

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

ARIEL AUGUSTO LIRA DE MOURA

**DIREITO, ORGANIZAÇÕES E MEIOS DE COMUNICAÇÃO:
Entre a rede de nomes de domínios (ICANN) e as redes sociais (Facebook)**

SÃO LEOPOLDO

2023

ARIEL AUGUSTO LIRA DE MOURA

**DIREITO, ORGANIZAÇÕES E MEIOS DE COMUNICAÇÃO:
Entre a rede de nomes de domínios (ICANN) e as redes sociais (Facebook)**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

São Leopoldo

2023

M929d

Moura, Ariel Augusto Lira de

Direito, organizações e meios de comunicação: entre a rede de nomes de domínios (ICANN) e as redes sociais (Facebook). / Ariel Augusto Lira de Moura -- 2023.

169 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2023.

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

1. Teoria do direito. 2. Teoria das organizações. 3. Teoria dos meios de comunicação. 4. Plataformas. 5. Comunicação digital - Direito. I. Título. II. Rocha, Leonel Severo.

CDU 340.11

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “DIREITO, ORGANIZAÇÕES E MEIOS DE COMUNICAÇÃO: Entre a rede de nomes de domínios (ICANN) e as redes sociais (Facebook)”, elaborada pelo mestrando **Ariel Augusto Lira de Moura**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 17 de março de 2023.



Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Leonel Severo Rocha _____ *Participação por Webconferência*

Membro Externo: Dr. Germano André Doederlein Schwartz _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Guilherme de Azevedo _____ *Participação por Webconferência*

AGRADECIMENTOS À CAPES

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

A toda a minha família, encarnada e desencarnada,
de sangue ou de alma.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Olorum e aos divinos tronos, meu pai, minha mãe e minha família encarnada, por todo o amparo e sustentação que possibilitam os meios necessários ao meu crescimento material e espiritual. Meu desejo é que eu possa retribuir a eles e aos Outros àquilo que de melhor recebi.

Agradeço, também, ao meu orientador, Prof. Dr. Leonel Severo Rocha, pelos ensinamentos, a atenção e a confiança que me foi dada. É um privilégio estar ao seu lado Professor, obrigado.

Agradeço, a todo o Grupo de Pesquisa Teoria do Direito. As experiências dentro e fora da faculdade me transformaram não só enquanto pesquisador, mas enquanto pessoa. Que essa parceria apenas se fortaleça daqui pra frente.

Agradeço, também, a UNISINOS e a todos os funcionários, em especial as meninas da secretaria do PPGD, que fazem dela um dos ambientes mais incríveis de se estar.

Agradeço ao CNPq e ao financiamento sem o qual essa pesquisa não seria possível.

Agradeço às grandes amizades que fiz e que levarei para a vida. Aprecio cada conversa e momentos com todos.

“Não existe nada na Natureza que seja contrário a este amor intelectual, por outros termos, que o possa destruir”.¹

¹ SPINOZA, Benedictus. **Ética**. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. v. 5: Proposição XXXVII, p. 295. (Os pensadores).

RESUMO

A normatividade jurídica não está alheia às mudanças sociais ocasionadas pela introdução de novas formas de comunicação e a (re)organização das práticas sociais. A comunicação digital e as novas tecnologias se apresentam como a nova condição social a ser enfrentada pela teoria jurídica. Nesse sentido, questiona-se sobre a observação das transformações do direito diante dos pressupostos midiáticos e organizacionais da cultura das redes. Elege-se como objetivo central construir a observação do direito na interrelação entre a Teoria do Direito, a Teoria das Organizações e a Teoria dos Meios de Comunicação. Em específico, objetiva-se investigar as bases sistêmico-luhmannianas da observação da comunicação jurídica e (re)construir a interconexão entre Teoria da Organização, Teoria do Direito e Teoria dos Meios de Comunicação; analisar as mudanças teóricas operadas por Gunther Teubner a fim de observar a comunicação jurídica entre regimes, organizações e redes, assim como a tese da autoconstitucionalização dos meios de comunicação, principalmente em relação à Internet, utilizando-se do exemplo da governança da rede de nomes de domínios da ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*); apurar a proposta de Thomas Vesting sobre os meios de comunicação como *pre-adaptive advances* e seu potencial para observação da comunicação jurídica na cultura das redes; e, por fim, analisar a comunicação jurídica diante do fenômeno das plataformas e a comunicação digital, em síntese parcial com as teorias desenvolvidas. Neste ponto, utiliza-se o caso da (autorregulação da) moderação de conteúdo e o recente experimento da Meta de constituição de um Comitê de Supervisão para julgar casos acerca de suas próprias decisões e políticas. A fim de realizar esse empreendimento, faz-se a utilização da metodologia pragmático-sistêmica de Leonel Severo Rocha, aliada a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. A hipótese principal é a de que a interrelação entre Teoria do Direito, Teoria das Organizações e Teoria dos Meios de Comunicação aplicadas à observação das redes de nomes de domínios e às redes sociais é capaz de verificar as dimensões centrais de transformação da comunicação jurídica no âmbito digital.

Palavras-chave: Teoria do Direito; Teoria das Organizações; Teoria dos Meios de Comunicação; Plataformas; Comunicação Digital.

ABSTRACT

Legal normativity is not alien to the social changes brought about by introducing new forms of communication and the (re)organization of social practices. Digital communication and new technologies present themselves as the new social condition to be faced by legal theory. In this sense, it questions the observation of the changes of law in the face of the media and organizational assumptions of network culture. The central objective is to construct the analysis of law in the interplay between Law Theory, Organizational Theory, and Media Theory. Specifically, it aims to investigate the systemic-Luhmannian bases of the observation of legal communication and (re)construct the interconnection between Law, Organization, and Media Theories; analyze the theoretical changes operated by Gunther Teubner to observe the legal communication between regimes, organizations, and networks, as well as the thesis of the self-constitutionalization of the media, especially concerning the Internet, using the example of the governance of the ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers); Finally, we analyze legal communication in the face of the phenomenon of platforms and digital communication, in partial synthesis with the theories developed. At this point, the case of (self-regulation of) content moderation and Meta's recent experiment of constituting an Oversight Board to judge cases about its own decisions and policies is central. The methodology is the pragmatic-systemic of Leonel Severo Rocha, together with bibliographic and documentary research techniques. The primary hypothesis is that the interrelation between the theories of Law, Organization, and Media applied to the observation of domain name networks and social networks are apt to verify the central dimensions of the transformations of legal communication in the digital realm.

Key-words: Law Theory; Organizational Theory; Media Theory; Platforms; Digital Communication.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 NIKLAS LUHMANN E AS BASES SISTÊMICAS DA COMUNICAÇÃO JURÍDICA	14
2.1 Da diferenciação funcional à autopoiese da comunicação jurídica	14
2.2 Da teoria da comunicação à teoria dos meios de comunicação	27
2.3 A teoria das organizações e a tomada de decisão no sistema jurídico	42
3 GUNTHER TEUBNER E A COMUNICAÇÃO JURÍDICA ENTRE REGIMES, ORGANIZAÇÕES E REDES: OBSERVANDO A (CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA) GOVERNANÇA GLOBAL DA REDE DE NOMES DE DOMÍNIOS (ICANN).....	54
3.1 A teoria do direito reflexivo: entre o hiperciclo, a coevolução e a policontextualidade	55
3.2 Regimes de governança privada e equivalentes jurisdicionais na globalização: a comunicação jurídica entre regimes, organizações e redes	64
3.3 (Auto)constitucionalização, meios de comunicação e internet: observando a governança da rede global de nomes de domínios (ICANN).....	74
4 A COMUNICAÇÃO JURÍDICA NA CULTURA DAS REDES E AS PLATAFORMAS DIGITAIS: A MODERAÇÃO DE CONTEÚDO NO FACEBOOK/INSTAGRAM E O OVERSIGHT BOARD	92
4.1 Cultura, mídia e evolução: os meios de comunicação como “pré-adaptive advances” e a epistemologia das redes.....	92
4.2 Plataformas digitais para além de redes e organizações?	102
4.3 O caso da moderação de conteúdo no facebook e o <i>oversight board</i>: entre <i>cyber courts</i> e o(s) direito(s) (fundamentais) nas redes sociais.....	116
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	139
REFERÊNCIAS.....	145

1 INTRODUÇÃO

A comunicação digital, as novas tecnologias e a migração das atividades sociais para dentro da internet são temas centrais a serem enfrentados por todas as áreas do conhecimento, incluso aqui a teoria jurídica. A evolução dos meios de comunicação e as transformações sociais e humanas como consequência de seus novos usos estão presentes desde o início da filosofia da Grécia Antiga, quando a escrita causava encantamento em alguns, e aversão a outros. De qualquer forma, prever o que ocorre diante do ingresso de um novo meio de comunicação não é tarefa simples – alguns diriam que é impossível enquanto se está imerso no contexto.

No interior da cultura do computador, desde a primeira metade do século passado, destaca-se o que ficou conhecido como “cibernética de segunda ordem”, uma “disciplina” (ou “movimento”) que passou a estudar não os sistemas que observam, mas sim sistemas que se auto-observam e que possuem sua própria racionalidade. Em oposição a observação de primeira ordem da cibernética de Wiener, Foerster propõe a observação de segunda ordem, a observação da observação, a qual reconhece que em toda observação há um ponto cego. O ponto cego é aquilo que não se pode ver. Logo, a observação da observação traz a capacidade de revelar o ponto cego da observação de primeira ordem, ao mesmo tempo que gera outro ponto cego. Para Foerster a sociedade é uma construção de observadores, entre observadores e para observadores.

Essa metodologia extremamente radical foi reconstruída por Niklas Luhmann e transportada para observação da sociedade moderna. As suas construções teóricas e as intuições não deixam de gerar frutos, para a observação da sociedade atual, mas o seu falecimento, na década de 1990, não permitiu que ele vivesse as incontáveis mudanças que o século XXI trouxe. Incontáveis teóricos continuaram o seu trabalho, reconstruindo-o às suas próprias maneiras, algo extremamente pertinente e alinhado com seu método construtivista-operacional, o qual se mostra como um instrumento de construção de conhecimentos, mesmo diante do reconhecimento de que há mais pontos cegos em qualquer observação do que acertadas descrições sobre algo que se tenta nomear de realidade. Para Luhmann, os paradoxos insuperáveis não resultam em uma paralisia, mas um motivo para novas observações.

Em especial, ele foi um autor que recebeu os impulsos iniciais da cultura do computador e buscou articular novos instrumentais teóricos para observar toda a

complexidade do direito na sociedade mundial. Dessa forma, a ampliação do uso do computador e o desenvolvimento da internet e das novas tecnologias nas últimas décadas coloca a prova sua teoria (como ele mesmo reconhecia), o que também ocorre com o fenômeno da governança (e regulação) da internet em relação às formas tradicionais de organização do direito, do poder e do dinheiro – para ficar apenas com os principais meios observados nesta dissertação. Assim, esta pesquisa se justifica enquanto contributo para reflexão jurídica, em um primeiro momento, no interior da Teoria dos Sistemas e, em um segundo momento, para a própria Teoria do Direito hodierna. Ainda, a construção de novas observações para fenômenos recentes pode contribuir para as tomadas de decisão dos operadores do direito em meio as conformações da comunicação digital – ao menos indiretamente, enquanto comunicação científica.

Nesse sentido, o grande questionamento que orienta as reflexões desta dissertação é como observar as transformações do direito diante dos pressupostos midiáticos e organizacionais da cultura das redes. Dessa forma, elege-se como objetivo central construir a observação do direito na interrelação entre a Teoria do Direito, a Teoria das Organizações e a Teoria dos Meios de Comunicação a partir da Teoria dos Sistemas. O primeiro objetivo específico, tema do primeiro capítulo, é a investigação das bases sistêmico-luhmannianas da observação da comunicação jurídica, a partir da qual estrutura-se as bases para interconexão entre Teoria da Organização, Teoria do Direito e Teoria dos Meios de Comunicação.

O segundo objetivo específico, desenvolvido no capítulo segundo, é analisar as mudanças teóricas operadas por Gunther Teubner a fim de observar a comunicação jurídica entre regimes, organizações e redes, assim como a tese da autoconstitucionalização dos meios de comunicação, principalmente em relação à Internet, utilizando-se do exemplo da governança da rede de nomes de domínios da ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*). Em terceiro, apura-se a proposta de Thomas Vesting sobre os meios de comunicação como *pre-adaptive advances* e seu potencial para observação da comunicação jurídica na cultura das redes. E, por fim, analisa-se a comunicação jurídica diante do fenômeno das plataformas e a comunicação digital, em síntese parcial com as teorias desenvolvidas.

Neste ponto, utiliza-se o caso da (autorregulação da) moderação de conteúdo pois ela é uma atividade central para discussão sobre as configurações técnicas (e a utilização tecnológica), a atividade econômica das plataformas, e os debates sobre a

proteção dos direitos fundamentais online. A escolha da “Meta”, por sua vez, se justifica não só por reunir diversas dinâmicas e tecnologias de outras plataformas na atividade da moderação, e não só por ser a maior das redes sociais, mas pelo fato do recente experimento de um Comitê de Supervisão para julgar casos acerca de suas próprias decisões e políticas. Adicionalmente, pode-se afirmar que o Facebook é um “provedor de hospedagem” mais ativo que os provedores de acesso direto à internet (ISPs) e, ainda, a organização do conhecimento é mais ativa que as dos mecanismos de busca – uma diferença mais de “grau” do que de “espécie”, possibilitando futuras comparações teóricas e práticas. Ademais, pode-se denominar o Facebook, também, como um “intermediário” se se quiser aproximá-lo (e diferenciá-lo) também da mídia “tradicional” (*i.e.* da sociedade de organizações).

A fim de realizar esse empreendimento, faz-se a utilização da metodologia pragmático-sistêmica de Leonel Severo Rocha, aliada a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Essa metodologia mostra-se como um desenvolvimento epistemológico que pretende analisar os fenômenos sociais contemporâneos em toda sua complexidade. Nesse sentido, e com fins didáticos, Rocha reconstrói as principais matrizes de observação da teoria jurídica classificando-as de acordo com sua inserção na tradicional divisão da semiótica de Carnap: sintática, semântica e pragmática. Assim, ela se constitui como uma observação da teoria jurídica, centrada na dimensão pragmática da linguagem. Mas a incorporação da análise sistêmica em seu instrumental teórico permitirá que se observe não apenas o direito diante de seu uso linguístico, mas no contexto das organizações e dos meios de construção do sentido da comunicação jurídica em condições de incerteza. A transdisciplinaridade, como resultado, permite navegar dentre os diversos autores sistêmicos ou não, a fim de que se observe o direito por meio de uma teoria jurídica plural. A técnica de pesquisa documental, por sua vez, diz respeito, análise de diversos documentos de organizações (nacionais, internacionais e regionais, governamentais e não-governamentais, técnicas, políticas, jurídicas e econômicas) e legislações ao redor do globo.

Ao final, conclui-se que a reconstrução da interrelação entre as três dimensões teóricas (Direito, Organizações e Meios de Comunicação) a partir de Niklas Luhmann, Gunther Teubner e Thomas Vesting aplicados à observação da rede global de nomes de domínios (ICANN) e às redes sociais (Facebook) permite identificar as dimensões centrais da transformação do direito na sociedade digital, quais sejam, da teoria do

sistema jurídico em direção à reflexão jurídica experimental, da teoria das organizações à teoria das redes e plataformas digitais e da teoria dos meios de comunicação de massa à internet e a datificação da realidade digital.

2 NIKLAS LUHMANN E AS BASES SISTÊMICAS DA COMUNICAÇÃO JURÍDICA

Objetiva-se, neste subcapítulo, investigar, a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, o imbricamento entre Teoria do Direito, Teoria das Organizações e Teoria dos Meios de Comunicação. No primeiro item (2.1.1), explica-se as bases da teoria do direito como um sistema funcionalmente diferenciado que organiza a comunicação jurídica a partir de seus próprios elementos (autopoiese). Aqui, a diferenciação entre um Luhmann pré e pós virada autopoietica permite identificar as (des)continuidades teóricas após a recepção da tradição da cibernética (de segunda ordem).

No segundo item (2.1.2), aprofunda-se a Teoria da Comunicação e a Teoria dos Meios de Comunicação. Apresenta-se a tese da comunicação como uma síntese resultante de três seleções (informação/dar-a-conhecer/entendê-la) improváveis, partindo da desconstrução das teorias matemáticas da comunicação (Shannon e Weaver) e em oposição a teorias do consenso e da racionalidade. Na dimensão dos meios de comunicação, destaca-se não só a complementariedade entre os meios simbolicamente generalizados e de difusão, na teoria luhmanniana, mas como ambos são centrais para observação da significação da comunicação jurídica e da evolução sociojurídica.

E, no terceiro item (2.1.3), apresenta-se a Teoria das Organizações. Da tese das organizações como sistemas autopoieticos, que se diferenciam pela tomada de decisão (e sua comunicação para a sociedade), ressalta-se a importância das organizações para construções dos sentidos das comunicações, considerando-se o manejo dos meios simbólicos por este sistema social. Pode-se observar, ao final, a organização da tomada de decisão no sistema jurídico, sua vinculação estatal, e as transformações a partir do Estado de Bem-Estar Social e a globalização, questões-chave para o desenvolvimento do pensamento de Gunther Teubner no Capítulo 3.

2.1 Da diferenciação funcional à autopoiese da comunicação jurídica

A complexidade e a magnitude da obra de Niklas Luhmann não permitem que se esgote todas as minúcias de seu pensamento. Além do modo característico do discurso acadêmico alemão no qual estava imbricado, e o objetivo de construção de uma “superteoria”, na linha de Kant e Hegel (ou Marx e Weber na teoria social), a sua

escrita,² assim como sua teoria, é não-linear, circular.³ Diante disso, o presente tópico introduz a teoria luhmanniana do Direito da Sociedade⁴ junto à evolução dos seus pressupostos epistemológicos.⁵

A diferenciação entre uma fase pré e pós autopoiética, que vai dos contatos com o funcionalismo do americano Talcott Parsons⁶ à recepção da teoria da autopoiese de Maturana e Varela,⁷ da cibernética de segunda ordem de Foerster⁸ e da Teoria das Formas (Distinções) de Spencer Brown,⁹ elucidará alguns preceitos fundamentais da observação, por meio da sociologia jurídica luhmanniana, da comunicação jurídica.

Luhmann descreve a modernidade a partir do processo de diferenciação funcional da sociedade mundial.¹⁰ Explica-se que a Teoria da Diferenciação Funcional, além de ser a constante central “mais aparente” em seu pensamento,¹¹ pode ser concebida como “[...] o núcleo da tradição teórica da sociologia clássica”.¹² (tradução nossa). Nesse sentido, seguindo a classificação de Martuccelli, Luhmann pertence a matriz sociológica da diferenciação social que, inaugurada por Durkheim, compreende autores como Parsons e Bordieu.¹³ Émile Durkheim, a exemplo, observava a sociedade moderna como a passagem da diferenciação segmentária (*i.e.* territorial), na qual imperava a solidariedade mecânica, para a diferenciação funcional, cuja

² A própria organização de suas ideias por meio da técnica das caixas de notas/fichas (*Zettelkasten*) explica e é explicada pela sua forma de raciocínio. NIKLAS LUHMANN-ARCHIV. **Der Zettelkasten Niklas Luhmanns**. Disponível em: <https://niklas-luhmann-archiv.de/nachlass/zettelkasten>. Acesso em: 1 abr. 2022.

³ MOELLER, Hans Georg. **The radical Luhmann**. Chichester: Columbia University Press, 2012.

⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

⁵ GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann: etapas de uma evolução teórica. *In*: SANTOS, José Manuel. **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Editora Universidade da Beira Interior, 2005. p. 185-252.

⁶ PARSONS, Talcott. **The structure of social action: a study in social theory with reference to a group of recent European writers**. New York: The Free Press; London: Collier-MacMillan, 1966.

⁷ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas y seres vivos: autopoiesis: la organización de lo vivo**. 6. ed. Buenos Aires: Lumen, 2003.

⁸ FOERSTER, Heinz von. **Observing Systems**. 2. ed. Seaside: Intersystems Publications, 1984.

⁹ SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. New York: Julian Press, 1972.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006.

¹¹ GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann: etapas de uma evolução teórica. *In*: SANTOS, José Manuel. **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Editora Universidade da Beira Interior, 2005. p. 230.

¹² “[...] the core of the theoretical tradition of classical sociology”. STICHWEH, Rudolf. The Present State of Sociological Systems Theory. *In*: SANTOS, José Manuel. **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Editora Universidade da Beira Interior, 2005. p. 355.

¹³ MARTUCELLI, Danilo. **Sociologías de la modernidad: Itinerario del siglo XX**. Santiago: LOM ediciones, 2013.

integração social não era mais explicada pelas relações de proximidade e crenças comuns, mas sim por uma solidariedade orgânica.¹⁴

Nesse processo, impulsionado pela divisão do trabalho, e com a pretensão de explicar um fenômeno social por outro, o direito recebeu um lugar privilegiado na sua obra e a individualidade passou a ser analisada como consequência da forma de diferenciação moderna (e não o contrário). À solidariedade mecânica e orgânica corresponde-se um tipo de direito, qual seja, respectivamente, um direito repressivo e um direito cooperativo ou restitutivo.¹⁵ Há, ainda, a matriz da racionalização (Max Weber, Norbert Elias, Horkheimer, Adorno, Marcuse, Foucault e Habermas) e a matriz da condição humana (George Simmel, Goffman, Touraine e Giddens), cujo diálogo com a Teoria dos Sistemas será melhor explicitado quando da discussão sobre a Teoria da Comunicação (2.1.2) e a Teoria das Organizações (2.1.3).

Contudo, a questão inicial, para Luhmann, é que faltava à sociologia clássica tornar explícito e lidar com a constante pré-sociológica e pré-psicológica das transformações sociais, qual seja, o aumento da complexidade social. No centro de sua sociologia está o objetivo de formulação de uma definição da sociedade que enfrente essa problemática não de formas parciais e causais. Para o Direito, isso significa ressaltar uma análise antes relegada aos (e reduzida pelos) juristas, qual seja, a positividade do direito e sua relação intrínseca com a sociedade moderna.¹⁶ A sociologia apresentava-se como eminente crítica do iluminismo por investigar a sociedade pelos seus problemas, mas seria necessária uma transição das teorias dos fatos sociais para teorias sistêmicas. Em suas palavras, Weber ainda se prendia ao “[...] sentido subjetivamente expresso da ação como único fato dado [...] [e] Durkheim oculta[va] a contingência social por meio da sua tese da coisalidade objetiva das realidades sociais”.¹⁷

O “iluminismo sociológico” de Luhmann – nome que deu à lição inaugural que proferiu no início da sua carreira professoral em Münster (1967)¹⁸ – buscava, em especial, lidar com as próprias dificuldades metodológicas da sociologia em observar

¹⁴ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹⁵ ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

¹⁷ LUHMANN, Niklas. Iluminismo sociológico. *In*: SANTOS, José Manuel. **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Editora Universidade da Beira Interior, 2005. p. 25.

¹⁸ GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann: etapas de uma evolução teórica. *In*: SANTOS, José Manuel. **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Editora Universidade da Beira Interior, 2005. p. 185-252.

seu objeto (sociedade) – principalmente após as críticas do positivismo lógico ao método funcionalista clássico.¹⁹ O sociólogo norte-americano Talcott Parsons serviu-lhe de base e inspiração nessa fase pré-autopoiética de seu pensamento.²⁰ Parsons, na construção de sua “superteoria”, uniu as teorias clássicas (Durkheim, Weber e Pareto)²¹ em uma Teoria Geral do Sistema de Ação²² a partir do instrumental teórico da Teoria Geral dos Sistemas do biólogo Ludwig von Bertalanffy,²³ este que buscava superar o modelo de ciência baseada na física clássica (concepção mecanicista de mundo) e o seu modelo de sistema fechado, a fim de integrar as várias ciências, naturais e sociais, por meio da noção de sistemas abertos.²⁴

Para diferenciar seu projeto da teoria de Parsons, Luhmann nomeia seu método de análise de funcional-estruturalismo, enquanto o de Parsons seria o estrutural-funcionalismo. Explica-se que a teoria sistêmica estruturalmente funcional “[...] pressupõe sistemas sociais com determinadas estruturas e logo inquire pelos efeitos funcionais que devem ser produzidos para que os sistemas subsistam [...]”.²⁵ (tradução nossa). Contrariamente, Luhmann não entende que as estruturas sociais são determinadas e determinantes em um processo de socialização cujo ponto de equilíbrio dos sistemas é pré-definido, mas sim que as estruturas se modificam a cada momento para que a função, sim, mantenha-se operante mesmo com a modificação social.²⁶ É que a estrutura, para ele, significa um

[...] projeto de sentido no incerto, efeito seletivo e não apenas diretiva [...] [ela] extrai seu sentido porque exclui a vasta incerteza do universo e define um volume de possibilidades mais limitado, adaptado ao

¹⁹ ZOLO, Danilo. Function, meaning, complexity: the epistemological premisses of Niklas Luhmann's 'Sociological Enlightenment'. **Philosophy of the Social Sciences**, v. 16, n. 1, Mar. 1986. p. 115-127. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/004839318601600109>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²⁰ SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistema luhmanniano. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 45-76.

²¹ PARSONS, Talcott. **The structure of social action: a study in social theory with special reference to a group of recent European writers**. 2. ed. New York: The Free Press, 1966.

²² PARSONS, Talcott. **The Social System**. 2. ed. London: Routledge, 2005.

²³ BERTALANFFY, Ludwig von. **Teorial geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimentos e aplicações**. Petrópolis: Vozes, 2010.

²⁴ LUHMANN, Niklas. **Introduction to systems theory**. Cambridge; Malden: Polity Press, 2013.

²⁵ “[...] [p]ressupone sistemas sociales con determinadas estructuras y luego inquire por los efectos funcionales que deben ser producidos para que los sistemas subsistan [...]”. LUHMANN, Niklas. **Ilustración sociológica y otros ensayos**. Buenos Aires: SUR, 1973. p. 140.

²⁶ ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

horizonte temporal e à capacidade de consciência do homem.²⁷ (tradução nossa).

Luhmann não concorda com a decomposição analítica (relação todo/partes) do sistema de ação e a afirmação de que os subsistemas surgem ao realizarem-se as 4 funções básicas descritas por Parsons (AGIL - *adaptation, goal attainment, integration, latent pattern maintenance*).²⁸ Na teoria luhmanniana, todos os sistemas possuem a função geral de redução da complexidade social total (ambiente), por meio de sua reconstrução interna no sistema, que é orientada pela sua função específica (e única). Dessa forma, a radicalização do funcionalismo por Luhmann transforma a complexidade como problema e sua redução como a solução, de modo a criar um esquema comparativo entre a complexidade e a construção do sentido, ou entre problemas e equivalentes funcionais de solução.²⁹

A variação estrutural do direito moderno, em direção ao direito positivo, nessa perspectiva, é condição e efeito da especialização de sua função. Após a “[...] dissolução dos marcos de referência da certeza”,³⁰ a forma de sociedade moderna tem que lidar com a indeterminabilidade inerente à tomada de decisões sempre diferentes, já que “[...] não se pode mais pensar em critérios de verdade necessária ou impossível; mas somente possível”.³¹ Assim, a positividade do Direito significa que “[...] o direito não é só estatuído [...] através de decisões, mas também vige por força de decisões (sendo então contingente e modificável)”.³² A decisão é, nessa perspectiva, a seleção de uma estrutura de sentido em meio a multiplicidade de possibilidades que se apresentam (“complexidade”). O direito deve lidar, dessa forma,

²⁷ “La estructura es proyecto de sentido en lo incerto, efecto seletivo y no sólo directiva [...] Extrae su sentido debido a que excluye la vasta incertidumbre del universo y define un volumen de posibilidades más estrecho, adaptado al horizonte temporal y a la capacidad de conciencia del hombre”. LUHMANN, Niklas. **Ilustración sociológica y otros ensayos**. Buenos Aires: SUR, 1973. p. 157.

²⁸ LUHMANN, Niklas. ¿Por qué AGIL? **Sociológica**: revista del departamento de sociología, Ciudad del México, v. 5, n. 12, jan./abr. 1990. Disponível em: <https://bit.ly/3ltmIED>. Acesso em: 1 maio. 2022.

²⁹ MANSILLA, Darío Rodríguez. Introducción. In: LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos; Ciudad del México: Universidad Iberoamericana; Santiago del Chile: Instituto de Sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996. p. VII-XXIV.

³⁰ LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 34.

³¹ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13.

³² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 10.

com a dupla contingência do mundo social, quer dizer, “[...] ao fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes [...]”.³³

Isso porque o indivíduo não apenas se orienta pelas expectativas em relação a conduta dos outros, mas sim pelas expectativas que os outros possuem em relação a sua própria conduta. Por isso, o direito é forçado a selecionar expectativas mais aptas a serem generalizadas e buscar a minimização da frustração das expectativas sociais, que Luhmann denomina de cognitivas (orientadas ao aprendizado, de fácil modificação). O dever-ser jurídico, então, é traduzido em termos de expectativas normativas, pois elas possuem a características de serem contrafáticas, de se manterem estruturadas mesmo que o comportamento esperado não é o mesmo que aquele que efetivamente se realizou.³⁴

A função do direito, nessa lógica, é a generalização congruente de expectativas normativas nas dimensões temporal, social e prática. No sentido temporal, a normatização estabiliza a frustração de expectativas frente a complexidade social crescente. O direito deve manter, nesse sentido, a experiência da validade³⁵ de normas jurídicas sempre modificáveis (“variabilidade estrutural”). Isso se conecta não só ao fato da construção da legitimação pelos procedimentos (legislativo e judicial) e a aparente aceitação das decisões dos que participam e assistem,³⁶ como também a “[...] estreita relação entre o direito positivo e a possibilidade do uso da força para a sua execução”.³⁷

Na dimensão social, as expectativas são institucionalizadas, apoiadas sobre construções fictícias sobre o consenso de terceiros, o que se conecta, a exemplo, a institucionalização da forma de modificação do direito pelo direito, a “reflexividade” forçada do direito funcionalmente diferenciado.³⁸ Na dimensão prática, as estruturas de expectativas fixam-se “[...] externamente através de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas [...]”.³⁹ A diferenciação dos

³³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 46.

³⁴ ROCHA, Leonel Severo. Teoria dos sistemas sociais autopoieticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. *In*: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. 2 ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2013. p. 329-356.

³⁵ A observação sobre a validade jurídica será aprofundada quando da sua definição como um meio de comunicação simbolicamente generalizado (2.1.2).

³⁶ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980

³⁷ GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann: etapas de uma evolução teórica. *In*: SANTOS, José Manuel. **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Editora Universidade da Beira Interior, 2005. p. 211.

³⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

³⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 110.

diversos planos da abstração, nesse sentido, ajudam a observar o processo de questionamento e/ou modificação dessas estruturas.

O conjunto de expectativas pode ser abstraído referindo-se a expectativa a: pessoas, papéis, programas e valores. Na sociedade funcionalmente diferenciada, os papéis e os programas são os mais capazes de realizar essa função, já que eles se apresentam como níveis de abstração intermediários que “[...] sustentam a multiplicidade e a mudança enquanto os valores tornam-se ideologia e as pessoas tornam-se indivíduos”.⁴⁰ (tradução nossa).

Assim, a programação condicional do direito (se/então), a diferenciação entre atividade legislativa e judicial e a reflexividade do direito são alguns dos mecanismos jurídicos modernos que garantem a sua mutabilidade ao mesmo tempo que asseguram essas expectativas. A partir da virada autopoietica de sua teoria, Luhmann mudará seu enfoque. Ele vai deixar de assumir uma posição normativa quanto ao reforço da positividade.

As teorias do direito serão, para ele, agora, um produto das auto-observações do sistema jurídico, mas que não conseguem refletir sobre a unidade, função e sentido do direito. Ou por estarem demasiadamente voltadas à prática ou ao ensino jurídico, ou por ainda se prenderem à uma construção hierárquica do direito como pressuposto para a unidade de suas operações. Ele passa a buscar entender, de um modo mais “cético”, as dinâmicas evolutivas do direito e seus mecanismos. Ademais, a preocupação com a experiência e a ação, mais próximas a definição do direito como uma estrutura, dará lugar ao direito como um sistema de comunicação e a diferenciação estrita entre sistemas psíquicos/sociais, e entre sistema científico (sociologia)/sistema do direito (teoria do direito).⁴¹

Deve-se ressaltar que a diferenciação funcional não é apenas uma teoria geral da formação dos sistemas, servindo à análise de diferentes tipos de sociedade, como também já permitia as primeiras tentativas de integração teórica da Teoria dos Sistemas com a Teoria da Evolução.⁴² A partir da recepção da Teoria da Autopoiese

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. The Functional Differentiation of Society. **The Canadian Journal of Sociology**, v. 2, n. 1, Jan./Mar. 1977. p. 29-53. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3340510>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴¹ GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann: etapas de uma evolução teórica. In: SANTOS, José Manuel. **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Editora Universidade da Beira Interior, 2005.

⁴² LUHMANN, Niklas. The Functional Differentiation of Society. **The Canadian Journal of Sociology**, v. 2, n. 1, Jan./Mar. 1977. p. 29-53. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3340510>. Acesso em: 1 fev. 2023.

de Maturana e Varela,⁴³ há uma “mudança de paradigma”⁴⁴ na metodologia luhmanniana, radicalizando a teoria sistêmica sob as influências do método construtivista da cibernética. Ele encontra na abstração e transdisciplinaridade da cibernética o material necessário para lidar com aquela complexidade sempre crescente do mundo. Destaca-se que a cibernética, ou a teoria da “comunicação e controle, no animal ou na máquina” (Wiener),⁴⁵ está em estrita relação com a Teoria Geral dos Sistemas de Bertalanffy, sendo classificada ou como sua subdisciplina ou, até mesmo, como uma disciplina sinônima.⁴⁶

Nesse novo campo de estudo, a pretensão de unificação da ciência intentada pelo empirismo lógico (neopositivismo) do chamado Círculo de Viena no início do século XX é recuperada. Entretanto, com uma roupagem totalmente diferente. Diferente, pois, a unificação não se pautara pela objetividade da descrição assegurada pela não consideração do observador, mas sim pelo desenvolvimento de um método construtivista que abandona qualquer pretensão de objetividade.⁴⁷ Explica Luhmann que [...] [o] construtivismo sustenta nada mais que a inacessibilidade do mundo externo ‘nele mesmo’ e o caráter fechado do conhecimento”.⁴⁸ (tradução nossa).

A influência direta para formulação do construtivismo operativo de Luhmann se encontra no desenvolvimento da cibernética de segunda ordem de Heinz von Foerster. Este pensador foi um dos grandes nomes da cibernética, junto com outros como Norbert Wiener, Warren McCulloch e John von Neumann. Em oposição a cibernética de primeira ordem, que estuda os diversos sistemas observados (*observed systems*), a cibernética de Foerster é aquela de sistemas que observam (*observing*

⁴³ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas y seres vivos: autopoiesis: la organización de lo vivo**. 6. ed. Buenos Aires: Lumen, 2003.

⁴⁴ A “mudança de paradigma” é anunciada como título da introdução do livro “Sistemas Sociais”, lançado em 1984, que marca a grande virada no pensamento de Luhmann. LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general**. Barcelona: Anthropos; Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

⁴⁵ O nome provém da tradução latina do termo “kybernetiké” (Κυβερνητική) e significa timoneiro ou piloto. WIENER, Norbert. **Cybernetics: or control and communication in the animal and the machine**. 2. ed. Massachusetts: MIT Press, 1985.

⁴⁶ SCOTT, Bernard. Second-order cybernetics: an historical introduction. **Kybernetics**, [S.l.], v. 33, n. 9/10, out. 2004, p. 1365. Disponível em: <https://bit.ly/3dDKzZT>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁷ GLASERSFELD, Ernst von. Despedida de la objetividad. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter (orgs.). **El ojo del observador: contribuciones al constructivismo**. Barcelona: Gedisa, 1994. p. 19-31.

⁴⁸ “[...] [the] constructivism maintains nothing more than the unapproachability of the external world ‘in itself’ and the closure of knowing” [...]. LUHMANN, Niklas. The cognitive program of constructivism and a reality that remains unknown. In: KROHN, Wolfgang; KÜPPERS Günter; NOWOTNY, Helga (ed.). **Selforganization: portrait of scientific revolution**, [S.l.]: Springer, 1990, p. 65. Disponível em: <https://bit.ly/2HINrOJ>. Acesso em: 1 fev. 2023.

systems), sistemas que afirmam a sua própria autonomia em relação a outros, constroem seus próprios valores (*Eigenvalues*), e observam a sua própria observação (observação de 2ª ordem).⁴⁹

Outro pensador que é essencial tanto para construção teórica de Foerster quanto de Luhmann é o matemático George Spencer-Brown, cuja teoria da distinção (forma), representada pelo sinal “¬”, vê a diferença como uma conexão, de forma que definir algo como “x” é diferenciá-lo do “não-x”. Nesse sentido, a unidade de “x” é uma multiplicidade, é a unidade da diferença “x/não-x”. Assim, seus postulados são: “desenhe uma distinção” (*Drawn a distinction*) e “indique” (*indicate*) o lado da forma por meio do qual se observa e se descreve.⁵⁰

Ainda, o procedimento lógico deve integrar o observador que faz a distinção, de modo que a forma inclua a própria forma, pois a operação de indicar um lado (observação) pressupõe a própria distinção, que só pode ser observada em uma segunda ordem por meio de outra distinção, como ensina Baecker,⁵¹ e já que, nas palavras de Foerster, “[...] nós não vemos aquilo que nós não vemos [...]”.⁵² (tradução nossa). Dessa forma, a sociologia deve considerar que toda descrição feita sobre a sociedade é autorreferencial, ou seja, ela implica a própria descrição feita. A sociologia não apenas estuda os fatos sociais, mas as suas próprias descrições são um fato social. Por isso Luhmann, inspirado em Gaston Bachelard,⁵³ pretende superar os diversos “obstáculos epistemológicos” da definição de sociedade. Em uma concepção lógico-linguística, se diz que descrição possui um componente autológico. Ou, na linguagem da teoria “pós-ontológica” de Luhmann,⁵⁴ a distinção (forma) e os paradoxos da auto-observação estão no “início” de cada descrição.⁵⁵

⁴⁹ FOERSTER, Heinz von. **Observing Systems**. 2. ed. Seaside: Intersystems Publications, 1984.

⁵⁰ SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. New York: Julian Press, 1972.

⁵¹ BAECKER, Dirk. Working the form: George Spencer-Brown and the Mark of Distinction. **Mousse Magazine**, jun. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2HedWWP>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵² “[...] we do not see that we do not see [...]”. FOERSTER, Heinz von. *Cybernetics of cybernetics*. In: KRIPPENDORFF, Klaus. **Communication and control in society**. New York: Gordon and Breach, 1979. p. 6. Disponível em: <https://cepa.info/fulltexts/1707.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵³ BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 18.

⁵⁴ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

⁵⁵ ROCHA, Leonel Severo. Observação luhmanniana. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. [e-book]. n. 15. São Leopoldo: Karywa; UNISINOS, 2019. p. 200-232. Disponível em: <https://bit.ly/3o8kAP9>. Acesso em: 1 fev. 2023.

Nessa sequência, têm-se que Luhmann considera o corpo e a *psyche* dos seres humanos como ambiente da sociedade, já que se se considerasse o homem como elemento último da sociedade, a teoria da diferenciação acabaria por classificar os seres humanos. Na separação entre os tipos de sistemas (orgânicos, psíquicos, sociais) a sociedade é definida como um sistema de comunicação. Sociedade é comunicação. E, tanto sociedade como indivíduo são sistemas duplamente fechados (operativa e estruturalmente) e construídos por meio da (auto)observação de segunda ordem. O que significa que suas operações não se relacionam diretamente com seu ambiente. O sistema se auto-organiza, diferenciando-se de seu ambiente, no sentido de que estruturas particulares são produzidas por suas próprias operações. Assim, o sistema não é apenas autônomo, é autopoietico, pois ele se autorreproduz em suas próprias operações, quer dizer, acoplando operações próprias (“acoplamento operacional”).⁵⁶

Os sistemas mantem um estado de indeterminação autoproduzida na qual o estado presente é formado por e é a base de novas operações. O sistema autopoietico é um sistema histórico, uma máquina não-trivial (Foerster), cujas respostas são recursivamente integradas, alterando o estado dos sistemas e, portanto, modificando as respostas dadas anteriormente para um mesmo problema.⁵⁷

Esclarece-se que a aplicação da Teoria da Autopoiese de Maturana e Varela⁵⁸ por Luhmann intenta trazer luz a organização dos sistemas cujas operações usam-se de estruturas que são sempre modificadas, como já se afirmava mediante as conformações do método funcional-estruturalista. Dessa forma, ele ressalta, agora, a relação circular entre operação e estrutura, entre a operação que pressupõe a estrutura e que a modifica a cada nova utilização. A única coisa que se mantém no sistema, então, é a própria mudança, ou seja, a organização autopoietica.⁵⁹ Se na biologia a autopoiese era o termo que respondia à pergunta sobre qual é “[...] a característica invariante dos sistemas vivos em torno da qual se opera a seleção natural [...]” – com a resposta de que ela é a condição necessária e suficiente da

⁵⁶ LUHMANN, Niklas. **Introduction to systems theory**. Cambridge; Malden: Polity Press, 2013.

⁵⁷ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006.

⁵⁸ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas y seres vivos: autopoiesis: la organización de lo vivo**. 6. ed. Buenos Aires: Lumen, 2003.

⁵⁹ ROCHA, Leonel Severo. Direito e autopoiese. *In*: STRECK, Lenio Luís; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS**. n.13. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2017. p. 123-136.

própria vida.⁶⁰ (tradução nossa). Em Luhmann, ela torna-se o esquema vital e invariante para explicação tanto dos sistemas psíquicos como sociais, enquanto sistemas de sentido que são.⁶¹

Destaca-se que a autopoiese é entendida, também, como a operacionalização constante da distinção sistema/ambiente. Nesse sentido, para que o sistema possa se diferenciar de seu ambiente, ele possui o que Luhmann chama de abertura cognitiva. O sistema abre-se cognitivamente para perceber as irritações que recebe do ambiente, e fecha-se operativamente para manter sua “unidade”.⁶²

Isso torna o sistema dependente do ambiente, pois eles são os dois lados da mesma forma. Contudo, o sistema apenas vê a sua construção do ambiente, apenas quando reconstrói o ambiente enquanto heterorreferência, quer dizer, quando re-entra (*re-entry*) a distinção sistema/ambiente no sistema a partir de uma nova observação (autorreferência/autorreferência). Sobre essa relação paradoxal, Luhmann afirma que “[...] a abertura só se faz possível com base no fechamento”.⁶³ Na relação entre sistema e ambiente encontra-se, então, um comunicar que ao mesmo tempo não é comunicação, como será aprofundado no próximo tópico (2.1.2).

A autopoiese faz um par conceitual com os acoplamentos estruturais, assim como aqueles de integração e diferenciação da sociologia clássica, agora em uma perspectiva paradoxal.⁶⁴ A autopoiese integra as comunicações do sistema, mas sempre como uma aplicação da distinção sistema/ambiente. O acoplamento estrutural, por sua vez, direciona regiões específicas para a relação sistema/ambiente, porém sem nunca a ultrapassar. Nessa perspectiva, os acoplamentos estruturais entre os sistemas são estruturas que conectam os sistemas, as quais direcionam e condensam as irritações entre eles, de forma a facilitar a identificação dessas prestações. Eles são verdadeiras aquisições evolutivas modernas que regulam a relação entre os sistemas e diminuem (pré-condicionam) a indeterminação de suas irritações recíprocas.

⁶⁰ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **Autopoiesis and cognition**: the realization of the living. Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1980. p. XIII.

⁶¹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

⁶² ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. *In*: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 11-44.

⁶³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 102.

⁶⁴ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006.

Explica Luhmann que, ao contrário de Kelsen, por exemplo, a unidade do direito não é premissa operativa, ela é apenas o objeto de uma observação ou descrição, ou seja, o direito não necessita se organizar hierarquicamente para se identificar. Pelo contrário, o que Luhmann ressalta, com a descrição da rede recursiva das comunicações jurídicas, é justamente sua organização heterárquica. A constituição, ou, epistemologicamente, a norma fundamental, que ficava no ápice do sistema jurídico, é substituída, por Luhmann, pela (auto)referência das operações do sistema a um código próprio (direito/não-direito), ou, epistemologicamente, ao paradoxo fundamental.⁶⁵ Já a constituição figura como o acoplamento estrutural, a maior aquisição evolutiva moderna,⁶⁶ que regula a adaptação e transformação recíproca entre (nas periferias d)os sistemas jurídico e o político:

O acoplamento estrutural entre direito e política se regula pela Constituição. Por um lado, a Constituição (se é que funciona!) vincula o sistema político com o direito, com a consequência de que ações contrárias à lei comportem o fracasso político; e – por outro – a Constituição faz possível que o sistema jurídico seja preenchido de inovações mediante uma legislação politicamente induzida – o que, por sua vez, se atribui como êxito ou fracasso à política. Desse modo, a transformação de direito em direito positivo (*Positivierung des Rechts*) e a democratização da política estão estritamente relacionados.⁶⁷ (tradução nossa). (grifo do autor).

Para finalizar a problemática da comunicação jurídica em um sistema funcionalmente diferenciado, enquanto construção da observação por meio da sociologia jurídica luhmanniana, deve-se explicitar o que Luhmann entende quando fala de evolução. Seguindo a diferenciação de Teubner entre teorias evolucionistas e evolutivas, se diz que enquanto aquelas atribuem uma direção à evolução social, e trazem inúmeros problemas sobre a forma de prescrições normativas, estas centram-se nos mecanismos de desenvolvimento, abandonando qualquer tipo de teleologia.⁶⁸

⁶⁵ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

⁶⁶ LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. **Rechtshistorisches Journal**, [S.l.], v. 9, 1990, p. 176-220. Disponível em: <https://bit.ly/2T2aBQ9>. Acesso em: 1 nov. 2023.

⁶⁷ “El acoplamiento entre derecho y política se regula por la Constitución. Por un lado, la Constitución (¡si es que funciona!) vincula al sistema político con el derecho, con la consecuencia de que acciones contrarias a la ley comportan el fracaso político; y —por otro— la Constitución hace posible que el sistema jurídico se llene de innovaciones mediante una legislación politicamente inducida—lo cual a su vez se atribuye como éxito o fracaso a la política. De este modo, la transformación del derecho en derecho positivo (*Positivierung des Rechts*) y la democratización de la política están estrechamente relacionados”. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 620.

⁶⁸ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Coloustre Gulbenkian, 1989.

Luhmann usa-se do esquema variação/seleção/(re)estabilização de Darwin, reestruturando-a por meio da teoria dos sistemas, a fim de explicar as modificações das estruturas no tempo e a capacidade de adaptação do sistema. Dessa forma, a aplicação da distinção variação/seleção em conjunto com a distinção sistema/ambiente explicará o desenvolvimento autônomo dos sistemas para além de relações causais ou de processos intentados a um objetivo que não a manutenção da própria organização autopoietica.

Em Darwin a variação das condições do ambiente faz com que as seleções das estruturas mais adaptadas sejam determinadas pelo ambiente.⁶⁹ Porém, o esquema da evolução na teoria luhmanniana inscreve-se no modelo da própria autopoiese. Destaca-se que por modelo quer se dizer uma tentativa de construção teórica que tenta representar a dinâmica de um processo que não pode ser investigado ou reproduzido diretamente.⁷⁰ Assim, a evolução do sistema jurídico será autorregulada e não pode ter uma correlação (direta) com a evolução social, da mesma forma que a evolução humana não se conecta diretamente com a evolução social.

Portanto, se seria possível se pensar as influências das formas de diferenciação da sociedade para com o direito, isso só poderia ser intentado em suas formas pré-modernas, e não após a diferenciação funcional e o fechamento operativo dos sistemas. No momento atual, “[...] a sociedade já não é capaz de regular as relações entre os sistemas parciais e [...] deve confiá-las a evolução, é dizer, à história [...]”.⁷¹ (tradução nossa). A concepção sobre a história é um processo descontínuo fragmentado nos sistemas, e não um processo histórico universal da humanidade.⁷²

Acerca do sistema jurídico, Luhmann expressamente assevera que a comprovação da compatibilidade da aplicação da teoria da evolução a teoria dos sistemas passa pela constatação de que a evolução do sistema jurídico é independente da evolução do sistema social. Nesse sentido, a *variação* corresponde a mudança de um elemento autopoietico em relação aos padrões vigentes de reprodução, a partir do qual o sistema deve selecionar estruturas de resposta que

⁶⁹ DARWIN, Charles. **A origem das espécies**. Porto: Lello & Irmão Editores, 2003. [e-book].

Disponível em: <http://ecologia.ib.usp.br/ffa/arquivos/abril/darwin1.pdf>. Acesso em: 1 maio. 2022.

⁷⁰ GLASERSFELD, Ernst von. Despedida de la objetividade. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter (org.). **El ojo del observador**: contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa, 1994. p. 19-31.

⁷¹ “[...] la sociedad ya no es capaz de regular las relaciones entre los sistemas parciales y [...] debe confiarlas a la evolución, vale decir, a la historia [...]”. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 491.

⁷² LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006.

possam servir como condição à outras reproduções e, assim, estabilizarem-se mantendo o sistema dinamicamente estável.⁷³

Com relação a realização da função do direito, nesse sentido, têm-se que através da normatização o direito pode variar suas estruturas enquanto direito positivo diante de expectativas inesperadas. Na dimensão social, por sua vez, realiza-se a institucionalização, na qual, principalmente pelos seus processos, sucede a seleção das estruturas mais adequadas a generalização. E, por fim, a (re)estabilização dessas estruturas de sentido encontra na dogmática jurídica seu espaço de condensação para reutilizações futuras, ou seja, suas vantagens práticas.⁷⁴

A autopoiese do sistema jurídico, como problema central da sociologia jurídica luhmanniana é, nada mais nada menos do que o conceito apropriado para lidar com a complexidade dos elementos (isto é, comunicações) e de suas relações (isto é, conexões em rede), já que “[...] complexidade significa que tanto a causalidade, focando em poucos, mas heterogêneos fatores, e a estatística, focando em muitos, mas homogêneos elementos, falham em explicar os fenômenos complexos”.⁷⁵ Deste modo, a partir próximo subcapítulo, a observação da complexidade dos fenômenos sociais é aprofundada a partir da dimensão das Teorias da Comunicação e dos Meios de Comunicação, já que a autopoiese do direito é a autopoiese da comunicação jurídica e sua conexão em rede se realiza no *medium* da validade (jurídica).

2.2 Da teoria da comunicação à teoria dos meios de comunicação

A evolução dos pressupostos epistemológicos da sociologia jurídica luhmanniana serviu para destacar a comunicação jurídica e a construção e organização de seu sentido no sistema jurídico como temas centrais para a observação da Teoria do Direito – além, é claro, de explanar alguns conceitos fundamentais para o desenvolvimento desta dissertação. Nesse momento, importa apresentar a tese da improbabilidade da comunicação, central à Teoria da

⁷³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 323.

⁷⁴ LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

⁷⁵ “[...] complexity means that both causality, focusing on very few but heterogeneous factors, and statistics, focusing on many but homogeneous elements, fail to explain [...] complex phenomena”. BAECKER, Dirk. Systemic theories of communication. In: Copley, Paul; Schulz, Peter (ed.). **Handbook of communication sciences: theories and models of communication**. v. 1. Berlin: De Gruyter Mouton, 2013. p. 95. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1865641. Acesso em: 1 fev. 2023.

Comunicação de Luhmann, e caminhar em direção à sua Teoria dos Meios de Comunicação.

Da investigação sobre os meios de comunicação e seu papel na sociedade moderna, pode-se observar os pressupostos midiáticos das formas de organização jurídica e a construção do sentido das comunicações. Ainda, com a tese da validade como um meio de comunicação simbolicamente generalizado, aprofunda-se a questão sobre a organização em rede do sistema jurídico, conectando-se às problemáticas envoltas as organizações, no próximo tópico (2.1.3).

De início, ressalta-se que o processo de evolução sociocultural se dirige, justamente, em aumentar as possibilidades do êxito da comunicação, processo no qual se estabelecem e se alteram as estruturas sociais.⁷⁶ Os meios de comunicação simbolicamente generalizados são observados, nesse sentido, como aquisições evolutivas modernas de resposta as improbabilidades – a própria natureza, física e humana, é, dessa forma, uma questão de superação de improbabilidades.⁷⁷ Luhmann explica, nessa lógica, que:

“[...] a comunicação é uma síntese resultante de três seleções: informação/dar-a-conhecer/entendê-la [e que] cada um desses componentes é em si mesmo um acontecimento contingente [...]”.⁷⁸ (tradução nossa).

A síntese dessas seleções é realizada pela própria comunicação, mas elas não podem ser decompostas no processo comunicativo, apenas como objeto de uma (auto)observação, quer dizer, a partir da distinção entre informação/dar-a-conhecer (ou informação/mensagem). A comunicação só é possível com base nessa diferenciação, caso contrário, não há comunicação, mas apenas percepção.⁷⁹

Nesse sentido, a partir do esquema informação/mensagem/entendimento, Luhmann identifica as três correspondentes improbabilidades da comunicação. Primeiro, é improvável que *alter* (outro) entenda o que *ego* (eu) quis comunicar. Luhmann opõe sua sociologia da comunicação das sociologias que tem por ponto de

⁷⁶ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001.

⁷⁷ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006.

⁷⁸ “[...] la comunicación es una síntesis resultante de tres selecciones: información/darla-a-conocer/entenderla [y que] cada uno de estos componentes es en sí mismo un acontecimiento contingente [...]”. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 145.

⁷⁹ MANSILLA, Darío Rodríguez; BRETÓN, María Pilar Opazo. **Comunicaciones de la organización**. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2007.

partida a intersubjetividade,⁸⁰ e, aqui, a oposição a Teoria da Ação Comunicativa de Habermas é explícita.

A intersubjetividade, nessa perspectiva, apesar de ainda estar ligada a filosofia do sujeito, não percebe que o prefixo “inter” acaba por anular o próprio conceito de sujeito. A intersubjetividade é uma noção paradoxal, que está e não está no sujeito. Luhmann não renuncia ao conceito de sujeito, mas vai lidar com esse problema por meio do conceito de comunicação como ponto de partida para sua teoria dos sistemas. Assim, cada sujeito possui sua própria intersubjetividade que não pode ser alcançada em sua plenitude na sociedade.⁸¹

Se, para Habermas, a comunicação visa a um entendimento (substancial) intersubjetivo (consenso), pressupondo “certezas quase metafísicas” no uso da linguagem (pragmática universal), Luhmann abole qualquer pretensão de racionalidade.⁸² Para Luhmann, a “compreensão” é a observação da diferença entre a informação e sua forma de transmissão. Dessa forma, o que interessa para a auto-poiese da comunicação é que o outro comunique (e que também tenha a possibilidade de não o fazer).

A linguagem, para ele, é o acoplamento entre sistema psíquico e social que rompe com a exigência de simultaneidade da percepção entre sistemas psíquicos.⁸³ Dessa forma, ela é o *medium* na qual o sistema psíquico (indivíduo), de um lado, e o sistema social (tematização como pessoa), de outro, constroem seus sentidos.⁸⁴ Por meio dela se restringe o que (como) poderá ser comunicado no futuro. Por isso Luhmann fala em um desacoplamento temporal da linguagem com relação ao tempo do mundo (*unmarked state*).⁸⁵ Ademais, ela é responsável pela codificação fundante da comunicação social: a forma sim/não. A partir dessa distinção a realidade duplica-se e “[...] o repertório da comunicação possível pode separar-se do perceptível

⁸⁰ LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**. Madrid: Trotta, 1998.

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action: reason and the rationalization of society**. v. 1. Boston: Beacon Press, 1984; HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action: lifeworld and system: a critique of functionalist reason**. v. 2. Boston: Beacon Press, 1987.

⁸² VESTING, Thomas. Auto-poiese da comunicação do direito?: o desafio da teoria dos meios de comunicação. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 6, n. 1, jan./jun. 2014, p. 2-14. Disponível em: <https://bit.ly/3kzdP5R>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁸³ CORSI, Giancarlo. Levando o indivíduo a sério: a relação indivíduo-sociedade na teoria dos sistemas. **Tempo social**, São Paulo, v. 27, n. 2, jul./ago. 2015. p. 181-198. Disponível em: <https://bit.ly/37zsA5Z>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁸⁴ LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**. Madrid: Trotta, 1998.

⁸⁵ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 164-165.

(possível de ser assinalado) e produzir, assim, discrepância – e com ela evolução sociocultural”. (tradução nossa).

A terceira improbabilidade da comunicação é a de que o outro aceite a comunicação, ou seja, aceite as seleções já feitas por aquele que quer comunicar. Aceitar significa que o receptor tome como premissa de seu comportamento a seleção (informação) já feita.⁸⁶ Esse será o papel dos meios de comunicação simbolicamente generalizados, a seguir analisados. E, a segunda improbabilidade da comunicação, é a de que ela vá além do círculo de presentes, ou seja, é improvável que a comunicação supere os limites temporais e espaciais da interação entre os presentes.⁸⁷

Nessa continuidade, destaca-se que essa definição de comunicação de Luhmann faz parte de um conjunto de “Teorias Sistêmicas da comunicação [que] procedem de uma desconstrução do modelo de transmissão de comunicação de Claude E. Shannon e Warren Weaver”.⁸⁸ (tradução nossa). Na Teoria Matemática da Comunicação, que serviu de base para construção da própria ciência da comunicação enquanto campo de investigação,⁸⁹ afirmava-se que: “O aspecto significativo é que a mensagem real é selecionada de um conjunto de mensagens possíveis”.⁹⁰ (tradução nossa). Para entender a mensagem, deve-se observar para seleção da informação dentre um conjunto de possibilidades – para os dois lados da forma (Spencer Brown), e não para o conteúdo transmitido – assim como a seleção do meio que vai se dar a conhecer. Conforme leciona Baecker, o conjunto de possibilidades das comunicações sociais são indeterminados:

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001. p. 43.

⁸⁷ MANSILLA, Darío Rodríguez; BRETÓN, María Pilar Opazo. **Comunicaciones de la organización**. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2007.

⁸⁸ “Systemic theories of communication proceed from a deconstruction of Claude E. Shannon's and Warren Weaver's transmission model of communication”. BAECKER, Dirk. Systemic theories of communication. *In*: Copley, Paul; Schulz, Peter (ed.). **Handbook of communication sciences: theories and models of communication**. v. 1. Berlin: De Gruyter Mouton, 2013. p. 85. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1865641. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁸⁹ RÜDIGER, Francisco. **As teorias da comunicação**. Porto Alegre: Penso, 2011.

⁹⁰ “The significant aspect is that the actual message is one selected from a set of possible messages”. SHANNON, Claude; WEAVER, Warren. **The mathematical theory of communication**. Urbana; Chicago: University of Illinois Press, 1963. p. 31.

[...] sendo determinado por ‘nada mais’ que a codificação social, as mídias sociais e as situações que determinam a orientação dos diferentes atores em relação à situação.⁹¹ (tradução nossa).

Na cibernética a teoria matemática da comunicação se insere na lógica de um processo circular, e não mais de modo linear.⁹² Nesse sentido, Wiener analisava, por meio da mecânica estatística, a quantidade de informação no sistema como correlato oposto ao princípio da entropia (2ª lei da termodinâmica), ou seja, como uma “medida de organização” em oposição à desordem.⁹³ Mas, como Ashby já pontuava, a cibernética lida com “[...] *sistemas que são abertos para energia, mas fechados para informação e controle* – sistemas que são ‘à prova de informações’”.⁹⁴ (grifo do autor). (tradução nossa).

Por isso, Luhmann, a partir da cibernética de segunda ordem, constata que é na rede recursiva das operações (internas) do sistema que se encontra a produção de informação, sendo a “fonte de ruído” (*noise source*) o ambiente, e, o canal, os acoplamentos estruturais.⁹⁵ Conforme aclara Baecker, o conceito de acoplamento estrutural – entendido como restrição, limite, que muda a probabilidade de futuros acoplamentos e direciona a comunicação – é que servirá de *insight* para que a teoria matemática da comunicação se abstraia e mova o campo da cibernética (*feedback*) para um melhor entendimento sobre os fenômenos da auto-organização.⁹⁶

Nesta senda, a informação é definida como a diferença que faz a diferença, seguindo a célebre frase de Bateson. Ou, em outras palavras, a informação só é informação quando é uma novidade, quando resulta em uma diferença no estado do sistema. No momento que a informação é repetida, ela se torna redundante. Assim,

⁹¹ “[...] determined by ‘nothing else’ than social coding, social media and the situations which determine the different actors’ orientation towards the situation”. BAECKER, Dirk. Why systems. **Theory, Culture & Society**, v. 18, n. 1, Feb. 2001, p. 65. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/026327601018001005>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁹² MARCONDES FILHO, Ciro. **Nova teoria da comunicação**: o rosto e a máquina: o fenômeno da comunicação visto dos ângulos humano, medial e tecnológico. v. 1. São Paulo: Paulus, 2013. p. 129.

⁹³ WIENER, Norbert. **Cybernetics**: or control and communication in the animal and the machine. 2. ed. Massachusetts: MIT Press, 1985. p. 11-12.

⁹⁴ “[...] systems that are open to energy but close to information and control – systems that are ‘information-tight’”. ASHBY, William Ross. **An introduction to cybernetics**. 2. ed. London: Chapman & Hall, 1957. p. 4.

⁹⁵ BAECKER, Dirk. Systemic theories of communication. In: Copley, Paul; Schulz, Peter (ed.). **Handbook of communication sciences**: theories and models of communication. v. 1. Berlin: De Gruyter Mouton, 2013. p. 85-100. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1865641. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁹⁶ BAECKER, Dirk. Reintroducing communication into cybernetics. **Systemica**, [S.l.], v. 11, jan. 1997, p. 15. (p.11-29). Disponível em: <https://bit.ly/2H70DYp>. Acesso em: 1 fev. 2023.

ressalta-se com a forma informação/redundância que a informação não perde sentido quando repetida, mas apenas o seu caráter de novidade. A informação é uma seleção e a redundância um processo (de repetição).⁹⁷

Os denominados meios de difusão da comunicação (escrita, imprensa tipográfica, meios de comunicação de massa e computador) são responsáveis, de forma geral, pelo alcance da redundância social, pois, como já foi dito, a informação transforma-se em redundância quando da sua repetição. Eles aumentam os círculos de receptores da comunicação, fazendo com que a difusão não necessite se restringir à interação entre presentes.

Os meios de comunicação são observados pela distinção meio/forma, a qual se apresenta como constitutiva da construção dos sentidos dos sistemas, justamente por estar na base da produção das diferenças. Além disso, a fim de se decompor a complexidade dessa relação, aplica-se a distinção entre acoplamentos fracos/fortes. Logo, constata-se que no meio (interno) do sistema estão os elementos acoplados de maneira fraca, mais estáveis, enquanto as operações, do outro lado da forma, fixam as estruturas, mais instáveis.⁹⁸ Por isso, afirma Luhmann que

[...] a unidade do sistema já não pode definir-se pela estabilidade estrutural relativa (ainda que, todavia, se trate de conservação do sistema), mas sim pela maneira específica por meio da qual um meio possibilita a criação de formas.⁹⁹ (tradução nossa).

Assim, são os meios que condicionam a reprodutibilidade do sistema com o que está disponível à sua organização recursiva, quer dizer, a construção de sentido das comunicações. Contudo, os meios não podem se acoplar operativamente aos sistemas, apenas as formas. Conforme exemplifica Luhmann: “Isso é válido também para a percepção: não se vê a luz senão as coisas, e, se si vê a luz, se vê desde a forma das coisas”.¹⁰⁰ (tradução nossa). Assim, o meio interno do sistema é o local no

⁹⁷ BATESON, Gregory. **Steps to an ecology of mind**: collected essays in anthropology, psychiatry, evolution, and epistemology. New Jersey: Jason Aronson, 1987. p. 414.

⁹⁸ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 149-151.

⁹⁹ “[...] la unidad del sistema ya no puede definirse por la estabilidad estructural relativa (aunque todavía se trate de conservación del sistema), sino por la manera específica por la que un médium posibilita la creación de formas”. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 152-153.

¹⁰⁰ “Esto es válido incluso para la percepción: no se ve la luz sino las cosas, y si se ve la luz se ve desde la forma de las cosas”. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 154.

qual os elementos estão acoplados de maneira branda. Ainda, é o local no qual o limite do sistema está sempre se fixando em distinção ao ambiente externo.

Na periferia do sistema, no limite não observável da forma sistema/ambiente, é justamente onde os acoplamentos estruturais se estabelecem – em oposição às organizações que se constituem no centro, como observar-se-á (2.1.3). As distinções meio/forma e acoplamento forte/fraco permitem, então, uma observação não só das construções internas de sentido, como também sua relação com o entorno social e sua reconstrução interna. Isso tanto na relação entre sistema psíquico e sistema social quanto na relação entre sistema social e subsistemas.

A distinção meio/forma está na raiz do processo da própria autopoiese. Nesse processo, o conceito de acoplamento estrutural temporaliza a distinção meio/forma e possibilita que se enxergue o seu ponto cego. Para que se mude de um lado da forma (meio) para o outro (forma) e, assim, se produza uma diferença no sistema, é preciso a diferenciação entre passado e futuro.¹⁰¹ É o que Spencer-Brown denomina de *crossing*.¹⁰² Porém, essa distinção entre passado/futuro dá-se, necessariamente, no presente momentâneo da operação, já que Luhmann rompe com a perspectiva linear de tempo (estática/dinâmica; repouso/movimento), baseada em um assentamento ontológico, e dirige-se à explicação de uma relação circular na qual se sobressai a autopoiese.¹⁰³

O sentido, reafirmado sempre no presente, é o “material” de construção tanto dos sistemas sociais quanto psíquicos. Por isso afirmar-se que eles não são uma qualidade do mundo, mas sim pressuposto e resultado das operações dos sistemas.¹⁰⁴ A forma que explica o sentido, para Luhmann, é justamente a diferenciação entre atual e potencial. O sentido é sempre um sentido atual da operação que fez a seleção e afirmou “isto” (e não “aquilo”) “neste” (e não em outro) momento (presente). O excluído continua presente como potencial, de forma que pode atualizar-se em outro presente.

Esse caráter fugaz da forma e essa concepção de tempo pontual, momentâneo, faz com que pareça que o sistema autopoietico tem que se criar a todo instante, já que a própria “[...] comunicação não é transferência de informações, mas processamento de informações num *médium* através do qual formas são continuamente criadas e

¹⁰¹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 150.

¹⁰² SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. New York: Julian Press, 1972. p. 9-12.

¹⁰³ VESTING, Thomas. **Teoria do direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 142.

¹⁰⁴ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 29-30.

dissolvidas”.¹⁰⁵ Mas a constante (re)criação do sistema não parte do zero. Os meios de comunicação possuem também a função fundamental em relação a construção da memória social. A escrita, por exemplo, é o primeiro meio de comunicação a permitir o estabelecimento de uma memória social independente em relação ao indivíduo, justamente por ampliar e autodelimitar as possibilidades de seleção. Com ela, passa a ser possível aplicar signos sobre signos e ascender à observação da segunda ordem. “A escritura simboliza o ausente, e ‘simbolizar’ quer dizer, aqui, que o ausente se faz – para as operações do sistema – como presente”.¹⁰⁶ (tradução nossa).

Contudo, até a invenção da imprensa tipográfica em 1430 por Johann Gutenberg, a escrita era usada como simples meio de anotação e de fixação de conteúdo, existindo, ainda, uma primazia da comunicação oral. Não havia uma separação clara, como afirma Luhmann, entre os meios de anotação e os meios de comunicação propriamente ditos: “‘*Communicatio*’ significa produzir comunidade, dar a conhecer, e, assim, depois da invenção da imprensa pode se ter a opinião de que é a própria máquina que ‘comunica’”.¹⁰⁷ E, mesmo após a invenção da imprensa, foram necessários mais de duzentos anos (XVII/XVIII) para que a estrutura técnica dos livros exerça a função de manutenção de uma memória social, independente dos indivíduos.

A partir da consolidação da imprensa tipográfica e, posteriormente, dos meios de comunicação de massa, a redundância social tornou-se mais anônima. Assim, a segunda improbabilidade da comunicação, de que se comunique para além dos presentes, é reduzida. Porém, a difusão da comunicação não faz com que fique mais fácil a compreensão (primeira improbabilidade), pelo contrário, a dificulta, assim como em relação a terceira improbabilidade da comunicação (que o outro aceite a comunicação), pois, constata-se não ser mais possível saber nem se o receptor da comunicação a aceitou ou não.¹⁰⁸

Em relação ao Direito, pode-se pensar como se aumenta a improbabilidade de aceitação em decorrência da ampliação da difusão da comunicação. As normas

¹⁰⁵ MARCONDES FILHO, Ciro. **Nova teoria da comunicação**: o rosto e a máquina: o fenômeno da comunicação visto dos ângulos humanos, medial e tecnológico. v. 1. São Paulo: Paulus, 2013. p. 148.

¹⁰⁶ “La escritura simboliza lo ausente, y “simbolizar” quiere decir aquí que lo ausente se vuelve —para las operaciones del sistema— accesible como presente”. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 225.

¹⁰⁷ “‘*Communicatio*’ significa producir comunidad, dar a conocer, y así después de la invención de la imprenta pudo tenerse la opinión de que es la máquina misma la que ‘comunica’”. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 231-332.

¹⁰⁸ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006.

jurídicas (expectativas normativas) são cumpridas, pois fornecem uma informação, e não o são quando se desacredita na informação que ela quer passar. Contudo, dar-a-conhecer a norma pode despertar motivos para se opor a ela ou não a seguir. Dessa forma, a problemática das improbabilidades e dos meios de difusão se mostra novamente: aumenta-se a difusão e aquilo que se supõe como sabido, aumentando a capacidade de rejeição e crítica.¹⁰⁹

Os dois referidos meios são analisados por Luhmann no processo de diferenciação funcional, de forma que na modernidade eles compõem um sistema próprio, mas que, ainda, não estariam completamente diferenciados. Ele inicia sua observação sobre o sistema dos meios de comunicação de massa com uma frase extremamente expressiva: “Tudo o que sabemos sobre nossa sociedade, ou de fato sobre o mundo no qual vivemos, nós sabemos por meio dos meios de massa”.¹¹⁰ (tradução nossa). Primeiramente, essa questão deve ser observada por meio do código e da função desse sistema, a qual é a forma da auto-observação de sua unidade em diferenciação com seu ambiente.

O código é informação/não-informação. As comunicações que compõe esse sistema são “informativas”. Deve-se ter em mente o que já foi explanado sobre o conceito de informação, mas aqui é preciso um cuidado ainda maior, pois algo que não é uma informação pode ser, também, informativo. O sistema dos meios de comunicação de massa gera informação, e o fazem em diferenciação a comunicações não informativas de seu ambiente.¹¹¹

Dito de outra forma, o caráter informativo da comunicação é construído pelo sistema na interrupção da continuidade entre sistema/ambiente e na criação de um meio de sentido das comunicações dos meios de massa. A função para com a sociedade é, dessa forma, produzir irritação social. Esse sistema é o grande impulsionador da autopoiese da comunicação social, pois quando é publicada uma informação, ela rapidamente se torna redundante, e se “espalha” para a sociedade, quer dizer, passa a fazer parte do ambiente social.¹¹²

¹⁰⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 178.

¹¹⁰ “Whatever we know about our society, or indeed about the world in which we live, we know through the mass media”. LUHMANN, Niklas. **The reality of mass media**. Stanford: Stanford University Press, 2000. p. 1.

¹¹¹ LUHMANN, Niklas. **The reality of mass media**. Stanford: Stanford University Press, 2000.

¹¹² LUHMANN, Niklas. **The reality of mass media**. Stanford: Stanford University Press, 2000.

Sua função é exatamente essa, causar o aumento da irritabilidade, e não a produção de conhecimento, educação ou alguma forma de socialização. O sistema gera a demanda por novas informações. Por isso afirma-se que é o responsável pela aceleração e o aumento de incerteza na percepção do tempo no período moderno. Esse sistema “adequa-se” a dinâmica acelerada dos outros sistemas, e se relaciona diretamente com a constante reformulação dos problemas sociais, criados e lidados pelos outros sistemas.¹¹³

Os meios de comunicação de massa, então, ao produzirem informação, aumentam a capacidade de irritação da sociedade. O que ocorre, em verdade, é um aumento da complexidade dos contextos nos quais são produzidas as diferenças por toda a sociedade. Esse sistema não altera o sentido do social – ou, se altera, é uma decorrência não controlada da modificação de seu sentido, construído por suas operações – mas sim modifica o contexto presente do social. De modo mais preciso, diz-se que os

[...] meios de comunicação de massa garantem a todos os sistemas funcionais um presente que é aceito por toda a sociedade e é familiar aos indivíduos, e com o qual eles podem ter como dado quando isso é o caso de selecionar um passado de um sistema específico e estabelecer decisões sobre futuras expectativas que são importantes para o sistema.¹¹⁴ (tradução nossa).

A função dos meios de comunicação de massa “alimenta” a base para as construções dos outros sistemas por dotar a sociedade de constante variedade e redundância. Luhmann chega a afirmar, nesse sentido, que mudanças estruturais no processo de diferenciação funcional ou no sistema dos meios de comunicação de massa alterariam a evolução social como um todo, já que esse sistema tem um forte impacto seletivo em praticamente todos os outros sistemas. A mudança dos meios de massa na realidade digital pode, no limite, alterar o próprio processo de diferenciação social, como desenvolve-se nos capítulos subsequentes.

Por ora, deve-se explanar que a memória opera com tópicos de comunicação, sendo que os meios de comunicação de massa oferecem justamente os esquemas

¹¹³ LUHMANN, Niklas. **The reality of mass media**. Stanford: Stanford University Press, 2000. p. 21-22.

¹¹⁴ “[...] mass media guarantee all function systems a present which is accepted throughout society and is familiar to individuals, and which they can take as given when it is matter of selecting a system-specific past and establishing decisions about future expectations important to the system”. LUHMANN, Niklas. **The reality of mass media**. Stanford: Stanford University Press, 2000. p. 99.

de comunicação, responsáveis por regular a oscilação, da forma esquecer/lembrar. Nessa lógica, afirma-se que eles constroem a realidade, sendo que a realidade, dessa construção, é fragmentária e específica a cada âmbito de observação dos sistemas. A memória é própria de cada sistema, de forma que as construções da realidade também lhe são próprias. O resultado dessas observações pode ser resumido na afirmação de que os meios de comunicação de massa possuem um papel crucial no estabelecimento da cultura.¹¹⁵

O computador, por sua vez, é um meio de difusão que vai alterar profundamente a sociedade atual, principalmente por se apresentar, na concepção luhmanniana, como potencial mudança no acoplamento entre o sistema psíquico e o individual, sendo a comunicação digital, então, um fator de reestruturação da sociedade contemporânea. Essas e outras questões, como a interrelação entre cultura, mídia, memória e evolução, serão aprofundadas no quarto capítulo (4.1), no qual pode-se discutir com mais propriedade a ideia de “cultura das redes”, “cultura do computador” e os limites e possibilidades dos pressupostos luhmannianos para sociedade atual.

Diante do exposto, constata-se que a forma de observação da comunicação por meio da improbabilidade, ao não se limitar a um tema específico da comunicação, é eleita a um “tema capital” da teoria social. Luhmann explica, nesse sentido, que se há uma tendência na evolução dos meios de difusão da comunicação na modernidade ela pode ser resumida como a renúncia a integração espacial das operações sociais, e a mudança de sua forma de organização hierárquica (pré-moderna) para uma ordem heterárquica.¹¹⁶

Nessa continuidade, afirma-se que, na sociedade mundial, funcionalmente diferenciada, os meios de comunicação simbolicamente generalizados são o equivalente funcional da moral e respondem a problemática da improbabilidade do aceite da comunicação, que passa a se ampliar diante dos meios de difusão modernos. Por isso são denominados, também, de meios de obtenção de sucesso. Segundo Vesting, eles canalizam o “*information overflow*” cotidiano, o aumento da

¹¹⁵ “[...] culture in the sense of the reshaping of everything and anything into a sign of culture, is at once product and alibi of mass media [...] [because] what one knows from the mass media and what one has really seen [...] right there in the spot [...] is itself a product of the mass media”. LUHMANN, Niklas. **The reality of mass media**. Stanford: Stanford University Press, 2000. p. 85.

¹¹⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.

multiplicidade semântica operado pelos meios de difusão, para que seja possível a continuidade da autopoiese da comunicação social.¹¹⁷

Lembre-se que a terceira improbabilidade da comunicação, de que o outro aceite a comunicação, significa que *alter* aceite as seleções já feitas por *ego*. Nesse sentido, os meios simbolicamente generalizados são descritos como “[...] o fazer continuamente possível uma combinação altamente improvável de seleção e motivação [...]”.¹¹⁸ (grifo do autor). (tradução nossa). A própria restrição seletiva faz-se como motivo para o aceite da comunicação, e essa é exatamente sua função.

Nessa lógica, diz-se que os meios de comunicação simbolicamente generalizados se diferenciam entre si de acordo com a forma de atribuição, se interna ou externa, da diferença entre informação e o dar-a-conhecer. Se na relação entre *alter* e *ego* a ênfase recai sobre a informação, fala-se de atribuição de uma vivência, e se recai sobre o dar-a-conhecer, se está a falar de uma ação. Nesse sentido, ainda, se a seleção é feita pelo sistema, é uma ação, e se for feita pelo ambiente, é uma vivência.¹¹⁹

Dessa forma, se *alter* comunica uma vivência a *ego* e pretende-se que *ego* a tome como fator de seleção de sua própria vivência, os meios, aqui, são a verdade ou os valores. Se com essa vivência quer-se atribuir uma ação a *ego*, o meio é o do amor. Se *alter*, de outra forma, comunica uma ação que deve ser vivenciada por *ego* como fator de seleção, então é o caso da propriedade/dinheiro ou da arte. Por fim, se com a ação de *alter* quer-se suscitar uma ação de *ego*, fala-se sobre o direito ou o poder. Com as correspondências entre as ações e vivências de *alter* e *ego*, não se quer dizer uma exata repetição ou que *alter* determina a comunicação de *ego*. O que acontece é que os meios de comunicação simbolicamente generalizados fazem assimétrica essa relação, de forma a superar a dupla contingência do social.¹²⁰

Parsons já havia criado o conceito de meios de intercâmbio simbolicamente generalizados, que são: o poder, o dinheiro, a influência e os compromissos morais. Luhmann, por sua vez, adiciona a verdade (ciência) e o amor (relações íntimas) ao rol

¹¹⁷ VESTING, Thomas. Autopoiese da comunicação do direito? o desafio da teoria dos meios de comunicação. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 6, n. 1, jan./jun. 2014, p. 6. Disponível em: <https://bit.ly/3kzdp5R>. Acesso em: 1 fev. 2023.

¹¹⁸ “[...] el hacer continuamente posible una combinación altamente improbable de selección y motivación [...]”. LUHMANN, Niklas. **Sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 249.

¹¹⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.

¹²⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.

(“não taxativo”) desses meios. Ele deve à Parsons a ideia de que a mediação entre as diferenças (de tempo, situações ou atores) é possível pela generalidade do meio que se realiza, pela sua própria especificidade (unidade/diferença).¹²¹

Porém, ao abandonar o modelo do sistema geral de ação, os meios de intercâmbio de Parsons são atualizados e complementados diante da dinâmica entre a comunicação e as experiências e as ações. Conforme elucida Baecker, a partir da ideia de improbabilidade da comunicação, Luhmann passa a trabalhar com o papel seletivo/motivacional dos meios, expandindo o conceito de meio a fim de abranger não só os meios de comunicação simbolicamente generalizados, quanto os meios de difusão e os meios de massa.¹²²

Nessa nova forma de observar os meios simbólicos, Luhmann lembra que, como toda comunicação, eles operam de maneira acoplada estruturalmente com a consciência. Eles se relacionam diretamente com o direcionamento das expectativas sociais dos indivíduos e, então, com os mecanismos para lidar com a dupla contingência social, pois eles (trans)portam complexidades reduzidas e oferecem, cada um ao seu modo, uma maneira de reduzir a própria complexidade da comunicação social.¹²³

Além da consciência, esses meios devem se acoplar com o corpo, e com o ambiente natural. Essa forma de acoplamento é denominada de simbiose e, nesses meios, passam a se encontrar, então, o que são denominados de símbolos simbióticos. A necessidade principal está em permitir conexões dos meios com as capacidades perceptivas do indivíduo, como Baecker sumariza e exemplifica magistralmente:

A força física precisa ameaçar a invulnerabilidade corporal para ter um efeito de poder. O amor, ao menos o amor passionaI na sociedade moderna, precisa apelar à sexualidade para ter certeza do que a intimidade se trata. O dinheiro, de fato, irá apenas comprar se necessidades devem ser supridas, não importando o quão imaginária essas necessidades são. E, até na ciência, qualquer tipo de verdade precisa se relacionar com o mundo para ser percebida de forma diferente ao se aceitar aquela verdade. Curiosamente, os mecanismos simbióticos não estabelecem nenhuma causalidade estreita ou

¹²¹ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001.

¹²² BAECKER, Dirk. Sociology of media. *In*: BAZMANN, Inge; BEYES, Timon; PIAS, Claus (eds.). **Social Media**: new masses. Zürich: Diaphanes, 2016. p. 151-171. Disponível em: <https://bit.ly/31qeBv6>. Acesso em: 1 fev. 2023.

¹²³ LUHMANN, Niklas. **Sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.

inegável, mas criam posteriores ambiguidades e clamam pela interpretação cultural.¹²⁴ (tradução nossa).

Dito isso, contata-se uma relação complementar entre os meios simbólicos e os sistemas funcionais. O desenvolvimento e diferenciação, desses meios, dependem da própria predominância da diferenciação funcional da modernidade. Mas a diferenciação funcional não seria possível sem exatamente esses meios. Portanto, está se descrevendo uma relação circular entre esses processos. Há uma relação complementar entre a condensação de sentidos e a transmissão de complexidades, reduzidas em meios simbólicos, e a diferenciação funcional de sistemas de sentido.

Explica Luhmann que “[...] unicamente assim o lugar que antes ocupava a moral para descrever à sociedade é retomado por aquilo que na utilização dos meios se condensa como semântica. E só então há exatamente uma crítica moral deles”.¹²⁵ (tradução nossa). Da mesma forma, a confiança é um requisito para esses mecanismos generalizados, mas justamente se confia porque o que é comunicado é aceito.¹²⁶ Os meios se estruturam nos sistemas e seguem a forma de sua codificação binária, passando a se apresentarem como uma verdadeira aquisição evolutiva moderna, que consolida a diferenciação dos sistemas funcionais.¹²⁷

Não há um resultado automático entre a formação dos meios e a formação dos sistemas, apesar de existir sistemas que são caracterizados justamente pela utilização de certos meios, como o sistema econômico e o meio simbólico do dinheiro. Os meios conjugam comunicações e, para isso, devem se tornar independentes da comunicação, isto é, da memória da própria comunicação. Dessa forma, consegue-se criar ramificações, nas possibilidades de seu uso, pois não estão presas a significação

¹²⁴ “Physical force must threaten bodily invulnerability to have an effect of power. Love, at least passionate love in modern society, must appeal to sexuality to make sure what intimacy is about. Money, in fact, will only buy if needs are to be fulfilled, never mind how imaginary those needs may be. And even in science any kind of truth must relate to a world to be perceived differently when accepting that truth. Interestingly, the symbiotic mechanisms do not establish any straight and undeniable causality but create further ambiguities and call for cultural interpretation”. BAECKER, Dirk. *Sociology of media*. In: BAZMANN, Inge; BEYES, Timon; PIAS, Claus (eds.). **Social Media: new masses**. Zürich: Diaphanes, 2016. p. 155. Disponível em: <https://bit.ly/2FINeVs>. Acesso em: 1 fev. 2023.

¹²⁵ “[...] únicamente así el lugar que antes ocupaba la moral para describir a la sociedad es retomado por aquello que en la utilización de los medios se condensa como semántica. Y solamente entonces hay exactamente una crítica moral de ello”. LUHMANN, Niklas. **Sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 279.

¹²⁶ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos; Ciudad del México: Universidad Iberoamericana; Santiago del Chile: Instituto de Sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996. p. 98-100.

¹²⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.

que foi dada em uma comunicação específica. Ele é geral e específico em seu âmbito simbólico e, por isso, pode ser reutilizado em diversas situações.

Utilização esta que passa a formar sua própria história semântica, como a de validade jurídica, antes alicerçada em hierarquias naturais/divinas, agora, direcionada a um sistema global. De outra sorte, Luhmann afirma que os meios só circulam nos sistemas. Assim, o ganho para o sistema está no fato desses meios formarem núcleos de cristalização de sentidos, para a própria autonomização (e diferenciação) funcional.¹²⁸

Interessante mencionar que Nafarrate afirma que o grande legado de Luhmann é justamente a observação da formação do que ele chama de galáxias de comunicação, algo que didaticamente pode também mostrar o funcionamento dos meios simbólicos como um núcleo, em volta do qual circulam as comunicações – com a diferença que quem circula, aqui, são os símbolos, justamente para conectar essas comunicações.¹²⁹ Os meios permitem, nesse sentido, que o sistema possa formular novas formas de seleção e realizar o enlace da comunicação. Elucida-se, portanto, que:

O sucesso comunicativo [...] é um mecanismo de *seleção* evolutiva. Com base naquilo que comecei por chamar o problema central da teoria da comunicação – o problema da contingência irreprimível da aceitação/negação das mensagens comunicadas – desenvolveu-se uma diferenciação entre mecanismos evolutivos para variação e seleção, isto é, entre linguagem e meios de comunicação.¹³⁰ (grifo do autor).

Nessa perspectiva, a validade, como meio de comunicação simbolicamente generalizado, ressalta a organização do direito de uma forma heterárquica, e não mais hierárquica. E o direito não possui mais uma fundamentação fora de si mesmo, mas sim se encontra na relação paradoxal da autofundamentação. Luhmann se opõe, exatamente, a concepção normativista do direito e à alocação do direito no mundo do “puro dever ser”.¹³¹ Para ele, não obstante considerar a teoria, sempre como autológica, o direito encontra-se no “mundo empírico”. Não como fato ou como norma,

¹²⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 303-307.

¹²⁹ NAFARRATE, Javier Torres. Galáxias de comunicação: o legado teórico de Luhmann. **Lua Nova**: revista de cultura e política, São Paulo, n. 51, set./dez. 2000, p. 144-161. Disponível em: <https://bit.ly/2HkD4uZ>. Acesso em: 1 fev. 2023.

¹³⁰ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001. p. 115-116.

¹³¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 221

mas como expectativa normativa (re)construída em referência à um sistema de sentido, que separa os valores positivo e negativo de seu código de todos os outros a fim de realizar sua função particular para com a sociedade.

Nessa perspectiva, o “[...] direito vale se o símbolo do valor for designado como vigente – caso contrário não valerá”.¹³² Não há uma validade implícita na norma jurídica, mas sim ela deve ser reafirmada como vigente a cada operação do sistema. A validade é, então, o símbolo que conserva e reproduz a unidade do sistema na multiplicidade das operações. Ela não conecta as observações jurídicas, mas sim as próprias operações, que são jurídicas porque válidas e são válidas porque jurídicas. Por isso a validade empreende a aceitação da comunicação jurídica e traduz a própria auto-poiese do sistema. Assim, a validade “[...] é um símbolo da estabilidade dinâmica do sistema [...] a validade de amanhã é, mantendo-se a função simbólica, outra validade, pois, hoje, algo se decidirá”.¹³³

A validade como um meio simbólico expressa a conexão entre operações jurídicas em um plano horizontal, de um direito que opera de maneira recursiva “[...] determinando vizinhanças em forma de redes”.¹³⁴ No lugar da hierarquia, o que se ressalta é a noção temporal, pois a operação do presente recupera a passada e a projeta ao futuro, como já trabalhado anteriormente. Nessa perspectiva, a validade é um “[...] símbolo que circula no sistema e que enlaça operações, na lembrança dos resultados de operações para uma reutilização recorrente [...]”.¹³⁵ Essa reutilização recorrente se encontra, justamente, na atividade de tomada decisão, a qual, no próximo subcapítulo, inscreve-se na dimensão maior da Teoria das Organizações luhmanniana.

2.3 A teoria das organizações e a tomada de decisão no sistema jurídico

Os tópicos anteriores apresentaram os pressupostos epistemológicos da observação da comunicação jurídica no interior do sistema jurídico funcionalmente diferenciado junto ao papel dos meios de comunicação. Nesse momento, a definição de um direito que se (re)constrói por meio de decisões que alteram o símbolo da validade a cada nova operação, anunciado anteriormente, deve ser aprofundado na

¹³² LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 42.

¹³³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 142.

¹³⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 192.

¹³⁵ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 289.

dimensão da Teoria das Organizações. As organizações jurídicas são um sistema social com um critério seletivo diferente dos sistemas funcionais e dos sistemas da interação entre presentes, conforme a classificação tripartite de Luhmann.¹³⁶ Do Tribunal como centro do sistema jurídico e da teoria da decisão como forma de lidar com seu paradoxo de (auto)fundamentação, investiga-se a importância da organização estatal, principalmente em relação ao direito e a política, e os avanços da teoria luhmanniana das organizações.

O tema das organizações interessa a Luhmann desde sua primeira grande publicação “*Funktionen und Folgen formaler Organisation* (Funções e Consequências da Organização Formal), a qual, combinando a distinção sistema/ambiente e formal/informal, observava os conflitos da formação de estruturas organizacionais formais entre a integração de seus membros e a adaptação para demandas do ambiente. Essa primeira reflexão já inovava em grande escala os estudos organizacionais em diálogo com dados empíricos da época.¹³⁷

Nesse sentido, Karl E. Weick foi um autor extremamente relevante à Luhmann, principalmente pelas suas observações do ambiente das organizações como uma construção própria de suas próprias ações.¹³⁸ Na teoria dos sistemas sociais (de comunicação), essa construção se modifica para “[...] afirmar que organizações [...] não só reproduzem a si mesmas, mas, como sistema social que são, sempre reproduzem sociedade”.¹³⁹ Nessa transição das Teorias da Ação, centradas ainda no decisor (sujeito) racional e no princípio de causalidade, Luhmann cita também Karl Weick junto à James March, na Teoria das Organizações, e Daniel Kahneman e Amos Tversky, na Teoria das Decisões, como impulsionados da “quebra de paradigma” da racionalidade.

Karl Weick afirmava, por exemplo, que a construção de sentido partia de ocasiões comuns de ambiguidade e incerteza,¹⁴⁰ e Daniel Kahneman e Amos Tversky,

¹³⁶ LUHMANN, Niklas. Interaction, organization, and Society. In: LUHMANN, Niklas. **The differentiation of society**. New York: Columbia University Press, 1982. p. 69-89.

¹³⁷ LUHMANN, Niklas. **Funktionen und folgen formaler organisation**. Berlin: Duncker & Humblot, 1964.

¹³⁸ WEICK, Karl. **The social psychology of organizing**. 2. ed. Reading; Melon Park; London; Amsterdam; Don Mills; Sidney: Addison-Wesley, 1979.

¹³⁹ ROCHA, Leonel Severo; de AZEVEDO, Guilherme. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 4, n. 2, jul./dez. 2012. p. 202. Disponível em: <https://bit.ly/31r3Jx9>. Acesso em: 1 fev. 2023.

¹⁴⁰ WEICK, Karl. **Sensemaking in organizations: foundations for organizational science**. Thousand Oaks; London; New Delhi: SAGE, 1995.

dentro da própria Escola da Economia Comportamental (*behavioral economics*), se concentravam nas “heurísticas”, “preconceitos” e os erros que as pessoas tomavam nos julgamentos e escolhas.¹⁴¹ Nessa sequência, dos estudos de Herbert Simon, destaca-se o conceito de *bounded rationality*, que “[...] é usado para designar decisões racionais que levam em consideração tanto as limitações cognitivas quanto as capacidades computacionais do decisor”.¹⁴² Segundo Luhmann, esse conceito de Simon:

[...] leva a uma distinção de dois planos, um dos quais estabelece condições suficientes que valem como premissas para a tomada de decisão, para logo – em um segundo plano – deixar os detalhes para as decisões, cujas consequências não são muitas, mas úteis. O alcance desse conceito não só radica do debilitamento das exigências de racionalidade. Sustenta, principalmente, que faz diferença a forma como um sistema é organizado; e, ademais, que pode depender de aprendizagem, uma vez que a racionalidade não é mais definida pela relação do sistema com o ambiente (da empresa com o mercado).¹⁴³ (tradução nossa).

A teoria das organizações de Luhmann, ao romper com a causalidade e exprimir a circularidade, não só abandona a ideia das tipologias de racionalidade de fins e de valores de Weber, e de diversos modelos teóricos dele derivados (“*ends model’ of organizations*”), como também com inúmeras outras perspectivas assentadas na racionalidade, como àquela orientada ao entendimento de Habermas.¹⁴⁴ Ou, ainda, com as construções de Marx a Mannheim, cujo quadro conceitual era “[...] uma teoria causal que supostamente descobriria nas condições

¹⁴¹ BENDOR, Jonathan. **Bounded rationality and politics**: Berkeley; Los Angeles; London: University of California Press, 2010.

¹⁴² “[...] is used to designate rational choice that takes into account the cognitive limitations of the decision maker limitations of both knowledge and computational capacity”. SIMON, Herbert Alexander. **Models of bounded rationality**. Cambridge; Massachusetts; London: MIT Press, 1997. p. 291.

¹⁴³ “Esto concluye en una distinción de dos planos, uno de los cuales establece condiciones suficientes que valen como premisas para la toma de decisión, para luego – en un segundo plano – dejar los detalles a las decisiones, cuyas consecuencias no son muchas, pero útiles. El alcance de este concepto no sólo radica en el debilitamiento de las exigencias de racionalidad. Sostiene, principalmente, que hace una diferencia el modo en el cual un sistema está organizado; y, además, que puede depender del aprendizaje, puesto que la racionalidad no está ya definida por la relación del sistema con el entorno (de la empresa con el mercado)”. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2010. p. 48.

¹⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2010.

sociais as causas para para quaisquer fins perseguidos e, assim, desacreditar esses fins como ideologia”.¹⁴⁵ (tradução nossa).

No outro modelo clássico dos estudos organizacionais que Luhmann chama de “comando e controle”, e que complementam as tipologias da racionalidade dentro da própria teoria de Weber, por exemplo, conecta-se os meios com os fins não pela dedução racional, mas sim pelos comandos. A principal a ser destacada, aqui, é a sua consequente organização hierárquica entre posições superiores e inferiores como o meio para persecução dos fins. Essa seria uma condição essencial da racionalidade das operações de sistemas que levaria o problema da tomada de decisão ao topo da cadeia e, de lá, ao ambiente:

A administração pública os podia definir como problemas ‘políticos’ e sua direção podia solicitar uma decisão politicamente legítima ou, ao menos, capaz de receber apoio. Os tribunais poderiam apoiar decisões evidentemente insatisfatórias na situação jurídica e recorrer ao legislador para obter ajuda. Na esfera da iniciativa privada, o proprietário poderia ser solicitado a decidir antecipadamente as condições e a disposição ao risco, sob as quais estaria disposto a disponibilizar seu capital. E, inversamente, a organização prometia a execução racional de suas decisões a quem a aliviasse, dessa forma, da pressão do problema.¹⁴⁶ (tradução nossa).

Contudo, essa conversão entre sistema e ambiente não procede na teoria das organizações como sistemas autopoieticos, que se distinguem por meio das operações que lhe são próprias, a tomada de decisões, a qual, por sua vez, se caracteriza precisamente pela absorção de incerteza. Nesse sentido, a adequação entre meios e fins ou orientação à fins é substituído por Luhmann pelo conceito de absorção de incerteza, que passa a ser a peça central para teoria das organizações na sociedade moderna, isto é, indeterminada: “A premissa da organização é o ser

¹⁴⁵ “[...] was a causal theory which was supposed to uncover in their social conditions the causes for whatever ends are pursued and thus to discredit these ends as ideology”. LUHMANN, Niklas. *Ends, Domination, and System*. In: LUHMANN, Niklas. **The Differentiation of Society**. New York: Columbia University Press, 1982. p. 29.

¹⁴⁶ La administración pública los podía definir como problemas “políticos” y su dirección podía solicitar una decisión políticamente legítima o, por lo menos, capaz de recibir apoyo. Los tribunales podían apoyar en la situación legal decisiones evidentemente insatisfactorias y remitirse, en auxilio, al legislador. En el ámbito de la empresa privada, se podía pedir al propietario que decidiera previamente las condiciones y la disposición al riesgo, bajo las cuales estaría dispuesto a poner su capital a disposición. Y a la inversa, la organización prometía la ejecución racional de sus decisiones a quien la descargaba, de esta manera, de la presión del problema. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2010. p. 509.

desconhecido do futuro e o sucesso das organizações está no tratamento dessa incerteza: seu aumento, sua especificação e a redução de seus custos”.¹⁴⁷

O duplo fechamento do sistema organizacional, nesse sentido, é conquistado pela diferenciação entre premissas de decisão e decisão, já que a absorção de incerteza pelas organizações realiza-se no processo de conexão entre decisões, ou seja, “[...] deriva necessariamente do fato de que uma decisão informa a outra, vale dizer, é concebida como uma diferença que gera uma diferença”.¹⁴⁸ (tradução nossa). Nas palavras de Darío Rodríguez:

Cada vez que se decide, as alternativas descartadas permanecem no resultado da decisão como história, como pano de fundo que indica a relevância da decisão adotada e que, eventualmente, permitirá que ela seja avaliada, reavaliada, interpretada e reinterpretada posteriormente.¹⁴⁹ (tradução nossa).

A redução da incerteza, nessa continuidade, é o processo de construção da complexidade interna das organizações nos quais a relação entre decisões acopladas de maneira “branda” (*loose couplings*) formam o *medium* da construção dos sentidos. Logo, na diferenciação entre sistema/ambiente das organizações, o critério seletivo que passa a ser a diferenciação entre membros e não membros, considera a “membresia” como *medium* interno nos quais os membros são considerados enquanto decisões. A membresia, nesse sentido, apresenta-se como uma “fórmula geral” para o acoplamento estrutural entre sistemas psíquicos e organizações. Destaca-se, nesse sentido, que o “rol de membros”, em Luhmann, é observado nas dimensões temporal e objetiva:

Objetivamente, a adesão possibilita um *duplo enquadramento* das operações comunicativas do sistema. Externamente, o sistema é limitado pela distinção de membro/não membro. O pertencimento marca a indiferença por princípio, que só excepcionalmente pode ser transformada em relevância, segundo a própria dinâmica do sistema. Internamente, através da especificação mínima dos requisitos de adesão, surge um *medium* que exige outras especificações; isto é, um

¹⁴⁷ “La premisa de la organización es el ser desconocido del futuro y el éxito de las organizaciones reside en el tratamiento de esta incertidumbre: su aumento, su especificación y la reducción de sus costos”. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2010. p. 27.

¹⁴⁸ “[...] deriva necessariamente del hecho de que una decisión informa a otra, vale decir, es concebida como diferencia que hace una diferencia”. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2010. p. 226.

¹⁴⁹ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión organizacional**: elementos para su estudio. 4. ed. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008. p. 101.

medium que precisa de formas para poder produzir operações ou, em outras palavras, um *medium* que permite novas distinções internas como um quadro no qual o comportamento pode ser fixado com um traço de espontaneidade, mas esperáveis.¹⁵⁰ (tradução nossa). (grifo do autor).

Adiciona-se ao fato de a organização ser o único sistema a comunicar suas decisões ao ambiente a necessidade de elas relacionarem seus programas com os códigos binários de sistemas funcionais. A diferenciação entre organizações e sociedade só pode-se realizar a partir disso. A partir da comunicação de decisões organizacionalmente agregadas, de unidades sociais duráveis construídas em referência a um código principal, as organizações compõem o que, para sociedade, será um *medium* já pré-estruturado de formas que não pode ser alterado (diretamente) pelos sistemas funcionais (enquanto *medium* que é).

Daqui a afirmação de que na sociedade moderna é “[...] difícil encontrar alguma necessidade dos seres humanos que não tenha uma resposta elaborada organizacionalmente”.¹⁵¹ (tradução nossa). As organizações, como único sistema social capaz de decidir (comunicar) é, também, o grande responsável pela “conversação” entre sistemas, já que as decisões passam a ser questionadas por outras organizações em outros contextos funcionais.¹⁵² Por outro lado, também a relação entre sistemas psíquicos e sociais, passa a ser possibilitada, intermediada, mediante as organizações. Sobre as diferenças entre organização e sociedade e organização e sistemas psíquicos, leciona Baecker:

[...] a organização tem que usar sua distinção na sociedade em relação às consciências para permanecer atraente e [...] demonstrar à sociedade essa distinção em relação aos sistemas de consciência a fim de manter e expandir seu escopo de diferenciação. Em outras

¹⁵⁰ “Objetualmente, la membrecía hace posible un *doble enmarcamiento* de las operaciones comunicativas del sistema. Hacia el exterior, el sistema se limita mediante la distinción de pertenencia/no pertenencia. La pertenencia marca la indiferencia por principio, la cual sólo excepcionalmente puede ser trasformada en relevancia, según la dinámica propia del sistema. Internamente, a través de la especificación mínima de los requisitos de membrecía, surge un *médium* que requiere otras especificaciones; esto es un *medium* que necesita formas, para poder producir operaciones o, en otras palabras, un *medium* que permite nuevas distinciones internas como marco en el cual se pueda fijar el comportamiento con un resto de espontaneidad, pero esperable”. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2010. p. 141.

¹⁵¹ “[...] difícil encontrar alguna necesidad de los seres humanos que no tenga una respuesta elaborada organizacionalmente”. MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión organizacional: elementos para su estudio**. 4. ed. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008. p. 17.

¹⁵² LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2010. p. 446.

palavras, a organização ganha o comprometimento das consciências por meio de uma ‘sociedade’ ‘melhor’, por exemplo, mais confiável (a saber: ‘comunidade’) – ou tem o efeito oposto porque é mais autoritária, mais antidemocrática e mais incivilizada do que os sistemas mentais estão preparados para aceitar. E a organização deriva sua legitimação da sociedade ao demonstrar que é capaz de compromisso vis-à-vis a consciência e possivelmente capaz de diferentes graus de compromisso vis-à-vis as consciências atribuídas aos funcionários, clientes e outros observadores”.¹⁵³ (tradução nossa).

Pode-se usar a forma risco/perigo de Luhmann, nesse sentido, para explicar que o risco das tomadas de decisão denota uma reintrodução interna desta distinção para questões, por exemplo, de “gerenciamento de riscos”, em relação as consequências futuras da própria decisão, e em relação ao perigo, danos externos, isto é, referente as “causas” ambientais.¹⁵⁴ Essa é a interpretação de Luhmann com relação a ideia de “sociedade do risco” amplamente trabalhada na sociologia.¹⁵⁵ A medida que a decisão é, em si, um risco, as organizações passam a ter que condensar probabilidades para aumentar a aceitabilidade de suas decisões, o que ocorre justamente pelo manejo dos meios de comunicação simbolicamente generalizados.

Das diversas passagens, colacionadas sobre a validade jurídica, há uma constatação que subjaz a todas, qual seja, a de que a teoria da validade se descentra do Estado e se direciona a rede de comunicações do sistema jurídico global. Contudo, historicamente, as grandes codificações, do final do século XIX, produtos do pensamento sistemático do positivismo-científico, logo desembocaram na crença de que os códigos (e, assim, o próprio direito) são um produto da vontade soberana do Estado. Mas a conexão entre Estado, Política e Direito, em Luhmann, passa pela observação do Estado como uma organização e que, nesse sentido, as tomadas de decisão jurídica e política organizaram-se e consolidaram-se evolutivamente no âmbito estatal.

¹⁵³ “[...] the organization has to use its distinction in society vis-à-vis consciousnesses in order to remain attractive, and that it can demonstrate to society this distinction vis-à-vis systems of consciousness in order to maintain and expand its scope for differentiation. In other words, the organization gains the commitment of consciousnesses through a “better”, e.g., more reliable, “society” (namely: “community”) – or it has the opposite effect because it is more authoritarian, more undemocratic and more uncivilized than mental systems are prepared to accept. And organization derives its legitimation from society by demonstrating that it is capable of commitment vis-à-vis consciousness and possibly capable of different degrees of commitment vis-à-vis the consciousnesses ascribed to employees, customers and other observers”. BAECKER, Dirk. The design of organization in society. In: SEIDL, David; BECKER, Kai Helge. **Niklas Luhmann and organization studies**. Frederiksberg: Copenhagen Business School Press, 2006. p.195.

¹⁵⁴ LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. Berlin; New York: De Gruyter, 1993.

¹⁵⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

A relação entre a política e o direito, em Luhmann, se dá por meio dos acoplamentos estruturais da legislação e da constituição. Nesse sentido, a formação do Estado moderno está intrinsicamente ligada à diferenciação funcional dos sistemas político e jurídico. A resposta para essa grande dependência do Estado, nessa lógica, está no fato de que na burocracia estatal é que são tomadas as decisões coletivamente vinculantes. E, de outro lado, é o tribunal estatal o lugar da tomada de decisões no sistema jurídico, por isso ele é a organização central do sistema do direito. Fora essa dependência organizacional para tomada de decisões, a relação entre política e direito que é regulada no Estado constitucional “[...] fora inventada sob o guarda-chuva protetor da permanente ilusão (medieval) de que a política pode se fundamentar como ordenamento jurídico”.¹⁵⁶

O que ocorre, em realidade, é que ambos os “[...] sistemas dissolvem a estrutura circular de sua autorreferência por meio da externalização”.¹⁵⁷ O paradoxo de um direito e de uma política, que se fundamentam a si próprios, é “externalizado” de um sistema a outro. Ou assim se ficciona, pois, ao final, a legitimidade do poder político e a validade jurídica são construídas no interior dos sistemas. No direito, pelos tribunais, e, na política, pela burocracia estatal. A constituição possibilita o direito e a política lidarem conjuntamente com seus respectivos paradoxos de autofunda(menta)ção por meio da externalização, de um ao outro. Quer dizer, os problemas de autorreferência de uma política democrática que se autolegitima e de um direito positivo que é criado e vige por conta própria apoiam-se mutuamente pela estrutura constitucional. Ou, de outra forma, os códigos direito/não-direito e poder/não-poder tem suas (in)dependências reguladas pelo código constitucional/inconstitucional. Por isso, constata-se que a constituição (“em si”) não resolve o problema dos paradoxos, mas sim auxilia a resolução interna pelos próprios sistemas envolvidos. Ela apenas apresenta uma distinção adicional (à Direito/Política; Sistema/Ambiente) para desdobrar o paradoxo, torná-lo utilizável, e não permitir um “curto-circuito”.

Assim, a grande contribuição da Constituição – para além da instituição dos direitos fundamentais – sempre foi definir procedimentos formais para a tomada de decisão no Estado. A constituição limita as possibilidades (premissas) de decisão na administração estatal e nos tribunais (“autocontrole constitucional recíproco”) como

¹⁵⁶ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 643.

¹⁵⁷ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 644.

pré-condição da liberdade necessária à tomada de decisão.¹⁵⁸ Deste modo, o paradoxo de autofunda(menta)ção do direito e da política traduz-se na indeterminação fundamental da decisão nesses sistemas e, portanto, é diluído e reconstruído a todo momento internamente, apesar da ficção da externalização. Explica King e Thornhill que:

[...] a legitimidade é sempre uma variável arbitrária, dependente da autoestabilização momentânea e contingente do sistema como ordem, e [...] legalidade, longe de ser a medida da legitimidade, é meramente o meio universalizado e transmissor dessa variável [...].¹⁵⁹ (tradução nossa).

Os “valores” constitucionais “legitimam” as decisões da administração pública, mas não as controlam, o que ocorre também com a decisão no sistema jurídico (tribunal) em relação às regras (jurídicas) em geral.¹⁶⁰ A questão sobre os tribunais, então, é que eles traduzem o paradoxo do sistema jurídico no paradoxo decisório, o qual Luhmann apresenta da seguinte maneira:

Os tribunais devem decidir onde não se pode decidir; ou, em todo caso, decidem fora dos padrões aceitáveis de racionalidade. E, se não o podem, devem se esforçar para poder. Se não se encontra o direito, deve-se inventá-lo.¹⁶¹

Esse fato é decorrência direta da vedação de denegação de justiça e da necessidade de se decidir justamente o que não se pode decidir. O que se tem tradicionalmente como fundamentação da decisão, nesse sentido, é o problema da fundação do direito, já que ele se constitui exatamente por decisões. Nessa sequência, os motivos, na perspectiva luhmanniana, “[...] servem [...] para vinculação temporal, pois eles produzem uma memória do sistema, uma rede de conexões entre

¹⁵⁸ CORSI, Giancarlo. On paradoxes in constitutions. *In*: FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo (ed.). **Sociology of constitutions: a paradoxical perspective**. London; New York: Routledge, 2016. p. 11-29.

¹⁵⁹ “[...] legitimacy is always an arbitrary variable, depending on the system’s momentary contingent self-stabilization as order, and [...] legality, far from being the gauge of legitimacy, is merely the universalized medium and transmitter of this variable [...]”. KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann’s theory of politics and law**. New York: Palgrave Macmillan, 2003. p. 181.

¹⁶⁰ CORSI, Giancarlo. On paradoxes in constitutions. *In*: FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo (ed.). **Sociology of constitutions: a paradoxical perspective**. London; New York: Routledge, 2016. p. 11-29.

¹⁶¹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 423.

o comportamento passado e expectativas dirigidas ao futuro”.¹⁶² Contudo, o que se deve destacar na teoria da argumentação é exatamente que o que “[...] argumentos *não podem* alcançar [...] é: alterar o símbolo de validade do direito”.¹⁶³ Então, conclui Luhmann:

[...] nem interpretação, nem argumentação em si mesmas alteram o direito. Elas não são formas de uma disposição que possa controlar o símbolo da validade do direito, mas comunicações que esclarecem as condições sob as quais tal disposição pode ser efetuada [...] Ela apenas prepara para a responsabilidade, mas não a assume. Não obstante, argumentos são operações do sistema, à medida que servem para limitar o escopo de decisões que em última instância têm de ser tomadas [...] o que ela produz pode ser destilado como regras e princípios, e disso resulta que a dogmática jurídica pode em si ser tratada, retroativamente, como ‘fonte do direito’.¹⁶⁴

A interpretação e a criação do direito por meio dos tribunais não são mais entendidas como uma relação vertical entre a regra e a aplicação da regra, pois na perspectiva horizontal o que se destaca é uma relação circular entre ambas. A hermenêutica jurídica, leciona Vesting, acentua a autonomia do juiz perante a lei, em um sentido próximo a que Kelsen reivindicava, clamando pela sua responsabilidade política.¹⁶⁵ Porém, nem as teorias metodológicas, nem a noção de pré-compreensão histórica comum pode estabilizar a correlação entre regra e a cognição individual. Por isso a teoria “metodológica pós-moderna” de Luhmann enfoca na organização da decisão jurídica:

A teoria da interpretação precisa, então, ao invés de buscar soluções hermenêuticas substitutivas para o sistema político, aceitar a lacuna que o colapso do positivismo jurídico deixou: o negro instante da decisão, o momento de indecidibilidade.¹⁶⁶

Esse é o paradoxo do direito autorreferencial moderno, contexto no qual a sociedade “[...] possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo

¹⁶² ROCHA, Leonel Severo; de AZEVEDO, Guilherme. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 4, n. 2, jul./dez. 2012. p. 205. Disponível em: <https://bit.ly/31r3Jx9>. Acesso em: 1 fev. 2023.

¹⁶³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 451.

¹⁶⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 488-489.

¹⁶⁵ VESTING, Thomas. **Teoria do direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 243-244.

¹⁶⁶ VESTING, Thomas. **Teoria do direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 245.

que não cessa de produzi-las”.¹⁶⁷ A hierarquia é, então, substituída por uma noção de tempo, pois em cada processo de tomada de decisões gera-se uma diferença marcada no tempo.¹⁶⁸ Nesse sentido, elucida Teubner¹⁶⁹:

Operações recursivas não surgem do nada; elas só conseguem referir a algo que já existe [...] Direito como um sistema de operações recursivas só consegue referir a operações legais passadas. A solução, de novo, é ‘como se’, mas não a ficção de um mito fundador como uma auto-observação, mas como ficção de decisões legais concretas passadas como a base para operações recursivas. (tradução nossa).

Nessa sequência, deve-se ressaltar, ainda, que a relação do Estado como organização responsável pela tomada de decisões coletivamente vinculantes de um sistema político que se diferencia por segmentos (territorial) não é uma problemática resolvida, pois sua raiz se encontra no paradoxo histórico e semântico do próprio poder estatal. Principalmente se se considerar as transformações do Estado Social e, hodiernamente, do Estado diante das redes digitais.

Explica-se. Apesar da Paz de Westphalia (1648) ser o grande marco para a soberania nacional, a consolidação do Estado moderno como uma instituição que possui o monopólio do poder não se encontrava nessa época – com exceção, talvez, da Inglaterra e do Sacro Império Romano-Germânico. No mesmo sentido, a pretensão de inclusão política com o ápice da concentração do poder no Estado só se verifica com a Primeira Guerra Mundial, e não imediatamente após as revoluções liberais do século XVIII e XIX.¹⁷⁰ Nesse sentido, interessante é o esclarecimento de Luhmann:

[...] Quando um sistema autopoietico se fecha pela primeira vez ou afirma seu fechamento num contexto social radicalmente modificado,

¹⁶⁷ ROCHA, Leonel Severo. Teoria dos sistemas sociais autopoieticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. *In*: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. 2 ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2013. p. 336.

¹⁶⁸ ROCHA, Leonel Severo. Teoria dos sistemas sociais autopoieticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. *In*: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. 2 ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2013. p. 337.

¹⁶⁹ “Recursive operations cannot begin ex nihilo; they can only refer to something that does already exist [...] Law as a system of recursive legal operations can only refer to past legal operations. The solution again is an ‘as if’, but not the fiction of a founding myth as a self-observation, rather the fiction of concrete past legal decisions as basis for recursive operations.” TEUBNER, Gunther. *Breaking frames: economic globalization and the emergence of lex mercatória*. **European journal of social theory**, New York, v. 5, n. 2, abr./jun. 2002, p. 210. Disponível em: <https://bit.ly/37suMvM>. Acesso em: 1 fev. 2023.

¹⁷⁰ THORNHILL, Chris. The future of State. *In*: KJAER, Poul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (ed.). **The financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation**. Oxford; Portland: Hart, 2011. p. 357-395.

isso não se dá como uma reorganização ao modo de um plano, mas por uma reconstrução evolutiva das instalações já existentes.¹⁷¹

No momento em que o Estado se transforma em Estado social, ele percebe que sozinho não consegue realizar todas as demandas de inclusão pretendidas. Segundo Thornhill, a falha das inclusões e a contínua extensão de novos estratos de direitos, que não puderam ser absorvidas pela maioria dos Estados, explica o início do movimento de sua internacionalização. Assim, no decorrer do século XX, as constituições dos Estados incorporaram elementos de direito internacional para lidar com problemas não só externos, como também internos de sua soberania.¹⁷² Essas constatações servem, aqui, para ressaltar a paradoxal relação do poder com as instituições nas quais ele se investe, pois, a crise do Estado como a crise do monopólio político e suas categorias conceituais (território, soberania e nação) está presente desde sua concepção.¹⁷³

Luhmann, ao observar o Estado de Bem-Estar Social, afirma que ele não poderia ser realizado sem os meios do dinheiro e do direito, mas que, justamente pelas limitações de eficácia aos modos específicos de realização desses meios, a burocracia estatal, nessa configuração, parece estar fadada a sobrecarga. Isso porque os meios do direito e do dinheiro só funcionam quando funcionam também no entorno de seus respectivos sistemas, de forma que eles contribuem para a diferenciação entre organizações e sociedade e, assim, à formação de organizações.¹⁷⁴ No próximo capítulo, destinado ao pensamento de Teubner, aprofunda-se a observação da comunicação jurídica entre regimes, organizações e a tese da (auto)constitucionalização aplicada à rede de nomes de domínios. O mote inicial é justamente as transformações do Estado e do direito, sendo o alvo final a introdução da comunicação jurídica em novos meios “híbridos” de construção dos sentidos e as modificações organizacionais diante da internet (e a “sociedade em rede”).

¹⁷¹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 326.

¹⁷² THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions: social foundations of post-national legal structure**. v. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

¹⁷³ THORNHILL, Chris. The future of State. *In*: KJAER, Poul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (ed.). **The financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation**. Oxford; Portland: Hart, 2011. p. 357-395.

¹⁷⁴ LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza, 1993.

3 GUNTHER TEUBNER E A COMUNICAÇÃO JURÍDICA ENTRE REGIMES, ORGANIZAÇÕES E REDES: OBSERVANDO A (CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA) GOVERNANÇA GLOBAL DA REDE DE NOMES DE DOMÍNIOS (ICANN)

Nesse subcapítulo, analisa-se as mudanças teóricas operadas por Gunther Teubner a fim de observar a comunicação jurídica entre regimes, organizações e redes, assim como a tese da (auto)constitucionalização dos meios de comunicação, principalmente em relação à Internet, tomando-se como fenômeno central a governança da rede de nomes de domínios pela ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*). Das transformações do Estado e do Direito no quarto final do século XX, desenvolve-se, por primeiro, os conceitos centrais à Teoria do Direito Reflexivo de Teubner, do qual se sobressai sua proposta normativa para o aprendizado do direito (regulatório) e a tese da conexão e coordenação entre a evolução jurídica e de outros âmbitos sociais.

Após, a partir da observação dos processos coevolutivos do direito e da economia, analisa-se os regimes de governança global e o hibridismo jurídico-social constante no conceito de redes. A relação produtiva entre âmbitos espontâneos e âmbitos organizados de tomada de decisão explicam o desenvolvimento do direito global entre regimes, organizações e redes.

Por fim, a tese da autoconstitucionalização dos meios de comunicação, presentes no contexto teórico do constitucionalismo social, aplicada a governança global da rede de nomes de domínios, permite a complexa ambientação da comunicação jurídica junto a conhecimentos técnicos no âmbito digital (e.g. protocolos de Internet) e a observação da construção horizontal dos direitos fundamentais e seu direcionamento contra lógicas internas destrutivas com relação ao ambiente (natural, social e humano). Contudo, questiona-se a tese sobre a constitucionalização da internet, ao menos se se entende o constitucionalismo digital como o acoplamento estrutural entre o direito e a internet, esta como um sistema.

3.1 A teoria do direito reflexivo: entre o hiperciclo, a coevolução e a policontextualidade

Os trabalhos de Gunther Teubner representam “[...] uma das posições mais desenvolvidas na sociologia contemporânea do direito e das normas jurídico-políticas [...]”, nas palavras de Thornhill.¹⁷⁵ (tradução nossa). Nesse sentido, a fim de (re)construir os pressupostos epistemológicos que contribuem para observação da comunicação jurídica, o primeiro passo é observar a sua Teoria do Direito Reflexivo, sua primeira grande tese que, nas palavras de Francot-Timmermans e Christodoulidis, demonstram as características do “giro normativo” operado por Teubner no interior da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann e que, adiciona-se, é a raiz de suas teses mais recentes (“constitucionalismo social”).¹⁷⁶

Desde o início, Teubner deixa claro a sua maneira “não ortodoxa” de (re)construir a Teoria dos Sistemas (Luhmann), seja a partir dos diálogos com o desconstrutivismo (Derrida),¹⁷⁷ seja no seu interesse em “transcender” as controvérsias entre o funcionalismo (Luhmann) e a teoria crítica (Habermas). Isto fica claro em seu artigo *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law* de 1983, que, segundo ele, é “quase um empreendimento transatlântico”.¹⁷⁸ O contexto “histórico-teórico” deste artigo conecta-se exatamente com a última problemática levantada ao fim da Teoria das Organizações de Luhmann nesta dissertação, as transformações (e inerente “crise”) do Estado de Bem-Estar Social e seu direito.

Teubner inicia sua reflexão a partir da identificação das tendências contraditórias da “rematerialização” do direito, no sentido weberiano,¹⁷⁹ quer dizer, das

¹⁷⁵ “[...] as one of the most highly evolved positions in the contemporary sociology of law and legal-political norms”. THORNHIL, Chris. Constitutional law from the perspective of power: a response to Gunther Teubner. **Social and Legal Studies**, v. 20, n. 2, Jun. 2011. p. 244. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0964663911400245>. Acesso em: 1 fev. 2023.

¹⁷⁶ FRANCOT-TIMMERMANS, Lyana; CHRISTODOULIDIS, Emiliós. The normative turn in Teubner's Systems Theory of Law. **Netherlands Journal of Legal Philosophy**, v.40, n. 3, 2011. p. 187-190. Disponível em: https://www.elevenjournals.com/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2011/3/RenR_1875-2306_2011_040_003_001. Acesso em: 1 fev. 2023.

¹⁷⁷ TEUBNER, Gunther. **Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann: zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit**. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2008.

¹⁷⁸ TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Review**, v. 17, n. 2, 1983. p. 239-286. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3053348>. Acesso em: 1 fev. 2023.

¹⁷⁹ Em linhas gerais, para Weber, o direito secularizado é caracterizado por sua racionalização formal, a profissionalização e sistematização do conhecimento e procedimentos jurídicos, enquanto que as características materiais ficam em segundo plano, pois representam não a “calculabilidade das possibilidades”, mas a construção ético-jurídica a partir de exigências de conteúdo. WEBER, Max.

exigências de uma racionalidade “substantiva” (orientada à objetivos) no Estado Social, e os discursos paradoxais de “desregulação” (“crise” do Estado Regulatório) e extensa “legalização” de esferas sociais a partir das políticas intervencionistas. A crise da racionalidade formal fornece o impulso para construção de Teubner de uma teoria “neo-evolutiva” do direito reflexivo (“pós-moderno”) a partir de 3 grandes frentes. A primeira é a análise dos americanos Nonet and Selznick sobre o “direito responsivo” como o atual (terceiro) estágio evolutivo após as transformações do direito repressivo em direito autônomo. Em oposição à “equidade procedimental” do direito autônomo e da “razão de Estado” do direito repressivo, o direito responsivo (“pós-burocrático”) é caracterizado pela “justiça substantiva”, a qual se desdobra, para esses autores, na “politização do direito” (“soberania dos fins”) e no “design institucional”.¹⁸⁰

Teubner se interessa pela função do direito responsivo em harmonizar as estruturas institucionais e sociais, mas critica a confusão conceitual entre dois tipos de racionalidade: uma racionalidade substancial, que se preocuparia com a regulação (contextual) compreensiva, e uma racionalidade reflexiva, orientada a “organização, procedimento e competências”. Para ele, Nonet and Selznick deram a devida atenção apenas aos aspectos evolutivos internos do direito. Mas a emergência de uma racionalidade reflexiva tem o potencial de se adequar às necessidades de um direito pós-moderno. E essa potencialidade é explorada entre as influências de Habermas (“princípios organizacionais”) e Luhmann (“complexidade adequada”), as duas outras grandes frentes teóricas.¹⁸¹

A partir do esquema habermasiano da justificação do direito (racionalidade da norma), das funções externas do direito (racionalidade sistêmica) e da estrutura interna do direito (racionalidade interna), Teubner passa a observar os três tipos e dimensões da racionalidade moderna: formal, substantiva e reflexiva. A justificação do direito reflexivo, nesse sentido, se encontraria não na autonomia do direito ou na regulação do comportamento coletivo, mas sim na coordenação recursiva da cooperação social: “[...] procura-se projetar sistemas sociais autorreguladores por

Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. v. 2. São Paulo: UnB; Imprensa Oficial, 2004.

¹⁸⁰ NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade:** a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

¹⁸¹ TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Review**, v. 17, n. 2, 1983. p. 239-286. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3053348>. Acesso em: 1 fev. 2023.

meio de normas de organização e procedimento”.¹⁸² (tradução nossa). Nessa continuidade, a função externa do direito reflexivo é estruturar formas de integração descentralizada em subsistemas sociais e sua “racionalidade interna” apoia-se em normas procedurais.

Nessa continuidade, os “princípios organizacionais” de Habermas é de grande utilidade, pois, segundo Teubner, pode-se apontar para relações entre estruturas legais e sociais, considerando-se que as “estruturas jurídicas fundamentais” incorporam princípios organizacionais de determinado período evolutivo social, relacionando-se, portanto, às estruturas sociais gerais.¹⁸³ Mas a “tradução” do social para o jurídico é realmente explicado a partir do conceito luhmanniano de “complexidade social adequada”, já que as diferenças de complexidade que impulsionam as transformações sociais, unidas ao esquema variação/seleção/estabilização, mostram como o direito passa a selecionar diferentes estruturas em resposta às modificações sociais.¹⁸⁴

Teubner aproxima a teoria da legitimação de Habermas ao direito responsivo e, a, partir da observação das três dimensões da crise da racionalidade substantiva (de racionalidade, diante da complexidade dos processos sociais-econômicos, de legitimação, a partir da centralização político-estatal para enfrentamento dos problemas, e a conseqüente crise de motivação na dimensão cultural), ao invés de apostar na racionalidade discursiva, propõe o direito reflexivo como melhor adequado à “legitimação procedural” de que fala Habermas. Mas se da perspectiva da teoria crítica a rematerialização (re-politização e re-moralização) do direito leva às referidas crises de racionalidade, do ponto de vista da Teoria dos Sistemas isto é observado pelo perigo de desdiferenciação.¹⁸⁵

A dimensão reflexiva do sistema jurídico é justamente aquela que trabalha a construção de sua identidade (autopoiese) e que controla as possíveis

¹⁸² “It seeks to design self-regulating social systems through norms of organization and procedure”. TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Review**, v. 17, n. 2, 1983. p. 254-255. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3053348>. Acesso em: 1 fev. 2023.

¹⁸³ TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Review**, v. 17, n. 2, 1983. p. 239-286. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3053348>. Acesso em: 1 fev. 2023.

¹⁸⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.; LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

¹⁸⁵ TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Review**, v. 17, n. 2, 1983. p. 239-286. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3053348>. Acesso em: 1 fev. 2023.

incompatibilidades que possam surgir entre a realização de sua função para com a sociedade (generalização congruente de expectativas) e a prestação para outros subsistemas (e.g. resolução de conflitos a partir da estruturação da tomada de decisão e a dificuldade de generalizar determinadas estruturas normativas em diferentes contextos sistêmicos). Deste modo, as estruturas reflexivas do direito são, para Teubner, o ponto de partida para a resposta da crise do direito positivo, a qual, para Luhmann, explica-se justamente pelo fato do direito, mesmo desenvolvendo uma capacidade seletiva muito mais refinada, a partir da sua diferenciação funcional, ainda mantenha mecanismos de estabilização centrados na “antiga doutrina” (dogmática jurídica). Este é o já analisado problema temporal típico do direito moderno, o asseguramento de expectativas normativas (passado) em uma sociedade orientada (expectativa) ao futuro (contingente). Ou, em outras palavras, o direito tem a ver com a “gestão temporal dos paradoxos da autorreferência”, e não apenas dos seus.¹⁸⁶ A abertura para o futuro corresponde às expectativas cognitivas e, então, com o problema do aprendizado do direito e a necessidade de se comparar as diferentes consequências (riscos) de modos de resolução para novos problemas (tomada de decisão).

Em propostas normativas mais ousadas como o “novo proceduralismo” de Wiethölder,¹⁸⁷ pretende-se dotar o direito de uma melhor capacidade de aprendizado não só pela limitação sistêmica mútua na coordenação conjunta de ações coletivas, como também a partir da institucionalização de um “fórum social” de reconstrução e negociação das transformações sociais. Isso se aproxima muito do conceito habermasiano do “direito como uma instituição”, que como uma “constituição externa” estrutura os processos comunicativos, “[...] processos discursivos de formação da vontade e procedimentos de negociação e de tomada de decisões orientados para o consenso”,¹⁸⁸ e substitui (ou, melhor seria, complementa) a concepção do direito como

¹⁸⁶ ROCHA, Leonel Severo. Tempo, direito e Constituição. In: SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jirí; ROCHA, Leonel Severo. **Sociologia sistêmico-autopoiética das constituições**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

¹⁸⁷ WIETHÖLDER, Rudolf. Materialization and proceduralization in modern law. In: TEUBNER, Gunther (ed.). **Dilemmas of Law in the Welfare State**. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1988. p. 221-249.

¹⁸⁸ “[...] discursive processes of will-formation and consensus-oriented procedures of negotiation and decision-making”. HABERMAS, Jürgen. Materialization and proceduralization in modern law. In: TEUBNER, Gunther (ed.). **Dilemmas of Law in the Welfare State**. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1988. p. 218.

um *medium* de direção (“*steering*”) que, conectado com o dinheiro e o poder, não teria capacidade constitutiva, mas apenas regulatória (e “reificatória”) de esferas sociais.¹⁸⁹

Será entre as pretensões normativas que culminarão, por exemplo, na reformulação da resolução de problemas na prática jurídica a partir de uma “jurisprudência sociológica” capaz de instituir mecanismo reflexivos na dogmática jurídica,¹⁹⁰ e a construção de uma descrição sistêmica de base sobre a intensificação do processo de diferenciação da sociedade global no último quarto do século XX, que Teubner desenvolverá suas grandes teses – além das contradições produtivas entre as diferentes linhas teóricas. Neste momento, cabe ressaltar que, do ponto de vista epistemológico, será no livro “O direito como sistema autopoiético”¹⁹¹ que ele consolidará o instrumental teórico-evolutivo para o seu direito reflexivo a partir do conceito de “hiperciclo”. E, ainda, que a reintrodução do conceito luhmanniano de “policontextualidade”, por sua vez, é central para incorporação da análise discursiva em sua trajetória sistêmica.¹⁹²

O ponto crucial é que Teubner, em oposição à Luhmann, passa a entender a autopoiese como uma “realidade gradativa” da autonomia dos sistemas. Nessa perspectiva, a constatação da autopoiese plenamente realiza-se somente quando “[...] *todos os componentes do sistema jurídico* – estruturas, processos, limites, meio envolvente [...] [são] simultaneamente [...] auto-constitu[í]dos e articula[dos] entre si de forma auto-reprodutiva (hiperciclo)”.¹⁹³

Teubner procura acomodar diferentes graus de autonomia do sistema jurídico em oposição à rigidez e inflexibilidade do conceito de Maturá e Luhmann. Segundo ele, apenas quando auto-observação, auto constituição e autorreprodução são articuladas ciclicamente (“hiperciclo”) pode-se falar de autopoiese.¹⁹⁴ Disto pode-se concluir que um sistema pode vir a ser autopoiético. E, deste modo, as problemáticas

¹⁸⁹ TEUBNER, Gunther. The transformation of Law in the Welfare State. *In*: TEUBNER, Gunther (ed.). **Dilemmas of Law in the Welfare State**. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1988. p. 3-12.

¹⁹⁰ TEUBNER, Gunther; CAMPOS, Ricardo; VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira (org.). **Jurisprudência sociológica: perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas**. São Paulo: Saraiva, 2020.

¹⁹¹ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1989

¹⁹² TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Unimep: Piracicaba, 2005.

¹⁹³ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1989. p. 66.

¹⁹⁴ ROCHA, Leonel Severo. Direito e autopoiese. *In*: STRECK, Lenio Luís; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS**. n.13. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2017. p. 123-136.

acerca do direito positivo acima referenciadas podem ser justamente um efeito da não consolidação de sua autopoiese no marco histórico pós-revoluções liberais (o que não parece contradizer a descrição luhmanniana das “transformações estruturais descontínuas” no processo de diferenciação funcional).

Ainda, como se verá, pode-se concluir que a comunicação social, nessa evolução gradativa, pode vir a ser jurídica, e que o contínuo processo de diferenciação funcional leva a “fragmentação” social (criação de novos subsistemas) e ao desenvolvimento de novas esferas normativas autônomas. O conceito de Direito Reflexivo, dessa forma, entrará na questão sobre de como o direito percebe sua própria história em um contexto (evolutivo) social específico, pois isso influenciará a seleção normativa e, então, a construção do sentido jurídico. Assim, afirma Teubner: “De direito reflexivo poder-se-á falar *se, e apenas se, o sistema jurídico identifica a si mesmo como sistema autopoietico num mundo de sistemas autopoieticos, e extrai dessa auto-identificação consequências operacionais [...]*”.¹⁹⁵ (grifo do autor). No próximo capítulo, ficará claro que a proposta de Teubner é um passo à devida alocação histórica da autopoiese da comunicação jurídica. O conceito de direito reflexivo, nesse sentido, pode resolver um suposto problema da clivagem que Vesting identifica, em Luhmann, entre a auto-observação e a autodescrição do sistema, de um lado, e sua operacionalização, de outro.¹⁹⁶

Quer dizer, o sistema jurídico se descreve como uma unidade, mas em suas operações não opera com base nessa unidade. A unidade na diferença (e, então, a manutenção da identidade sob condições de incerteza e mudança) é justamente consolidada a partir do conceito de autopoiese (Maturana/Luhmann), e permanece fixa quase que como um “remascente ontológico” na teoria luhmanniana.¹⁹⁷ O conceito de policontextualidade,¹⁹⁸ nesse sentido, serve a reiterar que a relação do sistema

¹⁹⁵ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1989. p. 138.

¹⁹⁶ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁹⁷ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁹⁸ A mudança em Luhmann de uma noção de sociedade monocontextual para uma policontextual têm raízes na formulação da lógica bivalente, policontextual, de Gotthard Günther, que a desenvolveu excluindo os clássicos princípios da não-contradição e do terceiro excluído. Isso se relaciona diretamente com o cálculo da forma de Spencer-Brown e a inclusão do observador na própria distinção usada para observar. “Whenever it was assumed that Reality harbored a rational as well as an ir-rational component, the contexture of Nothingness served as the onto-logical location for everything that did not seem to be rationally conceivable. It also served as the ontological locus into which the observer of the world could be placed because it became very soon evident in the history of logic and of epistemology that the classic pattern of thinking with its concomitant mono-contextual ontology offered no place for the observer or the world or the thinking subject because it

com o ambiente não é unitária, de forma que por meio das diferentes programações do código jurídico o sistema constrói diversos ambientes de forma fragmentária:

[...] fechamento/autodeterminação/auto-organização fazem com que o sistema se torne altamente compatível [...] com a desordem do ambiente; ou, com mais precisão, com ambientes ordenados fragmentariamente, em pedaços pequenos, sem que formem uma unidade ordenada de ambientes.¹⁹⁹ (tradução nossa).

Em Teubner, é quase como se o sistema passasse a – ou ao menos “deveria”, e aqui a real diferença de “ordem” – se descrever, também, como fragmentado, justamente por perceber que sua construção (múltipla) sobre a(s) realidade(s) social(is) não passa de uma construção própria, e melhor direcionar (“contextualizar” ou propriamente “reflexionar”) suas prestações à determinados âmbitos sociais (e suas respectivas construções de “mundo”). Diante de um alto grau de diferencial funcional, então, o direito se transformaria em um direito de conflitos intersistêmicos responsável pela coordenação de realidades sociais parciais autônomas.²⁰⁰ E, como se verá, essa tese está intimamente conectada à função dos direitos fundamentais de prezar pela diferenciação funcional.²⁰¹

Isso pressupõe uma certa coordenação entre as evoluções dessas realidades sociais (e o direito). Por isso Teubner teoriza, nesse sentido, sobre a possibilidade de uma “coevolução”. A justificativa provém da afirmação de que um mesmo ato de comunicação faz parte de dois circuitos comunicativos distintos, quer dizer, os sistemas sociais aproveitam os fluxos de comunicação para especialização interna. A expressão, o ato, da comunicação, e não a compreensão e a produção de informação. A função do direito, deste modo, passa a ser a estruturação de conexões

would have been absurd to assume that the subject of cognizing belonged in the contexture of that which as cognized”. GÜNTHER, Gotthard. *Life as Poly-Contextuality*. In: GÜNTHER, Gotthard. **Beiträge zur Grundlegung einer operationfähigen Dialektik**. v. 2. Hamburg: Meiner 1979, p. 283-306.

¹⁹⁹ “[...] clausura/autodeterminación/autoorganización hacen que el sistema se vuelva altamente compatible [...] con el desorden en el entorno; o, con más precisión, con entornos ordenados fragmentariamente, en trozos pequeños, sin que formen una unidad ordenada de entornos”. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 67.

²⁰⁰ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1989.

²⁰¹ LUHMANN, N. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010; TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

intersistêmicas e a institucionalização de processos reflexivos em outros sistemas funcionais (“coordenando” processos sociais).²⁰²

Deve-se destacar que esta conclusão parcial de seu pensamento corresponde a ampliação da recepção do Luhmann “pós-autopoiese” – já que a grande mudança de seu pensamento foi anunciada no livro *Sozialsysteme* de 1984 – e a consolidação de sua reconstrução – a partir de sua tese de 1989 (O Direito como Sistema Autopoietico). Posteriormente, a partir dos debates sobre o pluralismo jurídico,²⁰³ como uma temática ímpar para observação do direito pós-moderno, dado seu caráter paradoxal, Teubner, no texto de 1991/1992 “*The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*”, passa a buscar a contribuição específica da Teoria dos Sistemas à (re)construção das problemáticas envolvidas à auto-organização (e regulação) em um contexto teórico de:

[...] dissolução da realidade na discursividade, a fragmentação e o fechamento mútua de discursos, o caráter *non-foundationalist* da argumentação jurídica, a desconstrução do sujeito de direito, a exploração eclética de diversas tradições do pensamento, a preferência pelo *différence*, *différance* e *différend* diante do *um que é necessário* e, notadamente, o fundamento do direito em paradoxos, antinomias e tautologias.²⁰⁴

²⁰² TEUBNER, Gunther. The transformation of Law in the Welfare State. In: TEUBNER, Gunther (ed.). **Dilemmas of Law in the Welfare State**. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1988. p. 3-12.

²⁰³ A partir da “Crônica de uma morte anunciada” de Gabriel Garcia Marquez, Gunther Teubner analisa a morte anunciada do direito regulatório na sociedade policontextural. No conto em questão, atos que são considerados homicídio pelo direito estatal são confrontados pelas práticas da comunidade local e suas semânticas jurídicas próprias, como o “direito a honra”. No mesmo sentido, Teubner passa a analisar, no decorrer do livro, o conflito entre diversos discursos jurídicos, como o direito das favelas, brilhantemente já analisado por Boaventura de Souza Santos, o direito das minorias, o direito de organizações privadas internacionais, entre muitos outros âmbitos sociais cujos conflitos se ampliam dentro e fora do Estado colocando em xeque a questão sobre a eficácia social do direito. TEUBNER, Gunther. Direito regulatório: crônica de uma morte anunciada. In: TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Unimep: Piracicaba, 2005. p. 19-54. Sobre as favelas e a legalidade em “Pasargada”: SANTOS, Boaventura de Souza. **O direito dos oprimidos**. São Paulo: Cortez, 2015. Para uma aplicação dessa crônica reformulada por Teubner para leitura sobre a “operação lava-jato” no Brasil, ver: COSTA, Bernardo Leandro Carvalho.; ROCHA, Leonel Severo. A crônica de uma morte anunciada em Gunther Teubner e o papel dos atratores na articulação do direito regulatório na globalização. In: BARRETO, Vicente de Paulo; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra; DIAS, Paulo Thiago Fernandes (Org.). **Sentir o Direito: pesquisa e cultura jurídicas na interação com cinema e literatura**. Porto Alegre: Fi, 2020. p. 21-36.

²⁰⁴ TEUBNER, Gunther. As duas faces de Janus: pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna. In: TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Unimep: Piracicaba, 2005. p. 82.

A observação do “novo pluralismo” (global),²⁰⁵ a partir do conceito de policontextualidade, mostra os múltiplos discursos construídos nas diversas formas de leitura do código jurídico (direito/não-direito) em ambientes distintos, assim como a maior produção normativa na periferia do sistema jurídico global. Nesse sentido, no interior do conceito de acoplamento estrutural, ele substitui o conceito de irritação/perturbação pelo conceito de “mal-entendidos produtivos”, justamente para ir além da paradoxal relação que gera o acoplamento estrutural, um comunicar que ao mesmo tempo não é comunicação. E concebe a noção de instituições de ligação (e.g. contrato), que conectam o direito à diversos subsistemas funcionais e organizações formais. Ainda, para além da coevolução, Teubner fala na responsividade de um direito que aproveita “[...] a sincronia entre operações jurídicas e sociais, de modo a melhorar seus conhecimentos implícitos”.²⁰⁶ Deste modo, em relação à “transversalidade” da teoria jurídica, leciona-se:

Transversalidade no direito significa: o direito reconhece que, sob extrema diferenciação da sociedade, não há mais uma justificativa para a existência de qualquer teoria social única universalmente válida [...] O direito recusaria, então, não só sua “economicização” unilateral, mas também sua “politização”, “sociologização”, “cientificização” e “moralização” unilaterais [...] Ele transformaria – e aqui jaz o desafio atual – a nova pluralidade de jogos de linguagem na formação de conceitos legais e na formulação de normas legais.²⁰⁷

Por fim, deve-se ressaltar que apesar das problemáticas que circundam o conceito de hiperciclo e a carga normativa que as observações de Teubner carregam, a ideia de coevolução e transformação do direito em um direito de conflitos intersistêmicos é extremamente relevante para se repensar a comunicação jurídica junto às problemáticas globais no século XXI. Luhmann confirma que as ideias de Teubner apontam para a direção correta, mas questiona-se sobre como surgiria um “terceiro sistema” de negociação, mesmo que em uma perspectiva coevolutiva, e como o sistema jurídico conseguiria lidar com um maior peso de reflexão que isso

²⁰⁵ TAMANAHA, Brian. Understanding legal pluralism: past to present, local to global. **Sydney Law Review**, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper nº. 07-0080. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1010105>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²⁰⁶ TEUBNER, Gunther. As duas faces de Janus: pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna. *In*: TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Unimep: Piracicaba, 2005. p. 86.

²⁰⁷ TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. **Tempo social**, São Paulo, v. 27, n. 2, abr./jun. 2015, p. 82. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/108177>. Acesso em: 1 fev. 2023.

implica, já que ele só pode “carregar” suas próprias operações.²⁰⁸ Em relação ao “hiperciclo”, a graduação parece apontar mais para o desenvolvimento de estruturas e não para a própria autopoiese, a não ser que se abandone a ideia de unidade e, assim, de sistema, ou retorne sua explicação para uma causalidade circular.

Para Teubner, a policontexturalidade, a introdução de uma pluralidade a partir de uma contextura que transcendem as binaridades, prepara a emergência de formas inesperadas que complementam determinadas funções sociais.²⁰⁹ Nesse sentido, representa um impulso para se (re)pensar a função do direito na sociedade atual, já que a necessidade do direito aproveitar as “práticas sociais reflexivas”, os sentidos pré-estabelecidos nas práticas sociais, para regulação social (e a estabilização de expectativas normativas) parece se agravar quando se trata de uma sociedade permeada pelas novas tecnologias. Assim como, também, a necessidade de lidar com a comunicação intersistêmica e as novas conformações dos processos sociais globais a partir da “sociedade de redes”.²¹⁰

Nessa sequência, adentra-se na observação sobre os regimes de governança privada” e dos “equivalentes jurisdicionais na globalização”. Na dimensão da Teoria das Organizações, pode-se melhor entender o desenvolvimento da observação da comunicação jurídica entre regimes, organizações e redes, na linha de Teubner, quer dizer, pode-se observar as mudanças organizacionais para adaptação jurídica em ambientes “híbridos”.

3.2 Regimes de governança privada e equivalentes jurisdicionais na globalização: a comunicação jurídica entre regimes, organizações e redes

Se a Teoria do direito é entendida como prática social auto-organizadora, a dimensão das organizações vai ressaltar a juridificação (e posterior constitucionalização) dos fenômenos sociais para além do reconhecimento estatal e judicial em um processo de despolitização, descentralização e desindividualização das

²⁰⁸ LUHMANN, Niklas. Some problems with reflexive law. *In*: FEBBRAJO, Alberto (ed.). **Law, legal culture and Society**: mirrored identifier of the legal order. London; New York: Routledge, 2019. p. 184-198.

²⁰⁹ ROCHA, Leonel Severo; LUZ, Cícero Krupp. Lex mercatoria and governance: the polycontextuality between law and state. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, n. 28, jan./jun. 2009. p. 105-126. Disponível em: https://www.academia.edu/36626193/LEX_MERCATORIA_AND_GOVERNANCE_THE_POLYCONTEXTUALITY_BETWEEN_LAW_AND_STATE. Acesso em: 1 fev. 2023.

²¹⁰ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

decisões sociais. Nessa perspectiva, altera-se o lugar de uma Teoria das Organizações para a observação da fragmentação do direito com seu paralelo na fragmentação da realidade social na multiplicidade de discursos autorreferenciais. Em oposição à Luhmann, que concebia as organizações estatais (tribunal e burocracia) como centrais à reflexão jurídico-política, Teubner conceberá a policentralidade dos sistemas e suas múltiplas conexões com normatividades periféricas, dentro (e.g. direito das favelas e direitos das minorias) e fora (e.g. direito de organizações e regimes transnacionais privados) do Estado.²¹¹

A declaração de Teubner sobre o novo pluralismo global é um “direito sem Estado”.²¹² Isto é, um direito global (não inter-nacional) que surge “espontaneamente” de processos sociais (“direito vivo”), mas que, mesmo assim, não é apolítico – tanto pelo fato do poder se investir em outros tipos de instituições quanto pelas inúmeras possibilidades de sua re-politização.²¹³ A desconstrução da hierarquia pela distinção centro/periferia decentraliza a politização da produção normativa, ou seja, retira a política do topo da hierarquia da produção de normas e a coloca em um mesmo nível que outros tipos de produção social de normas.²¹⁴ Nesse sentido, órgãos “quase privados” ou “privados” de resolução de conflitos funcionam como equivalentes jurisdicionais aos tribunais estatais e internacionais.

Do fim da 2ª Guerra Mundial à queda do muro de Berlim, a autonomização de âmbitos parciais se intensifica em processos sociais globais com a atuação de diversas organizações especializadas. A OMC (Organização Mundial do Comércio) é um grande exemplo nesse sentido, pois por meio do desenvolvimento do seu órgão de tomada de decisões (e sua jurisprudência) acaba por desenvolver um direito comercial autônomo que se desloca do (e passa a entrar em conflito com o) direito internacional. Esse fato é reconhecido posteriormente no relatório da Comissão de Direito Internacional em 2006 sobre a fragmentação do direito internacional e os *self-contained regimes*.²¹⁵

²¹¹ TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Unimep: Piracicaba, 2005.

²¹² TEUBNER, Gunther. **Global law without a State**. Hanover: Dartmouth Publishing Company, 1996.

²¹³ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: legal pluralism in the world-society. *In*: TEUBNER, Gunther. **Global law without a State**. Hanover: Dartmouth Publishing Company, 1996. p. 3-28.

²¹⁴ TEUBNER, Gunther. The king's many bodies: the self-deconstruction of law's hierarchy. **Law and Society Review**, v. 31. n. 4. 1997. p. 763-787. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3053986>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²¹⁵ UNITED NATIONS. International Law Commission. Report on the work of its fifty-eighth session (1 May to 9 June and 3 July to 11 August 2006). General Assembly Official Records, Sixty-first Session

No sentido de uma “privatização” desses processos (ou correlato “privado”), pode-se citar a Câmara de Comércio Internacional como um dos centros decisórios da chamada (nova) *lex mercatória*,²¹⁶ o regime jurídico autônomo das práticas comerciais. Esse tribunal arbitral constrói sua jurisprudência para além de normatizações internacionais como a Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias, da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, ou até mesmo daquelas provenientes do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado.²¹⁷ O seu “soft law” permite à adaptabilidade constante aos processos econômicos, mas a juridificação de costumes e regras profissionais depende não só do acoplamento com o direito como também de seu uso como fundamento em decisões arbitrais.

Em relação ao acoplamento estrutural entre Direito e Economia, Luhmann posicionava a propriedade, cuja distinção inicial de ter/não-ter se estruturava pela interrupção das exigências de consenso, e o contrato, responsável pela estabilização temporal das relações de transação.²¹⁸ Para Teubner, o contrato se define inicialmente como um sistema de interação que constrói suas estruturas na diferenciação com um meio envolvente em três níveis: entre as partes contratantes (sistema psíquico e a construção de expectativas no nível da interação), em relação ao mercado e às organizações, para além do contrato individual (“nível institucional”), e em relação aos sistemas funcionais (“nível societário”).²¹⁹

Os mecanismos reflexivos, de abertura social e introdução de uma “nova indeterminação”, que podem ser observados a partir, por exemplo, das “cláusulas gerais”, no âmbito jurídico, se direcionariam a incorporação dos conflitos com o meio envolvente. E isso também em três dimensões interrelacionadas: substantiva, na qual a abstração das expectativas é selecionada entre os três níveis acima citados

Supplement n. 10 (A/61/10). Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/english/chp12.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²¹⁶ ROCHA, Leonel Severo; DA LUZ, Cícero Krupp. *Lex mercatoria and governance: the polycontextuality between law and state*. **Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas**, v. 28, n.1, Pouso Alegre, p. 105-126, jan./jun. 2009. Disponível em: https://www.academia.edu/36626193/LEX_MERCATORIA_AND_GOVERNANCE_THE_POLYCONTEXTUALITY_BETWEEN_LAW_AND_STATE. Acesso em: 1 fev. 2023.

²¹⁷ TEUBNER, Gunther. *Breaking frames: economic globalization and the emergence of lex mercatória*. **European journal of social theory**, New York, v. 5, n. 2, abr./jun. 2002, p. 199-217. Disponível em: <https://bit.ly/3IAROVE>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²¹⁸ LUHMANN, Niklas. **Economía de la Sociedad**. Ciudad del México: Herder, 2017.

²¹⁹ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Coloustre Gulbenkian, 1989. p. 236.

(sistemas psíquicos/organizações e mercados/sociedade); temporal, na qual se decidiria por uma proeminência normativa ou de flexibilidade cognitiva; e social, decidindo-se pela referência a “mecanismos sociais auto-regulatórios (‘standards’)” ou, no caso de sua falha, a “reformulação jurídica compensatória”.²²⁰

Nesse sentido, apesar estruturação independente de estruturas contratuais para autorregulação de modelos econômicos globais de modo “espontâneo”, é necessário a interação com a produção “organizada” do direito, como, por exemplo, na rede de decisões de tribunais especializados que lidam com o paradoxo de contratos que dispõem sobre sua própria validade, mas não se pode amparar (externalizar) no direito nacional. Lida-se com este paradoxo dispondo que um determinado tribunal arbitral decida sobre a validade do contrato, o que forma outro paradoxo – o tribunal decide sobre a validade de sua própria decisão decidindo sobre a validade do contrato. Assim, a principal questão gira em torno do “uso” do código jurídico por processos sociais nos quais se “encarna” simbolicamente pretensões de validade, de um lado, e no uso criativo dos paradoxos, em outros locais de tomadas de decisão, que substituem o direito e políticas nacionais pelo sentido pré-construído de “práticas sociais reflexivas”, já que:

[...] deve haver material de sentido não-jurídico suficiente com o qual o direito consiga entender errado como jurídico. Deve haver um histórico de ‘situação com o qual é suficientemente plausível assumir que também nos tempos antigos regras legais foram aplicadas.’²²¹ (tradução nossa).

Ademais, se no contexto político o “diálogo” entre cortes nacionais, internacionais e transnacionais é um dos grandes responsáveis pela reestruturação dos processos político-jurídicos globais no decorrer do século XX,²²² no âmbito econômico, seguindo o exemplo da *lex mercatória*, os sentidos jurídico-econômicos consolidam-se pela observação recíproca (horizontal) de diversos tribunais arbitrais, como entre a *Chambre de Commerce International*, *United States Claims Tribunal* e o

²²⁰ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Coloustre Gulbenkian, 1989. p. 238.

²²¹ “[...] There must be enough non-legal meaning material which law can misunderstand as legal. There must be a historical “situation in which it is sufficiently plausible to assume that also in former times legal rules have been applied”. TEUBNER, Gunther. *Breaking frames: economic globalization and the emergence of lex mercatória*. **European journal of social theory**, New York, v. 5, n. 2, abr./jun. 2002, p. 211. Disponível em: <https://bit.ly/3IAROVE>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²²² THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions: social foundations of post-national legal structure**. v. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

International Center for Settlement of Investment Disputes.²²³ Contudo, em um sentido complementar, afirma Teubner:

Nos regimes privados globais onde ocorre a combinação típica de normatização social organizada e processos espontâneos de elaboração de leis, a produção de normas é descentralizada para uma multiplicidade de atores políticos e privados, sem que seja possível criar um centro de tomada de decisão claro.²²⁴

A relação entre a validade jurídica com as práticas sociais reflexivas não se explica apenas pelas decisões de tribunais arbitrais, como também pela tomada de decisão de outras organizações (e.g. associações profissionais, organizações não governamentais, empresas multinacionais) conectadas em “redes híbridas globais” que por vezes não tem um centro consolidado.²²⁵ Na dimensão das organizações luhmanniana, as redes aparecem não só como uma teia de “aspectos decisórios”, mas como formas de ligação entre organizações.²²⁶ Nas conexões em redes, as organizações buscam lidar com novos riscos assumindo novos – com a vantagem desse paradoxo ser distribuído em diversas posições da rede, ou seja, à “parceiros de rede” no ambiente.²²⁷

Pode-se falar, nesse sentido, em um novo modelo de “gestão de redes de cooperação”, conectado às transformações da “sociedade em rede”,²²⁸ na qual as pressões de produtividade e custos somadas ao incremento da complexidade tecnológica levou ao desenvolvimento de formas de integração mais flexíveis de

²²³ TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina: legal pluralism in the world-society*. In: TEUBNER, Gunther. **Global law without a State**. Hanover: Dartmouth Publishing Company, 1996. p. 3-28.

²²⁴ “In the global private regimes where the typical combination of organized social norm-making and spontaneous processes of lawmaking occurs, the norm production is decentralized to a multiplicity of political and private actors without it being possible to make out any clear decision-taking center”. TEUBNER, Gunther. *Global private regimes: Neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society?* In: LADEUR, Karl-Heinz Ladeur (ed.). **Globalization and Public Governance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 77. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894423. Acesso em: 1 fev. 2023.

²²⁵ “La periferia mantiene la diferenciación segmentaria de las economías domésticas y por eso puede sobrevivir sin centro [...]. De igual manera, puede haber una multiplicidad de centros entre los cuales uno ejerce la hegemonia”. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 526.

²²⁶ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2010

²²⁷ BAECKER, Dirk. The design of organization in society. In: SEIDL, David; BECKER, Kai Helge. **Niklas Luhmann and organization studies**. Frederiksberg: Copenhagen Business School Press, 2006. p. 191-204.

²²⁸ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

produção, distribuição e desenvolvimento tecnológico.²²⁹ A ordem espontânea de Teubner, diferentemente da perspectiva de Hayek,²³⁰ por exemplo, tem sua fonte na “cooperação” e *networking* e não propriamente na competição e no mercado – uma das condições que auxiliam a transposição dessa lógica para âmbitos não-econômicos.

Em Teubner, o caráter híbrido refere-se ao amálgama de construções jurídico-sociais(-econômico-técnicas), à desintegração de fronteiras mais estáveis, como, a exemplo, entre mercado e organizações nas redes de empresas virtuais, franquias, e no regime de produção *just-in-time*.²³¹ Ao analisar este último, observa-se que “[...] os regimes de produção não são nem sistemas funcionais, nem organizações formais, nem interações, mas acoplamentos entre os anteriores”.²³² E, ainda, afirma-se que eles não podem ser explicados apenas pelas instituições contratuais, ou seja, pelo acoplamento bilateral entre direito e economia, mas pelos diversos acoplamentos (“plurilaterais”/“policontexturais”) que se formam em determinado meio – já que os próprios regimes de produção já são híbridos econômico-sociais.²³³

As redes, por sua vez, são vistas por muitos autores como “organizações” eminentemente distintas que escapam às definições tradicionais de “organização”, pois elas “[...] pressupõem ajustes mútuos, alocações de recursos complementares, disputas de poder [...] e relações de confiança [...] combinam consenso e conflito [...]”.²³⁴ Em Teubner, as “redes híbridas” apresentam-se como estruturas internamente contraditórias, para além dos contratos e organizações das quais os sistemas podem se usar para construir uma melhor relação “simbiótica” com o ambiente.

²²⁹ BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge. **Redes de cooperação empresarial: estratégias de gestão na nova economia**. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2016.

²³⁰ PETSOULAS, Christina. **Hayek’s liberalism and its origins: his idea of spontaneous order and the Scottish enlightenment**. London; New York: Routledge, 2013.

²³¹ TEUBNER, Gunther. *Coincidentia oppositorum: hybrid networks beyond contract and organization*. In: GORDON, Robert; HORWITZ, Mort (ed.). **Festschrift in honour of Lawrence Friedman**. Stanford: Stanford University Press, 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=876939>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²³² TEUBNER, Gunther. Regimes de produção idiossincráticos: sobre a coevolução da economia e do direito nas *varieties of capitalism*. In: TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Unimep: Piracicaba, 2005. p. 135.

²³³ TEUBNER, Gunther. Regimes de produção idiossincráticos: sobre a coevolução da economia e do direito nas *varieties of capitalism*. In: TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Unimep: Piracicaba, 2005. p. 130-152.

²³⁴ BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge Renato. **Redes são redes ou redes são organizações?**. **RAC**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, jul./ago. 2014. p. 528. Disponível em: <https://bit.ly/32NpNte>. Acesso em: 1 fev. 2023.

Nessa perspectiva, por exemplo, o direito pode lidar com os paradoxos inerentes a ela por uma “dupla atribuição” (“de responsabilidades”) de contratos individuais (autônomos) entre organizações e à própria rede. Isso significa a construção de um conceito propriamente jurídico de um “interesse da rede” que sustenta a “autonomia reflexiva” de “sub-unidades” individuais no interior das redes, o que pode ser também generalizado para redes intersistêmicas para proteção da integridade institucional da saúde, educação, arte, tecnologia, afirma Teubner.²³⁵

Nesse ponto, deve-se ressaltar que se nos processos econômicos o processo contratual é a instituição de ligação, nos processos técnicos, científicos e médicos é a padronização a instituição de ligação com o direito. Os processos de padronização global (do comércio, do transporte e comunicação) conectam-se à gestão das incertezas técnicas e jurídicas nas organizações, apresentando-se como uma importante lógica para os processos globais – o campo da comunicação é central neste sentido, bastando-se verificar que a primeira grande organização internacional é precisamente a União Internacional de Telecomunicações (UIT), fundada em 1865, e anexada à ONU (Organização das Nações Unidas) em 1947.²³⁶ Nesse sentido, afirma Teubner:

Os processos de padronização global, que surgem em parte através das forças de mercado, em parte através do estabelecimento interno em organizações internacionais, em parte através de negociações entre atores privados e públicos, estão entre as fontes mais importantes do direito global. Se os padrões cognitivos científicos, técnicos ou médicos são normalizados e, em última instância, juridicamente vinculativos, então também aqui a lei desenvolveu uma mistura adequada de distância e adaptação em relação à ciência e à tecnologia. A despolíticação das decisões legislativas corresponde a uma “descienciização” das normas.²³⁷ (tradução nossa).

²³⁵ TEUBNER, Gunther. *Coincidentia oppositorum: hybrid networks beyond contract and organization*. In: GORDON, Robert; HORWITZ, Mort (ed.). **Festschrift in honour of Lawrence Friedman**. Stanford: Stanford University Press, 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=876939>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²³⁶ Um outro grande exemplo, nesse caso, é a Organização Internacional de Padronização (ISO – *International Organization for Standardization*), criada em 1946, para coordenar os padrões industriais, mas que evolui a ponto de englobar, hoje, até mesmo padrões de segurança e gestão de informação. A ISO é uma rede de organismos técnicos nacionais, cujas padronizações abrangem os mais diversos setores sociais, com uma ampla participação de atores privados e associações civis dentro e fora da comunidade científica e de organizações estatais. INTERNATIONAL STANDARDIZATION ORGANIZATION. **ISO standards are internationally agreed by experts**. Disponível em: <https://bit.ly/3npEFPG>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²³⁷ “Global standardization processes, coming about partly through market forces, partly through being laid down internally in international organizations, partly through negotiations between private and

Levando-se para as transformações no interior do Estado, Teubner, ao observar as transformações políticas, jurídicas e econômicas, ainda na década de 1980, já descrevia um processo de “[...] mudança de arranjos macrocorporativistas centralizados para redes mais flexíveis, descentralizadas e plurais do policorporativismo” com a posterior mudança em direção à um “Estado em Rede”, cujo papel é facilitar o desenvolvimento organizacional e a institucionalização de um status público por meio do redesenho na autorregulação de organizações intermediárias privadas.²³⁸ Por um ângulo complementar, Ladeur descreve, no decorrer do século XX,²³⁹ as transformações da sociedade-de-organizações (ou “pluralista-de-grupos”) e a crescente dependência de conhecimentos técnicos para a regulação e gestão de áreas específicas da sociedade, o que levou, na segunda metade do século XX, a consolidação da forma de “Estado cooperativo” e aos modos híbridos de regulação (público-privada).²⁴⁰

Explica-se que as teorias de governança (corporativa), originadas no âmbito econômico em 1970, passam a invadir o campo de reflexão da ciência política e, nesse sentido, a governança estatal passou a ser cada vez mais caracterizada de modo mais “negocial” e “heterárquico” em diversas áreas do conhecimento. A teoria do direito, preocupada, tradicionalmente, com a validade (interna) de expectativas normativas,

public actors, are among the most important sources of global law. If scientific, technical or medical cognitive standards are normed and ultimately juridified, then here too the law has develop an adequate mixture of distance and adaptation vis-à-vis science and technology. The depoliticization of legislative decisions corresponds to a ‘descientification’ of standards”. TEUBNER, Gunther. *Global private regimes: Neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society?* In: LADEUR, Karl-Heinz Ladeur (ed.). **Globalization and Public Governance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 78. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894423. Acesso em: 1 fev. 2023.

²³⁸ “[...] move from centralized macrocorporatist arrangements to the more flexible, decentralized and pluralized networks of polycorporatism”. TEUBNER, Gunther. *The “State” of private networks: the emerging legal regime of polycorporatism in Germany*. **BYU Law Review**, [S.l.], v. 1993, n. 2, Apr./May 1993. p. 569. Disponível em: <https://bit.ly/3lBgME6>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²³⁹ No âmbito da jurisdição constitucional pós- 2ª guerra mundial, a construção de estândares (decisórios) de direitos humanos nacionais e globais são construídos de modo co-dependente, ao mesmo tempo em que ocorrem especificações regionais e funcionais. THORNHILL, Chris. *The crisis of corporatism and the rise of international law*. In: HARTMANN, Eva; KJAER, Poul (ed.). **The evolution of intermediary institutions in europe: from corporatism to governance**. London; New York: Palgrave-Macmillan, 2015. p. 217-240.

²⁴⁰ LADEUR, Karl-Heinz. *The changing role of the private in public governance: the erosion of hierarchy and the rise of a new administrative law of cooperation: a comparative approach*. **European University Institute**, sep./2002. Disponível em: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/187>. Acesso em: 1 fev. 2023.

amplia sua atenção para com os efeitos sociais da regulação jurídica, abrindo um maior diálogo para com as ciências sociais (e econômicas).²⁴¹

“Governança”, nesse sentido, é o conceito que engloba novas formas de conexão institucional em rede de diversos atores em uma multiplicidade de contextos sociais, sendo a “regulação” uma parte específica da governança “[...] que lida com a direção de eventos e estados de coisas”.²⁴² (tradução nossa). A partir do exposto, o que não se pode perder de vista na descrição de “regimes de governança privada” é que a criação de zonas cinzentas entre o público e o privado não está necessariamente relacionado a um “encolhimento do Estado”, mas sua reorganização.

Basta-se pensar, por exemplo, que a importância dos contratos e das redes para o direito administrativo²⁴³ tem seu correlato (“no outro lado da forma”) à importância (reintrodução da lógica administrativa e organização do poder) para organizações não-governamentais e privadas. Em oposição ao aparente desenvolvimento do direito (e da governança e regulação, de modo geral) de um modo aparentemente desconexo dos aparatos estatais, como as vezes pode-se pensar a partir de alguns textos de Teubner, as diferentes formas de participação do Estado (e organizações nacionais, intergovernamentais e transnacionais a eles conectadas) em redes de governança “privadas” é reafirmada a partir do conceito de “estatalidade pública”²⁴⁴ – que se conecta a antigas teses como a do “Estado em redes” acima referenciadas pensando-se não só na organização interna do Estado como também na reconstrução do poder em novos espaços e configurações sociais.

Por fim, faz-se necessário destacar novamente a crítica de Luhmann em relação ao conceito de hiperciclo. Segundo ele, o desenvolvimento de um conceito de

²⁴¹ BORA, Alfons. Semantics of ruling: reflective theories in regulation, governance and law. *In*: PAUL, Regine (et al.). **Society, regulation and governance: new modes of shaping social change**. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2017. p. 15-38.

²⁴² “[...] which deals with the steering of events and states of affairs”. BORA, Alfons. The Shadow of the Law: Intermediary institutions and the ruling part of governance. *In*: HARTMANN, Eva; KJAER, Poul. **The evolution of intermediary institutions in Europe: from corporatism to governance**. Houndmills; Basingstoke; Hampshire; New York: Palgrave MacMillan, 2015. p. 144.

²⁴³ LADEUR, Karl-Heinz. The role of contracts and networks in public governance: the importance of the “social epistemology” of decision making. **Indiana journal of global legal studies**, Bloomington, v. 14, n. 2, jun./set. 2007, p. 329-351. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/10.2979/gls.2007.14.issue-1>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²⁴⁴ GOLIA, Angelo; TEUBNER, Gunther. Networked statehood: an institutionalised self-contradiction in the process of globalisation? **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)**, research Paper n. 2020-40, March 16, 2021. p. 7-43. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/20414005.2021.1927608>. Acesso em: 1 fev. 2023.

unidade independente do conceito de autopoiese redonda em uma desconexão entre a autopoiese e a tomada de decisão no âmbito da teoria das organizações.²⁴⁵ A fim de posicionamento interpretativo desta dissertação, afirma-se que a construção acerca do direito reflexivo de Teubner pode ser deslocada do conceito de hiperciclo, não só porque a “reflexão” já pode ser explicada dentro das categorias luhmannianas, mas também pelo fato de as pretensões normativas de Teubner, que dependem da melhor explicação de comunicações intersistêmicas, poderem seguir as teses acerca dos regimes, organizações e redes, quer dizer, as novas configurações organizacionais em ambientes híbridos dependem também da estruturação normativa (encarnação da validade jurídica) de um direito que “aumenta” o grau de abertura (“reflexividade”) por “mal-entender” (e traduzir) significações sociais para jurídicas – e as tomadas de decisão formalizadas tem ainda uma grande função aqui.

Essas categorias, acima desenvolvidas, permitem a observação do que está “no meio” dos acoplamentos estruturais, o material de sentido construídos a partir de “práticas sociais reflexivas” e consolidados a partir da tomada de decisão descentralizada (em rede). As constituições, como estudado a seguir, não perdem seu sentido como estruturas reflexivas (“de ordem superior”) ligada a evolução social para além do que Luhmann pode empiricamente observar, principalmente com relação ao âmbito digital. A observação de acoplamentos estruturais múltiplos, “ao mesmo tempo”, não difere em demasia de observar um acoplamento bilateral (direito e política) que em seu “meio” são múltiplos. A importância da tomada de decisão para estruturação (de formas consolidadas) da autopoiese social, assim, poderia ser mantida sem as incompatibilidades com o conceito de hiperciclo que Luhmann identificava.

²⁴⁵ “Si, en la construcción de los conceptos, se quisiera marcar el compás de este modo, se requeriría un concepto de la unidad del sistema que fuese construido independientemente del concepto de autopoiesis. Para el caso de las organizaciones, esta versión debería también abandonar la estricta conexión entre autopoiesis y decisión. Entonces, los sistemas ‘autopoiéticos’ serían sistemas en los cuales se presenta también la autopoiesis, lo que, sin embargo, no explica la unidad del sistema. Y, acaso, entonces se debería sustituir el concepto de autopoiesis por el viejo concepto de causalidad circular. En todo caso, desde la perspectiva de Maturana, las reflexiones sobre la ‘gradualización’ estarían exclusivamente en el ámbito de las estructuras de los sistemas y nunca en el ámbito de la misma autopoiesis”. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2010. p. 74.

3.3 (Auto)constitucionalização, meios de comunicação e internet: observando a governança da rede global de nomes de domínios (ICANN)

O surgimento do constitucionalismo moderno se inscreve no contexto de constituição de um novo imaginário histórico e social no qual se dissolvem os grandes marcos de referência da certeza e se institui a nova forma de sociedade democrática, no sentido de Lefort.²⁴⁶ A “garantia” dessa nova forma de organização social pelo Estado liberal fora operacionalizada historicamente via codificação de direitos fundamentais em uma constituição escrita que reconhecia a soberania da nação – *vide* o poder constituinte de Sieyès e a vontade geral de Rousseau.²⁴⁷ Nesse sentido, verifica-se que essa semântica constitucional tradicional, conectada ao Estado nação, com todas suas confusões principiológicas e conceituais,²⁴⁸ ainda se mantém com a continuidade de uma observação técnico-jurídica baseada na matriz analítica do direito (positivismo).²⁴⁹

O movimento operado pela “sociologia do constitucionalismo”,²⁵⁰ no qual se insere o constitucionalismo social de Teubner, assim como outras propostas teóricas como de Febbrajo,²⁵¹ Thornhill²⁵² e Neves,²⁵³ a fim de romper com o “nacionalismo metodológico”,²⁵⁴ busca construir novas formas de se observar o fenômeno constitucional em uma realidade globalizada.²⁵⁵ A necessidade (ou não) do Estado

²⁴⁶ A filosofia política desse pensador, para além da sociologia política e da ciência política tradicionais, busca apreender as experiências de mundo e as transformações histórico-sociais que devem estar também implicadas nas análises sobre o político. LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

²⁴⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2001; ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

²⁴⁸ ROUSSEAU, Dominique. **Radicaliser la démocratie**: propositions pour une refondation. Paris: Éditions du Seuil, 2015.

²⁴⁹ COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. Sociologia das constituições: o constitucionalismo entre o normativismo e a teoria sistêmica. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, v. 4, n.1, jan./jul. 2018. p. 38-56. Disponível em: <https://bit.ly/3eXxjBE>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²⁵⁰ ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo social**: constituição na globalização. Curitiba: Appris, 2018.

²⁵¹ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**: constituição e teoria dos sistemas. Curitiba: Juruá, 2016.

²⁵² THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of post-national legal structure. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. v. 2.

²⁵³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

²⁵⁴ BECK, Ulrich. The cosmopolitan condition: why methodological nationalism fails. **Theory, Culture & Society**, [S.l.], v. 24, n. 7-8, dec. 2007. p. 286-290.

²⁵⁵ COSTA, Bernardo Leandro Carvalho.; ROCHA, Leonel Severo. O Constitucionalismo Social como terceira fase do Direito Constitucional. *In*: Anais do XI Congresso Internacional da ABraSD: trabalhos completos: Sociologia Jurídica hoje: cidades inteligentes, crise sanitária e desigualdade

para se pensar a constituição (e o direito) é, então, um dos pontos centrais a serem enfrentados na reflexão sobre um constitucionalismo no âmbito global, e, principalmente, no âmbito digital. Teubner, nesse sentido, reinterpreta a diferenciação de Lefort entre *La politique* e *Le politique*²⁵⁶ para distinguir a política institucionalizada (estatal/internacional) da construção social interna do poder em âmbitos sociais e realocar o fundamento do constitucionalismo não só para a sociedade, como também para além do próprio sistema político.²⁵⁷

Em Luhmann, a constituição é descrita não só como um acoplamento estrutural, uma estrutura que condensa e direciona a irritação sistema/ambiente, de forma a facilitar a identificação de prestações entre eles, como também uma “aquisição evolutiva moderna” que religa os sistemas do direito e da política ao mesmo tempo em que reforça o processo de diferenciação funcional entre eles.²⁵⁸ A Constituição possibilita o direito e a política lidarem conjuntamente com seus respectivos paradoxos de autofunda(menta)ção por meio da externalização, de um ao outro. Quer dizer, os problemas de autorreferência de uma política democrática que se autolegitima e de um direito positivo que é criado e vige por conta própria apoiam-se mutuamente pela estrutura constitucional. Ou, de outra forma, os códigos direito/não-direito e poder/não-poder têm suas (in)dependências reguladas pelo código constitucional/inconstitucional. Por isso, constata-se que a Constituição (“em si”) não resolve o problema dos paradoxos, mas sim auxilia a resolução interna pelos próprios sistemas envolvidos. Ela apenas apresenta uma distinção adicional (à Direito/Política; Sistema/Ambiente) para desdobrar o paradoxo, torná-lo utilizável, e não permitir um “curto-circuito”.

Na realidade, a grande contribuição da Constituição – para além da instituição dos direitos fundamentais – sempre foi definir procedimentos formais para a tomada de decisão no Estado. A Constituição limita as possibilidades (premissas) de decisão na administração estatal e nos tribunais (“autocontrole constitucional recíproco”) como

social. Porto Alegre: Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito, 2020. v. 1. p. 894-903.

²⁵⁶ LEFORT, Claude. **Essais sur le politique**: XIX-XX siècles. Paris: Éditions du Seuil, 1986.

²⁵⁷ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁵⁸ LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. **Rechtshistorisches Journal**, [S.l.], v. 9, 1990, p. 176-220. Disponível em: <https://bit.ly/2T2aBQ9>. Acesso em: 1 fev. 2023.

pré-condição da liberdade necessária à tomada de decisão.²⁵⁹ A partir do constitucionalismo social de Sciulli,²⁶⁰ a constituição como acoplamento Direito/Política (Luhmann) é ampliada por Teubner para pensar o acoplamento entre o Direito (constitucional) e diversos outros sistemas sociais. O pluralismo jurídico, anteriormente estudado, da origem à um “pluralismo constitucional” latente já no âmbito do Estado social,²⁶¹ que vai se conectar ao seu correlato global à constitucionalização de regimes, organizações e redes:

[...] parece-me que isso é o movimento libertador que o paradoxo do direito global sem estado tem realmente provocado: uma expansão do constitucionalismo para dentro da produção privada do direito que leva em conta que aqueles governos “privados” são governos “públicos”.²⁶² (tradução nossa).

A partir da descrição da dupla fragmentação (dos sistemas funcionais e das culturas regionais) da sociedade contemporânea e a autoconstituição de âmbitos especializados, o constitucionalismo global pode ser pensado como uma unidade na multiplicidade (*unitas multiplex*), e não como uma “constituição mundial cosmopolita” assentada em um Estado mundial. Por isso, o direito constitucional de Teubner será também um direito constitucional de colisões entre os fragmentos constitucionais.²⁶³

²⁵⁹ CORSI, Giancarlo. On paradoxes in constitutions. In: FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo (ed.). **Sociology of constitutions: a paradoxical perspective**. London; New York: Routledge, 2016. p. 11-29.

²⁶⁰ SCIULLI, David. **Theory of societal constitutionalism: foundations of a non-marxist critical theory**. Cambridge; New York; Port Chester; Melbourne; Sydney: Cambridge University Press, 1992. A pretensão de aplicação “empírica” para leitura dos novos fenômenos constitucionais é algo não só intrínseco à “jurisprudência sociológica” de Teubner, como também a teoria do constitucionalismo social de David Sciulli que passa a ser reformulada diante dos pressupostos da Teoria dos Sistemas. Sobre o sentido da pesquisa empírica na Teoria dos Sistemas, ver: CAMPILONGO, Celso Fernandes; AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme (org.). **Luhmann and socio-legal research: an empirical agenda for Social Systems Theory**. Abingdon; New York: Routledge, 2021.

²⁶¹ “O que falta aos conceitos de Estado social é o respeito incondicional às racionalidades e normatividades próprias dos sistemas funcionais sociais, que se realizam nas constituições próprias dos âmbitos sociais”. TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 73.

²⁶² “[...] That seems to me is the liberating move that the paradox of global law without the state has actually provoked: an expansion of constitutionalism into private law production which would take into account that “private” governments are ‘public’ governments”. TEUBNER, Gunther. **Breaking frames: economic globalization and the emergence of lex mercatória**. **European journal of social theory**, New York, v. 5, n. 2, abr./jun. 2002, p. 210. Disponível em: <https://bit.ly/3IAROVE>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²⁶³ TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. **Michigan Journal of International Law**, Ann Arbor, v. 25, n. 4, 2004. p. 999-1046. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol25/iss4/12/>. Acesso em: 1 fev. 2023.;

Os “novos sujeitos constitucionais” são, dessa forma, não só outros tipos de organizações, como também os próprios regimes e as redes. A dialética do poder constituinte/constituído – que antes pressupunha uma certa homogeneidade cultural, um *demos* territorializado, um mito político fundante, a soberania da nação, e uma esfera pública e partidos políticos – encontra-se na relação entre âmbitos espontâneos e âmbitos profissionais organizados.²⁶⁴

O poder constituinte é entendido como um “potencial comunicativo” que permanece sempre como um fator de irritação contínua do poder constituído. E o direcionamento e delimitação de sentido desses processos constitucionais é orientado pelo autodirecionamento dos meios de comunicação (poder, dinheiro, direito, verdade) nos “centros de decisão” dos sistemas funcionais, o terceiro âmbito da “arena constitucional”: “Também aqui a constitucionalização tem como tarefa normatizar instâncias, competências e procedimentos da reflexão interna”.²⁶⁵ As constituições se direcionam a “dupla reflexividade” do direito (validade) e do sistema social e consolida-se a partir de uma “metacodificação híbrido-binária”.

Nessa lógica, pensando-se no âmbito digital, tanto o código direito/não direito quanto o código digital/não digital são superordenados pelo código constitucional no âmbito digital – por isso o prefixo “meta”. À reflexividade codificada de ambos os sistemas se adiciona outra para orientação dos processos comunicacionais, qual seja, o código constitucional/não constitucional. Esse metacódigo constitucional, por sua vez, pode-se programar para reforçar a reflexividade do âmbito digital. Assim, se levantam questões sobre a responsividade ambiental e a forma como se operacionaliza a inclusão/exclusão das comunicações (forma central para se pensar os direitos fundamentais e os movimentos sociais).²⁶⁶ Na dimensão dos conflitos constitucionais, fala-se em um “metaconstitucionalismo” intentado ao desenvolvimento de normas substantivas e/ou a coordenação (“acordo”) entre âmbitos autônomos para o estabelecimento de premissas organizacionais e

²⁶⁴ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁶⁵ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 180.

²⁶⁶ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

processuais capazes de dotar a autorregulação social (digital) com uma capacidade de aprendizagem.²⁶⁷

Em relação aos direitos fundamentais, esclarece-se que Luhmann os descrevia como a institucionalização das expectativas, em primeiro momento fático, e, só depois, jurídico.²⁶⁸ Em sentido próximo, o constitucionalismo social de Teubner elegerá os direitos fundamentais como uma “contra-instituição”, um dos mecanismos principais para barrar a expansão desenfreada dos sistemas (exclusão) e institucionalizar as demandas de inclusão.²⁶⁹ Em Luhmann, esses direitos já eram responsáveis pelo reforço das diferenças (funcionais) da sociedade, e não se direcionam simplesmente ao Estado.²⁷⁰ Uma das grandes contribuições de Teubner é a análise dos direitos fundamentais horizontais, a relação dos direitos fundamentais (sua lesão e proteção) entre atores privados. Nesse sentido, o paradoxo dos direitos fundamentais há de ser tratado (“desparadoxizado”) nos próprios regimes, organizações e redes. A eficácia excludente desses direitos traduz-se como uma defesa a instituições sociais nas zonas limítrofes entre âmbitos sociais parciais, a defesa contra a monopolização de racionalidades (“totalizantes”) no movimento de “tradução” entres regimes e redes híbridas, assim como sua proteção “ecológica” (natural, psíquica e social),²⁷¹ a fim de proteger também “terceiros” (externos afetados pelas lógicas internas). Explica-se que os direitos fundamentais são paradoxais, pois, na sociedade moderna, eles repousam em sua própria lesão:

[...] Luhmann descreve isso, tendo em vista a perda de relevância das negociações estatais, como o paradoxo ‘contemporâneo’ nas turbulentas relações globais, em que [...] os direitos fundamentais não são estabelecidos como norma antes de serem feridos, mas, exatamente ao contrário, justamente por meio de sua lesão e por meio de correspondente ultraje são postos em vigência [...].²⁷²

²⁶⁷ TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments**: societal constitutionalism and globalization. Oxford: Oxford University Press, 2012.

²⁶⁸ LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana, 2010.

²⁶⁹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁷⁰ LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana, 2010.

²⁷¹ ROCHA, Leonel Severo. Comunicação ecológica por Niklas Luhmann. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 1, jan./abr. 2014. p. 232-262. Disponível em: <https://bit.ly/3f4sFQt>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²⁷² TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 231.

Teubner afirma que a lesão a direitos fundamentais deve ter sua fonte antes identificada, pois os seres humanos são muito mais ameaçados, hoje, por processos comunicativos anônimos. Assim, a regulação segue uma lógica setorial específica, sempre *ex post* e *ad hoc*, de modo que esses direitos, como garantia institucional de autonomia, sejam responsáveis pela harmonização de lógicas de conduta incompatíveis.²⁷³ Os movimentos sociais, por sua vez, possuem um papel central para irritação e pressão para a tomada de decisões, para geração do ultraje público junto aos meios de comunicação,²⁷⁴ mas a formação de estandartes de direitos fundamentais em âmbitos específicos acaba por se formar a maneira de uma “*common law constitution*”,²⁷⁵ ou seja, é uma reconstrução contínua por decisões formalizadas. Se, por um lado, os movimentos de protestos representam a grande potência das dinâmicas sociais que podem impulsionar a constitucionalização de uma “sociedade civil global”,²⁷⁶ por outro, são as organizações (e.g. ONGs como o Greenpeace, Anistia Internacional) que tem a sua disposição as chances de “racionalização” em um sentido “burocrático formal” que torna possível comunicar com organizações estatais e grupos multinacionais.²⁷⁷

Nessa continuidade, um dos exemplos centrais utilizados por Teubner para observação de um direito autônomo no âmbito digital, *lex digitalis*,²⁷⁸ e sua evolução para questões de um constitucionalismo digital, encontra-se na governança global da rede de nomes de domínios pela ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and*

²⁷³ TEUBNER, Gunther. A matriz anônima: violação de direitos humanos por atores “privados” transnacionais. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação**: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 273-313.

²⁷⁴ FISCHER-LESCANO, Andreas. **Globalverfassung**: die Geltungsbegründung der Menschenrechte. Weilerswist: Velbrück, 2005.

²⁷⁵ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 236.

²⁷⁶ Castells já descrevera sobre os movimentos sociais na era na Internet, analisando, a exemplo, a revolução Egípcia de 2011, na qual, adiciona-se, não seria possível sem o Twitter e a atuação hacktivista do “grupo” Anonymous. CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. Schwartz, de outra sorte, observa as peculiaridades dos novos movimentos sociais no século XXI e reforça a possibilidade de apresentarem momentos constituintes, e não só destituíntes (de desintegração). SCHWARTZ, Germano. **As constituições estão mortas?** momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

²⁷⁷ TEUBNER, Gunther. Global private regimes: neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society? In: LADEUR, Karl-Heinz Ladeur (ed.). **Globalization and Public Governance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 71-87. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894423. Acesso em: 1 fev. 2023.

²⁷⁸ MOURA, Ariel Augusto Lira. “Lex digitalis” e flexibilidade do direito. In: SCHWARTZ, Germano (coord.). **Anais Sociology of Law 2018**: o direito entre o caos e desconstrução. Canoas: Unilasalle, 2018. p. 88-98.

Numbers). A partir dela, pode-se observar os questionamentos acerca da comunicação jurídica entre regimes, organizações e redes aplicadas ao âmbito digital junto a tese de sua “(auto)constitucionalização”. Inicialmente, deve-se ressaltar que os protocolos TCP (*Transfer Control Protocol*) e IP (*Internet Protocol*), reunidos (TCP/IP), permitiram a adoção de números de identificação dos computadores e a padronização dos envios de mensagens entre computadores e entre redes. Um dos grandes criadores desses protocolos é Jon Postel, um cientista da computação que participou da criação, também, do Sistema de Nomes de Domínio (*DNS – Domain Name System*).

Os nomes de domínios são nomes dados aos endereços de IP, de forma que, ao acessar uma página na web ou enviar um e-mail, não seja necessário digitar o número IP, mas apenas o nome único ligado a ele.²⁷⁹ Esse cientista fazia o controle por meio da anotação em seu caderno desde a década de 1970 enquanto era voluntário na ARPA (Agência de Projetos de Pesquisa Avançada), e continuou a fazer após a criação de uma organização chamada IANA, a Autoridade da Internet para Atribuição de Nomes criada em 1988 para gerir a chamada *root zone* do Sistema de Nomes de Domínios (DNS). O registro era feito pela Centro de Defesa de Dados (CDD - *Defense Data Network*) no Instituto de Pesquisa Stanford, que mantinha um contrato com o Departamento de Defesa dos EUA (DOD), mas com o crescimento da Internet, cria-se o Inter-NIC (união da *Network Solutions*, a *AT&T* e a *General Atomics*), em 1991 para realizar essa função.

Explica-se que os domínios do nível do topo da arquitetura dos nomes (*root zone*) são aqueles que ficam após o último ponto quando se digita um site, enquanto os domínios secundários são os que ficam anteriores a ele: “www.domíniosecundário.topleveldomains”. Eles possuem duas classificações: 1) nomes de domínios genéricos com mais de duas letras (gTLDs – *generic Top-Level Domains*), que se subdividem em livres (.com, .info, .net, .org) ou restritos (.coop, .edu, .aero etc.); e 2) nomes de domínios de duas letras para países e territórios em acordo com a ISO 3166, como os domínios do Brasil (.br), do Reino Unido (.uk) e Luxemburgo (.lu). Além destes, há o domínio restrito para organizações intergovernamentais (.int)

²⁷⁹ O uso “comum” do “TCP/IP” envolve uma série de protocolos que desempenham uma miríade de tarefas, como, a exemplos, a transferência de arquivos e-mail, e o HTTP, que conecta os mecanismos de pesquisas a websites. BING, Jon. *Building cyberspace*. In: BYGRAVE, Lee; BING, Jon (ed.). **Internet governance: infrastructure and institutions**. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 38-40.

e aquele destinado a propósitos técnico-administrativos (.arpa) que é governado pela IANA junto ao Conselho de Arquitetura da Internet (*Internet Architecture Board*).²⁸⁰

Na década de 1990, a partir da queda de restrição para uso comercial (1991), a complexidade crescente da governança da internet (“dimensão técnica”) e as pressões de países e organizações não governamentais nascentes, a governança da rede caminha no sentido de se retirar o controle estadunidense. Do surgimento de organizações não governamentais, pode-se citar os exemplos da *Electronic Frontier Foundation* (EFF), organização criada para proteção do anonimato e liberdade de expressão na internet, em 1990,²⁸¹ e da Sociedade da Internet,²⁸² uma rede para articulação global para governança da internet, sendo responsável pelo apoio técnico, de serviços e financeiro de diversas outras organizações não governamentais que atuam nesse âmbito, em 1992.

Mesmo com resistência do governo dos EUA, a IANA e a Internet Society, no ano de 1997, formaram o *International Ad Hoc Committee* (IAHC) com outras inúmeras organizações e estabeleceram o primeiro memorando (MoU – *Memorandum of Understanding*) para administração e governança dos nomes de domínios da zona raiz (root zone), chamados Top-Level Domains. E, em 1997, o Governo Clinton, no seu *Framework for Global Electronic Commerce*, fez um chamado e impulsionou o processo para a total privatização do Sistema de Nomes de Domínios (DNS) até a criação da nova organização não governamental, criada sob o direito societário da Califórnia (EUA), responsável pela governança global desse sistema: a Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*).²⁸³

Inicia-se, dessa forma, um processo de transição das funções da IANA para a ICANN em três grandes frentes: o gerenciamento da zona raiz (*root zone*

²⁸⁰ INTERNET ASSIGNED NUMBERS AUTHORITY (IANA). **Root zone management**. Disponível em: <https://bit.ly/2lv03Et>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²⁸¹ John Perry Barlow, um dos fundadores, é quem publica em 1996, a Declaração de Independência do Ciberespaço, um manifesto contra a Lei de Telecomunicações dos EUA, deste mesmo ano, que intentava regular o conteúdo das comunicações. “Governos do Mundo Industrial, vocês gigantes aborrecidos de carne e aço, eu venho do Ciberespaço, o novo lar da Mente. Em nome do futuro, eu peço a vocês do passado que nos deixem em paz. Vocês não são bem-vindos entre nós. Vocês não têm nenhuma soberania onde nos reunimos”. CAPPI, Juliano. VENTURINI, Jamila. Declaração de Independência do Ciberespaço: um chamado à ação em defesa da Internet. **Observatório da Internet no Brasil**. 19 mar. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2lGGjgy>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²⁸² INTERNET SOCIETY. **Our Mission**. Disponível em: <https://bit.ly/35yEY4z>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²⁸³ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **History project**. Disponível em: <https://go.icann.org/38N5QQy>. Acesso em: 1 fev. 2023.

management), a transição administrativa (*stewardship transition*), e o desenvolvimento de melhorias de responsabilidade (*accountability enhancements*).²⁸⁴ Ocorre que é apenas em 1 de Outubro de 2016 que o contrato da IANA e, assim, a ligação direta com os EUA, é oficialmente expirado e, como resultado, “[...] a coordenação e gestão dos identificadores únicos da Internet é agora privatizado e nas mãos da comunidade a-base-de-voluntários de múltiplos atores”.²⁸⁵ (tradução nossa). O “princípio organizacional” dos múltiplos atores,²⁸⁶ que ganha grande impulso após o vazamento dos arquivos da Agência Norte-americana de Segurança (NSA) por Edward Snowden, apesar da administração da zona raiz ter pouco a ver com medidas de vigilância,²⁸⁷ está ligado a tentativa de “[...] criar um semblante artificial da democracia global em pequenos formatos”.²⁸⁸ No caso da ICANN, permite-nos mostrar a complexa rede de múltiplos atores, que será abaixo explicada junto com o desenvolvimento das políticas (construção interna do poder) e da tomada de decisão jurídica – o “*multi-stakeholderism*” dificilmente pode ser “generalizado” como uma instituição global, como as vezes se pensa.²⁸⁹

O Conselho de Diretores da ICANN consiste em 15 membros com poder de voto que são nomeados por uma organização independente chamada NomCom, criada especificamente para essa finalidade. O *Ombudsman* é outra organização independente, a qual é responsável pela “resolução alternativa” de conflitos em casos

²⁸⁴ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **IANA stewardship transition implementation**. Disponível em: <https://go.icann.org/2lDgspW>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²⁸⁵ “[...] the coordination and management of Internet’s unique identifiers is now privatized and in the hands of the volunteer-based multistakeholder community”. INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **IANA stewardship & accountability**. Disponível em: <https://go.icann.org/38N5WaS>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²⁸⁶ Registradores, Provedores de Serviço de Internet (ISPs – Internet Service Providers), advogados de propriedade intelectual, interessados comerciais e negociais, representação de mais de 100 governos, e um agregado de usuários individuais.

²⁸⁷ DENARDIS, Laura; MUSIANI, Francesca. Governance by infrastructure. In: MUSIANI, Francesca; COGBURN, Derrick; DENARDIS, Laura; et. al. (ed.). **The turn to infrastructure in internet governance**. New York: Palgrave Macmillan, 2016. p. 3-25.

²⁸⁸ “[...] create an artificial semblance of global democracy in small formats”. KETTEMANN, Matthias. **The normative order of the Internet: a theory of rule and regulation online**. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 119.

²⁸⁹ RAYMOND, Mark; DENARDIS, Laura. Multi-stakeholderism: anatomy of an inchoate global institution. **Global Commission on Internet Governance**, paper series, n. 41, Sept. 2016. Disponível em: https://www.cigionline.org/static/documents/gcig_no.41web.pdf. Acesso em: 1 fev. 2023. Em recente formulação, pensando nos novos fenômenos, como as redes sociais, DeNardis afirma: “Multistakeholder governance approaches in Internet policy have not yet caught up. There are new actors, new industries, and new public policy problems”. DENARDIS, Laura. **The internet in everything: freedom and security in a world with no off switch**. New Haven; London: Yale University Press, 2020. p. 196.

envolvendo as ações ou inações dos funcionários da ICANN, do conselho, ou das organizações que fazem parte da sua rede, seguindo os “estândares de comportamento” ou “normas de conduta” que devem observados por todos da comunidade – o que já demonstra um passo na direção da autoconstitucionalização da rede.²⁹⁰

Além das organizações que fazem parte diretamente da chamada “Comunidade ICANN”, muitas outras conectam-se diretamente a ela, como é o caso da ISO (*International Organization for Standardization*), que forma uma rede de organizações nacionais, e o IETF (*Internet Engineering Task Force*),²⁹¹ responsável, principalmente, pela formulação de estândares técnicos conectados à interoperabilidade necessária a uma internet global e de segurança da internet por meio da publicação de seus comentários (*Requests For Comments*), junto a W3C (*World Wide Web Consortium*), IEEE (*Institute of Electrical and Electronics Engineers*), ITU (*International Telecommunication Union*), ETSI (*European Telecommunications Standards Institute*), para ficar com apenas alguns exemplos desta rede.

A classificação dos tipos de políticas que são desenvolvidas na ICANN são três. As políticas de Práticas Gerais, as quais se apresentam como estândares práticos de transição dos mais diversos assuntos para as atuações dos indivíduos e organizações. São regras que se estabelecem temporariamente, antes que possam ser formalizadas, e permitem a garantia de parâmetros comuns de forma flexível. O exemplo expresso pela própria ICANN é o caso dos comentários públicos de 30 dias que devem ser abertos na formulação das outras políticas. Em determinados casos, pode-se estabelecer que as fases de comentários públicos serão alteradas.²⁹² O segundo tipo de política a ser destacado, o qual também não segue os processos formais de desenvolvimento de políticas previsto no estatuto da ICANN, mas que são abertas para comentários públicos ou outras formas de *input* da comunidade, são as políticas operacionais. Elas se relacionam a como a ICANN opera como uma

²⁹⁰ TEUBNER, Gunther. The corporate codes of multinationals: company constitutions beyond corporate governance and co-determination. In: NICKEL, Rainer (ed.). **Conflict of Laws and Laws of Conflict in Europe and Beyond: Patterns of Supranational and Transnational Juridification**. Oxford: Hart Publishing, 2009. Disponível em: https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852611/Generic_42852611.pdf. Acesso em: 1 fev. 2023.

²⁹¹ INTERNET SOCIETY. **About the IETF**. Disponível em: <https://bit.ly/3pwLctL>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²⁹² INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Policy**. Disponível em: <https://go.icann.org/2I11HIY>. Acesso em: 1 fev. 2023.

organização e, a exemplos, pode-se citar a política de conflito de interesses e as formas de transição para o novo IPv6.²⁹³

Por fim, há as políticas que se relacionam ao sistema dos nomes de domínios e que seguem os processos formais para sua formulação (PDPs - Processos de Desenvolvimento de Políticas). Em cada tipo de política há um responsável por iniciar o processo, mas após o impulsionamento inicial são formados grupos de trabalhos com diversos atores, os quais formulam relatórios que são abertos para comentários públicos e submetidos a apreciação de diversas outras organizações, técnicas e de representação dos indivíduos, antes de serem submetidas para o Conselho. Estes detalhes podem ser encontrados nos anexos A e B do estatuto da ICANN.²⁹⁴

O desenvolvimento e refinamento dessas políticas são liderados pelas chamadas Organizações de Suporte (SOs – *Supporting Organizations*). São elas: 1) GNSO, organização de suporte responsável pelo desenvolvimento de políticas relacionadas aos nomes de domínios genéricos; 2) ccNSO, organização de suporte que lida com as políticas operacionais acerca dos nomes de domínios de países e territórios; e 3) ASO, organização de suporte de políticas de operação, administração e atribuição de endereços. Essa última é composta por 15 membros, sendo 3 nomeados de cada um dos 5 RIRs (Registadores de Internet Regionais): AFRINIC (África), APNIC (Ásia e região do pacífico), ARIN (EUA, Canadá, parte das ilhas do caribe e ilhas do atlântico norte), LACNIC (América Latina e parte do caribe) e RIPE NCC (Europa, Oriente Médio e partes da Ásia Central).²⁹⁵

Os Comitês de Aconselhamento (ACs – *Advisory Committes*), por sua vez, aconselham diretamente o corpo de diretores da ICANN. São eles: 1) GAC, comitês de governos de países, portanto responsáveis pelo aconselhamento acerca da compatibilidade das políticas da ICANN com acordos internacionais e políticas domésticas; 2) SSAC, responsável pelo aconselhamento sobre segurança, estabilidade e integridade das políticas; 3) RSSAC, aconselhador do sistema da zona raiz, relatando questões mais administrativas e de operabilidade, mas também sobre segurança, estabilidade e integridade; e 4) ALAC, que é o comitê de aconselhamento

²⁹³ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Operational policy**. Disponível em: <https://go.icann.org/2Kd7Ozh>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²⁹⁴ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Bylaws**. Disponível em <https://go.icann.org/2Kd7W1J>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²⁹⁵ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Policy**. Disponível em: <https://go.icann.org/2I11HIY>. Acesso em: 1 fev. 2023.

relacionado a comunidade *At-Large*, que defende os interesses dos usuários em geral e possui sub-organizações em todas as regiões do mundo nas quais qualquer indivíduo pode participar.²⁹⁶

Uma dessas políticas DNS, formuladas nesse modelo multissetorial, se destaca para observação de Teubner, qual seja, a Política de Uniformização para Resolução de Disputas envolvendo os Nomes de Domínios (UDRP - *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*). Normalmente, os casos são acerca dos nomes de domínios genéricos, ou seja, são indivíduos ou empresas que possuem a sua identidade ou marca violadas por outro registro ilegal. Esses casos são definidos como *cybersquatting*.²⁹⁷ O artigo 4º, alínea a, do UDRP, prescreve que o reclamante deve provar que possui direitos em relação ao domínio que foi registrado, ou está sendo usado de má fé, e que esse outro domínio é idêntico ou que se confunde facilmente com o seu.²⁹⁸ A disputa será julgada pelo tribunal arbitral a ser escolhido pelo reclamante dentro da rede contratual estabelecida com a ICANN.

A questão é que há um grupo de casos conhecidos como *companynamesucks* no qual o registro de um nome de domínio próximo ao dos reclamantes foram reconhecidos como legítimos pelos tribunais arbitrais. E, mais, sob o argumento de que estariam protegidos pelo direito à liberdade de expressão, dado que o registro desses nomes de domínios são uma forma de crítica ou manifestação contra certas empresas, configurando um registro de boa-fé.²⁹⁹ Teubner, ao analisar casos desse grupo, afirma que:

Os painéis da ICANN concretizam direitos fundamentais dentro do Ciberespaço na base de uma ficção. Eles desenham sobre a ficção de um 'núcleo comum' de princípios jurídicos globais aplicáveis, os quais incluem direitos humanos e fundamentais, e com sua ajuda concretizam direitos fundamentais específicos da internet dentro do alcance de uma 'lei comum' da Internet.³⁰⁰ (tradução nossa).

²⁹⁶ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Policy**. Disponível em: <https://go.icann.org/2II1HIY>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²⁹⁷ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **About cybersquatting**. Disponível em: <https://go.icann.org/3pum5Yt>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²⁹⁸ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Uniform domain name dispute resolution policy**. Disponível em: <https://go.icann.org/2Ha815e>. Acesso em: 1 fev. 2023.

²⁹⁹ WIPO Arbitration and Mediation Center. **Wal-Mart Stores, Inc. v. walmartcanadasucks.com and Kenneth J. Harvey. Case nº D2000-1104**. Sole Panelist: Henry H. Perritt Jr. Data: 23 Nov. 2000. Disponível em: <https://bit.ly/2lw76gd>. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁰⁰ "ICANN Panels concretise fundamental rights within Cyberspace on the basis of a fiction. They draw upon the fiction of a 'common core' of globally applicable principles of law, which include

Após as decisões, a ICANN executa o mandamento da decisão do conflito imediatamente. Evidencia-se que apesar da jurisdição da ICANN ser “concorrente”, ou seja, de que a resolução pelo tribunal arbitral não impeça que se busque a resolução em jurisdições locais, as condições reduzem bastante a escolha desse caminho, pois: há o manejo da execução exclusiva pela organização; é ela que possui os conhecimentos técnicos junto aos tribunais para melhor entendimento da matéria; e, ainda, há clara adequação dos procedimentos a normas internacionais sobre o devido processo legal em matéria de arbitragem.³⁰¹

Nessa perspectiva, a (auto)constituição dos estândares de direitos fundamentais do regime específico da rede da ICANN faz parte de um processo maior de constitucionalização do âmbito digital, pois, na perspectiva de Teubner, a constitucionalização da rede de nomes de domínios pode impulsionar a constitucionalização da internet como um todo por estar no “core” da internet – o regime de nomes de domínio é uma das grandes infraestruturas críticas da internet.³⁰² Apesar da centralidade da análise no registro de marcas e da liberdade de expressão nos nomes de domínio, deve-se ressaltar que existem inúmeras outras questões pertinentes a proteção de direitos fundamentais que se relacionam diretamente a infraestrutura técnica e a governança da rede de nomes de domínios,³⁰³ como, a

fundamental and human rights, and with their help concretise internet-specific fundamental rights within the reaches of a ‘common law’ of the Internet”. TEUBNER, Gunther; KARAVAS, Vaios. *Www.companynamesucks.com: the horizontal effect of fundamental rights on ‘private parties’ within autonomous internet law. Constellations*, [S.l.], v. 12, n. 2, May/June, 2005, p. 273. Disponível em: <https://bit.ly/3nvkAr0>. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁰¹ Em relação à dimensão regulatória processual, interessante citar o URS. O problema na resolução dos casos “*cybersquatting*” é que, no mais das vezes, até o estabelecimento do processo para resolução – e até que se prove a confusão ou identificação entre os nomes, a ilegalidade do registro e o uso de má fé – a pessoa que registra pode tentar rapidamente obter vantagem, o que pode se realizar em muitos casos, fazendo com que a futura decisão não seja efetiva. Como uma forma de combater esse “estelionato”, entre outros intuitos, há na ICANN o URS (*Uniform Rapid Suspension System*), um procedimento de baixo custo e rápida resolução, para os titulares de direitos que enfrentam “casos claros” de violação causados por registros de nome de domínio – é usado, também, para qualquer tipo de reclamação incidental à um processo em andamento. Com isso, o operador que recebe a denúncia pode “trancar” o nome de domínio em 24 horas – o que não é permitido se houver mais de um nome, devendo, nesse caso, suspendê-los apenas, para melhor averiguar. INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Uniform Rapid Suspension (URS)**. Disponível em: <https://www.icann.org/resources/pages/urs-2014-01-09-en>. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁰² CARLE, Georg (et. al.). *The Critical Internet Infrastructure. Dagstuhl Reports*, v. 3, n. 8, 2013. p. 27–39. Disponível em: https://drops.dagstuhl.de/opus/volltexte/2013/4341/pdf/dagrep_v003_i008_p027_s13322.pdf. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁰³ ZALNIERIUTE, Monika; MILAN, Stefania. Internet architecture and Human Rights: beyond the human rights gap. *Policy and Internet*, v. 11, n. 1, March 2019. p. 6-15. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/poi3.200>. Acesso em: 1 fev. 2023.

exemplo, a proteção de dados no sistema de gerenciamento da base dos domínios (WHOIS).³⁰⁴

A ICANN, é uma rede público-privada que possui, como se viu, diversos mecanismos que podem ser vistos como equivalentes funcionais aos processos políticos e jurídicos estatais, específicos a sua rede, o que corrobora a tese de sua constitucionalização. Nesse sentido, ela não participa diretamente de um sistema político global, mas se conecta ao desenvolvimento de uma “estatalidade” em rede que está além da concepção “corporativa” do Estado e cuja “dupla atribuição” (de “responsabilidade”), de autonomia dos nódulos e à rede como um todo (“coletividade”), não pode ser explicada apenas pelas conexões contratuais. Sobre a sua participação no sistema político, explica-se que ela:

[...] o faz apenas na medida em que participa de uma coletividade reticular mais ampla orientada principalmente para a reprodução de decisões políticas, ou seja, como um nó de uma estatalidade em rede, não necessariamente envolvido apenas com a governança da Internet.³⁰⁵ (tradução nossa).

Basta-se pensar que os nomes de domínio se conectam muitas vezes a questões de identidade nacional ou de culturas regionais, como, por exemplo, no recente caso Amazon que,³⁰⁶ após larga disputa entre países da América Latina e a empresa, foi decidido em favor desta última, resultando em diversas críticas sobre a “legitimidade” com relação a própria ICANN – e a perda de possibilidade de travar entendimentos normativos internos à rede para proteção de identidades simbólico-culturais, apesar da decisão poder ser vista como uma espécie de “controle” de atos

³⁰⁴ O WHOIS é um diretório global de consulta gratuita de informações pessoais e de registro DNS. Conforme analisam Bradshaw e DeNardis, alguns registradores oferecem serviços de proxy para mascarar as identidades, mas essa não é a regra, principalmente para sites pessoais, blogs ou pequenas empresas. BRADSHAW, Samantha; DENARDIS, Laura. Privacy by infrastructure: the unresolved case of the domain name system. **Policy & Internet**, v. 11, n. 1, March 2019. p. 16-36. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/poi3.195>. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁰⁵ “[...] it does so only insofar as it participates in a broader reticular collectivity mainly oriented towards the reproduction of political decisions, i.e. as a node of a networked statehood, not necessarily involved with internet governance only”. GOLIA, Angelo; TEUBNER, Gunther. Networked statehood: an institutionalised self-contradiction in the process of globalisation? **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)**, research Paper n. 2020-40, March 16, 2021. p. 13. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/20414005.2021.1927608>. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁰⁶ FLORES, Maurício Pedrosa. ICANN e o Caso Amazon: sobre a complicada legitimidade da governança global. In: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **O futuro da constituição: constitucionalismo social em Luhmann e Teubner**. Porto Alegre: Editora Fi, 2021. p.346-370. Exemplo da utilização pela empresa: “<https://aws.amazon.com/pt/products/databases/>”

administrativos equivalente à tribunais estatais, já que aqui o “critério” de conteúdo é auto-estabelecido, quer dizer, não se encontrou um material de sentido suficiente na “história” de decisões passadas para se ficcionar. De outro lado, pode-se pensar na inscrição de disputas geopolíticas na governança da internet e na própria formulação dos estandartes de interoperabilidade. Vide, a exemplo, a recusa da ICANN em “derrubar” a “internet” Russa (domínio .ru) a pedido do governo ucraniano e a retomada de discussões sobre a fragmentação da Internet pela segregação nacional de sistemas que atuam diretamente no DNS.³⁰⁷

A tese da “estatalidade em rede”, nessa continuidade, parece mais apropriada a explicar o desenvolvimento do direito e do poder no interior da internet do que a tese sobre sua constitucionalização, pois, como afirma Ladeur, esta tese “[...] bloqueia o acesso à racionalidade processual heterárquica de redes sobrepostas da lei (e de outras normas [sociais]) que consistem em diferentes “nós” e padrões de relacionamento”.³⁰⁸ (tradução nossa). A complexa relação entre um âmbito espontâneo (“comunidade” ICANN)³⁰⁹ e a tomada de decisões por tribunais arbitrais não pode perder de vista a complexidade da governança da Internet, o entrelaçamento entre diversas redes e suas infraestruturas tecnológicas que envolvem políticas corporativas,³¹⁰ políticas nacionais (e.g. CGI.br) e regionais (e.g. LACNIC), e técnicas

³⁰⁷ WAKEFIELD, Jane. Como a guerra na Ucrânia ameaça dividir a internet no mundo. **BBC News Brasil**, 11 março 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-60711412>. Acesso em: 1 fev. 2023. Sobre a estratégia de bloqueio da conexão por *blacklist* de nomes de domínios de sites e seus endereços IPs, ver o grande exemplo Chinês: GRIFFITHS, James. **The Great Firewall of China: how to build and control an alternative version of the Internet**. London: Zed Books, 2019; Sobre a “nova bipolaridade” entre EUA e China com relação à Internet, ver: DEGTEREV, Denis; RAMICH, Mirzet; PISKUNOV, Danil. U.S. & China approaches to Global Internet Governance: “new bipolarity” in terms of “the Network Society”. **International Organisations Research Journal**, v. 16, n. 3, Nov. 2021. p. 7–33. Disponível em: <https://iorj.hse.ru/data/2022/03/17/1807801109/1%20Degterev%204-22.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁰⁸ “[...] blocks access to the heterarchical procedural rationality of overlapping networks of the law (and of other norms) that consists of different “nodes” and patterns of relationships”. LADEUR, Karl-Heinz. The relationship between public law and social norms in constitutionalism – domestic, European, and global. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 2, n. 1, jan./abr. 2016. p. 12-25. p. 20. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/issue/download/1732/290>. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁰⁹ LADEUR, Karl-Heinz. ICANN and the illusion of a community-based Internet: comments on Jochen von Bernstorff. *In*: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther. **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 283-285.

³¹⁰ Da ICANN, dos registradores acreditados, como “GoDaddy”, que fornecem os nomes de domínios para usuários entre ICANN, ou as empresas supervisoras de registros, que gerenciam o banco de dados de nomes e números para um determinado *Top-Level Domain*, como a “VeriSign”. MERRILL, Kenneth. Domains of Control: Governance of and by the Domain Name System. *In*: MUSIANI, Francesca; COGBURN, Derrick; DENARDIS, Laura; et. al. (ed.). **The turn to infrastructure in internet governance**. New York: Palgrave Macmillan, 2016. p. 89-106.

(e.g. IETF e outros órgãos de standardização).³¹¹ Além disso, há, ainda, a problemática de que não se encontra “tribunais arbitrais” e redes com um centro formalizado equivalente à própria ICANN em outros locais do mundo digital.³¹²

É por isso que ao falar de constitucionalismo digital não basta a generalização e especificação simbólica a esse meio de comunicação (Internet), mas deve-se estar atento às práticas sociais reflexivas do local de lesão aos direitos fundamentais. O meio é o lugar na qual os elementos estão acoplados de maneira “frouxa”, dizia Luhmann, em oposição ao acoplamento forte, que caracteriza a constituição. Contudo, se se define a Internet como um meio de comunicação, há percalços na tese de sua constitucionalização. Em Luhmann, os meios de comunicação de massa formam um sistema próprio.³¹³ E, nessa continuidade, poder-se-ia estender a tese da constitucionalização para este “sistema” ou a Internet como um sistema funcionalmente diferenciado em si – só assim faria sentido pensar em um acoplamento estrutural (“forte”). Contudo, “A Internet [...] é [...] mais um substituto linguístico para um ‘conjunto de ferramentas de comunicação’, uma ‘rede das redes’ flexível, do que a realização, e representação, de um ‘sistema tecnológico’”.³¹⁴ (tradução nossa).

Conforme Vesting, a tese da fragmentação constitucional, da (auto)constitucionalização de setores sociais parciais e de seu acoplamento com o direito, pretende trazer uma forma de estabilização e unidades mínimas para esses processos, algo que pode ser remetido a própria tradição da teoria constitucional tradicional (nacional). Ele admite que possam existir exemplos dessa dinâmica afirmada por Teubner, mas não na Internet, pois a Internet não é um sistema autopoiético de comunicação, mas sim “[...] um novo tipo de *medium* de comunicação baseado em um código digital por meio do qual todos os outros meios de comunicação (linguagem, imagens e sons) podem ser integrados [...]” de modo que “[...] a tese de que não existirá uma ‘constituição digital’, assim como nunca existiu uma ‘constituição

³¹¹ LEVINSON, Nanette; COGBURN, Derrick. The next “turn” in Internet Infrastructure Governance. *In*: MUSIANI, Francesca; COGBURN, Derrick; DENARDIS, Laura; et. al. (ed.). **The turn to infrastructure in internet governance**. New York: Palgrave Macmillan, 2016. p. 221-222.

³¹² KETTEMANN, Matthias. **The normative order of the Internet: a theory of rule and regulation** online. Oxford: Oxford University Press, 2020.

³¹³ LUHMANN, Niklas. **The reality of mass media**. Stanford: Stanford University Press, 2000.

³¹⁴ “Net as a technological phenomenon is thus more of a linguistic proxy for a ‘bundle of communications tools’, a flexible “network of networks”, than the realization, and representation of a ‘technological system’”. VESTING, Thomas. The autonomy of law and the formation of network standards. **German Law Journal**, Cambridge, v. 5, n. 6, June 2004. p. 641. Disponível em: <https://bit.ly/3kAcSdi>. Acesso em: 1 fev. 2023.

da linguagem' legalmente relevante, pode ser desenvolvida".³¹⁵ (tradução nossa). (grifo do autor).

A tese da constitucionalização, nesse sentido, estaria muito mais ligada a "constitucionalizações" econômico, jurídicas e políticas no *medium* digital, e não propriamente "da internet". A relação entre os protocolos técnicos e as práticas sociais, nesse sentido, poderia formar o material para os acoplamentos e, por isso, pode-se explicar a reintrodução do poder global que se apoia nessas condições dos materiais de sentido práticos e técnicos para discutir a institucionalização de direitos fundamentais em diversos âmbitos das redes. A resposta, como próprio Teubner já indicara, é: "*Strengthen the networks polycontextuality!*".³¹⁶ O desenvolvimento de um direito (constitucional) das redes híbridas, desta forma, caminhará mais no sentido ("fraco", não "forte", dos "acoplamentos") do desenvolvimento dos direitos fundamentais enquanto intermediadores (conexão e distanciamento) entre redes "vizinhas" e a reorganização do poder estatal no desenvolvimento da "estatalidade pública" em âmbitos técnicos que servem como pontos de controle dos fluxos de informações e estão no centro, hoje, de novos modelos econômicos e formas organizacionais distintas, como desenvolvido no próximo capítulo.

A "estatalidade" pode melhor indicar as articulações internas entre direito e poder e a importância recorrente do Estado na consolidação de padrões normativo-jurídicos na Internet – e não só enquanto decisões formalizadas. O termo governança (da Internet), nesse sentido, seguindo as construções de Vesting a partir de Schuppert, pode, por um lado, indicar as alterações institucionais e organizacionais do Estado, isto é, o crescimento de importâncias das relações horizontais entre o "público" e o "privado", inclusive englobando o conceito de "estatalidade", e respeitando o fato de que o Estado no "[...] sentido de um agregado de instituições claramente públicas detentoras de soberania nacional/territorial" nunca existiu.³¹⁷ E,

³¹⁵ "[...] a new type of communications medium based on a digital code by means of which all other communications media (language, pictures and sound) can be integrated [...]". "[...] the thesis that there will not be a 'digital constitution', just as there has never been a legally relevant 'language constitution', can be developed". VESTING, Thomas. *Constitutionalism or legal theory: comments on Gunther Teubner*. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther.

Transnational governance and constitutionalism. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 38 e 39.

³¹⁶ TEUBNER, Gunther. *Hybrid laws: constitutionalizing private governance networks*. In: KAGAN, Robert; WINSTON, Kenneth (ed.). **Legality and Community**. Berkeley: Berkeley Public Policy Press, 2002. p. 330. Disponível em: https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852982/hybrid_law.pdf. Acesso em: 1 fev. 2023.

³¹⁷ "[...] sense of an aggregate of clearly public institutions possessing national/territorial sovereignty". THORNHIL, Chris. *Constitutional law from the perspective of power: a response to Gunther*

de outro, considerar junto a “ordens constituídas” (conectadas ao Estado) uma multiplicidade de ordens instituídas (por uma multiplicidade de produtores de normas) formadas pela *práxis* social, standards técnicos e códigos de conduta de corporações globais.³¹⁸

Teubner. **Social and Legal Studies**, v. 20, n. 2, Jun. 2011. p. 245. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0964663911400245>. Acesso em: 1 fev. 2023.

³¹⁸ VESTING, Thomas. **State theory and the law**: an introduction. Massachusetts: Elgar, 2022. p. 203-204.

4 A COMUNICAÇÃO JURÍDICA NA CULTURA DAS REDES E AS PLATAFORMAS DIGITAIS: A MODERAÇÃO DE CONTEÚDO NO FACEBOOK/INSTAGRAM E O OVERSIGHT BOARD

No capítulo final desta dissertação a observação das dimensões teórico-jurídicas, midiática e organizacionais se entrelaçam a partir da tese de Vesting sobre os meios de comunicação como *pré-adaptive advances*. Ademais, busca-se mostrar as compatibilidades e incompatibilidades entre os três grandes marcos teóricos desta pesquisa, articulando-os para observação das recentes transformações da comunicação no âmbito digita.

Após explorar-se a dimensão teórico-jurídica em direção ao seu caráter experimental, aprofunda-se a observação da comunicação jurídica na cultura das redes em direção à realidade digital “datificada” (dimensão midiático-tecnológica). Ainda, aprofundando a descrição das plataformas digitais a partir de e para além do fenômeno organizacional, observa-se a construção do sistema de moderação de conteúdo no Facebook/Instagram e o recente experimento da Meta a ele conectado, a criação de um Comitê de Supervisão. Diversas problemáticas jurídico-midiático-organizacionais são então consolidadas em torno desses debates.

4.1 Cultura, mídia e evolução: os meios de comunicação como “pré-adaptive advances” e a epistemologia das redes

Inicialmente, destaca-se que Thomas Vesting ministra o seminário de Direito Público, Teoria do Direito e Teoria das Mídias na Universidade de Frankfurt am Main. Suas pesquisas se desenvolvem na interrelação entre estes três âmbitos de reflexão, de forma que sua epistemologia jurídica se caracteriza como social, midiática e histórica. O conceito de memória, nesse sentido, é de especial atenção para observar a interconexão entre cultura, mídia e evolução. A memória, seguindo Spencer-Brown, é vista por Luhmann como um “dispositivo especial” cuja função é suprir a incapacidade do sistema de controlar a sua evolução.³¹⁹ Contudo, apesar da conexão entre a memória e os meios de comunicação (linguagem, escrita, tipografia e os meios eletrônicos), anteriormente abordadas (2.2), com relação à evolução afirmava-se

³¹⁹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 457.

apenas que se há uma tendência na evolução dos meios de difusão da comunicação na modernidade ela pode ser resumida como a renúncia a integração espacial das operações sociais e a mudança de sua forma de organização hierárquica (pré-moderna) para uma ordem heterárquica.³²⁰

Os meios de comunicação não apenas são os meios para constituição dos sentidos, como, também, possuem uma função de memória da comunicação, pois eles “[...] condicionam tanto as condições gerais da empregabilidade repetitiva do saber [...] quanto o grau da tendência em divergir de tradições e hábitos [...]”.³²¹ Nesse sentido, Vesting, baseando-se nos avanços da teoria da evolução da Teoria dos Sistemas, concebe os meios de comunicação como *pré-adaptive advances* (Parsons; Luhmann), como indicadores das “[...] condições gerais de possibilidade de mudanças estruturais não planejadas e a explicação da diversificação ou do aumento de complexidade”.³²²

Diante do papel dos meios de comunicação na teoria da evolução, ele esclarece a conexão entre evolução social e jurídica para além das modificações estruturais aleatórias (“evolução às cegas”), como concebia Luhmann. Nesse sentido, os meios de comunicação e a “epistemologia social” a eles conectadas, adicionam a análise midiática para as “práticas sociais reflexivas” de Teubner, e, portanto, as pré-condições de formação do material de sentido social para o conceito de coevolução. Em suas palavras, Vesting explica que:

A evolução do Direito e a evolução da sociedade estão indissociavelmente ligadas através dos meios de comunicação, até porque a sociedade sempre utiliza os mesmos meios de comunicação e formas de saber empregadas pelo sistema jurídico [...] Falando de modo mais abstrato: a invenção e o emprego dos meios de comunicação como a escrita e a impressão produzem o nexo entre evolução social, evolução cultural e evolução jurídica. A evolução do Direito está conectada com a evolução social justamente através da escrita e dos meios de comunicação.³²³

Nessa sequência, têm-se que a teoria dos sistemas elege a cultura para resolver o problema da dupla contingência social. Luhmann, indo além do caráter normativo da cultura, e de sua separação para com o sistema social, como arguia

³²⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 242.

³²¹ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 297.

³²² LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 320-321.

³²³ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 299-300.

Parsons,³²⁴ concebe a cultura como um suprimento de temas prontos para utilização na comunicação, como um modo de lidar com a superabundância de sentido na sociedade, uma forma de autodescrição da sociedade (na sociedade).³²⁵ Nesse sentido, segundo Baecker, a cultura é responsável pela “tradução” dos sentidos (atual/potencial) em memória (lembrar/esquecer) e “controle”.³²⁶ Não por acaso Luhmann afirma, quando disserta sobre o papel do sistema dos meios de comunicação de massa na sociedade, que memória e cultura se aproximam como uma rede recursivamente estabilizada de redundâncias.³²⁷ A noção de “cultura-midiática”, que incorpora a conexão, o entrelaçamento, entre cultura social e jurídica no *medium*,³²⁸ em Vesting, adiciona a importância da observação da “materialidade” dos meios de comunicação e a “epistemologia social” a eles conectadas em determinado contexto histórico-social.

Vesting afirma que os meios de comunicação são uma peça chave para investigação sobre as bases da cognição social, e, na linha dos estudos da Escola de Toronto de Comunicação, parte da hipótese de que “[...] o conhecimento já está sempre social, cultural, e medialmente incorporado, e que percepção e sociedade, cognição e cultura, conhecimento e mídia estão sempre emaranhados.”³²⁹ (tradução nossa). Nesse seguimento, ele pretende romper com a fixação luhmanniana de identificar a cognição com a heterorreferência, e ao fato de que [...] no contexto da teoria dos meios de difusão, questões relativas aos aspectos cognitivos dos meios [...] somente são abordadas esporadicamente”.³³⁰

Marshall McLuhan, um dos grandes representantes dessa escola, chama atenção para as modificações sociais e individuais, inauguradas pela invenção de

³²⁴ PARSONS, Talcott. Culture and social system revisited. **Social Sciences Quaterly**, New Jersey, v. 53, n. 2, ago./out. 1972, p. 253-266. Disponível em: <https://bit.ly/38MC9iw>. Acesso em: 1 fev. 2023.

³²⁵ LUHMANN, Niklas. **Social systems**. Stanford: Stanford University Press, 1995. p. 196.

³²⁶ BAECKER, Dirk. The meaning of culture. **Thesis Eleven**, Melbourne, v. 51, jul./ago. 1997, p. 37-51. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2200802. Acesso em: 1 fev. 2023.

³²⁷ LUHMANN, Niklas. **The reality of mass media**. Stanford: Stanford University Press, 2000. p. 86.

³²⁸ Para uma explicação mais detalhada, ver o capítulo 2 (“o conceito de cultura jurídica”) do livro: FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do direito: conceitos e problemas: de Ehrlich a Luhmann**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022.

³²⁹ “[...] knowledge is always already socially, culturally, and medially embedded, and that perception and society, cognition and culture, knowledge and media are always already entangled”. VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2018. p. 6.

³³⁰ VESTING, Thomas. Autopoiese da comunicação do direito?: o desafio da teoria dos meios de comunicação. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 6, n. 1, jan./jun. 2014, p. 7. Disponível em: <https://bit.ly/3kzdP5R>. Acesso em: 1 fev. 2023.

novas técnicas de comunicação. Em “A Galáxia de Gutenberg: a formação do homem tipográfico”,³³¹ ele expõe as mudanças nos padrões da percepção e da comunicação, desde a invenção da escrita até o surgimento de uma nova civilização, construída a partir do livro impresso do século XVI ao XX. É uma nova cultura que ele chama de “totalizante”, rigorosa e sistematizadora.³³² Ao final do livro, no tópico denominado de “A galáxia reconfigurada” ele trata do embate entre a cultura tipográfica com a nova civilização, inaugurada pela eletricidade – e, posteriormente, ao surgimento do mundo tecnológico e “tribalizado”.³³³ A partir de sua célebre frase “[...] o meio é a mensagem”,³³⁴ pode-se refletir como a materialidade de certas mídias, um aspecto implícito e opaco que condiciona de distintas formas a construção do sentido e a própria subjetividade (os meios de comunicação são “extensões do homem”).

Ele representa, nesse sentido, uma reorientação dos estudos da comunicação para a teoria dos meios de comunicação e a sua aplicação para remodelação das teorias da cultura³³⁵ e a história³³⁶ – assim como Eric A. Havelock, um outro grande representante desta escola, que identificava o início da filosofia, na Grécia, justamente com o surgimento da escrita alfabética.³³⁷ Vesting passa a observar a história, nessa perspectiva, por meio das modificações de “estilos de pensamento” ou “hábitos de percepção” das culturas jurídico-midiáticas: “um burguês-liberal [cultura da impressão da sociedade de indivíduos], um grupo-pluralista [cultura dos meios de comunicação de massa, da sociedade de organizações], e uma cultura em rede [cultura do

³³¹ MCLUHAN, Marshall. **A galáxia de Gutenberg**: a formação do homem tipográfico. São Paulo: Editora Nacional, 1977.

³³² MARCONDES FILHO, Ciro. **Teorias da comunicação, hoje**. São Paulo: Paulus, 2016. p. 56.

³³³ MCLUHAN, Marshall. **A galáxia de Gutenberg**: a formação do homem tipográfico. São Paulo: Editora Nacional, 1977. p. 353-372.

³³⁴ MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 21.

³³⁵ “[...] [As] visões de McLuhan provavelmente terão por efeito conduzir os pesquisadores em comunicação a considerar mais os impactos culturais a longo prazo das inovações técnicas em matéria de comunicação, mas também a considerar que as transformações técnicas e culturais não podiam ser explicadas sem que se fizesse referência à íntima ligação com o contexto sociológico na qual elas se inscrevem”. BRETON, Philippe; PROULX, Serge. **Sociologia da comunicação**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2013. p. 167.

³³⁶ RÜDIGER, Francisco. **As teorias da comunicação**. Porto Alegre: Penso, 2011.

³³⁷ “[...] lo cierto es que el quid de la cuestión radica en la transición de lo oral a lo escrito y de lo concreto a lo abstracto; a tal efecto, los fenómenos que nos toca estudiar son muy precisos, y proceden de cambios, también muy precisos, en la tecnología de preservación de lo comunicado”. HAVELOCK, Eric Alfred. **Prefacio a platón**. Madrid: Visor, 1994. p. 15. As teses deste autor não raras vezes são confirmadas e referenciadas por Luhmann: “Perhaps the most important evolutionary achievement that has separated meanings from one another is the invention of writing”. LUHMANN, Niklas. **Social systems**. Stanford: Stanford University Press, 1995. p. 87.

computador, da sociedade em rede]”.³³⁸ O conhecimento não é condicionado por leis atemporais, justamente porque, como Bachelard sustentava em relação à própria ciência, “[...] ao pensamento [...] é preciso uma realidade social, o assentimento de uma comunidade [...]”. Nesse sentido, a partir conceito de meios de comunicação como *pre-adaptive advances* ancora-se a observação de um percurso histórico descontínuo de transformações culturais conectados às práticas instituídas. Assim, leciona Baecker:

Nós podemos, é claro, tomar o próximo passo em construir uma teoria da cultura lidando com as alterações das mídias propondo que os meios de difusão, quando recentemente introduzidos, possam ser descritos como mídias disruptivas, de tal modo que o sucesso do meio, em contraste, ultrapassa-se como mídia integrativa, mas para isso deve-se adicionar que os meios de difusão, uma vez introduzidos, irão também integrar e que seu sucesso, uma vez introduzido, irá desintegrar-se.³³⁹ (tradução nossa).

Na dependência recíproca entre transformações jurídicas e sociais no sentido de entrelaçamentos cognitivos práticos, encontra-se a dimensão “social” de sua epistemologia. Vesting acompanha, nesse sentido, o redirecionamento, operado por Wittgenstein, em direção à uma “filosofia pragmática da linguagem”,³⁴⁰ para ressaltar que são as práticas sociais, no “horizonte dos meios”, que produzem os fenômenos culturais e normativos:

Um *medium* [...] possui uma estrutura interna que imprime no mundo uma imagem que se destaca da percepção (do sentido) natural. A mídia deve, portanto, ser entendida como um tipo de horizonte, como

³³⁸ VESTING, Thomas. O direito moderno e a crise do conhecimento comum. In: FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (coord.). **Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 28

³³⁹ “We could, of course, take the next step in constructing a theory of culture dealing with media changes by proposing that the dissemination media, when newly introduced, may be described as disruptive media, such that success media in contrast excel as integrative media, but to this it must be added that dissemination media, once introduced, will also integrate and success media, once introduced, will disintegrate”. “[...] the introduction of language (an overload of references), the introduction of writing (an overload of symbols), the introduction of printing (an overload of criticism), and the introduction of electronic media (an overload of control)”. BAECKER, Dirk. *Sociology of media*. In: BAZMANN, Inge; BEYES, Timon; PIAS, Claus (eds.). **Social Media: new masses**. Zürich: Diaphanes, 2016. p. 163. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2779458. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁴⁰ “Common ground is indispensable for philosophical and cognitive conceptions of knowledge where it serves as background for reasoning [...] and other types of implicit meaning”. FETZER, Anita. *Pragmatics as a linguistic concept*. In: BUBLITZ, Wolfram; NORRICK, Neal (ed.). **Foundations of pragmatics**. v. 1. Berlin; Boston: De Gruyter Mouton, 2011. p. 33.

“forms of media” no sentido das “forms of life” de Wittgenstein.³⁴¹ (tradução nossa).

Na linha de Wittgenstein, os acordos ou coordenações práticas, entre os sentidos construídos pelos sujeitos no interior de um jogo-de-linguagem, vão além das simples opiniões, pois a concordância é em relação a uma forma de vida.³⁴² Isso significa não “[...] apenas concordância em definições, mas também (por mais estranho que possa parecer) concordância em julgamentos que se requer para comunicação por meio da linguagem”.³⁴³ (tradução nossa). Esse tipo de conhecimento, implícito, ligado à prática é, assim, um “saber como” (“*knowing how*”), e não um “saber o que” (“*knowing what*”),³⁴⁴ não podendo ser totalmente generalizado (inclusive nas normas jurídicas) sem que nada se perca. Deste modo, destaca-se que:

[...] Em toda expressão linguística, deve estar disponível um sistema informacional de ordem superior, uma ‘economia da cognição’ dispersa entre indivíduos, que ‘corre’ com eles. Linguagem e comunicação existem apenas midiaticamente, e linguagem como um meio é necessariamente envolta em uma rede de conhecimento implícito [...].³⁴⁵ (tradução nossa).

Vesting afirma, nesse sentido, que o conhecimento que está explícito nas normas jurídicas depende de critérios de sentido consolidados, anteriormente, nas práticas e convenções sociais.³⁴⁶ Ou, nas palavras de Ladeur, pressupõe-se “[...] um nível intermediário implícito de construção da realidade que se situa entre o domínio empírico de meros fatos e as regras normativas em um sentido estrito”.³⁴⁷ Passa-se a

³⁴¹ “A medium [...] possesses an internal structure that imprints onto the world an image which stands apart from that of natural (sense) perception. Media must thus be understood as a kind of horizon, as ‘forms of media’ in the sense of Wittgenstein’s ‘forms of life’”. VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2018. p. 313.

³⁴² WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations**. 4. ed. Chichester: Blackwell Publishing, 2009. p. 94(e), §241.

³⁴³ “[...] only agreement in definitions, but also (odd as it may sound) agreement in judgements that is required for communication by means of language”. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations**. 4. ed. Chichester: Blackwell Publishing, 2009. p. 94(e), §242.

³⁴⁴ POLANYI, Michael. **The tacit dimension**. New York: Doubleday, 1966. p. 7.

³⁴⁵ “[...] In every linguistic expression, there must be available a higher-order informational system, an economy of cognition dispersed among individuals, that ‘runs along’ with it. Language and communication exist only medially, and language as a medium is necessarily involved in a network of implicit knowledge [...]”. VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 40.

³⁴⁶ VESTING, Thomas. O direito moderno e a crise do conhecimento comum. In: FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (coord.). **Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 30.

³⁴⁷ “[...] an implicit intermediary level of construction of reality that was situated between the empirical realm of mere facts and the normative rules in a stricter sense”. LADEUR, Karl-Heinz. The role of

afirmar, então, na linha de Teubner e Ladeur, que a dependência do direito (e da interpretação do direito) para com espécies de “saberes comuns”³⁴⁸ sociais desestabiliza a diferenciação entre interno e externo.

O problema que se impõe, nesse sentido, é que essa espécie de conhecimento comum, as “redes de conhecimentos implícitos”, que dependem de experiências transmitidas na sociedade de indivíduos (via família, parentes, vizinhos, amigos) no meio da impressão tipográfica (livros, imagens, jornais),³⁴⁹ foi cada vez mais se tornando entrelaçada com “[...] formas autoconscientes de conhecimento especializado ou técnico [...] acumulado[s] sistematicamente dentro de organizações ou [...] dependente[s] de comunidades epistêmicas específicas [...]”.³⁵⁰ (tradução nossa). Se a palavra impressa foi o arquiteto das concepções modernas de indivíduo, público, nação e Estado,³⁵¹ e o rádio viria a desestruturar aquele tipo de saber analítico, contínuo e linear da impressão tipográfica por meio de sua força “descentralizadora” e “pluralística”,³⁵² o computador, reunindo e alterando todos os meios anteriores, reorganiza novas formas de experimentação individual, modelos organizacionais, e a construção de sentidos em rede.³⁵³

contracts and networks in public governance: the importance of the “social epistemology” of decision making. **Indiana journal of global legal studies**, [S.l.], v. 14, n. 2, jun./set. 2007, p. 337. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/10.2979/gls.2007.14.issue-1>. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁴⁸ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 260.

³⁴⁹ “Knowledge is fundamentally bound up in networks of implicit knowledge and is always dependent on experiences that are past on via family, relatives, neighbors, friends[...] books, images, newspapers, etc. [...]”. VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2018. p. 312.

³⁵⁰ “[...] Common knowledge [...] was joined by more self-conscious forms of specialized or expert knowledge [...] accumulated systematically within organizations or [...] dependents on specific epistemic communities [...]”. VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 513.

³⁵¹ MCLUHAN, Marshall. **A galáxia de Gutenberg**: a formação do homem tipográfico. São Paulo: Editora Nacional, 1977. p. 15-16. Nesse sentido também, Vesting: “[...] book printing came to contribute to a comprehensive standardization of written language and thus to the development of unified national languages”. VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2018. p. 307.

³⁵² MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 344. A transformação para uma sociedade “pluralista de grupos” pode ser constatada, a exemplos, na transformação do Estado em Estado Social, junto a associações e partidos políticos, sua dependência para com o emprego de estatísticas, ou nas distintas formas de cooperação público-privada, assim, como no caso do direito, ao direito do trabalho, da concorrência, a proteção do consumidor, e sua dependência para com as diversas formas de padronização técnica. Ver: LADEUR, Karl-Heinz. Die Netzwerke des Rechts. In: BOMMES, Michael; TACKE, Veronika (ed.). **Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft**. [S.l.]: Springer Fachmedien, 2011. p. 143-173.

³⁵³ Na linha de McLuhan, Pereira afirma que a internet, como “hipermídia”, transforma a sociedade em uma “teia global”, uma ampliação em rede para além da compressão espaço-temporal da “aldeia global” caracterizada pelos meios eletrônicos anteriores. PEREIRA, Vinicius Andrade. **Estendendo**

A internet, a “rede das redes (a Rede)”,³⁵⁴ e as novas configurações das práticas sociais em meio à comunicação digital, impõe ao direito uma maior “cognoscitividade” para “capturar” a relação entre a tecnologia da informação e a transformação do conhecimento social. A “conectividade instantânea” e o “poder de cálculo” dos computadores, que já a muito superaram o conhecimento necessário para se “fixar ao presente”,³⁵⁵ torna dificultosa a realização da função do direito (a estabilização das expectativas nas dimensões temporal, social e prática). Isso não só pela dificuldade de as expectativas normativas serem asseguradas para além das instituições do Estado em uma sociedade que cada vez mais privilegia as expectativas cognitivas, como Luhmann já apontava, como também pelo fato da “construção social da realidade”,³⁵⁶ e, portanto, as bases para a cognição social (“senso” ou “conhecimento comum”) serem mediadas (co-determinadas) pelo “digital” (por processos tecnológicos).³⁵⁷

Luhmann estava preparado em grande medida para os avanços da comunicação em rede. Isso pela própria insistência na epistemologia do construtivismo (operativo),³⁵⁸ que fora construída a partir da informática e da cibernética, amparada pela observação da sociedade (*i.e.* comunicação) como um evento improvável, cujo próximo passo sempre estava por ser gerido, e, como uma teoria da diferença, fornece não só um ponto de partida para a teoria dos computadores, mas também para uma “teoria dos computadores-em-sociedade”.³⁵⁹ A questão da validade de um direito que opera de maneira recursiva “[...] determinando

McLuhan: da aldeia à teia global: comunicação, memória e tecnologia. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 155.

³⁵⁴ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 18. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017. (A era da informação: economia, sociedade e cultura; v. 1). p. 437.

³⁵⁵ BAECKER, Dirk. Sociology of media. *In*: BAZMANN, Inge; BEYES, Timon; PIAS, Claus (eds.). **Social Media: new masses**. Zürich: Diaphanes, 2016. p. 162. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2779458. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁵⁶ [...] o ‘conhecimento’ do senso comum, e não as ‘ideias’, deve ser o foco central da sociologia do conhecimento. É precisamente este ‘conhecimento’ que constitui o tecido de significados sem o qual nenhuma sociedade poderia existir. BERGER, Peter Ludwig; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 30.

³⁵⁷ COULDRY, Nick; HEPP, Andreas. **The mediated construction of reality**. Cambridge: Polity, 2017.

³⁵⁸ LUHMANN, Niklas. The cognitive program of constructivism and a reality that remains unknown. *In*: KROHN, Wolfgang; KÜPPERS Günter; NOWOTNY, Helga (ed.). **Selforganization: portrait of scientific revolution**. [S.l.]: Springer, 1990a, p. 64-85. Disponível em: <https://bit.ly/2HINrOJ>. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁵⁹ BAECKER, Dirk. Niklas Luhmann in the society of the computer. **Cybernetics & human knowing: a journal of second-order cybernetics, autopoiesis, and cyber-semiotics**, Exeter, v. 13, n. 2, abr./jun. 2006, p. 25-40. Disponível em: bit.ly/3UITq16. Acesso em: 1 fev. 2023.

vizinhanças em forma de redes”, como afirmava Luhmann,³⁶⁰ por exemplo, está conectada ao início do que Vesting³⁶¹ denomina de cultura das redes. Contudo, a tese da diferenciação funcional, ou, sua pressuposição, a observação “sistemática” e o traçar limites bem definidos entre o interno e o externo está conectado à cultura da impressão.³⁶² Nas palavras de Baecker:

A próxima sociedade será presumivelmente melhor compreendida se for descrita como uma população de projetos de controle que se complementam, atravessam e requerem controle, que, no entanto, não podem ser submetidos à ordem de uma hierarquia de status, como na sociedade da escrita, nem em uma ordem funcional objetiva, como na sociedade de impressão de livros.³⁶³ (tradução nossa).

A diferenciação funcional, como uma “[...] manifestação da sociabilidade na história [...]”,³⁶⁴ não pode ser compreendida como uma invariável para observação da sociedade. Nesse sentido, Luhmann reconhecia, se não explicitamente, ao menos implicitamente. Quando da análise sobre as diferentes formas de diferenciação, Luhmann afirma que “Em rigor, não se pode excluir que no curso ulterior do processo evolutivo se chegue a outras formas [de diferenciação]”.³⁶⁵ (tradução nossa). Ou, de outra forma: “[...] não há garantias, nem materiais nem teóricas, de que exista tal congruência entre as necessidades funcionais e as possibilidades de comunicação”.³⁶⁶ O próprio enfoque sobre as redes faz parte dos desenvolvimentos maduros da teoria dos sistemas, pois antes concentrava-se nos conceitos de autorreferência e de fechamento operacional – o que não se compatibilizaria com os pais da teoria, Maturana e von Foerster.³⁶⁷ Ademais, como leciona Vesting:

³⁶⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 192.

³⁶¹ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015.

³⁶² VESTING, Thomas. **State theory and the law**: an introduction. Massachusetts: Elgar, 2022.

³⁶³ “La próxima sociedad presumiblemente se entenderá mejor si se describe como una población de proyectos de control que se complementan, atraviesan y requieren mutuamente, que sin embargo no pueden ser llevados ni al orden de una jerarquía de estatus como en la sociedad escritural, ni a un orden objetivo funcional como en la sociedad de la imprenta del libro”. BAECKER, Dirk. **Estudios de la próxima sociedade**. Madrid: Metales Pesados, 1998. p. 10.

³⁶⁴ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 293.

³⁶⁵ “En rigor no se puede excluir que en el curso ulterior del proceso evolutivo se llegue a otras formas [de diferenciación] [...]”. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad del México: Herder, 2006. p. 486.

³⁶⁶ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001. p. 53.

³⁶⁷ BAECKER, Dirk. A calculus for autopoiesis. In: BAECKER, Dirk; PRIDDAT, Birger (ed.). **Ökonomie der werte**: festschrift zum 65º geburtstag von Michael Hutter. Marburg: Metrópolis, 2013. p. 250. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2073362. Acesso em: 1 fev. 2023.

[...] a separação entre nível sistêmico operacional e reflexivo entra em conflito com as próprias premissas de Luhmann. Também segundo Luhmann, o sistema jurídico, como sistema autopoietico, só se torna fechado [...] no nível de observação de segunda ordem. Mas, então, nem mesmo o tempo sistêmico operacional pode ser uma forma independente da semântica temporal [...] não existe de fato uma necessidade perdurável de sequenciamento temporal de operações jurídicas de um lado e, de outro, uma descrição do tempo sistêmico utilizado pelo sistema (semântica temporal) historicamente variável e que possa ser dissociada disso.³⁶⁸

Nesse sentido, pode-se interpretar, como faz Baecker, que “sistema” é a forma cultural, para comparação e controle, de uma sociedade cuja forma estrutural, que assegura a distribuição, é de “redes”.³⁶⁹ Mas se a construção dos sentidos (das observações) poderiam se apoiar ainda na noção de sistemas no século passado, hipostasiadas em um “tempo” (e, portanto, em um sentido “do presente”) sistêmico distinto da “realidade” das operações em rede, isso se faz cada vez mais dificultoso. E não só pela própria “aceleração” do tempo e os novos padrões de “conectividade”.³⁷⁰ O “conhecimento” do “presente”, hoje, é organizado por meio de processos tecnológicos em meios sociais específicos e conectados a práticas sociais instituídas, de forma que o aprendizado do direito depende do aprendizado das próprias tecnologias se se quiser pensar em alguma forma de estabilização normativa possível para a sociedade digital.³⁷¹

De qualquer modo, não é cogente que a diferenciação funcional desaparecerá, assim, também, como não ocorrera com as antigas formas de diferenciação, mas o manejo dos meios simbólicos em diversos espaços sociais híbridos (regimes, organizações, redes e, como desenvolve-se no próximo subcapítulo, “plataformas”) em um meio radicalmente modificado pelas novas tecnologias dificulta a demarcação estrita de fronteiras e altera cada vez mais o modo de construção dos sentidos. Como podemos “diferenciar” o direito de outros âmbitos sociais em meio a “*layers, flows and switches*” e qual a sua função e relação para com a comunicação digital é uma das

³⁶⁸ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 168-169.

³⁶⁹ BAECKER, Dirk. Layers, Flows, and Switches: Individuals in Next Society. In: GEISLER, Beate; SANN, Oliver; HOLMES, Brian (ed.). **Volatile Smile**. Nürnberg: Verlag für moderne Kunst, 2014. p. 90-97. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2200791>. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁷⁰ VAN DIJCK, José. **The culture of connectivity**: a critical history of social media. Oxford: Oxford University Press, 2013.

³⁷¹ GRABER, Christoph. How the law learns in the digital society. **Law, Technology and Humans**, v. 3, n. 2, 2021. p. 12-27. Disponível em: <https://lthj.qut.edu.au/article/view/1600>. Acesso em: 1 fev. 2023.

principais questões.³⁷² Aqui, apenas ressalta-se que a comunicação digital traz novas formas de interconexão que ultrapassam as fronteiras dos sistemas funcionais, reestruturam as organizações e alteram o meio de construção dos sentidos.

A partir de sua “epistemologia das redes”, Vesting buscar descrever um novo tipo de “epistemologia” (“social”) e cultura que demanda a observação de novas manifestações paradigmáticas, como as redes sociais a seguir estudadas no novo paradigma de “plataformas”, ou a natureza “fugaz”, “*rapid-fire*”, e emocionalmente carregada da comunicação digital. Só assim pode-se contornar a redução das redes à um conceito apenas técnico – sem desprezá-lo, por óbvio, já que a tese sobre os meios demonstra uma co-criação social e tecnológica da realidade digital.³⁷³ O principal, para o direito, é garantir o não retorno às posições clássicas, em termos de busca da segurança e da unidade, que a muito não podem ser conquistadas de modo estável, nem a base da força. Por isso, o ensinamento de Vesting é que a teoria do direito se apresente como um hipertexto, capaz de construir novas formas de *links* e conexões entre os diversos saberes e práticas sociais,³⁷⁴ de modo a manter o direito aberto às transformações das práticas sociais em um caráter experimental, para além da construção disciplinar jurídico-dogmática, como um espaço no qual possa se proporcionar “[...] um processo de descoberta interna gerando conhecimento sobre as idiosincrasias da sociedade moderna [digital]”.³⁷⁵

4.2 Plataformas digitais para além de redes e organizações?

A partir da tese sobre os meios de comunicação como “*pré-adaptive advances*”, pode-se observar que a comunicação jurídica é “parasitária” em convenções sociais e regras de conhecimento prático e que, na cultura das redes, o conhecimento jurídico, em um sentido próximo ao conhecimento científico, deve ser implementado por meio da experimentação, justamente pelas pré-condições técnicas e sociais da sociedade hodierna. A ideia de uma “co-criação” técnica e social, por sua vez, chama a atenção,

³⁷² BAECKER, Dirk. Layers, Flows, and Switches: Individuals in Next Society. In: GEISSLER, Beate; SANN, Oliver; HOLMES, Brian (ed.). **Volatile Smile**. Nürnberg: Verlag für moderne Kunst, 2014. p. 90-97. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2200791>. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁷³ “[...] the fleeting, rapid-fire, emotionally-charged nature of digital communication”. VESTING, Thomas. **State theory and the law: an introduction**. Massachusetts: Elgar, 2022. p. 447.

³⁷⁴ VESTING, Thomas. **Teoria do direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 216.

³⁷⁵ CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do direito global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia**. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 131.

de um lado, para as “materialidades” da comunicação digital, sem levar a absolutização tecnológica. E, de outro lado, reserva-se um espaço fundamental para o direito (e os direitos fundamentais) e o Estado (e o “direito público”) na governança digital. Neste sentido é que a reflexão sobre a comunicação jurídica por meio de uma teoria jurídica “midiático-cultural” será complementada, na sequência, pela nova dimensão organizacional da sociedade digital, as plataformas.

Assim, retomando-se a afirmação de Luhmann sobre a especial contribuição dos meios do direito e do dinheiro para a diferenciação entre organizações e sociedade (logo, à formação de organizações),³⁷⁶ destaca-se a interconexão entre as transformações sociais e econômicas junto às transformações “tecno-culturais” da hodierna “sociedade de plataformas” para logo se refletir sobre o direito e a regulação no novo contexto organizacional.³⁷⁷ A ideia de uma “sociedade de plataformas” ressalta, nessa sequência, a relação íntima entre plataformas digitais e estruturas sociais, quer dizer, as plataformas produzem sociedade, e não apenas intermedeiam as relações. A “plataformização”³⁷⁸ da internet, deste modo, indica um processo de transformação da comunicação em rede para um novo modo de sociabilidade “plataformizada” ou, ainda, de uma cultura “participativa” para uma cultura da “conectividade”³⁷⁹ – a “[...] a 'rede de redes' está se tornando uma rede de plataformas [...]”.³⁸⁰ Acompanhando Campos, pode-se dizer que “o digital” das “plataformas”, está além do “límiar” da cultura das redes, dado a sua “forma organizacional de produção de informações” marcada por uma nova “economia de dados baseada” que se distânciava em certa medida das discussões centradas nos protocolos da internet.³⁸¹ A “datificação”,³⁸² com as implicações sociais e culturais das tecnologias e a utilização da automação nos novos espaços, se apresenta como uma nova camada que avança

³⁷⁶ LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza, 1993.

³⁷⁷ VAN DIJCK, José; POELL, Thomas; DE WALL, Martijn. **The Platform Society: public values in a connective world**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

³⁷⁸ POELL, Thomas; NIEBORG, David; VAN DIJCK, José. Plataformização. **Fronteiras: estudos midiáticos**, São Leopoldo, v. 22, n. 1, jan./abr. 2020. p. 2-10. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/341921979_Plataformizacao. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁷⁹ VAN DIJCK, José. **The culture of connectivity: a critical history of social media**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

³⁸⁰ [...] the ‘network of networks’ is becoming a network of platforms [...]. COHEN, Julie. **Between truth and power: the legal constructions of informational capitalism**. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 40.

³⁸¹ CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do direito global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia**. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 278.

³⁸² COULDRY, Nick; HEPP, Andreas. **The mediated construction of reality**. Cambridge: Polity, 2017.

para além da simples “digitalização” da realidade social que marcou a virada do século. Conforme explica Cohen:

As plataformas representam estratégias baseadas em infraestrutura para introduzir fricções nas redes. Essas estratégias dependem e reforçam a centralidade de uma forma particular de (re)configurar as infraestruturas de comunicações digitais em rede para a extração de excedentes baseados em dados.³⁸³ (tradução nossa).

De um modo geral, a partir da “revolução das plataformas”,³⁸⁴ as infraestruturas digitais passam a se direcionar à “coleta sistemática, processamento algorítmico, monetização e circulação de dados”.³⁸⁵ Especificamente, as plataformas aproveitam e centralizam os “efeitos de rede”. Os efeitos de rede se referem à complementariedade de adoção de um produto/serviço entre diferentes usuários, de modo que o valor e o incentivo para adoção de cada usuário aumentam quanto mais outros adotarem (efeito direto), ou, indiretamente, quando lados distintos de uma rede se beneficiam do tamanho e características do outro lado.³⁸⁶

O modelo da “*multi-sided platform*”³⁸⁷ combina uma comunidade de indivíduos, empresas, “experts”, desenvolvedores de aplicativo, criadores de conteúdo, provedores de serviço e “donos de ativos” em geral, criando valor a partir das conexões em rede e de *marketplaces*, por meio de infraestruturas, ferramentas e serviços “essenciais” – e.g. criação do perfil, serviços de mensagens, ferramentas para listagem e revisão de produtos e serviços em mercados, motores de recomendação e *matching*, ferramentas de busca, sistemas de segurança e identidade, sistemas de pagamento, serviços de hospedagem digital para arquivos

³⁸³ “Platforms represent infrastructure-base strategies for introducing frictions into networks. Those strategies both rely on and reinforce the centrality of a particular way of (re)configuring networked digital communications infrastructures for data-based surplus extraction”. COHEN, Julie. **Between truth and power: the legal constructions of informational capitalism**. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 40.

³⁸⁴ PARKER, Geoffrey; ALSTYNE, Marshall Van; CHOUDARY, Sangeet Paul. **Platform Revolution: how networked markets are transforming the economy and how to make them work for you**. New York; London: W. W. Norton & Company, 2016.

³⁸⁵ POELL, Thomas; NIEBORG, David; VAN DIJCK, José. Plataformização. **Fronteiras: estudos midiáticos**, São Leopoldo, v. 22, n. 1, jan./abr. 2020. p. 4. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/341921979_Plataformizacao. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁸⁶ FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects. **Handbook of Industrial Organization**, v. 3, 2007, p. 1967–2072. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1573448X06030317>. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁸⁷ CAUSEIT GUIDE TO DIGITAL FLUENCY. **Multi-sided platforms guidebook**. Disponível em: <https://www.digitalfuency.guide/multi-sided-platforms/multi-sided-platforms>. Acesso em: 1 fev. 2023.

digitais, funções publicitárias – baseados em estratégias de *big data* – agregação de um enorme conjunto de dados de diferentes tipos e origens para encontrar (ou, ainda, co-produzir) padrões (sociais e técnicos).³⁸⁸

Nesse sentido, afirma-se uma lógica dual de “centralização” e “descentralização” das plataformas. Se, de um lado, há um modelo de infraestrutura tecnológica que descentraliza as funcionalidades internas permitindo a construção de extensões (plug-ins) por meio de “API”s (interfaces de programação de aplicativos) conectando websites, aplicativos e seus dados, o que permite a criação de valor na rede (“comunidade”), de outro lado, a plataforma “recentraliza” forçosamente esses dados em sua base para gerar valor econômico interno, já que a própria descentralização se usa de objetos nativos que devem seguir a lógica interna das plataformas para se conectar.³⁸⁹

A capacidade de (re)criação e inovação típica das novas tecnologias na internet, que Zittrain denomina de “*generativity*”,³⁹⁰ assim como a própria interoperabilidade garantida pelos padrões públicos (e.g. TCP/IP, HTTP, HTML), estão sendo cada vez mais ameaçados nesta nova fase da “governança da internet por mídias sociais”, seja pela “[...] falta de padrões técnicos abertos subjacentes às plataformas [...]”, seja pela “[...] confiança nas Interfaces de Programação de Aplicações (APIs) sobre protocolos e [a] falta de portabilidade de dados”, a exemplos.³⁹¹ Deste modo, na nova “economia das plataformas”, o mercado, como lugar da oferta e da demanda, é cada vez mais substituído pela figura dos “[...] *gatekeepers*, que intermedeiam as interações de forma material e algorítmica”.³⁹² A

³⁸⁸ MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data**: a revolution that will transform how we live, work, and think. [S.l.]: Houghton Mifflin Harcourt, 2014; KITCHIN, Rob. **The Data Revolution**: Big Data, Open Data, Data Infrastructures & their consequences. [S.l.]: SAGE, 2014.

³⁸⁹ HELMOND, Anne. The platformization of the web: making web data platform ready. **Social Media + Society**, v. 1, n. 2, 2015. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2056305115603080#sec-9>. Acesso em 1 fev. 2023.

³⁹⁰ ZITTRAIN, Jonathan. **The future of the internet and how to stop it**. New Haven; London: Yale University Press; Penguin, 2008.

³⁹¹ “Several design features of social media platforms have eroded the traditional interoperability of the Internet, including lack of open technical standards underlying platforms, lack of Uniform Resource Locator (URL) universality; lack of universal searchability; reliance on Application Programming Interfaces (APIs) over protocols, and lack of data portability”. DENARDIS, Laura; HACKL, Andrea. Internet governance by social media platforms. **Telecommunications Policy**, v. 39, n. 9, Oct. 2015. p. 761-770. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0308596115000592?via%3Dihub>. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁹² CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do direito global**: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 287. “Switching costs and network effects bind customers to vendors if products are incompatible, locking customers or even markets in to early choices. Lock-in hinders customers from changing suppliers in response to (predictable or

grande característica das plataformas, assim, é uma peculiar combinação entre horizontalidade e verticalidade:

As tecnologias digitais de informação e comunicação funcionam tanto como infraestruturas quanto como redes [...]. As plataformas exploram as possibilidades de organização de redes e fornecem infraestruturas que facilitam tipos particulares de interações, mas também representam estratégias para delimitar redes e privatizar e controlar infraestruturas. Elas operam com o objetivo de tornar os clusters de transações e relacionamentos mais rígidos – rígidos o suficiente para aderir à plataforma, apesar da capacidade teórica dos participantes de sair e procurar outras opções de intermediação em outro lugar [...]. Economicamente falando, as plataformas representam estratégias tanto horizontais quanto verticais para extrair o valor excedente dos dados dos usuários.³⁹³

E, como um resultado do (re)desenho da infraestrutura orientado a um novo modelo econômico, não só a sociabilidade como a própria subjetividade tem-se construído no meio a “[...] fluxos estruturados de dados adequados para a coleta e análise contínua no nível da plataforma [...]”.³⁹⁴ (tradução nossa). O direito fundamental a proteção de dados pessoais, uma das pedras angulares da sociedade digital,³⁹⁵

unpredictable) changes in efficiency, and gives vendors lucrative ex post market power – over the same buyer in the case of switching costs (or brand loyalty), or over others with network effects. Firms compete ex ante for this *ex post* power, using penetration pricing, introductory offers, and price wars. Such “competition for the market” or “life-cycle competition” can adequately replace ordinary compatible competition, and can even be fiercer than compatible competition by weakening differentiation”. FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects. **Handbook of Industrial Organization**, v. 3, 2007, p. 1970. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1573448X06030317>. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁹³ “Digital information and communications technologies function both as infrastructures and as networks [...]. Platforms exploit the affordances of network organization and supply infrastructures that facilitate particular types of interactions, but they also represent strategies for bounding networks and privatizing and controlling infrastructures. They operate with the goal of making clusters of transactions and relationships stickier — sticky enough to adhere to the platform despite participants’ theoretical ability to exit and look elsewhere for other intermediation options” [...]. Economically speaking, platforms represent both horizontal and vertical strategies for extracting the surplus value of user data”. COHEN, Julie. **Between truth and power: the legal constructions of informational capitalism**. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 144-145.

³⁹⁴ “[...] converted into structured flows of data suitable for continuous collection and analysis at the platform level [...]”. COHEN, Julie. **Between truth and power: the legal constructions of informational capitalism**. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 140.

³⁹⁵ COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; MOURA, Ariel Augusto Lira; FÉLIX, Marcel Carlos Lopes. Constituição em rede: observações sociológico-sistêmicas sobre a proteção de dados pessoais. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v. 8. n. 2, jul./dez. 2022. p. 42-61. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/9225>. Acesso em: 1 fev. 2023.

fundamenta-se na autodeterminação informacional,³⁹⁶ é justamente entendido como um direito procedimental de controle das pessoas sobre seus dados,³⁹⁷ já que eles (os dados) figuram, hoje, como o elemento primordial de “tradução” (construção) da subjetividade (“personalidade”) nos meios digitais,³⁹⁸ não podendo ser pensados a par da regulação (e garantia da “confidencialidade” e da “integridade”, ao menos) dos sistemas técnico-informacionais.³⁹⁹

Os algoritmos e a produção de comunicação artificial impulsionam processos comunicacionais cada vez mais independentes da cognição de seus participantes.⁴⁰⁰ O que é possibilitado, justamente, pela forma como eles, “parasitariamente”, exploram a memória nos/dos meios e a atribuição de sentido de atores humanos.⁴⁰¹ Pensa-se, a exemplo, na presença dos bots no ambiente digital, programas estes que medeiam as próprias interações e configuram o *information flow* de forma automatizada (algoritmos). Apesar de carregarem os intencões iniciais de seus programadores, a própria interação com o ambiente das redes sociais (usuários, outros bots, protocolos etc.) fazem com que eles excedam sua automação.⁴⁰² Por isso, mesmo quando construídos para realizar funções “básicas” eles reestruturam de maneira bastante complexa a lógica dos processos comunicacionais. Por isso, de um modo geral, afirma-se que:

³⁹⁶ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, Brasília, v. 25, n. 4, set./dez. 2020. p. 1-18. Disponível em: <https://bit.ly/3zwBtKp>. Acesso em: 1 fev. 2023.

³⁹⁷ NISSENBAUM, Helen. **Privacy in context: technology, policy and the integrity of social life**. Stanford: Stanford University Press, 2010.

³⁹⁸ No Brasil, a proteção de dados fora reconhecida como um direito fundamental (autônomo), distinto da privacidade, com enfoque de fundamento na autodeterminação informacional – seguindo exemplo alemão da decisão do Tribunal Alemão no “Caso do Censo” de 1983 (*Volkszählungsurteil*) –, pelo Supremo Tribunal Federal no “caso IBGE”, sendo positivada, posteriormente, por meio da Emenda Constitucional 115. A revelia da tradição norte-americana, na Europa, desde a Carta de Direitos Fundamentais (artigo 8º), consolidou-se o entendimento sobre a independência do direito à proteção de dados em relação à privacidade (como uma “liberdade positiva”, e não “negativa”).

³⁹⁹ MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, n. 1, 2019. p. 781-809. Disponível em: <https://bit.ly/3SW7X7J>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁰⁰ ESPOSITO, Elena. **Artificial communication: how algorithms produce social intelligence**. Cambridge; London: The MIT Press, 2022.

⁴⁰¹ ESPOSITO, Elena. Algorithmic memory and the right to be forgotten on the web. **Big Data & Society**, Jan./June 2017. p. 1–11. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2053951717703996>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁰² WOODLEY, Samuel; SHOREY, Samantha; HOWARD, Philip. The bot proxy: designing automated self-expression. In: PAPACHARISSI, Zizi. **Networked self and platforms, stories, connections**. New York: Routledge, 2018. p. 61-80.

[...] as tecnologias digitais [...] transformam a geração e gestão da informação em um processo autônomo que se desprende dos outros elementos da comunicação. A informação é dissociada tanto da enunciação quanto do entendimento e é reduzida aos elementos mais básicos dos dados binários. As intenções do emissor e a compreensão do receptor perdem (ou afrouxam) sua conexão com a informação que é comunicada, a qual é, então, tratada como dado. Os dados funcionam como o meio, cujos elementos podem ser constantemente combinados e re-combinados para fins de "informar".⁴⁰³

Se, como afirma Vesting, o direito “[...] contribui para de forma muito mais fundamental para ordenação da realidade social e para abertura de possibilidades sempre novas”,⁴⁰⁴ e não só ao controle social ou à resolução de conflitos, uma das grandes questões jurídicas com relação às plataformas passa a ser o redimensionamento das (práticas de) liberdades fundamentais (e da própria subjetividade jurídica) em seu próprio meio, quer dizer, para além do enfoque individual. A desestabilização da fronteira entre a linguagem natural e artificial, principalmente pela limitação da tradução entre contextos (“monossêmicos”) “intramáquinas” ou “intraredes” e contextos culturais e comunicativos (“polissêmicos”) por cadeias de caracteres formalizadas, controles de processuais e algoritmos,⁴⁰⁵ redirecionam, nesse sentido, a proteção “relacional” dos direitos fundamentais para os ambientes tecnológicos.⁴⁰⁶

Nesse seguimento, deve-se ressaltar, de um modo geral, os impulsos regulatórios jurídico-políticos que tentam lidar com as recentes transformações da sociedade de plataformas digitais. Paradigmaticamente, a seção 230 da Lei de Decência das Comunicações (CDA) norte-americana (Título V da Lei de Telecomunicações de 1996), como “mito fundador” da nova economia de plataformas,

⁴⁰³ “[...] digital technologies [...] turn the generation and management of information into an autonomous process that detaches itself from the other elements of communication. Information is decoupled from both utterance and understanding and is reduced to the most basic elements of binary data. The intentions of the emitter and the comprehension of the receiver lose (or loosen) their connection to the information that is communicated, which is, then, treated as data. Data work as the medium, whose elements may be constantly combined and re-combined for the purposes of ‘informing’”. GUIMARÃES, Gabriel Cintra. **Global technology and legal theory**: transnational constitutionalism, Google and the Europe Union. London; New York: Routledge, 2019. p. 117.

⁴⁰⁴ VESTING, Thomas. **Gentleman, Gestor, Homo Digitalis**: a transformação da subjetividade jurídica na modernidade. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 83.

⁴⁰⁵ VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2018. p. 445.

⁴⁰⁶ MOURA, Ariel Augusto Lira de; ROCHA, Leonel Severo. Direitos Fundamentais e redes sociais: Da moderação de conteúdo no Facebook ao Direito na cultura das redes. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 16, n. 2, out. 2022a. Disponível em: <https://bit.ly/3Nu5hgv>. Acesso em: 1 fev. 2023.

pode demonstrar que a construção institucional de expectativas pelo direito foi essencial para garantir um espaço de inovação e experimentação inicial⁴⁰⁷ – o próprio texto normativo correlaciona-se com as “26 palavras que criaram a Internet”, afirma Kosseff.⁴⁰⁸ A dimensão coletiva de uma “esfera pública” que começou a se formar em comunidades e blogs e, hoje, se transformou pela presença das redes sociais, em um cenário transnacional e digital, se amparou pela não-responsabilização das plataformas por publicações de seus usuários, e uma imunidade na atividade de moderação de conteúdo – mesmo que o material postado seja protegido constitucionalmente protegido, no caso norte-americano.⁴⁰⁹ Assim, não pode-se falar em um “vácuo normativo” que permitiu o crescimento das plataformas no “capitalismo de vigilância”, apesar do acúmulo e controle tecnológico privado dos dados seja uma problemática não só econômica como política e jurídica.⁴¹⁰

Abre-se o caminho, nesse sentido, para o desenvolvimento da governança privada e a autorregulação das plataformas por meio do afastamento das categorias do controle editorial e de distribuição das organizações (e.g. jornalismo empresarial) regulados pela primeira emenda norte-americana. Na União Europeia, um regime próximo foi estabelecido pela Diretiva do Comércio Eletrônico de 2000.⁴¹¹ No Brasil, a paradigma regulatório para moderação de plataformas é o artigo 19 do Marco Civil da Internet (*Brazilian Digital Bill of Rights*), o qual prescreve a não-responsabilização das plataformas por “atos de terceiros”.⁴¹² Diferentemente da chamada “cláusula do bom

⁴⁰⁷ CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do direito global**: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 287.

⁴⁰⁸ KOSSEFF, Jeff. **The twenty-six words that created the Internet**. London: Cornell University Press, 2019.

⁴⁰⁹ "Section (c)(1). No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider; Section (c)(2). No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, **whether or not such material is constitutionally protected**; or any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1)". ELETRONIC FRONTIER FOUNDATION (EFF). **CDA 230**. Disponível em: <https://www.eff.org/issues/cda230>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴¹⁰ ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism**: the fight for a human future at the new frontier of power. New York: Public Affairs, 2019.

⁴¹¹ UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, 8 jun. 2000**. Relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno (Directiva sobre o comércio eletrônico). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0031>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴¹² BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível

samaritano”, do CDA norte-americano, a legislação brasileira não cobre diretamente a moderação de conteúdo operada pelas plataformas.

O marco civil dita que as plataformas podem ser responsabilizadas após ordem judicial específica para retirada de perfil falso ou indisponibilidade de conteúdo, com exceção das infrações à direito do autor, a serem regulados por legislação específica, e, no caso de violação da “intimidade”, na qual há possibilidade de responsabilidade subsidiária da plataforma caso não remova o conteúdo após notificação da pessoa lesada (“nos limites técnicos do seu serviço”)⁴¹³ – comparável ao *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) estadunidense de 1988 que instituiu o chamado sistema de “*notice and take down*” (Seção 512) para os casos de *copyright*.⁴¹⁴ Ressalta-se que, para além dos mecanismos de responsabilização estatal direta, é necessário regular essas questões por meio de uma forma de direito “proceduralizado”, no qual “[...] procedimentos sejam criados para compreender a incerteza e gerar conhecimento sobre a persecução de certos objetivos e interesses públicos estabelecidos”.⁴¹⁵ O

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 1 fev. 2023. Artigo este cuja constitucionalidade está-se questionando perante o Supremo Tribunal Federal, principalmente considerando-se as novas conformações da dinâmica social no digital e as tendências regulatórias globais. Ver temas 987 e 533, ainda pendentes de julgamento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1057258. Repercussão Geral (Tema 533)**. Agravo em recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, II, IV, IX, XIV, XXXIII e XXXV; e 220, §§ 1º, 2º e 6º, da Constituição Federal, se, à falta de regulamentação legal da matéria, os aludidos princípios constitucionais incidem diretamente, de modo a existir o dever de empresa hospedeira de sítio na rede mundial de computadores de fiscalizar o conteúdo publicado em seus domínios eletrônicos e de retirar do ar informações consideradas ofensivas, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Requerente: Google Brasil Internet Ltda. Requerido: Aliandra Cleide Vieira. Intimado: Associação Artigo 19 Brasil; Associação Brasileira De Centros De Inclusão Digital-ABCID. Relator: Ministro Luiz Fux, pendente de julgamento. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5217273&numeroProcesso=1057258&classeProcesso=RE&numeroTema=533#>. Acesso em: 1 fev. 2023; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1037396. Repercussão Geral (Tema 987)**. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, incs. II, IV, IX, XIV e XXXVI, e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição da República, a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que impõe condição para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos de terceiros. Requerente: Facebook Serviços Online Do Brasil Ltda. Requerido: Lourdes Pavioto Correa. Relator: Ministro Dias Toffoli, pendente de julgamento. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5160549&numeroProcesso=1037396&classeProcesso=RE&numeroTema=987#>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴¹³ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴¹⁴ UNITED STATES OF AMERICA. **The Digital Millennium Copyright Act, Dec. 1998**. Disponível em: <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴¹⁵ ABOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado: regulação de redes sociais e proceduralização. *In*: ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (coord.). **Fake news e regulação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 35.

modelo seria o da autorregulação regulada, na qual a autorregulação das plataformas segue parâmetros procedimentais estabelecidos na regulação estatal.⁴¹⁶ Deve-se encontrar parâmetros para “[...] regras de monitoramento e de avaliação de resultados mais específicas, de estímulo de geração e de mantimento de conhecimento novo [...]”.⁴¹⁷

A atualização legislativa para fase atual da internet, no Brasil, seguindo os impulsos globais, está-se formando a partir do Projeto de Lei “das Fake News”⁴¹⁸ (PL 2630/20).⁴¹⁹ Contudo, por mais que as problemáticas envolvidas nas teorias da responsabilização não devem ser desprezadas, a regulação de plataformas na experiência internacional caminha no caminho da *due diligence obligations*, quer dizer, em deveres procedimentais e requisitos organizacionais.⁴²⁰ O controle maior deve ser a posteriori, não só pela falta de conhecimento técnico, como já afirmado, mas também diante do claro perigo de lesar a liberdade de expressão (censura).⁴²¹ Parece acertada, nesse sentido, a revogação da *Executive Order on Preventing Online Censorship* (Ordem Executiva para Prevenir Censura Online), legislação norte-americana, assinada por Trump, que relativizava a não responsabilização das plataformas e atribuía ao *Federal Communications Commission* (FCC), agência de

⁴¹⁶ MOURA, Ariel Augusto Lira; ROCHA, Leonel Severo. Governança e regulação do fluxo de dados pessoais: observando os casos Schrems (TJUE). **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v. 8, n. 1, jan/jul. 2022b. p. 21-46. Disponível em: <https://bit.ly/3Dwx5wa>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴¹⁷ LADEUR, Karl-Heiz; CAMPOS, Ricardo. Entre teorias e espantalhos: deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 93-129.

⁴¹⁸ Recomenda-se, para consulta ao debate, os diversos relatórios e notas técnicas de associações como Data Privacy Brasil, Internet Lab, Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN), Coalizão Direitos na Rede, Electronic Frontier Foundation (EFF) e Legal Grounds Institute (LGPD), facilmente encontráveis em seus respectivos sites.

⁴¹⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n° 2630**, de 2020. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Autoria: Senado Alessandro Vieira. Brasília, DF: Senado Federal, [2020]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴²⁰ EIFERT, Martin (et. al.). Taming the giants: the DMA/DSA package. **Common Market Law Review**, v. 58, n. 4, Aug./2021. p. 987-1028. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalIssue/Common+Market+Law+Review/58.4/19782>. Acesso em: 1 jan. 2022.

⁴²¹ MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. Fake News e autorregulação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais. In: ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (coord.). **Fake news e regulação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 161.

regulação das comunicações, a competência para estabelecer as regras de remoção de conteúdo e a restrição de acesso de usuários.⁴²²

É extremamente perigoso atacar a “cláusula do bom samaritano” do CDA norte-americano (Seção 230), apesar da necessária atualização desta legislação nesta nova fase da Internet, pré-selecionando as situações que fariam exceção àquela regra, sem contramedidas regulatórias procedimentais e organizacionais em relação às próprias plataformas.⁴²³ A Lei Alemã para a melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (*NetzDG*) é um dos grandes exemplos para as recentes regulações, como o *Online Safety Bill*, no Reino Unido (2020),⁴²⁴ e o *Digital Services Act package* da União Europeia.⁴²⁵ Nesse sentido, instituiu-se um regime de *compliance* e regulação por padrões de performance pautados pelo devido processo informacional com um grande reforço para gerar transparência, participação dos usuários e estímulo para resolução alternativa dos conflitos – sem o perigo do temido *overblocking*, como demonstra Eifert.⁴²⁶

Esses novos impulsos regulatórios da sociedade de plataformas podem ser enquadrados como a perseguição de um espaço fundamental para o direito (e os direitos fundamentais) e o Estado (e o “direito público”) na própria governança digital. Na perspectiva de Vesting, o meio (da comunicação) digital altera a formação “pré-legal” de normas. Ao analisar os protocolos públicos da internet (e.g. TCP/IP; HTTP; HTML), ele afirma representarem o entrelaçamento entre conhecimentos práticos e científicos (e.g. os fundamentos matemáticos da programação, considerando que os

⁴²² INTERNET LAB. **Biden revoga ordem executiva que relativizava a Seção 230 CDA**. 19 maio 2021. Disponível em: <https://internetlab.org.br/pt/semanario/19-05-2021/#14821>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴²³ Em uma perspectiva diversa, mas complementar, Jeff Kosseff mostra o histórico de desenvolvimento da jurisprudência norte-americana e das propostas de mudança (legislativas e judiciais) em torno das subseções (c)(1) e (c)(2) da Seção 230 norte-americana, concluindo que o melhor caminho para as interpretações errôneas sobre esta legislação é a instauração de uma comissão apartidária de *experts* e maior transparência por parte das plataformas. KOSSEFF, Jeff. *A user’s guide to Section 230, and a legislator’s guide to amending it (or not)*. **Berkeley Technology Law Journal**, v. 37, n. 2, Apr./June 2022. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3905347. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴²⁴ UNITED KINGDOM. **Draft Online Safety Bill**. 12 May 2021. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/draft-online-safety-bill>. Acesso em: 1 fev. 2022.

⁴²⁵ EUROPE UNION. European Parliament and the Council. **Regulation 2022/2065**. 19 October 2022. On a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R2065&qid=1666857835014>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴²⁶ EIFERT, Martin. A Lei Alemã para a melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (*NetzDG*) e a regulação da plataforma. In: ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (coord.). **Fake news e regulação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 59-90.

referidos protocolos se encontram na camada do *software*).⁴²⁷ Em um primeiro momento, a relação direta é dos *standards* técnicos com as práticas sociais. Nesse sentido, ele observa a transformação do conhecimento prático em um produto de uma “escolha estratégica” em “mercados em rede”, “culturas de negócios” e “comunidades da internet” para, então, se questionar sobre o direito, a política e o Estado.⁴²⁸

Isso o diferencia de perspectivas utópicas, “cyber-libertárias” ou “anarquistas”, como as de John Perry Barlow,⁴²⁹ de David Johnson e David Post,⁴³⁰ que separam previamente o “cyber-espaço” do direito e/ou do Estado. Também de Lessig, que acaba por confundir o direito com o *software* e *hardware* da internet (“*code is law*”),⁴³¹ de Shapiro, com seu centramento político (“*politics of code*”),⁴³² ou, ainda, de Reidenberg,⁴³³ apesar da distinção inicial acertada da “*lex informatica*”⁴³⁴ entre *standards* e regras legais. Ademais, o direito não se reduz à fatores econômicos, como uma simples “prática procedural”⁴³⁵ para redução de custos de transação.⁴³⁶ Vesting sustenta, ao revés desses autores, e amparando-se nas transformações sobre as bases do conhecimento na sociedade atual, que:

⁴²⁷ VESTING, Thomas. The autonomy of law and the formation of network standards. **German Law Journal**, Cambridge, v. 5, n. 6, June 2004. p. 665 e 668. Disponível em: <https://bit.ly/3kAcSdi>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴²⁸ VESTING, Thomas. The autonomy of law and the formation of network standards. **German Law Journal**, Cambridge, v. 5, n. 6, June 2004. p. 665 e 668. Disponível em: <https://bit.ly/3kAcSdi>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴²⁹ “Governos do Mundo Industrial, vocês gigantes aborrecidos de carne e aço, eu venho do Ciberespaço, o novo lar da Mente. Em nome do futuro, eu peço a vocês do passado que nos deixem em paz. Vocês não são bem-vindos entre nós. Vocês não têm nenhuma soberania onde nos reunimos”. CAPPI, Juliano. VENTURINI, Jamila. Declaração de Independência do Ciberespaço: um chamado à ação em defesa da Internet. **Observatório da Internet no Brasil**. 19 mar. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2IGGjgy>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴³⁰ JOHNSON, David; POST, David. Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace, **Stanford Law Review**, v. 48, n. 5, May 1996. p. 1367–1402. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1229390>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴³¹ LESSIG, Lawrence. **Code: version 2.0**. New York: Basic Books, 2006.

⁴³² SHAPIRO, Andrew. **The Control Revolution: How the Internet is Putting Individuals in Charge and Changing the World We Know**. New York: Public Affairs, 1999.

⁴³³ REIDENBERG, Joel. Governing networks and cyberspace rule-making. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 45, n. 3, Jun./Sep. 1996. p. 912-930. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=11459. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴³⁴ REIDENBERG, Joel. Lex Informatica: the formulation of information policy rules through technology. **Texas Law Review**, v. 76, n. 3, Feb. 1998. p. 553-593. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/144222024.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴³⁵ GUÉHENNO, Jean-Marie. **The End of the Nation-State**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1995, p. 58.

⁴³⁶ VESTING, Thomas. The autonomy of law and the formation of network standards. **German Law Journal**, Cambridge, v. 5, n. 6, June 2004. p. 665 e 668. Disponível em: <https://bit.ly/3kAcSdi>. Acesso em: 1 fev. 2023.

A tarefa mais importante para o novo “direito da Internet” é a de garantir a capacidade de inovação da Rede ao assegurar uma variedade de soluções técnicas de rede e garantir sua abertura e interoperabilidade. Um ampliado direito (público) da mídia nacional e transnacional deve manter toda a Rede aberta para processos de autotransformação e inovação [...] [e] abrangeria a preservação de um domínio público como a esfera na qual uma cultura pública (‘aberta’) da Internet e suas piscinas de conhecimento prático possam evoluir espontaneamente.⁴³⁷ (tradução nossa).

A garantia da interoperabilidade na internet se reforça com o novo modelo das plataformas,⁴³⁸ assim como o próprio debate sobre a “neutralidade”⁴³⁹ da rede e o acesso à internet, que se reformulam, hoje, para tentar desconstruir posições dominantes de mercado a partir, a exemplo, da vedação do *zero-rating*.⁴⁴⁰ A própria evolução da temática da “neutralidade da rede” pode ser analisada, segundo Graber, como a tentativa de reconhecimento jurídico por legislações estatais e, principalmente, tribunais nacionais (EUA) e regionais (EU), de uma instituição social que recebeu uma das maiores pressões sociais para regulação da Internet.⁴⁴¹ A regulação das novas práticas econômicas e de desenvolvimento de novas tecnologias, por sua vez, deve

⁴³⁷ “The most important task for a new ‘Internet law’ is to ensure the innovative capacity of the Net by securing a variety of technical network solutions and to guarantee their openness and interoperability. An enlarged national and transnational (public) media law ought to keep the entire Net open for processes of self-transformation and innovation [...] would encompass the preservation of a public domain as a realm in which a public (‘open’) Internet culture and their practical knowledge pools can evolve spontaneously”. VESTING, Thomas. The autonomy of law and the formation of network standards. **German Law Journal**, Cambridge, v. 5, n. 6, June 2004. p. 663. Disponível em: <https://bit.ly/3kAcSdi>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴³⁸ BERNERS-LEE, Tim. Long Live the Web: a call for continued open standards and neutrality. **Scientific American**, v. 303, n. 6, Dec. 2010. Disponível em: <https://www.scientificamerican.com/article/long-live-the-web/>. Acesso em: 1 fev. 2022.

⁴³⁹ O debate sobre a neutralidade da rede segue o princípio *end-to-end* da configuração da internet, significando que a rede em si não tem o controle e não pode diferenciar ou discriminar os dados nas diversas aplicações possíveis. Essa é a “base” para construções jurídico-políticas para garantir o tratamento isonômico e barrar práticas econômicas destoantes dos provedores de internet. Contudo, a problemática das plataformas e controle dos fluxos de informações ultrapassam e muito as antigas discussões centradas neste princípio - a rede é “estúpida”, mas os aplicativos são “inteligentes”. SOLUM, Lawrence. Models of internet governance. In: BYGRAVE, Lee; BING, Jon (ed.). **Internet governance: infrastructure and institutions**. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 44.

⁴⁴⁰ SCHMIDT, Luiz. Sem Whatsapp ilimitado na Europa? União Europeia proíbe planos com dados ilimitados para apps: Prática conhecida como Zero Rating está proibida na Europa e afeta diversos apps. **Mundo Conectado**, 21 jun. 2022. Disponível em: <https://mundoconectado.com.br/noticias/v/26263/sem-whatsapp-ilimitado-na-europa-uniao-europeia-proibe-planos-com-dados-ilimitados-para-app>. Acesso em: 1 fev. 2022; EISENACH, Jeffrey. The Economics of Zero Rating. **Nera Economic Consulting**, Mar. 2015. Disponível em: <https://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2015/EconomicsofZeroRating.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁴¹ GRABER, Christoph. Bottom-up constitutionalism: the case of net neutrality. **Transnational Legal Theory**, v. 7, n. 4, 2017. p. 524–552. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2941985. Acesso em: 1 fev. 2023.

pensada junto à uma conformação “experimental” do próprio meio em que se desenvolvem (e.g. por que não por um modelo do Sandbox regulatório),⁴⁴² cabendo ao Estado (e seu direito) participarem para garantia de uma “função” “pública”.

O “Estado em Rede”, nesse sentido, tem como papel reunir experiências de várias ordens fragmentadas na tentativa de (co)gerar novos padrões de (auto)organização das práticas sociais, já que não é mais possível centralizar essa tarefa em apenas um “ponto” (indivíduo, organização, sistema).⁴⁴³ Na cultura “pós-industrial” e “das redes”, Vesting afirma que o “Estado em rede”, observado por uma perspectiva científico-cultural (“*state theory as a cultural science*”), não substitui, mas sim garante a manifestação conjunta de suas três camadas históricas modernas: constitucional, de bem-estar social e de redes. Em um sentido próximo, pode-se responder à pergunta do título deste subcapítulo de modo positivo. Mas as “plataformas” não substituem a noção de redes e organizações, mas se manifestam como mais uma camada da auto-organização social reestruturada a partir das modificações tecnológicas, práticas e do próprio conhecimento – a noção de combinação entre verticalidade e horizontalidade pode apontar também nesse sentido.

À vista disso, não busca, aqui, aprisionar o sentido do “objeto” “plataforma”, mas apenas apontar para o surgimento de um novo “modelo” para observação da auto-organização social. Usando-se das palavras de Glasersfeld, “modelo” quer dizer uma tentativa de construção teórica que tenta representar a dinâmica de um processo que não pode ser investigado ou reproduzido diretamente.⁴⁴⁴ A ideia da plataforma como uma “infra-estrutura” tecnológica não pressupõe um acima e um abaixo, mas é o primeiro passo para chamar atenção para a dimensão “material” de algo que possui momentos econômicos, políticos e jurídicos “centralizantes” (tomadas de decisão) desde o desenho da tecnologia, sua utilização econômica, as regras que organizam os diversos modos de se relacionar em seu meio, e como isso acaba por se tornar vinculante para uma coletividade de “pessoas”.

⁴⁴² PELLIN, Daniela; ENGELMANN, Wilson. The regulatory sandbox as a source of law in the nanotech disruption case in Brazil. **Mundo nano: Revista interdisciplinaria en nanociencias y nanotecnología [online]**, v.15, n. 28, Mar. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.org.mx/pdf/mn/v15n28/2448-5691-mn-15-28-e00043.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2022.

⁴⁴³ VESTING, Thomas. **State theory and the law**: an introduction. Massachusetts: Elgar, 2022.

⁴⁴⁴ GLASERSFELD, Ernst von. Despedida de la objetividad. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter (org.). **El ojo del observador**: contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa, 1994. p. 28.

Apesar da ideia de “redes sociais”, em contrapartida, poder refletir um direcionamento para “relações pessoais”, os termos aqui podem ser facilmente intercambiáveis para poder abarcar as diversas esferas da vida redimensionadas no meio de plataformas digitais. Na sequência, utiliza-se o caso da moderação de conteúdo pois ela é uma atividade central para discussão sobre as configurações técnicas (e a utilização tecnológica), a atividade econômica das plataformas, e os debates sobre a proteção dos direitos fundamentais online. A escolha da “Meta”, por sua vez, se justifica não só por reunir diversas dinâmicas e tecnologias de outras plataformas na atividade da moderação, e não só por ser a maior das redes sociais, mas pelo fato do recente experimento de um Comitê de Supervisão para julgar casos acerca de suas próprias decisões e políticas. Como uma justificativa, adicional, pode-se afirmar que o Facebook é um “provedor de hospedagem” mais ativo que os provedores de acesso direto à internet (ISPs) e, ainda, a organização do conhecimento é mais ativa que as dos mecanismos de busca – uma diferença mais de “grau” do que de “espécie”, possibilitando futuras comparações teóricas e práticas. Ademais, pode-se denominar o Facebook, também, como um “intermediário” se se quiser aproximá-lo (e diferenciá-lo) também da mídia “tradicional” (*i.e.* da sociedade de organizações).⁴⁴⁵

4.3 O caso da moderação de conteúdo no facebook e o *oversight board*: entre *cyber courts* e o(s) direito(s) (fundamentais) nas redes sociais

O Facebook é a maior rede social do mundo, possuindo, atualmente, mais de 2.8 bilhões de usuários mensais – passando de 3.8 bilhões se se somar também a rede social Instagram da Meta.⁴⁴⁶ Seu sistema para remoção e moderação do conteúdo postado por todos esses usuários é um dos mais complexos, dado todo seu desenvolvimento no decorrer dos anos – desde o uso e alimentação da inteligência artificial (*machine learning*) com a base de dados de sua plataforma até a participação em redes e banco de dados globais. Nessa perspectiva, a proposta de criação de um

⁴⁴⁵ GILLESPIE, Tarleton. Regulation of and by platforms. *In*: BURGESS, Jean; MARWICK, Alice; POELL, Thomas. **The SAGE Handbook of social media**. London; Thousand Oaks; New Delhi, Singapore: SAGE, 2018. p. 256.

⁴⁴⁶ STATISTA. Number of monthly active Facebook users worldwide as of 3rd quarter 2022. Disponível em: <https://bit.ly/36BeyyS>. Acesso em: 1 fev. 2023. STATISTA. Cumulative number of monthly Meta product users as of 3rd quarter 2022. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/947869/facebook-product-mau/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

comitê independente para revisão de suas decisões e políticas passa pelas demandas de transparência e *accountability* inerentes ao fato de o Facebook (Facebook e Instagram) ser o um dos maiores meios do discurso público, envolvendo diversos âmbitos da vida das pessoas ao redor do mundo.

Do período de seu surgimento, em 2004, quando era apenas um website voltado aos estudantes de Harvard,⁴⁴⁷ até a formação de uma equipe especializada por Dave Willner⁴⁴⁸ (2009), a moderação de conteúdo era feita por poucos funcionários localizados do Vale do Silício (CA/EUA), os quais aplicavam a regra “*Feel bad? Take it down*”.⁴⁴⁹ Em 2009, formula-se e explicita-se os princípios que regem seu serviço e os direitos e responsabilidades dos usuários, abrindo-se, inclusive, um processo de *input* (voto) para os usuários.⁴⁵⁰ Willner, supervisionado por Jud Hoffman e o *Trust and Safety Team*, cria os Padrões da Comunidade (*Community Standards*), documento mais detalhado que contém os “padrões aceitáveis” para publicação na plataforma. Mas ele é apenas publicizado, com algumas explicações sobre seus termos (e.g. “discurso de ódio”) em 2015.⁴⁵¹ Após diversos acontecimentos problemáticos envolvendo a moderação de conteúdo em sua plataforma, como os exemplificados abaixo, o Facebook publica, em 2018, as diretrizes internas usadas nesses processos e, pela primeira vez, abre a possibilidade para os usuários apelarem contra suas decisões.⁴⁵²

A seção 230 do *Communication Decency Act* norte americano permitiu, inicialmente, que o Facebook praticasse a moderação de conteúdo como um “bom samaritano”, não importando se o material publicado era protegido ou não pela

⁴⁴⁷ KIRKPATRICK, David. **The facebook effect**: the inside story of the company that is connecting the world. New York; London; Toronto; Sydney: Simon & Schuster, 2010.

⁴⁴⁸ LINKEDIN. Dave Willner. Disponível em: <https://www.linkedin.com/in/davewillner>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁴⁹ KLONICK, Kate. The new governors: the people, rules, and processes governing online speech. **Harvard Law Review**, [S.l.], v. 131, n. 6, apr./2008. p. 1598-1670. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2018/04/the-new-governors-the-people-rules-and-processes-governing-online-speech/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁵⁰ FACEBOOK. **Facebook opens governance of service and policy process to users**. 26 fev. 2009. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2009/02/facebook-opens-governance-of-service-and-policy-process-to-users/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁵¹ FACEBOOK. **Explaining our community standards and approach to government requests**. 15 mar. 2015. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2015/03/explaining-our-community-standards-and-approach-to-government-requests/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁵² FACEBOOK. **Publishing our internal enforcement guidelines and expanding our appeals process**. 24 abr. 2018. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2018/04/comprehensive-community-standards/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

Constituição dos EUA.⁴⁵³ Apesar da não responsabilização dos atos das *interactive computer service* (como denomina essa legislação) ser essencial para proteção da liberdade de expressão na internet, a expansão do Facebook para outras culturas e mudança do cenário regulatório global sobre as plataformas não permitiu que seus estândares permanecessem atrelados apenas aos EUA. Com a pressão de países Europeus para adequação à diversas legislações nacionais de proteção a liberdade de expressão, como a Alemanha, os estândares passaram não só a ficar cada vez mais restritivos, como também demandarem uma análise regionalizada e casuística para sua aplicação.⁴⁵⁴

Em 2015, já se apresentavam 35,051 requisições de retirada de publicações e queixas por parte de governos ao redor do mundo.⁴⁵⁵ Posteriormente, grandes eventos viriam mudar a forma de observação sobre todo o processo da moderação de conteúdo. O primeiro a ser lembrado diz respeito a proibição de circulação da foto *The Terror of War*, postada pelo jornal norueguês *Aftenposten*, em 2016. Esse ícone da fotografia de guerra, tirado pelo fotógrafo vietnamita Nick Ut em 1972, passou a representar as atrocidades da Guerra do Vietnã, sendo, inclusive, ganhadora do prêmio Pulitzer. A imagem em preto-e-branco, que revela uma menina de 9 anos nua, fugindo de uma explosão, gritando, com o rosto retorcido de dor, já fizera muitos jornais, como o *New York Times*, reverem suas políticas sobre foto com nudez.⁴⁵⁶ No Facebook, as reflexões seguiram os debates sobre a censura, a moderação por meio

⁴⁵³ "Section (c)(1). No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider; Section (c)(2). No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, **whether or not such material is constitutionally protected**; or any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1)". ELETRONIC FRONTIER FOUNDATION (EFF). *CDA 230*. Disponível em: <https://www.eff.org/issues/cda230>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁵⁴ KLONICK, Kate. The Facebook Oversight Board: creating an independent institution to adjudicate online free expression. *The Yale Law Journal*, [S.l.], v. 129, n. 8, jun./2020. p. 2418-2499. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/feature/the-facebook-oversight-board>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁵⁵ FACEBOOK. **Explaining our community standards and approach to government requests**. 15 mar. 2015. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2015/03/explaining-our-community-standards-and-approach-to-government-requests/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁵⁶ TIME. **The Most Influential Images of All Time: the Terror of War**. Disponível em: <http://100photos.time.com/photos/nick-ut-terror-war>. Acesso em 1 fev. 2023.

de inteligência artificial e a aplicabilidade das regras sobre pornografia infantil para o jornalismo.⁴⁵⁷

Em 17 de março de 2018, uma matéria do The Guardian revela a colheita de dados de 50 milhões – apurados em mais de 87 milhões, posteriormente – de perfis do Facebook pela empresa Cambridge Analytica após uma investigação da Channel 4 News. Em 24 de julho de 2019 a FTC (*Federal Trade Commission*) publica sua (maior) condenação de \$5 (cinco) bilhões de dólares ao Facebook, em relação a este vazamento de dados.⁴⁵⁸ A mineração e análise desses dados e sua projeção para o processo eleitoral norte-americano, no qual Donald Trump foi eleito presidente dos Estados Unidos da América (2016), impulsionou o debate sobre privacidade e proteção de dados em relação às plataformas – em um nível comparável ao que ocorrera com o caso Snowden em relação ao governo norte-americano. Ademais, lança-se luz sobre o fato de que a moderação de conteúdo é um produto do Facebook e que o uso da inteligência artificial para moderação de conteúdo é também utilizada para direcionamento de marketing (perfilamento) – o que se relaciona diretamente à autossuficiência dessa tecnologia.⁴⁵⁹

Um outro caso, mais recente (2018), é o uso do Facebook, por militares do Myanmar, para difundir sistematicamente a campanha governista de limpeza ética contra a minoria mulçumana Rohingya. O abuso da plataforma para propagação do ódio por meio de publicações inflamatórias e a acusação de demora na resposta por parte do Facebook complicou o debate sobre a efetivação dos padrões da comunidade. Principalmente no caso de discursos de oficiais estatais, a política contra o discurso de ódio é relativizada em decorrência do interesse público e da importância que teria como notícia. Apesar das dificuldades com a língua e cultura local que a própria inteligência artificial teve na época para moderação de conteúdo no Myanmar,

⁴⁵⁷ UNESCO. **Aftenposten versus Facebook: uma polêmica esclarecedora**. Disponível em: <https://pt.unesco.org/courier/julho-setembro-2017/aftenposten-versus-facebook-uma-polemica-esclarecedora>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁵⁸ FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). **FTC Imposes \$5 Billion Penalty and Sweeping New Privacy Restrictions on Facebook**. 24 jul. 2019. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/07/ftc-imposes-5-billion-penalty-sweeping-new-privacy-restrictions>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁵⁹ GORWA, Robert; BINNS, Reuben; KATZENBACH, Christian. Algorithmic content moderation: technical and political challenges in the automation of platform governance. **Big Data & Society**, [S.l.], v. 7, n. 1, jan./jun. 2020. p. 1-15. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2053951719897945>. Acesso em 1 fev. 2023.

o uso sistemático da plataforma para difusão de ódio contra a minoria Rohingya já estava presente há anos sem ser detectada.⁴⁶⁰

Em 2017, o Facebook, Microsoft, Twitter e o YouTube já haviam formado o *Global Internet Forum to Conter Terrorism* (GIFCT)⁴⁶¹ em parceria com a *Global Network on Extremism and Technology* (GNET)⁴⁶² e a *Tech Against Terrorism* da *United Nations Counter Terrorism Executive Directorate* (UN CTED)⁴⁶³. Contudo, apenas após o incidente do Myanmar o Facebook atualizou sua base de dados em relação à discursos de ódio em acordo com a língua e cultura deste país, aumentando em 39% as retiradas de publicações por meio de sinalizações automáticas pela inteligência artificial (*automated flags*).⁴⁶⁴ Há diversos problemas técnicos que podem ser levantados com relação à tecnologia, levando-se em conta o estado da arte tecnológico sempre em mutação, mas percebe-se que uma das questões principais em relação a eficiência e adequação na aplicação dos estândares está em conjugar padronizações gerais das plataformas com as especificidades práticas, semânticas regionais e contextuais das próprias publicações.

No GIFCT, a busca por soluções técnicas passa pelo refinamento constante da *Shared Industry Hash Database*.⁴⁶⁵ Esta é uma base de dados compartilhada que se forma por meio de duas técnicas comuns no âmbito da moderação de conteúdo: o primeiro é o *matching*, que significa marcar certos conteúdos por meio de *hashing*. O *hash* é uma espécie de impressão digital, uma sequência numérica criptográfica que se liga a um dado específico. Porém, utiliza-se, nessas situações, uma espécie de *hash* não criptográfico, para que se possa localizar dados por aproximação e evitar que um conteúdo não permitido seja travestido de permitido com pequenas modificações. E, ainda, há o *hash* perceptual, destinado a marcação de imagens. A segunda técnica é a classificação dos conteúdos, como, a exemplo, ofensivo/não

⁴⁶⁰ DOUEK, Evelyn. Facebook's role in the genocide in Myanmar: new reporting complicates the narrative. *Lawfare*, 22 out. 2018. Disponível em: <https://www.lawfareblog.com/facebooks-role-genocide-myanmar-new-reporting-complicates-narrative>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁶¹ GLOBAL INTERNET FORUM TO CONTER TERRORISM (GIFCT). **About**. Disponível em: <https://gifct.org/about/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁶² GLOBAL NETWORK ON EXTREMISM AND TECHNOLOGY (GNET). **About**. Disponível em: <https://gnet-research.org/about/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁶³ TECH AGAINST TERRORISM. **About**. Disponível em: <https://www.techagainstterrorism.org/about/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁶⁴ GLOBAL INTERNET FORUM TO CONTER TERRORISM (GIFCT). **About**. Disponível em: <https://gifct.org/about/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁶⁵ GLOBAL INTERNET FORUM TO CONTER TERRORISM (GIFCT). **What is the hash-sharing consortium and how does it work**. Disponível em: <https://gifct.org/?faqs=what-is-the-hash-sharing-consortium-and-how-does-it-work>. Acesso em: 1 fev. 2023.

ofensivo, a partir de uma base de dados marcados (com *hash*). Aplica-se, na maior parte das vezes, o *machine learning* para automatização do processo e treinamento da inteligência artificial. Essa é a principal arma que o Facebook utiliza para moderar conteúdo, principalmente relacionado ao terrorismo no caso da participação nesta base de dados global.⁴⁶⁶

O sistema de moderação algorítmico destinado ao combate da violência e dos “discursos tóxicos” (discurso de ódio, *bullying*, assédio, entre outros), diferentemente, concentra-se mais na técnica do *deep learning* (*NLP – Natural Language Processing*),⁴⁶⁷ quer dizer, o treinamento da inteligência artificial é reforçado com base nos Padrões da Comunidade, mas parte do seu aprendizado é com base (está embebido) nos dados (e contextos) colhidos dentro da plataforma. Estabelece-se parâmetros para análise preditiva, de forma que as decisões para retirada de conteúdos seguem o sistema de sinalização (*flagging*), o qual, por sua vez, retroalimenta-se com as denúncias dos usuários.⁴⁶⁸ Assim, pode-se constatar que a moderação é *ex post*, de modo proativo ou reativo. Proativo é o sistema de sinalização (*flagging*) algorítmico automático que reporta um conteúdo possivelmente violador dos padrões da comunidade a um moderador humano, enquanto a moderação *ex post* reativa é a decisão, também desse funcionário (moderador), sobre o conteúdo, agora, reportado por um usuário.⁴⁶⁹

Há, ainda, formas de moderação *ex ante*. Aqui, há dois grandes exemplos. O primeiro encontra-se no caso do combate à pornografia infantil e a utilização de um serviço de nuvem inventado pela Microsoft, o PhotoDNA.⁴⁷⁰ Neste caso, antes de o vídeo/foto ser postado (durante o envio) o algoritmo faz a verificação e controle da

⁴⁶⁶ GORWA, Robert; BINNS, Reuben; KATZENBACH, Christian. Algorithmic content moderation: technical and political challenges in the automation of platform governance. **Big Data & Society**, [S.l.], v. 7, n. 1, jan./jun. 2020. p. 1-15. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2053951719897945>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁶⁷ KAMATH, Uday; LIU, John; WHITAKER, James. **Deep learning for NLP and speech recognition**. Montlingen: Springer Nature Switzerland, 2019.

⁴⁶⁸ GORWA, Robert; BINNS, Reuben; KATZENBACH, Christian. Algorithmic content moderation: technical and political challenges in the automation of platform governance. **Big Data & Society**, [S.l.], v. 7, n. 1, jan./jun. 2020. p. 1-15. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2053951719897945>. Acesso em 1 fev. 2023.

⁴⁶⁹ KLONICK, Kate. The new governors: the people, rules, and processes governing online speech. **Harvard Law Review**, [S.l.], v. 131, n. 6, abr. 2008. p. 1598-1670. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2018/04/the-new-governors-the-people-rules-and-processes-governing-online-speech/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁷⁰ ITH, Tracy. Microsoft's PhotoDNA: protecting children and businesses in the cloud. **Microsoft**, 15 jul. 2015. Disponível em: <https://news.microsoft.com/features/microsofts-photodna-protecting-children-and-businesses-in-the-cloud/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

imagem em relação ao banco de dados de imagens já marcadas e classificadas como não-permitidas. O segundo é a técnica do *geoblocking*, o qual pode-se prever que certa região tanto não publique quanto não veja publicações que ferem legislações locais com base no número de identificação do (dispositivo do) usuário, o IP (*Internet Protocol*). É claro que essas técnicas se misturam cada vez mais. A exemplo, em relação à conteúdos que violam a propriedade intelectual, têm-se o software ContentID, desenvolvido pelo YouTube. Esse sistema de moderação mistura a denúncia de usuários, dos proprietários e o *flagging* automatizado a partir de uma base de dados que contém o *hash* daquele conteúdo já previamente identificado (fornecido e registrado por quem detém ou administra aquela propriedade no sistema de “*notice and take down*”).⁴⁷¹

Deve-se esclarecer que boa parte das decisões sobre moderação de conteúdo é feita pela decisão humana, *ex post*, após a seleção prévia automatizada – que antecipadamente também já rastreia as postagens nas atividades de ranqueamento e filtragem para construção, por exemplo, do feed de notícias personalizado para determinado usuário.⁴⁷² Inclusive, as condições de trabalho e a saúde (mental) dos moderadores,⁴⁷³ assim como a prática do Facebook de terceirizar esse serviço são problemáticas a serem citadas a partir disso.⁴⁷⁴ A justificativa para o aprimoramento do sistema automatizado, a (in)eficiência⁴⁷⁵ necessária à moderação de milhões de

⁴⁷¹ KLONICK, Kate. The new governors: the people, rules, and processes governing online speech. **Harvard Law Review**, [S.l.], v. 131, n. 6, abr. 2008. p. 1598-1670. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2018/04/the-new-governors-the-people-rules-and-processes-governing-online-speech/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁷² LADA, Akos; WANG, Meihong; YAN, Tak. How Does News Feed Predict What You Want to See? **Facebook (Meta)**, 26 Jan. 2021. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2021/01/how-does-news-feed-predict-what-you-want-to-see/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁷³ STEIGER, Miriah et. al. The psychological well-being of content moderators: the emotional labor of commercial moderation and avenues for improving support. **CHI '21: Proceedings of the 2021 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems**, maio 2021. Disponível em: https://crowd.cs.vt.edu/wp-content/uploads/2021/02/CHI21_final__The_Psychological_Well_Being_of_Content_Moderators-2.pdf. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁷⁴ NEWTON, Casey. Bodies in seats: at Facebook's worst-performing content moderation site in North America, one contractor has died, and others say they fear for their lives. **The Verge**, 19 jul. 2019. Disponível em: <https://www.theverge.com/2019/6/19/18681845/facebook-moderator-interviews-video-trauma-ptsd-cognizant-tampa>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁷⁵ GOLDSTEIN, Ian (et. al.) Understanding the (in)effectiveness of content moderation: a case study of Facebook in the context of the U.S. Capitol Riot. **ArXiv**, 6 jan. 2023. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/2301.02737>. Acesso em: 1 fev. 2023.

postagens diárias, não dispensa a revisão humana, de forma que o problema se mantém.⁴⁷⁶

Sobre as decisões de moderação, em si, ressalta-se que para além da remoção dos conteúdos que infringem os Padrões da Comunidade do Facebook, há duas outras possibilidades de decisão: a de redução e o informe. Eles são utilizados para conteúdos problemáticos como o *clickbait* (“caça-clique”) e postagens sensacionalistas ou desinformativas (“Fake News”). Reduzir quer dizer diminuir o rank do conteúdo enganoso de forma que ele não apareça com frequência no feed de notícias da plataforma – o “*shadowban*” inclui problemas de transparência, já que o alcance reduzido não é detectado e/ou não explicado.⁴⁷⁷ Informar quer dizer colar uma informação adicional à publicação enganosa a fim de alertar o leitor. Essas técnicas se mostraram muito mais eficazes e adequadas à proteção da liberdade de expressão nesses casos, principalmente porque não ferem diretamente os Padrões da Comunidade, no mais das vezes, e necessitam de uma ação contrária (informativa/educativa).⁴⁷⁸

Diante disso, pode-se afirmar que o próprio conceito de moderação de conteúdo, presentes em taxonomias como a de Grimmelmann,⁴⁷⁹ precisa ser ampliada para compreender o uso mais generalizado dos algoritmos para “regular” o modo como os processos comunicativos são organizados e as informações são apresentadas aos usuários – nem mesmo das decisões de redução e informe há um caminho para se recorrer, levando em conta, também, que a redução é extremamente difícil de ser identificada, como acima se indicou. Quer dizer, as atividades que

⁴⁷⁶ O direito do trabalho, nesse sentido, como a interface entre as dimensões jurídicas e atividades econômicas nunca antes pensadas nas plataformas, é dos maiores *locus* de discussão sobre direitos fundamentais. Não só, mas, principalmente, pela exploração da lógica algorítmica de humanos cujas atividades por vezes são diferenciáveis de “bots”, como pode-se pensar também no caso dos moderadores de conteúdo aqui levantada. Ver, a exemplo: GROHMANN, Rafael; PEREIRA, Gabriel; GUERRA, Abel; ABILIO, Ludmila Costhek; MORESCHI, Bruno; JURNO, Amanda. Platform scams: Brazilian workers’ experiences of dishonest and uncertain algorithmic management. **New Media and Society**, v. 24, n. 7, July, 2022. p. 1611–1631. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/14614448221099225>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁷⁷ RODRIGUES, Gustavo; KURTZ, Lahis. **Transparência sobre moderação de conteúdo em políticas de comunidade**. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2020. Disponível em: <https://irisbh.com.br/publicacoes/transparencia-sobre-moderacao-de-conteudo-em-politicas-de-comunidade/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁷⁸ LYONS, Tessa. The Three-Part Recipe for Cleaning up Your News Feed. **Facebook**, 22 maio 2018. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2018/05/inside-feed-reduce-remove-inform/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁷⁹ GRIMMELMANN, James. The virtuous of moderation. **Yale Journal of Law & Technology**, v. 17, n. 1, 2015. p. 43-109. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1110&context=yjolt>. Acesso em: 1 fev. 2023.

“regulam” o conteúdo no interior da plataforma, as diversas tomadas de decisão escondidas nos diversos processos de “organização” das plataformas, muitas vezes não são abrangidas na ideia de moderação.⁴⁸⁰ O cerne da caracterização de redes sociais como o Facebook é que elas apenas alocam e organizam o conteúdo em circulação, ou seja, eles não são propriamente produtores de conteúdo, como já dito anteriormente. Todavia, reafirma-se: “[...] eles tomam decisões importantes sobre [...] conteúdo[s]: o que distribuir e pra quem, como conectar usuários e mediar suas interações, e o que rejeitar”.⁴⁸¹ (tradução nossa). Nesse sentido, do crescimento do impacto e da atividade de moderação de conteúdo, principalmente para o discurso público, nas redes sociais, é que está o desafio de “atualizar” as legislações nacionais e regionais ao redor do globo para a nova “fase da internet” e a dificuldade de se pensar o direito digital junto às novas externalidades das modificações prático-materiais nos novos meios.

Nessa continuidade, e, como estava-se desenvolvendo, o papel dos usuários em notificar possíveis violações das regras da plataforma é de extrema importância. A fim de evitar vinganças pessoais e enganos, o Facebook tem investido em relatórios de transparência e em melhor informar os usuários sobre os detalhes da moderação e o conteúdo dos estândares. E, em relação ao processo de reporte, ao clicar “reportar/marcar como spam”, o usuário é remetido a outra aba para descrever o ocorrido e justificar e enquadrar a denúncia em uma classificação relacionada aos estândares – ou marcando que apenas não gostou daquela postagem. Também nesse sentido é que se instituiu, em 2018, o *Data Transparency Advisory Group* (DTAG), um grupo independente formado por diversos especialistas que possui a função de avaliar anualmente as métricas e informações que o Facebook compartilha com os usuários por meio do *Community Standards Enforcement*.⁴⁸²

De fato, 2018 foi um ano no qual o Facebook intensificou seus esforços para buscar meios de trazer maior transparência para seus processos e legitimidade para as tomadas de decisão sobre moderação de conteúdo, principalmente diante do

⁴⁸⁰ GILLESPIE, Tarleton. **Custodians of the Internet**: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media. New Haven; London: Yale University Press, 2018.

⁴⁸¹ GILLESPIE, Tarleton. Governance of and by platforms. In: BURGESS, Jean; POELL, Thomas; MARWICK, Alice. **SAGE handbook of social media**. [S.l.]: Sage, 2017. Disponível em: <https://culturedigitally.org/wp-content/uploads/2016/06/Gillespie-Governance-of-by-Platforms-PREPRINT.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁸² FACEBOOK. **An independent report on how we measure content moderation**. 23 maio 2019. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2019/05/dtag-report/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

episódio da Cambridge Analytica. O anúncio (2018), criação (2019) e início das atividades (2020) do *Oversight Board*, nesse sentido, segue a tentativa de desconstruir a “invisibilidade por design”⁴⁸³ de seus processos e promover uma maior responsabilização (*accountability*) pelas consequências sociais dos modos de governança de sua plataforma e os incidentes que ocorrem a partir de seu meio a partir de grandes pressões externas (Estado, movimentos sociais, organizações não governamentais, privadas, entre diversos outros atores).⁴⁸⁴ Assim, em seguida, descreve-se a estrutura, função e organização do Comitê de Supervisão do Facebook.

O Comitê de Supervisão do Facebook (*Oversight Board*) é composto, atualmente (janeiro/2023), por 22 membros de diversas culturas e áreas de atuação profissional – há previsão de se chegar à 40 membros. São professores e pesquisadores de universidades renomadas, nas áreas de direito e tecnologia, direito constitucional, direitos humanos, comunicação e mídias, assim como jornalistas.⁴⁸⁵ De acordo com artigo 1º do Estatuto, os membros possuem mandato de 3 anos, por um máximo de 3 mandatos, sendo alguns deles copresidentes, responsáveis por liderar e gerir o comitê (seleção de membros e casos a serem julgados). A indicação formal dos membros e a possibilidade de remoção, antes do fim do mandato, no caso de violação do código de conduta interno, é realizado por outra organização, o *Trust*.⁴⁸⁶ Os *Trustees*, membros do *Trust*, supervisionam o financiamento e administração do Comitê de Supervisão. São eles que contratam os funcionários e indicam, junto aos copresidentes, o diretor do Comitê. Este, possui a função adicional de garantir o suporte logístico para que os membros do Comitê tenham acesso a um *pool of experts* e para que os casos sejam corretamente desenvolvidos e documentados.⁴⁸⁷

⁴⁸³ ROBERTS, Sarah. **Behind the screen**: content moderation in the shadows of social media. New Haven; London: Yale University, 2019.

⁴⁸⁴ Há, também, inúmeras cartas internacionais sobre princípios da moderação de conteúdo formuladas pela sociedade civil, terceiro setor, governos e ONGs, que impulsionaram os debates acerca desta temática a partir do direito internacional, e que também influenciaram as construções normativas no próprio Comitê de Supervisão. A exemplos: Manila Principles, Santa Clara Principles, Change the Terms, Paris Call, Christchurch Call, e, por fim, a recepção desses e outros diversos impulsos em um white paper do próprio Facebook, o Charting a Way Forward. FACEBOOK. **Charting a Way Forward**. Fev. 2020. Disponível em: https://about.fb.com/wp-content/uploads/2020/02/Charting-A-Way-Forward_Online-Content-Regulation-White-Paper-1.pdf. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁸⁵ COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Conheça o comitê**. Disponível em: <https://oversightboard.com/meet-the-board/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁸⁶ COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Governança**. Disponível em: <https://oversightboard.com/governance/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁸⁷ COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Bylaws**. Disponível em: <https://www.oversightboard.com/sr/governance/bylaws>. Acesso em: 1 fev. 2023.

O financiamento inicial desta estrutura foi feito pelo pagamento inicial, em 2019, de \$130.000,00 (cento e trinta milhões de dólares), e uma contribuição adicional, em 2022,⁴⁸⁸ de \$150.000,00 (cento e cinquenta milhões de dólares) do Facebook ao *Trust*. Por meio do *Trust Agreement*,⁴⁸⁹ formou-se, de forma irrevogável, um fundo a ser administrado pelo *Trust*, a fim de garantir a independência financeira do Comitê. O Facebook passa, dessa forma, a maior parte de sua autoridade ao Trust, “[...] exceto no que diz respeito a disposições chave aqui declaradas e em circunstâncias excepcionais” (§ 2.2).⁴⁹⁰ (tradução nossa). A exemplo, têm-se que, segundo este mesmo acordo citado, o *Trust* possui a capacidade de criar qualquer companhia para exercer suas funções, mas necessita de autorização do Facebook. Mesmo com esta exceção, Klonic afirma que com este poder o *Trust* poderia criar um órgão legislativo independente para formulação de leis internas e abrir espaço para representação de usuários, ampliando sobremaneira a legitimidade e o próprio arcabouço normativo para o Comitê.⁴⁹¹

Ainda, destaca-se que todos (Comitê, *Trust* e Facebook) estão vinculados pelo Estatuto do Comitê de Supervisão (artigo 5). Logo, para alteração do Estatuto é necessário a aprovação da maioria dos *Trustees*, a maioria do Comitê e a concordância do Facebook (artigo 6). O Facebook, em particular, é obrigado a acatar as decisões do Comitê, devendo comprovar e publicizar seu cumprimento por meio de relatórios de transparência (artigo 4). Nesse sentido, explica-se que a função primeira desse tribunal independente é de revisar as decisões do Facebook sobre moderação de conteúdo a partir de alguns requisitos: “As apelações precisam ser realizadas por titulares de contas ativas”; “É preciso que o Facebook já tenha analisado a decisão inicial”; “As decisões sobre o conteúdo precisam se qualificar para apelação”; e “As apelações devem ser enviadas dentro de 15 dias”.⁴⁹²

⁴⁸⁸ FACEBOOK. **Securing ongoing funding for the Oversight Board**. July 2022. Disponível em: <https://www.oversightboard.com/news/1111826643064185-securing-ongoing-funding-for-the-oversight-board/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁸⁹ FACEBOOK. **Trust Agreement**. Disponível em: <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2019/12/Trust-Agreement.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁹⁰ “[...] except with respect to key provisions stated herein and under exceptional circumstances”. FACEBOOK. **Limited liability company agreement of oversight board LLC**. Disponível em: <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2019/12/LLC-Agreement.pdf>. Acesso em 1 fev. 2023.

⁴⁹¹ KLONICK, Kate. The Facebook Oversight Board: creating an independent institution to adjudicate online free expression. **The Yale Law Journal**, [S.l.], v. 129, n. 8, jun./2020. p. 2418-2499. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/feature/the-facebook-oversight-board>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁹² COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Processo de apelação**. Disponível em: <https://oversightboard.com/appeals-process/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

O Comitê, a partir de um dos diversos “subcomitês” (formados por “co-chairs”/“officers” com responsabilidades administrativas), seleciona apenas alguns casos (não todos) a serem julgados, enviando-os à um subgrupo aleatório de 5 membros para deliberação, sendo que 1 deles deve ser da região primária afetada pelo conteúdo. A decisão preliminar do subgrupo é, então, enviada ao Grupo completo. Prima-se pelo consenso, ou, como exceção, pela decisão da maioria. Após a deliberação expede-se a decisão final e sua tradução para as línguas oficiais do Comitê. De outra sorte, o Facebook pode requerer diretamente que o Comitê avalie alguma decisão sua em específico e/ou toda uma política – inclusive, em situações excepcionais, de urgência, requerendo a análise célere e automática.⁴⁹³

Mesmo com estas exceções e “privilégios” do Facebook, infere-se ainda uma independência jurisdicional dessa organização, confirmado pelo histórico recente dos casos julgados. Há a possibilidade de se interpretar livremente os Padrões da Comunidade e as políticas de conteúdo,⁴⁹⁴ com a potencial criação de um sistema (equivalente ao) de “precedentes”.⁴⁹⁵ Ademais, o próprio comitê formulou o *Rulebook for Case Review and Policy Guidance* para orientar suas decisões e estimular o debate público. Uma das grandes questões que também reforçam essa independência diz respeito à solicitação de todas as informações à Meta necessárias para as deliberações. Contudo, a empresa pode recusar a prover o Comitê de informações, como consta na Seção 2.2 do artigo 2 do estatuto:

O Facebook pode recusar tais solicitações quando o Facebook determinar que as informações não são razoavelmente necessárias para a tomada de decisões de acordo com a intenção da carta, não são tecnicamente viáveis de fornecer, são cobertas por privilégios de advogado/cliente e/ou não podem ou não devem ser fornecidas devido

⁴⁹³ Ver artigo 1, seção 3. COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Bylaws**. Disponível em: <https://www.oversightboard.com/sr/governance/bylaws>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁹⁴ Ademais, o próprio comitê formulou o *Rulebook for Case Review and Policy Guidance* para orientar suas decisões e estimular o debate público. OVERSIGHT BOARD. **Rulebook for Case Review and Policy Guidance**. Disponível em: <https://oversightboard.com/sr/rulebook-for-case-review-and-policy-guidance>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁹⁵ Ver Artigo 2(2) da *Charter*. “For each decision, any prior board decisions will have precedential value and should be viewed as highly persuasive when the facts, applicable policies, or other factors are substantially similar”. OVERSIGHT BOARD. **Charter**. Set. 2019. Disponível em: https://about.fb.com/wp-content/uploads/2019/09/oversight_board_charter.pdf. Acesso em: 1 fev. 2023.; COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Processo de apelação**. Disponível em: <https://oversightboard.com/appeals-process/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

a restrições ou preocupações legais, de privacidade, segurança ou proteção de dados.⁴⁹⁶ (tradução nossa).

E, apesar da obrigação de justificar, muitas vezes a recusa da empresa apenas se refere ao artigo citado sem especificação, sem transparência, principalmente com relação ao funcionamento dos algoritmos, de um modo geral na plataforma, e a automação das tomadas de decisão de moderação de conteúdo, em específico.⁴⁹⁷ Um caso representativo, nesse sentido, é o de número “2020-004-IG-UA”. Trata-se de uma remoção “por padrão”, operada pelo sistema automatizado do Facebook, de uma publicação feita no Instagram, e que supostamente violava o Padrão da Comunidade sobre nudez e atividade sexual de adultos. As 8 imagens de seios femininos, dos quais 3 incluíam os mamilos descobertos, fora feita no contexto da campanha brasileira para conscientização do câncer de mama (“Outubro Rosa”), e mostravam os principais sintomas da doença. Após o Comitê selecionar o caso para análise, o Facebook reconheceu o “erro de monitoramento automático”, restaurou o conteúdo e solicitou que o caso fosse arquivado, já que o requisito da discordância do requerente com a decisão do Facebook não estava mais presente.⁴⁹⁸

O Comitê discordou do Facebook, pois o usuário já havia esgotado a via de apelação interna ao Facebook. Já que o processo do comitê é independente, e não uma extensão da plataforma, os usuários devem ser ouvidos e devem poder receber uma explicação completa sobre o ocorrido. Ademais, os danos já existiram, dado que a decisão de retornar o conteúdo fora realizada meses depois da campanha de conscientização. Ainda, afirma-se que a restauração do conteúdo não finaliza o caso, considerando que o artigo 2, seção 2.3.1 (Implementação das decisões do Comitê) dos Regulamentos internos prescreve que é compromisso do Facebook tomar medidas em relação a “conteúdos idênticos com contexto semelhante”. Logo, o impacto das decisões do Comitê vai além do conteúdo deste caso.

⁴⁹⁶ “Facebook may decline such requests where Facebook determines that the information is not reasonably required for decision-making in accordance with the intent of the charter, is not technically feasible to provide, is covered by attorney/ client privilege, and/or cannot or should not be provided because of legal, privacy, safety, or data protection restrictions or concerns”. COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Bylaws**. p. 24. Disponível em: <https://www.oversightboard.com/sr/governance/bylaws>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁹⁷ MEIER, Nele; GOLIA, Angelo. The Emerging Normative System of Meta’s Oversight Board: An Introduction. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)**, Research Paper n. 2022/29, 12 December 2022. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4300480>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁴⁹⁸ COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Caso 2020-004-IG-UA**. 28 de jan. de 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/IG-7THR3SI1/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

O Comitê considerou a publicação como exceção daquela política, e, como está claramente elencado nos Padrões da Comunidade, está justificado para fins de conscientização na área da saúde. Na decisão, recomenda-se: a melhora do sistema automatizado; a expressa menção, justificção e explicação do processo ao usuário, principalmente quando desse tipo de tomada de decisão; a implementação de um processo de auditoria interna para reavaliar continuamente esse tipo de tomada de decisão; e a expansão dos relatórios de transparência para divulgar o número das remoções por decisões automatizadas.⁴⁹⁹

Contudo, além da empresa afirmar na data que o Comitê não deveria focar no método utilizado, se automatizado ou humano, mas sim no resultado da decisão, esta última recomendação sobre os relatórios de transparência ainda não foi implementada, e está classificada como “*Assessing feasibility*” (“avaliando a viabilidade”). Ainda, a recomendação para informar as pessoas com “descrições acessíveis” sobre o que realmente significa a remoção automatizada (o “*enforcement*” das políticas) só será “implementado em parte” (seja o que isso signifique), estando “em progresso”.⁵⁰⁰ Nesse sentido, também, a meta se recusou a fornecer a estatística de erros com relação as decisões automatizadas e os erros humanos no caso “Isolamento de Öcalan”, no qual uma atualização das políticas que permitiria que os usuários discutissem os direitos humanos dos indivíduos classificados como perigosos não foi efetivada e transferida para orientação interna dos moderadores desde de 2018 (até 2021), o que leva um número incalculável (já que a Meta não fornece informações) de erros de moderação de conteúdo ao redor do globo.⁵⁰¹

Ademais, ressalta-se que a fundamentação do Comitê no caso “Outubro Rosa” é marcada pela menção sistemática à diversos pactos internacionais sobre liberdade de expressão, direito à saúde, direito a um recurso efetivo e direito a não discriminação, este em razão de diversos comentários públicos denunciarem o

⁴⁹⁹ COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Caso 2020-004-IG-UA**. 28 de jan. de 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/IG-7THR3S11/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵⁰⁰ META. Transparency Center. **Oversight Board Recommendations**. 20 Jan. 2023. Disponível em: <https://transparency.fb.com/pt-br/oversight/oversight-board-recommendations/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵⁰¹ COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Isolamento de Öcalan**. Caso 2021-006-IG-UA. 28 de jan. de 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/IG-7THR3S11/>. Acesso em: 1 fev. 2023. META. Transparency Center. **Oversight Board Recommendations**. 20 Jan. 2023. Disponível em: <https://transparency.fb.com/pt-br/oversight/oversight-board-recommendations/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

tratamento extremamente diferenciado de mamilos masculinos e femininos.⁵⁰² Em 16 de março de 2021 o Facebook anunciara sua Política Corporativa de Direitos Humanos,⁵⁰³ confirmando seu compromisso com esses e outros estândaes de direitos humanos, e não só com os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (UNGPs) da ONU, passando a fazer parte da *Global Network Initiative*.⁵⁰⁴ Deve-se considerar que a sua política corporativa, por outro lado, não faz referência às cartas de direitos humanos regionais e locais, com exceção da Europeia e Americana.⁵⁰⁵

A partir deste compromisso e deste caso, pode-se verificar uma expansão da “base substantiva” para a tomada de decisão no Comitê. Apesar dessa relação entre os padrões da comunidade, as obrigações de direitos humanos e os “valores” de o Facebook/Instagram ainda ser incerta,⁵⁰⁶ os julgados do Comitê a partir de estândaes de direitos humanos é vista por alguns como uma típica atividade de “controle constitucional”⁵⁰⁷ da “Lex Facebook”.⁵⁰⁸ Segundo Golia, pode-se indicar que a aplicação dos padrões da comunidade pelos moderadores (1ª ordem) é controlada pelo Comitê de Supervisão a partir dos “Valores” do Facebook/Instagram e dos Direitos Humanos (2ª ordem).⁵⁰⁹ Isso pode ser corroborado, por exemplo, pelo caso 2021-013-IG-UA, no qual se discutiu a violação do Padrão da Comunidade do

⁵⁰² COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Caso 2020-004-IG-UA**. 28 de jan. de 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/IG-7THR3SI1/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵⁰³ SISSONS, Miranda. Our commitment to Human Rights. **Facebook**, 16 mar. 2021. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2021/03/our-commitment-to-human-rights/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵⁰⁴ GLOBAL NETWORK INITIATIVE. **About**. Disponível em: <https://globalnetworkinitiative.org/about-gni/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵⁰⁵ FACEBOOK. **Corporate Human Rights Policy**. Disponível em: <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/03/Facebooks-Corporate-Human-Rights-Policy.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵⁰⁶ “os valores do Facebook desempenham um papel no desenvolvimento de políticas da empresa e não são usados pelos moderadores para decidir se o conteúdo é permitido”. COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Caso 2021-009-FB-UA**. 9 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/FB-P93JPX02/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵⁰⁷ GRADONI, Lorenzo. Constitutional review via Facebook’s Oversight Board. **Verfassungsblog**, 10 Feb. 2021. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/fob-marbury-v-madison/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵⁰⁸ BYGRAVE, Lee. Lex Facebook. In: BYGRAVE, Lee. **Internet governance by contract**. Oxford: Oxford Academic, 2015. p. 85-103. Disponível em: <https://academic.oup.com/book/1745/chapter-abstract/141386071?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵⁰⁹ MEIER, Nele; GOLIA, Angelo. The Emerging Normative System of Meta’s Oversight Board: An Introduction. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)**, Research Paper n. 2022/29, 12 December 2022. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4300480>. Acesso em: 1 fev. 2023.

Facebook sobre Produtos Regulamentados de uma postagem brasileira sobre Ayahuasca (por ter falado “positivamente” sobre o uso de “drogas não medicinais”).⁵¹⁰

A Meta defendeu sua decisão, após apelação do usuário, justificando a limitando o Valor “Voz” – que sustenta a criação de um espaço em que “[...] as pessoas possam falar abertamente sobre os assuntos importantes para elas, ainda que sejam temas que geram controvérsias e objeções” – pelo valor da “Segurança” – “o compromisso de fazer do Facebook um lugar seguro”, citando o caso do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de Franklin-Beentjes e Ceflu-Luz da Floresta contra os Países Baixos (Caso n. 28167/07, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, 6 de maio de 2014), no qual se decidiu que “banir o uso da ayahuasca era uma restrição necessária e razoável do direito à liberdade de religião”.⁵¹¹

Contudo, o Comitê cita outros julgados⁵¹² e pesquisas científicas⁵¹³ que chegaram à conclusão diferentes. Afirma-se que a publicação do usuário não fazia referência à venda ou à compra de ayahuasca, que o usuário reside no Brasil, onde o uso de ayahuasca é permissível para rituais religiosos e por comunidades indígenas, citando a resolução de 2010 do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD), e decidiu manter o conteúdo com base no valor da “Voz”, no direito de liberdade de opinião e expressão,⁵¹⁴ no direito de participar da vida cultural,⁵¹⁵ e no

⁵¹⁰ COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Caso 2021-013-IG-UA**. 9 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/IG-0U6FLA5B/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵¹¹ COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Caso 2021-013-IG-UA**. 9 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/IG-0U6FLA5B/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵¹² “A Suprema Corte dos Estados Unidos, considerando o risco de danos do ‘uso circunscrito e sacramental da ayahuasca’ por membros de uma religião baseada na ayahuasca, concluíram que o governo não tinha apresentado provas suficientes dos danos decorrentes do uso religioso, que era seu ônus, para justificar a proibição nessas circunstâncias”. COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Caso 2021-013-IG-UA**. 9 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/IG-0U6FLA5B/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵¹³ Dos SANTOS, Rafael; BOUSO, José Carlos; HALLAK, Jaime. Ayahuasca, dimethyltryptamine, and psychosis: a systematic review of human studies. **Ther Adv Psychopharmacol**, v. 7, n. 4, Apr. 2017. p. 141-157. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5433617/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵¹⁴ “Artigo 19, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP); Comentário Geral n.º 34, Comitê de Direitos Humanos 2011; Relator Especial da ONU sobre os relatórios de liberdade de opinião e expressão: A/HRC/17/27 (2011)”. COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Caso 2021-013-IG-UA**. 9 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/IG-0U6FLA5B/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵¹⁵ “Comentário Geral nº 21 sobre o direito de todos participarem da vida cultural, E/C.12/GC/21, 21 de dezembro de 2009; Convenção da UNESCO de 2005 sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais”. COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Caso 2021-013-IG-UA**. 9 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/IG-0U6FLA5B/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

direito à liberdade de religião e crença,⁵¹⁶ recomendando, ainda, a alteração nas Diretrizes da Comunidade do Instagram e o Padrão da Comunidade do Facebook sobre Produtos Regulamentados para “[...] permitir a discussão positiva sobre os usos tradicionais ou religiosos de drogas não medicinais, quando houver evidência histórica desse uso”.⁵¹⁷

Golia, analisando o experimento do Comitê sob as lentes do constitucionalismo social de Teubner, afirma que se pode observar uma diferenciação entre normas primárias e secundárias (Termos de Serviço e Estândares da Comunidade v. práticas estabelecidas, decisões e códigos implementados por humanos e algoritmos), com uma clara divisão e práticas de contestação entre âmbitos espontâneo e organizado (Meta e os moderadores v. os usuários e terceiros afetados), além do estabelecimento do Comitê de Supervisão representar a judicialização de uma ordem normativa privada, com a revisão judicial das decisões por um terceiro independente que tem a capacidade de estar aberto e internalizar impulsos sociais externos com a possibilidade de contestação e, ainda, indica a (auto)constitucionalização do código corporativo a partir da recepção dos princípios Ruggie de Direito Humanos e Empresas.⁵¹⁸ Apesar dessa dimensão “constitutiva”, a função limitativa, com relação às consequências sociais e externalidades negativas da lógica interna da comunicação digital (“*i.e. the how of communication*”), estão “fora do radar” do Comitê:

Com efeito, o que vem à tona e chega ao grande público são, em sua maioria, decisões sobre o conteúdo do discurso, ou seja, sobre o quê da comunicação [...]. Para fazer uma comparação com o constitucionalismo estatal, é como uma constituição abordando a questão de – digamos – abusos contra escravos em vez da própria escravidão [...] Uma forte intervenção de Estados e atores políticos é, então, necessária. De fato, mesmo na estrutura radicalmente pluralista do Constitucionalismo Social, as leis e constituições Estatais mantêm-se central.⁵¹⁹ (tradução nossa).

⁵¹⁶ “Artigo 18, PIDCP; Comentário Geral n.º 22, Comitê de Direitos Humanos 1993”. COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Caso 2021-013-IG-UA**. 9 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/IG-0U6FLA5B/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵¹⁷ COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Caso 2021-013-IG-UA**. 9 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/IG-0U6FLA5B/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵¹⁸ GOLIA, Angelo. Beyond oversight: advancing societal constitutionalism in the age of surveillance capitalism. **Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law**, Heidelberg, 25 Feb. 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3793219. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵¹⁹ “Indeed, what comes to the surface and reaches the general public are mostly decisions on the content of the speech, *i.e. the what of communication* [...] To make a comparison with state constitutionalism, it is like a constitution addressing the issue of – let’s say – abuses against slaves

Contudo, uma simples “intervenção forte” de Estados e atores políticos não resolveria o problema subjacente às problemáticas levantadas sob a comunicação digital e poderia, ainda, levar a uma extrema fragmentação da internet, ao aumento de controle estatal prévio de conteúdos e à redução do estímulo a auto-organização social, a exemplos. A ideia da “estatalidade pública” em Teubner ou da “governança em rede” desenvolvida no capítulo segundo busca mostrar a dinamicidade das transformações organizacionais da sociedade e do direito no meio da comunicação digital. No subcapítulo anterior (4.2), o “equilíbrio” entre uma autorregulação de plataformas e o papel do Estado e do direito público, que resulta em um modelo de “autorregulação regulada”, consubstancia-se no estímulo à auto-organização da própria comunicação digital e o estabelecimento de parâmetros procedimentais e organizacionais públicos em consideração às modificações práticas e técnicas do conhecimento – ou, melhor, justamente a falta dele que impede uma intervenção direta não podendo se pressupor, a exemplos, um “interesse público” tão claro que ampararia a intervenção ou regras “sólidas” e “universais” sobre os limites da liberdade de expressão em ambientes extremamente mutáveis.

A ideia de *cyber courts*, teorizada por Ladeur, em *Private Rechtsprechung in den neuen Medien*, é de extrema valia aqui. Segundo ele, um modelo híbrido jurídico para o caráter igualmente híbrido dos novos meios de comunicação, poderia considerar que a isenção de responsabilidade de novos intermediários dependeria da criação de uma *Cyber Court*, uma espécie de Tribunal Arbitral privado (“neutro”) para resolver disputas entre usuários e terceiros de diversos “provedores”, operando os tribunais estatais como já um segundo nível formalizado para estabelecer limites à autorregulação (e.g. reforçando padrões produtivos e estimulando a busca de novas formas processuais).⁵²⁰ Para ele, não se trata primariamente da aplicação obrigatória

instead of slavery itself [...] A strong intervention by states and political actors is thus necessary. Indeed, even in SC’s radically pluralist framework state law and constitutions remain central”.
 GOLIA, Angelo. Beyond oversight: advancing societal constitutionalism in the age of surveillance capitalism. **Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law**, Heidelberg, 25 Feb. 2021. Disponível em:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3793219. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵²⁰ Apesar desta ideia poder ser encontrada no artigo 21 do *Digital Services Act* europeu (“out-of-court dispute settlement”), muitas críticas estão sendo feitas, desde da possibilidade de minar o Comitê de Supervisão do Facebook até o estímulo a lógicas econômicas predatórias dos organizamos certificados. HOLZNAGEL, Daniel. A Self-Regulatory Race to the Bottom through Out-of-Court Dispute Settlement in the Digital Services Act. **Verfassungsblog**, 16 März 2022. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/a-self-regulatory-race-to-the-bottom-through-art-18-digital-services-act/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

das decisões, mas do desenvolvimento de regras de comunicação adequadas à rede que poderiam servir de parâmetro para ajustes nas legislações estatais.⁵²¹ Apesar de uma ideia experimental, pode-se aproximá-la ao Comitê de Supervisão para ressaltar a possibilidade dele desempenhar um papel central em novos modelos regulatórios, pré-preparando o sentido normativo para possibilitar a tomada de decisão por organismos estatais. Para isso, deve-se considerar, na perspectiva de Vesting, que:

[...] decisões jurídicas perturbam reservas de saber e de regras extrajurídicas ou até mesmo, pontualmente, precisam (co)gerar tais padrões de modo experimental [...] a interpretação contribuirá para a preservação de reservas de saber comum [...] ela possibilita ou facilita a coordenação prática de realizações de condutas sociais [...] a função da interpretação não se esgota de modo nenhum na estabilização normativa de expectativas de comportamento, mas deve contribuir, além disso, para a formação de novas reservas de saber e de regras [...].⁵²²

O Comitê de Supervisão, ao interpretar parâmetros de direitos humanos a partir das condições materiais e tecnológicas da plataforma (e.g. erros de interpretação contextual da inteligência artificial e a necessidade de atualização de políticas a eles conectados) e os parâmetros práticos da comunicação (e.g. sátiras ou “memes”) pode ajudar, nesse sentido, a consolidar, co-gerar e re-estruturar constantemente limites entre, por exemplo, discurso de ódio e liberdade de expressão, não só para os usuários como também para os próprios moderadores humanos e o próprio estabelecimento de regras pela empresa.⁵²³ De outro lado, as tomadas de decisão estatais e regionais podem melhor consolidar entendimentos normativos a partir desse material de sentido.

Graber ressalta, nesse sentido, que o aprendizado do direito diante da tecnologia depende da compreensão dessa relação de co-produção social e material de *technical affordances* em vários estágios.⁵²⁴ A partir da ideia de que o design material das tecnologias e a interpretação social modificam-se a partir de usos e críticas de uso, pode-se entender o porquê do *design* ser uma das questões centrais

⁵²¹ LADEUR, Karl-Heinz. **Cyber Courts**: Private Rechtsprechung in den neuen Medien. Hamburgo: Murmann Verlag GmbH, 2014.

⁵²² VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 262.

⁵²³ COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Caso 2021-005-FB-UA**. 20 maio de 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/FB-RZL57QHJ/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵²⁴ GRABER, Christoph. How the law learns in the digital society. **Law, Technology and humans**, v. 3, n. 2, 2021. Disponível em: <https://lthj.qut.edu.au/article/view/1600>. Acesso em: 1 fev. 2023.

para as regulações hodiernas – e.g. *Safety by Design* no Online Safety Bill (UK).⁵²⁵ A ideia de *design* da organização é justamente uma categoria luhmanniana que descreve como a organização consegue manter sua autopoiese (de suas decisões) em condições de “fascinação”, “orientação” e “compromisso” dos sistemas psíquicos que percebem seu “desenho” como uma característica perceptível do sistema social. A ideia de regular premissas organizacionais e procedimentais para o “re-desenho” pode ser orientada, nesse sentido, pela relação entre a ampliação de tecnologias de facilitação para governança e gestão junto a adoção de formas mais “sutis” de comunicação organizada⁵²⁶ - e.g. em aplicativos para gestão dos “direitos dos titulares de dados pessoais ou as Tecnologias de Facilitação da Privacidade (*Privacy Enhancing Technologies/PETs*).

Mas o ganho comunicacional e tecnológico só tem seu sucesso, conjunto, se consegue incluir a percepção e, no caso do “sucesso” jurídico, se esta inclusão permite práticas de direitos (fundamentais). Isso fica claro no campo da proteção de dados pessoais quando se pensa na relação entre o *privacy (and security) by design* (de novas tecnologias e de como os processos estão organizados dentro das organizações) e o correspondente aumento de capacidade de inclusão (“participação” e “controle”) dos indivíduos (“titulares de dados”) na (auto)regulação (regulada) e (auto)governança (“responsável”) dos processos comunicacionais.⁵²⁷

O que está por “de trás” é, justamente, a facilitação para geração de conhecimento sobre as práticas e as tecnologias. No caso da moderação de conteúdo, tanto o Comitê de Supervisão quanto regulações ao redor do globo demandam pela “transparência” dos algoritmos, o que, de um modo geral, deve seguir procedimentos específicos desde o desenvolvimento da inteligência artificial até a sua aplicação (e.g. *Artificial Intelligence Act*).⁵²⁸ Diante do “[...] constante oscilar entre expressões de

⁵²⁵ UNITED KINGDOM. **Online Safety Bill: factsheet**. 18 January 2023. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/online-safety-bill-supporting-documents/online-safety-bill-factsheet#:~:text=The%20Bill%20will%20force%20social,and%20what%20content%20they%20see>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵²⁶ BAECKER, Dirk. The design of organization in society. In: SEIDL, David; BECKER, Kai Helge. **Niklas Luhmann and organization studies**. Frederiksberg: Copenhagen Business School Press, 2006. p. 191-204.

⁵²⁷ BAECKER, Dirk. The design of organization in society. In: SEIDL, David; BECKER, Kai Helge. **Niklas Luhmann and organization studies**. Frederiksberg: Copenhagen Business School Press, 2006. p. 191-204.

⁵²⁸ EUROPE UNION. European Commission. COM 206, 21 April 2021. Proposal for a regulation of the European Parliament and of the council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence

opiniões [...] e a ofensa [...] entre esfera pública e esfera privada, entre a crítica legítima e suspeitas delirantes”, as questões mais importantes giram em torno da garantia da transparência dos processos tecnológicos diante da necessária geração de conhecimentos compartilhados para autorreprodução acertada das práticas sociais.⁵²⁹

É claro que “[...] é mais fácil codificar a socialidade em algoritmos do que decodificar algoritmos de volta à ação [prática] social”.⁵³⁰ Contudo, não precisamos da “explicação” da inteligência artificial em seus próprios termos, mas como ela se comunica no meio e quais suas consequências para as práticas sociais.⁵³¹ O que tribunais como o Comitê de Supervisão pode ajudar a construir juntamente a “estatalidade pública” é, nesse sentido, “uma semântica jurídica” dos novos meios:

[...] um novo quadro global de referência que pode ser chamado de ‘procedimentação de segunda ordem’: dos ‘casos’ específicos, pode-se construir alguns componentes de transição que não podem ser fixados, mas que ainda permitem um processo produtivo de ‘oscilação’ entre a nova geração de conhecimento técnico e um tipo flexível de ‘codificação’ legal em ‘tempo real’ ou *ex post*.⁵³²

Ademais, acompanhando a “filosofia da alteridade” (se é que se pode reunir sobre essa denominação autores tão díspares como Lévinas, Paul Ricoeur, Lacan etc.), reafirma-se com Vesting que os direitos fundamentais têm um papel fundamental na mediação entre o Eu e o Outro em redes horizontais entrelaçadas de vizinhança. Dessa forma, esses direitos podem ser vistos com relação a uma abertura da experiência humana constitutiva que é “[...] indissociável de redes complexas de conhecimentos implícitos, percepções, sentimentos; ligada a uma economia da atenção específica e a camadas profundas do inconsciente” – como bem mostrou a

(Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>. Acesso em: 1 fev. 2023.

⁵²⁹ VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. In: ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (coord.). **Fake news e regulação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 103.

⁵³⁰ “[...] it is easier to encode sociality into algorithms than to decode algorithms back into social action”. VAN DIJCK, José. **The culture of connectivity: a critical history of social media**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 172.

⁵³¹ ESPOSITO, Elena. **Artificial communication: how algorithms produce social intelligence**. Cambridge; London: The MIT Press, 2022.

⁵³² LADEUR, Karl-Heinz. A transformação da semântica jurídica na sociedade pós-moderna a partir da “subsunção” de casos ao “equilíbrio” e uma semântica de redes. FORTES, Pedro (coord.). **Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. p. 322.

fenomenologia – e que dependem também, então, de uma proteção pelo “distanciamento”, pela não submissão do (e pelo) Outro.⁵³³

Nesse sentido, os “sujeitos da liberdade” são os próprios “enredamentos de vizinhança”, e não um sujeito autodeterminado. Em um contexto no qual a “esfera pública digital” e a própria “individualidade dos indivíduos” passaram a serem constantemente redimensionadas pela comunicação digital e os processos artificiais dessa realidade, a autodeterminação é ainda mais problemática. Para além da reestruturação da sociedade-de-organizações e dos meios de comunicação eletrônicos (de massa) – que reorganizaram a sociedade liberal à grupos-plurais e passaram a introduzir a especialidade técnica dos conhecimentos – as redes sociais passam a figurar cada vez mais como o Outro com o qual o indivíduo se relaciona.

A atuação e regulação estatal possui a função de ajudar a reconstruir a dimensão pública dessas atividades, a fim de que não fique a proteção de direitos fundamentais apenas dependente de parâmetros técnicos e privados das plataformas. No âmbito da teoria constitucional, uma grande contribuição para essas observações tem-se construído a partir do movimento denominado de “sociologia do constitucionalismo”,⁵³⁴ o qual reflete sobre a organização (“controle”) do poder, os novos movimentos sociais,⁵³⁵ e a garantia de direitos fundamentais na sociedade globalizada e digitalizada.⁵³⁶ A ideia de um “constitucionalismo digital”⁵³⁷ pode ajudar a recalibrar as problemáticas fundamentais sobre o poder e o direito junto ao novo modelo econômico e os pressupostos técnicos das plataformas, desde que se atente para as especificidades das transformações dos meios sem a pretensão de retorno ou reprodução da lógica nacional nos novos contextos na busca (por vezes cega) por “legitimidades”, mas sim se direcione ao “(re)desenho” de novas estruturas de

⁵³³ VESTING, Thomas. Vizinhança: direitos fundamentais e sua teoria na cultura das redes. *In*: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação**: método constitucional entre dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 241.

⁵³⁴ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**: constituição e teoria dos sistemas. Curitiba: Juruá, 2016.

⁵³⁵ SCHWARTZ, Germano. As constituições estão mortas? Momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

⁵³⁶ ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo social**: constituição na globalização. Curitiba: Appris, 2018.

⁵³⁷ ROCHA, Leonel Severo; MOURA, Ariel Augusto Lira. Teoria dos Sistemas e constitucionalismo digital. *In*: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (org.). **O futuro da Constituição**: constitucionalismo social em Luhmann e Teubner. Porto Alegre: Editora Fi, 2021. p. 244-292.

governança em rede em atenção as diferentes condições das práticas de direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, observou-se o imbricamento entre Teoria do Direito, Teoria das Organizações e Teoria dos Meios de Comunicação. A partir dessas dimensões teóricas, pode-se (re)construir a observação das transformações do direito na sociedade moderna. Com relação à Teoria do Direito, e a diferenciação metodológica entre uma fase pré e pós autopoiética, pode-se observar, de início, um Luhmann mais próximo a tradição sociológica clássica e assumindo uma posição mais “normativa” com relação ao reforço da positividade do direito e a garantia da realização de sua função, a “generalização congruente de expectativas”, em uma sociedade em rápida transformação, que passa a privilegiar as expectativas cognitivas e a se orientar para o futuro.

A partir da virada autopoiética de sua teoria ele passa a buscar entender, de um modo mais “cético”, as dinâmicas evolutivas do direito, entendido como um sistema de comunicação, e seus mecanismos. A partir da recepção da Teoria da Autopoiese de Maturana e Varela, há uma “mudança de paradigma” na metodologia luhmanniana, radicalizando a teoria sistêmica sob as influências do método construtivista da cibernética. Ele encontra na abstração e transdisciplinaridade da cibernética o material necessário para lidar com aquela complexidade sempre crescente do mundo e desenvolve um instrumental teórico para observação do direito extremamente alinhado à “cultura do computador”.

Adentrando no segundo subcapítulo, aprofunda-se a teoria da comunicação, central para a cibernética, mas ainda mais central para Luhmann, que define a sociedade como um sistema de comunicação e o direito como um sistema de comunicação jurídica. Luhmann define a comunicação como uma síntese resultante de três seleções: informação/dar-a-conhecer/entendê-la e afirma que cada um desses componentes é em si mesmo um acontecimento contingente. Da desconstrução do modelo de transmissão de comunicação de Shannon e Weaver, a “compreensão” da mensagem passa a ser observada como uma seleção da informação dentre um conjunto de possibilidades (o sentido é construído justamente em relação ao que foi excluído, “desprezado”) e ao meio escolhido para se comunicar.

A teoria dos meios de comunicação, nesse sentido, mostra-se central para observação das transformações sociais e jurídicas. Os meios (como a linguagem, escrita, impressão tipográfica, os meios de comunicação de massa e o computador)

condicionam a construção dos sentidos, a autopoiese da comunicação, pois, ao menos a partir da modernidade (e da impressão tipográfica) eles são o lugar da memória social, peça chave para se pensar, de modo geral, “o direcionamento, regulação e controle” que em seguida aparece por meio do conceito de “governança”.

A validade como um *medium* que conecta as comunicações jurídicas, que são validas porque jurídicas e jurídica porque válidas, explicam não só a organização em rede do direito como também o seu modo de simbolicamente criar as condições do “aceite” da comunicação jurídica. A terceira dimensão teórica, da Teoria das Organizações, complementa essas lições, já que o manejo dos meios simbólicos se encontra na atividade da tomada de decisão das organizações. As tomadas de decisão na organização estatal, em Luhmann, pré-estruturam o meio para a significação das comunicações jurídicas e políticas junto ao poder e o direito, não devendo-se esquecer que as decisões são amparadas por um arcabouço institucional-social também condicionadas pelos próprios meios.

Apesar de Luhmann pressupor a diferenciação de sentido na relação entre sistema/ambiente, e entre as transformações sociais e jurídicas, ao observar os meios de comunicação e as organizações, os limites mostram-se mais porosos, até porque está se observando um movimento contínuo de demarcação de sentidos e, no caso das organizações, de um sistema social que depende da comunicação ao ambiente das suas tomadas de decisão. Ao observar o Estado de Bem-Estar Social, nesse sentido, ele afirma que os meios do direito e do dinheiro só funcionam quando funcionam também no entorno de seus respectivos sistemas e, sendo assim, eles contribuem para a diferenciação entre organizações e sociedade, isto é, à formação de organizações. Os meios do direito e do dinheiro, nessa continuidade, são centrais a observação de Teubner sobre as modificações sociais organizacionais após a intensificação do processo globalização a partir do quarto final do século XX.

Em Teubner, a observação dos discursos paradoxais de “desregulação” (“crise” do Estado Regulatório) e extensa “legalização” de esferas sociais a partir das políticas intervencionistas do Estado de bem-estar social é um dos grandes motivadores para busca de substrato teórico para lidar com as transformações do direito e a regulação social. A sua tese do direito reflexivo, nesse sentido, busca conceber uma nova fase no processo evolutivo jurídico e lidar com o problema de aprendizado do direito, inerente a tarefa do asseguramento de expectativas normativas pelo direito positivo em uma sociedade que passa a privilegiar as expectativas cognitivas. Esse privilégio

do aprendizado aparece, principalmente, com relação as transformações econômicas e tecnológicas da sociedade globalizada.

A aposta de Teubner é reforçar a reflexividade do direito, a atividade do sistema jurídico de compatibilizar a construção de sua identidade (interna) com as prestações a outros subsistemas. Em termos evolutivos, isso redundará na constatação de processos co-evolutivos entre âmbitos sociais e ao fato da autopoiese (ou, em suas palavras, o hiperciclo) poder ser verificada após uma evolução gradativa (de estruturas sociais junto a reconstruções internas de sentido), de forma que o sentido de uma comunicação social (ou “da criação de normas sociais”) auxilia na criação do sentido jurídico (e vice-versa).

Levando-se ao plano do “direito global”, sempre em diálogo com teorias pluralistas e desconstrutivistas, ele observa a (co)evolução, principalmente, de processos econômicos e jurídicos e a formação de novos arranjos híbridos que são paradoxalmente direito e não direito, comunicação social e jurídica. Partindo da observação da *lex mercatória*, Teubner demonstra as combinações de normatização social organizada e processos espontâneos de criação de normas jurídicas nos quais há a produção descentralizada e a multiplicidade de atores em “regimes de governança privada”, na qual a dimensão “pública” (do poder) se insere no desenvolvimento de um “estatalidade” em rede.

Em oposição à Luhmann, que concebia as organizações estatais (tribunal e burocracia) como centrais à reflexão jurídico-política, Teubner conceberá a policentralidade dos sistemas e suas múltiplas conexões com normatividades periféricas, dentro e fora do Estado. Assim, a principal questão gira em torno do “uso” do código jurídico por processos sociais nos quais se “encarna” simbolicamente pretensões de validade, de um lado, e no uso criativo dos paradoxos, em outros locais de tomadas de decisão, como no caso dos tribunais arbitrais privados, que substituem o direito e políticas nacionais por uma construção própria do sentido da comunicação jurídica a partir da base de “práticas sociais reflexivas” específicas.

Nessa continuidade, a comunicação jurídica em rede, para Teubner, passa a mostrar um hibridismo de estruturas normativas que vai além da descrição interna ao direito, da conexão entre organizações ou da descrição da teia de “aspectos decisórios”, como em Luhmann. As organizações e a tomada de decisão continuam centrais para observação da comunicação jurídica, mas, a partir de suas lições, pode-se observar melhor o que está “por detrás”, isto é, não só a possibilidade de

comunicação intersistêmica como também a pré-formação de estruturas de sentido social que não podem ser ignoradas pelo direito. Em “termos organizacionais”, destaca-se a necessária observação conjunta entre as transformações das organizações (como, a exemplo, suas conexões em redes) e as modificações da auto-organização social, esta última que pode ser observada a partir dos pressupostos midiático-sociais.

A sua tese da (auto)constitucionalização aplicada à rede de nomes de domínios serviu para, de um lado, mostrar a complexidade das formações organizacionais investidas a partir não só do direito, do poder e do dinheiro, mas também da própria tecnologia. A partir da governança global da rede de nomes de domínios pode-se observar as diferentes lógicas para estruturação em rede não só de atores públicos e privados, mas também da função da standardização técnica que está no core da realidade digital. Nos processos técnicos, a padronização é a instituição de ligação com o direito, assim como o contrato o é com relação à economia. Essas padronizações, que surgem através das forças de mercado, do estabelecimento interno em organizações internacionais, ou através de negociações entre atores privados e públicos, representam, na ICANN, um dos grandes componentes de formação do meio da internet.

Uma das grandes contribuições de Teubner é sobre os direitos fundamentais “contra-institucionais”, como responsáveis por proteger âmbitos sociais de processos comunicativos anônimos, pois, pensando na internet e nas novas tecnologias, eles podem ser entendidos como a proteção contra as próprias externalidades da comunicação digital e sua lógica interna. Contudo, ressaltou-se que não se pode reduzir a ideia de um “constitucionalismo digital” a afirmação de um acoplamento estrutural do direito (constitucional) com a Internet, pois esta, muito mais do que um “sistema” “tecnológico”, é um meio de comunicação que passa a integrar e alterar todos os outros meios de construção do sentido.

A tese de Vesting sobre os meios de comunicação como *pré-adaptive advances*, como condições gerais de alterações estruturais não programas pelos sistemas, nesta senda, conecta não só as transformações sociais e jurídicas, mas indica os pressupostos materiais e cognitivos para essas conexões. O fato de a comunicação jurídica na “cultura das redes” estar imbricada aos novos processos tecnológicos e a comunicação digital intensifica o problema da cognição jurídica, já que o próprio conhecimento social e as práticas a eles subjacentes tornam-se

dependentes de conhecimentos técnicos aplicados a processos sociais em ambientes distintos. A resposta, aqui, para além da necessária reflexividade, é a experimentação de novos modos de construção do sentido normativo, de significação da comunicação jurídica. A definição da comunicação de Luhmann e sua abertura junto a dimensão dos meios de comunicação mantêm-se extremamente valiosa para observação do direito no âmbito digital, muito mais pela sua capacidade de construção a partir de distinções do que pela pressuposição de formação de sistemas funcionalmente diferenciados.

A presença das plataformas digitais, nessa continuidade, é um dos grandes fenômenos a caracterizar não só uma nova forma organizacional ou uma nova fase da internet como também um novo estágio da digitalização (a “datificação”) da sociedade. Elas acumulam as formações de redes e a tomada de decisão formalizada pelas organizações, combinam hierarquia e horizontalidade, apoiando-se do desenvolvimento tecnológico e em novos modelos de negócio extremamente lesivos aos direitos fundamentais, como pôde-se observar a partir da atividade da moderação de conteúdo nas redes sociais, a grande representação na nova “esfera pública” digitalizada.

O experimento do Comitê de Supervisão do Facebook se destaca como uma *cyber court* cujas tomadas de decisão ajudam a consolidar, co-gerar e re-estruturar constantemente os sentidos e limites das práticas (de direitos fundamentais) em um ambiente digital específico, apesar da ainda dos poucos efeitos surtidos no centro do problema da configuração dos fluxos de comunicação da plataforma, a “inteligência” (comunicação) artificial. A atuação e regulação do “Estado em rede”, deste modo, possui a função de ajudar a reconstruir a dimensão pública dessas atividades, o desenvolvimento de uma “estatalidade”, a fim de que não fique a proteção de direitos fundamentais apenas dependente de parâmetros técnicos e privados da governança das plataformas.

Assim, pôde-se concluir que a interrelação entre as três dimensões teóricas é necessária a observação das recentes transformações da comunicação jurídica junto a comunicação digital, do mesmo modo que uma interpretação “não ortodoxa” da teoria luhmanniana, autorizada pelo seu próprio construtivismo operativo, permitiu-se desenvolver diversas ferramentas teóricas navegando-se entre diversos autores. Contudo, apesar de necessária e suficiente, as três dimensões teóricas apresentam-se apenas como um dos recortes teóricos possíveis, pois poder-se-ia argumentar, a

exemplos, que a dimensão da educação ou da saúde são igualmente “legítimas” e necessárias para se pensar os problemas da comunicação digital, as novas tecnologias, a perda de um “chão comum” de sentido social, e todos os danos para os indivíduos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado: regulação de redes sociais e proceduralização. *In*: ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (coord.). **Fake news e regulação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 19-39.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ASHBY, William Ross. **An introduction to cybernetics**. 2. ed. London: Chapman & Hall, 1957.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BAECKER, Dirk. Reintroducing communication into cybernetics. **Systemica**, [S.l.], v. 11, jan. 1997, p.11-29. Disponível em: <https://bit.ly/2H70DYp>. Acesso em: 1 fev. 2023.

BAECKER, Dirk. The meaning of culture. **Thesis Eleven**, Melbourne, v. 51, jul./ago. 1997, p. 37-51. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2200802. Acesso em: 1 fev. 2023.

BAECKER, Dirk. **Estudios de la próxima sociedade**. Madrid: Metales Pesados, 1998.

BAECKER, Dirk. Why systems. **Theory, Culture & Society**, v. 18, n. 1, Feb. 2001, p. 59-74. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/026327601018001005>. Acesso em: 1 fev. 2023.

BAECKER, Dirk. Niklas Luhmann in the society of the computer. **Cybernetics & human knowing: a journal of second-order cybernetics, autopoiesis, and cyber-semiotics**, Exeter, v. 13, n. 2, abr./jun. 2006, p. 25-40. Disponível em: bit.ly/3UITq16. Acesso em: 1 fev. 2023.

BAECKER, Dirk. The design of organization in society. *In*: SEIDL, David; BECKER, Kai Helge. **Niklas Luhmann and organization studies**. Frederiksberg: Copenhagen Business School Press, 2006. p. 191-214.

BAECKER, Dirk. A calculus for autopoiesis. *In*: BAECKER, Dirk; PRIDDAT, Birger (ed.). **Ökonomie der werte: festschrift zum 65º geburtstag von Michael Hutter**. Marburg: Metrópolis, 2013. p. 249-267. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2073362. Acesso em: 1 fev. 2023.

BAECKER, Dirk. Systemic theories of communication. *In*: Cobley, Paul; Schulz, Peter (ed.). **Handbook of communication sciences**: theories and models of communication. v. 1. Berlin: De Gruyter Mouton, 2013. p. 85-100. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1865641. Acesso em: 1 fev. 2023.

BAECKER, Dirk. Layers, Flows, and Switches: Individuals in Next Society. *In*: GEISSLER, Beate; SANN, Oliver; HOLMES, Brian (ed.). **Volatile Smile**. Nürnberg: Verlag für moderne Kunst, 2014. p. 90-97. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2200791>. Acesso em: 1 fev. 2023.

BAECKER, Dirk. Working the form: George Spencer-Brown and the Mark of Distinction. **Mousse Magazine**, jun. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2HedWWP>. Acesso em: 1 fev. 2023.

BAECKER, Dirk. Sociology of media. *In*: BAZMANN, Inge; BEYES, Timon; PIAS, Claus (eds.). **Social Media**: new masses. Zürich: Diaphanes, 2016. p. 151-171. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2779458. Acesso em: 1 fev. 2023.

BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge Renato. Redes são redes ou redes são organizações? **RAC**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, jul./ago. 2014. p. 523-533. Disponível em: <https://bit.ly/32NpNTE>. Acesso em: 1 fev. 2023.

BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge. **Redes de cooperação empresarial**: estratégias de gestão na nova economia. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2016.

BATESON, Gregory. **Steps to an ecology of mind**: collected essays in anthropology, psychiatry, evolution, and epistemology. New Jersey: Jason Aronson, 1987.

BECK, Ulrich. **Sociedade do risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECK, Ulrich. The cosmopolitan condition: why methodological nationalism fails. **Theory, Culture & Society**, [S.l.], v. 24, n. 7-8, dec. 2007. p. 286-290.

BENDOR, Jonathan. **Bounded rationality and politics**: Berkeley; Los Angeles; London: University of California Press, 2010.

BERGER, Peter Ludwig; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

BERNERS-LEE, Tim. Long Live the Web: a call for continued open standards and neutrality. **Scientific American**, v. 303, n. 6, Dec. 2010. Disponível em: <https://www.scientificamerican.com/article/long-live-the-web/>. Acesso em: 1 fev. 2022.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teorial geral dos sistemas**: fundamentos, desenvolvimentos e aplicações. Petrópolis: Vozes, 2010.

BING, Jon. Building cyberspace. *In*: BYGRAVE, Lee; BING, Jon (ed.). **Internet governance: infrastructure and institutions**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

BORA, Alfons. The Shadow of the Law: Intermediary institutions and the ruling part of governance. *In*: HARTMANN, Eva; KJAER, Poul. **The evolution of intermediary institutions in Europe: from corporatism to governance**. Houndmills; Basingstoke; Hampshire; New York: Palgrave MacMillan, 2015. p. 141-157.

BORA, Alfons. Semantics of ruling: reflective theories in regulation, governance and law. *In*: PAUL, Regine (et al.). **Society, regulation and governance: new modes of shaping social change**. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2017. p. 15-38.

BRADSHAW, Samantha; DENARDIS, Laura. Privacy by infrastructure: the unresolved case of the domain name system. **Policy & Internet**, v. 11, n. 1, March 2019. p. 16-36. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/poi3.195>. Acesso em: 1 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 1 fev. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 2630**, de 2020. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Autoria: Senado Alessandro Vieira. Brasília, DF: Senado Federal, [2020]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. Acesso em: 1 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1037396. Repercussão Geral (Tema 987)**. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, incs. II, IV, IX, XIV e XXXVI, e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição da República, a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que impõe condição para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos de terceiros. Requerente: Facebook Serviços Online Do Brasil Ltda. Requerido: Lourdes Pavioto Correa. Relator: Ministro Dias Toffoli, pendente de julgamento. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidence=5160549&numeroProcesso=1037396&classeProcesso=RE&numeroTema=987#>. Acesso em: 1 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1057258. Repercussão Geral (Tema 533)**. Agravo em recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, II, IV, IX, XIV, XXXIII e XXXV; e 220, §§ 1º, 2º e 6º, da Constituição Federal, se, à falta de regulamentação legal da matéria, os aludidos princípios constitucionais incidem diretamente, de modo a existir o dever de empresa hospedeira de sítio na rede mundial de computadores de fiscalizar o conteúdo publicado em seus domínios eletrônicos e de retirar do ar informações consideradas ofensivas, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Requerente: Google Brasil Internet Ltda. Requerido: Aliandra Cleide Vieira. Intimado: Associação Artigo 19 Brasil; Associação Brasileira De Centros De Inclusão Digital-ABCID.

Relator: Ministro Luiz Fux, pendente de julgamento. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5217273&numeroProcesso=1057258&classeProcesso=RE&numeroTema=533#>. Acesso em: 1 fev. 2023;

BRETON, Philippe; PROULX, Serge. **Sociologia da comunicação**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2013. p. 167.

BYGRAVE, Lee. Lex Facebook. *In*: BYGRAVE, Lee. **Internet governance by contract**. Oxford: Oxford Academic, 2015. p. 85-103. Disponível em: <https://academic.oup.com/book/1745/chapter-abstract/141386071?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 1 fev. 2023.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme (org.). **Luhmann and socio-legal research: an empirical agenda for Social Systems Theory**. Abingdon; New York: Routledge, 2021.

CAMPOS, Ricardo. **Metamorfoses do direito global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia**. São Paulo: Contracorrente, 2022.

CAPPI, Juliano; VENTURINI, Jamila. Declaração de Independência do Ciberespaço: um chamado à ação em defesa da Internet. **Observatório da Internet no Brasil**. 19 mar. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2IGGjgy>. Acesso em: 1 fev. 2023.

CARLE, Georg (et. al.). The Critical Internet Infrastructure. **Dagstuhl Reports**, v. 3, n. 8, 2013. p. 27–39. Disponível em: https://drops.dagstuhl.de/opus/volltexte/2013/4341/pdf/dagrep_v003_i008_p027_s13322.pdf. Acesso em: 1 fev. 2023.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CAUSEIT GUIDE TO DIGITAL FLUENCY. **Multi-sided platforms guidebook**. Disponível em: <https://www.digitalfluency.guide/multi-sided-platforms/multi-sided-platforms>. Acesso em: 1 fev. 2023.

COHEN, Julie. **Between truth and power: the legal constructions of informational capitalism**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Bylaws**. Disponível em: <https://www.oversightboard.com/sr/governance/bylaws>. Acesso em: 1 fev. 2023.

COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Caso 2020-004-IG-UA**. 28 de jan. de 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/IG-7THR3SI1/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Caso 2021-005-FB-UA**. 20 maio de 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/FB-RZL57QHJ/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Caso 2021-009-FB-UA**. 9 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/FB-P93JPX02/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Caso 2021-013-IG-UA**. 9 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/IG-0U6FLA5B/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Conheça o comitê**. Disponível em: <https://oversightboard.com/meet-the-board/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Governança**. Disponível em: <https://oversightboard.com/governance/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Isolamento de Öcalan**. Caso 2021-006-IG-UA. 28 de jan. de 2021. Disponível em: <https://oversightboard.com/decision/IG-7THR3SI1/>. Acesso em: 1 fev. 2023. META. Transparency Center. **Oversight Board Recommendations**. 20 Jan. 2023. Disponível em: <https://transparency.fb.com/pt-br/oversight/oversight-board-recommendations/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

COMITÊ DE SUPERVISÃO. **Processo de apelação**. Disponível em: <https://oversightboard.com/appeals-process/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

CORSI, Giancarlo. Levando o indivíduo a sério: a relação indivíduo-sociedade na teoria dos sistemas. **Tempo social**, São Paulo, v. 27, n. 2, jul./ago. 2015. p. 181-198. Disponível em: <https://bit.ly/37zsA5Z>. Acesso em: 1 fev. 2023.

CORSI, Giancarlo. On paradoxes in constitutions. *In*: FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo (ed.). **Sociology of constitutions: a paradoxical perspective**. London; New York: Routledge, 2016. p. 11-29.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. Sociologia das constituições: o constitucionalismo entre o normativismo e a teoria sistêmica. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, v. 4, n.1, jan./jul. 2018. p. 38-56. Disponível em: <https://bit.ly/3eXxjBE>. Acesso em: 1 fev. 2023.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. A crônica de uma morte anunciada em Gunther Teubner e o papel dos atratores na articulação do direito regulatório na globalização. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra; DIAS, Paulo Thiago Fernandes (Org.). **Sentir o Direito: pesquisa e cultura jurídicas na interação com cinema e literatura**. Porto Alegre: Fi, 2020. p. 21-36.

COULDRY, Nick; HEPP, Andreas. **The mediated construction of reality**. Cambridge: Polity, 2017.

DARWIN, Charles. **A origem das espécies**. Porto: Lello & Irmão Editores, 2003. [e-book]. Disponível em: <http://ecologia.ib.usp.br/ffa/arquivos/abril/darwin1.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

DEGTEREV, Denis; RAMICH, Mirzet; PISKUNOV, Danil. U.S. & China approaches to Global Internet Governance: "new bipolarity" in terms of "the Network Society".

International Organisations Research Journal, v. 16, n. 3, Nov. 2021. p. 7–33. Disponível em: <https://iorj.hse.ru/data/2022/03/17/1807801109/1%20Degtere%204-22.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

DENARDIS, Laura; HACKL, Andrea. Internet governance by social media platforms. **Telecommunications Policy**, v. 39, n. 9, Oct. 2015. p. 761-770. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0308596115000592?via%3Di> hub. Acesso em: 1 fev. 2023.

DENARDIS, Laura; MUSIANI, Francesca. Governance by infrastructure. *In*: MUSIANI, Francesca; COGBURN, Derrick; DENARDIS, Laura; et. al. (ed.). **The turn to infrastructure in internet governance**. New York: Palgrave Macmillan, 2016. p. 3-25.

DENARDIS, Laura. **The internet in everything**: freedom and security in a world with no off switch. New Haven; London: Yale University Press, 2020.

Dos SANTOS, Rafael; BOUSO, José Carlos; HALLAK, Jaime. Ayahuasca, dimethyltryptamine, and psychosis: a systematic review of human studies. **The Adv Psychopharmacol**, v. 7, n. 4, Apr. 2017. p. 141-157. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5433617/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

DOUEK, Evelyn. Facebook's role in the genocide in Myanmar: new reporting complicates the narrative. **Lawfare**, 22 out. 2018. Disponível em: <https://www.lawfareblog.com/facebooks-role-genocide-myanmar-new-reporting-complicates-narrative>. Acesso em: 1 fev. 2023.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EIFERT, Martin. A Lei Alemã para a melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (NetzDG) e a regulação da plataforma. *In*: ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (coord.). **Fake news e regulação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 59-90.

EIFERT, Martin (et. al.). Taming the giants: the DMA/DSA package. **Common Market Law Review**, v. 58, n. 4, Aug./2021. p. 987-1028. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalissue/Common+Market+Law+Review/58.4/19782>. Acesso em: 1 jan. 2022.

EISENACH, Jeffrey. The Economics of Zero Rating. **Nera Economic Consulting**, Mar. 2015. Disponível em: <https://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2015/EconomicsofZeroRating.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

ELETRONIC FRONTIER FOUNDATION (EFF). **CDA 230**. Disponível em: <https://www.eff.org/issues/cda230>. Acesso em: 1 fev. 2023.

ESPOSITO, Elena. Algorithmic memory and the right to be forgotten on the web. **Big Data & Society**, Jan./June 2017. p. 1–11. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2053951717703996>. Acesso em: 1 fev. 2023.

ESPOSITO, Elena. **Artificial communication**: how algorithms produce social intelligence. Cambridge; London: The MIT Press, 2022.

EUROPE UNION. European Parliament and the Council. **Regulation 2022/2065**. 19 October 2022. On a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R2065&qid=1666857835014>. Acesso em: 1 fev. 2023.

FACEBOOK. **An independent report on how we measure content moderation**. 23 maio 2019. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2019/05/dtag-report/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

FACEBOOK. **Charting a Way Forward**. Fev. 2020. Disponível em: https://about.fb.com/wp-content/uploads/2020/02/Charting-A-Way-Forward_Online-Content-Regulation-White-Paper-1.pdf. Acesso em: 1 fev. 2023.

FACEBOOK. **Corporate Human Rights Policy**. Disponível em: <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/03/Facebooks-Corporate-Human-Rights-Policy.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

FACEBOOK. **Explaining our community standards and approach to government requests**. 15 mar. 2015. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2015/03/explaining-our-community-standards-and-approach-to-government-requests/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

FACEBOOK. **Facebook opens governance of service and policy process to users**. 26 fev. 2009. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2009/02/facebook-opens-governance-of-service-and-policy-process-to-users/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

FACEBOOK. **Limited liability company agreement of oversight board LLC**. Disponível em: <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2019/12/LLC-Agreement.pdf>. Acesso em 1 fev. 2023.

FACEBOOK. **Publishing our internal enforcement guidelines and expanding our appeals process**. 24 abr. 2018. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2018/04/comprehensive-community-standards/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

FACEBOOK. **Securing ongoing funding for the Oversight Board**. July 2022. Disponível em: <https://www.oversightboard.com/news/1111826643064185-securing-ongoing-funding-for-the-oversight-board/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

FACEBOOK. **Trust Agreement**. Disponível em: <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2019/12/Trust-Agreement.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects. **Handbook of Industrial Organization**, v. 3, 2007, p. 1967–2072. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1573448X06030317>. Acesso em: 1 fev. 2023.

FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**: constituição e teoria dos sistemas. Curitiba: Juruá, 2016.

FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do direito**: conceitos e problemas: de Ehrlich a Luhmann. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022.

FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). **FTC Imposes \$5 Billion Penalty and Sweeping New Privacy Restrictions on Facebook**. 24 jul. 2019. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/07/ftc-imposes-5-billion-penalty-sweeping-new-privacy-restrictions>. Acesso em: 1 fev. 2023.

FETZER, Anita. Pragmatics as a linguistic concept. *In*: BUBLITZ, Wolfram; NORRICK, Neal (ed.). **Foundations of pragmatics**. v. 1. Berlin; Boston: De Gruyter Mouton, 2011. p. 23-50.

FISCHER-LESCANO, Andreas. **Globalverfassung**: die Geltungsbegründung der Menschenrechte. Weilerswist: Velbrück, 2005.

FLORES, Maurício Pedroso. ICANN e o Caso Amazon: sobre a complicada legitimidade da governança global. *In*: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **O futuro da constituição**: constitucionalismo social em Luhmann e Teubner. Porto Alegre: Editora Fi, 2021. p. 346-370.

FOERSTER, Heinz von. Cybernetics of cybernetics. *In*: KRIPPENDORFF, Klaus. **Communication and control in society**. New York: Gordon and Breach, 1979. p. 1-8. Disponível em: <https://cepa.info/fulltexts/1707.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

FOERSTER, Heinz von. **Observing Systems**. 2. ed. Seaside: Intersystems Publications, 1984.

FRANCOT-TIMMERMANS, Lyana; CHRISTODOULIDIS, Emílios. The normative turn in Teubner's Systems Theory of Law. **Netherlands Journal of Legal Philosophy**, v.40, n. 3, 2011. p. 187-190. Disponível em: https://www.elevenjournals.com/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2011/3/RenR_1875-2306_2011_040_003_001. Acesso em: 1 fev. 2023.

GILLESPIE, Tarleton. Governance of and by platforms. *In*: BURGESS, Jean; POELL, Thomas; MARWICK, Alice. **SAGE handbook of social media**. [S.l.]: Sage, 2017. Disponível em: <https://culturedigitally.org/wp-content/uploads/2016/06/Gillespie-Governance-ofby-Platforms-PREPRINT.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

GILLESPIE, Tarleton. **Custodians of the Internet**: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media. New Haven; London: Yale University Press, 2018.

GILLESPIE, Tarleton. Regulation of and by platforms. *In*: BURGESS, Jean; MARWICK, Alice; POELL, Thomas. **The SAGE Handbook of social media**. London; Thousand Oaks; New Delhi, Singapore: SAGE, 2018. p. 254-278.

GLASERSFELD, Ernst von. Despedida de la objetividad. *In*: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter (orgs.). **El ojo del observador**: contribuciones al constructivismo. Barcelona: Gedisa, 1994. p. 19-31.

GLOBAL INTERNET FORUM TO CONTER TERRORISM (GIFCT). **About**. Disponível em: <https://gifct.org/about/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

GLOBAL INTERNET FORUM TO CONTER TERRORISM (GIFCT). **What is the hash-sharing consortium and how does it work**. Disponível em: <https://gifct.org/?faqs=what-is-the-hash-sharing-consortium-and-how-does-it-work>. Acesso em: 1 fev. 2023.

GLOBAL NETWORK INITIATIVE. **About**. Disponível em: <https://globalnetworkinitiative.org/about-gni/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

GLOBAL NETWORK ON EXTREMISM AND TECHNOLOGY (GNET). **About**. Disponível em: <https://gnet-research.org/about/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

GOLDSTEIN, Ian (et. al.) Understanding the (in)effectiveness of content moderation: a case study of Facebook in the context of the U.S. Capitol Riot. **ArXiv**, 6 jan. 2023. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/2301.02737>. Acesso em: 1 fev. 2023.

GOLIA, Angelo. Beyond oversight: advancing societal constitutionalism in the age of surveillance capitalism. **Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law**, Heidelberg, 25 Feb. 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3793219. Acesso em: 1 fev. 2023.

GOLIA, Angelo; TEUBNER, Gunther. Networked statehood: an institutionalised self-contradiction in the process of globalisation? **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)**, research Paper n. 2020-40, March 16, 2021. p. 7-43. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/20414005.2021.1927608>. Acesso em: 1 fev. 2023.

GORWA, Robert; BINNS, Reuben; KATZENBACH, Christian. Algorithmic content moderation: technical and political challenges in the automation of platform governance. **Big Data & Society**, [S.l.], v. 7, n. 1, jan./jun. 2020. p. 1-15. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2053951719897945>. Acesso em: 1 fev. 2023.

GRABER, Christoph. Bottom-up constitutionalism: the case of net neutrality. **Transnational Legal Theory**, v. 7, n. 4, 2017. p. 524–552. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2941985. Acesso em: 1 fev. 2023.

GRABER, Christoph. How the law learns in the digital society. **Law, Technology and Humans**, v. 3, n. 2, 2021. p. 12-27. Disponível em: <https://lthj.qut.edu.au/article/view/1600>. Acesso em: 1 fev. 2023.

GRADONI, Lorenzo. Constitutional review via Facebook's Oversight Board. **Verfassungsblog**, 10 Feb. 2021. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/fob-marbury-v-madison/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

GRIFFITHS, James. **The Great Firewall of China**: how to build and control an alternative version of the Internet. London: Zed Books, 2019.

GRIMMELMANN, James. The virtuous of moderation. **Yale Journal of Law & Technology**, v. 17, n. 1, 2015. p. 43-109. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1110&context=yjolt>. Acesso em: 1 fev. 2023.

GROHMANN, Rafael; PEREIRA, Gabriel; GUERRA, Abel; ABILIO, Ludmila Costhek; MORESCHI, Bruno; JURNO, Amanda. Platform scams: Brazilian workers' experiences of dishonest and uncertain algorithmic management. **New Media and Society**, v. 24, n. 7, July, 2022. p. 1611–1631. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/14614448221099225>. Acesso em: 1 fev. 2023

GUÉHENNO, Jean-Marie. **The End of the Nation-State**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1995.

GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann: etapas de uma evolução teórica. *In*: SANTOS, José Manuel. **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Editora Universidade da Beira Interior, 2005. p. 185-252.

GUIMARÃES, Gabriel Cintra. **Global technology and legal theory: transnational constitutionalism, Google and the Europe Union**. London; New York: Routledge, 2019.

GÜNTHER, Gotthard. Life as Poly-Contextuality. *In*: GÜNTHER, Gotthard. **Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik**. v. 2. Hamburg: Meiner 1979, p. 283-306.

HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action: reason and the rationalization of society**. v. 1. Boston: Beacon Press, 1984.

HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action: lifeworld and system: a critique of functionalist reason**. v. 2. Boston: Beacon Press, 1987.

HABERMAS, Jürgen. Materialization and proceduralization in modern law. *In*: TEUBNER, Gunther (ed.). **Dilemmas of Law in the Welfare State**. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1988. p. 203-220.

HAVELOCK, Eric Alfred. **Prefacio a platón**. Madrid: Visor, 1994.

HELMOND, Anne. The platformization of the web: making web data platform ready. **Social Media + Society**, v. 1, n. 2, 2015. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2056305115603080#sec-9>. Acesso em 1 fev. 2023.

HOLZNAGEL, Daniel. A Self-Regulatory Race to the Bottom through Out-of-Court Dispute Settlement in the Digital Services Act. **Verfassungsblog**, 16 März 2022. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/a-self-regulatory-race-to-the-bottom-through-art-18-digital-services-act/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

INTERNATIONAL STANDARDIZATION ORGANIZATION. **ISO standards are internationally agreed by experts**. Disponível em: <https://bit.ly/3npEFG>. Acesso em: 1 fev. 2023.

INTERNET ASSIGNED NUMBERS AUTHORITY (IANA). **Root zone management**. Disponível em: <https://bit.ly/2lv03Et>. Acesso em: 1 fev. 2023.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **About cybersquatting**. Disponível em: <https://go.icann.org/3pum5Yt>. Acesso em: 1 fev. 2023.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Bylaws**. Disponível em <https://go.icann.org/2Kd7W1J>. Acesso em: 1 fev. 2023.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **History project**. Disponível em: <https://go.icann.org/38N5QQy>. Acesso em: 1 fev. 2023.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **IANA stewardship transition implementation**. Disponível em: <https://go.icann.org/2IDgspW>. Acesso em: 1 fev. 2023.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **IANA stewardship & accountability**. Disponível em: <https://go.icann.org/38N5WaS>. Acesso em: 1 fev. 2023.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Operational policy**. Disponível em: <https://go.icann.org/2Kd7Ozh>. Acesso em: 1 fev. 2023.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Policy**. Disponível em: <https://go.icann.org/2il1HIY>. Acesso em: 1 fev. 2023.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Uniform domain name dispute resolution policy**. Disponível em: <https://go.icann.org/2Ha815e>. Acesso em: 1 fev. 2023.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Uniform Rapid Suspension (URS)**. Disponível em: <https://www.icann.org/resources/pages/urs-2014-01-09-en>. Acesso em: 1 fev. 2023.

INTERNET LAB. **Biden revoga ordem executiva que relativizava a Seção 230 CDA**. 19 maio 2021. Disponível em: <https://internetlab.org.br/pt/semanario/19-05-2021/#14821>. Acesso em: 1 fev. 2023.

INTERNET SOCIETY. **About the IETF**. Disponível em: <https://bit.ly/3pwLctL>. Acesso em: 1 fev. 2023.

INTERNET SOCIETY. **Our Mission**. Disponível em: <https://bit.ly/35yEY4z>. Acesso em: 1 fev. 2023.

ITH, Tracy. Microsoft's PhotoDNA: protecting children and businesses in the cloud. **Microsoft**, 15 jul. 2015. Disponível em: <https://news.microsoft.com/features/microsofts-photodna-protecting-children-and-businesses-in-the-cloud/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

JOHNSON, David; POST, David. Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace, **Stanford Law Review**, v. 48, n. 5, May 1996. p. 1367–1402. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1229390>. Acesso em: 1 fev. 2023.

KAMATH, Uday; LIU, John; WHITAKER, James. **Deep learning for NLP and speech recognition**. Montlingen: Springer Nature Switzerland, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KETTEMANN, Matthias. **The normative order of the Internet: a theory of rule and regulation online**. Oxford: Oxford University Press, 2020.

KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. New York: Palgrave Macmillan, 2003.

KIRKPATRICK, David. **The facebook effect: the inside story of the company that is connecting the world**. New York; London; Toronto; Sydney: Simon & Schuster, 2010.

KITCHIN, Rob. **The Data Revolution: Big Data, Open Data, Data Infrastructures & their consequences**. [S.I]: SAGE, 2014.

KLONICK, Kate. The Facebook Oversight Board: creating an independent institution to adjudicate online free expression. **The Yale Law Journal**, [S.I], v. 129, n. 8, jun./2020. p. 2418-2499. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/feature/the-facebook-oversight-board>. Acesso em: 1 fev. 2023.

KLONICK, Kate. The new governors: the people, rules, and processes governing online speech. **Harvard Law Review**, [S.I], v. 131, n. 6, apr./2008. p. 1598-1670. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2018/04/the-new-governors-the-people-rules-and-processes-governing-online-speech/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

KOSSEFF, Jeff. **The twenty-six words that created the Internet**. London: Cornell University Press, 2019.

KOSSEFF, Jeff. A user's guide to Section 230, and a legislator's guide to amending it (or not). **Berkeley Technology Law Journal**, v. 37, n. 2, Apr./June 2022. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3905347. Acesso em: 1 fev. 2023.

LADA, Akos; WANG, Meihong; YAN, Tak. How Does News Feed Predict What You Want to See? **Facebook (Meta)**, 26 Jan. 2021. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2021/01/how-does-news-feed-predict-what-you-want-to-see/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

LADEUR, Karl-Heinz. ICANN and the illusion of a community-based Internet: comments on Jochen von Bernstorff. *In*: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther. **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 283-285.

LADEUR, Karl-Heinz. The changing role of the private in public governance: the erosion of hierarchy and the rise of a new administrative law of cooperation: a

comparative approach. **European University Institute**, sep./2002. Disponível em: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/187>. Acesso em: 1 fev. 2023.

LADEUR, Karl-Heinz. The role of contracts and networks in public governance: the importance of the “social epistemology” of decision making. **Indiana journal of global legal studies**, [S.l.], v. 14, n. 2, jun./set. 2007, p. 329-351. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/10.2979/gls.2007.14.issue-1>. Acesso em: 1 fev. 2023.

LADEUR, Karl-Heinz. **Cyber Courts: Private Rechtsprechung in den neuen Medien**. Hamburgo: Murmann Verlag GmbH, 2014.

LADEUR, Karl-Heinz. A transformação da semântica jurídica na sociedade pós-moderna a partir da “subsunção” de casos ao “equilíbrio” e uma semântica de redes. FORTES, Pedro (coord.). **Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. p. 309-323.

LADEUR, Karl-Heinz. The relationship between public law and social norms in constitutionalism – domestic, European, and global. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 2, n. 1, jan./abr. 2016. p. 12-25. p. 20.

Disponível em:

<https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/issue/download/1732/290>.

Acesso em: 1 fev. 2023.

LADEUR, Karl-Heinz; CAMPOS, Ricardo. Entre teorias e espantalhos: deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens. *In*: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 93-129.

LEFORT, Claude. **Essais sur le politique: XIX-XX siècles**. Paris: Éditions du Seuil, 1986.

LEFORT, Claude. **Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LESSIG, Lawrence. **Code: version 2.0**. New York: Basic Books, 2006.

LEVINSON, Nanette; COGBURN, Derrick. The next “turn” in Internet Infrastructure Governance. *In*: MUSIANI, Francesca; COGBURN, Derrick; DENARDIS, Laura; et. al. (ed.). **The turn to infrastructure in internet governance**. New York: Palgrave Macmillan, 2016. p. 219-225.

LINKEDIN. Dave Willner. Disponível em: <https://www.linkedin.com/in/davewillner>. Acesso em: 1 fev. 2023.

LUHMANN, Niklas. **Funktionen und folgen formaler organisation**. Berlin: Duncker & Humblot, 1964.

LUHMANN, Niklas. **Ilustración sociológica y otros ensayos**. Buenos Aires: SUR, 1973.

LUHMANN, Niklas. The Functional Differentiation of Society. **The Canadian Journal of Sociology**, v. 2, n. 1, Jan./Mar. 1977. p. 29-53. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3340510>. Acesso em: 1 fev. 2023.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. Ends, Domination, and System. *In*: LUHMANN, Niklas. **The Differentiation of Society**. New York: Columbia University Press, 1982. p. 20-47.

LUHMANN, Niklas. Interaction, organization, and Society. *In*: LUHMANN, Niklas. **The differentiation of society**. New York: Columbia University Press, 1982. p. 69-89.

LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LUHMANN, Niklas. ¿Por qué AGIL? **Sociológica**: revista del departamento de sociología, Ciudad del México, v. 5, n. 12, jan./abr. 1990. Disponível em: <https://bit.ly/3ltmIED>. Acesso em: 1 maio. 2022.

LUHMANN, Niklas. The cognitive program of constructivism and a reality that remains unknown. *In*: KROHN, Wolfgang; KÜPPERS Günter; NOWOTNY, Helga (ed.). **Selforganization**: portrait of scientific revolution, [S.l.]: Springer, 1990, p. 64-85. Disponível em: <https://bit.ly/2HINrOJ>. Acesso em: 1 fev. 2023.

LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. **Rechtshistorisches Journal**, [S.l.], v. 9, 1990, p. 176-220. Disponível em: <https://bit.ly/2T2aBQ9>. Acesso em: 1 fev. 2023.

LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. Berlin; New York: De Gruyter, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Social systems**. Stanford: Stanford University Press, 1995.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos; Ciudad del México: Universidad Iberoamericana; Santiago del Chile: Instituto de Sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**. Madrid: Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos; Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

LUHMANN, Niklas. **The reality of mass media**. Stanford: Stanford University Press, 2000.

LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001.

LUHMANN, Niklas. Iluminismo sociológico. *In*: SANTOS, José Manuel. **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Editora Universidade da Beira Interior, 2005. p. 19-70.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Introduction to systems theory**. Cambridge; Malden: Polity Press, 2013.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Economía de la Sociedad**. Ciudad del México: Herder, 2017.

LUHMANN, Niklas. Some problems with reflexive law. *In*: FEBBRAJO, Alberto (ed.). **Law, legal culture and Society**: mirrored identifier of the legal order. London; New York: Routledge, 2019. p. 184-198.

LYONS, Tessa. The Three-Part Recipe for Cleaning up Your News Feed. **Facebook**, 22 maio 2018. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2018/05/inside-feed-reduce-remove-inform/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión organizacional**: elementos para su estudio. 4. ed. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008.

MANSILLA, Darío Rodríguez. Introducción. *In*: LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos; Ciudad del México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociologia de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996. p. VII-XXIV.

MANSILLA, Darío Rodríguez; BRETÓN, María Pilar Opazo. **Comunicaciones de la organización**. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2007.

MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. Fake News e autorregulação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais. *In*: ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (coord.). **Fake news e regulação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 217-233.

MARCONDES FILHO, Ciro. **Nova teoria da comunicação**: o rosto e a máquina: o fenômeno da comunicação visto dos ângulos humanos, medial e tecnológico. v. 1. São Paulo: Paulus, 2013.

- MARCONDES FILHO, Ciro. **Teorias da comunicação, hoje**. São Paulo: Paulus, 2016.
- MARTUCCELLI, Danilo. **Sociologías de la modernidad**: Itinerario del siglo XX. Santiago: LOM ediciones, 2013.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **Autopoiesis and cognition**: the realization of the living. Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1980.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas y seres vivos**: autopoiesis: la organización de lo vivo. 6. ed. Buenos Aires: Lumen, 2003.
- MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data**: a revolution that will transform how we live, work, and think. [S.l.]: Houghton Mifflin Harcourt, 2014.
- MCLUHAN, Marshall. **A galáxia de Gutenberg**: a formação do homem tipográfico. São Paulo: Editora Nacional, 1977.
- MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. São Paulo: Cultrix, 2007.
- MEIER, Nele; GOLIA, Angelo. The Emerging Normative System of Meta's Oversight Board: An Introduction. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)**, Research Paper n. 2022/29, 12 December 2022. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4300480>. Acesso em: 1 fev. 2023.
- MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, Brasília, v. 25, n. 4, set./dez. 2020. p. 1-18. Disponível em: <https://bit.ly/3zwBtKp>. Acesso em: 1 fev. 2023.
- MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, n. 1, 2019. p. 781-809. Disponível em: <https://bit.ly/3SW7X7J>. Acesso em: 1 fev. 2023.
- MERRILL, Kenneth. Domains of Control: Governance of and by the Domain Name System. *In*: MUSIANI, Francesca; COGBURN, Derrick; DENARDIS, Laura; et. al. (ed.). **The turn to infrastructure in internet governance**. New York: Palgrave Macmillan, 2016. p. 89-106.
- META. Transparency Center. **Oversight Board Recommendations**. 20 Jan. 2023. Disponível em: <https://transparency.fb.com/pt-br/oversight/oversight-board-recommendations/>. Acesso em: 1 fev. 2023.
- MOELLER, Hans Georg. **The radical Luhmann**. Chichester: Columbia University Press, 2012.
- MOURA, Ariel Augusto Lira. "Lex digitalis" e flexibilidade do direito. *In*: SCHWARTZ, Germano (coord.). **Anais Sociology of Law 2018**: o direito entre o caos e desconstrução. Canoas: Unilasalle, 2018. p. 88-98.

NAFARRATE, Javier Torres. Galáxias de comunicação: o legado teórico de Luhmann. **Lua Nova**: revista de cultura e política, São Paulo, n. 51, set./dez. 2000, p. 144-161. Disponível em: <https://bit.ly/2HkD4uZ>. Acesso em: 1 fev. 2023.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEWTON, Casey. Bodies in seats: at Facebook's worst-performing content moderation site in North America, one contractor has died, and others say they fear for their lives. **The Verge**, 19 jul. 2019. Disponível em: <https://www.theverge.com/2019/6/19/18681845/facebook-moderator-interviews-video-trauma-ptsd-cognizant-tampa>. Acesso em: 1 fev. 2023.

NIKLAS LUHMANN-ARCHIV. **Der Zettelkasten Niklas Luhmanns**. Disponível em: <https://niklas-luhmann-archiv.de/nachlass/zettelkasten>. Acesso em: 1 fev. 2023.

NISSENBAUM, Helen. **Privacy in context**: technology, policy and the integrity of social life. Stanford: Stanford University Press, 2010.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

OVERSIGHT BOARD. **Charter**. Set. 2019. Disponível em: https://about.fb.com/wp-content/uploads/2019/09/oversight_board_charter.pdf. Acesso em: 1 fev. 2023.

OVERSIGHT BOARD. **Rulebook for Case Review and Policy Guidance**. Disponível em: <https://oversightboard.com/sr/rulebook-for-case-review-and-policy-guidance>. Acesso em: 1 fev. 2023.

PARKER, Geoffrey; ALSTYNE, Marshall Van; CHOUDARY, Sangeet Paul. **Platform Revolution**: how networked markets are transforming the economy and how to make them work for you. New York; London: W. W. Norton & Company, 2016.

PARSONS, Talcott. **The structure of social action**: a study in social theory with reference to a group of recent European writers. New York: The Free Press; London: Collier-MacMillan, 1966.

PARSONS, Talcott. Culture and social system revisited. **Social Sciences Quarterly**, New Jersey, v. 53, n. 2, ago./out. 1972, p. 253-266. Disponível em: <https://bit.ly/38MC9iw>. Acesso em: 1 fev. 2023.

PARSONS, Talcott. **The Social System**. 2. ed. London: Routledge, 2005.

PELLIN, Daniela; ENGELMANN, Wilson. The regulatory sandbox as a source of law in the nanotech disruption case in Brazil. **Mundo nano: Revista interdisciplinaria en nanociencias y nanotecnología [online]**, v.15, n. 28, Mar. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.org.mx/pdf/mn/v15n28/2448-5691-mn-15-28-e00043.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2022.

PETSOULAS, Christina. **Hayek's liberalism and its origins**: his idea of spontaneous order and the Scottish enlightenment. London; New York: Routledge, 2013.

POELL, Thomas; NIEBORG, David; VAN DIJCK, José. Plataformização. **Fronteiras: estudos midiáticos**, São Leopoldo, v. 22, n. 1, jan./abr. 2020. p. 2-10. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/341921979_Plataformizacao. Acesso em: 1 fev. 2023.

POLANYI, Michael. **The tacit dimension**. New York: Doubleday, 1966.

RAYMOND, Mark; DENARDIS, Laura. Multi-stakeholderism: anatomy of an inchoate global institution. **Global Commission on Internet Governance**, paper series, n. 41, Sept. 2016. Disponível em: https://www.cigionline.org/static/documents/gcig_no.41web.pdf. Acesso em: 1 fev. 2023.

REIDENBERG, Joel. Governing networks and cyberspace rule-making. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 45, n. 3, Jun./Sep. 1996. p. 907-926. Disponível em: <https://bit.ly/32MNFqa>. Acesso em: 1 fev. 2023.

REIDENBERG, Joel. Lex Informatica: the formulation of information policy rules through technology. **Texas Law Review**, v. 76, n. 3, Feb. 1998. p. 553-593. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/144222024.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

ROBERTS, Sarah. **Behind the screen: content moderation in the shadows of social media**. New Haven; London: Yale University, 2019.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. *In*: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 11-44.

ROCHA, Leonel Severo. Teoria dos sistemas sociais autopoieticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. *In*: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. 2 ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2013. p. 329-356.

ROCHA, Leonel Severo. Comunicação ecológica por Niklas Luhmann. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 1, jan./abr. 2014. p. 232-262. Disponível em: <https://bit.ly/3f4sFQt>. Acesso em: 1 fev. 2023.

ROCHA, Leonel Severo. Tempo, direito e Constituição. *In*: SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jirí; ROCHA, Leonel Severo. **Sociologia sistêmico-autopoietica das constituições**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

ROCHA, Leonel Severo. Direito e autopoiese. *In*: STRECK, Lenio Luís; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. n.13. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2017. p. 123-136.

ROCHA, Leonel Severo. Observação luhmanniana. *In*: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da

UNISINOS. [e-book]. n. 15. São Leopoldo: Karywa; UNISINOS, 2019. p. 200-232. Disponível em: <https://bit.ly/3o8kAP9>. Acesso em: 1 fev. 2023.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo social**: constituição na globalização. Curitiba: Appris, 2018.

ROCHA, Leonel Severo; DA LUZ, Cícero Krupp. Lex mercatoria and governance: the polycontextuality between law and state. **Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas**, v. 28, n. 1, Pouso Alegre, p. 105-126, jan./jun. 2009. Disponível em: https://www.academia.edu/36626193/LEX_MERCATORIA_AND_GOVERNANCE_THE_POLYCONTEXTUALITY_BETWEEN_LAW_AND_STATE. Acesso em: 1 fev. 2023.

ROCHA, Leonel Severo; DE AZEVEDO, Guilherme. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoiética. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 4, n. 2, jul./dez. 2012. p. 193-213. Disponível em: <https://bit.ly/31r3Jx9>. Acesso em: 1 fev. 2023.

ROCHA, Leonel Severo; MOURA, Ariel Augusto Lira. Teoria dos Sistemas e constitucionalismo digital. *In*: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (org.). **O futuro da Constituição**: constitucionalismo social em Luhmann e Teubner. Porto Alegre: Editora Fi, 2021. p. 244-292.

RODRIGUES, Gustavo; KURTZ, Lahis. **Transparência sobre moderação de conteúdo em políticas de comunidade**. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2020. Disponível em: <https://irisbh.com.br/publicacoes/transparencia-sobre-moderacao-de-conteudo-em-politicas-de-comunidade/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

ROUSSEAU, Dominique. **Radicaliser la démocratie**: propositions pour une refondation. Paris: Éditions du Seuil, 2015.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

RÜDIGER, Francisco. **As teorias da comunicação**. Porto Alegre: Penso, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O direito dos oprimidos**. São Paulo: Cortez, 2015.

SCHMIDT, Luiz. Sem Whatsapp ilimitado na Europa? União Europeia proíbe planos com dados ilimitados para apps: Prática conhecida como Zero Rating está proibida na Europa e afeta diversos apps. **Mundo Conectado**, 21 jun. 2022. Disponível em: <https://mundoconectado.com.br/noticias/v/26263/sem-whatsapp-ilimitado-na-europa-uniao-europeia-proibe-planos-com-dados-ilimitados-para-app>. Acesso em: 1 fev. 2022.

SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistema luhmanniano. *In*: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 45-76.

SCHWARTZ, Germano. **As constituições estão mortas?** momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SCIULLI, David. **Theory of societal constitutionalism:** foundations of a non-marxist critical theory. Cambridge; New York; Port Chester; Melbourne; Sydney: Cambridge University Press, 1992.

SCOTT, Bernard. Second-order cybernetics: an historical introduction. **Kybernetics**, [S.l.], v. 33, n. 9/10, out. 2004, p. 1335-1375. Disponível em: <https://bit.ly/3dDKzZT>. Acesso em: 1 fev. 2023.

SHANNON, Claude; WEAVER, Warren. **The mathematical theory of communication.** Urbana; Chicago: University of Illinois Press, 1963.

SHAPIRO, Andrew. **The Control Revolution:** How the Internet is Putting Individuals in Charge and Changing the World We Know. New York: Public Affairs, 1999.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa.** 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2001.

SIMON, Herbert Alexander. **Models of bounded rationality.** Cambridge; Massachusetts; London: MIT Press, 1997.

SISSONS, Miranda. Our commitment to Human Rights. **Facebook**, 16 mar. 2021. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2021/03/our-commitment-to-human-rights/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

SOLUM, Lawrence. Models of internet governance. *In*: BYGRAVE, Lee; BING, Jon (ed.). **Internet governance:** infrastructure and institutions. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 48-92.

SPENCER-BROWN, George. **Laws of form.** New York: Julian Press, 1972.

SPINOZA, Benedictus. **Ética.** 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. v. 5: Proposição XXXVII. (Os pensadores).

STATISTA. Number of monthly active Facebook users worldwide as of 3rd quarter 2022. Disponível em: <https://bit.ly/36BeyyS>. Acesso em: 1 fev. 2023. STATISTA. Cumulative number of monthly Meta product users as of 3rd quarter 2022. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/947869/facebook-product-mau/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

STEIGER, Miriah et. al. The psychological well-being of content moderators: the emotional labor of commercial moderation and avenues for improving support. **CHI '21:** Proceedings of the 2021 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems, maio 2021. Disponível em: https://crowd.cs.vt.edu/wp-content/uploads/2021/02/CHI21_final__The_Psychological_Well_Being_of_Content_Moderators-2.pdf. Acesso em: 1 fev. 2023.

STICHWEH, Rudolf. The Present State of Sociological Systems Theory. *In*: SANTOS, José Manuel. **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Editora Universidade da Beira Interior, 2005. p. 347-371.

TAMANAHAN, Brian. Understanding legal pluralism: past to present, local to global. **Sydney Law Review**, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper nº. 07-0080. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1010105>. Acesso em: 1 fev. 2023.

TECH AGAINST TERRORISM. **About**. Disponível em: <https://www.techagainstterrorism.org/about/>. Acesso em: 1 fev. 2023.

TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Review**, v. 17, n. 2, 1983. p. 239-286. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3053348>. Acesso em: 1 fev. 2023.

TEUBNER, Gunther. The transformation of Law in the Welfare State. *In*: TEUBNER, Gunther (ed.). **Dilemmas of Law in the Welfare State**. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1988. p. 3-12.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1989.

TEUBNER, Gunther. The “State” of private networks: the emerging legal regime of polycorporatism in Germany. **BYU Law Review**, [S.l.], v. 1993, n. 2, Apr./May 1993. p. 553-575. Disponível em: <https://bit.ly/3lBgME6>. Acesso em: 1 fev. 2023.

TEUBNER, Gunther. **Global law without a State**. Hanover: Dartmouth Publishing Company, 1996.

TEUBNER, Gunther. The king's many bodies: the self-deconstruction of law's hierarchy. **Law and Society Review**, v. 31. n. 4. 1997. p. 763-787. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3053986>. Acesso em: 1 fev. 2023.

TEUBNER, Gunther. Breaking frames: economic globalization and the emergence of lex mercatória. **European journal of social theory**, New York, v. 5, n. 2, abr./jun. 2002, p. 199-217. Disponível em: <https://bit.ly/3lAROVE>. Acesso em: 1 fev. 2023.

TEUBNER, Gunther. Hybrid laws: constitutionalizing private governance networks. *In*: KAGAN, Robert; WINSTON, Kenneth (ed.). **Legality and Community**. Berkeley: Berkeley Public Policy Press, 2002. p. 311-331. Disponível em: https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852982/hybrid_law.pdf. Acesso em: 1 fev. 2023.

TEUBNER, Gunther. Global private regimes: neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society? *In*: LADEUR, Karl-Heinz Ladeur (ed.). **Globalization and Public Governance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 71-87. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894423. Acesso em: 1 fev. 2023.

TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. **Michigan Journal of**

International Law, Ann Arbor, v. 25, n. 4, 2004. p. 999-1046. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol25/iss4/12/>. Acesso em: 1 fev. 2023.;

TEUBNER, Gunther. As duas faces de Janus: pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna. *In*: TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Unimep: Piracicaba, 2005. p. 79-104.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Unimep: Piracicaba, 2005.

TEUBNER, Gunther. Regimes de produção idiossincráticos: sobre a coevolução da economia e do direito nas *varieties of capitalism*. *In*: TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Unimep: Piracicaba, 2005. p. 130-152.

TEUBNER, Gunther; KARAVAS, Vaios. *Www.companynamesucks.com*: the horizontal effect of fundamental rights on 'private parties' within autonomous internet law. **Constellations**, [S.l.], v. 12, n. 2, May/June, 2005. p. 262-282. Disponível em: <https://bit.ly/3nvkAr0>. Acesso em: 1 fev. 2023.

TEUBNER, Gunther. Coincidentia oppositorum: hybrid networks beyond contract and organization. *In*: GORDON, Robert; HORWITZ, Mort (ed.). **Festschrift in honour of Lawrence Friedman**. Stanford: Stanford University Press, 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=876939>. Acesso em: 1 fev. 2023.

TEUBNER, Gunther. **Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann**: zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2008.

TEUBNER, Gunther. The corporate codes of multinationals: company constitutions beyond corporate governance and co-determination. *In*: NICKEL, Rainer (ed.). **Conflict of Laws and Laws of Conflict in Europe and Beyond**: Patterns of Supranational and Transnational Juridification. Oxford: Hart Publishing, 2009. Disponível em: https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852611/Generic_42852611.pdf. Acesso em: 1 fev. 2023.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments**: societal constitutionalism and globalization. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. **Tempo social**, São Paulo, v. 27, n. 2, abr./jun. 2015, p. 75-101. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/108177>. Acesso em: 1 fev. 2023.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. A matriz anônima: violação de direitos humanos por atores "privados" transnacionais. *In*: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação**: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 273-313.

TEUBNER, Gunther; CAMPOS, Ricardo; VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira (org.). **Jurisprudência sociológica: perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas**. São Paulo: Saraiva, 2020.

THORNHILL, Chris. Constitutional law from the perspective of power: a response to Gunther Teubner. **Social and Legal Studies**, v. 20, n. 2, Jun. 2011. p. 244-247. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0964663911400245>. Acesso em: 1 fev. 2023.

THORNHILL, Chris. The future of State. *In*: KJAER, Poul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (ed.). **The financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation**. Oxford; Portland: Hart, 2011. p. 357-395.

THORNHILL, Chris. The crisis of corporatism and the rise of international law. *In*: HARTMANN, Eva; KJAER, Poul (ed.). **The evolution of intermediary institutions in europe: from corporatism to governance**. London; New York: Palgrave-Macmillan, 2015. p. 217-240.

THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions: social foundations of post-national legal structure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. v. 2.

TIME. **The Most Influential Images of All Time: the Terror of War**. Disponível em: <http://100photos.time.com/photos/nick-ut-terror-war>. Acesso em 1 fev. 2023.

UNESCO. **Aftenposten versus Facebook: uma polêmica esclarecedora**. Disponível em: <https://pt.unesco.org/courier/julho-setembro-2017/aftenposten-versus-facebook-uma-polemica-esclarecedora>. Acesso em: 1 fev. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, 8 jun. 2000**. Relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (Directiva sobre o comércio electrónico). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0031>. Acesso em: 1 fev. 2023.

UNITED KINGDOM. **Draft Online Safety Bill**. 12 May 2021. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/draft-online-safety-bill>. Acesso em: 1 fev. 2022.

UNITED NATIONS. International Law Commission. Report on the work of its fifty-eighth session (1 May to 9 June and 3 July to 11 August 2006). General Assembly Official Records, Sixty-first Session Supplement n. 10 (A/61/10). Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/english/chp12.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. **The Digital Millennium Copyright Act, Dec. 1998**. Disponível em: <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2023.

VAN DIJCK, José. **The culture of connectivity: a critical history of social media**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

VAN DIJCK, José; POELL, Thomas; DE WALL, Martjin. **The Platform Society: public values in a connective world**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

VESTING, Thomas. Constitutionalism or legal theory: comments on Gunther Teubner. *In*: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther. **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 29-41.

VESTING, Thomas. The autonomy of law and the formation of network standards. **German Law Journal**, Cambridge, v. 5, n. 6, June 2004. p. 639-668. Disponível em: <https://bit.ly/3kAcSdi>. Acesso em: 1 fev. 2023.

VESTING, Thomas. Autopoiese da comunicação do direito?: o desafio da teoria dos meios de comunicação. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 6, n. 1, jan./jun. 2014. p. 2-14. Disponível em: <https://bit.ly/3kzdP5R>. Acesso em: 1 fev. 2023.

VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015.

VESTING, Thomas. O direito moderno e a crise do conhecimento comum. *In*: FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (coord.). **Teorias contemporâneas do direito**: o direito e as incertezas normativas. Curitiba: Juruá, 2016. p. 19-42.

VESTING, Thomas. Vizinhaça: direitos fundamentais e sua teoria na cultura das redes. *In*: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação**: método constitucional entre dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 226-272.

VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. *In*: ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (coord.). **Fake news e regulação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 91-108.

VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2018.

VESTING, Thomas. **Gentleman, Gestor, Homo Digitalis**: a transformação da subjetividade jurídica na modernidade. São Paulo: Contracorrente, 2022.

VESTING, Thomas. **State theory and the law**: an introduction. Massachusetts: Elgar, 2022.

WAKEFIELD, Jane. Como a guerra na Ucrânia ameaça dividir a internet no mundo. **BBC News Brasil**, 11 março 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-60711412>. Acesso em: 1 fev. 2023.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. v. 2. São Paulo: UnB; Imprensa Oficial, 2004.

WEICK, Karl. **The social psychology of organizing**. 2. ed. Reading; Melon Park; London; Amsterdam; Don Mills; Sidney: Addison-Wesley, 1979.

WEICK, Karl. **Sensemaking in organizations**: foundations for organizational science. Thousand Oaks; London; New Delhi: SAGE, 1995.

WIENER, Norbert. **Cybernetics: or control and communication in the animal and the machine**. 2. ed. Massachusetts: MIT Press, 1985.

WIETHÖLDER, Rudolf. Materialization and proceduralization in modern law. *In*: TEUBNER, Gunther (ed.). **Dilemmas of Law in the Welfare State**. New York; Berlin: Walter de Gruyter, 1988. p. 221-249.

WIPO Arbitration and Mediation Center. **Wal-Mart Stores, Inc. v. wallmartcanadasucks.com and Kenneth J. Harvey. Case nº D2000-1104**. Sole Panelist: Henry H. Perritt Jr. Data: 23 Nov. 2000. Disponível em: <https://bit.ly/2lw76gd>. Acesso em: 1 fev. 2023.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations**. 4. ed. Chichester: Blackwell Publishing, 2009.

WOODLEY, Samuel; SHOREY, Samantha; HOWARD, Philip. The bot proxy: designing automated self-expression. *In*: PAPACHARISSI, Zizi. **Networked self and platforms, stories, connections**. New York: Routledge, 2018. p. 61-80.

ZALNIERIUTE, Monika; MILAN, Stefania. Internet architecture and Human Rights: beyond the human rights gap. **Policy and Internet**, v. 11, n. 1, March 2019. p. 6-15. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/poi3.200>. Acesso em: 1 fev. 2023.

ZITTRAIN, Jonathan. **The future of the internet and how to stop it**. New Haven; London: Yale University Press; Penguin, 2008.

ZOLO, Danilo. Function, meaning, complexity: the epistemological premisses of Niklas Luhmann's 'Sociological Enlightenment'. **Philosophy of the Social Sciences**, v. 16, n. 1, Mar. 1986. p. 115-127. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/004839318601600109>. Acesso em: 1 fev. 2023.

ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power**. New York: Public Affairs, 2019.