com o discurso e a prática da governança, isto é,

com a atribuição a Autoridades independentes de um magistério tecnocientífico sobre o poder. A razão do poder não é mais buscada em uma instância soberana transcendente da sociedade, mas nas regras de funcionamento inerentes a esta. A questão do poder não se coloca mais então em termos de *governo* soberano, mas de *governança* eficaz. (Supiot, 2005, p. 226-227)

Para Hannah Arendt (2009 [1961], p. 127, 131), a noção de autoridade teria se esvaído no mundo moderno, assim como dele se teria perdido a religião. “Visto que a autoridade sempre exige obediência, ela é comumente confundida como alguma forma de poder ou violência. Contudo, a autoridade exclui a utilização de meios externos de coerção; onde a força é usada, a autoridade em si mesmo fracassou.” (Arendt, 2009 [1961], p. 129).

O desencantamento do mundo e a pressão racionalizadora da modernidade ligaram-se em Max Weber à teorização sobre a dominação legítima. Weber (2009 [1922], p. 33) diferencia poder e dominação. Define poder como a probabilidade de um ator social impor sua vontade a outro, mesmo contra a resistência deste; chama

“dominação” a probabilidade de encontrar obediência para ordens específicas (ou todas) dentro de determinado grupo de pessoas. [...] Conforme ensina a experiência, nenhuma dominação contenta-se voluntariamente com motivos puramente materiais ou afetivos ou racionais referentes a valores, como possibilidades de sua persistência. Todas procuram despertar e cultivar a crença em sua ‘legitimidade’. (Weber, 2009 [1922], p. 139)

Pode-se considerar que tal pretensão de legitimidade é – ao menos no tipo



de dominação racional – a própria antítese da noção de autoridade, no sentido da sustentação do domínio sobre as próprias qualidades naturais ou sociais do senhor (*dominus*) – mais que uma pretensão, uma evidência na qual se funda a *potestas* (Weber, 2009 [1922], p. 140). A dominação, ao contrário, funda-se no reconhecimento das ordens como um dever, por parte dos destinatários. Daí os “três tipos *puros* de dominação legítima” (Weber, 2009 [1922], p. 141, destaques no original):

1. de caráter *racional*: baseada na crença da legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal), ou [...]
2. de caráter *tradicional*: baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade (dominação tradicional), ou, por fim, [...]
3. de caráter *carismático*: baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas (dominação carismática).

Se associarmos os tipos de ação social aos tipos de dominação (a dominação racional-legal, à conduta racional com relação a fins; a dominação carismática, à conduta afetiva; a dominação tradicional, à conduta tradicional), podemos ainda vislumbrar um quarto tipo de dominação legítima (Aron, 2008 [1965], 813-823), vinculado à ação racional com relação a valores, fundada na “crença consciente no valor – ético, estético, religioso ou qualquer que seja sua interpretação – absoluto e *inerente* a determinado comportamento como tal, independentemente do resultado” (Weber, 2009 [1922], p. 15, destaque no original).

A concepção weberiana de legitimação a colocava no plano de uma crença racional, mas “[a] discussão sobre a relação de verdade na crença na legitimidade foi detonada pela concepção de crença na legalidade segundo Max Weber” (Habermas, 1994 [1973], p. 129). No juízo de Habermas, houve de um lado autores (como Johannes Winckelmann) que buscaram condicionar a legitimidade à substancialidade axiológica que ela consagrasse. Nesse sentido: “A legalidade pode criar legitimação quando, e apenas quando, os fundamentos possam ser apresentados para mostrar que certos procedimentos formais obedeceram as



pretensões materiais e empíricas sob certas condições institucionais limítrofes” (Habermas, 1994 [1973], p. 127). De outro lado, Habermas imputa a Luhmann a redução da legitimidade à legalidade, na esteira do decisionismo de Carl Schmitt (Habermas, 1994 [1973], p. 125-126). Nesse caso, a autoridade racional é reconhecida se se crê no processo de formação das leis. A terceira via, buscada por Habermas, aponta como solução que “[b]asta recorrer às normas fundamentais do discurso racional, que pressupomos em qualquer discurso (incluindo os discursos práticos)” (Habermas, 1994 [1973], p. 128).

A noção de governança por vezes é apresentada por instituições econômicas e financeiras mundiais e seus porta-vozes como projeto de racionalização burocrática (explicitamente referenciada em Weber) dos governos nacionais, apta a aumentar a “qualidade” destes (Fukuyama, 2013). Decerto, tal noção prescreve ou descreve uma reorientação da autoridade e da legitimidade. A contestação dos poderes soberanos, que remonta à estrapolação das duas guerras mundiais no Norte, ultrapassou a contestação da autoridade estatal e se espalhou por âmbitos como a família (sob o pátrio poder) e a empresa (sob a supervisão gerencial) (Supiot, 2005, p. 228-229).

Um primeiro movimento, de “*recuo do poder discricionário em proveito do poder funcional*”, expressou-se na complexificação estrutural e especialização dos processos decisórios, com a definição de controles *a priori* (como obrigações de motivação e transparência das decisões) e *a posteriori* (a revisão ou auditoria das decisões estatais ou privadas por juízes e “especialistas independentes”); o próprio administrador empresarial deixou de ser o (talvez mítico) proprietário que supervisionava diretamente a produção e viu-se dependente de determinações do acionista controlador e de órgãos fiscais e administrativos, bem como de “controles sociais” sindicais e judiciais; assim também, a “livre concorrência” se viu regulada por “agências” ou “autoridades independentes”. Paradoxalmente, outro movimento foi o de “*recuo da centralização do poder em proveito de uma distribuição dos poderes*”, com a relativização da hierarquia e a conjugação de princípios de igualdade e subsidiariedade, seja na família (com a igualdade dos cônjuges), seja nos Estados (com a regionalização e federalização



de competências), seja nas organizações empresariais – com a desintegração vertical (em sentido amplo, “terceirização”), o enxugamento administrativo (*downsizing*), a reticularização, a gestão participativa e o trabalho em equipes semiautônomas, em detrimento do taylorismo-fordismo (Supiot, 2005, p. 229-230, destaques no original).



13. A tecnificação ou cognitivização do direito

À desregulamentação jurídica corresponde uma intensificação da pretensão universalista de uma normatização técnica constituída em padrões globais de harmonização comercial, normas técnicas de qualidade (inclusive ambiental) e procedimentos privados de certificação por organizações transnacionais – antes que uma retomada do liberalismo clássico do mítico pequeno produtor realizador de suas potencialidades empreendedoras, essa nova combinação de autonomia e heteronomia é uma colocação em questão tanto da mão invisível do mercado (que precisa combinar a regulação estatal com a autorregulação) quanto do Estado como potência pública (*puissance publique*) atributiva de cidadania política e “social” (direitos trabalhistas individuais e coletivos, serviços públicos, seguridade social) (Supiot, 2005, p. 230-234). “Nessa perspectiva *neoliberal*, o Direito da concorrência ocupa o lugar de um Direito constitucional na escala planetária, e as instituições internacionais do comércio disputam com os Estados o papel de Terceiros garantidores das trocas” (Supiot, 2005, p. 235, destaque no original). Ao Estado é alocado o papel de contrabalançar as falhas de mercado e as disfunções da economia global, por medidas dirigidas e conjunturais, gerenciando ilegalidades funcionais (como o mercado de trabalho “informal” / ilegal), cumprindo programas de “ajuste estrutural” e sendo uma das partes do “diálogo social” *neocorporativista* produzido pelas relações de força constituídas pela concorrência entre interesses particulares (Supiot, 2005, p. 235).

As contraposições entre Estado e nação, Estado e sociedade civil ou Estado e mercado, que emergiram desde a laicização do Estado, são agora confrontadas com a velha distinção romana entre *potestas* e *auctoritas*: de um lado, a faculdade de agir, o Estado como “operador” ou agente “econômico e social”; de outro, a capacidade de influência sobre a ação de outras pessoas, o Estado regulador, a Comissão Europeia, a OMC, as comissões de ética e as autoridades “independentes” (na medida em que lhes permitam as nomeações políticas e os *lobbies* privados) (Supiot, 2005, p. 236-240). A desestatização e deslegalização do



direito abre espaço ao desvio das maiorias representativas e rituais democráticos e libera ou induz, com normas legais “incitativas”, “dispositivas” e “subsidiárias”, “*soft laws*”, o “espontâneo” jogo das forças sociais, com seus próprios rituais de negociações coletivas, certificações técnicas de entidades como a ISO (*International Organization for Standardization*), diretrizes (*guidelines*), critérios de melhores práticas (*benchmarking*) e soluções de compromisso por formas privadas isomórficas a contratos, que substituem um abrangente “contrato social” público ou privado (Supiot, 2005, p. 240-254, 267-273).

O que estamos descrevendo como cognitivização do direito assume claramente, então, uma despolitização do direito – com o que se passa a prescindir da legitimidade (fórmula de contingência da *política*) – à mesma medida em que se desenvolve sua economicização, não só pela vinculação ou submissão de justiça a eficiência, mas também pela constante renovação do direito que isso implica: não basta definir normas e implementá-las, tem-se que processar rapidamente a revisão dessas normas tendo em vista as assimetrias entre resultados programados e resultados atingidos. A separação dos *Poderes* e o processo legislativo então são substituídos pelo oxímoro da “legitimação pela eficácia” de órgãos técnicos “independentes”. Nesse contexto, podem até surgir constituições sem Estado e sem democracia, direito sem qualquer base política, constituições corporativas. Assim, a governança é uma nova versão da tecnocracia, da “política científica” descrita por Habermas em 1963 (ver Habermas, 1994 [1973], p. 114).

Poliglota e paradoxal, o discurso da governança é englobado, reconstruído e utilizado estrategicamente por vários sistemas sociais, para sua expansão ou contenção. Empodera a lógica econômica e o simbolismo científico da neutralidade (o ideal das teorias econômicas neoclássicas e marginalistas) ao mesmo tempo em que se constrói como ideologia. Assimetrizando sistemas e diferenças (por exemplo, fortalecendo a administração pública e o Judiciário, independentes, sobre o legislativo e mesmo o governo – a dimensão política do Executivo) e tende a promover mais a corrupção (dis)funcional e a sobreposição de códigos (ter sobre poder, poder sobre direito, ter sobre direito) que o



acoplamento estrutural (ortogonal ou horizontal) intersistêmico. Ao mesmo tempo reforça a cooperação e o consórcio entre público e privado, mas não deixa de sublinhar padrões de diferenciação, como as distinções entre administração burocrática e governo político, Estado e mercado.

A dupla circulação do discurso da governança, como aparato teórico e como ideologia (Chevallier, 2003, p. 204), sugere uma avaliação ponderada do tema, entre a crítica e a constatação de reais propostas e práticas de transformação institucional. De fato, como ideologia, as comunicações redundam em discursos um tanto quanto aerados, fluídos, voláteis; sua circulação pelo meio da moral os torna metanarrativas de fácil difusão, visões de mundo compartilhadas como valorações de valores – pense-se na construção de *ideologias sistêmicas* econômicas que se reforçam na semântica contemporânea e reiteram a expansão da economia; nesse sentido, as ideologias de uma sociedade fragmentada vão para além mesmo da noção política de ideologia, mas não deixam de ser uma forma de política por outras vias, com o reforço da ciência. Nesse sentido, para Supiot (2005, p. 273), a “ideologia da governança [...] revive assim paradoxalmente a utopia totalitária de um mundo purgado de conflitos sociais.” Chevallier (2003, p. 206) vislumbra a face ideológica da governança como uma revivescência da velha ideologia liberal do Estado Policial – um Estado só chamado a atuar na necessidade da repressão e manutenção da ordem e segurança –, inscrevendo-se no pano de fundo do discurso político e ocultando “a persistência das relações de força, das lutas de poder”: “a imagem de um mundo apaziguado, reconciliado, pela reabsorção dos conflitos e erradicação dos antagonismos irreduzíveis; o apagamento do poder, as escolhas coletivas que deixam de ser questões políticas para ser apenas técnicas; a banalização do Estado, não mais que um ator entre outros; a crença na possibilidade de uma autorregulação dos grupos sociais; a possibilidade de um acordo coletivo sobre certas regras do jogo, etc.”.

A inserção da ciência no âmbito cultural (*i.e.*, no horizonte de sentidos emergente de dada estrutura social) é relevante na medida em que em suas operações se apreende também a diversidade cultural no plano da construção



dos discursos científicos referidos a cada sistema funcional (educação, direito, economia, etc.) e à sociedade mesma (sociologia). Por um lado, entende-se que, pela especialização, embora cada sistema funcional pretenda expandir-se, ele apenas é viável na medida em que coopera com os demais (Graber; Teubner, 1998, p. 65). A incompletude de cada sistema e sua decorrente pretensão expansiva fundam-se sobretudo na criação de *ideologias sistêmicas*, que são metadiscursos incompletos formados principalmente a pelos próprios sistemas (reflexivamente) e pelo sistema científico em acoplamento com outro sistema funcional, o que cria a “ciência econômica” e outras ciências sociais. A ciência retorna sobre a prática do respectivo sistema, *i.e.*, a comunicação “científica” integra-se na própria autopoiese daquele sistema acoplado, pois não é mais que uma operação (observação) deste sistema – no caso, uma autodescrição (Luhmann, 2007 [1997], p. 687-708). Portanto, a ciência contribui para a expansividade não só de si mesma, mas também dos sistemas com os quais se acopla, potencializando a politização, a juridificação, a economicização: “Especialistas das respectivas áreas aplicam a lógica do respectivo campo e, fazendo isso, aumentam as contradições na sociedade global, de um modo específico, funcionalmente fragmentado” (Teubner; Fischer-Lescano, 2008, p. 37).

A hegemonia da economia, enquanto ciência e ideologia emergentes de dada estrutura sistêmica funcional mas marcadas sob o pano de fundo comum das semânticas sociais, é sentida no próprio discurso sociológico ou, mais amplamente, das ciências sociais: do foco de Marx nas relações de produção da vida material e espiritual, analisadas sob a ótica da economia política, à identificação, por Weber, de “afinidades eletivas” (uma recusa ao causalismo) entre o “espírito” do capitalismo e a ética protestante (cf. Löwy, 2004); da “solidez” econômica das análises sociológicas clássicas à fluidez “pós-moderna” da sociologia da reflexividade cultural (Friese; Wagner, 1999). Nesse sentido é que a governança não deixa de ser um sintoma do expansionismo econômico, embora gere (auto)construções jurídicas e políticas – ou, para os economistas, “institucionais”.



14. As formas da governança

Expressando a complexificação de problemas, novas formas de cooperação entre diversos agentes e métodos diferentes de tomada de decisão, a noção de governança, vivificada ao mesmo tempo como paradigma científico e argumento de autoridade em um referencial político reformador, teve diversas elaborações (Chevallier, 2003, p. 205-206): o neoinstitucionalismo da Escola de Chicago a tomou como mecanismo de coordenação das atividades econômicas, alternativo simplesmente às trocas no mercado ou à hierarquia organizacional; na ciência política, descreveu o advento do “Estado vazio” (“*Hollow State*”) diante da necessidade de composição com setores crescentemente fortes da sociedade civil e do mercado; a “governança urbana” expressou a complexidade da cidade e a aproximação dos diversos agentes em sua gestão; nas relações internacionais, a “governança internacional” foi a síntese da fragmentação e heterogeneidade da “sociedade internacional”, assim como a “governança global” (matéria de uma comissão especial da ONU criada em 1995) foi o mote de discussões sobre novas formas de regulação e integração desta sociedade, não mais só de Estados, mas também de pessoas, ONGs, corporações, etc. (os novos “atores” da “comunidade internacional” e/ ou sujeitos de direito internacional); a “governança multinível” (*layered, multi-layered, multi-level*) foi utilizada para descrever o jogo de poder de instituições e organismos internacionais como a Organização Mundial do Comércio (OMC), a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA), a União Europeia (UE) e a Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) (ver Jägers, 2002, p. 4); as práticas de “boa governança” foram imposições recomendatórias das instituições financeiras internacionais, como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, visando à “reforma institucional”, ao saneamento da gestão pública dos “países em desenvolvimento” e à criação de contextos favoráveis ao investimento e à iniciativa privada (*market friendly*); finalmente, a “governança corporativa” se imprimiu como discurso renovador



das práticas de gestão e da estruturação dos poderes nas organizações empresariais, focando a geração de valor para os acionistas, disseminando autorregulamentações setoriais ou organizacionais e práticas de estruturação de códigos e comitês de ética, implementação, *enforcement* e exigência de obediência a normas e regulamentações internas (*compliance*), elaboração de códigos de conduta, iniciativas de responsabilidade social corporativa, projetos de sustentabilidade socioambiental, relatórios financeiros, relatórios de sustentabilidade e balanços sociais, prestação de contas visando à “ampla transparência” (*full disclosure*) e responsabilização (*accountability*), com uma “abertura” das corporações às “partes interessadas” (*stakeholders*), como o Estado, os investidores, as organizações do mercado (como bolsas de valores e câmaras de comércio), os sindicatos, as comunidades locais, os empregados, os concorrentes, os parceiros do negócio, ONGs, etc. Nesse sentido é que corpos regulatórios e órgãos consultivos desenvolveram normas de *accountability* e *disclosure*, por exemplo para a operação em bolsas de valores e a constituição de fundos de investimento (Černic, 2010, p. 85).

As transformações do direito internacional – do projeto de política do federalismo global à técnica da governança ou “gestão” por regimes jurídicos – é um dos exemplos da cognitivização do direito. A “gestão” toma o espaço da linguagem de direitos e obrigações, instituindo um “gerencialismo” ou “administrativismo” (*managerialism*, nos termos de Koskenniemi, 2012, p. 305, nota 1; 2011, p. 342) em que se fixa uma “programação finalística” do direito, concitando as partes do compromisso a tomarem as medidas adequadas, necessárias e proporcionais para concretizá-lo – o (não) resultado é um “infindável processo de sopesamento, ajuste e gestão” (Koskenniemi, 2011, p. 343) em busca do ótimo de Pareto. Mesmo quando a “regulação” se dá na forma de *hard law*, de um tratado multilateral, a gestão dos compromissos fica a cargo de especialistas que atuam *ad hoc* (Koskenniemi, 2011, p. 339). Os *experts* do direito internacional trabalham

para instituições privadas ou público-privadas, administrações nacionais, grupos de interesse ou corpos técnicos, desenvolvendo melhores práticas e soluções padronizadas [*standardised*] –



‘modelização’, ‘contratualização’ e reconhecimento mútuo – como parte da gestão de regimes particulares. Os vocabulários de coerção são cognitivos em vez de normativos. Emergem de fatos e cálculos econômicos, militares ou tecnológicos – remodelando problemas políticos como problemas de conhecimento especializado. A regulação resultante pode também ser mais direcionada a habilitar o poder privado do que a limitá-lo. (Koskenniemi, 2011, 338-339)

A fragmentação do direito internacional em diversos regimes com racionalidades colidentes reforça o problema, pois o cenário de indeterminação em que se dá a decisão política legítima pretensamente teria sido substituído por decisões técnicas não discricionárias – mas quando cada regime (comércio internacional, meio ambiente, direitos humanos) pretende impor sua semântica (daí serem “regimes hegemônicos” nos termos de Koskenniemi, 2012), abre-se novamente o espaço de indeterminação em que juízes ou técnicos terão que agir “politicamente” (Koskenniemi, 2011, p. 340).

Há ainda autores que adotam uma perspectiva “transnacional” do conceito de *governança*¹⁷, o qual daria conta de apresentar a fluidez das formas de comunicação implementadas nessas formas de juridicidade transnacional, as quais repousam, de um lado, no que se poderia classificar como um acoplamento estrutural entre direito e outro sistema funcional – havendo, portanto, uma potencialização da irritação entre as comunicações jurídicas e as econômicas, por exemplo, quando não uma sobredeterminação dessas outras formas de comunicação sobre as jurídicas (casos de corrupção sistêmica, talvez). Na outra face da moeda, essa irritação parece se desdobrar em uma tensão entre abertura

¹⁷ Sand (2004, p. 26, destaques no original): “Aqui, julga-se que o conceito [de governança] nasceu no contexto do trabalho do Banco Mundial no terceiro mundo com o escopo de designar o desenvolvimento como um conceito mais amplo e também enfatizar o papel do setor privado. Schmitter define o conceito como tipicamente designando organizações sem fins lucrativos, semi-públicas, semi-voluntárias. Comparada a outras contribuições, essa parece ser muito estreita. Outros usam uma definição mais ampla, que também inclui autoridades públicas e corporações privadas. [...] A ênfase é em *coordenação, colaboração e redes* entre vários atores, tanto público quando privados, e não em decisões de um único ator. O argumento é que a tomada de decisão política e jurídica deve ser vista no contexto da complexidade de suas tarefas, condições e pretextos, assim como seus fatores complicadores de implementação. Todas as políticas [*policies*] têm que lidar com a coordenação de fatores econômicos, científicos, tecnológicos, sociais e administrativos. Os atores envolvidos incluem especialistas [*experts*], profissionais, autoridades públicas, ONGs e corporações, etc. A ênfase é em ver a tomada de decisão como parte de *um processo mais amplo e variado*.”



e fechamento dos sistemas em acoplamento, tensão esta nem sempre resolvida de forma ortogonal ou horizontal (como fechamento operacional e abertura cognitiva), mas tendencialmente produzindo uma proemiência do sistema funcional ao qual o direito se acopla sobre o próprio sistema jurídico – as comunicações dessas ordens podem ser mais econômicas, esportivas, midiáticas do que propriamente jurídicas. Essa conturbada relação se revela nas descrições que Teubner, ilustrativamente, produz sobre o direito transnacional como um direito ancorado na sociedade civil, mas simultaneamente fechado em discursos técnicos altamente especializados¹⁸. Este direito para além do Estado, portanto, envolve tanto agentes privados, como as corporações transnacionais e seu entorno sistêmico-funcional, quanto atores quase-públicos, como as organizações não-governamentais; como uma ordem jurídica distinta a emergir ao lado (ou acima!) daquelas lideradas pelos Estados (e também das ordens “culturais”/ locais), o(s) direito(s) transnacional(is) envolve(m)-se em conflitos múltiplos, notadamente ao tratar de “temas constitucionais”, como os direitos humanos fundamentais e a organização e divisão de poderes¹⁹. Para Joerges (2004, p. 340), ainda, “um afrouxamento dos laços entre direito e poderes de *enforcement* foi inerente na virada para a governança, o que, novamente, é um fenômeno com

¹⁸ Teubner (2003, p. 11): “A relativa distância à política internacional e ao direito internacional não preservará o ‘direito mundial sem Estado’ de uma repolitização. Muito pelo contrário: justamente a reconstrução de (trans)ações sociais e econômicas como atos jurídicos globais solapa o caráter apolítico do direito global e fornece dessarte o fundamento da sua repolitização. Ela, porém, ocorrerá previsivelmente sob novas formas, pouco conhecidas até agora. Suspeito que o direito mundial não será repolitizado por instituições políticas tradicionais, e.g. de natureza por assim dizer parlamentar, mas justamente pela via daqueles processos nos quais o direito mundial se ‘acopla estruturalmente’ a discursos altamente especializados, isolados.”

¹⁹ Neves (2009, p. 188): “Essas ordens, que não se restringem à dimensão econômica (embora essa se apresente como a dimensão mais relevante do transnacionalismo jurídico), não permanecem isoladas, entrando em relação de colisão ou de cooperação com outras ordens jurídicas, inclusive com a ordem jurídica estatal. Nesse contexto, também surge o problema do transconstitucionalismo, quando questões constitucionais, a saber, casos concernentes a direitos fundamentais ou à organização básica do poder, levam ao entrelaçamento das ordens e dos respectivos tribunais supremos. Embora as ordens jurídicas transnacionais tenham dificuldade de construir-se autonomamente perante os sistemas funcionais globais e as organizações com as quais estão estruturalmente vinculadas (economia, esporte, internet, organizações não governamentais etc.), elas afirmam, exatamente com base na força dos respectivos sistemas funcionais e organizações, uma pretensão de autonomia perante o direito estatal, do que resultam problemas de entrelaçamentos, no plano reflexivo de autofundamentação, entre elas e as ordens estatais.”



que todos os níveis de governança aprenderam a viver”.

O exemplo da União Europeia é ilustrativo e merece menção. Similarmente ao colocado em relação às ordens transnacionais (privadas), mas com diferentes matizes, a questão democrática, da legitimidade, destaca-se também no plano do direito supranacional europeu. Embora se trate de uma ordem liderada por Estados, também aqui há óbices à representatividade da esfera pública. Tal cenário se expressa enfaticamente na contraposição entre as atividades do Parlamento Europeu, cujos representantes dos Estados-membros europeus são eleitos por sufrágio universal, pelos respectivos cidadãos, e a atuação da Comissão Europeia, que equivale a um governo (Poder Executivo) na esfera supranacional e cuja atividade administrativa se desenvolve por meio de estruturas burocráticas altamente especializadas, os “comitês de comitologia”. Os comitês de comitologia realizam um “trabalho coordenativo, mas não juridicamente vinculante” (Sand, 2004, p. 47-48). Essa dualidade entre o “Legislativo” e o “Executivo” europeus por vezes assume a forma da dicotomia entre democracia e tecnocracia, trazendo, pois, contestações à legitimidade da organização e atuação da União Europeia. Assim, se há autores (Steffek, 2004) para os quais a legitimação democrática é possível na medida da eficiência das decisões tomadas em órgãos técnicos e da devida justificação racional da deliberação perante a esfera pública (ainda que sem uma maior participação dessa esfera)²⁰, outros postulam que “[o]utras fontes de legitimidade apenas

²⁰ Steffek (2004, p. 81-82): “Consequentemente, a noção de legitimidade supranacional aqui esposada é não é baseada na ‘performance institucional’ como nas abordagens funcionalistas clássicas, tampouco em alguma sorte de ‘isomorfismo institucional’ que advoga parlamentos pós-nacionais ou uma proposta de república mundial. [...] Argumento que parece haver alguns critérios de boa governança que são independentes da presença de instituições democráticas, de um lado, e da performance institucional em termos de resultado material, de outro. A governança internacional parece ser considerada como legítima quando é dirigida a valores acordados da comunidade internacional e quando respeita padrões procedimentais comumente compartilhados.” Steffek (2004, p. 88) ilustra: “Por exemplo, por que as pessoas pensam que a Organização das Nações Unidas é uma instituição legítima? O déficit democrático da ONU na dimensão do *input* é óbvio, e seu *output* em termos de vantagens tangíveis para os indivíduos é pequeno. Sobretudo, essa organização deixou de cumprir, por décadas, tarefas atribuídas em sua Carta e, ainda assim, continua a desfrutar de um nível confortável de apoio popular. Isso claramente pode não ter nada a ver com a eficiência ou eficácia da ONU em atingir a paz mundial, o bem estar ou a justiça social, mas sim com os genuínos princípios de acordo com os quais a instituição trabalha e com a validade admitida dos valores que ela persegue.”



podem ser complementares. Elas devem ser integradas em um invólucro político democrático maior, mais amplo” (Menéndez, 2004, p. 104).

O exemplo europeu é testemunha da estruturação de formas de elaboração e tomada de decisão, de produção do direito e de regulação que se construíram sob o paradigma da governança. A teia complexa de organizações e âmbitos de comunicação e produção de decisões programantes e programadas já despista, por si só, as dicotomias rígidas entre público e privado, Estado e mercado. Nesse sentido, citem-se como exemplos do direito produzido no âmbito da União Europeia os *white papers* (relatórios ou guias dotados de alguma “autoridade” ou força persuasiva) e, com ainda menor grau de vinculatoriedade, os *green papers* (propostas para discussão de políticas); são exemplos o *green paper* sobre responsabilidade social corporativa²¹ e o *white paper* sobre governança²², ambos apresentados pela Comissão Europeia em 2001. Na interpretação de Sand (2004, p. 47), o *white paper* adota o termo *good governance* com a concepção de que a governança é, do ponto de vista dos Estados, “um processo multifacetado: Estado de direito [*rule-of-law*], transparência, participação, qualidade e eficiência. Parla mentos transparentes e responsáveis [*accountable*] e democracias são vitais, mas não o bastante.”

Fora do âmbito da experiência regulatória supranacional europeia, há outras experiências que mostram as novas formas jurídicas da governança, de direito construído descentralizada, consorcial e cooperativamente entre organizações estatais ou de composição por Estado, “mercado”, “sociedade civil” e eventuais outros “atores”: *soft law* de instituições internacionais, autorregulações de organizações econômicas como bolsas de valores e organizações transnacionais (estatutos de câmaras arbitrais, diretrizes de associações corporativas) e ainda as normas das organizações empresariais e suas

²¹ Commission of the European Communities. *Green paper: promoting a European framework for corporate social responsibility*. Brussels: EU, 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001-0366en01.pdf>>. Acesso em 18 maio 2013.

²² Commission of the European Communities. *European governance: a white paper*. Brussels: EU, 2001. Disponível em: <eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0428en01.pdf>. Acesso em 18 maio 2013.



redes de parceiros de negócio. Nesse sentido, ilustre-se a profusão dessas fontes de direito ou protodireito por referência a exemplos como os *papers* da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), os *draft articles* da Comissão de Direito Internacional da ONU, a norma de responsabilidade social SA8000 (*Social AccountAbility 8000*, gerida e certificada pela organização não governamental, transnacional e “*multi-stakeholder*” *Social Accountability International*), a certificação (privada mundial, de origem britânica) OHSAS 18000 (*Occupational Health and Safety Zone*), em matéria de sistemas de segurança e saúde ocupacional, e as normas da *International Organization for Standardization* (ISO), como as séries ISO 9000 (sobre gestão da qualidade), ISO 14000 (sobre gestão ambiental), ISO 26000 (sobre responsabilidade social), ISO 50001 (sobre gestão energética), ISO 31000 (sobre gestão de riscos) e ISO 22000 (sobre segurança alimentar). Ainda, como parâmetro de governança corporativa, uma lei estadunidense de 2002, *Sarbanes-Oxley Act*²³, e outra de 2011, *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*²⁴, também simbolizam hoje padrões de excelência na transparência e auditoria de operações financeiras difundidos por todo o mundo corporativo, para além do âmbito espacial formal de validade deste ato (dentro do qual é uma norma vinculante). No mesmo sentido, em 2004 a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) apresentou seus princípios de governança corporativa²⁵. Citem-se ainda os padrões de governança corporativa construídos por bolsas de valores para companhias abertas que se disponham a voluntariamente adotá-los: tal é o caso do “novo mercado” da bolsa de valores de São Paulo²⁶, assim como

²³ United States of America. *Sarbanes-Oxley Act of 2002. Corporate responsibility*. Disponível em <www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>. Acesso em 18 maio 2013.

²⁴ United States of America. *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*. Disponível em: <www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf>. Acesso em 18 maio 2013.

²⁵ Organisation for Economic Co-operation and Development. *OECD Principles of corporate governance*. Paris: OECD, 2004. Disponível em: <www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>. Acesso em 18 maio 2013.

²⁶ BM&F Bovespa. *Novo Mercado*. Disponível em: <www.bmfbovespa.com.br/empresas/pages/empresas_novo-mercado.asp>. Acesso em 18 maio 2013.



das normas da bolsa de Nova Iorque²⁷, que preveem, dentre outros, tópicos sobre governança corporativa, abertura de informações e responsabilidade social (além do *Dow Jones Sustainability Index*). A governança corporativa imprimiu novas configurações na estruturação e funcionamento de órgãos societários, como comitês de auditoria, comitês de remuneração, comitês de nomeação – estes últimos, “mais do que serem compostos por membros independentes, deveriam assegurar que houvesse independência na composição dos demais Comitês com funções de monitoramento [...], bem como em parcela do próprio *board of directors* [...]” (Morelli, 2012, p. 30).

Frise-se que as diversas regulações ou normatizações construídas em torno do ideário da governança corporativa cobrem uma ampla variedade de assuntos: em geral (e o exemplo das bolsas é o paradigma) o tema central é a disposição de informações para o mercado e os potenciais investidores (*full disclosure*) bem como (notadamente nos códigos de ética das corporações) as estruturas de tomada de decisão internas e os deveres de lealdade e confiança. Fora esses temas, estritamente funcionais para o mercado, o apelo à “sustentabilidade” e à “responsabilidade corporativa”, em grande parte dos casos, é vago e sem mecanismos efetivos de desdobramento, implementação e fiscalização; isso vale, ainda em maior grau, para eventuais disposições acerca de direitos humanos, que não costumam ultrapassar parâmetros legais mínimos em qualquer país ou no direito internacional (muitas das normas voluntárias se resumem a proibir o trabalho infantil ou forçado, prever genericamente liberdade de associação sindical, remuneração “justa” e limitação da jornada de trabalho). Tal é o caso brasileiro, segundo revela pesquisa dos códigos de ética e diretrizes de responsabilidade corporativa das dez maiores corporações atuantes no país (Amato Neto; Amato, 2019). Tal estudo corrobora as observações que registram “a retórica moralista e [...] o uso de símbolos emotivos, expressivos e não-cognitivos nos códigos de conduta ou nos contratos-tipo elaborados pelas empresas multinacionais ou pelas associações internacionais cooptadas por elas,

²⁷ New York Stock Exchange. *Listed company manual*. Disponível em: nysemanual.nyse.com/LCM/Sections/>. Acesso em 18 maio 20 13.



como se demonstra pelo uso corrente de expressões como concertação, interesse comum, confiança recíproca, solidariedade, cooperação, assistência, lealdade, etc., etc.” (Santos, 2002, p. 218).

Ao lado da dimensão material e das fontes organizacionais variadas de tais normas, elas são expressão de uma complexificação e gradualização do sistema jurídico – no sentido de que ilustram diferentes graus de vinculatoriedade e de exigência de cumprimento (*enforcement*), para além das diferenças, também político-estratégicas, entre fontes jurídicas como constituição, legislação infraconstitucional e normatividade infralegal. De um lado, há leis nacionais vinculantes; de outro, *soft law* internacional; de outro, estatutos, diretrizes, recomendações de câmaras arbitrais, associações corporativas, órgãos supranacionais da União Europeia. Especialmente nos casos “não governamentais” ou privados, mas também nas recomendações, diretrizes e relatórios de diversas origens, se a função do direito permanece sendo a generalização congruente de expectativas normativas, essas expectativas não deixam de ser cognitivizadas por fatores como a forma dos mecanismos de fiscalização do cumprimento das normas (muitos dos quais, comitês técnicos, não jurídicos, autorregulados) e o tipo de elaboração dos textos normativos (ora detalhamento técnico, ora mandamentos principiológicos indefiníveis). Não deixa de ser sintomático – talvez mesmo um ato falho – do fenômeno que vislumbramos como cognitivização do direito a definição do processo de criação e implementação normas técnicas como *normalização* (e não *normatização*). Para a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), entidade privada sem fins lucrativos responsável pela elaboração e “recepção” de normas técnicas no país, *normalização* seria a “[a]tividade que estabelece, em relação a problemas existentes ou potenciais, prescrições destinadas à utilização comum e repetitiva com vistas à obtenção do grau ótimo de ordem em um dado contexto.”²⁸ Norma é definida neste âmbito como “[d]ocumento estabelecido por consenso e aprovado por um organismo reconhecido, que fornece, para uso comum e

²⁸ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *Normalização*. Disponível em: <www.abnt.org.br/m3.asp?cod_pagina=931>. Acesso em 18 maio 2013.



repetitivo, regras, diretrizes ou características para atividades ou seus resultados, visando à obtenção de um grau ótimo de ordenação em um dado contexto.”²⁹

É ilustrativa desse fenômeno cognitivizador a questão das “barreiras técnicas” – a principal classe de “barreiras não-tarifárias” reconhecidas e reguladas no sistema jurídico-econômico da Organização Mundial do Comércio. Dentre essas barreiras, distinguem-se os *standards* (normatizações voluntárias sobre produtos e processos de produção) e os regulamentos técnicos (normatizações mandatórias). Essa distinção gera diferentes efeitos na obstrução do comércio internacional: enquanto os regulamentos técnicos contam com *enforcement* jurídico, sendo proibida a exportação, importação e venda ao consumidor de produtos que os desobedeçam, os *standards*, de regra elaborados no seio de organizações internacionais de normatização, geram efeito meramente econômico: a preferência dos importadores e consumidores por produtos que os sigam. Observa-se, porém, que meros *standards* podem adquirir caráter mandatório uma vez incluídos nas legislações nacionais, o que é procedimento naturalmente adotado pelos países, notadamente os de maior desenvolvimento relativo (Oliveira, 2002, p. 259-260). O jogo com os “tipos” de direito passa então a integrar as argumentações e construções conceituais jurídicas, imprimindo flexibilidade ao direito.

A governança é um “discurso competente” (Chauí, 2006, p. 19-23) do direito mundial que se diferencia “internamente em ‘colégios invisíveis’, ‘mercados e ramos de negócios invisíveis’, ‘comunidades profissionais invisíveis’ e ‘redes sociais invisíveis’, estendendo-se por cima de fronteiras territoriais, mas, apesar disso, buscando insistentemente a formação de formas jurídicas autônomas” (Teubner, 2003, p. 14). É um “absolutismo da verdade disciplinar declarada por instituições que pretendem validade universal, um absolutismo da razão especulativa” (Koskenniemi, 2001, p. 358) e, sobretudo, um dos mais recorrentes símbolos do discurso a que se pode remeter uma série de mudanças estruturais no sistema jurídico. Teubner (2003, p. 19), por exemplo, postula a

²⁹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *Perguntas frequentes*. Disponível em: <http://www.abnt.org.br/m2.asp?cod_pagina=-963#>. Acesso em 18 maio 2013.



irrelevância da sanção como “apoio simbólico” da “pretensão de vigência” das ordens privadas transnacionais e a desimportância da distinção entre normas sociais e normas jurídicas. Esse modelo de pluralismo jurídico dos altos poderes técnicos invisíveis também interage com permissões do direito estatal, dentro de cujos marcos regulatórios

os atores econômicos, sociais e políticos têm total liberdade para desenvolver as mais variadas e criativas formatações contratuais e optar pelos regimes normativos mais adequados às suas expectativas e interesses. Eles podem, inclusive, promover acordos corporativos, dando nova configuração às relações entre capital e trabalho, e firmar pactos ‘sociais’ orientados por objetivos de produtividade, aumento de competitividade, metas de sustentabilidade, etc. (Faria, 2009, p. 320)

Por meio de contratos relacionais, por exemplo, as corporações envolvem sua rede de parceiros de negócios em um “neocorporativismo procedimental”, autorregulando suas relações com atores públicos e privados “em vários níveis de formulação, decisão, implementação e execução” dos “programas normativos relacionais” (Faria, 1999, p. 212). Nestes, a cognitivização do direito é assumida com clareza. Nesse sentido é que, ao projetar cenários sobre o futuro do direito após a crise de 2008, Faria (2011, p. 50-52) destaca um modelo de “governança mundial e direito sem Estado” – “uma governança à ‘margem’ ou ‘exterior’ ao direito positivo tradicional”, na qual “redes funcionalmente especializadas”, um mercado autocorretor e um “direito impulsionado por sistemas parciais da sociedade” perseguem “o *equilíbrio ecológico* dos sistemas e subsistemas em que atuam”, buscando assim a tomada de decisões de impacto coletivo e a autogestão dos conflitos.

Assim, as formas jurídicas da governança, empoderadas pelo *medium* do dinheiro, podem atuar no sentido da privatização da política, do espaço público, do direito – tanto pela tomada de espaço do direito público pelo direito privado, nas ordens estatais, quanto pela geração não estatal de normatividades jurídicas. Em suma, “as práticas neocorporativas desestimulam a participação dos cidadãos, reduzem a responsabilidade das autoridades e eliminam a competitividade” (Campilongo, 1997, p. 120). A governança não se reduz, porém, a tais pretensões de hegemonia; expressa também a irritação pela inovação da



programação do sistema jurídico, que deve ser considerada em resposta à complexidade, à diferenciação e à superirritação da sociedade atual, mas sempre no sentido da moderação possível dos efeitos desdiferenciantes, desigualdades crescentes e exclusão em massa.



15. Inteligência jurídica na era da inteligência artificial: entre normas e riscos

A regulação de temas sobre os quais há ampla discordância cognitiva (tais como finanças, meio ambiente ou comunicação digital) coloca em evidência os limites em que o subsistema do direito (notadamente o direito estatal de escala nacional) é capaz de observar critérios e teorias produzidos pelo subsistema da ciência (cuja escala operacional é a da sociedade mundial). Podemos aventar a hipótese de que a regulação jurídica desses temas complexos tem levado a uma abertura ampla, por vezes problemática, do sistema jurídico a expectativas cognitivas geradas em uma situação de incerteza científica, em um processo que chamamos de “cognitivização do direito”.

Explora-se tal hipótese com base na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (2014b [1972]; 2004 [1993]), que apresenta o direito como um subsistema social marcado, na modernidade, por uma função específica de generalização congruente de expectativas normativas e ainda fortemente ancorado nos Estados nacionais, embora a mesma época assista à emergência de uma só sociedade mundial, como limite da conexão autorreferencial de todas as comunicações.

Para precisar o quanto os temas postos à regulação jurídica contemporânea desafiam os modelos de raciocínio jurídico, valemo-nos de um diálogo que explora as afinidades eletivas entre a sociologia sistêmica e a teoria positivista apresentada por Frederick Schauer. Argumenta-se que a calibração dos modelos de decisão jurídica apresentados por Schauer – entre o particularismo extremo e o universalismo inflexível, variedades de um positivismo e formalismo presumidos – depende não apenas de avaliações normativas (sobre propósitos subjacentes às generalizações entrincheiradas como regras), mas também de certa convergência a respeito dos fatos que sustentam tais generalizações. Assim, em setores altamente técnicos da regulação



jurídica contemporânea, a escassez de certeza sobre evidências, provas e relações causais acaba por retroalimentar dificuldades jurídicas de tomada de decisão.

Lembremos que a segurança é o contravalor de reflexão ao risco: risco diz respeito ao que um sistema reconhece como incerteza autoproduzida, controlável por suas decisões; a incerteza não processável pelo sistema, ele atribui ao ambiente como fator de insegurança (Luhmann, 1993 [1991], p. 14-28). Ainda, a “confiança é uma solução para problemas específicos de risco” (Luhmann, 1988, p. 95). Ora, dessas noções básicas emergem perguntas-chave: até que ponto o direito contemporâneo pode confiar na *expertise* para definir seus padrões regulatórios? Será possível regradar com segurança jurídica temas sobre os quais há ampla incerteza científica?

Após precisar tal problemática, aludindo ao positivismo de Schauer e à sociologia sistêmica de Luhmann, vamos desdobrar tais questionamentos com a discussão a respeito das taxas de juros no Brasil; nesta seara, regras universalistas e formalistas foram historicamente derrotadas em favor de uma sensibilidade mais particularista a padrões cognitivos definidos por uma análise econômica do mercado de crédito.

Em seguida, observemos como a presença de incertezas sobre fatos e evidências acaba por demandar do direito procedimentos que viabilizem uma aprendizagem regulatória, enquanto não se conseguem estabilizar padrões normativos minimamente estruturados; isto é, regras, ainda que derrotáveis. Ressurge então o exemplo de como o direito brasileiro vem aprendendo a regular as *fake news* eleitorais, tomando-se por referência da análise o período entre as eleições gerais (nacionais e estaduais, legislativas e executivas) de 2018 e 2022.

16. Positivismo e formalismo presumidos *versus* evidências inconclusivas

Já se sugeriu que os modelos explicativos do positivismo presumido de Schauer, no campo da teoria do direito, e da teoria dos sistemas de Luhmann, no campo da sociologia jurídica, comportam uma margem importante de diálogo e complementaridade (Barros, 2018). Luhmann (2004 [1993]) observa o direito como um sistema operacionalmente fechado, embora cognitivamente aberto, ou seja, como um conjunto autorreferencial de comunicações; seu fechamento operativo se dá sobretudo em função do código lícito/ ilícito, que o sistema adota para processar suas estruturas básicas, que são expectativas resistentes à desilusão: normas. A alocação do código lícito/ ilícito é conduzida pelo próprio sistema a partir de seus programas decisórios, sobretudo programas condicionais (na estrutura de regras, com a forma “se-então”), mas também programas finalísticos (em que a definição de uma finalidade deixa em aberto os meios adotados para concretizá-la). Já Schauer (1991) apresenta um modelo de tomada de decisão no direito baseado em dois pilares: o entrincheiramento de regras sociais e a limitação semântica das escolhas do tomador de decisão pelas regras formalizadas e positivadas. Assim o direito fortificaria seu isolamento sistêmico com uma alocação do poder decisório jurisdicional em torno da prioridade presumida das regras como razões para decisão. Mais recentemente (Schauer, 2022b [2015], cap. 11), o autor reforçou seu diálogo com a sociologia sistêmica ao propor que o critério procedimental seria importante para superar uma diferenciação do direito baseada, por exemplo, nas clássicas teorias positivistas da norma e do ordenamento jurídico (as quais indicavam atributos como a sanção e a coerção como essenciais a uma norma ou sistema jurídico).

A *Prova*, de Frederick Schauer (2022a), apresenta discussões amplas sobre o papel das evidências na sociedade contemporânea; especialmente, discute os métodos e pesos dos diversos meios de prova admitidos em diferentes espaços de tomada de decisão – vinculados ou não vinculados diretamente ao direito. O



que tal livro discute sobre o aspecto cognitivo do raciocínio jurídico pode ser coordenado com contribuições anteriores de Schauer sobre o caráter regrado da interpretação jurídica – notadamente discutido em *Playing by the rules*.

Ao apresentar ali seu modelo de “formalismo presumido”, Schauer (1988) forneceu uma útil modelização também para a análise sociojurídica. Afinal, podemos tomar como uma variável de certa prática jurídica delimitada o quão deferentes seus juízes ou árbitros (autoridades encarregadas de dar a última palavra na solução de conflitos) são a normas previamente formuladas e positivadas. Schauer (1991) também especificou sua modelização no sentido de um “positivismo presumido”. Se “leis” da ciência buscam atestar correlações causais recorrentes (necessárias ou altamente prováveis), regras jurídicas também comportariam “generalizações entrincheiradas” – presunções (mais ou menos reforçadas) sobre qual seria a melhor solução a ser dada a certos casos (sobre os quais incidam tais regras). Pode ser, porém, que as suposições fáticas e os propósitos subjacentes à regra geral e abstrata não se verifiquem em determinada instância individual e concreta de sua aplicação – a formulação da regra poderia assim ser derrotada, por meio de uma interpretação restritiva. O contrário também pode suceder: os pressupostos fáticos e normativos que justificam uma regra sustentam sua aplicação a dada situação-problema, ainda que a formulação literal da regra (mais ou menos indeterminada, podendo configurar mesmo um princípio) não contemplese claramente tal caso. Caberia aqui uma interpretação extensiva.

Com base em Schauer (2022b [2015]), podemos supor que o grau de entrincheiramento que se confere a uma regra – contra juízos normativos e evidências empíricas em contrário – diz respeito a uma calibração sobre o quanto o sistema jurídico procura prevenir erros e economizar a atenção e o tempo de seus agentes (autoridades e cidadãos), substituindo o que seria seu melhor juízo tudo considerado (o que levaria a decisões particularistas) por uma presunção em favor da mera conformidade a regras pré-estabelecidas (o que conduz a decisões mais formalistas/ universalistas).



Temos que frisar que tal “melhor juízo”, assim como o juízo segundo a regra, incorporam certamente uma dimensão moral – desacordos teóricos, no jargão de Dworkin (1986, cap. 1) –, mas a controvérsia também pode se dar sobretudo a respeito de evidências. Aqui sobressai o papel da *expertise* e suas dificuldades de “decodificação” pelo direito. Se as regras são generalizações entrincheiradas que caracterizaram o constrangimento básico da tomada de decisão jurídica, o conhecimento científico especializado seria a base para aferir as “avaliações probabilísticas de causalidade” (Schauer, 2022a, p. 49) demandadas na solução de controvérsias ou na definição de políticas públicas. Entretanto, e quando as relações de causalidade são controvertidas para a própria ciência (não jurídica) à qual o problema (jurídico) remete? Em termos kelsenianos, as relações jurídicas de imputação podem pressupor vínculos naturalísticos de causalidade (Kelsen, 1973, cap. 7).

Um ponto importante a partir dessa formulação diz respeito a qual o papel da incerteza sobre evidências (portanto, sobre os pressupostos fáticos que sustentam as generalizações encetadas por regras jurídicas) no grau de deferência às regras aplicáveis ou de sua reformulação e flexibilização argumentativa. Para desenvolver tal questionamento, apresentamos neste tópico a consideração de que problemas jurídicos contemporâneos apresentam um alto grau de incerteza fática, que remete aos limites do direito para dar conta de temas dominados por *experts*. Ilustramos tal perspectiva pela menção a temas cruciais da “regulação” jurídica hoje, particularizando com um exemplo da discussão sobre as taxas de juros no Brasil. Finalmente, traçamos um paralelo entre a teoria dos sistemas e a abordagem positivista de Schauer.

Os temas mais sensíveis e a regulação mais detalhada de setores especializados do direito são hoje alocados a uma tecnoburocracia estatal insulada em relação a decisões majoritárias do Legislativo, autonomizada diante de decisões discricionárias do Executivo e centrada ao redor de agências de regulação setorial, de controle da concorrência e de regulação financeira e monetária. As semânticas e técnicas da “governança” e da “regulação” – em lugar do governo e da regulamentação – bem expressam não apenas uma estratégia de



despolitização do próprio direito estatal (o que leva a um conflito entre tecnoburocracia e democracia), mas também um adensamento cognitivo do direito, que é um sistema encarregado primacialmente da gerência de expectativas normativas da sociedade. Justamente em setores em que a programação normativa é menos estrita e condicional e mais dependente de *standards*, produção de prova, peritagem, arbitragem e qualificação técnica de fatos tem lugar um processo de “cognitivização” do direito (Amato, 2014). Aqui, ciência e tecnologia – com sua tendência a fundar-se em critérios mundiais de produção e validação do conhecimento – entram em colisão com a dinâmica nacional da tomada de decisões que configura os direitos estatais.

Uma conjectura plausível seria que, na medida em que se fundam sobretudo em fatos, provas e padrões de validação e avaliação probatória, tais ramos do direito mais “cognitivizados” tendem mais facilmente à estabilização de regulações inter, supra e transnacionais. Ainda que se rejeite como implausível um “governo mundial”, mesmo que setorial – em temas específicos como a regulação ambiental ou digital –, pode ser mais fácil formular “coalizões de propósito específico” entre Estados, formulando acordos e uniformizando metas e métricas sobre tais temáticas (Unger, 2022). É o caso do direito ambiental, com protagonismo das Conferência das Partes adotadas há três décadas pela Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Evidentemente há uma ampla disputa de interesses no setor ambiental, mas (relativamente) poucos negam a questão normativa – a urgência no controle do aquecimento global. Os debates se alinham mais em torno de diagnósticos e metas factíveis de emissão de gases-estufa. Ganham centralidade, portanto, questões cognitivas – alinhadas ao código científico verdadeiro/falso, e não ao código moral (consideração/desprezo) ou jurídico (lícito/ilícito).

Sunstein (2014 [2013]) ilustra bem tal ponto ao indicar cenários diversos de risco (resultados e probabilidades identificáveis), incerteza (resultados identificáveis, mas não probabilidades) e ignorância (nem resultados nem probabilidades delimitáveis). Em cenários básicos, as autoridades reguladoras são bem supridas de dados e metodologias para monetizar os custos e benefícios



de uma política pública. A situação começa a se complicar quando é preciso estimar probabilidades de doenças e mortalidade, adotando-se a abordagem de mercados hipotéticos para arbitrar e atribuir preços a bens não econômicos. Cenários complexos envolvem ponderações de probabilidade sobre determinados custos ou benefícios, possibilidades de benefícios colaterais de uma medida e taxas de desconto para considerar a dimensão temporal de declínio de certas consequências.

Se a regulação ambiental é o exemplo mais evidente de alvo da aplicação desses métodos de análise econômica do direito (com a própria criação do mercado de créditos de carbono como ferramenta de cumprimento das metas de controle do aquecimento global), o que dizer da proposição de um conceito como o de “poluição de dados” (Ben-Shahar, 2019)? Aqui a ideia é que a regulação dos dados pessoais na esfera digital não envolve apenas uma relação privada, com assimetrias de informação a demandarem um consentimento informado por parte do usuário e garantias para sua privacidade. A proliferação da coleta e do registro de dados na navegação digital tem gerado danos colaterais (custo social, externalidades negativas), como o próprio direcionamento da navegação e a formação de bolhas de comunicação que exponenciam o potencial de desinformação e a criação de grupos radicais enclausurados em suas “evidências” idiossincráticas ou “fake news”. Daí que se chegue a propor não apenas a vedação de vantagens dadas aos usuários pelo fornecimento de seus dados (por exemplo, cadastros virtuais que autorizam descontos no comércio eletrônico) como também a tributação dos “poluidores de dados”.

Pautas envolvendo incertezas científicas, sanitárias, tecnológicas, midiáticas, econômicas e ambientais diante do atual estágio de conhecimento – ou seja, temas fortemente ancorados em expectativas cognitivas e alvos centrais da regulação jurídica contemporânea – impõem-se à regulação jurídica em diversas escalas (local, regional, nacional, internacional, supranacional, transnacional).

No início de 2024 entrou em vigor a Lei de Mercados Digitais (*Digital Markets Act*) da União Europeia, que passa a considerar as grandes plataformas



digitais (*big techs*) como intermediadores (*gatekeepers*) da comunicação nas redes: nesta cadeia produtiva incluem-se desde as empresas que ofertam os sistemas operacionais até as redes sociais e serviços de mensageria privada disponíveis para interação entre os usuários finais. Limites e exigências de consentimento para o rastreamento dos usuários fazem parte das exigências impostas, com sanções econômicas para a preservação da concorrência leal.

Desde 2018, quando começou a esboçar as primeiras diretrizes e políticas a respeito, a União Europeia discutiu um Regulamento da Inteligência Artificial (por meio de sua comissão, parlamento e conselho), finalmente aprovado em 2024. Esse instrumento pretende assegurar um quadro comum para o desenvolvimento da IA nos vários países do mercado europeu, exigindo estudos prévios de impacto da adoção dessas tecnologias para usos não estritamente individuais ou de pesquisa – portanto, para usos mercadológicos desses sistemas com capacidade de produzir inferências e aprendizagem autônoma. O próprio regulamento uniformiza quais restrições que os Estados membros podem adotar à circulação da IA, especificando as justificações admissíveis – como riscos sanitários ou ambientais, aos direitos fundamentais ou à democracia –, em combinação com demais proteções consumeristas, concorrenciais e de dados pessoais (a própria UE aprovou em 2018 seu Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, ou *General Data Protection Regulation, GDPR*). Em uma abordagem funcional, centrada nos usos admissíveis e riscos associados – se inaceitáveis (*e.g.* associados a vigilância estatal em tempo real), conducentes à proibição da tecnologia; se apenas elevados, demandam avaliação e autorização *ex ante*, além de monitoramento pós-comercialização, durante todo o ciclo de vida do bem ou serviço. Em todo caso, impõem-se obrigações de transparência e marcação dos conteúdos produzidos por IA generativa. Ao mesmo tempo, o instrumento jurídico procura incentivar e facilitar a inovação em empresas pequenas, médias e emergentes (*startups*), a ser catalisada por ambientes regulatórios experimentais (*sandboxes*) no plano nacional.

No contexto atual, porém, pautas de regulação econômica, ambiental e digital inserem-se no choque entre movimentos enfraquecidos de “governança



global” – que, na ausência de uma república cosmopolita kantiana, promoveriam ao menos uma coordenação mais paritária de poderes nacionais e internacionais, públicos e privados, na gestão de problemas transfronteiriços – e tentativas de “desglobalização”, de retomada da soberania e dos poderes regulatórios por Estados nacionais (Alves, 2024). Os fracassos da globalização, liberalização e desregulação em promover resultados socioeconômicos satisfatórios nas últimas décadas ajudaram tanto a implodir as esperanças de cooperação mais horizontal e multinível no plano internacional quanto a reforçar tendências de autocratização e mesmo militarização de governos nacionais, que por vezes têm praticado uma combinação de libertarismo e protecionismo. A complexidade dos problemas e dos interesses envolvidos e a fragilidade das arquiteturas inter, supra e transnacionais de coordenação e cooperação entre Estados, empresas e ONGs conduzem a um desequilíbrio que abre espaço a processos de renacionalização de poderes e ampliação de competências legiferantes, regulatórias e jurisdicionais de âmbito nacional.

Por exemplo: a dificuldade de regular a inteligência artificial ou a disseminação massiva de desinformação pelos serviços de mensageria privada ou pelas redes sociais provoca reiterados conflitos entre as *big techs* transnacionais e as cortes e legislaturas nacionais.



17. Direito cognitivo: da tecnologia à economia

O acento em questões cognitivas como critério descritivo ou decisório no direito é fortemente reforçado pelas diversas técnicas e tendências de análise econômica do direito, as quais, se de um lado podem refinar a análise fática, de outro trazem o risco de “colonizar” os critérios jurídicos e os argumentos normativos mais amplos aos quais se abre a criação e aplicação de direito (ver Minhoto; Amato; Camargos, 2022).

Para ilustrar o caráter técnico, cognitivo e cientificamente controverso que marca discussões jurídicas típicas da sociedade contemporânea, tomemos o exemplo da regulação financeira. Podemos dizer que há algum dissenso normativo neste campo, no que se refere aos objetivos de tal regulação. Mas questões como qual seria uma taxa de juros média que evitasse a inflação dos preços ao mesmo tempo em que incentivasse o investimento produtivo envolvem controvérsia sobre fatos, sobretudo. Há no sistema da ciência – nas diferentes correntes, metodologias e evidências disponíveis da economia – uma discordância cognitiva a respeito da causa dos juros altos. Comparemos três diagnósticos.

A Federação Brasileira dos Bancos (Febraban, 2019) considera que o custo do dinheiro no Brasil – ou seja, as altas taxas de juros – são um caso especial vinculado aos fatores que explicam o custo de todos os bens e serviços no país: ambiente macroeconômico instável, insegurança jurídica, altos custos operacionais, tributação elevada e complicação regulatória. Nota que o *spread* bancário – a diferença entre o que os bancos cobram de quem empresta dinheiro e o que remuneram a seus poupadores – compõem-se principalmente de custos operacionais, sendo relativamente baixa a margem de lucro. Reconhece que há alta verticalização e concentração do setor bancário no Brasil. A verticalização seria comum no mundo inteiro em setores complexos (como aqueles relacionados à infraestrutura), com altos custos de transação, o que explicaria porque os bancos costumam centralizar desde estruturas de cobrança e



verificação de crédito até a oferta de cartões, previdência privada, seguros e produtos diversos de investimento. Já a concentração do mercado financeiro brasileiro – moderada, equivalente à de outros países de renda média e alta – se explicaria por se tratar de um setor intensivo em capital. Frisa-se, por outro lado, que a concentração do setor (fatia do mercado dominada por cada instituição financeira) não elimina a concorrência (eliminação esta que configuraria um poder de cada ofertante elevar seus preços unilateralmente, sem perder seu domínio do mercado). No mercado bancário brasileiro a concorrência de fato não seria perfeita, mas se aproximaria mais da competição do que do cartel. A Federação destaca como positivo o aumento da concorrência proporcionado pela facilitação da entrada no mercado de *fintechs*, embora ressalte que a concorrência deva estar baseada em vantagens intrínsecas e busca de qualidade e produtividade, e não em favores regulatórios ou arbitragem regulatória.

Conclui-se com o diagnóstico de que a inadimplência é o principal componente do *spread* bancário: embora altas taxas de juros possam provocar a inadimplência em casos-limite, outros fatores (constituindo fases recessivas dos ciclos econômicos) seriam mais determinantes; sustenta-se, assim, que a causalidade vai principalmente na direção de que a inadimplência reforça o aumento das taxas de juros, por aumentar os custos operacionais dos empréstimos e financiamentos. Desse diagnóstico advém a sugestão de medidas para favorecer um cenário de baixa dos juros, sobretudo aquelas que facilitem o acesso a dados (para análise dos perfis de devedores), a execução de dívidas³⁰ e a limitação da responsabilidade das instituições financeiras por danos associados a projetos por elas financiados.

Se segundo a Federação dos Bancos a inadimplência é o principal fator causal da alta taxa de juros ofertada no mercado brasileiro, economistas

³⁰ Uma facilitação relevante para a execução de dívidas foi dada pelo instituto da alienação fiduciária em garantia, disciplinada pela Lei 9.514/1997. Na hipoteca, a propriedade do bem imóvel permanece com o devedor, é exigida escritura pública e a execução da garantia real depende de judicialização. Já na alienação fiduciária, a propriedade já é transferida de início para a instituição financeira (credor, fiduciário) e só é retomada pelo devedor (fiduciante) com o adimplemento contratual, isto é, com o pagamento da dívida. Além de não exigir escritura pública, a alienação fiduciária pode ser executada extrajudicialmente, em cartório. Para análises, ver Pontes e Caminha (2016) e Negrato (2010).



ortodoxos (Arida; Bacha; Resende, 2005) apontam um viés cultural “antibanco”, “anticredor”, “antipoupador”, de desprezo pelo sistema financeiro como determinante para uma tendência disseminada de justificar a quebra de contratos por interpretações favoráveis ao devedor; elites tanto estatais (juízes, legisladores e administradores públicos) quanto da “sociedade civil” (empresários, sindicalistas, jornalistas, intelectuais etc.) teriam no país uma alta propensão a afastar ou flexibilizar o *enforcement* contratual em nome de efeitos distributivos tidos como injustos, mesmo se decorrentes de um acordo bilateral de vontades na esfera privada. Tendência semelhante seria a proteção de decisões discricionárias de política econômica (“fato do príncipe”) que repercutem no equilíbrio dos contratos mantidos com agentes privados.

Os “pais” do Plano Real (de 1994) diagnosticam que a estabilização econômica colocou fim ao mecanismo da inflação (equivalente a um “imposto” que força a transferência de poupanças privadas ao Estado), típico do período mais estatizante da economia política brasileira (sobretudo entre as décadas de 1950 e 80). Esse populismo geraria expansão monetária – dinheiro fácil ou ampliação do gasto público – atrelada ao ciclo eleitoral, sem sustentação na capacidade de arrecadação do Estado. Os planos de estabilização dos anos 80 e 90 deixaram um amplo legado de incerteza com medidas como manipulação de índices de preços, mudanças de padrões monetários, congelamento de ativos etc.³¹ Por outro lado, a Constituição de 1988 teria ampliado e enrijecido o gasto público, levando ao aumento da tributação sobre o consumo e sobre transações financeiras – um populismo fiscal que distorceria preços e reduziria a produtividade. Contudo, desde o final dos anos 1990, quando o país passou a adotar um regime de câmbio flutuante, as crises externas e o crescimento da dívida pública, por exemplo, não explicariam por si só o alto patamar dos juros no país. Desde então, pequenas e médias empresas têm dificuldade em acessar crédito, mas conseguem se evadir do grande peso e complicação do sistema

³¹ Para uma análise aprofundada desses planos, ver Faria (2013 [1993]), discutindo o conflito entre a mentalidade formalista-liberal e individualista dos juristas (associada a uma ética de responsabilidade, em termos weberianos) e a mentalidade instrumental e tecnocrática dos economistas (associada a uma ética de convicção).



tributário; grandes empresas precisam arcar com tal peso, mas, quando lucrativas, tendem a sobreinvestir em seu próprio negócio; o Estado é chamado de tempos em tempos a assumir a dívida privada e a União, a assumir as dívidas dos estados e municípios.

Daí Arida, Bacha e Resende (2005) especularem que uma causa determinante para o cenário de juros altos no início do século XXI seja o viés interpretativo na execução dos contratos. Ao buscarem proteger os hipossuficientes, as elites dirigentes desconheceriam os efeitos adversos que a quebra dos contratos tem no aumento das taxas de juros, prejudicando justamente aqueles que se pretendia beneficiar. Ao lado de intervenções estatais (emissão de títulos do Tesouro como investimento de retorno garantido com baixo risco; tributação de operações financeiras; mecanismos de poupança forçada associados à previdência social; bancos públicos com linhas de crédito subsidiadas), a “incerteza jurisdicional” seria a grande responsável pela ausência de um mercado privado de crédito de longo prazo no país e pelas altas taxas para empréstimos de curto prazo. Tal incerteza – associada a outras fontes de incerteza, como oscilações de política econômica – incentiva os poupadores a preferirem garantir liquidez em transações voltadas ao curto prazo; prefere-se comprar dólar ou imóveis em vez de realizar investimentos financeiros de longo prazo. A incerteza jurisdicional, ainda, manifesta seja na legislação, seja na jurisprudência, atingiria o mercado de crédito especialmente, e não se confundiria com outros fatores que dificultam o investimento no país – apesar de precariedade da infraestrutura e de custos e confusões tributários e trabalhistas, por exemplo, continua a ocorrer o investimento estrangeiro direto; entretanto, o mercado de crédito de longo prazo não se desenvolve.

Na conjectura de Arida, Bacha e Resende (2005), além da ineficiência judicial – morosidade, custos, parcialidade, imprevisibilidade – haveria um problema institucional informal, ou um viés cultural: a mentalidade anticredor enraizada na aplicação do direito. Entretanto, Salama (2017) registra evidências no sentido contrário: de que não haveria tal viés – ao menos a partir dos casos judicializados, proporção semelhante das decisões seria pró-credor e pró-



devedor. Nota o autor, porém, um possível viés de seleção nesse tipo de amostra: afinal, há uma parcela de casos não judicializados, e a não judicialização se explica, entre outros fatores, por um cálculo dos potenciais lesados sobre as chances de sucesso de suas ações dada a jurisprudência estabelecida.

Assim, este estudioso de análise econômica do direito (Salama, 2017) busca uma hipótese alternativa para explicar o *spread* bancário no Brasil: o direito não teria um viés pró-devedor ou anticredor, mas sim uma tendência à revisão de contratos quanto mais altos os juros cobrados. Além da retroalimentação entre inadimplência e aumento dos juros (dados os riscos de inadimplência), haveria uma importante causalidade reversa: o alto *spread* potencializa as chances não apenas de inadimplemento como também de revisão judicial dos contratos. Ou seja: quanto maiores os juros estipulados, menor o *enforcement* da cobrança. O viés jurídico não seria anticredor, mas anti-juros altos. Maior competição bancária, por exemplo, induziria uma queda das taxas de intermediação financeira e um aumento da produtividade; com menor *spread* e menores taxas de juros, haveria maior propensão dos juízes a fazerem cumprir estritamente os contratos.

Como a interpretação jurídica não é puramente mecânica e como o próprio direito (legislação e jurisprudência) incorpora cláusulas gerais (boa-fé, função social) e conceitos jurídicos indeterminados (estado de necessidade, preço justo, abuso de direito), o Judiciário não apenas enfrenta problemas de subsunção dos fatos à norma e de juízo básico de validade do contrato de empréstimo ou financiamento (partes capazes, valor estipulado, ausência de vícios de consentimento). Pode haver eventuais indeterminações com relação a padrões empíricos: regras estabelecem generalizações *ex ante*, enquanto *standards* abrem margem a calibrações de resultados *ex post* (Kaplow, 1992; Hart; Sacks, 1994, p. 139-142). Mas há, também, margem para uma avaliação – a partir de princípios e normas programáticas positivados, doutrinários ou jurisprudenciais – da própria norma a ser aplicada, mesmo que haja regras claras incidentes sobre dada situação-problema. Vinculando a avaliação sobre fatos e evidências à própria avaliação reflexiva sobre as normas estão os limites em que a análise de eficiência



ou de custo-benefício (imaginando-se a adoção de uma metodologia de análise econômica do direito) possa ser superada pelo peso superior de alguma outra restrição normativa (que justifique a ilegalidade/ invalidade do contrato).

Na verdade, há dois possíveis testes de hipóteses. De um lado, o juiz pode raciocinar sobre fatos e evidências: a hipótese nula seria de que a taxa de juros contratualmente estipulada deve ser seguida e a hipótese alternativa seria de que a taxa de juros contratual deve ser reduzida. À luz de cânones como razoabilidade, abusividade, função social ou equidade, o “juiz ‘monta’, assim, uma estatística apropriada e estabelece um intervalo de confiança para determinar a região de rejeição. Quanto mais elevadas as taxas de juros, maior a probabilidade de caírem na zona de rejeição” (Salama, 2017, p. 112).

De outra parte, o juiz pode avaliar não os fatos (a taxa de juros contratual em comparação com as condições de mercado ou outro critério econômico), mas a legislação, ponderando sobre sua razoabilidade. Aqui há um teste de hipóteses equivalente ao anterior, comportando avaliação normativa (sobre a “abusividade” ou “razoabilidade” da taxa de juros) a partir de evidências cognitivas (sobre os juros praticáveis em dadas condições macroeconômicas do país). Entretanto, ao lado da aceitação da regra, há duas alternativas (duas zonas de rejeição): a regra pode ser rejeitada tanto por se considerar o teto estabelecido como muito baixo, muito restritivo, quanto se se considerá-lo muito alto, muito leniente. Pondera-se, assim, sobre a regra e sobre sua justificação subjacente – ou seja, sobre a substância do tema regrado. Mais uma vez, o juízo normativo remete a uma definição cognitiva.

O histórico brasileiro de regramento sobre as taxas de juros evidencia uma tentativa reiterada de fixação de padrões estritos de definição das taxas de juros, com a sucessiva rejeição, também reiterada, de um patamar legal ou constitucional. Assim, a trajetória normativa de como o Judiciário e o Legislativo lidaram com dispositivos como os da Lei de Usura ilustra bem a discussão sobre as “zonas de rejeição” das regras.

O antigo Código Civil (Lei 3.071/1916) dispunha: “Art. 1.062. A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento



ao ano.” E acrescentava: “Art. 1.063. Serão também de seis por cento ao ano os juros devidos por força de lei, ou quando as partes os convencionarem sem taxa estipulada.” A Lei de Usura (Decreto 22.626/1993) passou a prescrever: “Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1062).” Ou seja, por remissão ao Código Civil, dobrou-se o patamar admitido para 12% ao ano. Os parágrafos deste artigo primeiro, que disciplinavam mais detalhadamente os tetos de juros em determinadas situações, foram revogados por decreto-lei já em 1938³². Em 1977, o Supremo Tribunal Federal estipulou por súmula (596) que as disposições da chamada “Lei de Usura” “não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional”, regido pela Lei nº 4.595/1964.

Toda a situação foi reconsiderada a partir da nova ordem constitucional democrática. A Constituição de 1988 prescreveu, em sua redação original (art. 192, §3º): “As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano”; e frisou: “a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”. Mas teria sido a Lei de Usura recepcionada pela nova ordem constitucional? Para limar incertezas, em abril de 1991, a Lei de Usura foi revogada. Entretanto, em novembro do mesmo ano foi revigorada. Em 2002, adotou-se novo Código Civil – portanto, prejudicando os termos do *caput* do art. 1º da Lei de Usura, que remetia do Código anterior. Em 2003, a Emenda Constitucional 40 retirou o limite constitucional de 12% ao ano para as taxas de juros, não o substituindo por qualquer outro parâmetro. Surgiu,

³² Diziam: “§1º. Essas taxas não excederão de 10% ao ano si os contratos forem garantidos com hipotecas urbanas, nem de 8% ao ano se as garantias forem de hipotecas rurais ou de penhores agrícolas. §2º. Não excederão igualmente de 6% ao ano os juros das obrigações expressa e declaradamente contraídas para financiamento de trabalhos expressa e declaradamente contraídas para financiamento de trabalhos agrícolas, ou para compra de maquinismos e de utensílios destinados a agricultura, qualquer que seja a modalidade da dívida, desde que tenham garantia real.” (Art. 1º, Decreto 22.626/1993; parágrafos revogados pelo Decreto-Lei 182/1938)



porém, outra incerteza: mas entre 1988 e 2003, vigeu o limite constitucional de 12%? Em 2004 a Emenda Constitucional 45 concedeu ao STF o poder de editar Súmulas Vinculantes, e foi por meio de tal instrumento que o Supremo Tribunal Federal fixou, em 2008, na Súmula Vinculante 7, o entendimento de que a regra constitucional do art. 192, §3º era não autoaplicável; em outras palavras, sendo disciplinado por norma de eficácia limitada e não tendo sido editada a lei complementar que concretizasse o dispositivo (a Lei de Usura não foi considerada como equivalente a tal medida legislativa, portanto), o teto constitucional estabelecido jamais vinculou juridicamente. Não por acaso, no ano seguinte a tal decisão do STF, o Superior Tribunal de Justiça editou, em 2009, uma súmula (382) sobre contratos bancários, indicando que a estipulação de juros remuneratórios acima de 12% ao ano, “por si só, não indica abusividade”. Desde então, a jurisprudência tem se encarregado de rejeitar tetos legais às taxas de juros, preferindo uma abordagem mais particularista e casuística.

Para definir caso a caso o conceito indeterminado de “abusividade”, o STJ busca como referência as práticas do mercado financeiro, especialmente por remissão a sua taxa média constatada pelo Banco Central. Abusivos serão os juros cobrados acima do que é a prática média do mercado. Evidentemente, o conceito de “abusividade”, que a jurisprudência tende a definir caso a caso, tem muito mais a ver com os limites (sociais, políticos) da heterorreferência do Judiciário a outros sistemas (como a economia) do que com a interpretação objetiva do que seria demandado pelo conceito de “abusividade”, visto à sua melhor luz filosófico-moral (ver Capani; Queiroz, 2021).

Em outros termos, o Judiciário brasileiro acabou por adotar uma postura de não intervenção no mercado de crédito, o que poderia exigir medidas mais estruturantes; o juízo implícito nessa postura é de que tais medidas regulatórias extrapolariam os limites organizacionais e procedimentais da jurisdição e recairiam talvez na reforma institucional ou em definições de políticas públicas. Entretanto, adotar essa postura envolveu ocultar um questionamento central: mas e se as taxas geralmente praticadas no mercado – que se refletem na taxa média aferida pelo Banco Central – forem elas mesmas abusivas?



À luz da teorização de Schauer, poderíamos considerar que a definição estrita de um padrão fático – a taxa de juros máxima permitida por lei como parâmetro para a invalidação de contratos de empréstimo e financiamento – estaria ligada a presunções irrefutáveis (Schauer, 2021 [2009], p. 216). Essa rigidez com respeito ao domínio fático vincula-se a uma tendência ao universalismo na tomada de decisão: dispondo de uma regra inflexível, os juízes haveriam de adotar uma interpretação formalista absoluta (Schauer, 1988; 1991). A propósito, este seria o melhor cenário segundo a visão mais ortodoxa dos economistas sobre a segurança jurídica e a certeza jurisdicional.

Entretanto, o que se observou no caso brasileiro foi uma solução histórica de preferência por um parâmetro aberto de “abusividade” dos juros, em detrimento da fixação numérica de um patamar a partir do qual se consolidaria uma presunção absoluta da abusividade. Um propósito ou princípio indeterminado esteve ligado a uma tendência interpretativa ao particularismo (Schauer, 1988; 1991); tal tendência vincula-se a uma sensibilidade casuística às evidências: no caso, a uma avaliação comparativa entre a taxa contratualmente pactuada e a taxa média aferida no mercado. Para limar os excessos do particularismo interpretativo lastreado na remissão a princípios e propósitos, a Lei 13.655/2018) reformou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), incluindo disposições (elas mesmas diretivas, finalísticas, principiológicas!) em favor da preservação dos atos jurídicos, fixando uma presunção contra sua revisão judicial e administrativa em nome de “valores abstratos”³³.

³³ Destacam-se os seguintes dispositivos incluídos na LINDB: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver



A partir da teoria dos sistemas, poderíamos considerar que alguns dos problemas normativos cruciais em “casos difíceis” – notadamente em matérias técnicas como aquelas do direito da “regulação” (econômica, financeira, setorial, ambiental, digital) – acabam por se converter em problemas cognitivos. No caso, como o centro de um sistema jurídico estatal (o Poder Judiciário), obrigado a decidir, pode “decodificar” o dissenso econômico para determinar os padrões aceitáveis de juros e os fatores subjacentes a altas taxas?

Esclareçamos. Toda comunicação voltada a resolver questões sobre a licitude ou ilicitude de condutas ou sobre a validade ou invalidade de normas é comunicação jurídica; é operação do sistema do direito. Entretanto, em sua periferia o direito contempla organizações e programas decisórios mais sensíveis e abertos cognitivamente ao ambiente social – a demandas e critérios extrajurídicos. Contratos e leis, agentes privados assessorados por um advogado ou os Poderes políticos com sua assessoria técnica são encarregados justamente de formalizar juridicamente a “irritação” proveniente dos sistemas econômico e político, entre outros. Já o centro do sistema jurídico é composto por juízes e tribunais, votos justificados e sentenças motivadas. A especificidade dessas organizações (no caso do direito estatal, o Poder Judiciário) e programas decisórios (sentenças) se dá por sua obrigatoriedade de decidir – a proibição da denegação de justiça (vedação do *non liquet*). Ao mesmo tempo, tal obrigatoriedade implica uma abertura a certa flexibilidade de fundamentação decisória (Luhmann, 2004 [1993], cap. 7). Daí a importância da argumentação nos processos de solução de controvérsias – é preciso abrir certa latitude discursiva para tomar “decisões programadas” a partir das “decisões programantes” de que se dispõe (constituição, leis, regulamentos, contratos); para tanto, é preciso observar as interpretações possíveis das normas aplicáveis e ponderar a adequação relativa de cada interpretação ao caso sob análise.

completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.”



Entretanto, observa Campilongo (2011 [2000], p. 116-118, 170-174), a complexidade social se reproduz em uma complexidade jurídica que abre espaço para cada vez maior “interpenetração de funções”, com papéis judicantes atribuídos a órgãos administrativos (ligados a câmaras setoriais, agências reguladoras e controle antitruste, por exemplo), funções investigativas do Legislativo (comissões parlamentares de inquérito) e funções paralegislativas do Judiciário (controle de constitucionalidade abstrato e concreto e concretização do sentido de cláusulas abertas e conceitos indeterminados positivados na legislação). Entretanto, se o centro decisório do direito – os tribunais – não dispuser de suficientes critérios consolidados na doutrina (reflexão do sistema) e programados pela periferia do sistema (leis, contratos), haverá um “hipercontato intrassistêmico”: uma “irritabilidade” elevada dos juízes, obrigados a decidir não apenas grande quantidade de conflitos, mas a fazê-lo sem dispor de critérios juridicamente consolidados; tal situação abre espaço para uma tendência à “hipercorreção” dos conflitos – isto é, a intervenções desorientadas e possivelmente contraproducentes.

É sob tal pano de fundo explicativo que podemos traçar um paralelo entre a visão sistêmica e a teorização de Schauer, aplicando-as para analisar o ilustrativo problema da incerteza jurisdicional como fator de elevação das taxas de juros no Brasil. Aqui, certo dissenso científico relevante (dos estudos econômicos) alia-se a uma baixa consolidação de parâmetros interpretativos pela própria doutrina (jurídica) e à ausência (ou rejeição) de critérios consolidados por programas decisórios em nível constitucional e legislativo. Esvaziada ou ausente tal programação periférica, as decisões centrais (jurisdicionais) acabam se prendendo a uma avaliação casuística dos contratos privados. Regras contratuais acabam sendo altamente derrotáveis por considerações indeterminadas relacionadas a princípios constitucionais e legais, como a boa-fé, a vedação do enriquecimento sem causa e da onerosidade excessiva, o equilíbrio econômico-financeiro da relação e a função social da propriedade e do contrato.

Diante desse elenco de justificativas, a concepção voluntarista e liberal-individualista assentada na máxima da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt*



servanda) acaba por apresentar no máximo uma presunção fraca a sustentar as cláusulas contratuais. A análise econômica do direito tende a oferecer justificativas extrajurídicas (o *enforcement* rígido dos contratos tenderia a reduzir as taxas de juros ofertadas) internalizadas por valores como a “segurança jurídica”. Entretanto, tal retroalimentação começa a se debilitar quanto o próprio consenso científico (da teoria econômica) é posto em xeque, à luz de evidências sobre causalidades reversas (os altos juros incrementando o baixo *enforcement*) ou sobre multifatorialidade dos juros altos (como indica a polêmica a respeito da concorrência bancária).

Já em condições normais, um sistema social autorreferencial e operacionalmente fechado – como pretende ser o direito positivo e formal – precisa reformular internamente as “irritações” vindas do ambiente (no caso, o direito precisa “decodificar” a economia). Isso, por si só, é capaz de prover um excedente de possibilidades operatórias (inclusive de decisões aceitáveis) e uma intransparência do sistema para si mesmo: um alto grau de indeterminação (Luhmann, 1997b). Em condições de evidências inconclusivas e desacordo científico (no caso, na teoria econômica), é ainda mais difícil para o direito estruturar a complexidade – estabilizando seus critérios e possibilidades normativas. O excedente de possibilidades decisórias torna-se desestruturado. Ao buscar certeza na ciência para reduzir a incerteza no direito, o sistema jurídico apenas amplia sua própria mancha nebulosa de alternativas normativas.

Assim, no exemplo analisado, a controvérsia sobre evidências econômicas a respeito das causas das altas taxas de juros acaba por ser ela mesma cumulativa com pelo menos um dos fatores (se não causa determinante) desse fenômeno. Se a decisão judicial se caracteriza por sua obrigatoriedade, em condições de ampla incerteza epistêmica será difícil garantir segurança jurídica e estabilidade jurisprudencial – o viés pró-credor proposto externamente, por certa teorização econômica, parecerá arbitrário do ponto de vista dos interesses e valores juridicamente programados.

Já na periferia do direito encontramos o campo mais discricionário da decisão administrativa e da regulação econômica; aqui a falta de evidências

unívocas a sustentar as medidas alia-se à opacidade dos processos decisórios. É o que caracteriza órgãos reguladores tecnocráticos como o Comitê de Política Monetária (Copom), responsável pela definição da taxa básica de juros, ou o Conselho Monetário Nacional (CMN), responsável pela regulação da moeda, do crédito e do câmbio (ver Rocha, 2004; Duran, 2013).

Em tese, a ortodoxia econômica – fundada em evidências e modelizações confiáveis – daria uma legitimidade técnica, apolítica, à tomada de decisão por esses órgãos. Justificaria mesmo sua “opacidade” contra “populismos” deliberativos e democráticos. Entretanto, como qualquer campo científico, a própria teoria econômica registra largo desacordo sobre suas próprias evidências, correlações e implicações para políticas públicas (sobre juros, ver *e.g.* Resende, 2017, cap. 4). A incerteza científica conduz, assim, à constatação de que as decisões de política econômica dependem afinal de uma ponderação ideológica, de um juízo normativo que arbitre entre as alternativas circunscritas pelo campo indeterminado da teoria e pesquisa econômica (Resende, 2022). Cabem aqui as palavras de Schauer (2022a, p. 166):

Essas são decisões monumentais sobre políticas públicas, é claro, mas não são decisões de políticas a respeito das quais aqueles que fornecem as primeiras palavras apropriadas sobre questões empíricas são o mesmo que deveriam ter a última palavra sobre o que devemos fazer.

A opacidade do direito regulatório “tem a ver com a profusão normativa, com as complexidades técnicas dos institutos, com fatores socioestruturais, com mecanismos de manipulação e ocultamento que jogam um papel na constituição e na reprodução das hegemonias sociais [...]” (Cárcova, 2006, p. 43). As características de incerteza científica (econômica) e opacidade decisória (regulatória) complicam a qualidade desta produção jurídica no Executivo, com um *bypass* da deliberação legislativa e uma dificuldade de estabilização de padrões de autocontenção judicial; o cenário acaba por favorecer mais um particularismo (tendente à derrotabilidade das regras positivadas e formalizadas) do que um formalismo universalista. A incerteza jurisdicional se amplia.



Além de desautorizar as pretensões mais normativas de certas correntes de análise econômica – de prover o tosco artesanato do direito com as luzes da certeza da ciência econômica positiva –, o cenário ilustra o quanto a discussão de Schauer (1988; 1991; 2021 [2009]) sobre o raciocínio jurídico articula-se com seu tratamento sobre a incerteza probatória e o papel das evidências (Schauer, 2022a).

18. Direito cognitivo: *expertise versus fake news*

E quando a incerteza – reproduzida pelo sistema científico – sobre evidências e provas chega ao ponto de impedir a normatização de certos temas por um elenco suficiente de regras bem estruturadas, ainda que derrotáveis? Aqui, defendemos, a própria racionalidade de uma decisão regrada (Schauer, 1991) e o centramento da teoria jurídica no ambiente jurisdicional (Schauer, 2022b [2015]) acabam sendo postos em dúvida, diante de um modelo de juridicidade mais voltado a técnicas e procedimentos de negociação e correção.

Tendo explorado o tema da incerteza sobre evidências associada à *expertise* não jurídica e a seu processamento por um direito cada vez mais aberto a aspectos cognitivos (e não apenas normativos), cabe neste tópico indagar sobre como a *expertise* demanda uma catalisação da aprendizagem regulatória por parte do sistema jurídico, particularmente de um sistema jurídico que não se restringe mais apenas a ordens jurídicas nacionais-estatais. Ilustraremos tal discussão por referência à problemática da regulação das comunicações digitais – especificamente, aludimos à “pandemia” contemporânea de “*fake news*”.

Quais são os limites do direito estatal para responder a um sistema mundializado como é o sistema econômico, hoje caracterizado por ampla liberalização dos fluxos de mercadorias e capitais? De outro lado, se a sociedade mundial comporta segmentações e assimetrias regionais, não haveria algum papel para os direitos estatais elaborarem respostas diferentes, conforme suas posições diversas na economia política mundial?

No diagnóstico de Luhmann (2014b [1972], p. 255-264), já há meio século, a vinculação do direito à política e a reprodução deste sistema com base principalmente em uma diferenciação segmentária (a divisão territorial entre Estados/ países) os colocou em uma posição desfavorável diante de sistemas como o econômico, o religioso, o científico e o da comunicação de massa, cuja reprodução tende a ser verdadeiramente global – daí a emergência de uma sociedade mundial. Para os últimos sistemas, a construção de seus “mundos”



depende menos de delimitações espaciais do que a programação do direito por decisões políticas de parlamentos “locais”.

Afinal, cada sistema parcial da sociedade – como política, direito, economia, ciência etc. – funciona não apenas com base em sua diferenciação funcional diante dos outros sistemas (observados como seu ambiente), mas também postula limites operacionais que podem coincidir ou não com fronteiras nacionais. Assim, o primado dos sistemas que se reproduzem em escala mundial, como a economia e a ciência, dá-se pelo aumento da elasticidade estrutural e da variabilidade interna propiciados a estes sistemas por sua mundialização. Por outro lado, a regionalidade da política e sua liderança a partir de centros decisórios organizados em Estados nacionais ainda limita as condições de uma política mundial. Daí que os problemas mundiais sejam geridos politicamente sobretudo em recortes territoriais, na medida dos impactos nos mercados internos, nas fronteiras nacionais. A própria economia política – isto é, o sistema econômico abordado do ponto de vista da política econômica – tende a se representar como um sistema nacionalmente delimitado, cujo ambiente são as demais economias nacionais. Taxas de juros e câmbio, barreiras alfandegárias e protecionismo, moedas e disparidades de domínio tecnológico e mercado interno condicionam a tomada de decisões de política econômica – ao mesmo tempo em que decisões econômicas são arbitradas por investidores “transnacionais” que decidem onde alocar seus recursos conforme o maior retorno esperado.

Daí também as discrepâncias dos sistemas internacionais, como a Organização das Nações Unidas, com seus mecanismos de contenção, mas também de extrapolação das desigualdades, com reforço das hegemonias regionais. A concepção proto-internacionalista do *ius gentium* era cosmopolita – o que se entendia na velha Roma como um direito comum aos estrangeiros passou a servir de ideal regulador para um direito mundial. Entretanto, a politização do direito internacional pelo paradigma voluntarista e interestatal de Vestfália (1648) marcou um novo caminho, fundado na soberania e igualdade jurídica entre Estados nacionais. Agora o direito e a política – em seu casamento regional, nacional – são vistos como potenciais fatores de risco ao



desenvolvimento sem fronteiras. A perda da capacidade de solução de problemas e de influência pela política e seu respectivo direito marcam-se em um quadro geral de hegemonia das expectativas cognitivas em detrimento da normatividade. Da pesquisa científica às negociações diplomáticas, do turismo aos meios de comunicação de massa, das arbitragens transnacionais aos fóruns econômicos, a assimilação cognitiva despista expectativas normativas.

Certamente ocorrem suposições morais, mas elas são em parte de ordem ideológica, ou seja, de natureza contingente, em parte tática, em parte ingênua, mas nunca essenciais para a sustentação da estrutura da interação nos contatos em escala mundial. A sociedade mundial constitui-se em princípio em atitudes de expectativas cognitivas. Extrapolando especulativamente o que hoje já é visível, seria possível falar de um deslocamento do primado evolutivo dos mecanismos normativos aos cognitivos.

Isso certamente não significa que as expectativas cognitivas tomem o lugar das normativas, suplantando-as, substituindo-as, dispensando-as. Sabemos [...] que uma fixação unilateral em um processamento cognitivo ou normativo de frustrações acarretaria riscos insustentavelmente elevados. Em nenhuma parte delinea-se uma desmontagem ou um recuo do direito ou um “definhar do Estado”. (Luhmann, 2014b [1972], p. 261-262)

O cenário vislumbrado por Luhmann não era (há meio século, lembre-se) o de uma demissão do Estado ou do direito, mas sim do que poderíamos referir como uma “cognitivização” do direito, isto é, uma maior inserção das expectativas cognitivas neste campo estruturado por expectativas normativas. A hipótese parece válida ainda hoje, com maior plausibilidade ainda.

Já em fins do século passado, Luhmann (2012 [1997], p. 40) cravou que a sociedade mundial “pulsa conforme cresce ou encolhe, dependendo do que é realizado no modo de comunicação”. A escala em que ocorre a comunicação – e, portanto, em que se delimitam as fronteiras de uma sociedade – varia conforme os “meios de disseminação” ou “sucesso” da comunicação que estão disponíveis. Esses meios, ainda, modificam o tripé que estrutura as operações comunicativas: as fases da informação, da mensagem (ou uso) e da compreensão (Luhmann, 2012 [1997], cap. 2).

Em uma sociedade fundada na oralidade, desenvolvem-se apenas sistemas de interação: comunicações entre copresentes, fugazes, com



variabilidade restrita pela alta congruência de expectativas entre aqueles que vivenciam rotinas de encontros, quase sem marcação entre os processos de informação, mensagem e compreensão. A difusão da escrita permite diferir a comunicação, marcando diferentes momentos para a produção da informação, sua transformação em mensagem por determinado autor e sua decodificação e compreensão por um terceiro. Aqui se formam sistemas organizacionais, voltados a tomadas de decisão diferidas no tempo, por meio de procedimentos e hierarquias burocráticos. Com a emergência da imprensa é que se diferencia um grau mais complexo de interconexões comunicativas: os sistemas funcionais, que criam autorreferência entre comunicações associadas ao processamento de problemas específicos para a manutenção e o crescimento da própria sociedade, enquanto conjunto maior de todas as comunicações.

Os meios digitais de comunicação surgem na sociedade mundial funcionalmente diferenciada, mas colocam sob pressão a própria diferenciação funcional – particularmente, a dinâmica de construção de informações, mensagens e compreensões nas plataformas digitais pressiona os “monopólios” em que se funda a diferenciação: o monopólio do poder político pelo Estado, pelos partidos, por ONGs, sindicatos, associações e pelos movimentos sociais organizados; o monopólio da informação pelos meios de comunicação de massa; o monopólio da verdade pela ciência; o monopólio do direito por tribunais, advogados, juízes e legisladores.

Diz Schauer (2022a, p. 146): “Os cientistas se baseiam em evidências, mas *nossa* evidência consiste naquilo que os cientistas disseram”. Estamos, porém, em um momento em que a própria autodescrição da ciência, suas teorias e métodos são postos sob uma observação de segunda ordem: o olhar de um público cético e que não apenas não domina a *expertise*, o saber especializado, mas por não o dominar também não o aceita. Trata-se de uma contestação do monopólio da ciência para definir o que é verdadeiro ou falso universalmente, independentemente de crenças individuais. O campo desta batalha são as plataformas digitais.



Primeiramente, não-especialistas frequentemente têm a capacidade para identificar e avaliar a racionalidade do que os especialistas concluem, mesmo se os não-especialistas não entenderem os métodos e conclusões subjacentes. Quando os chamados especialistas oferecem conclusões e as razões para essas conclusões que são internamente contraditórias ou se baseiam em premissas implausíveis, a avaliação do não-especialista pode rejeitar as conclusões dos especialistas, mesmo que os próprios avaliadores não estejam cientes dos métodos especializados que supostamente estão sendo utilizados. (Schauer, 2022a, p. 147)

Não é plausível imaginar, porém, que todo cidadão se comporte como uma pessoa iluminista, um kantiano que submete a um rígido tribunal da razão (comum, não especializada) as informações a que tem acesso. “Como os especialistas sabem, como nós, não-especialistas, sabemos quem são os especialistas, e como, por que e quando devemos tomar o que os especialistas dizem como evidência para o que os especialistas estão dizendo?” – questiona Schauer (2022a, p. 156). Sua conclusão é de que o lastro da ciência repousa sobre certo “consenso”, o qual, “mesmo se parcialmente numérico, é ainda mais substancialmente sociológico” (Schauer, 2022a, p. 162). Assim, “[q]uando dizemos que o consenso de alguma comunidade é tal e qual, implicitamente aceitamos as inclusões e exclusões da própria comunidade, suas próprias hierarquias e suas próprias formas de discriminação, algumas das quais são boas e outras não” (Schauer, 2022a, p. 162)

Como registramos desde a introdução, a sociologia, dizia Luhmann em 1967, colocou em suspeição “a participação igual de todos os homens numa razão comum que eles possuem sem ulterior mediação institucional, e o otimismo, certo do seu triunfo, em relação ao estabelecimento de situações justas” (Luhmann, 2005 [1967], p. 21-22). São os sistemas sociais que se especializam em produzir o conhecimento generalizado; a ciência o faz a partir dos iniciados em métodos e teorias, enquanto os meios de comunicação são responsáveis por informar o que todos devem saber, o que se passa a pressupor que todos saibam. Produzem-se assim, sobretudo por dois subsistemas da sociedade, de um lado a *expertise*, de outro o senso comum.



Na economia, as empresas observam o mercado e o mercado forma os preços, que direcionam as decisões empresariais (por exemplo, sobre fabricar um produto ou contratá-lo junto a fornecedores). Na política, a opinião pública pressiona os centros de poder com suas demandas, e o Estado atua em resposta para atender à opinião pública por meio de suas políticas e campanhas. As organizações de mídia observam seu público e vice-versa; as organizações de pesquisa (universidades, institutos, agências de fomento etc.) estabelecem critérios para aprovação das pesquisas e relatórios e, de outra parte, é são as publicações científicas que constituem a “esfera pública” do sistema científico. Assim, entre organizações e esferas públicas, os sistemas funcionais permitem observar observadores, construindo suas comunicações a partir de observações de segunda ordem (Luhmann, 2013 [1997], p. 153).

Na ciência, também, os pesquisadores já não mais observam uns aos outros diretamente em ação, mas com a ajuda das publicações, que são revisadas, discutidas ou ignoradas, de modo que se pode obter orientação sobre como os observadores observam as asserções relevantes. (Luhmann, 2013 [1997], p. 102)

A atual crise de incongruência nas expectativas disseminadas por um senso que já não é comum tem a ver com a emergência de uma nova tecnologia midiática e com seus usos sociais. A descentralização da mídia digital, que exponencia sua capacidade de produção e circulação de informação e desinformação, dá nova dimensão a saberes não científicos ou a ramos marginais de produção do conhecimento, cujas técnicas, métodos e teorias são desconsiderados pelo próprio sistema científico em geral. Nessa linha é que cabe a observação de Schauer (2022a, p. 151-152) de que mesmo observações que sejam confiáveis para uma comunidade específica e que cumpram os critérios internos de validação daquele campo (a exemplo da frenologia) podem não apresentar valor de verdade externamente – pois já não se validam perante o sistema social da ciência.

Esses meios externos incluem os princípios básicos de evidência e investigação, bem como os princípios fundamentais de inferência



estatística. Pode haver outros princípios abrangentes de investigação racional também, mas a ideia fundamental é que existem métodos e critérios, não exclusivos de qualquer campo ou disciplina em particular, que nos permitem avaliar a solidez de campos inteiros sem ficarmos presos ao problema interno da frenologia. Talvez o verdadeiro cético possa estar obcecado com o que torna plausíveis os princípios básicos de investigação, inferência probatória, estatística e matemática, mas contanto que possamos deixar essas preocupações para os filósofos, o resto de nós pode descansar na certeza de que existem maneiras de avaliar a solidez de campos inteiros e, portanto, dos especialistas dentro deles, que não exigem que confiemos somente nos próprios especialistas cuja confiabilidade é precisamente o assunto em questão. (Schauer, 2022a, p. 153)

Com seus filtros (que, para as ciências sociais, tendem privilegiar certa interpretação hegemônica como padrão de “consenso científico”³⁴), a mídia analógica e industrial, lastreada no jornalismo profissional, era capaz de observar o sistema científico para definir o que seria disseminado como verdade. A mídia digital pode “trunfar” a própria ciência, acusando-a de politização, mercantilização, “preconceito” ou qualquer espécie de “corrupção” velada.

Aliás, a caracterização da especificidade da produção comunicativa digital parece estar amplamente relacionada à sua carga moral. A moral – enquanto série de comunicações e critérios definidos em virtude de juízos de consideração ou desprezo – não se configura como um sistema funcionalmente diferenciado. A própria diferenciação dos sistemas funcionais – com os direitos de liberdade econômica e religiosa, científica e artística, bem como com a organização das disputas de poder entre governo e oposição (e não entre facções, ou entre amigos e inimigos) – conta com uma imunização das operações desses sistemas (pesquisa científica, transações e pagamentos, criação e invenção, tomada de decisões coletivas) diante de juízos puramente morais. Uma amoralização – com a quebra de uma hierarquia moral unitária – preside a erosão de critérios estratificatórios tradicionais e a emergência de critérios técnicos de especialização característicos da modernidade (Luhmann, 2008).

³⁴ Para um exemplo a respeito da cobertura midiática da discussão econômica, ver Teixeira (2017). Vale aqui o que Schauer (2022a, p. 198) comenta a respeito da historiografia: “Questões históricas interpretativas, avaliativas e contrafáticas [...] sem dúvidas envolvem evidências, mas também – especialmente as questões interpretativas e avaliativas – envolvem julgamentos subjetivos de importância e valor. Outras questões são mais puramente factuais.”



Hoje, porém, uma hipermoralização da comunicação tem lugar nas plataformas digitais. Esse fenômeno é especialmente observável no que diz respeito ao que a semântica contemporânea marcou com um novo termo: “*fake news*”. *News* é novidade, é a informação que desperta a curiosidade e conta como conhecimento novo; as *fake news* potencializam seu caráter de novidade por uma carga moral elevada. São novidades que vem com o pressuposto de serem uma revelação que “o sistema” (a começar pelo sistema da mídia profissional) não queria que você acessasse; apresentam um conteúdo que demanda imediata identificação emocional, com absoluta aprovação, celebração e adesão ou completa repulsa – em todo caso, clama-se por “engajamento”, por uma pressão para que se “passe adiante” a notícia.

Do ponto de vista da mensagem, do uso, da mobilização da informação produzida, a desinformação se vale do policentrismo anárquico da ambiência digital, defendendo-o em nome de uma liberdade de expressão absoluta, digna de um estado de natureza virtual. Daí a guerra de “narrativas” disparada dentro de “bolhas” autorreferenciais, que constantemente produzem auto-observação (adequando-se aos perfis de seus usuários, construídos a partir do *big data* gerado pela navegação de cada um) e hetero-observação (cada “facção” digital produz sua versão sobre a outra).

Já quanto à compreensão, as *fake news* caracterizam-se por uma simplicidade que faz uso de imagens e frases de efeito que caricaturizam os eventos e personagens; são “memes”, vídeos curtos, “palavras de ordem” capazes de serem apreendidas por todos diante do senso comum. Como a novidade, a notícia, é autorreferida a uma série de notícias que compõe uma narrativa mais ou menos coerente, a redundância está garantida. E assim a mentira e a desinformação, por mais absurdas, ganham plausibilidade e ares de verdade.

Não é por acaso que as *fake news* venham a caracterizar uma das formas de produção da comunicação da atual sociedade mundial em seus diversos subsistemas. A desinformação digital – orquestrada por grupos transnacionais e reapropriada por uma rede de desinformadores que alimenta a “circulação



espontânea” das *fake news* por redes sociais e grupos de mensageria privada – é uma resposta a outra modalidade de comunicação típica da sociedade mundial: a comunicação pelos especialistas.

Na medida em que o conhecimento vai sendo fragmentado em uma série de esferas de comunicação – com seus próprios procedimentos e critérios para a solução de problemas de mobilização do poder para a tomada legítima de decisões, de mobilização do dinheiro para a alocação eficiente de recursos escassos ou de mobilização do direito válido para a decisão justa sobre o lícito e o ilícito – ocorre uma crescente opacidade dos processos comunicativos para o cidadão comum. Todo discurso passa a ser de competência de um *expert*. E a *expertise* vai se desenvolvendo em redes globais de comunicação³⁵. As *fake news* são uma vingança contra tal opacidade e monopólio do discurso, apresentando uma contestação frontal à fragmentação e autorreferência das esferas comunicativas.

Tal fenômeno é especialmente crucial para o direito contemporâneo. Nos anos 1970, a teoria jurídica com maior abertura sociológica era capaz de observar que o sistema jurídico não era o único a “generalizar congruentemente expectativas normativas” – isso é, a disseminar normas, padrões contrafáticos, resistentes à desilusão, cruzando as fronteiras definidas por ideologias, crenças ou costumes. Esta definição da função do sistema jurídico diante da sociedade – dada por Luhmann (2014b [1972], cap. 2) – conferia centralidade à ideia de que os procedimentos jurídicos eram capazes de garantir decisões com amplo apoio presumido. O direito era visto como sendo capaz de promover a institucionalização, ou seja, o apoio de expectativas em “expectativas de expectativas supostas em terceiros”. O que era positivado como direito válido passava a contar com consentimento geral pressuposto.

Seguindo linha similar, em escrito também dos anos 1970, Bobbio indagava a respeito de uma hipótese de “perda de função do direito”, ou melhor, de amenização da relevância da função repressiva do direito (aquela que lhe foi

³⁵ Para exemplos de estudos de sociologia jurídica da *expertise* transnacional, ver Kennedy (2016), Dezalay e Garth (2002), entre outros.



tradicionalmente atribuída) tendo em vista meios de socialização informais e os meios de comunicação de massa. Bobbio notava que em uma sociedade em que os condicionamentos psicológicos já produzem um grande consenso social, a função repressiva do direito enquanto instrumento de coação diminuía de importância (Bobbio, 2007 [1976], p. 89-90).

Claro que se pressupunha aqui o funcionamento dos meios de comunicação de massa típicos da sociedade industrial: empresas de mídia fundadas em um jornalismo profissional, em um monopólio ou oligopólio de definições a respeito do que informar, de como informar e de quem informar. A seleção do que era digno de ser notícia, do que deveria ser manchete ou mera nota de pé de página e do que cabia à mídia especializada *versus* o que interessava a uma publicação generalista eram todos crivos que os guardiões da mídia industrial e analógica dominavam. Com isso, se tinha nas mãos a possibilidade de generalizar padrões de comportamento, expectativas sobre o adequado, o justo, o correto, o certo – essa congruência de expectativas normativas concorre e complementa, então, o que vem a ser juridicamente sustentado pela positivação de normas válidas.

Já a mídia digital atua não promovendo um amplo consenso social e um alinhamento das expectativas; pelo contrário, leva o dissenso ao extremo da conflituosidade e fragmenta as expectativas ao ofertar narrativas concorrentes, customizadas para cada perfil (político, religioso, econômico, cultural) de usuário. A mídia digital não tende a atuar em complementaridade com o direito, mas em oposição – promovendo a desinstitucionalização. Hoje já é difícil apoiar suas expectativas em expectativas de terceiros em geral.

Tal situação coloca pressão sobre o direito, demandando mecanismos de aprendizagem regulatória capazes de fazer o direito – um sistema cuja matéria-prima e produto final são expectativas normativas – decodificar expectativas cognitivas (conhecimento científico e tecnológico, especialmente), formulando novas estruturas para sua tomada de decisão. Vale aqui uma breve referência ao caso da regulação das *fake news* políticas no Brasil, entre as eleições nacionais e estaduais de 2018 e 2022.



O que se observou nas eleições de 2018 foi uma novidade das estratégias de disseminação digital de desinformação, em escala inédita. Naquelas que foram as primeiras eleições nacionais sem o financiamento empresarial das campanhas (proibido pelo Supremo Tribunal Federal), a mídia de massas observou a estruturação de redes orquestradas e organizadas de produção e disseminação de notícias falsas por meio de plataformas digitais. Entretanto, a Justiça Eleitoral teve imensas dificuldades.

De um lado, em sua função administrativa de organização da votação, a Justiça Eleitoral não conseguiu à época estruturar uma campanha efetiva para a denúncia e o combate à desinformação. De outro, em sua função jurisdicional, atuou com imensa precaução em nome de preservar a liberdade de expressão dos cidadãos; nos processos em que teve mais chances de analisar a produção probatória a respeito da orquestração de estratégias de desinformação que teriam beneficiado a chapa presidencial eleita, o Tribunal Superior Eleitoral acabou absolvendo por falta de provas. Na verdade, os meios processuais de que dispunha a Justiça Eleitoral revelaram-se problemáticos tanto para produzir respostas dentro do tempo necessário para coibir ilícitos de desinformação durante o breve período do ciclo eleitoral quanto para proceder a investigações, aprofundando a base fática necessária para sustentar uma punição já findadas as eleições e empossados os novos governantes (Saba *et al.*, 2021).

As expectativas de aprendizagem regulatória estiveram então voltadas à implementação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, aprovada às vésperas do pleito de 2018, mas com eficácia plena (inclusive de suas sanções) apenas a partir de 2021. Mais diretamente ainda, a aprendizagem regulatória deveria ter sido estruturada a partir do projeto de Lei das *Fake News*, que estruturou um mecanismo de “autorregulação regulada” pelo qual as autoridades estatais deveriam se coordenar com as estratégias de autorregulação implementadas pelas próprias plataformas digitais. Criar procedimentos é a melhor forma de que dispõe o direito para aprender a regular determinado tema – em vez de apenas positivizar finalidades genéricas e antes de conseguir elaborar regras estritas, programas condicionais, que dependem de uma sedimentação de



conhecimento sobre o setor regulado. No caso, teríamos procedimentos e organizações voltados a coordenar o direito estatal com a autorregulação transnacional da mídia digital. Esse projeto de lei, entretanto, ainda não foi aprovado no Congresso Nacional, onde é evidente a presença de parlamentares que se valem das estratégias que a própria lei visaria a combater.

Sem contar ainda com a institucionalização de uma aprendizagem regulatória por meio de procedimentos de “metarregulação”, “corregulação” ou “autorregulação regulada” – ou seja, da disciplina de organizações e padrões de interface entre as autoridades estatais e as plataformas digitais privadas –, notemos que o direito brasileiro adotou ao menos duas estratégias de aprendizagem regulatória com respeito às eleições de 2018.

De um lado, o centro do sistema jurídico – o Poder Judiciário, particularmente a Justiça Eleitoral, no tema em questão – adotou uma postura de precaução em seus argumentos e decisões, postergando a definição de padrões de avaliação mais estritos a respeito das *fake news* e tendo cautela para não ferir a liberdade de expressão, na falta de critérios mais estabilizados legislativamente. O que tivemos foram mecanismos de investigação (como o Inquérito das *Fake News*, conduzido em sede do Supremo Tribunal Federal) que aportaram certa pressão política, sem estabilizar uma linha de argumentação e decisão jurisprudencial. O centro do sistema jurídico estatal (Poder Judiciário) esteve à espera da periferia do direito (Poder Legislativo); o Legislativo (centro do sistema político), por sua vez, abriu-se aos movimentos, autoridades e *experts* em comunicação digital e direito digital, ouvindo-os seja na discussão dos projetos de lei pertinentes, seja garantindo a abertura cognitiva da legislação a padrões técnicos dominados por tais *experts*.

De outro lado, o mecanismo de aprendizagem regulatória adotado nos dispositivos legais disponíveis (o Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, e em linha semelhante uma eventual Lei das *Fake News*, segundo o projeto em discussão) foi um movimento de principalização do direito: a ampla abertura a normas de princípio (em lugar de uma lista mais exaustiva de regras estritas) na legislação é vocacionada a propiciar uma



sensibilidade cognitiva ao setor regulado, com tendência a certo casuísmo até que se estabilizem consensos normativos e cognitivos sobre os padrões decisórios.

Já com respeito às eleições nacionais e estaduais de 2022, a Justiça Eleitoral revelou-se em outro estágio de aprendizagem regulatória. As campanhas de desinformação recrudesceram a ponto de contestarem a própria higidez do sistema eletrônico de votação – alvo de desconfiança nutrida e exponenciada pelo Presidente da República durante todo o seu mandato. Por outro lado, muito mais alinhada ao conhecimento tecnológico sobre o funcionamento e a autorregulação das plataformas digitais, a Justiça Eleitoral ampliou o seu poder de polícia para determinar a retirada imediata de circulação de informações manifestamente falsas ou distorcidas. Isso ocorreu principalmente com a resolução aprovada em 20/10/2022, a dez dias do segundo turno das eleições. O que vimos nesta eleição foi a mobilização da *expertise* tecnológica para um combate mais efetivo às *fake news* eleitorais. A Justiça Eleitoral ampliou visivelmente sua capacidade de monitorar grupos produtores e disseminadores de desinformação, enquanto as plataformas digitais ampliaram sua responsividade a medidas de remoção de conteúdo e desmonetização de canais veiculadores de *fake news*.

Entretanto, o próximo passo desta trajetória de aprendizagem regulatória deverá dispor de uma programação jurídica mais detalhada e adensada e de procedimentos decisórios céleres – mas já mais estabilizados – para fazer frente à disseminação da desinformação. Uma das chaves para tal adensamento e celeridade das decisões está no estabelecimento de padrões aceitáveis e institucionalizados do que pode ser tido como interpretação variável de fatos e do que é manifestamente inverdade, mentira e desinformação.

Se observarmos o exemplo da regulação das *fake news*, temos que considerar que não houve uma demissão do papel punitivo, coercitivo e sancionador do direito, como imaginava Bobbio (2007 [1976]) nos anos 1970; a resposta dada pelas autoridades brasileiras ao problema das *fake news* revestiu-se de ampla dimensão coercitiva – notadamente por meio de decisões de ofício em ordens de remoção de conteúdo emanadas da Justiça Eleitoral. Assim, Schauer (2022b [2015]) tem razão ao enfatizar o caráter tipicamente coercitivo do



direito. Entretanto, no processo de aprendizagem regulatória, o direito coercitivo talvez seja um estágio intermediário – entre a ausência de respostas jurídicas e a coordenação com medidas autorreguladas. Nesse sentido, ao contrário do que Schauer (2022b [2015], p. 183-188) sugere, os processos decisórios jurídicos não podem ser circunscritos ao modelo jurisdicional, mas incorporam crescentemente a capacidade cognitiva associada à administração experimental de políticas públicas.

No caso analisado, o Tribunal Superior Eleitoral brasileiro ampliou seu poder coercitivo justamente em resposta a um cenário de falta de organizações e programações decisórias estabilizadas encarregadas de regular a comunicação digital. Na medida em que se estabilizem formas de coordenação entre a *expertise* das plataformas digitais e poderes regulatórios de autoridades públicas com competência especializada em *fake news*, é de se esperar que as técnicas mais coercitivas de decisão por autoridades estatais sejam combinadas à coordenação administrativa entre reguladores públicos especializados e autorregulação privada – o que reforçaria a tendência de cognitivização do direito, com grande papel para os juízos fáticos e as providências probatórias admitidas pela tecnologia no estado da arte.

Portanto, no que diz respeito à permeabilidade do direito contemporâneo pelo conhecimento extrajurídico especializado – ou seja, à dependência jurídica da *expertise* –, as discussões que apresentamos parecem corroborar a hipótese de uma “cognitivização” do direito. A relevância das provas, evidências e do saber especializado em interpretá-las e decodificá-las é notória em campos emergentes da regulação, como a economia, o meio ambiente e a comunicação digital.

Nesse sentido, o formalismo e o positivismo jurídico acabam provendo modelos teóricos que não podem ter a rigidez absoluta que ostentavam em sua versão oitocentista clássica. As noções schauerianas de positivismo e formalismo presumidos tornam-se variáveis interessantes para analisar:

(1) como se abrem zonas de rejeição (derrotabilidade) para regras ou *standards* muito estritos em suas definições (como ilustrado especialmente na discussão a respeito das taxas de juros);



(2) como padrões abertos de normatização (regras indeterminadas, princípios, propósitos) combinam dimensões de incerteza normativa e incerteza cognitiva (*expertise*), notável em temas como meio ambiente e comunicação digital;

(3) como um estágio intermediário entre a estabilização normativa com base em regras estritas e a mera enunciação de diretrizes principiológicas pode valer-se de procedimentos regulatórios mais flexíveis, que mobilizam tanto a coerção quanto a negociação, enquanto vão incorporando o saber especializado que lhes permitirá adensar a normatização jurídica (é o que se ilustrou aqui com a discussão sobre a regulação das *fake news*).



19. Fake news e aprendizagem regulatória: uma crônica do caso brasileiro

Os textos reunidos neste capítulo foram publicados na imprensa jurídica e sintetizam a análise conjuntural, em “tempo real”, das expectativas, frustrações e potencialidades associadas à tentativa de regulação da disseminação massiva de desinformação no Brasil, a partir das eleições de 2018, que culminaram na vitória de Jair Bolsonaro. Em 8 de janeiro de 2023, com sua derrota eleitoral selada e seu sucessor empossado, tornou-se evidente de maneira assustadora o quanto a comunicação digital em comunidades virtuais transborda em consequências reais de anomia, violência e terror.

Até o fechamento deste livro, em maio de 2024, não se aprovou uma Lei de *Fake News* no Brasil, permanecendo em evidência e sob contestação os poderes investigatórios e punitivos sob a liderança do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, o que reforça o diagnóstico dos artigos seguintes: na falta de um processamento dos novos problemas por amplas camadas regulatórias – leis, regulamentos, autorregulação privada, instâncias de correção, com a participação do Estado, das plataformas digitais, da academia e de movimentos e associações de direitos digitais –, o direito se baseia amplamente em medidas discricionárias, monocráticas e coercitivas. Até a consolidação de programas (jurisprudência, leis, regulamentos) e procedimentos (inclusive de coordenação entre Poderes e entre Estado e entes privados), observa-se uma dinâmica de conflito reiterado e colaboração intermitente entre Poderes e entre Poderes e entes privados, com tentativas de “compensação de incompetência” e atuações preventivas e repressivas de um polo contra o outro. A aprendizagem regulatória, por outro lado, está aberta pela multiplicidade institucional: órgãos de controle, funções essenciais à justiça, diversidade de vias de acesso ao Judiciário, entre outros caminhos jurídicos, podem abrir margem a uma construção descentralizada de parâmetros para lidar com os problemas



emergentes do espraiamento das tecnologias digitais sobre os diversos setores da vida.

19.1. Fake news e eleições: o que 2018 diz sobre 2022?³⁶

Temos um histórico de distorção da competição eleitoral pelo poder econômico e político e pelas graves assimetrias no acesso aos meios de disseminação da comunicação (Amato, 2021). A imprensa só foi autorizada no Brasil a partir da vinda da família real em 1808, e décadas antes a circulação das ideias iluministas e republicanas suscitara rebeliões que foram violentamente reprimidas. Na época imperial, o parlamentarismo veio a ser implantando em uma sociedade escravista e estratificada e o voto era censitário; até 1881, cerca de 13% da população brasileira efetivamente participava do processo eleitoral; depois disso, o patamar ficava em 1%. Com a proclamação da República estabeleceu-se o sufrágio universal masculino, mas o voto foi negado aos analfabetos, o que manteve o cenário anterior. Era uma sociedade ainda rural e baseada na cultura oral, enquanto tínhamos uma república dos bacharéis, dominada por aqueles com acesso à escrita e aos debates na imprensa e no parlamento. Além disso, o sistema eleitoral era contaminado pelo poder econômico dos coronéis e das oligarquias e pela Comissão de Verificação de Poderes, dirigida pelo governo central, a qual excluía arbitrariamente os candidatos que haviam recebido votos suficientes, mas não interessavam aos grupos no poder. A Revolução de 1930 teve como uma de suas bandeiras a garantia do voto e, de fato, estendeu o sufrágio às mulheres e reforçou o sigilo do voto. Mais ainda, criou a Justiça Eleitoral, que desde então combina funções administrativas e jurisdicionais. Mas durante o Estado Novo (1937-45) o Congresso Nacional foi fechado. No intervalo democrático de 1945 a 1964, pela primeira vez mais de 10% da população compareceu às urnas; o rádio era o grande veículo popular de entretenimento e debate. Durante a ditadura militar, muitas transformações passaram a pressionar um sistema político opaco e

³⁶ Consultor Jurídico - Conjur, 14 ago. 2021.



fechado – a maior parte dos brasileiros passou a viver em cidades e o grau de votantes em relação à população total brasileira saltou de 18% para 50%. Mas apenas desde a redemocratização dos anos 1980 é que mais da metade da população brasileira realmente vem comparecendo às urnas, destacando-se a extensão do voto aos analfabetos pela Constituição de 1988.

As eleições de 2018, sobretudo na disputa presidencial, exibiram em novos trajes – “cibernéticos” ou “digitais” – os vícios entrincheirados em nossa democracia representativa: o abuso do poder econômico, o clientelismo e o populismo. Justamente nas primeiras eleições após a proibição do financiamento empresarial de campanhas (STF, ADI 4650-DF, julgada em 2015), o poder econômico encontrou novas formas de irradiar-se na disputa política, com graves indícios da montagem de um esquema organizado de disseminação de desinformação e discurso de ódio em favorecimento à chapa vencedora da Presidência da República³⁷.

Se nossa Justiça Eleitoral foi criada durante um regime de exceção (1932, durante o governo provisório de Getúlio Vargas), nosso Código Eleitoral atual data de uma ditadura explícita (1965). Ambos foram projetados em uma sociedade industrial de massas em rápido crescimento econômico e dominada por meios centralizados de comunicação – as empresas de mídia (imprensa, rádio e TV) selecionavam como e o que informar, gerenciando as novidades e as repetições da comunicação. O Código Eleitoral vigente, embora tenha sofrido várias emendas, foi desenhado quando a televisão ainda engatinhava enquanto grande meio de comunicação de massas. Na sua forma atual, o Código (Lei 4737/65) tipifica os crimes de calúnia, difamação e injúria (arts. 324, 325 e 326) e criminaliza a divulgação de fatos inverídicos na propaganda eleitoral (art. 323). Ainda, a Lei 9.504/97 prevê o direito de resposta contra a divulgação de fatos “sabidamente inverídicos ou ofensivos” (art. 58) e, desde 2013, criminaliza a “contratação direta ou indireta de grupos de pessoas com a finalidade específica de emitir mensagens ou comentários na Internet para ofender a honra ou

³⁷ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancam-campanha-contra-ot-pelo-whatsapp.shtml>



denegrir a imagem de candidato, partido ou coligação” (art. 57-H, §1º). A Lei 13.834/2019 incluiu no Código Eleitoral a tipificação do crime de denúncia caluniosa, incluindo a conduta de “quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído” (Art. 326-A, §3º).

Vale perguntar se essa legislação é suficiente para coibir os novos contágios impostos à competição eleitoral pelos meios digitais de comunicação, que catalisam a produção e circulação descentralizada de notícias falsas e opiniões excêntricas, criando uma aparência de verdade pela pulverização e confirmação reiterada das informações. E vale perguntar se a Justiça Eleitoral desenhada há quase um século está preparada para defender o Estado democrático de direito em um de seus pilares mais cruciais: a legitimação da representação política por eleições competitivas e imparciais.

A disseminação massiva de *fake news* mostrou-se não apenas uma estratégia eleitoral tanto corrosiva quanto eficaz, como também um instrumento de mobilização permanente em favor do governo. As respostas legislativas à desinformação como estratégia eleitoral e política pública envolveram, por um lado, o Projeto de Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. O PL das *Fake News* (aprovado no Senado em junho de 2020 e em lenta tramitação na Câmara dos Deputados) vai no caminho de leis anteriores sobre as comunicações digitais, como o Marco Civil da Internet (2014) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGDP, aprovada em agosto de 2018, às vésperas das eleições, mas com sucessivas postergações do início da vigência – em vigor desde setembro de 2020 e com sanções impositivas a partir de agosto de 2021). Não apenas a tramitação do PL das *Fake News* é similarmente conturbada, por envolver interesses de grupos políticos e plataformas digitais, mas o próprio conteúdo do PL revela a dificuldade do direito estatal de tratar de um tema tão novo e intrincado como o uso de tecnologias sob o domínio de corporações globais. Adotar normas indeterminadas e meramente finalísticas (em vez de regras claras e completas), incluir debates e definições de *experts* na área e apelar para as próprias empresas de mídia, acadêmicos e movimentos da sociedade civil



é uma constante na regulação da comunicação digital. O artigo 31 do PL das *Fake News* é exemplar a respeito ao instituir a “autorregulação regulada”, organizada por meio de uma autoridade composta por representantes do Estado e da iniciativa privada (provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada). A oportunidade é de o direito estatal aprender a regular um tema novo e altamente técnico; o risco é a captura do interesse público e nacional pelos interesses das companhias privadas globais.

Por outro lado, ao aprovar em 10 de agosto o projeto de lei que revogou a antiga Lei de Segurança Nacional de 1983, Câmara e Senado já tipificaram o crime de comunicação enganosa em massa. E há dois anos o parlamento respondera à desinformação eleitoral massiva pela instauração da CPMI Mista das *Fake News*. Arena de investigação e, sobretudo, de pressão política, essa CPMI a tal ponto evidenciou a instrumentalização de recursos e órgãos de Estado a favor da manipulação comunicativa que agora passa a atuar em conjunto com outra comissão parlamentar em andamento: a CPI da Covid-19 no Senado Federal, dirigida a fiscalizar a condução da política sanitária de combate à pandemia do coronavírus³⁸.

Quanto ao controle judicial, o Inquérito 4.781/DF aberto pelo Supremo Tribunal Federal certamente é um meio de pressão política à rede organizada de desinformação montada ao redor do Palácio do Planalto. Mas a esta altura, a quase um ano do próximo ciclo eleitoral, já se vê que sanções jurídicas efetivas não estão à vista. O mesmo se pode dizer da atuação do Tribunal Superior Eleitoral. As ações perante o TSE receberam em geral decisões monocráticas, sem a formação de uma jurisprudência consistente sobre as *fake news*. Privilegiando a liberdade de expressão e a autonomia dos eleitores para se informarem, a corte sequer tocou em pontos como o discurso de ódio e a proteção de dados pessoais pelas plataformas digitais. O TSE teve a oportunidade de avaliar mais a fundo o abuso de poder econômico e o uso abusivo dos meios de comunicação social pela chapa presidencial vencedora em 2018, nos termos do art. 22 da LC nº 64/90, em

³⁸ <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/07/22/cpi-da-pandemia-e-cpmi-das-fake-news-dao-inicio-a-cooperacao-tecnica-em-agosto>



processos abertos por conta do disparo em massa de mensagens desinformativas, contratadas em favor daquela chapa por pessoas jurídicas, inclusive. Entretanto, em fevereiro de 2021, as ações de investigação judicial eleitoral (AIJEs 0601779-05 e 0601782-57) sobre o tema culminaram em um paradoxo: entendendo que não caberia dentro daquele tipo de procedimento determinar a realização de maiores providências investigativas, a maioria da corte decidiu pela absolvição da chapa presidencial eleita por falta de provas sobre os disparos em massa de mensagens digitais no pleito de 2018. Já em agosto de 2021, o TSE decidiu pela instauração de um inquérito administrativo para investigar diversos crimes envolvidos em estratégias de comunicação para o ataque à legitimidade das eleições e à higidez das urnas eletrônicas³⁹. Uma sanção possível é a inelegibilidade do atual Presidente da República.

Entretanto, é preciso notar a precariedade da institucionalização da Justiça Eleitoral enquanto um ramo que, estruturado com autonomia política e estrutura organizacional independente, fosse capaz de efetivamente julgar conflitos e até cassar mandatos, inclusive das mais altas autoridades da República. Nos tribunais eleitorais (regionais, mas também no TSE) há juízes que não contam com a garantia da vitaliciedade (como se os casos que julgam não fossem especialmente graves, demandando tal proteção em favor da imparcialidade); os cargos são rotativos, a jurisprudência é volátil e, uma vez terminado seu mandato, os ex-magistrados podem atuar como advogados perante a própria corte onde foram juízes, sem qualquer quarentena.

Diante de sua fragilidade jurisdicional (teria o TSE condições efetivas de cassar a chapa presidencial, se comprovados os fatos aos quais se imputa tal sanção?), conseguirá o Tribunal convencer a todos de seus efetivos *know-how* e independência enquanto gestor do procedimento eleitoral? Para restaurar a legitimação da democracia pelo procedimento eleitoral, bastará àquela corte

³⁹ https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/08/02/tse-pede-ao-stf-que-bolsonaro-seja-investigado-por-disseminacao-de-fake-news-contras-urnas.ghtml?utm_source=meio&utm_medium=email

liderar campanhas informativas aos eleitores⁴⁰ e tentativas de “diálogo” com os próprios predadores da democracia⁴¹? A “nova república” dependerá mais uma vez dos grupos políticos fisiológicos, clientelistas e oligárquicos como garantes da democracia contra o autoritarismo⁴²? Ou a precariedade do direito – da legislação aplicável, de uma jurisprudência consolidada e da autoridade e autonomia institucional da Justiça Eleitoral – fragilizará também a aceitação dos resultados eleitorais?

Fato é que, ao lado de sua função jurisdicional precária, a Justiça Eleitoral, em sua função administrativa, é exemplar na organização do processo eleitoral e garantia de sua lisura. Com a derrota na Câmara dos Deputados da PEC que instituiu o voto impresso, é a hora de reforçar a legitimação do processo eleitoral nos moldes atuais. Curiosamente, a verdade é o contrário do que propala o atual governo federal: muito cauteloso e discreto em sua atuação jurisdicional (contra a chapa eleita, inclusive), o TSE é altamente competente em seu papel administrativo – de modo que as urnas eletrônicas puderam sancionar até mesmo um candidato que, predatoriamente, desautoriza os procedimentos que legitimaram sua própria eleição. Se nas eleições municipais de 2020 a Justiça Eleitoral já ensaiou algumas iniciativas pedagógicas de combate à desinformação, seu verdadeiro teste de resistência será no próximo ano.

19.2. O direito e as *fake news* em 2021: um balanço⁴³

As eleições de 2018 jogaram luz sobre uma nova dinâmica social – a disseminação massiva de desinformação e notícias falsas por plataformas digitais – e revelaram o quanto faltava ao direito brasileiro aprender sobre como regular a esfera pública virtual. Em 2020 e 2021, a pandemia da Covid-19 apenas

⁴⁰ <https://noticias.uol.com.br/colunas/cristina-tardaguila/2021/04/29/plano-tse-eleicoes-2022-fake-news.htm>

⁴¹ <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2021/07/bolsonaro-e-chamado-de-moleque-no-supremo-e-ministros-dizem-que-tse-nao-ficara-mais-so-no-palavrorio.shtml>

⁴² <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/07/centrao-faz-apelo-e-espera-moderacao-no-discurso-de-bolsonaro-apos-live-com-mentiras-sobre-urnas.shtml>

⁴³ Jota, 29 dez. 2021.



intensificou um processo de crescente digitalização da sociedade – aulas e reuniões, compras e contratos, campanhas políticas e *lives* artísticas, encontros familiares e discussões científicas, todos os eventos e âmbitos de comunicação passaram a ser intermediados por aplicativos, plataformas e redes digitais. Nesse meio tempo, a desinformação também transbordou a arena das disputas eleitorais, contaminando os debates sobre ciência e saúde pública. 2021 – especialmente este segundo semestre – assistiu a progressos notáveis que, se não chegam a consolidar uma regulação jurídica sobre o tema, evidenciam uma ampla mobilização da política e do direito para apreendê-lo e dominá-lo.

Uma pesquisa sobre as respostas legislativas e judiciais à disseminação de *fake news* em torno das eleições de 2018 mapeou os primeiros passos para a abertura cognitiva do direito àquele fenômeno: o Judiciário ainda esteve cauteloso em imunizar o meio digital contra a desinformação, enquanto no Legislativo intensas disputas levaram a protelações sucessivas da votação de projetos de lei e à postergação do início de vigência de leis; por tudo isso, recorreu-se intensamente à enunciação de princípios gerais indeterminados (em vez de regras mais claras e precisas) e à audiência de especialistas em tecnologia e direito digital, incluindo as próprias empresas do setor. O Tribunal Superior Eleitoral, até o início de 2021, tomou decisões em geral monocráticas sobre o tema, sem consolidar uma jurisprudência e sem tocar em pontos sensíveis, como discurso de ódio e privacidade de dados pessoais nas redes. Em geral, estabeleceu uma presunção forte em favor da liberdade de expressão, contra maior “policimento” de conteúdos falsos nos serviços de mensageria privada e nas redes sociais.

Em 2021, o TSE teve a oportunidade de se pronunciar em plenário, e foi igualmente prudente ou hesitante. Debruçou-se sobre o julgamento das ações de investigação judicial eleitoral contra a chapa presidencial eleita. Tanto em fevereiro (Aijes 0601779-05 e 0601782-57)⁴⁴ quanto em outubro (Aijes 0601968-80

⁴⁴ <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2021/Fevereiro/tse-julga-improcedentes-duas-acoes-contrabolsonaro-por-suposto-disparo-em-massa-de-mensagens-pelo-whatsapp-nas-eleicoes-de-2018>



e 0601771-28)⁴⁵, a corte considerou que não havia provas suficientes do suposto disparo em massa de mensagens pelo WhatsApp, orquestrado em 2018 em benefício daquela chapa. A absolvição por falta de provas mostrou a própria precariedade do procedimento, que no entendimento dos ministros não permite maiores providências para reforço da instrução processual. Restou apenas uma sinalização da corte de que promover desinformação pode configurar abuso de poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação social. Se essa sinalização terá potencial de se concretizar em eventuais condenações relacionadas ao próximo ciclo eleitoral é uma possibilidade em aberto.

Vale lembrar que o TSE desempenha, ao lado de seu papel jurisdicional, uma função administrativa, como gestor do procedimento eleitoral. Nesse sentido, também 2022 será um teste de resistência para o tribunal, que pretende se coordenar com agências de checagem de fatos e com as plataformas digitais⁴⁶ para determinar protocolos capazes de permitir a rápida retirada e interrupção da circulação de desinformação nas redes. Aliás, a autorregulação das redes evidenciou avanços sensíveis neste ano, como se deu em outubro, com o YouTube derrubando *live* em que Jair Bolsonaro associava a Aids com vacina contra a Covid-19 – e ainda suspendendo o canal presidencial por uma semana⁴⁷. Permanece, porém, um ponto cego: aqueles aplicativos de mensagens que, em nome da liberdade de expressão absoluta – como em um estado de natureza hobbesiano – não se dispõem sequer a responder institucionalmente às autoridades regulatórias brasileiras⁴⁸.

Ainda no âmbito do Judiciário, vale lembrar que já em março de 2019 o Supremo Tribunal Federal determinou abertura do Inquérito 4781, que se revelou um instrumento dissuasório, de pressão sobre os políticos e influenciadores digitais responsáveis por orquestrarem redes de desinformação. Em julho de

⁴⁵ <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2021/Outubro/tse-julga-improcedentes-aco-es-contra-jair-bolsonaro-e-hamilton-mourao>

⁴⁶ <https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/>

⁴⁷ <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2021/10/25/youtube-live-bolsonaro.ghtml>

⁴⁸ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/12/tse-nao-alcanca-telegram-e-expoe-desafios-de-lei-contra-fake-news-entenda.shtmls-para-campanha-digital.shtml>



2021, o STF arquivou o inquérito sobre atos antidemocráticos⁴⁹ (instaurado em abril de 2020) e a Polícia Federal passou a trabalhar no inquérito das milícias digitais⁵⁰. Em agosto, o TSE decidiu pela instauração de um inquérito administrativo⁵¹ para investigar diversos crimes envolvidos em estratégias de comunicação para o ataque à legitimidade das eleições e à higidez das urnas eletrônicas. Enquanto o STF determinou a prisão de um deputado em fevereiro, no âmbito do inquérito das *fake news*⁵², TSE, em outubro, cassou mandato parlamentar por divulgação de desinformação sobre as urnas eletrônicas⁵³.

Passando para a arena legislativa, lembre-se que já em setembro de 2019 o Congresso Nacional instalou um notável dispositivo de aprendizagem jurídica e pressão política: a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre *Fake News*. Suspensa durante a pandemia (que levou à instauração neste ano de 2021 da CPI da Covid-19 no Senado), a CMPI das *Fake News* deve ser retomada⁵⁴ e ganhar força durante o próximo ano, com olhos postos menos nas eleições de 2018 e mais na disputa de 2022.

Quanto à elaboração legislativa propriamente dita, a disputa permanece conflagrada. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais foi aprovada às vésperas do pleito de 2018, mas seu início de vigência acabou protelado para setembro de 2020, com sanções impositivas a partir de agosto de 2021. Ainda é cedo, portanto, para observar qualquer repercussão da LGPD em controvérsias sobre *fake news*. Já o projeto de Lei das *Fake News* (PL 2630/2020), aprovado no Senado Federal em junho de 2020, teve lenta tramitação na Câmara dos Deputados. Tendo sido

⁴⁹ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/06/saiba-o-que-o-inquerito-dos-atos-antidemocraticos-no-stf-descobriu-e-por-que-a-apuracao-empacou.shtml>

⁵⁰ <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/08/21/quais-as-diferencas-entre-inqueritos-das-fake-news-e-das-milicias-digitais.htm>

⁵¹ <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2021/Agosto/plenario-do-tse-aprova-abertura-de-inquerito-para-apurar-denuncias-de-fraudes-no-sistema-eletronico-de-votacao>

⁵² <https://www.camara.leg.br/noticias/728458-stf-decide-por-unanimidade-manter-a-prisao-do-deputado-daniel-silveira/>

⁵³ <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2021/Outubro/plenario-cassa-deputado-francischini-por-propagar-desinformacao-contr-o-sistema-eletronico-de-votacao>

⁵⁴ <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/cpmi-das-fake-news-preve-retomar-os-trabalhos-em-fevereiro/>



concluída agora em dezembro de 2021 a apreciação por um grupo de trabalho⁵⁵ (sobre aperfeiçoamento da legislação brasileira referente à Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet), é provável que o PL seja votado pelo plenário da Câmara apenas em 2022 – e, depois, será necessária nova votação no Senado. Um dos pontos interessantes do projeto é, por meio do Comitê Gestor da Internet, acoplar o direito brasileiro à autorregulação das plataformas digitais, catalisando uma dinâmica de aprendizagem regulatória. Um ponto polêmico é a blindagem da classe política com o escudo da imunidade parlamentar⁵⁶, que, se estendida a qualquer manifestação em meio digital, a colocaria além da possibilidade de responsabilização pela disseminação de desinformação. A complexidade do tema e os densos interesses políticos nele enredados sugerem que é improvável que haja uma Lei das *Fake News* em vigência nas próximas eleições de outubro. Mais uma vez, faltará um importante instrumento jurídico que permitiria minorar as incertezas, transformando o perigo da desinformação massiva em risco mensurável e gerenciável a partir de uma base legal mais sólida.

Ainda assim, houve neste segundo semestre de 2021 movimentações legislativas importantes. Em agosto o Congresso aprovou a nova Lei de Segurança Nacional, tendo o Presidente da República vetado a tipificação do crime de “comunicação enganosa em massa”⁵⁷. Em setembro, o Presidente editou medida provisória que alterava o Marco Civil da Internet para impedir a suspensão e o bloqueio de contas nas redes sociais por conta de desinformação; sofrendo repúdio das próprias plataformas digitais, a medida foi suspensa pelo STF e foi reapresentada em um projeto de lei enviado pelo Executivo ao Congresso⁵⁸. Ainda em setembro, o texto base do projeto de novo Código Eleitoral foi aprovado na Câmara, mas a votação no Senado deve demorar. O

⁵⁵ <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2021/12/14/pl-das-fake-news-pode-ser-votado-na-camara-ainda-em-2021.htm>

⁵⁶ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/12/projeto-de-fake-news-estende-imunidade-parlamentar-a-redes-e-especialistas-contestam.shtml>

⁵⁷ <https://www.camara.leg.br/noticias/802552-sancionada-com-vetos-a-lei-que-revoga-a-lei-de-seguranca-nacional-e-define-crimes-contr-a-democracia/>

⁵⁸ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/09/bolsonaro-envia-ao-congresso-projeto-similar-a-mp-das-fake-news-rejeitada-por-pacheco.shtml>



projeto sinaliza preocupação em multar a desinformação e em vedar o uso de robôs no impulsionamento de propaganda eleitoral pelas mídias sociais⁵⁹.

Só este balanço sumário de como nos encontramos (des)protegidos diante das *fake news* já evidencia uma série de lacunas e caminhos regulatórios ainda a percorrer. Mas ainda duas observações merecem registro. A primeira é que, mesmo quando se chegar a precedentes sólidos e a uma legislação vigente sobre o tema, é preciso tomar cuidado com seu caráter simbólico – é possível que, ao “mostrar serviço” na disciplina da desinformação, as autoridades criem álibis jurídicos que dificultem, em vez de facilitar, a responsabilização por esquemas de desinformação massiva. A segunda observação é que, embora as plataformas digitais estejam avançando na autorregulação, a dinâmica das redes e aplicativos envolve uma descentralização ampla da produção e disseminação de comunicação, mas também uma reintermediação dessa comunicação por um pequeno grupo de empresas globais. A questão da concentração de poder econômico dessas empresas⁶⁰ também carecerá de respostas – talvez por um direito antitruste internacional ou transnacional, ainda longe de nosso horizonte regulatório.

19.3. Fake news e aprendizagem regulatória⁶¹

O Brasil tem preparado um pacote regulatório das comunicações digitais desde o Marco Civil da Internet (2014). Enquanto escândalos de violações de dados pessoais no ambiente digital emergiam mundo afora (como na eleição de Trump em 2016 ou na votação do Brexit em 2020), tramitou no Congresso Nacional brasileiro a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. A LGPD foi alvo de intensa disputa: a lei foi aprovada no Congresso Nacional em agosto de 2018, às vésperas da eleição presidencial de outubro, que marcou um novo patamar na

⁵⁹ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/08/novo-codigo-eleitoral-elimina-blindagem-de-politicos-mas-ainda-traz-armadilhas-para-campanha-digital.shtml>

⁶⁰ <https://veja.abril.com.br/mundo/big-techs-tem-poder-demais-diz-comissao-antitruste-dos-eua/>

⁶¹ Jota, 15 jun. 2023.



mobilização das redes digitais pelas campanhas eleitorais, sobretudo para disseminação de *fake news*. Entretanto, disputas políticas postergaram o início da vigência da lei para setembro de 2020 – dois anos após sua aprovação; já as sanções administrativas previstas pela lei só se tornaram imponíveis a partir de agosto de 2021 – três anos depois da aprovação da LGPD, portanto.

O projeto de lei das *Fake News* segue curso semelhante: começou a tramitar depois das eleições de 2018 e foi aprovado pelo Senado Federal em 2020. A expectativa de tê-lo aprovado a tempo das novas eleições gerais de 2022 foi frustrada. E agora, na metade de 2023, o presidente da Câmara dos Deputados ainda não conseguiu colocar o projeto em votação, pois não tem garantido quórum favorável à proposta que vem sendo debatida há anos no legislativo.

O problema é que, a despeito de algumas definições legais já consolidadas, a legislação existente sobre comunicações digitais ainda se pauta amplamente em princípios – em lugar de definir uma ampla lista de regras com claras hipóteses de incidência e consequências devidas. O foco em normas principiológicas permite maior adaptabilidade da legislação. Entretanto, tal indeterminação também gera indefinição sobre quais condutas são ilícitas, quais sanções lhe são aplicáveis e quando isso será de fato definido – legislativa ou jurisprudencialmente. A definição de princípios tende a transferir o poder discricionário para as autoridades administrativas ou, em sua ausência, diretamente às autoridades judiciais, sobrecarregando o Judiciário (especialmente TSE e STF), seja em termos de conhecimento técnico e rapidez das respostas, seja em termos de sua legitimidade para tomar decisões pouco “pré-programadas”.

O jogo regulatório se complica, pois além da disputa entre Poderes do Estado, há a dificuldade de construir interfaces entre direito estatal e as ordens jurídicas privadas das plataformas digitais. Reconhecendo que as plataformas digitais têm desenvolvido suas próprias instâncias de moderação de conteúdo – seja para resolver problemas com rapidez e tecnologia, seja para blindar-se contra os direitos estatais-nacionais –, o projeto de lei das *Fake News* incorporava o conceito de “autorregulação regulada”. A ideia inicial era criar uma entidade

independente de regulação das comunicações digitais, de composição mista: com representantes estatais, das plataformas digitais, da academia e dos movimentos de direitos digitais. Aqui estaria um importante mecanismo de aprendizagem, capaz de acompanhar a evolução tecnológica com uma evolução regulatória mais detalhada, mais embasada tecnicamente e mais facilmente mutável que a legislação.

A versão do projeto de lei das *Fake News* que estava pronta para votação no mês passado retirava a previsão de se instituir uma entidade reguladora independente⁶², com *expertise* e blindagem a pressões políticas e econômicas. Assim, a lei seria instituída sem o dispositivo crucial para a aprendizagem regulatória e para o próprio *enforcement* de suas regras, princípios e sanções. Afinal, tal entidade deveria ser o nó articulador de uma rede de camadas regulatórias e autorregulatórias⁶³, ao mesmo tempo em que teria uma autonomia reforçada, ao contrário de um mero órgão do Poder Executivo subordinado a algum Ministério de Estado.

A criação de normas procedimentais e organizacionais permite institucionalizar a aprendizagem para temas novos, que o direito ainda não consegue disciplinar mais profundamente. Ora, pode-se sustentar a hipótese de que, enquanto não for institucionalizada tal tipo de instância regulatória, o que veremos são, de um lado, conflitos pouco controláveis entre os Poderes políticos, de base nacional e legitimação democrática, o Poder Judiciário igualmente nacional e responsável por manter o Estado de direito e os direitos fundamentais, e as plataformas digitais globais, que buscam fugir aos custos e riscos do seu lucrativo negócio. Enquanto não houver organizações e procedimentos de aprendizagem regulatória – como no cenário atual –, o tema das *fake news* terá que ser tratado por meio de medidas discricionárias e de decisões coercitivas (por vezes monocráticas) de juízes, até a consolidação de orientações normativas

⁶² <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/04/relator-cede-e-retira-do-pl-das-fake-news-agencia-para-fiscalizar-plataformas.shtml>

⁶³ <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2023/05/pl-das-fake-news-sem-orgao-regulador-e-lei-desdentada.shtml>

(jurisprudência, lei) e procedimentos, inclusive procedimentos de coordenação entre Poderes e entre Estado e entes privados.

De um lado, no sistema político vemos a proliferação de associações da “sociedade civil” e, no centro do Poder Legislativo, a formação de diferentes bancadas parlamentares, inclusive uma “bancada das *big techs*”. Do lado da sociedade civil e da opinião pública, há uma série de demandas conflitantes. Um grupo político reacionário trata de desprezar a entidade reguladora independente, chamando-a pejorativamente de “Ministério da Verdade” e evocando o temor contra a censura; para coibir a atuação de milícias digitais fascistas, alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, como Alexandre de Moraes, defendem a equiparação das responsabilidades das plataformas digitais àquelas das empresas de mídia e publicidade⁶⁴; agências reguladoras já estabelecidas (como a Agência Nacional das Telecomunicações ou o Comitê Gestor da Internet) disputam para assumir as funções relativas ao monitoramento, à supervisão e à punição das *fake news*; grupos progressistas tentam impor pautas de política identitária para definir o que pode ou não ser dito nas plataformas digitais; criadores e empresas aproveitam para reforçar suas pautas de proteção de direitos autorais; outros líderes políticos e religiosos preocupam-se com os efeitos reais do discurso de ódio propalado pelas mídias digitais. Enquanto esse emaranhado de *lobbies* e movimentos, interesses e discursos⁶⁵ orbitava a discussão do projeto de lei, algumas plataformas digitais promoveram intensa campanha contra a votação do projeto de Lei das *Fake News*, disparando mensagens em massa a seus usuários, disseminando medo e preocupação com a liberdade de expressão destes de modo a mascarar suas preocupações com custos e eventual redução de lucro condicionada pelos novos mecanismos regulatórios propostos. O próprio Supremo Tribunal Federal - por determinação de quem são conduzidos há anos inquéritos sobre *fake news* e sobre

⁶⁴ <https://www.jota.info/stf/do-supremo/redes-foram-instrumentalizadas-por-omissao-conivente-no-8-de-janeiro-diz-moraes-31032023>

⁶⁵ <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/wilson-gomes/2023/05/o-pl-2630-como-parte-da-guerra-cultural-da-extrema-direita.shtml#:~:text=Era%20um%20projeto%20sobre%20fake,tudo%20da%20guerra%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o.>

milícias digitais - determinou a investigação de tais plataformas: por *fake news* sobre a regulação de *fake news*!

Valendo-se do ganho de obstar, ao menos momentaneamente, a formação do apoio necessário para aprovar a lei, a bancada parlamentar apoiada pelas grandes empresas de tecnologia passou a apresentar propostas de mudanças no projeto de lei⁶⁶ para reduzir a margem de responsabilização das *big techs* e para proteger os próprios parlamentares e suas postagens contra pedidos de remoção. Por outro lado, as próprias plataformas digitais caminham no sentido de aceitar entidades multissetoriais, de corregulação e autorregulação, a fim de punir e definir o balanceamento entre o mau uso das redes digitais e a preservação da liberdade de expressão. Mesmo que o projeto de lei venha a ser aprovado em breve, não é de se esperar o fim das disputas – pode-se prever ainda uma extensa e intensa “batalha regulamentar” acerca da definição infralegal de normas substantivas, organizacionais e procedimentais.

A função do centro político – o Poder Legislativo, sobretudo – seria canalizar procedimentalmente esse dissenso, conseguindo afinal chegar à aprovação de uma lei eficaz e eficiente. Enquanto o sistema político não cumpre sua função – tomar decisões coletivamente vinculantes – o sistema jurídico se sobrecarrega. O centro judicial do direito, particularmente os tribunais superiores e mais especialmente ainda seus líderes, são forçados a tomar decisões *ad hoc*, enfrentando diretamente as plataformas digitais, sem contar para tanto com o anteparo de uma legislação apropriada. Além da dificuldade de garantir consistência do direito e construir uma jurisprudência capaz de vincular e orientar futuras decisões, esse tipo de movimento acaba inflacionando o próprio direito: ao decidir sem base regulatória e legislativa suficiente (o que manifestaria um apoio político correspondente), o Judiciário desvaloriza a força do próprio direito, tornando mais escassa a conformidade espontânea e tendo que lançar mão de ameaças e punições mais manifestamente coercitivas, o que acaba por retroalimentar a polêmica – ou seja, a falta de apoio político –, diminuindo

⁶⁶ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/05/bancada-das-big-techs-apresenta-texto-alternativo-ao-pl-das-fake-news.shtml>

novamente as chances de construção de consenso em torno da regulação das comunicações digitais. Enquanto não se institucionaliza a aprendizagem regulatória, o direito e o poder se retroalimentam negativamente, em um círculo vicioso de anomia e impotência, de desautorização e deslegitimação de qualquer estratégia de decodificação e gerenciamento de riscos, enquanto crescem, em um “estado de natureza” virtual, os perigos da comunicação digital, com seu potencial exponencial de viralização e de produção de danos reais, massivos e difusos.

19.4. Inovação tecnológica e inovação jurídica: das *fake news* às *deepfakes*⁶⁷

O Brasil, como todo o mundo, está em meio a uma dinâmica de aprendizagem regulatória sobre quais as formas jurídicas adequadas para lidar com as tecnologias digitais, transformando suas ameaças – à democracia, à sanidade mental, à cultura – em riscos controláveis e em oportunidades de avançar o crescimento econômico, a pluralização das expressões e o bem-estar social.

Um pacote regulatório vem sendo construído desde o Marco Civil da Internet (2014) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD, 2018, com sanções administrativas plenamente aplicáveis apenas desde 2021). O projeto de lei das *Fake News*, aprovado pelo Senado em 2020, continua emperrado na Câmara. Enquanto isso, a tecnologia vai progredindo e seus perigos vão se cumulando.

Em 2018, nas primeiras eleições em que esteve em vigor a proibição do financiamento empresarial de campanhas eleitorais, estivemos expostos também, em uma proporção inédita, à disseminação massiva de desinformação por aplicativos de mensageria privada e plataformas digitais. Não parece ter sido coincidência: afinal, a propagação em grande escala de conteúdo distorcido demanda investimento – feito por agentes políticos e seus apoiadores, ainda que sem a formalidade da doação eleitoral, mas como um equivalente funcional.

⁶⁷ Jota, 15 mar. 2024.



O Tribunal Superior Eleitoral adotou naquelas eleições gerais de 2018 (de âmbito federal e estadual) uma postura de alta precaução, privilegiando a liberdade de expressão e informação dos cidadãos⁶⁸ em detrimento de qualquer atuação mais intervencionista de regulação da esfera pública digital. É compreensível que, com a debilidade da legislação à época (sequer a LGPD estava em vigor, frise-se), o tribunal não tenha adentrado temas como a proteção de dados ou o discurso de ódio. Entretanto, a postura libertária tem seu custo: mantém a distorção na competição eleitoral, favorecendo aqueles que se beneficiam de esquemas paralelos de financiamento e de estratégias de propaganda eticamente condenáveis. Nas eleições municipais de 2020, ainda sequer as sanções administrativas previstas na LGPD estavam em vigor, de modo que o arcabouço regulatório continuou um tanto quanto débil. Nas eleições de 2022, a Justiça eleitoral protagonizou campanhas em defesa da higidez do sistema eleitoral, combinadas a estratégias de monitoramento e checagem de fatos e a uma disseminação da desconfiança popular (ou senso crítico) sobre a verdade factual da informação que circula nas redes. De todo modo, o envenenamento da opinião pública pela desinformação virtual mostrou sua face real e violenta no início de 2023, quando a crença na fraude eleitoral motivou a expressão da mais completa da anomia em meio aos prédios do três Poderes⁶⁹. Em resposta, desencadeou-se um imenso protagonismo do Supremo Tribunal Federal em sua função punitiva e repressiva.

Mas e a dimensão preventiva? Ainda na falta de marcos legais que institucionalizem uma estratégia de acoplamento estruturado entre a autorregulação das plataformas digitais e a supervisão estatal (como prometia a certo momento o PL das *Fake News*), o Tribunal Superior Eleitoral assumiu o protagonismo regulatório para estas eleições municipais de 2024. Vale lembrar que a Justiça Eleitoral, criada em 1932 em meio ao governo provisório de Vargas, tem não apenas uma função jurisdicional e contenciosa, mas também um papel

⁶⁸ <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-tsunami-das-fake-news-no-tse-diagnosticos-e-desafios-a-vista-18082020>

⁶⁹ <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/brasil-e-a-renascenca-democratica-11012023>



administrativo, de organização dos processos eleitorais. Nessa linha é que se enquadra a Resolução nº 23.732/2024.

A normativa não obsta o desenvolvimento tecnológico da inteligência artificial nem proíbe seu uso no *marketing* eleitoral. Exige, em primeiro lugar, transparência – o conteúdo gerado por IA deve ser claramente sinalizado como tal. Nessa linha parece caminhar a incorporação da inteligência artificial nos vários setores da sociedade: desde trabalhos acadêmicos até a organização de bases de dados empresariais, jurisprudenciais etc. Deve ser claramente distinguida a informação gerada e processada por pessoas identificáveis e aquela produzida por processos digitais autorreferentes (IA generativa). Em segundo lugar, a Resolução do TSE proíbe o *deepfake* – manipulações audiovisuais que confundem o espectador (ou ouvinte) pelo grau de semelhança com a imagem e/ou a voz de pessoas reais, gerando, portanto, a confusão na atribuição de autoria a opiniões, declarações e condutas. Finalmente, a Resolução proíbe o uso de *chatbots* (robôs virtuais de bate-papo) e avatares na comunicação entre candidatos e eleitores, gerando uma simulação de interação direta entre as pessoas, quando na verdade se trata (em um ou em ambos os polos) de comentários gerados autorreferencialmente pela programação digital e seus algoritmos.

Em primeiro lugar, cabe notar que se trata de um problema regulatório global – se não é possível deixá-lo somente à mercê da autorregulação transnacional das plataformas digitais, cada país terá que arriscar suas estratégias regulatórias e aprender com seus erros e com a experiência comparada. Assim como os escândalos de violação de dados pessoais para o direcionamento de campanhas de desinformação (protagonizados pela Cambridge Analytica) marcaram a eleição de Trump (2016) e a votação do Brexit (2019), impulsionando respostas regulatórias mundo afora (como a tramitação da LGPD por aqui e a implementação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados na União Europeia), neste ano as eleições municipais brasileiras correm em paralelo com

eleições americanas, britânicas e de outras democracias de massas⁷⁰. Enquanto isso, na União Europeia, por exemplo, progredem novas iniciativas de regulação digital – em março de 2024 entrou em vigor a Lei de Mercados Digitais (*Digital Markets Act*), ao mesmo tempo em que foi aprovado o Regulamento da Inteligência Artificial.

Em segundo lugar, é fato que ainda há imprecisões e obscuridades na Resolução, as quais geram inseguranças que somente serão controladas ao longo da experiência de sua implementação e execução. Na impossibilidade de tratar as plataformas digitais como idênticas às empresas da mídia tradicional de massas⁷¹ (que editorializa, seleciona e produz suas notícias), quais são os limites da responsabilização daquelas por conteúdos publicados por seus usuários? Qual a eficácia exigível e monitorável das medidas preventivas e de autocontrole da desinformação requeridas das plataformas? Se uma grande medida de controle e responsabilidade pode ser exigida de plataformas abertas de textos, áudio e vídeo, como impedir a circulação de conteúdo falso e narrativas distorcidas⁷² em grupos privados de serviços de mensageria privada? A última questão é um ponto cego desde as eleições de 2018. Com a garantia de criptografia das conversas privadas⁷³, como poderiam esses serviços monitorar o conteúdo distorcido que neles circula?

Finalmente, na falta de órgãos e estratégias regulatórias mais eficientes que alinhem a autorregulação tecnológica e jurídica das plataformas digitais à correção estatal, descentralizada e participativa em sua abertura para movimentos e associações de direitos digitais, um hibridismo entre jurisdição e administração é esperado do TSE. Ora terão que ser definidas e implementadas políticas mais gerais, ora a identificação e punição do conteúdo proibido (*chatbots* e *deepfake*) dependerá de denúncias localizadas e dos ritos, prazos e garantias do

⁷⁰ <https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2024/03/10/tse-larga-na-frente-mas-colocar-o-controle-de-inteligencia-artificial-em-pratica-nas-eleicoes-e-desafio-no-mundo.ghtml>

⁷¹ <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inflacao-judicial-versus-inovacao-institucional-10102023>

⁷² <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/narrativas-fake-e-fake-news-14112022>

⁷³ <https://www.infomoney.com.br/politica/ia-nas-eleicoes-restricao-do-tse-nao-sera-capaz-de-impedir-deepfake-alertam-especialistas/>



processo judicial, que nem sempre acompanham o *timing* eleitoral e os efeitos disruptivos, instantâneos e exponenciais da comunicação em rede.

A cada dois anos, as eleições brasileiras fornecem um teste de resistência e aprendizagem da democracia e um teste da capacidade do sistema jurídico de acompanhar o passo dos usos e abusos da inovação tecnológica.



Referências Bibliográficas

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo do direito proceduralizado: regulação de redes sociais e proceduralização. *In*: ABBOUD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). **Fake News e regulação**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 121-141.

ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985 [1944].

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008 [1986].

ALVES, Angela Limongi. **Globalização, desglobalização e impactos na soberania estatal**. Belo Horizonte: Fórum; Del Rey, 2024.

AMATO, Lucas Fucci. **Constitucionalização corporativa**: direitos humanos fundamentais, economia e empresa. Curitiba: Juruá, 2014.

AMATO, Lucas Fucci. Direitos humanos e sistema econômico: estrutura e semântica de um fragmento constitucional global. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 2, n. 2, p. 150-161, 2015.

AMATO, Lucas Fucci. **Construtivismo Jurídico**: teoria no direito. Curitiba: Juruá, 2017.

AMATO, Lucas Fucci. **Inovações Constitucionais**: direitos e poderes. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.

AMATO, Lucas Fucci. Victor Nunes Leal e a sociologia do constitucionalismo brasileiro. **Revista Direito Mackenzie**, v. 13, n. 1, p. 1-26, 2019.

AMATO, Lucas Fucci; SABA, Diana Tognini; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Sociologia jurídica das *fake news* eleitorais: uma observação sistêmica das respostas judiciais e legislativas em torno das eleições brasileiras de 2018. **Revista Direito Público**, v. 18, p. 539-564, 2021.

AMATO, Lucas Fucci. Democracia, voto e representação: contextos e trajetórias, instituições e distorções. *In*: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando; FRANCISCO, José Carlos (orgs.). **Crise democrática e suas instituições de garantia**. São Paulo: Eseni, 2021. p. 50-73.

AMATO, Lucas Fucci. **Propriedade Desagregada e Empreendedorismo Democrático**: instituições da economia de mercado e formas jurídicas do capital. Porto Alegre: Fi, 2022.



AMATO, Lucas Fucci. **Teoria Geral do Direito**: uma introdução ao estudo do pensamento jurídico contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2023a.

AMATO, Lucas Fucci. Diferenciación funcional, del concepto al contexto empírico: escalas sistémicas, niveles estructurales y sincretismo entre formas de diferenciación social. **Revista MAD - Magíster en Análisis Sistémico Aplicado a la Sociedad**, v. 48, p. 15-38, 2023b.

AMATO NETO, João; AMATO, Lucas Fucci. Sustainable supply chains, corporate constitutionalisation and human rights: a multiple case study on the 10 biggest companies in Brazil. **International Journal of Innovation and Sustainable Development**, v. 13, n. 2, p. 136-153, 2019.

ANNENBERG, Flávia Xavier. **Direito e políticas públicas**: uma análise crítica de abordagens tradicionais do direito administrativo a partir de um estudo do programa Bolsa Família. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

ARAUJO, Cicero Romão Resende de. **A forma da república**: da constituição mista ao Estado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução de Mauro W. Barbosa. 6 ed. São Paulo: Perspectiva, 2009 [1961].

ARIDA, Persio, BACHA, Edmar Lisboa; RESENDE, André Lara. Credit, interest, and jurisdictional uncertainty: Conjectures on the case of Brazil. In: GIAVAZZI, Francisco; GOLDFAJN, Ilan; HERRERA, Santiago (eds.). **Inflation targeting, debt, and the Brazilian experience, 1999 to 2003**. Cambridge: MIT Press, 2005. p. 265-293.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Tradução de Sérgio Bath. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008 [1965].

AUSTIN, John Langshaw. **How to do things with words**. Oxford: Clarendon Press, 1962.

AZEVEDO, Paulo Vinícius Alves de. **A sanção premial como instrumento de condutas ambientalmente desejáveis na perspectiva da estrutura normativa tributária**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

BABIE, Paul; VIVEN-WILKSCH, Jessica (eds.). **Léon Duguit and the social obligation norm of property**. Singapore: Springer, 2019.

BAECKER, Dirk. The form of the firm. **Organization**, v. 13, n. 1, p. 109-142, 2006a.

BAECKER, Dirk. Niklas Luhmann in the Society of the Computer. **Cybernetics & Human Knowing**, v. 13, p. 25-40, 2006b.



BAGHAI, Katayoun. Privacy as a human right: a sociological theory. **Sociology**, v. 46, n. 5, p. 951-965, 2012.

BAGHAI, Katayoun. **Social systems theory and judicial review: taking jurisprudence seriously**. London: Routledge, 2016.

BARROS, Marco Antonio Leme de. Schauer e Luhmann: por uma sociologia jurídica no positivismo presumido? **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n. 1, p. 82-106, 2018.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de; AMATO, Lucas Fucci; SABA, Diana; PONCE, Paula. Fake News in Brazil's 2018 Presidential Elections: A Systems Theory Approach to Judicial and Legal Responses. **Social & Legal Studies**, v. 32, p. 116-138, 2023.

BATESON, Gregory. **Steps to an ecology of mind**. Chicago: Chicago University Press, 2000.

BECHARA, Erika. Princípio do poluidor pagador. *In*: NERY JR, Nelson; ABOUD, Georges; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP: Direitos Difusos e Coletivos 1**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. p. 1-15.

BELLAMY, Richard. **Political constitutionalism: a republican defense of the constitutionality of democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BEN-SHAHAR, Omri. Data pollution. **Journal of Legal Analysis**, v. 11, p. 104-159, 2019.

BENKLER, Yochai; FARIS, Robert; ROBERTS, Hal. **Network propaganda: manipulation, disinformation, and radicalization in American politics**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

BERMAN, Harold J. **Law and revolution: the formation of the Western legal tradition**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1983.

BERMAN, Harold J. **Law and revolution II: the impact of the Protestant reformations on the Western legal tradition**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.

BIGNOTTO, Newton (org.). **Matrizes do republicanismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

BOBBIO, Norberto. Democracy and dictatorship. *In*: BOBBIO, Norberto. **Democracy and dictatorship: the nature and limits of state power**. Tradução de Peter Kennealy. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989 [1978]. p. 133-166.



BOBBIO, Norberto. O modelo jusnaturalista. *In*: BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3 ed. São Paulo: Brasiliense, 1991 [1979]. p. 11-100.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução de Sérgio Bath. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000a [1976].

BOBBIO, Norberto. Max Weber, o poder e os clássicos. *In*: BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Organização de Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000b [1980]. p. 130-155.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007 [1976].

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. O princípio da solidariedade e os direitos humanos de natureza ambiental. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 105, p. 509-533, 2010.

BOLDYREV, Ivan A. Economy as a social system: Niklas Luhmann's contribution and its significance for economics. **American Journal of Economics and Sociology**, v. 72, n. 2, p. 265-292, 2013.

BORA, Alfons. "Quem participa?" Reflexões sobre teoria da inclusão. Tradução de Edvaldo Moita. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 6, n. 3, p. 3-29, 2019.

BRACHA, Oren. **Owning ideas: the intellectual origins of American intellectual property, 1790-1909**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

BURRI, Mira. Controlling new media (without the law). *In*: PRICE, Monroe E.; VERHULST, Stefaan G.; MORGAN, Libby (eds.). **Routledge handbook of media law**. London: Routledge, 2012. p. 327-342.

CALDEIRA, Jorge. **Nem céu nem inferno: ensaios para uma visão renovada da história do Brasil**. São Paulo: Três Estrelas, 2015.

CALVO GARCÍA, Manuel. La intervención en la economía a través de normas: contextos y encrucijadas de la regulación. *In*: JORNADA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, 6., 2018, Bucaramanga. **Intervención del Estado en la economía**. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2018. p. 10-43.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CAMPILONGO, Celso. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011 [2000].



CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais:** hermenêutica do sistema jurídico e da sociedade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012 [2011].

CAPANI, Carolina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. A objetividade dos juízos morais e a interpretação de cláusulas contratuais abusivas: um estudo de caso sobre o STJ e os contratos bancários. *In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (SIICUSP)*, 29., 2021, São Paulo. **Anais.** São Paulo: USP, 2021.

CÁRCOVA, Carlos María. **La opacidad del derecho.** 2 ed. Madrid: Trotta, 2006.

ČERNIČ, Jernej Letnar. **Human rights law and business:** corporate responsibility for fundamental human rights. Groningen: Europa Law, 2010.

CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation. **Cambridge Journal of Economics**, v. 21, n. 6, p. 703-728, 1997.

CHANG, Ha-Joon. **Understanding the relationship between institutions and economic development:** some key theoretical issues. Discussion paper n. 2006/05. Helsinki: United Nations University; World Institute for Development Economics Research, 2006.

CHAUI, Marilena. **Cultura e democracia:** o discurso competente e outras falas. 12 ed. São Paulo: Cortez, 2006.

CHEVALLIER, Jacques. La gouvernance, un nouveau paradigme étatique? **Revue française d'administration publique**, Strasbourg, n. 105-106, p. 203-217, 2003.

CHRISTODOULIDIS, Emiliós A. The myth of democratic governance. *In: KJAER, Paul F (ed.). **The law of political economy:** transformation in the function of law.* Cambridge: Cambridge University Press, 2020. p. 62-88.

COASE, Ronald. The problem of the social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960.

COLOGNESI, Luigi Capogrossi. **Law and power in the making of the Roman commonwealth.** Tradução de Laura Kopp. Cambridge: Cambridge University Press, 2014 [2009].

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, v. 353, p. 14-26, 1965.

CONSTANT, Benjamin. The liberty of the ancients compared with that of the moderns. *In: CONSTANT, Benjamin. **Political writings.*** Tradução e edição de Biancamaria Fontana. Cambridge: Cambridge University Press, 1988 [1819]. p. 307-328.



CROZIER, Michel; HUNTINGTON, Samuel P.; WATANUKI, Joji. **The crisis of democracy: report on the governability of democracies to the Trilateral Commission.** New York: New York University Press, 1975.

DAGAN, Hanoch. The real legacy of American Legal Realism. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 38, n. 1, p. 123-140, 2018.

DAHL, Robert A. **Democracy and its critics.** New Haven: Yale University Press, 1989.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro.** Porto Alegre: Fabris, 1998.

DELMAS-MARTY, Meirelle. **Por um direito comum.** Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004 [1994].

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. **The internationalization of palace wars: lawyers, economists, and the contest to transform Latin American States.** Chicago: University of Chicago Press, 2002.

DUGUIT, Léon. The law and the state. **Harvard Law Review**, v. 31, n. 1, p. 1-185, 1917.

DURAN, Camila Villard. **A moldura jurídica da política monetária: um estudo do Bacen, do BCE e do Fed.** São Paulo: Saraiva, 2013.

DURKHEIM, Émile. **Professional ethics and civic morals.** 2 ed. London: Routledge, 1992 [1890-1900].

DURKHEIM, Émile. **The division of labour in society.** London: Macmillan, 1984 [1893].

DUTRA, Roberto. Diferenciação funcional e a sociologia da modernidade brasileira. **Política & Sociedade**, v. 15, n. 34, p. 77-109, 2016.

DUTRA, Roberto. Sistema político-administrativo e interações na implementação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 35, n. 102, p. 1-21, 2020.

DUVERGER, Maurice. A new political system model: semi-presidential government. **European Journal of Political Research**, v. 8, n. 2, p. 165-187, 1980.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

EWALD, François. **L'État Providence.** Paris: Grasset, 1986.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros, 1999.



FARIA, José Eduardo. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 2, p. 297-323, 2009.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013 [1993].

FEBRABAN (Federação Brasileira de Bancos). **Como fazer os juros serem mais baixos no Brasil**: uma proposta dos bancos ao governo, Congresso, Judiciário e à sociedade. 2 ed. São Paulo: Febraban, 2019. Disponível em: <https://fernandonogueiracosta.files.wordpress.com/2019/10/febraban-como-fazer-os-juros-serem-mais-baixos-no-brasil-ed2-2019.pdf> . Acesso em 7 nov. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 [1990].

FERRARESE, Maria Rosaria. **Promesse mancate**: dove ci ha portato il capitalismo finanziario. Bologna: Il Mulino, 2017.

FERRARESE, Maria Rosaria. Capitalismo finanziario. **Nuova informazione bibliografica**, v. 58, n. 2, p. 217-246, 2018.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008 [1988].

FRIESE, Heidrun; WAGNER, Peter. Not all that is solid melts into air: modernity and contingency. In: FEATHERSTONE, Mike; LASH, Scott (Eds.). **Spaces of culture**: city, nation, world. London: Sage, 1999. p. 101-115.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do direito da regulação econômica. Tradução de Thales Morais da Costa. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 3, n. 9, p. 207-217, 2005a [2004].

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Os novos campos da regulação. Tradução de Thales Morais da Costa. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 3, n. 10, p. 191-204, 2005b [2004].

FUKUYAMA, Francis. What is governance? **CGD Working Paper**, v. 314, p. 01-18, 2013.

FULLER, Lon Luvois. **The morality of law**. 2 ed. New Haven; London: Yale University Press, 1969 [1964].



GEORGIEVA, Kristalina; WEEKS-Brown, Rhoda. The IMF's evolving role within a constant mandate. **Journal of International Economic Law**, v. 26, n. 1, p. 17-29, 2023.

GIERKE, Otto Friedrich von. **Political theories of the middle ages**. Tradução de Frederic William Maitland. Cambridge: Cambridge University Press, 1900 [1881].

GIERKE, Otto Friedrich von. **The development of political theory**. Tradução de Bernard Freyd. New York: W. W. Norton & Company, 1939 [1880].

GRABER, Christoph Beat; TEUBNER, Gunther. Art and money: constitutional rights in the private sphere? **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 18, n. 1, p. 61-73, 1998.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 [1995].

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre a migração das cortes constitucionais do sistema jurídico para o sistema político. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PESQUISADORES EM SOCIOLOGIA DO DIREITO (ABraSD), 9., 2018, São Paulo. **Sociedades pós-constitucionais: a sociologia do direito após 30 anos de Constituição cidadã**. São Paulo: USP; ABraSD, 2018.

GUNNINGHAM, Neil. Regulatory reform and reflexive regulation: beyond command and control. *In*: BROUSSEAU, Eric; DEDEURWAERDERE, Tom; SIEBENHÜNER, Bernd (eds.). **Reflexive governance for global public goods**. Cambridge, MA: MIT Press, 2012. p. 85-104.

HABERMAS, Jürgen. **Legitimation crisis**. Tradução de Thomas McCarthy. London: Heinemann, 1976 [1973].

HABERMAS, Jürgen. **The structural transformation of the public sphere: an inquiry into a category of bourgeois society**. Tradução de Thomas Burger e Frederick Lawrence. Cambridge, MA: MIT Press, 1991 [1962].

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. 2 ed. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994 [1973].

HABERMAS, Jürgen. **Uma nova mudança estrutural da esfera pública e a política deliberativa**. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2023 [2022].

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist papers**. Editado por Lawrence Goldman. Oxford: Oxford University Press, 2008 [1788].

HAQUE, Irfan ul. **Rethinking industrial policy**. Discussion papers n. 183. Geneva: United Nations Conference on Trade and Development, 2007.



HART, Henry M., Jr.; SACKS, Albert M. **The legal process**: basic problems in the making and application of law. Editado por William N. Eskridge, Jr. e Philip P. Frickey. Westbury: Foundation, 1994.

HART, Herbert L. A.; HONORÉ, Tony. **Causation in the Law**. Oxford: Oxford University Press, 1985.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Pós-escrito. *In*: HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007 [1994]. p. 299-339.

HAURIOU, Maurice. **La teoría de la institución y de la fundación**: ensayo de vitalismo social. Tradução de Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968 [1925].

HAWTHORN, Geoffrey. **Iluminismo e desespero**: uma história da sociologia. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982 [1976].

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à metafísica**. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 4 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999 [1935].

HEIDEGGER, Martin. The question concerning technology. *In*: HEIDEGGER, Martin. **The question concerning technology and other essays**. Tradução de William Lovitt. New York: Garland, 1977 [1954]. p. 3-35.

HOHFELD, Wesley Newcomb. Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. **Yale Law Journal**, v. 23, n. 1, p. 16-59, 1913.

HOHFELD, Wesley Newcomb. Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. **Yale Law Journal**, v. 26, n. 8, p. 710-770, 1917.

HOLMES, Pablo. A teoria dos sistemas como semântica “crítica”: materialismo pós-estruturalista como método para uma teoria reflexiva da sociedade. *In*: AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Loschiavo Leme de (Orgs.). **Teoria crítica dos sistemas?** Crítica, teoria social e direito. Porto Alegre: Fi, 2018. p. 101-137.

INNERARITY, Daniel. **Una teoría de la democracia compleja**: gobernar en el siglo XXI. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020.

JÄGERS, Nicola M. C. P. **Corporate human rights obligations**: in search of accountability. Antwerpen: Intersentia, 2002.

JOERGES, Christian. Constitutionalism and transnational governance: exploring a magical triangle. *In*: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther. **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: Hart, 2004. p. 339-375.

JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: Hart, 2004.



KAPLOW, Louis. Rules versus standards: an economic analysis. **Duke Law Journal**, v. 42, p. 557-629, 1992.

KELSEN, Hans. **Essays in legal and moral philosophy**. Seleção de Ota Weinberger. Tradução de Peter Heath. Dordrecht: Reidel, 1973.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006 [1960].

KENNEDY, David. **A world of struggle: how power, law, and expertise shape global political economy**. Princeton: Princeton University Press, 2016.

KHAN, Bibi Zorina. **The democratization of invention: patents and copyrights in American economic development, 1790-1920**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

KLARMAN, Michael J. Brown, racial change, and the civil rights movement. **Virginia Law Review**, v. 80, n. 1, p. 7-150, 1994.

KNIGHT, Frank Hyneman. **Risk, uncertainty and profit**. Boston: Houghton Mifflin, 1921.

KOSELLECK, Reinhart. Three bürgerliche worlds? Preliminary theoretical-historical remarks on the comparative semantics of civil society in Germany, England, and France. Tradução de Todd Presner. In: KOSELLECK, Reinhart. **The practice of conceptual history: timing history, spacing concepts**. Stanford: Stanford University Press, 2002. p. 208-217.

KOSKENNIEMI, Martti. **The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law, 1870-1960**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

KOSKENNIEMI, Martti. Hegemonic regimes. In: YOUNG, Margaret A. (ed.). **Regime interaction in international law: facing fragmentation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 305-324.

KOSKENNIEMI, Martti. **The politics of international law**. Cambridge: Hart, 2011.

LADEUR, Karl-Heinz. Towards a legal theory of supranationality: the viability of the network concept. **European Law Journal**, v. 3, n. 1, p. 33-54, 1997.

LADEUR, Karl-Heinz. The theory of autopoiesis as an approach to a better understanding of postmodern law: From the hierarchy of norms to the heterarchy of changing patterns of legal inter-relationships. **European University Institute Working Paper**, n. 99/3, p. 1-45, 1999.

LADEUR, Karl-Heinz. Por um novo direito das redes digitais: digitalização como objeto contratual, uso contratual de “meios sociais”, proteção de terceiros contra violações a direitos da personalidade por meio de Cyber Courts. Tradução de



Pedro Henrique Ribeiro. *In: ABOUD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). Fake News e regulação.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 143-191.

LALL, Ranjit. Beyond institutional design: explaining the performance of international organizations. **International Organization**, v. 71, n. 2, p. 245-280, 2017.

LANGE, Bettina. Regulation without interests? An introduction to Luhmannian empirical mapping of system-environment relationships. *In: CAMPILONGO, Celso; AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de (eds.). Luhmann and socio-legal research: an empirical agenda for social systems theory.* London: Routledge, 2021. p. 71-95.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Aspectos de direito e ética ambiental. *In: AMATO NETO, João (org.). Sustentabilidade & Produção: teoria e prática para uma gestão sustentável.* São Paulo: Atlas, 2011. p. 78-89.

LOCKE, John. An essay on toleration. *In: LOCKE, John. Political essays.* Edição de Mark Goldie. Cambridge: Cambridge University Press, 1997 [1667]. p. 134-159.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012 [2000].

LÖWY, Michael. Le concept d'affinité élective chez Max Weber. **Archives de sciences sociales des religions**, n. 127, p. 93-103, 2004.

LUHMANN, Niklas. The improbability of communication. **International Social Science Journal**, v. 33, n. 1, p. 122-132, 1981.

LUHMANN, Niklas. **Fin y racionalidad en los sistemas:** sobre la función de los fines en los sistemas sociales. Madrid: Nacional, 1983 [1968].

LUHMANN, Niklas. Familiarity, confidence and trust: problems and alternatives. *In: GAMBETTA, Diego (ed.). Trust: making and breaking cooperative relations.* Oxford: Blackwell, 1988. p. 94-107.

LUHMANN, Niklas. **Political theory in the Welfare State.** Berlin: de Gruyter, 1990 [1987].

LUHMANN, Niklas. **Risk:** a sociological theory. Berlin: Gruyter, 1993 [1991].

LUHMANN, Niklas. Why does society describe itself as postmodern? **Cultural Critique**, v. 30, p. 171-186, 1995.

LUHMANN, Niklas. Globalization or world society: how to conceive of modern society? **International Review of Sociology: Revue Internationale de Sociologie**, v. 7, n. 1, p. 67-79, 1997a.



LUHMANN, Niklas. The control of intransparency. Tradução de M. P. van der Marel e A. Zylstra. **Systems research and behavioral science**, v. 14, n. 6, p. 359-371, 1997b.

LUHMANN, Niklas. La forma “persona”. *In*: LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Madrid: Trotta, 1998 [1995].

LUHMANN, Niklas. **The reality of the mass media**. Stanford: Stanford University Press, 2000 [1994].

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Tradução de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004 [1993].

LUHMANN, Niklas. Iluminismo sociológico. *In*: SANTOS, José Manuel (org.). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Corvilhã: Universidade da Beira Interior, 2005 [1967]. p. 19-70.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007 [1997].

LUHMANN, Niklas. **La moral de la sociedad**. Edição de Detlef Horster. Tradução de Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Trotta, 2008.

LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Organização e tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2009 [1998].

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2010 [1965].

LUHMANN, Niklas. **Theory of society I**. Tradução de Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2012 [1997].

LUHMANN, Niklas. **Theory of society II**. Tradução de Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2013 [1997].

LUHMANN, Niklas. **Sociología política**. Edição de André Kieserling. Tradução de Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Trotta, 2014a [2010].

LUHMANN, Niklas. **A sociological theory of law**. 2 ed. New York: Routledge, 2014b [1972].

LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. Tradução de Aldo Mascareño. México: Herder, 2017 [1988].

LUHMANN, Niklas. Como é possível a ordem social? *In*: LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática I**. Petrópolis: Vozes, 2018 [1980]. p. 17-89.

MAGALHÃES, João Carlos; COULDRY, Nick. Gigantes da tecnologia estão usando esta crise para colonizar o Estado. **Jacobin**, 16 maio 2020. Disponível em:



<https://jacobin.com.br/2020/05/gigantes-da-tecnologia-estao-usando-esta-criese-para-colonizar-o-estado/> . Acesso em 27 jan. 2021.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. **Formação do conceito de soberania: história de um paradoxo.** São Paulo: Saraiva, 2016 [2000].

MARSDEN, Christopher T. Co- and self-regulation in European media and internet sectors: the results of Oxford University's study www.selfregulation.info. In: OSCE (Organization for Security and Co-operation in Europe). **Self-regulation, co-regulation, State regulation.** Vienna: OSCE, 2004. p. 76-100.

MARTENS, Bertin; AGUIAR, Luis; GOMEZ-Herrera; MUELLER-LANGER, Frank. The digital transformation of news media and the rise of disinformation and fake news. **JRC Digital Economy Working Paper**, n. 2, p. 1-56, 2018.

MARX, Karl Heinrich. **Capital I: a critique of political economy.** Middlesex: Penguin, 1976 [1867].

MENÉNDEZ, Agustín José. No legitimacy without politics: comments on Jens Steffek. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). **Transnational governance and constitutionalism.** Oxford: Hart, 2004. p. 103-114.

MICHELMAN, Frank. Law's republic. **The Yale Law Journal**, v. 97, n. 8, p. 1493-1537, 1988.

MILL, John Stuart. On liberty. In: MILL, John Stuart. **Utilitarianism and On liberty.** 2 ed. Malden: Blackwell, 2003 [1859].

MILLS, Charles Wright. **The sociological imagination.** 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2000 [1959].

MINHOTO, Laurindo Dias; AMATO, Lucas Fucci; CAMARGOS, Pedro de Almeida Pires. Do político ao econômico: aportes da teoria dos sistemas ao uma crítica do neoliberalismo. **Sociologias**, a. 24, n. 61, p. 170-197, 2022.

MISSAGIA, Caio Rezende; AMATO, Lucas Fucci. Ambientes regulatórios experimentais: o *sandbox* no sistema financeiro brasileiro. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 10, n. 3, p. 143-171, 2023.

MOELLER, Hans-Georg; D'AMBROSIO, Paul J. Sincerity, authenticity and proficity: Notes on the problem, a vocabulary and a history of identity. **Philosophy & Social Criticism**, v. 45, n. 5, p. 575-596, 2019.

MORELLI, Denis. Afinal, para que servem os comitês nas companhias? **O Comercialista**, São Paulo, ano 1, v. 5, p. 29-33, 2012.



MOROZOV, Evgeny. **Big tech: a ascensão dos dados e a morte da política.** São Paulo: UBU, 2018.

MOYN, Samuel. **Christian human rights.** Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2015.

NEGRATO, Gustavo Scudeler. **Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada.** 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 [1992].

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas.** 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008 [2000].

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013a [2011].

NEVES, Marcelo. A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. *In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Orgs.). Dossiê Luhmann.* Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013b [2008]. p. 105-147.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro.** Tradução de Antônio Luz Costa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018 [1992].

NEVES, Vítor. O problema dos custos sociais. *In: CENTEMERI, Laura; CALDAS, José Castro (Coords.). Valores em conflito: megaprojetos, ambiente e território.* Coimbra: Almedina, 2016. p. 61-87.

NICOLAU, Jairo. **História do voto no Brasil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

NICOLETTI, Gianluca. Umberto Eco: “Con i social parola a legioni di imbecilli”. **La Stampa**, 11 jun. 2015. Disponível em: <https://www.lastampa.it/cultura/2015/06/11/news/umberto-eco-con-i-social-parola-a-legioni-di-imbecilli-1.35250428> . Acesso em: 28 jul. 2020.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo.** Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010 [1978].

OCTAVIANI, Alessandro. **Recursos genéticos e desenvolvimento: os desafios furtadiano e gramsciano.** São Paulo: Saraiva, 2013.



OFFE, Claus. **Contradictions of the Welfare State**. London: Hutchinson, 1984.

OLIVEIRA, Silvia Menicucci de. **Barreiras não tarifárias no comércio internacional e direito ao desenvolvimento**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

PARKER, Christine. Meta-regulation: legal accountability for corporate social responsibility. In: MACBARNET, Doreen; VOICULESCU, Aurora; CAMPBELL, Tom (eds.). **The new corporate accountability: corporate social responsibility and the law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 207-237.

PEREIRA, João Márcio Mendes. **O Banco Mundial como ator político, intelectual e financeiro (1944-2008)**. 2009. Tese (Doutorado em História) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2009.

POLIDO, Fabrício Pasquot. A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da “função social” dos direitos proprietários. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 27, pp. 3-47, 2006.

PONTES, Ted Luiz Rocha; CAMINHA, Uinie. Uma análise econômica da alienação fiduciária em garantia dos bens imóveis. **Scientia Iuris**, v. 20, n. 1, p. 221-248, 2016.

PORTER, Tony; RONIT, Karsten. Self-regulation as policy process: the multiple and criss-crossing stages of private rule-making. **Policy Sciences**, v. 39, n. 1, p. 41-72, 2006.

PRESSMAN, Jeffrey L.; WILDAVSKY, Aaron. **Implementation**. 3 ed. Berkeley: University of California Press, 1984 [1973].

PRODI, Paolo. **Uma história da justiça: do pluralismo dos foros ao dualismo moderno entre consciência e direito**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [2000].

RAWLS, John. **Lectures on the history of political philosophy**. Edição de Samuel Freeman. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2007.

REHBINDER, Eckard. Reflexive law and practice: the corporate officer for environmental protection as an example. In: TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (eds.). **State, law, and economy as autopoietic systems: regulation and autonomy in a new perspective**. Milano: Giuffrè, 1992. p. 579-608.

RESENDE, André Lara. **Juros, moeda e ortodoxia: teorias monetárias e controvérsias políticas**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2017.

RESENDE, André Lara. **A camisa de força ideológica da macroeconomia**. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Relações Internacionais, 2022. Disponível em:



https://www.cebri.org/media/documentos/arquivos/Andre%CC%81_Lara_Resende_-_A_camis.pdf . Acesso em 14 nov. 2022.

RIBEIRO, Darcy. **O processo civilizatório: etapas da evolução sociocultural**. 11 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997 [1968].

RIBEIRO, Pedro Henrique Gonçalves de Oliveira. **Entre eclusas e espelhos: a esfera pública vista a partir de uma leitura crítica de Niklas Luhmann e de debates contemporâneos**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ROCHA, Jean-Paul Veiga Cabral. **A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira**. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

RODRIGUEZ, Caio Farah. **Disaggregation with a purpose: Roberto Unger's rotating capital fund**. 1998. Dissertação (Mestrado em Direito) – Harvard University, Cambridge, MA, 1998.

RODRIK, Dani; SUBRAMANIAN, Arvind; TREBBI, Francesco. **Institutions rule: the primacy of institutions over geography and integration in economic development**. NBER working paper n. 9305. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, 2002.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008 [1917].

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000 [1953].

SABA, Diana; AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de; PONCE, Paula Pedigoni. **Fake news e eleições: estudo sociojurídico sobre política, comunicação digital e regulação no Brasil**. Porto Alegre: Editora Fi, 2021. Disponível em: <https://www.editorafi.org/203fakenews> . Acesso em 13 abr. 2024.

SABEL, Charles; REDDY, Sanjay. **Learning to learn: undoing the gordian knot of development today**. Columbia Law and Economics Working Paper No. 308. New York: Center for Law and Economic Studies, 2006.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Minimalism and experimentalism in the administrative state. **Georgetown Law Journal**, v. 100, n. 1, p. 53-93, 2011.

SACOMANO, José Benedito *et alli* (eds.). **Indústria 4.0: conceitos e fundamentos**. São Paulo: Blucher, 2018.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *Spread bancário e enforcement contratual: hipótese de causalidade reversa e evidência empírica*. **Revista Brasileira de Economia**, vol. 71, n. 1, p. 111-133, 2017.



SAND, Inger-Johanne. Polycontextuality as an alternative to constitutionalism. *In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther. Transnational governance and constitutionalism.* Oxford: Hart, 2004. p. 41-65.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SCHAUER, Frederick. Formalism. **Yale Law Journal**, v. 97, n. 4, p. 509-548, 1988.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules:** a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Oxford: Clarendon, 1991.

SCHAUER, Frederick. **Pensando como um advogado.** Tradução de Rafael Gomiero Pitta. Londrina: Thoth, 2021 [2009].

SCHAUER, Frederick. **The proof:** uses of evidence in law, politics, and everything else. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2022a.

SCHAUER, Frederick. **A força do direito.** Tradução de André Luiz Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022b [2015].

SCHULZ, Wolfgang; HELD, Thorsten. **Regulated self-regulation as a form of modern government:** an analysis of case studies from media and telecommunications law. Bloomington: John Libbey, 2004.

SCHUMPETER, Joseph A. **Business cycles:** a theoretical, historical and statistical analysis of the Capitalist process. New York: McGraw-Hill, 1939.

SCHUMPETER, Joseph A. **The theory of economic development:** an inquiry into profits, capital, credit, interest, and the business cycle. Tradução de Redvers Opie. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1949 [1934].

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, socialism and democracy.** 5 ed. London: Routledge, 2003 [1943].

SCIULLI, David. **Theory of societal constitutionalism:** foundations of a non-Marxist critical theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SCIULLI, David. **Corporate power in civil society:** an application of societal constitutionalism. New York: New York University Press, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003.

SOLAR CAYÓN, Jose Ignacio. **Política y derecho en la era del New Deal:** del formalismo al pragmatismo jurídico. Madrid: Dykinson, 2002.

SPENCER-BROWN, George. **Laws of form.** New York: Julian, 1972 [1969].



SRINIVASAN, Dina. The antitrust case against Facebook: a monopolist's journey towards pervasive surveillance in spite of consumer's preference for privacy. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, n. 1, p. 39-101, 2019.

SRNICEK, Nick. **Platform capitalism**. Cambridge: Polity, 2017.

STARR, Chester G. **O nascimento da democracia ateniense**: a assembleia no século V a.C. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Odysseus, 2005 [1990].

STEFFEK, Jens. Sources of legitimacy beyond the State: a view from international relations. *In*: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: Hart, 2004. p. 81-101.

SUNSTEIN, Cass R. O mundo real da análise de custo-benefício: 36 questões (e quase tantas respostas quanto). Tradução de Tatiana Mesquita. **Revista de Direito Administrativo**, v. 266, p. 13-47, 2014 [2013].

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: essai sur la fonction anthropologique du droit. Paris: Du Seuil, 2005.

TEIXEIRA, Carlos Sávio Gomes. **A grande imprensa e as eleições de FHC**: as atuações de Folha de São Paulo, O Globo, Estadão e JB. Rio de Janeiro: Bicicleta, 2017.

TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, p. 239-285, 1983.

TEUBNER, Gunther. After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law. *In*: TEUBNER, Gunther (ed.). **Dilemmas of law in the welfare state**. Berlin: de Gruyter, 1986a [1984]. p. 299-325.

TEUBNER, Gunther. Industrial democracy through law? Social functions of law in institutional innovations. *In*: TEUBNER, Gunther (ed.). **Dilemmas of law in the welfare state**. Berlin: de Gruyter, 1986b. p. 261-273.

TEUBNER, Gunther. Juridification: concepts, aspects, limits, solutions. *In*: TEUBNER, Gunther (ed.). **Juridification of social spheres**: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law. Berlin: de Gruyter, 1987. p. 3-48.

TEUBNER, Gunther. Social order from legislative noise? Autopoietic closure as a problem for legal regulation. *In*: TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (eds.). **State, law, and economy as autopoietic systems**: regulation and autonomy in a new perspective. Milano: Giuffrè, 1992. p. 609-649.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.



TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. Tradução de Peter Naumann. **Impulso**, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.

TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Cannibalizing epistemes: will modern law protect traditional cultural expressions? *In*: GRABER, Christoph; BURRI-NENOVA, Mira (Eds.). **Intellectual property and traditional cultural expressions in a digital environment**. Cheltenham: Edward Elgar, 2008. p. 17-45.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Tradução de Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012.

THORNHILL, Chris. A historical sociology of constitutions and democracy. *In*: CAMPILONGO, Celso; AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco (eds.). **Luhmann and socio-legal research: an empirical agenda for social systems theory**. London: Routledge, 2021.

TRUBEK, David. Developmental **States and the legal order: towards a new political economy of development and law**. University of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1075. Wisconsin: University of Wisconsin-Madison, 2010.

TRUBEK, David; COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario G. New state activism in Brazil and the challenge for Law. *In*: TRUBEK, David; GARCIA, Helena; COUTINHO, Diogo; SANTOS, Alvaro (eds.). **Law and the new developmental State: the Brazilian experience in Latin American context**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. pp. 28-62.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979 [1976].

UNGER, Roberto Mangabeira. **Política: os textos centrais**. São Paulo: Boitempo, 2001 [1987].

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004 [1996].

UNGER, Roberto Mangabeira. **A reinvenção do livre-comércio: a divisão do trabalho no mundo e o método da economia**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010 [2007].

UNGER, Roberto Mangabeira. **A economia do conhecimento**. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.



UNGER, Roberto Mangabeira. **O homem despertado: imaginação e esperança.** Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020 [2007].

UNGER, Roberto Mangabeira. **Governar o mundo sem governo mundial.** Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: LeYa Brasil, 2022.

VARGAS, Daniel Barcelos. **O renascimento republicano no constitucionalismo contemporâneo e os limites da comunidade: uma análise das teorias constitucionais de Bruce Ackerman, Frank Michelman e Cass Sunstein.** 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2005.

VARGAS, Daniel Barcelos. A terceira margem do constitucionalismo republicano: uma crítica a Frank Michelman. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, p. 731-747, 2017.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. Introdução. In: OLIVEIRA VIANNA, Francisco José de. **Problemas de direito corporativo.** 2 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983. p. 11-22.

VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law.** Cheltenham: Edward Elgar, 2018.

VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. In: ABOUD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (orgs.). **Fake News e regulação.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 189-210.

VILAÇA, Guilherme Vasconcelos. From Hayek's spontaneous orders to Luhmann's autopoietic systems. **Studies in Emergent Order**, v. 3, p. 50-81, 2010.

WEBER, Max. **Economy and society: an outline of interpretive sociology.** Berkeley: University of California Press, 1978 [1922].

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva I.** Brasília: Ed. UnB, 2009 [1922].

WIETHÖLTER, Rudolf. Materialization and proceduralization in modern law. Tradução de Iain Fraser. In: TEUBNER, Gunther (ed). **Dilemmas of law in the welfare state.** Berlin: de Gruyter, 1986. p. 221-249.

WIETHÖLTER, Rudolf. Proceduralization of the category of law. **German Law Journal**, v. 12, n. 1, p. 465-473, 2011.

WILLKE, Helmut. Three types of legal structure: the conditional, the purposive and the relational program. In: TEUBNER, Gunther. **Dilemmas of law in the welfare state.** Berlin: de Gruyter, 1986. p. 280-298.

WILLKE, Helmut. Societal guidance through law? In: TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (eds.). **State, law, and economy as autopoietic systems: regulation and autonomy in a new perspective.** Milano: Giuffrè, 1992. p. 353-387.



WILLKE, Helmut. Formas de autoorientación de la sociedad. **Revista MAD**, v. 34, p. 1-35, 2016.

WU, Tim. **The curse of bigness: antitrust in the new gilded age**. New York: Columbia Global Reports, 2018.

YACK, Bernard. **The longing for total revolution: philosophic sources of social discontent from Rousseau to Marx and Nietzsche**. Princeton University Press, 1986.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira; ABRAMOVAY, Ricardo. Dados, vícios e concorrência: repensando o jogo das economias digitais. **Estudos Avançados**, v. 33, n. 96, p. 421-446, 2019.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. **A proteção coletiva dos dados pessoais no Brasil: a defesa de direitos entre autoritarismo e democracia**. 2022. Tese (Doutorado em Ciência Ambiental) – Instituto de Energia e Ambiente da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

ZAPATER, Tiago C. Vaitekunas. Princípio da prevenção e princípio da precaução. *In*: NERY JR, Nelson; ABOUD, Georges; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP: Direitos Difusos e Coletivos 1**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. p. 1-32.