

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP**

Marilene P. de Araujo

O hiperciclo do Direito: os desafios do Ciberespaço, o jogo e as regras

Doutorado em Direito

**São Paulo
2020**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Marilene P. de Araujo

O hiperciclo do Direito: os desafios do Ciberespaço, o jogo e as regras

Doutorado em Direito

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTORA em Direito, na área de concentração de Filosofia do Direito, sob orientação da Profa. Dra. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos.

São Paulo
2020

Aprovada em: ____ de _____ de 2020.

BANCA EXAMINADORA

*Ao meu filho, Rodrigo Araujo,
como um incentivo de nunca desistir de seus objetivos.*

AGRADECIMENTOS

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

(This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Finance Code 001.)

Processo 88887.148605/2017-00.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a **Deus**, Senhor de minha vida, minha verdadeira fortaleza que me guiou com o seu infinito amor desde o início do doutorado até os caminhos mais difíceis do desenvolvimento da presente tese.

À minha querida mestra e orientadora, **Professora Doutora Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos**, que me recebeu como orientanda, confiou, me ensinou, discutiu, avaliou, me orientou desde a concepção epistemológica até o desenvolvimento e finalização da tese. Naturalmente, tenho uma dívida impagável, porque os seus ensinamentos, de forma permanente, com diálogo aberto, livre e plural, são de enorme valor para mim, não apenas do ponto de vista científico, mas como lições de vida. A sua influência está presente nesta tese.

Ao **Professor Doutor Márcio Pugliese**, pelas observações relevantes apresentadas no Exame de Qualificação, as quais foram extremamente importantes para o enriquecimento da presente tese, e por ter aceitado participar da banca de defesa, nos brindando com o seu conhecimento.

Ao **Professor Doutor Roberto Ferreira Archanjo da Silva**, pelas indicações de obras feitas durante o Exame de Qualificação.

Ao **Professor Doutor Antônio Márcio da Cunha Guimarães**, à **Professora Doutora Celeste Leite dos Santos** e à **Professora Doutora Elaine Cristina Pardi Domingues**, que gentilmente aceitaram participar da Comissão Examinadora de Defesa, cedendo os seus tempos e conhecimentos valiosos para colaborar com minha formação.

Ao **Professor Doutor José Carlos Rocha de Carvalho**, professor aposentado de Ética e Legislação da Escola de Comunicação e Artes da Universidade São Paulo, pelas indicações de obras e pelo tempo que despendeu discutindo temas da presente tese.

Ao meu esposo amado, *Luciano*, que me apoiou em todo o percurso. Enfim, aos funcionários desta Universidade, amigos e colegas que estiveram e me acompanharam nesta caminhada.

*A complexidade é cada vez uma cumplicidade de desconstrução e de criação,
de transformação do todo sobre as partes e das partes sobre o todo.
O mundo atual não se pode conceber como sistema organizado, racional.
É um caos, uma vertigem em movimento.*

Edgar Morin

RESUMO

ARAUJO, Marilene. *O hiperciclo do direito: os desafios do Ciberespaço, o jogo e as regras*. 2020. 315 p. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

A presente tese propõe realizar uma leitura do Direito a partir do Jogo, do Hiperciclo e dos fluxos comunicacionais. As mudanças do Direito passam de forma decisiva pelas transformações ocorridas pelas novas tecnologias de informação. O cenário utilizado é o Ciberespaço, onde entoa um mundo de muitas vozes, fluxos de dados e informacionais. As relações humanas passaram a ser pilotadas por este novo mundo virtual, movido pelos fluxos de comunicação e informação, o homem se move digitando ludicamente conforme a arquitetura da rede. Duas apreensões são realizadas entre o Jogo e o Direito. Uma primeira pelo método analógico e a segunda a partir da ideia de dialética, que conduz uma forma de compreensão da complexidade. O jogo – um espaço entre dois – surge como um paradigma explicativo e interpretativo. Jogo e Direito são sistemas evolutivos de interações de regras mutáveis, onde reinam os paradoxos. Os processos comunicacionais animam o jogo de regras móveis no Direito. A comunicação se constitui em um paradigma do Direito, sendo o Ciberespaço um espaço de fluxos de comunicação interativa. Neste ambiente comum a todos, as liberdades são reguladas de forma fragmentada. Ao regular o Ciberespaço, o Direito regula as comunicações existentes, enfrentando problemáticas que sempre emergem quando se regulam liberdades. As problemáticas de regulação passam pela privacidade, desinformação, *big data*, dentre outras. Ao regular as comunicações existentes, o Direito regula o seu próprio discurso. A comunicação como elemento primeiro que constitui a sociedade é um acontecimento que requer entendimento, em um jogo onde se pode aceitar ou rejeitar (dupla contingência). O Direito mantém as comunicações jurídicas criando e se recriando pelo hiperciclo. Os resultados, tal como no jogo, podem ser o esperado ou o impensável. Um direito vivo e dinâmico aparece em um entrelaçamento recíproco. Ao mesmo tempo, o Direito em um mundo multicêntrico surge fragmentado em um lugar hiperconectado, ocorrendo uma intertextualidade entre ordenamentos jurídicos. As ordens jurídicas se observam e promovem um intercâmbio de aprendizagem. Um Direito fragmentado e um Ciberespaço onde a comunidade mundial está conectada com uma diversidade de regulamentação, faz um apelo ao comum.

Palavras-chave: Direito, Comunicação, Jogo, Hiperciclo, Ciberespaço.

ABSTRACT

ARAÚJO, Marilene. *O hiperciclo do direito: os desafios do Ciberespaço, o jogo e as regras*. 2020. 315 p. Thesis (Doctorate in Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

This thesis proposes a reading of the Law from the Game, the Hypercycle and the communication flows. The changes in Law are decisively affected by the transformations that have occurred in new information technologies. The scenario used is the Cyberspace, where a world of many voices, data and information flows is intoned. Human relations are now piloted by this new virtual world, moved by the flows of communication and information, the human being moves by typing ludically according to the architecture of the network. Two seizures are made between the Game and the Law. The first one by the analogical method and the second one from the idea of dialectics which leads to a way of understanding complexity. The game – a space between two – emerges as an explanatory and interpretative paradigm. Game and Law evolutionary systems interactions of changing rules, where paradoxes reign. The communicational processes animate the game of mobile rules in Law. Communication is a paradigm of Law, and Cyberspace is a space of interactive communication flows. In this environment common to all, freedoms are regulated in a fragmented way. By regulating Cyberspace, the Law regulates existing communications, facing problems that always emerge when liberties are regulated. The problems of regulation include privacy, disinformation, big data, among others. When regulating existing communications, the Law regulates its own speech. Communication as the first element that constitutes society is an event that requires understanding, in a game where one can accept or reject (double contingency). The law maintains legal communications by creating and recreating hypercycles. The results, as in the game, may be the expected or the unthinkable. A living and dynamic law appears in a reciprocal interweaving. At the same time, Law in a multicentric world appears fragmented in a hyper-connected place, occurring intertextuality between legal systems. Legal systems observe each other and promote a learning exchange. A Fragmented Law and a Cyberspace where the world community is connected with a diversity of regulation makes an appeal to the common.

Keywords: Law, Communication, Game, Hypercycle, Cyberspace.

RÉSUMÉ

ARAÚJO, Marilene. *O hiperciclo do direito: os desafios do Ciberespaço, o jogo e as regras*. 2020. 315 p. Thèse (Doctorat en droit), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

Cette thèse se propose une lecture du Droit tout en s'appuyant aux significations du Jeu, du Hypercycle et des flux communicationnels. Les changements du Droit tiennent origine décisivement des changements des nouvelles technologies d'information. Le scénario est celui du Cyberspace, monde de multiples voix, flux de data et informations. Les rapports humains sont pilotés par ce nouveau monde virtuel des flux de communication et d'information, l'homme se meut en dégitant ludiquement selon l'architecture de la net mondiale. Deux appréhensions sont faites entre le Jeu et le Droit. La première par la méthode analogique et la deuxième avec l'idée de dialectique, en conduisant à la compréhension de la complexité. Le Jeu – un espace entre deux – émerge comme paradigme explicatif et interprétatif. Jeu et Droit comme systèmes évolutifs d'interaction de règles mobiles, où règnent les paradoxes. Les processus communicationnels animent le jeu de règles mobiles dans le Droit. La communication se constitue en paradigme du Droit, le Cyberspace étant un espace des flux des communications interactives. Dans cet environnement commun à tous, les libertés sont réglées en forme fragmentaire. Tandis qu'il règle le Cyberspace, le Droit règle aussi les communications courantes en faisant face aux problématiques qu'émergent lorsqu'il y a règlement des libertés. Les problématiques de règlement passent par la privacité, désinformation, big data, parmi d'autres. Pendant le règlement des communications courantes, le Droit règle son discours. La communication en tant que premier élément constitutif de la société c'est un événement qu'il en faut entendre, un jeu qu'on accepte ou rejette (double contingence). Le Droit maintient les communications juridiques en se créant et se récréant par des hypercycles. Les résultats, tel que dans un jeu, peuvent être l'inattendu ou l'impensable. Un droit vif et dynamique apparaît dans un enroulement réciproque. Au même temps, dans un monde multicentrique le Droit apparaît fragmenté dans un lieu hyperconnecté, dans une intercontextualité d'ordres juridiques. Les ordres juridiques se regardent et réalisent un interchange d'apprentissage. Un Droit fragmenté et un Cyberspace, où la communauté mondiale est connectée avec une diversité de règlements, font appel au commun.

Mots-clés: Droit, Communication, Jeu, Hypercycle, Cyber Espace.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 O JOGO, O DIREITO E AS REGRAS DO JOGO	26
1.1 O jogo: aportes para uma apreensão.....	26
1.1.1 Categorias fundamentais do jogo	34
1.1.1.1 <i>Agôn</i>	34
1.1.1.2 <i>Alea</i>	35
1.1.1.3 <i>Mimicry</i>	35
1.1.1.4 <i>Ilinx</i>	35
1.1.1.5 Associação entre as categorias de jogos	36
1.1.2 Jogo e realidade	37
1.1.3 Jogos de linguagem: as regras significam	39
1.1.4 Jogos: mensagens interativas.....	41
1.1.5 Do simbólico e das interações às regras	44
1.2 O jogo no mundo do Direito: do ritual às ordálias e o espetáculo do julgamento .	46
1.2.1 O jogo na perspectiva de ritual	46
1.2.1.1 Justiça e Direito	48
1.2.1.2 Ritual	49
1.2.1.3 O palco da Justiça	49
1.2.2 O espírito agonístico no Direito.....	53
1.2.3 O jogo de dados no Direito.....	56
1.3 As regras do jogo no Direito	59
1.3.1 Normas e regra.....	59
1.3.2 As regras do Direito.....	61
1.3.2.1 Regras criadoras	64
1.3.2.2 Regras de caráter procedimental.....	65
1.3.2.3 Regras deônticas	66
1.3.3 As regras e regras de Direito	67
1.3.4 Regras do jogo	69
1.4 Entre dois: o Jogo e o Direito	71
1.4.1 Representação e estratégia.....	78
1.4.2 Cooperação e conflito	78
1.4.3 Realidade e ficção.....	79

1.4.4	Regulação e indeterminação	80
1.4.5	Internalidade e exterioridade	82
2	COMUNICAÇÃO E INTERATIVIDADE: O LIMIAR DE UMA NOVA ERA DA SOCIEDADE	83
2.1	Comunicação: o paradigma da atual sociedade.....	83
2.1.1	Informação: a diferença que faz a diferença.....	84
2.1.2	O sentido nos sistemas autopoieticos	85
2.1.3	As dimensões do sentido e a generalização simbólica	87
2.1.4	Comunicação: multiplicação da redundância	89
2.1.5	Comunicação: acontecimentos seletivos e condicionamentos mútuos.....	91
2.2	Da interação à interatividade	95
2.2.1	Jogos de interação: do biológico aos sistemas de interação	95
2.2.1.1	Jogos de interação: ordem, desordem, organização	96
2.2.2	A interação nos sistemas autopoieticos	100
2.2.2.1	Os sistemas de interação	102
2.2.3	Para além da interação: interatividade	105
2.3	Uma leitura do Direito por meio do paradigma da comunicação.....	112
3	O CIBERESPAÇO E O PROBLEMA DA REGULAMENTAÇÃO	115
3.1	O Ciberespaço: interações e interatividade na rede.....	119
3.1.1	Espaço	125
3.1.2	Tempo	129
3.1.3	Comunidades virtuais em redes	131
3.1.4	Ciberespaço e interatividade.....	133
3.2	A regulamentação do Ciberespaço	134
3.2.1	A hipótese do não direito e a ausência do soberano	134
3.2.2	O Ciberespaço: estados em redes e múltiplas soberanias	139
3.2.3	A regulamentação pela arquitetura	143
3.2.4	A regulamentação das liberdades no Ciberespaço	145
3.2.4.1	Liberdade de expressão e direito de acesso à internet	151
3.2.4.1.1	Direito de acesso à internet.....	154
3.2.4.1.2	Neutralidade da rede	157
3.2.4.2	Privacidade e intimidade na rede	161
3.2.4.3	Do anonimato	168
3.2.4.4	Do Direito de Informação à desinformação	170

3.3 Os desafios do <i>big data</i>	177
3.3.1 Algoritmo e inteligência artificial.....	179
3.3.2 Proteção e circulação de dados	182
4 A TEORIA DOS SISTEMAS E O HIPERCICLO DO DIREITO	188
4.1 Da ação à comunicação: o elemento que constitui o sistema social.....	188
4.2 O paradigma da comunicação na Teoria dos Sistemas Autopoiéticos	191
4.3 O hiperciclo do Direito.....	195
4.3.1 A comunicação jurídica	198
4.3.2 Autorreferência, autorreprodução, autodescrição e auto-observação.....	199
4.3.3 Hiperciclo: o jogo da vida	205
4.3.4 A autopoiese no Direito por seus hiperciclos	206
4.3.5 Um direito vivo.....	209
4.3.5.1 Uma aparente desordem	212
4.3.5.2 A Constituição e os processos comunicativos	217
4.3.5.3 Um diálogo cooperativo	224
4.4 A ordem jurídica em um mundo multicêntrico	231
4.4.1 Um mundo multicêntrico.....	235
4.4.2 O pluralismo jurídico na comunidade mundial	240
4.4.3 Relações intersistêmicas: ordenamentos jurídicos e sistemas jurídicos	243
4.4.4 Um Direito fragmentado.....	248
4.4.5 Ciberespaço: regulação, autorregulação e correção.....	251
5 ENTRE A ÉTICA E O DIREITO: EM BUSCA DE UM DIREITO COMUM.....	259
5.1 Em busca de um modelo ético múltiplo	259
5.1.1 Ética da complexidade, a proposta de Morin	261
5.1.2 Ética como um estado da emoção e o amor como fundamento do humano.....	269
5.1.3 A Ética como filosofia primeira, além do eu e tu.....	273
5.2 Um Direito Comum: <i>ius communicationis</i>	281
CONCLUSÕES	291
REFERÊNCIAS	293

INTRODUÇÃO

O cenário do Direito, desde o final do século passado, é de um contexto cultural¹ imposto pelo seu tempo, onde se busca constantemente o sentido, ao mesmo tempo em que os símbolos se generalizam. De acordo com os ensinamentos de Edgar Morin, a cultura é um conjunto de saberes, de saber fazer, de regras, estratégias, hábitos, costumes, normas, interdições, crenças, ritos, mitos, ideias, o que é adquirido, tudo que se perpetua de geração em geração, reproduzindo em cada indivíduo e alimentando, “para geração e regeneração, a complexidade individual e social. A cultura constitui assim um capital cognitivo, técnico e mitológico não inato”².

A Ciência mantém um capital de saberes e, atualmente, em razão do cenário atual, a unidade do Direito proclamada pela Ciência³ parece ser desafiada por uma complexidade resultante de comunicações, fluxos e redes que torna qualquer objeto de difícil apreensão. Como desvendar o Direito diante de tamanha complexidade? Procuram-se teorias sustentadas na dogmática, no pluralismo, mas como encontrar respostas diante de tanta coexistência conflitiva dos opostos?

O cenário de nosso contexto atual muda em uma velocidade estonteante, em razão principalmente das novas tecnologias, sobretudo as de informação, intensificando-se com o Ciberespaço que, principiante nas últimas décadas do século passado, se torna realidade que palpita a todos no século XXI. Os *gigabytes* viraram parte de nossas vidas e parecem uma jangada que nos leva ao velejar no informar e no jogar, jogar (Gilberto Gil – Música Pela Internet)⁴. Rapidamente, o que era *giga* virou *terabyte* e presos em uma rede os pensamentos parecem virar nuvens⁵. É neste cenário que embalamos a presente tese.

¹ Márcio Pugliese, citando os antropólogos Alfred Louis Kroeber e Clyde Kluckhohn, demonstra como o termo *cultura* pode ter várias definições. Em 1952, os antropólogos fizeram uma espécie de inventário do termo e apontaram 161 definições e 250 autores relevantes que versavam sobre o tema. A definição de cultura para Márcio Pugliese se difere da ideia de civilização, de forma que “A cultura, lugar do *Λόγος*, é um sistema adaptativo por excelência, é também campo cuja influência alcança a coletividade apresentando a esta o que resguardou da colheita produzida ao longo do tempo e mantida sob guarda para benefício dos pósteros”. Este sistema adaptativo engloba um conjunto de projetos de longa duração que norteiam a sociedade. A cultura pressupõe relações e, portanto, ela é essencialmente comunicação. Não se confunde com civilização, pois a civilização engloba os aspectos objetivados (conjunto de objetos) dos projetos culturais (PUGLIESI, Márcio. *Filosofia e direito: uma abordagem sistêmico-construcionista*. No prelo. p. 559 ss.).

² MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. 4. ed. Tradução Juremir Machado Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 208.

³ Não se pretende entrar na discussão sobre a unidade da Ciência. Embora autores, como Pontes de Miranda, entendam que “a concepção da unidade da ciência não é incompatível com a visão de pluralidade, de mosaico, de fragmentário, que nos dá a realidade” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005. t. IV. p. 32).

⁴ Pela Internet – Satisfaction (I Can’t Get No). [Intérprete]: Gilberto Gil. Quanta Gente Veio Ver, 2002.

⁵ Pela Internet 2. [Intérprete]: Gilberto Gil. OK OK OK, 2018.

Se a unidade do Direito podia ser proclamada pelo soberano ou revelada como a vontade divina e organizada em um território, o Ciberespaço conduz a um mundo com muitas vozes, fluxos de dados, de redes de comunicação abertas e com múltiplas finalidades, altamente interativo, horizontalizado e desterritorializado. O Ciberespaço – radical *ciber*, do grego, piloto – é uma variação de cibernética – a arte de governar –, surge não apenas como um mediador de relações, mas como um piloto das relações humanas atuais.

Ao mesmo tempo, a horizontalidade parece encontrar limites na multiplicidade de atores (Estados, empresas denominadas as gigantes da tecnologia) que exercem poderes, mas não deixam também de exercer poderes as organizações não governamentais, grupos de minorias, dentre outros, que transformam, às vezes, plataformas como o Facebook em um palco de disputas controladas por algoritmos. Esta esfera de exercício de liberdade é sentida nas inúmeras regulações do Ciberespaço onde há um grande protagonismo de entidades privadas, o que se chega a falar em uma *Lex informatica* e *Lex digital*.

Em um ambiente em rede, as várias esferas de poder de regulamentação mantêm desafios e disputas de como regulamentar o ambiente. Parece surgir uma pluralidade de fontes de regulamentação, onde as empresas preservam uma economia por dados e informação. Há pluralidade de regulamentação no direito interno, no direito internacional e nas esferas do chamado direito transnacional.

A regulação do Ciberespaço passa pela regulação de seus próprios códigos, estruturas, ou seja, como dito por Lessig, em sua obra *Code and other laws of cyberspace*, datada de 1999⁶, a regulação de um conjunto de protocolos e regras implementadas ou codificadas que determinam como ocorrem as interações no Ciberespaço.

Ao mesmo tempo, a regulamentação do Ciberespaço condiz com a regulação de liberdades como a liberdade de comunicação. Um conjunto de problemáticas emergem na regulação do Ciberespaço e de forma mais intensiva na regulação da *Internet*, a mais popular rede de computadores que faz parte do Ciberespaço e onde mais se reflete a liberdade de comunicação. Em termos simples, a *Internet* é a própria arte de comunicar; é a liberdade de comunicação simples e pura. Assim, surgem questões como:

- a) O acesso à *Internet* onde o Estado mantém o dever de promover o acesso à rede e não provocar, por exemplo, bloqueios ao acesso.

⁶ Em espanhol: LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001.

- b) A neutralidade da rede que permite a um fluxo diversificado de informações, de conteúdos e de comunicação igual tratamento de dados, sem que o tráfego no transporte de dados e informações sofra discriminação, ou seja, hierarquizado em função, por exemplo, de questão econômica.
- c) A privacidade, que mantém uma problemática acentuada, pois o perfil de uma pessoa possui valor econômico no mundo organizado por dados, e a violação desta privacidade e intimidade na rede sofre maiores consequências como a monetarização da privacidade e da intimidade, fazendo uma migração de tais direitos do âmbito de proteção da personalidade para o âmbito patrimonial.
- d) O *big data*, que acentua o problema de controle de dados no âmbito privado de cada um, mas a regulação de dados por algoritmo e o uso de inteligência artificial fazem com que o Direito seja desafiado a manter uma série de regulamentações sobre a circulação de dados pessoais e não pessoais pelo Ciberespaço. Para além de direitos individuais, o *big data* lida com direitos coletivos, base da economia na atual sociedade de informação que está associada à livre circulação de informação e pode influenciar até mesmo em temas como disputas eleitorais, uma das bases do sistema democrático.
- e) O problema da desinformação no Ciberespaço leva autoridades a repensarem ferramentas que possibilitem uma melhor circulação de informações, sem, contudo, esbarrar na limitação dos fluxos informacionais.

Se o Direito mantém uma tentativa de regulação do Ciberespaço, esta se traduz na regulação das comunicações existentes na sociedade atual e conduz à regulação dos fluxos internos das comunicações que ocorrem em vários sistemas sociais, inclusive o Direito. Seria uma tautologia apresentar a questão de que o Direito, ao regular as comunicações possíveis, está regulando os seus próprios discursos jurídicos internos. Mas, se pensarmos como o próprio alfabeto e a escrita influíram – desde o desenvolvimento da Filosofia (*Sofia*) na Grécia e até mesmo com a invenção da imprensa escrita nos séculos XVIII – na ideia de Direito posto em direitos codificados e positivados, a afirmativa faz mais sentido.

Dentro desta problemática, não temos como não observar que a complexidade oriunda da sociedade de informação e de uma sociedade em rede muda a concepção do Direito, dificultando a justificação teórica de um sistema baseado apenas na hierarquia, ou de aportes teóricos que tentam vencer os paradoxos do Direito.

No impacto das relações sociais e humanas, o novo cenário do Ciberespaço, segundo Tercio Sampaio Ferrar Jr., chama atenção da substituição do *homo faber* pelo *homo ludens*. A tecnologia da informação substitui as máquinas por aparelhos eletrônicos miniaturizados em unidades de convergência tecnológica, surgindo a relação *homem-aparelho eletrônico*.

O homem carrega seu aparelho para todos os cantos e age de acordo com a capacidade deste⁷. Nesta interação/interatividade, a atividade é sempre uma expectativa do outro, de forma diferente da mecânica, “(relações de fato como base de *relações jurídicas*), [e da] orgânica (*relações jurídicas* como forma/norma das relações de fato), mas em rede (*internet*)”. O homem não lida mais com a coisa, as mãos – manipulação; “a existência passa de *drama (actio)* para espetáculo (*show*)”. O ser humano não *age*, mas *digita*. O *virtual* não é tangível nem intangível, não é uma possibilidade física em razão de uma habilidade, mas “*lúdico conforme o código*”⁸.

Em nosso cenário, o Ciberespaço, utilizamos o *jogo* como um modelo para uma análise do Direito. Para além do método analógico, tal como Michel Van Kerchove e François Ost, o jogo é um paradigma explicativo, sobre a natureza e o funcionamento do Direito. Porém, o caminho para desvendar o jogo não é menos árduo de uma tentativa de conceituação do Direito. Sua complexidade requer um certo cuidado.

O jogo é apreendido em conceitos contraditórios, instigantes para o imaginário. Se, por um lado, o jogo chama atenção por ser considerado algo que não é sério, Huizinga⁹ defende que o jogo é a origem de tudo que pode ser entendido como cultura, do Direito às artes. Nas categorias fundamentais do jogo (Roger Caillois)¹⁰ – como a competitividade (*agôn*), que se desenvolve com a criação de uma igualdade artificial; a sorte (*alea*), onde o roteiro é do destino, a simulação (*mimicry*), onde há um palco de representações; e a vertiginosidade (*ilnix*), na busca desenfreada de transe e do prazer –, há combinações contraditórias que podem ser comparadas a um palco da vida social, palco que hoje se faz de forma acentuada em um mundo *virtual*.

A realidade do jogo e a vida real é outra contradição que aparece, mas o jogo não apenas foge à realidade, ele é a realidade. Uma realidade linguística com regras. O jogo, tal como o Direito, existe em função das regras. Se para muitos juristas o Direito pode ser estudado no enfoque da linguagem¹¹, a referência de Wittgenstein é que, no sistema linguístico, as palavras

⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Prefácio. In: ABOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo; NERY, Nelson. *Fake news e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 11-14. Veja também: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *O direito entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 74 e ss.

⁸ *Ibidem*, p. 12.

⁹ HUIZINGA, J. *Homo ludens: o jogo como elemento da cultura*. São Paulo: Perspectiva, 1971.

¹⁰ CAILLOIS, Roger. *Os jogos e os homens. A máscara e a vertigem*. Lisboa: Cotovia, 1990.

¹¹ “El lenguaje del derecho, esto es, el de las normas o reglas jurídicas, es lenguaje natural. Aquí la expresión, ‘lenguaje natural’, se opone a la expresión ‘lenguajes formalizados’. Estos últimos se caracterizan porque sus términos son absolutamente precisos y rigurosamente inequívocos. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, en el campo

só têm significado em função das regras e o seu significado modifica em função destas. Mas além das regras, os jogos aparecem como mensagens interativas e, tal como no Direito, as regras são questionadas constantemente, mantendo um movimento, onde o jogo e o Direito continuam, mas as regras mudam.

Tal situação leva à constatação de que o jogo e o Direito são sistemas evolutivos de interações. Estes sistemas evolutivos mantêm os seus paradoxos, como a pergunta de “Quem assegura que a suprema autoridade jurídica agirá conforme o Direito?”. O paradoxo é dado essencial da inteligência das coisas, não sendo produtivo recalculá-lo¹².

Por outro lado, jogo e Direito são sistemas que estabelecem a ordem. O jogo, em tempos primórdios, foi um ritual quase sagrado que buscava a ordem do cosmo. O Direito, desde os rituais que se apresentam em julgamentos quase mágicos com as suas ordálias, assimila-se ao *alea* e busca nestes rituais manter, e por vezes restabelecer, a ordem social. Assim, nos tempos atuais, a condenação pública ou a absolvição televisada de um inocente mantêm a sensação de uma ordem pública imposta por força da lei. A ordem também é buscada em rituais de jogos, como o fez Mandela em 1995¹³, ao utilizar o *rúgbi* para trazer a ordem na África do Sul. A ordem consistia em colocar unidos negros e brancos, após anos de segregação racial em razão do regime de *apartheid*.

É o que testemunham espectadores daquele jogo: “a copa não era sobre um time. Era uma história sobre nós, negros e brancos, torcendo para a seleção que representava a África do Sul. Pela primeira vez, estávamos lado a lado” – conta o jornalista sul-africano Jermaine Craig¹⁴.

de la lógica simbólica y en el de la geometría pura, disciplinas muy poco proclives al eufemismo y al *calembour*. Las palabras de los lenguajes naturales entre ellas las que aparecen en las normas jurídicas, no poseen aquellas características. Como el derecho es una técnica de control social cuyas reglas se usan para dirigir u orientar acciones humanas concretas, para posibilitar acciones humanas concretas y para juzgar acciones humanas concretas, sus reglas tienen que estar formuladas en lenguaje natural o ser definibles en palabras pertenecientes a este último” (CARRIO, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011. p. 135). “A linguagem do Direito, isto é, a das normas ou regras jurídicas, é uma linguagem natural. Aqui, a expressão ‘linguagem natural’ se opõe à expressão ‘linguagens formalizadas’. Estes últimos são caracterizados porque seus termos são absolutamente precisos e rigorosamente inequívocos. É o que acontece, por exemplo, no campo da lógica simbólica e no da geometria pura, disciplinas muito pouco propensas ao eufemismo e ao trocadilho. As palavras das línguas naturais, entre elas as que aparecem nas normas jurídicas, não têm essas características. Como o direito é uma técnica de controle social cujas regras são usadas para dirigir ou orientar ações humanas concretas, para possibilitar ações humanas concretas e para julgar ações humanas concretas, suas regras devem ser formuladas em linguagem natural ou definíveis em palavras pertencentes a este último” (tradução livre).

¹² KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 101.

¹³ *Invictus*. Direção: Clint Eastwood. EUA: Warner Bros Pictures, 2009.

¹⁴ Momento histórico: em 1995, Mandela usa a Copa do Mundo de Rúgbi para unir a África do Sul. Disponível: <https://globoesporte.globo.com/programas/esporte-espetacular/ep/rugbi/todos-por-um/noticia/momento-historico-em-1995-mandela-usa-a-copa-do-mundo-de-rugbi-para-unir-a-africa-do-sul.ghtml>. Acesso em: 9 nov. 2019.

Ordem e restabelecimento da ordem: eis uma das funções dos rituais, dos jogos e do Direito. O jogo é um sistema de regras mutáveis, tais como o Direito, que muitas vezes independem da vontade dos jogadores. As mensagens interativas dos jogos *constroem* e realizam mutações nas regras. As regras que formam o jogo e o Direito têm um caráter convencional e surgem de um ato de criação do humano.

As regras do Direito e do jogo podem ser criadoras – ao nomear uma realidade ou com base em uma realidade fática, criando, no caso do Direito, um instituto jurídico. Elas podem ter o caráter procedimental, pois a ação do jogo ou no mundo jurídico é um rito para chegar a um resultado. Por último, as regras têm um caráter deôntico atingindo diretamente a conduta do jogador ou daqueles que estão suscetíveis a determinado ordenamento jurídico.

Em um plano mais idealizado e valorativo, duas regras são visivelmente comuns ao Direito e ao jogo, sem prejuízo de outras que podem ser encontradas. A liberdade, mesmo que nos limites das regras, e a igualdade, necessária para a reciprocidade e para a *cooperação*, assumindo, antecipadamente, que a existência de *cooperação* não excluiu o conflito.

Um jogo de regras móveis, que faz com que o sistema do Direito possa ser móvel, não é possível sem a existência de processos comunicacionais. Assume-se, deste modo, como paradigma a Comunicação orientada pela interatividade. A comunicação se torna um paradigma para o Direito, ao mesmo tempo que é regulada pelo Direito, por meio dos instrumentos jurídicos que mantêm, pelo menos na nossa tradição ocidental do dito Direito moderno pós-Revoluções do século XVII¹⁵, as liberdades de comunicação, expressão e informação.

Em uma sociedade chamada de sociedade de informação, em razão da crescente potencialização das tecnologias de informação, é a informação que muitas vezes tem os seus fluxos regulados pelo Direito, que, segundo Niklas Luhmann, aumenta e diminui a complexidade na mesma proporção que aumenta e diminui a segurança. Neste mundo tomado por uma avalanche de informações, busca-se o sentido. Na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, a sociedade é altamente diferenciada e é o sentido que processa a diferenciação entre o sistema e o ambiente, delimitando o entorno e o ambiente. Este sentido está desvinculado do sujeito.

As diferenciações são realizadas pelas próprias autodescrições e auto-observações dos sistemas, operando uma distinção entre o mundo e o sentido, ao mesmo tempo que se torna possível a unidade da constituição do mundo com base no sentido ou inversamente – o que é possível apenas com informação. É o sentido que torna o mundo acessível em qualquer parte

¹⁵ O marco deste direito moderno, embora tenha o auge no século XVII, tem raízes em outros marcos históricos como a Carta Magna – *Magna Charta Libertatum*, de 1215.

ou circunstância e deste modo torna o mundo em um conceito multicêntrico¹⁶. As diferenças e unidades do mundo são garantidas pela unidade. O mundo é a unidade da própria diferença. O sistema dos sentidos necessita das generalizações simbólicas que se incorporam ao mundo que se constitui de sentido pela linguagem.

A comunicação é um acontecimento que requer entendimento, um processo de sentidos mútuos, que mantém o seu processo pelas diferenciações, sendo a liberdade de criticar ou rejeitar, um jogo. Pela complexidade do processo de comunicação, a sua realização é improvável, se tornando mais provável com os meios de difusão que com base na linguagem expandem a comunicação empregando meios de generalizações simbólicas como dinheiro, propriedade, justiça.

As comunicações começam a ser cada vez mais mediadas pelas máquinas, e o termo *interatividade* nasce com as novas tecnologias de informação e comunicação. A interatividade como uma série de comunicações, cujas mensagens se relacionam entre si, em uma espécie de intercâmbio recíproco, faz com que haja aceleração mútua da aprendizagem, da cooperação. No plano das relações sociais, os meios que operam embasados na interatividade substituem a sociabilidade.

Aqui, a interatividade reflete no mundo do Direito, mantendo intenso intercâmbio recíproco de mensagens. O discurso jurídico passa a ser construído de forma interativa, rompendo a sua verticalidade e mantendo uma horizontalidade. O Direito e a Comunicação estão entrelaçados, desde Francisco de Vitoria – século XV –, já se proclamava um direito comum: o direito de comunicar pertencente a toda comunidade mundial (Desmond Fisher). O Direito se entrelaça ao fenômeno da Comunicação e se mantém como disciplina, conforme dito por Goffredo Telles Jr., que permite a convivência humana.

Dentro do marco teórico da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, partimos do modelo de que a sociedade tem como elemento constitutivo a comunicação e não a ação, como propõe as teorias clássicas da sociologia. A sociedade compreende uma série de sistemas sociais que são diferenciados, cada um em relação ao seu entorno.

Essas diferenciações são orientadas pelas atividades de observação e descrição dos sistemas (autorreprodução e autodescrição) que possibilitam a autorreferência dos sistemas. São as diferenciações que podem ser observadas que mantêm a capacidade de conexão das

¹⁶ A Teoria dos Sistemas Autopoiéticos desenvolve o conceito de policêntrico e por consequência policontextual, em um mundo e uma sociedade concebidos multicentricamente (LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. São Paulo: São Paulo: Vozes, 2011. p. 11).

operações. A comunicação aparece como a possibilidade de *unidade* da Sociedade, pois ela conduz a estrutura dos sistemas com os temas e provoca uma avalanche de sentidos.

Os sistemas são diferenciados, autopoiéticos e se autorreproduzem pelo sentido que faz a condução da capacidade seletiva em face das inúmeras possibilidades no entorno e no interior do próprio sistema. São as seleções que mantêm uma interação e geram reciprocidade, mantendo os sistemas com os acoplamentos estruturais para a adaptação com o seu ambiente. O Direito se mantém como um subsistema social e, assim, possui as características de qualquer sistema operando com seus códigos próprios.

Entre Ciberespaço, jogos, regras, o Direito como subsistema social composto por comunicação se autocria, sem deixar de considerar os fluxos e as irritações dos demais sistemas. O Direito não poderia mais ser o que outrora foi pensado no século XX.

A ideia de *Hiperciclo* como forma de lidar com os paradoxos e as indeterminações do Direito surgiu em encontros com a orientadora da presente tese, Profa. Dra. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, que chamou atenção que, para além dos jogos, da interatividade e das regras, os *hiperciclos* mantêm a *autopoiesis* no sistema jurídico, sendo regras imanentes do funcionamento do sistema, de forma a realizar a manutenção e a autorreferência do Direito.

O Direito deve manter sua autorreferência e, assim, os elementos que compõem o Direito são distintos dos demais sistemas, as comunicações são distintas, são comunicações jurídicas e, pela recursividade, sempre se referem aos resultados anteriores. O Direito seria um sistema autônomo que cria e se recria por suas próprias regras em um processo de validação interna. Isto faz com que as regras não sejam fixas e a sua *autopoiesis* seja garantida por hiperciclos (Gunther Teubner), onde os componentes do sistema jurídico (procedimento, ato, norma, dogmática) operam de forma diferente, mas reciprocamente.

No Hiperciclo, o acaso, o inesperável se mistura com as regras que se interpenetram, fazendo com que o resultado seja o esperado ou simplesmente o inesperado.

Com o Hiperciclo se substituem as hierarquias rígidas que buscavam a unidade em uma ordem superior. Como no xadrez, na modificação de situações do tabuleiro, as regras permanecem, ao mesmo tempo em que podem sofrer uma variação (Douglas R. Hofstadter). Mas levar a sério um jogo que conduz à ideia de uma espiral¹⁷, onde cada ponto da rede, independentemente de qualquer posição hierárquica, contribui para a autocriação do Direito.

¹⁷ Nos encontros do Grupo de Pesquisa “Percepções Cognitivas na Interpretação da Norma”, quando dos debates sobre a obra coletiva do grupo *O Novo Código de Processo Civil brasileiro, um enigma a ser decifrado: percepções cognitivas na interpretação da norma*, a professora Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos recorria à imagem da espiral para mostrar as modificações pelas quais passa o Direito.

A ideia de utilizar o jogo permite uma certa mobilidade (entre dois, um espaço livre, em um quadro dado), um esquema que não foge aos paradoxos, mas o método sistêmico de Niklas Luhmann e Gunther Teubner busca a racionalização e o formalismo em uma corrente de pensamento, colocando o Direito novamente dentro de um modelo, em um hiperciclo. Com isto, nos permitimos um certo movimento livre e estrito, na construção de um conhecimento que não ficasse preso na formalidade, mas que não permitisse uma ideia flutuante, buscando, assim, produzir saberes conforme os ensinamentos de Bateson:

Desejo ressaltar que cada vez que nos orgulhamos de encontrar uma maneira de pensar ou expor nova ou mais estrita, cada vez que insistimos com demasiada energia no “operacionalismo” ou na lógica simbólica ou em qualquer outro desses sistemas muito essenciais, perdemos algo da capacidade para pensar novas ideias. Igualmente, cada vez que nos rebelamos contra a estéril rigidez do pensamento e exposição formais e desejamos que nossas ideias fluam sem nenhum freio, também perdemos. No meu modo de ver, os avanços do pensamento científico procedem de uma combinação dos pensamentos livre e estrito, e esta combinação é o instrumento mais valioso da ciência¹⁸.

Daqui tiramos a hipótese e percorremos um longo caminho a fim de demonstrar a tese. Nossa hipótese consiste em considerar que no Ciberespaço é impossível esconder os paradoxos ou excluir o terceiro e abafar a voz dissidente, as comunicações imperam em redes de conversações sem lugar para centralidade. A regulação do Ciberespaço passa pela possibilidade de manutenção dos fluxos de comunicação ativos. O paradigma do jogo lida com os paradoxos em um quadro onde as regras mantêm a sua possibilidade de interações e, portanto, uma intensa capacidade de modificação. O Direito governa a si próprio em movimentos de *hiperciclo*, sem hierarquia, de forma reflexiva, e mantém a possibilidade de regular as comunicações no Ciberespaço, mais por via de múltiplas formas, o que é comum são apenas os fluxos de comunicações que alimentam a autorreprodução e autocriação do Direito.

O mapa da tese

¹⁸ “Deseo recalcar que cada vez que nos enorgullecemos de encontrar una manera de pensar o exponer nueva o más estricta; cada vez que comenzamos insistiendo con demasiada energía en el ‘operacionalismo’ o en la lógica simbólica o en cualquier otro de estos sistemas muy esenciales de carriles, perdemos algo de la capacidad para pensar pensamientos nuevos. E igualmente, por supuesto, cada vez que nos rebelamos contra la estéril rigidez del pensamiento y exposición formales y dejamos que nuestras ideas fluyan sin ningún freno, también perdemos. Como yo lo veo, los avances en el pensamiento científico proceden de una *combinación del pensamiento libre y del estricto*, y esta combinación es el instrumento más valioso de la ciencia” (BATESON, Gregory. *Pasos para una ecología de la mente*. Buenos Aires: Lohlé-Lumen, 1971. p. 67).

Nosso mapa foi desenhado de forma a fazer um convite, no primeiro capítulo “O Jogo, o Direito e as regras do jogo”, ao mundo “mágico” do jogo e do Direito, sem que a magia ofusasse a epistemologia. Iniciamos o capítulo com um estudo etimológico da palavra jogo. A palavra surge em diversas línguas semanticamente atrelada com ideias de competição, divertimento, representação, conflito, cooperação e julgamento.

Caminhamos em autores que consideramos fundamentais para a análise do jogo, como Huizinga – que defende que toda cultura, inclusive o Direito, tem como elemento o jogo¹⁹ – e Roger Caillois²⁰, com as categorias fundamentais do jogo, onde a partir do ritual, *agôn e alea*, se realiza uma aproximação entre o ritual da Justiça, o Direito e o Jogo.

A importância das regras para o jogo, para o social, para a linguagem e para o Direito é verificada com Piaget, Wittgenstein e Basten, onde se constroem ideias como os jogos de linguagem, o jogo simbólico e as interações do jogo e das regras. De volta às regras, se pode conferir que entre o Direito e o jogo há vários tipos de regras que são comuns, como as regras criadoras, procedimentais e deônticas (Gregorio Robles).

Em um mundo guiado pela interatividade intensa nas comunicações que mantém uma mobilidade incrível nas regras, sem que o Direito deixe de ser Direito e o jogo deixe de ser jogo, a comparação entre Direito e jogo traz a possibilidade de compreensão de um novo paradigma de um Direito que se movimenta e se reinventa por regras do próprio Direito e, quando se mantém um conteúdo valorativo de regras como liberdade e igualdade, embalam novos parâmetros na sociedade. O jogo e o Direito são sistemas de regras mutáveis e constituem sistemas de comunicação interativos e dinâmicos.

Por fim, o capítulo não poderia terminar sem a introdução do “entre dois”, ideia trazida pelos juristas belgas Michel Kerchove e François Ost. Partido de uma definição de jogo como “um movimento dentro de um quadro”, a proposta é o jogo como paradigma, reunindo, deste modo, cinco conceitos unidos dialeticamente (estratégia/representação, cooperação/conflito, realidade/ficção, regulação/indeterminação, internalidade/externalidade), analisando, deste modo, os paradoxos do Direito e do Jogo.

O segundo capítulo, intitulado “Comunicação e Interatividade: O Limiar de uma Nova Era da Sociedade”, inicia-se indagando como é o processo de comunicação. A resposta é dada a partir do desenvolvimento dos tópicos seguintes, com a utilização dos conceitos desenvolvidos no círculo cibernético e, notadamente, com os conceitos de Bateson sobre

¹⁹ HUIZINGA, J. *Homo ludens: o jogo como elemento da cultura*. São Paulo: Perspectiva, 1971.

²⁰ CAILLOIS, Roger. *Os jogos e os homens. A máscara e a vertigem*. Lisboa: Cotovia, 1990.

informação, que acabam sendo referências da Teoria de Comunicação desenvolvida por Niklas Luhmann.

Assim, se desvendam os conceitos de informação (a diferença que faz a diferença) dos sentidos (que são necessários para operar a comunicação, pois é ele que processa a diferenciação) e do próprio processo de comunicação que multiplica a redundância e se realiza com três seleções: a) seleção da informação; b) seleção do ato de comunicar; c) seleção que se realiza no ato de entender ou não entender. No final se tem o entendimento, com as possibilidades de criticar e rechaçar. (Niklas Luhmann).

Nos tópicos seguintes, se mantém uma discussão que vai da interação à interatividade. Primeiro, se demonstra a importância da interação (*inter-ação*) como inerente ao humano como estímulo da reciprocidade. A interação, além do humano, em Morin entrelaça com a ordem, desordem e organização do cosmo. No jogo de interação, surge um universo fragmentado.

Na Biologia, Maturana, ao descrever as interações, lança a ideia de autopoiese, modelo de autorreprodução do ser vivo para a conservação da vida, onde as adaptações ocorrem por meio de acoplamentos estruturais. Na Teoria do Sistema de Niklas Luhmann, a interação é um acontecimento social que inicia e desaparece rapidamente formando substratos anárquicos e contribuindo para a evolução sociocultural.

No final do capítulo, após análise da interatividade, que permite o intercâmbio recíproco entre mensagens em uma extensão de comunicação (Sheizaf Rafaeli), se faz um entrelaçamento entre o Direito e a Comunicação, ambas formas nucleares que permitem a convivência humana.

O terceiro capítulo é o momento da problemática de nosso cenário – Ciberespaço. Intitulado “O Ciberespaço e o problema da regulamentação”, o capítulo inicia discorrendo sobre discussões que permeiam a interatividade e interações no Ciberespaço. Passando primeiramente em uma delimitação do próprio Ciberespaço e suas configurações como tempo e espaço, pretende-se trazer bases teóricas para entender o objeto em análise, com conceitos como redes virtuais, com seus nós de poderes descentralizados, e a afirmação de que o Ciberespaço é um dos modelos mais perfeitos para a interatividade. Dentro da dinâmica das configurações do Ciberespaço se localizam os papéis do Estado e do Direito e a possibilidade de regulação do ambiente virtual (subitens 3.2.2, 3.2.3).

No subitem 3.2.4, se faz um percurso na simbiose do desenvolvimento e da remodelagem do Direito desde o alfabeto até o Ciberespaço, e como o Direito, por vezes, lidou e regulou com os adventos de ferramentas que possibilitaram maior fluxo de comunicação e, portanto, a liberdade de comunicação. Por fim, se discorre sobre alguns dos principais problemas de regulamentação no Ciberespaço – acesso à internet, neutralidade da rede,

privacidade e intimidade, desinformação, *big data*, proteção de dados, algoritmo e inteligência artificial.

A Teoria dos Sistemas e o Hiper ciclo do Direito é o tema do capítulo quarto, que, após desenhar o Direito no modelo de hiper ciclo, mantendo a ideia de que a comunicação jurídica constitui o sistema jurídico (subitem 4.3.1) e a autopoiese – criação e autocriação do Direito –, ocorre na articulação de todos os elementos e estruturas do Direito (atos, normas, procedimentos, dogmática).

Na articulação do hiper ciclo, não só os atos jurídicos, mas também os demais elementos e estruturas (atos, normas, procedimentos, doutrinas) se autorreproduzem. A estabilidade do Direito é garantida pelo hiper ciclo, o qual faz com que haja independência com o ambiente e circularidade recíproca em sua autoprodução.

Assim, um Direito vivo aparece no subitem 4.3.5. Este direito vivo não está, em um primeiro momento, sob um certo ângulo, embalado pelos fatos, mas por uma realidade interna do sistema jurídico, conduzida pelo direito interno, pela Constituição e suas regras e princípios, pelo direito internacional e por outros ordenamentos jurídicos que se entrelaçam em uma circularidade recíproca e que mantém a oxigenação sistêmica.

A comunicação continua a manter a unidade sistêmica, mas uma desordem descortina-se pela ausência de um ordenamento hierarquizado. De tradição romano-germânica, a ordem normativa ocidental mantém organizada em torno da lei. A lei mantinha a primazia, mas agora cede espaço para a jurisprudência criativa, produzida por Tribunais internos, Tribunais internacionais, e Tribunais arbitrais. As ordens jurídicas internas e supranacionais estão entrelaçadas, o Estado é um cooperador da ordem internacional. Um “jogo interativo entre múltiplas autoridades”. Um diálogo cooperativo nas mensagens em um processo comunicativo, mantendo vivo o processo interpretativo. Estas questões são tratadas nos subitens 4.3.5.1, 4.3.5.2 e 4.3.5.3.

Para demonstração dos hiper ciclos do Direito e sua conexão com as regulações do Ciberespaço, discutimos no subitem 4.4 “A ordem jurídica em um mundo multicêntrico”, o surgimento dos principais aportes teóricos sobre pluralismo jurídico (Otto Von Gierke). A defesa de Gregorio Robles de que o pluralismo jurídico se verifica em um paralelismo entre Direito e linguagem. Assim, tal como a linguagem se manifesta em uma pluralidade de línguas, o Direito se manifesta em uma pluralidade de ordenamentos. Em um mundo hiperconectado, as relações intersistêmicas entre os vários ordenamentos e sistemas jurídicos são patentes e aparecem no fenômeno da incorporação de um texto jurídico a outro texto jurídico – intertextualidade.

Em um mundo multicêntrico, surgem cada vez mais ordens jurídicas que não mantêm hierarquia entre si. Entre as ordens nacionais, internacionais e transnacionais há observações mútuas com aprendizagem e intercâmbio, uma verdadeira comunicação – um diálogo permanente, uma reciprocidade articulada por sentidos.

O que há é um Direito fragmentado, e a regulação do Ciberespaço, a rede de computadores que produz um espaço virtual comum a todos que estão interconectados, mantém tipos de regulação diferenciados, fragmentando de forma bem acentuada a regulação do espaço.

Por fim, em um mundo multicêntrico, com um Direito fragmentado, seria necessário buscar uma ordem comum que mantivesse ao menos em termos ideais algo que demonstrasse que, apesar das diferenças, estamos diante de uma mesma humanidade. É o que propomos no Capítulo 5. Tal apelo só poderia ser feito em parâmetros de uma Ética complexa, múltipla, que em um circuito faça a religação entre indivíduo-sociedade-espécie, chamada por Edgar Morin de Ética planetária.

Em convergência com a Ética planetária, a Ética baseada na biologia, de Humberto Maturana, convida a assumir a afirmação de que o ser humano tem como base suas emoções e não sua razão, em uma ética das emoções, onde o amor aparece como o fundamento do humano. De volta à ontologia e à metafísica, a Ética em Lévinas é a filosofia primeira e o seu encontro está no Outro, não na compaixão, mas na Justiça onde a palavra é o testemunho primeiro.

O que restaria ao Direito ao assumir os seus paradoxos, sua fragmentação, é a busca de algo comum a todos, que não necessariamente seja uma unidade revelada por uma autoridade imaginada fora das relações humanas. Um direito comum seria, assim, aquilo que funda a humanidade e, portanto, a socialidade, a comunicação.

1 O JOGO, O DIREITO E AS REGRAS DO JOGO

1.1 O jogo: aportes para uma apreensão

A percepção do jogo como atividade lúdica, prazerosa, competitiva e destionada dos sentidos estritos de seriedade e racionalidade²¹ faz com que a simples associação, ainda que apenas no plano retórico, do termo “jogo” com o Direito reflita a imagem de um palco de disputas e competições nem sempre orientadas por critérios racionais e éticos.

No campo da epistemologia, o jogo parece pertencer a um universo não cognoscível. É como se o campo lúdico não pudesse ser acessado pelo conhecimento dedutível e metodologicamente coerente. A objetividade perseguida pela Ciência a afasta, em um primeiro momento, da análise de outras potencialidades do humano, como o amor e o jogo.

A Teoria do Direito mantém uma relação ambígua em relação ao jogo. Pode o jogo servir como uma analogia? Tal como Michel Van de Kerchove e François Ost, pretendemos levar o jogo a sério como um modelo para o estudo do fenômeno jurídico²².

A origem do jogo não parte cientificamente de um ponto comum, mas descortina-se criativamente em diferentes culturas. A dificuldade da apreensão do objeto “jogo” decorre justamente do fato de esse fenômeno, que ocorre espontaneamente até entre outros animais²³, não ser expresso de forma uníssona em diferentes línguas.

A dimensão do fenômeno fez com que diversas culturas milenares espalhadas pelo Ocidente e pelo Oriente nomeassem o jogo com múltiplas palavras, evidenciando a dificuldade de representá-lo em um termo único. A complexidade da língua grega permitiu convencionar os jogos de criança e os jogos de adultos como *diagoguê* e *paidia*, bem como utilizar *agôn* para designar os jogos competitivos, considerando os seus desafios. Os romanos cunharam a palavra *ludus* para denotar sinteticamente o jogo infantil, a recreação e a competição.

Assim, em termos etimológicos, a palavra jogo confronta a questão de não ser oriunda de uma única raiz. Em português, por exemplo, deriva de *jocus* – latim, cujo sentido original volta-se mais à ideia daquilo que é jocoso do que propriamente à ludicidade. Apesar de jogo

²¹ “Os estoicos consideravam a racionalidade absoluta como algo divino que leva à perfeição e, portanto, à felicidade e ao bem moral. O mundo aparece como algo ordenado racionalmente e o sábio, que é um ser racional, não é atormentado pelos desejos, prazeres, temor e aflição. A ação é boa quando realizada racionalmente e de modo conveniente” (CICERON. *Disputaciones Tuscultas*. Madrid: Gredos, 2005. p. 410). Veja também: CÍCERO. *De Finibus Bonorum Et Malorum*. Livro III. London: Harvard University Press, 1983. p. 28.

²² KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 21.

²³ HUIZINGA, J. *Homo ludens: o jogo como elemento da cultura*. São Paulo: Perspectiva, 1971. p. 24.

derivar de *jocus*, o radical, também do latim, *ludus*, é mais abrangente e contempla o jogo sob o aspecto que entendemos atualmente.

A multiplicidade de termos em diferentes idiomas empregados para referir o jogo faz com que um estudo a partir da raiz etimológica²⁴ da palavra não seja suficiente para expressar suas diversas características, aspectos e atributos. A palavra “jogo” parte de várias origens linguísticas e semanticamente está atrelada à ideia de competição, movimento, manejo, divertimento, compromisso, representação, conflito, cooperação, relacionando-se até mesmo a ato cerimonial religioso e à esfera da Justiça.

Como o primeiro instrumento que o homem forjou para poder se comunicar, ensinar e comandar, a linguagem permite ao homem designar as coisas. Assim, a própria linguagem enquadra-se na concepção do jogo, o homem brinca com a faculdade de designar, oculta e abstrai o literal por meio da metáfora, por exemplo, faz da “metáfora um jogo de palavras”²⁵.

No campo da poesia (*poiesis*), a metáfora, a desconvenção da linguagem do sentido formal, é uma dinâmica usual em poemas, incluindo a música. A poesia é, por princípio, lúdica, embora

²⁴ Na linguagem sânscrita – que é considerada uma linguagem mais precisa e refinada que o grego e o latim, sendo que as três línguas podem ter nascido de *uma fonte comum* que, talvez, nem exista mais (OLIVEIRA, Arilson Silva. *Hinduismo e budismo em Max Weber*. 2016. Tese (Doutorado), Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016, p. 21) – o jogo tem quatro designações: *kridati* designa qualquer espécie de jogo entre os animais, adultos e crianças, significa também agitar, referindo-se ao vento e ao mar. O termo *divyati* é usado para jogos de dardos, contar piadas, lançar, irradiar. Da raiz *las*, origina-se *vilasa*, que significa brincar, aparecimento súbito, ocupar-se. Por último, *lila* e o verbo *lilayatti* designam o balançar. Destas inúmeras denominações, há uma ideia de movimento rápido, agitação, irradiação, balanço. A desinência *inda*, do grego, indica no jogo infantil que alguém joga, *sfairinda* e *helkustinda* referem-se respectivamente a bola e corda. Outras designações fazem parte do mundo do jogo: *παίξεν* (brinca), *παίγνιον* (brinquedo), *ἀγών* (competição). Entretanto, em nenhuma das referências gregas há expressão que indique claramente o lúdico. Em chinês, igualmente várias palavras designam o jogo, sendo *wan* a mais utilizada e compreende significados como estar ocupado, ter prazer, entreter-se, dizer piadas, manejar, examinar. No campo semântico, a ideia é de uma atenção divertida. A palavra “competição” é representada por *tcheng*, equivalente a *agôn*, em grego. Em japonês, *asobu* significa jogo em geral, passatempo, recreação, ócio, imitar, representar e, ainda, estudo sob a direção de um professor. Já a palavra *majime* significa sobriedade, não jogo, retidão, tranquilidade. A expressão *asabase-kotaba* (língua-jogo) é empregada para referir a pessoa de elevada estirpe. Em latim, *ludus* e *ludere* derivam *lusus*, sendo que *ludus* abrange os jogos infantis, a recreação, a competição, as representações litúrgicas, teatrais e os jogos de azar. O termo *iludo* aponta para a direção de ilusório, enquanto *ludi* aplica-se aos grandes jogos públicos, às competições romanas, ao mesmo tempo em que indica o sentido de escola e aprendizagem. Os termos *jocus*, *jocari* referem-se a fazer humor e no latim clássico não significavam jogo, embora línguas como o italiano (*gioco, giocare*), o espanhol (*juego, jugar*), o português (jogar e jogo) e o francês (*jeu e jouer*) adotaram o termo para expressar jogo, sem utilizar o radical *ludus* para tanto, como originalmente em latim. Nas línguas germânicas, uma das raízes de “jogo” é a palavra *laikan* (saltar), em alemão, *leich* significa movimento rítmico. Para “jogo” no alemão também se emprega *spiel* e *spielen*, o que equivale em inglês a *game* ou *play*. O termo *play* deriva do radical anglo-saxão *plega, plegan*, que traduzem jogo ou jogar, movimento rápido, tocar instrumentos musicais. Da mesma origem, as palavras *pflegen* em alemão e *plegen* em holandês têm sentido abstrato e em seu significado mais antigo não se referem a “jogo”, mas à ideia de comprometer-se, dar garantia de algo. Em alemão, *pflegen* refere-se à realização de ato sagrado e até à administração da Justiça (*Rechtspflege*). Os domínios da palavra conectam-se à religião, ao direito e à ética. Pode-se dizer que a palavra inglesa *play* evoluiu do mencionado radical anglo-saxão para um sentido mais concreto, ao passo que o termo alemão *pflegen* voltou-se a um campo mais abstrato, ligado semanticamente ao jogo, mas um jogo como a cerimônia (HUIZINGA, J. *Homo ludens: o jogo como elemento da cultura*. São Paulo: Perspectiva, 1971. p. 40-45).

²⁵ *Ibidem*, p. 7.

se consubstancie sob determinadas normas de elaboração, sua expressão é livre: *poesis doctrinae tanquam somnium* (a poesia é um sonho do amor filosófico), segundo Francis Bacon²⁶. A metáfora pertence ao mundo da ludicidade e constitui uma das criações linguísticas que mais se aproxima da atividade do jogo.

É como se se brincasse com as palavras, se se jogasse com elas. A palavra, como uma das estruturas mínimas da linguagem, registra a memória coletiva que se perpetua, reproduzindo e multiplicando as memórias individuais²⁷, como se em um jogo de interações permanente pelas palavras a humanidade tecesse a sua memória. O jogo da metáfora e o da denotação não atribuem unicidade à palavra jogo, ao contrário, ampliam a gama de opções para expressá-la em diferentes línguas e culturas.

No campo das investigações científicas, contribui com a dificuldade de apreensão do fenômeno do jogo o restrito universo de trabalhos que desenvolveram a temática, destacando-se as relevantes teorias nas áreas da Psicologia (Piaget), da Antropologia e da Sociologia (Huizinga), também quanto ao caráter econômico (V. Neumann).

Até metade do século XIX, as teorias biológicas reduziam os jogos a uma atividade apenas do instinto, comparando os jogos dos humanos com os demais animais²⁸. Elkonin (1904-1984) rompe com esse paradigma, ao partir do pressuposto de que o desenvolvimento humano é de natureza histórico-social, estabelecendo uma crítica às teorias dos jogos naturalistas e biologizantes²⁹.

No universo infantil e da psicologia, o jogo ganha importância para o desenvolvimento da criança, pois, ao jogarem, as crianças assumem um papel social, reconstruindo suas próprias vivências. As regras de cada papel social são intrínsecas e têm uma função social. O jogo é “uma atividade em que se reconstroem, sem fins utilitários diretos, as relações sociais”, orientando-se pelas regras.

A função simbólica do jogo surge em 1902, com Karl Groos³⁰, considerando o jogo infantil uma antecipação funcional da vida adulta³¹. Em 1920, Freud, na obra *Más allá del principio de placer*, desenvolve seus estudos sobre o papel do jogo em questões psicoafetiva e sexual infantis, baseando diagnóstico e tratamento na descrição de jogos. O jogo é considerado

²⁶ HUIZINGA, J. *Homo ludens: o jogo como elemento da cultura*. São Paulo: Perspectiva, 1971. p. 132.

²⁷ MORIN, Edgar. *Método III. O conhecimento do conhecimento*. Porto Alegre: Sulina, 2015. p. 131.

²⁸ Herbert Spencer sustenta, em 1897, que o jogo tem uma função de descarregar as energias, enquanto M. Lazarus, em 1883, sustenta que o jogo serve tanto para descarregar como para restabelecer as energias (DELGADO, Manuel Gutiérrez. La bondad del juego, pero. *Escuela Abierta: Revista de Investigación Educativa*, n. 7, p. 153-182, 2004).

²⁹ LAZARETTI, L. R. *D.B Elkonin*. São Paulo: Unesp, 2011. p. 84.

³⁰ GROSS, K. *The play of man*. New York: Appleton, 1902. p. 10 e ss.

³¹ DELGADO, Manuel Gutiérrez. *Op. cit.*, p. 153-182.

atividade de derivação motora ou compensação, sendo o meio pelo qual se manifestam desejos reprimidos e ocultos, em razão dos impulsos vitais (vida/amor, morte/ódio), fazendo parte do processo secundário da mente ou, conforme Freud, do subconsciente³².

Ainda, no eixo da psicanálise, o médico e psiquiatra Eric Berne publicou em 1964, nos Estados Unidos, o livro *Os jogos da vida*, partindo da premissa de que qualquer relacionamento social representa uma vantagem. Pelo relacionamento social³³, os indivíduos podem ser reconhecidos por meio de estímulos³⁴, que acontecem a partir das interações sociais e jogos. Tanto os jogos como os passatempos constituem “um substituto do ato de viver verdadeira intimidade”³⁵. Os jogos são ainda descritos como uma série de lances visando ordenar uma situação com ciladas ou “truques” no meio ou no fim.

Os jogos também contemplam uma dimensão cultural, quando, por exemplo, faz parte do processo educacional do filho ensiná-lo a jogar. No âmbito social, os jogos são utilizados para afastar o tédio dos passatempos, sendo uma atividade que está presente na estruturação do

³² FREUD, Sigmund. *Más allá del principio de placer*. Psicología de las masas y análisis del yo y otras obras. Buenos Aires: Amorrortu, 1992. p. 15 e ss.

³³ A vida social, nas palavras de Berne, presta-se a apoiar a estruturação do tempo. A estruturação do tempo é necessária para evitar o tédio e ocorre no campo da interação e das relações sociais. Berne apresenta algumas formas de estruturação do tempo como os procedimentos, os rituais, os passatempos e os jogos. A estruturação do tempo é um conjunto de padrões de comportamento que correspondem a estados de espírito, sem descartar a possibilidade de incoerências na atitude psíquica. As modificações do estado de espírito estão associadas ao estado do ego. Um estado do ego é um sistema coerente de sentimentos ou conjunto de padrões coerentes de comportamento. São estados do ego: a) O estado da criança, em que predominam a criatividade, a intuição, o impulso espontâneo e o prazer; b) O estado adulto, no qual se processam os dados e as probabilidades para lidar com eficiência com o mundo exterior. É este estado que regula as atividades do pai e da criança, enquanto uma espécie de mediador; c) O estado pai, que capacita o indivíduo a agir de forma eficiente como pai de seus próprios filhos, além de tornar as reações automáticas (“é necessário ser feito”), economizando energia. Todos os estados do ego são necessários à vida, sendo que durante a estruturação do tempo transpassa esses estados, que se comunicam e interagem. As relações sociais são feitas a partir da comunicação entre as pessoas, são processos de interações, basicamente estímulos e respostas transacionais. Os estímulos e as respostas são implementados por um estado da mente. As programações podem vir a partir de qualquer um dos três estados do ego. O tempo é estruturado a partir de programações que correspondem a: a) Procedimentos, que constituem uma série de transações no estado adulto, a exemplo do alto desenvolvimento em uma técnica profissional; b) Rituais, que são conhecidos como as boas maneiras, os cumprimentos, a condução de uma conversa, o tato, a diplomacia. Os rituais podem ser informais como uma simples despedida ou formais, como uma missa; c) Passatempos, que correspondem às transações com o objetivo de estruturar os intervalos de tempo, como as reuniões sociais e as festas. Jogos, que são transações ulteriores de caráter mental que objetivam um desfecho. A diferença entre os jogos e as demais formas de estruturação do tempo é que o jogo tem desfecho e sua natureza é inconfessada. Nos jogos as interações são realizadas por uma série padronizada e previsível de várias transações que à primeira vista são plausíveis, porém escondem motivações e os resultados são previsíveis e definidos, mas contraproducentes. Transmítidos de geração a geração, os jogos são repetidos por pais, filhos, avós, bisnetos, por séculos, passíveis de modificações e diluição, mas a tendência é que se propaguem e, por essa razão, comportam significado histórico (BERNE, Eric. *Os jogos da vida*. Análise transacional e o relacionamento entre as pessoas. São Paulo: Nobel, 1995. p. 57 e ss.).

³⁴ A ausência de estímulos acarreta problemas biológicos, psíquicos e sociais. Estudos como o de Sptiz apontam que uma criança privada de contatos físicos por tempo prolongado tende a enfraquecer e até a falecer. Os adultos submetidos à privação sensorial podem ter psicoses passageiras ou distúrbios mentais temporários (*Ibidem*, p. 17).

³⁵ Intimidade é a sinceridade sem jogos de uma pessoa consciente. É a liberação da criança perceptiva vivendo sua ingenuidade aqui e agora (*Ibidem*, p. 22).

tempo essencial para a vida humana e se dinamiza a partir dos estados do ego. Do ponto de vista pessoal, as relações sociais se estreitam entre as pessoas que jogam os mesmos jogos. Os jogos aparecem fora da racionalidade dos jogadores. Os indivíduos gastam mais de 50% do tempo jogando sem perceber³⁶.

Na economia, a Teoria dos Jogos surge em 1944, com a obra *The theory of games and economic behavior*, publicada pela Universidade Princeton, de autoria do matemático John von Neumann³⁷ e do economista Oskar Morgenstern. Referida teoria recebeu importantes contribuições de Reinhard Selten, com o desenvolvimento do conceito de equilíbrio, e de Nash e J. Stiglitz, M. Spence e G. Akerlof, no que tange à aplicação da Teoria dos Jogos com a análise do mercado e com a informação assimétrica³⁸. Robert Lucas, prêmio Nobel de Economia em 1995, assevera que a macroeconomia desde Keynes é analisada a partir de jogos entre os agentes envolvidos (governo e setores da iniciativa privada)³⁹.

No equilíbrio de Nash, a Teoria dos Jogos passa a trabalhar com mais de dois jogadores e o resultado nem sempre é soma zero. Há um conjunto de estratégias factíveis, com uma estratégia factível para cada jogador. Cada jogador maximaliza seu ganho apoiado no que o outro jogador fará⁴⁰. O equilíbrio é uma combinação das ações de cada jogador, e a ação de cada jogador é a melhor resposta perante os outros jogadores⁴¹.

A soma maior do que zero indica que permanece a *cooperação* entre os jogadores e a soma menor do que zero, que todos perdem. Ocorre aqui interdependência estratégica de caráter sequencial: ou a atuação se dá em sequência, com conhecimento das ações precedentes, ou as

³⁶ FUENTE, Felicísimo Valbuena. *Los juegos comunicativos*, de Eric Berne. Madrid: Universidad Complutense. Disponível em: http://webs.ucm.es/info/per3/profesores/Valbuena/pdf/juegos_comunicativos.pdf. Acesso em: 9 set. 2018.

³⁷ Da Teoria dos Jogos de Von Neumann destaca-se: a) os jogadores desenvolvem uma motivação valorativa de cunho monetário; b) os jogadores aprimoram uma inteligência capaz de resolver todos os problemas que o jogo pode apresentar; c) os jogadores se dispõem em grupos de interesses distintos, variando de acordo com o número de jogadores e de regras; d) a análise concentra-se na estrutura das colisões e distribuições de valores dos jogadores. Von Neumann sustenta que, do ponto de vista virtual, o jogo pode ser modelado matematicamente, pois há um conjunto de jogadores e cada jogador tem um conjunto de estratégias, sendo ainda que cada jogador tem uma utilidade definida por um conjunto cartesiano (estratégias puras). Os jogadores elegem as suas estratégias independentemente uns dos outros. Com base no *teorema minimax*, Neumann afirma que o jogador elege a estratégia que maximiza sua recompensa considerando a melhor estratégia jogada pelo rival. A teoria considera basicamente o jogo de soma zero, se um ganha o outro perde (SOLA, Juan Vicente. *Tratado de análisis económico del derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2012. p. IX 6).

³⁸ Colocando em evidência que o vendedor tem mais informações do que o comprador e utilizando como exemplo a venda de carros usados, que produz uma seleção adversa de produtos de baixa qualidade, como um carro defeituoso denominado de limão.

³⁹ CALABUIG, Vicente; OLCINA, Gonzalo. *Conducta, estrategia e economia*. Una introducción a la teoría de juegos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 27.

⁴⁰ SOLA, Juan Vicente. *Op. cit.*, p. IX 1.

⁴¹ CALABUIG, Vicente; OLCINA, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 65.

estratégias revelam-se simultaneamente, ou seja, as ações e o conhecimento delas ocorrem de modo simultâneo.

Nem sempre a ação mais racional do ponto de vista individual é a mais benéfica sob o aspecto coletivo. Como ilustra o dilema do prisioneiro, dois criminosos são submetidos a interrogatórios separadamente, sabendo que, se ninguém confessar o crime, poderão ser liberados ou receber pena mínima de um ano de reclusão, por exemplo. Se ambos confessarem, não receberão a pena máxima, mas uma pena menos severa, de cinco anos de reclusão para cada um. No entanto, se um confessar e o outro não, um será liberado e o outro receberá a pena máxima de dez anos de reclusão.

Do ponto de vista racional, a melhor ação é confessar, isentando-se de pena e deixando que o outro receba a máxima penalização. Entre os dois há um conflito permanente. Entretanto, se ambos pensarem da mesma forma, acabarão confessando e sendo penalizados com cinco anos cada, de modo que o resultado final será pior do que se pudessem entrar em um acordo e não confessar⁴² (hipótese em que são liberados ou recebem pena mínima). O contexto permite compreender que a possibilidade de agir inteiramente em seu próprio interesse comporta um risco que o agir de forma cooperativa afasta⁴³.

Huizinga, historiador e linguista holandês, em 1938, ousa ao lançar ao mundo a expressão *homo ludens*. O cenário político mundial, que encampava a ascensão de Estados ditatoriais e totalitários e a tensão do pós-Primeira Guerra Mundial (1914-1918), num momento imediatamente anterior à Segunda Guerra Mundial (1939-1945), não poderia ser mais propício para se afirmar que o homem está ancorado em sua ludicidade: do *homo sapiens* ao *homo faber* para o *homo ludens*.

No *homo sapiens* ressaltam-se as capacidades de abstração e racionalidade que permitem solucionar qualquer problema, bem como exercer controle sobre a natureza. Fabricar e produzir caracterizam o *homo faber*, a produção e o resultado passam a ser o ponto central do humano. Enfocando o aspecto lúdico do humano, a expressão *homo ludens* busca integrar o

⁴² SANDRONI, Paulo. *Dicionário de administração e finanças*. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 463.

⁴³ Diferentemente do jogo com informações completas, em que aos jogadores é dado conhecer toda a sua estrutura, nos jogos de informação incompleta, privada ou assimétrica, os jogadores não têm segurança quanto a algum de seus elementos. Caso típico é quando em um oligopólio cada empresa conhece a sua própria função e custos, mas desconhece a função e custos das demais empresas. A ausência de informação ocorre por inúmeros fatores, entre os quais a incerteza sobre a verdadeira motivação do outro jogador. A insegurança sobre a informação completa ocorre até mesmo tratando-se de informações de conhecimento público, quando não se tem certeza sobre qual informação o outro jogador tem. A Teoria dos Jogos voltada para a análise econômica considera ainda o estudo de situações estratégicas em que os jogadores tomam decisões conhecendo informações sobre as decisões dos demais jogadores ainda que sejam incompletas (CALABUIG, Vicente; OLCINA, Gonzalo. *Conducta, estrategia e economía*. Una introducción a la teoría de juegos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 108).

jogo em todos os aspectos da cultura. Tudo na cultura e na civilização provém do jogo⁴⁴: as instituições, os ritos, as crenças, os comportamentos sociais, o exercício da linguagem, a arte, a poesia, a guerra, a filosofia e o Direito. Todas as dimensões sociais, segundo Huizinga, originam-se no jogo.

No presente trabalho, reúne-se, inicialmente, uma série de conceitos e descrições sobre o jogo para que se identifiquem alguns dos elementos que o constituem como atividade imprescindível do ser e fazer humano, apresentando não uma fórmula, pois a fórmula pronta é incompatível com o jogo, que por si só é plural e ao mesmo tempo que é regulado como o xadrez é “improvável como a muvuca do carnaval”⁴⁵, mas um conjunto de características intrinsecamente relacionadas pertinentes ao jogo e a própria vida.

De antemão, é possível atestar que as definições ou conceituações produzidas serão incapazes de incluir todos os fenômenos do jogo em enunciados. O jogo é algo intrínseco ao viver animal, com caráter universal, plural e heterogêneo, de modo a comportar grande carga de ambiguidade⁴⁶.

É como se a evidente interação que dinamiza o processo reduzisse as chances de enquadrar a complexidade do jogo. A problemática acerca de uma definição ou conceito para o jogo que satisfaça o seu caráter universal, plural e heterogêneo não é peculiar ao tema. O Direito depara-se com questão semelhante: todas as sociedades experienciam de alguma forma o Direito, mas conceituá-lo tem rendido teses e teorias sob os mais diversos enfoques, desde o olhar metafísico e formalista até o sociológico e o psicológico. Ambos os fenômenos, jogo e Direito, são inerentes aos princípios das relações humanas de tal modo que a distinção entre o surgimento de ambos configura tarefa árdua, sendo igualmente complexo descrevê-los e defini-los. Por outro lado, a redução de um deles ao outro pode comprometer a compreensão de ambos. Uma das formas de estudá-los, sem prejudicar as suas dimensões, é realizar uma relação

⁴⁴ Jacques Henriot problematiza a questão dos jogos a partir da ideia de Huizinga, que propôs a máxima de que tudo na cultura provém do jogo, esclarecendo que a dificuldade de estudar o jogo pode trazer a tentação de ampliar demais a sua esfera, bem como reduzi-la (HENRIOT, Jacques. *Le Jeu*. Paris: Press Universitaires de France, Boulevard Saint-Germain, 1969. p. 6).

⁴⁵ KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 11.

⁴⁶ Esse parece ser um problema da linguagem, “não é certo que todas as palavras são usadas, em todos os contextos, para conotar as mesmas propriedades [...] Tomemos o exemplo de Wittgenstein. Falamos de jogo para aludir à amarelinha, ao futebol, ao caça-palavras [...]. O que têm em comum estas coisas? Que propriedade comum justifica que se fale de jogo para aludir às atividades similares? Se poderá dizer que em todos os casos há uma certa atividade humana guiada por um fim de diversão e entretenimento. Mas quem compra bilhete de loteria para se entreter? Diremos então que a característica principal é que se trata de atividade humana guiada pela regra, onde se ganha ou se perde? Mas isto não parece convir para boa parte dos jogos infantis. [...] O contexto da situação elimina por comum toda a dúvida razoável. Mas há casos em que a confusão persiste apesar do esforço de fazer desaparecer. Os problemas deste tipo são analisados e estudados sob o rótulo de ‘ambiguidade das linguagens naturais’” (CARRIO, R. Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. p. 30-31).

estrutural analógica⁴⁷. Pelo método estrutural analógico⁴⁸ entre o jogo e o Direito serão inferidas características que permeiam o fenômeno do Direito.

Outra abordagem realizada é da apreensão dialética do jogo e a ideia de o jogo como paradigma, partido, deste modo, da analogia ao paradigma. As correntes que enquadram o Direito em uma lógica ou isto ou aquilo são inúmeras, desde o jusnaturalismo e juspositivismo até o normativismo e realismo e o monismo e pluralismo. A ideia do jogo nos traz uma tradução da interação de polos opostos, é dizer, “o caráter sistematicamente híbrido reflete a complexidade do fenômeno jurídico que traduz a interação dos polos opostos”⁴⁹.

As propostas de penetrar no Direito por meio de uma analogia e do paradigma do jogo suscitam, antecipadamente, a indagação se o Direito é um jogo. Ao suscitar tal questionamento outros poderão ser realizados, por exemplo, “A vida é um jogo?”. Essa pergunta permeia a mente humana, do mais simples pensamento infantil ao mais filosófico nível de sabedoria. Afinal, existe um jogo da vida.

A vida em sociedade pode ser considerada um jogo, em que a observação das regras postas importa mais do que o lugar e o comportamento de seus jogadores. Sob o enfoque clássico do significado de jogo, este se define pelo conjunto de suas regras⁵⁰. O Direito, como elemento ordenador da vida em sociedade, pode ser analisado sob o mesmo enfoque, mas, em um primeiro momento, por um método analógico.

As regras constituem um atributo que orienta a atividade humana, como bem se denota tanto no jogo como no Direito. Todavia, tanto o jogo como o Direito não são dinamizados apenas pelas regras, nem somente pela ação humana, mas por intermináveis processos de comunicação orientados por um processo interativo⁵¹, operando na perspectiva de um *devenir* contínuo.

⁴⁷ “El papel de la analogía será precisamente éste: permitir extraer la regla, pero no mediante una meta generalización, sino mediante un paso analógico”. (SAMAHA, Juan Alfonso. *Epistemología y metodología*. Elementos para una teoría de la investigación científica. Buenos Aires: Eudeba, 2004. p. 104).

“O papel da analogia será precisamente este: permitir extrair a regra não mediante uma meta de generalização, mas através de uma etapa analógica” (tradução livre).

⁴⁸ A palavra analogia é usada no “sentido de extensão provável do conhecimento mediante o uso de semelhanças genéricas que se podem aduzir entre situações diversas” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2017. p. 55).

⁴⁹ KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 56.

⁵⁰ LÉVI-STRAUSS, Claude. *El pensamiento salvaje*. México: Fondo de Cultura Económica, 1990. p. 55-59.

⁵¹ A interatividade constitui elemento evidenciado na atividade lúdica. Seu acontecimento somente é possível dentro da esfera da sociabilidade e, portanto, da comunicação, comunicação esta que produz uma riqueza de vários sinais-palavras, símbolos, na construção e desconstrução da realidade.

1.1.1 Categorias fundamentais do jogo

As categorias fundamentais do jogo foram elaboradas com base nas características intrínsecas da respectiva atividade, o que resultou em uma classificação com várias espécies de jogos inter-relacionados com retratos e estruturas de determinadas sociedades, considerados os períodos históricos.

O jogo praticado em cada sociedade é o reflexo de seus valores. O jogo Monopoly, por exemplo, conhecido no Brasil como Banco Imobiliário, é um dos jogos de tabuleiro mais populares do mundo e reproduz o funcionamento das estruturas capitalistas. No jogo, propriedades imobiliárias são vendidas e compradas, enquanto um jogador enriquece, o outro empobrece⁵².

O ideal, o destino, o risco de estagnação e os valores de qualquer sociedade estariam associados a uma das categorias fundamentais do jogo. Em 1958, Roger Caillois apresentou as seguintes categorias fundamentais de jogo: a) competitividade (*agôn*); b) simulação (*mimicry*); c) vertiginosidade (*ilinx*); d) sorte (*alea*)⁵³.

1.1.1.1 Agôn

Essa categoria comporta jogos executados sob a forma de competição, em que a vitória é conquistada por mérito pessoal. A igualdade de oportunidades é criada artificialmente, por meio de certas regras, para que todos os participantes tenham condições ideais de participação, de modo a ser demonstrada e reconhecida a excelência do jogador. Pressupõe treino, atenção, disciplina, assiduidade, determinação, perseverança e responsabilidade pessoal pelo resultado.

Embora as condições de igualdade não possam ser absolutas, as regras são criadas e mantidas para que o mínimo de igualdade seja possível. A ausência de igualdade absoluta é verificada, por exemplo, no jogo de xadrez: quem inicia o jogo acaba impondo a estratégia, o que significa uma vantagem.

A vantagem do jogador, nessa circunstância, não há como ser reformulada, pois alguém necessariamente deve iniciar o jogo e a desigualdade de condições entre os jogadores já se apresenta desde então. Essa desigualdade, entretanto, pode ser neutralizada por alguma outra regra que possibilite a equalização no decorrer do jogo (igualdade formal).

⁵² CAILLOIS, Roger. *Os jogos e os homens. A máscara e a vertigem*. Lisboa: Cotovia, 1990. p. 82.

⁵³ *Ibidem*, p. 85 e ss.

Nos jogos em que predomina o *agôn*, é possível a criação de regras que estabeleçam *handicap*, de maneira que na igualdade de oportunidades seja criada uma desigualdade secundária, proporcional à situação e circunstância de cada jogador. Pressupõe-se, assim, que a vantagem concedida a algum jogador supre alguma deficiência (igualdade material).

1.1.1.2 *Alea*

Nessa categoria de jogos, os resultados não dependem do jogador, mas do destino. A vitória depende do destino e a ideia de justiça com a consagração da vitória é atribuída à própria arbitrariedade do acaso.

As habilidades do jogador pouco importam. É a sorte ou a desgraça que ditam o resultado da partida. O jogador precisa relevar sua vontade e aceitar o destino. A igualdade revela-se no momento em que há abdicação total das qualidades pessoais dos jogadores e que todos, sem nenhuma inferioridade ou superioridade, se submetem ao veredicto da sorte ou azar.

1.1.1.3 *Mimicry*

O termo inglês *mimicry* significa mimetismo, fenômeno biológico caracterizado pela semelhança superficial de organismos que não estão relacionados taxonomicamente⁵⁴, o que confere proteção contra a predação.

No mundo dos jogos e das representações, o humano se disfarça por meio de máscaras e adereços que contribuem para criar, de forma prazerosa, uma personagem. Longe de ser um simulacro, os aspectos fundamentais dessa categoria de jogos são a mímica, a imaginação, a interpretação e o disfarce. No carnaval, por exemplo, a máscara denota liberação do papel social cotidiano, e não enganação⁵⁵.

Nesses tipos de jogos, a ficção é tida como regra. As regras de igualdade previstas na categoria do *agôn* não se aplicam aqui, em que o fundamento é a criação de um universo paralelo.

1.1.1.4 *Ilinx*

⁵⁴ *Enciclopédia Britânica*. Disponível em: <https://www.britannica.com/science/mimicry>. Acesso em: 7 dez. 2018.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 42.

Trata-se de jogos que se afastam de qualquer racionalidade; ao contrário, buscam desestabilizar o campo da percepção por meio da vertigem. O próprio transe ou espasmo é um fim em si mesmo.

São exemplos as brincadeiras de rodopiar rapidamente até a perda total do controle, aguardando-se prazerosamente a recuperação do estado de alerta. A vertigem associa-se a um prazer pela desordem, pelo pânico momentâneo, como no caso da montanha russa.

1.1.1.5 Associação entre as categorias de jogos

Dentre as associações relacionadas às categorias de jogos há combinações proibidas, combinações contingentes, combinações simétricas e combinações fundamentais.

Nesse sentido, a vertigem mostra-se incompatível com a competição, pois a competição está sujeita a regras, ao passo que a vertigem apela para o caos. A decisão de se entregar ao destino, por sua vez, é incompatível com qualquer ato que conduza à simulação, haja vista que não se pode iludir o destino⁵⁶.

De forma contingente, a *alea* associa-se à vertigem, pois em ambos os casos abre-se mão da vontade. Outra associação contingente ocorre entre *agôn* e *mimicry*, ao se considerar que as competições são, por si só, um espetáculo, em que o espírito da representação está sempre presente.

Ocorre combinação simétrica entre as categorias *agôn* e *alea*. O ponto da simetria consiste na necessidade de apelar à igualdade entre os participantes, seja a igualdade de condições perante as regras ou a igualdade perante o destino. As duas categorias ocupam o domínio da regra: a competição só pode existir com regras claras e a regra geral de aceitação do destino é condição básica para que sua vontade se efetive.

Mimicry e *ilinx* assumem uma combinação fundamental. O mundo apresenta-se desordenado e o jogador improvisa, entregando-se à fantasia e a uma inspiração soberana. O jogo combina ideias como limites, liberdade e invenção, sorte, destreza.

Parte-se do pressuposto de que “todo o jogo é um sistema de regras que define o que é e o que não é do jogo, ou seja, o que é permitido e proibido. Essas convenções são simultaneamente arbitrárias, imperativas e inapeláveis”⁵⁷.

⁵⁶ *Enciclopédia Britânica*, p. 94. Disponível em: <https://www.britannica.com/science/mimicry>. Acesso em: 7 dez. 2018.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 11.

Por outro lado, o jogo reflete mobilidade, uma dada liberdade para a criação dentro de certos limites. Jogo é regra e liberdade. No entanto, as representações trazidas pelo jogo estão fora do padrão de seriedade socialmente considerado obrigatório para a consecução das tarefas cotidianas que visam à produtividade. Há no jogo, portanto, sorte e arte e, por fim, cálculo e risco.

O jogo é uma atividade livre (o jogador não é obrigado a submeter-se ao jogo), delimitada (submetida ao tempo e ao espaço), improdutiva (promove circulação, mas não geração de bens), regulamentada (sujeita a regras específicas) e fictícia (há ciência de uma realidade diferente da vida cotidiana produtiva).

1.1.2 Jogo e realidade

O mundo da abstração não inclui o tempo; porém, no mundo real, o tempo não pode ser negado. Para a nova teoria quântica, o tempo não pode ser visto como um fluxo inerte em que a realidade se desenvolve. O espaço não pode ser mais visto como algo contínuo que contém as coisas, e o tempo não flui de forma contínua no decorrer do acontecimento dos fenômenos⁵⁸.

Como a realidade, o tempo também possui o aspecto de granularidade (as partículas desaparecem e aparecem), indeterminismo (*incerto tempore ... incertisque loci*⁵⁹ – o futuro é imprevisível). Por último, o tempo, assim como a realidade, possui uma característica relacional, tornando o mundo das coisas existentes no mundo das interações possíveis.

A realidade passa a ser reduzida à relação entre as coisas e as pessoas⁶⁰. Todas as características de um objeto só existem em função de outros objetos e apenas nessas relações é que os fatos se configuram. Não são as coisas que entram em relação, mas a relação que remete à noção das coisas, dos objetos. Os objetos constroem-se em razão de acontecimentos, de eventos. O que existe não são os objetos, mas sim os processos, os eventos e as interações entre processos.

A realidade, sendo um processo de interações, não pode existir independente do observador. O observador surge de sua práxis na linguagem, podendo algo ocorrer de forma muito anterior à reflexão ou ao ato de explicar ou conversar sobre aquilo. As explicações sobre

⁵⁸ ROVELLI, Carlo. *A realidade não é o que parece*. A estrutura elementar das coisas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2017. p. 173.

⁵⁹ Lucrécio (94 a.C.).

⁶⁰ ROVELLI, Carlo. *Op. cit.*, p. 132.

os eventos também são experiências do observador, mas experiências de segunda ordem, da práxis de viver⁶¹.

Nesse contexto, a realidade é uma experiência, uma explicação, uma proposição explicativa das experiências do observador e de suas coerências operacionais na vida cotidiana e técnica. De modo geral, o observador realiza uma explicação com uma objetividade, segundo Maturana, sem parênteses. Ele aceita que as coisas existem independentemente dele, mediante a sua razão ou percepção. Como se as entidades funcionassem independentes dele, sendo utilizadas como proposições válidas que constituem o real.

A partir disso, o domínio da realidade passa a ser único e sua fonte de validação é um referente externo que aparece como uma explicação objetiva a partir de algo externo. O observador não tem responsabilidade sobre aquele domínio de realidade.

Em contraponto, seguindo o caminho da explicação de uma realidade entre parênteses e das várias realidades possíveis, o observador aceita que a realidade é o que o observador faz para validar suas explicações na práxis de viver e, ao fazê-lo, podem concorrer domínios de realidades diferentes de entidades constituídas no explicar⁶². A realidade depende do caminho explicativo⁶³.

Com novos aspectos introduzidos a partir das redes de interações como forma de constituição da realidade, o jogo passa a ser uma realidade que, embora construída de forma artificial, é uma prática humana, fundamentalmente processual, um domínio legítimo que gera resultados interpretáveis⁶⁴.

A separação do jogo da vida cotidiana, feita anteriormente nos estudos datados do século passado, não possui mais tanto sentido. Os jogos, por serem experiências da vida cotidiana, não podem estar dela separados, conformando uma realidade ou vários domínios da realidade. Os estudos anteriores conduziam à separação baseados na ideia de que o jogo está associado ao prazer e à diversão, como se estes estivessem longe da experiência cotidiana.

O jogo, na verdade, faz parte de um dos vários modos de experiência⁶⁵, sendo um processo contínuo, baseado em práticas humanas, que podem gerar novas práticas, novos significados, transformando inclusive a maneira como o jogo é jogado, podendo ainda

⁶¹ MATURANA, Humberto. *La objetividad un argumento para obligar*. Buenos Aires: Granica, 2011. p. 40.

⁶² *Ibidem*, p. 41.

⁶³ *Idem*. *La realidad: objetiva o construida*. Ciudad de México: Anthropos, 2009. p. 20.

⁶⁴ “O jogo é um domínio semilimitado e socialmente legítimo onde há contingências artificiais que geram resultados interpretados” (MALABY, Thomas. *Beyond play: a new approach to games*. *Revista Games and Culture*, n. 2, p. 95-113, 2007).

⁶⁵ STEVENS JR., P. Play and word: a false dichotomy. In: SCHWARTZMAN, H. B. *Play and culture*. New York: Leisure, 1980. p. 316-323.

ressignificar ou mudar as regras. Essa é uma atividade recursiva do jogo, que tem base no processo, ou seja, em um movimento capaz de gerar novos efeitos.

Os jogos são dinâmicos e recursivos, autorreproduzíveis, com a possibilidade de mudanças de regras e significados em seu decurso. Contingência e alta imprevisibilidade fazem parte de seu contexto, e o resultado final pode gerar múltiplos significados e consequências.

1.1.3 Jogos de linguagem: as regras significam

Na filosofia, conforme Wittgenstein, os jogos de linguagem consistem em “todo o processo de uso da linguagem”⁶⁶, o que implica multiplicidade. Considerar a linguagem realizando-se sob a forma de jogos equivale a considerar as diversas maneiras de usar a linguagem por meio de regras, uma vez que jogar é movimentar as coisas de acordo com certas regras⁶⁷.

Os vários tipos de jogos com inúmeras regras permitem a atuação de muitas formas, porém os jogos guardam semelhanças entre si, como se fosse uma rede complicada de semelhança; para caracterizar as semelhanças, Wittgenstein cunha o termo “semelhança de famílias”. As palavras “linguagem” e “jogo” não estão ligadas por essências, mas a “uma rede complexa de analogia”, e os jogos mantêm traços como em uma família. A referência de buscar uma explicação dos jogos de linguagem na entidade família é explicada pelo filósofo do seguinte modo:

Considere, por exemplo, os processos que chamamos de “jogos”. Refiro-me a jogos de tabuleiro, de cartas, de bola, torneios esportivos etc. O que é comum a todos eles? [...], se você os contempla, não verá na verdade algo que fosse comum a todos, mas verá semelhanças, parentescos, e até toda uma série deles. [...] Considere, por exemplo, os jogos de tabuleiro, com seus múltiplos parentescos. Agora passe para os jogos de cartas: [...] mas muitos traços comuns desaparecem e outros surgem. Se passarmos agora aos jogos de bola, muita coisa comum se conserva, mas muitas se perdem. – São todos “recreativos”? Compare o xadrez com o jogo de amarelinha. Ou há em todos um ganhar e um perder, ou uma concorrência entre os jogadores? Pense nas paciências. Nos jogos de bola há um ganhar e um perder; mas se uma criança atira a bola na parede e a apanha outra vez, este traço desapareceu. Veja que papéis desempenham a habilidade e a sorte. E como é diferente a habilidade no xadrez e no tênis. Pense agora nos brinquedos de roda: o elemento de divertimento está presente, mas quantos dos outros traços característicos desapareceram! E assim podemos percorrer muitos, muitos outros grupos de jogos e ver semelhanças surgirem e desaparecerem. E tal é o resultado desta consideração: vemos uma rede complicada de semelhanças, que se envolvem e se cruzam mutuamente. Semelhanças de conjunto e de pormenor (Investigações Filosóficas, § 66). Não posso caracterizar melhor essas semelhanças do que com a expressão “semelhanças

⁶⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Vozes, 2014. p. 56.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 8.

de família”; pois assim se envolvem e se cruzam as diferentes semelhanças que existem entre os membros de uma família: estatura, traços fisionômicos, cor dos olhos, o andar, o temperamento etc., etc. – E digo: os “jogos” formam uma família⁶⁸.

A linguagem⁶⁹ abrange inúmeras sentenças, e a escolha de uma ou outra possibilidade ocorre a partir do papel que as palavras ocupam no jogo da linguagem. Uma asserção pode virar uma ordem de acordo com o papel que assume. Em um jogo explica-se o papel da personagem, como no caso do rei no jogo de xadrez.

Os jogos de linguagem são uma unidade estrutural com signos linguísticos, atividades humanas e objetos, e o sentido somente pode ser adquirido a partir da atividade humana, a “expressão só tem sentido no movimento da vida”, pois ela é uma parte de uma atividade ou uma forma de vida⁷⁰.

Portanto, “A” constitui um conjunto de jogos que se conformam a diversas formas de vida. Por exemplo, a descrição é base de uma forma de vida, que é a atividade científica. No entanto, outras formas de vida também são significativas e utilizam outros tipos de linguagem. Imaginar uma linguagem é imaginar uma forma de vida. “O termo jogo de linguagem está destinado a insistir no fato de que falar uma linguagem é parte de uma atividade ou forma de vida.”

A ideia de jogo de linguagem é um entrelaçamento entre a atividade linguística e as ações, envolvendo, desse modo, a prática. Os jogos são interação entre a linguagem, as regras e a prática. O jogo é determinado pela regra, a regra tanto pode ensinar a jogar como configurar um instrumento do próprio jogo. Apesar de as regras serem importantes para o jogo, elas não são o próprio jogo. Em um sistema linguístico, as palavras só têm significação em função das regras, e a significação de cada palavra é diferente em razão de diferentes regras.

O jogo é efetivado a partir de suas regras e o jogador (observador) as assimila na prática. Ao proferir uma sentença, com ela significa, compreende, exercita, seguindo um cálculo, segundo regras delimitadas. Compreender corresponde a usar a linguagem e dominar

⁶⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Vozes, 2014. p. 56.

⁶⁹ “[...] em absoluto, da linguagem – ou do pensar – no sentido em que uma ciência natural trata de uma manifestação natural, e pode-se, no máximo, dizer que construímos linguagens ideais. Mas, aqui, a palavra ‘ideal’ seria enganosa, pois soaria como se essas linguagens fossem melhores, mais completas, do que nossa linguagem corrente; e como se ela precisasse de um lógico para mostrar finalmente às pessoas como seria uma sentença correta” (*Ibidem*, p. 66).

⁷⁰ “Se você quiser dizer, por isso, que elas são incompletas, pergunte-se se nossa linguagem é completa; – se ela era completa antes do simbolismo químico e da notação infinitesimal lhe terem sido incorporadas; pois esses são, por assim dizer, subúrbios da nossa linguagem. (E com quantas casas ou ruas começa uma cidade a ser uma cidade?) Pode-se considerar a nossa linguagem como uma velha cidade: um emaranhado de ruelas e praças, casas velhas e novas, casas com anexos de épocas diferentes; e tudo isso circundado por um conjunto de novas periferias com ruas retas e regulares, e com casas uniformes” (*Ibidem*, p. 16).

uma técnica. Toda ação, de acordo com uma regra, é uma interpretação, seguir a regra é uma prática.

1.1.4 Jogos: mensagens interativas

Wittgenstein já havia ressaltado a dificuldade de definir o jogo, é como tentar definir a arte⁷¹. Qualquer definição de arte ou de jogo que corresponda a uma essência rapidamente se tornará equívoca ao observador. A conduta lúdica da arte, assim como a do jogo, é uma interação entre o consciente (processo secundário) e o inconsciente (processo primário). A sensação e a qualidade da destreza não se podem expressar.

A prática de certa atividade faz com que os agentes fiquem mais capacitados, porém o hábito da prática conduz à perda da consciência de como a atividade foi desenvolvida. Esse processo primário do inconsciente, denominado de instinto por Freud, é de difícil comunicação interna, o que faz com que não se chegue a uma imediata e exata compreensão do ato.

A mente é uma trama integrada de proposições linguísticas e imagens, e a visão consciente dessa rede, dado seu caráter segmentado, leva à negação da integralidade. Por meio das artes, dos jogos, do lúdico e da religiosidade, torna-se possível conferir caráter sistêmico à mente⁷². A separação entre corpo e mente conduz à destruição da vida, pois produz uma racionalidade teleológica. As atividades lúdicas operam um processo interativo entre consciente e inconsciente, como o jogo, a arte, a religião e o sono, que reconectam o sistema vivo humano, como um algo integrado ciberneticamente.

A comunicação verbal humana opera em muitos níveis de abstração formando gamas em duas direções, sempre com aparente nível denotativo, que incluem mensagens explícitas e mensagens implícitas (metalinguísticas), bem como temas de discurso que comportam a relação entre falantes (metacomunicativos)⁷³.

A comunicação passa por estágios importantes, que ocorrem de forma gradativa, em que os signos se distinguem e os sinais podem até mesmo ser falsificados, negados, ampliados, corrigidos. O homem, por exemplo, é capaz de produzir um desodorante que nega e altera vários sinais, como o odor. Ao compreender que sinais são sinais, o homem consegue distinguir o bem e o mal. Os sinais denotam algo⁷⁴.

⁷¹ LUHMANN, Niklas. *El arte de la sociedad*. Ciudad del México: Herder, 2005. p. 399.

⁷² BATESON, Gregory. *Pasos para una ecología de la mente*. Buenos Aires: Lohlé-Lumen, 1971.

⁷³ *Ibidem*, p. 132.

⁷⁴ *Ibidem*.

O jogo opera em um grau metacomunicacional, em que é possível, por exemplo, que dois animais jogando uma sequência de sinais semelhantes a um combate emitam uma mensagem, outro sinal que diz “isto não é um combate”.

Em outras palavras, o jogo é um fenômeno com certo grau metacomunicacional. A mensagem “isto é um jogo” consiste em um enunciado negativo que contém um metaenunciado negativo implícito. Quando se diz “isto é um jogo”, o enunciado revela o seguinte: “as ações a que nos dedicamos agora não denotam o que denotariam aquelas ações que em seu lugar estão”⁷⁵.

O termo “lugar” não pode ser substituído por algo que denota. A mensagem, qualquer que seja sua natureza, não se expressa pelo objeto que a denota. A linguagem mantém com o objeto que a denota uma relação comparável à relação existente entre mapa e território.

Uma comunicação com caráter denotativo, tal como se dá entre os humanos, somente é possível depois da evolução de um complexo conjunto de regras metalinguísticas que regem a forma de se referir aos objetos e fatos.

As ações do jogo estão relacionadas com o que denotam outras ações de um não jogo. Os sinais estão no lugar de outros fatos e parece, por isso, que a evolução do jogo deve ser um passo importante na evolução da comunicação.

As condutas teatral e de simulação são exemplos da existência primitiva do mapa-território. A teatralização não é algo inerente ao humano. As aves podem dramatizar e os macacos produzem engano⁷⁶. O mapa-território está atrelado ao jogo e ao teatro, que formam um único fenômeno complexo no campo da comunicação.

As ações não denotam o que regularmente denotariam nem as consequências da ação que representam; a consequência é uma ficção. Não se quer dizer literalmente aquilo que se diz e se comunica em função de algo inexistente de fato. Portanto, as complicações na seara das artes e do jogo conduzem a uma corrida para aumentar o realismo, como no jogo de pôquer, em que as fichas representam o dinheiro.

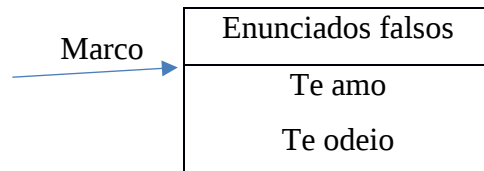
Na religião e em alguns rituais, as elaborações das metáforas são tomadas de modo a negar a separação mapa-território, voltando à inocência da comunicação absoluta por meio de sinais puros de estados. As mensagens e os sinais realizam intercâmbios no jogo, revelam-se verdadeiros ou são tomados seriamente. A inexistência está naquilo que se denota pelos sinais dos jogos, mas isso pode ser invertido no momento em que determinados território e realidade não são questionados.

⁷⁵ BATESON, Gregory. *Pasos para una ecología de la mente*. Buenos Aires: Lohlé-Lumen, 1971. p. 135.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 132.

Embora as imagens não denotem aquilo que se quer indicar, suscitam o estado que pretendem provocar, o objeto é sempre um símbolo apropriado.

A mensagem “isto é um jogo” representa um marco do paradoxo de Epimênides. Se um homem diz que está mentindo, o que ele diz é verdadeiro ou falso.



Se um enunciado é falso, todos são verdadeiros. No processo primário, o pensamento não discrimina “alguns” e “todos” nem “não todos” e “nenhum”. Suponhamos que o processo primário opera de forma permanente e que a validade psicológica do marco é o paradoxo que rege o jogo que depende dessa parte da mente. Se é necessário recorrer ao processo primário para eliminar a noção de “alguns” no lugar intermediário entre “todos” e “nenhum”, isso não significa que o jogo faz parte apenas do processo primário.

A discriminação do jogo é parte do processo secundário (consciente). O jogo combina os processos secundário e primário, sendo sempre um passo adiante da comunicação, um mapa crucial no descobrimento das relações mapa-território. No processo primário, o mapa e o território se identificam, mas no processo secundário eles se discriminam. No jogo, eles se identificam e se discriminam.

Há anomalias nesse sistema. Se utilizarmos o enunciado “todos os enunciados que estão dentro do marco são falsos”, a premissa denota uma dependência de uma ideia de outra ideia. Entretanto, a discussão em torno da validade dessa ideia não explica o que são o marco e o contexto.

No jogo, duas pessoas se definem por um conjunto de mensagens que se inter-relacionam de forma interativa por um período e que são modificadas (jogo e não jogo). Há, além disso, um marco psicológico⁷⁷ que tem um grau de existência real, que pode ser reconhecido e representado pela linguagem.

O ser humano sempre se move com mais facilidade em um universo em que suas características psicológicas são exteriorizadas. Os mapas psicológicos atuam por exclusão.

⁷⁷ O marco psicológico é quando o foco da atenção geral ou da direção proporciona uma linha mestra entre o pensamento e as ações no curso de uma interação. Eles fazem referências ao contexto cognitivo que envolve uma experiência. É uma linha em um perímetro que envolve uma interação.

Certas mensagens são incluídas quando outras são excluídas, tornando explícito o que está implícito, projetando na cena exterior o que ocorre na cena interior para gerar mais consciência no comportamento – aqui e agora, na fronteira de contato, sem meio.

As partes se compreendem pelo todo, por meio de interações (teoria Gestalt). $A + B$ não corresponde a A ou B , mas sempre a um novo elemento. Os termos e premissas não estão simetricamente relacionados. Ao colocarmos uma figura dentro de um quadro, o marco psicológico que rodeia o quadro traz uma mensagem que organiza a percepção. Esses marcos (premissas) se relacionam a um sistema de premissas que podem ser comuns ou manter pertinência recíproca. No marco do jogo, o marco intervém na avaliação das mensagens que contém, contribuindo para a compreensão do conteúdo destas. As mensagens mantêm pertinência recíproca com as mensagens que estão fora do marco e não podem ser ignoradas.

O marco torna-se metacomunicativo e qualquer mensagem, explícita ou implicitamente, define o marco e dá instruções úteis para compreender as mensagens incluídas em seu âmbito. O inverso também é verdadeiro: toda metacomunicação ou mensagem metalinguística define de forma explícita ou implícita o conjunto de mensagens sobre a qual se comunica e, em um processo de interação, define o marco psicológico. O marco é uma instrução dirigida ao expectador para não ampliar as premissas.

Os tipos de mensagens em processo de interação são: a) mensagens da classe de signo de estado de ânimo; b) mensagens que simulam um estado de ânimo (jogos); c) mensagens que permitem a discriminação de estado afetivo dos signos.

O enunciado “isto é um jogo” não pertence ao primeiro tipo, mas possui um marco de referência cujo elemento traça uma linha divisória entre tipos lógicos diferentes. Os jogos e marcos psicológicos estabelecem uma constelação triádica (sistema de relações) entre as mensagens, que são mensagens interativas e se relacionam com uma realidade mais concreta.

1.1.5 Do simbólico e das interações às regras

Do simbólico às regras, em Piaget os jogos assumem uma posição simbólica no processo de metamorfose de um objeto, configurando representações, passando por vários estágios dos exercícios sensoriais motores⁷⁸, repertório lúdico com esquemas de representações, sem submissão à socialização.

⁷⁸ Para chegar aos estágios de representações simbólicas, uma criança, conforme estudos de Piaget, passa por vários estágios. No primeiro estágio, a criança, geralmente até os seus dois anos, executa exercícios sensoriais motores simples, apenas com a finalidade de prazer. Trata-se de ações como atirar uma pedra, encher e despejar

Somente com a aquisição da linguagem que a criança passa a se preocupar com a ordem e com os jogos coletivos, chegando ao estágio do jogo de regra, em que a regularidade é imposta de alguma forma pelo grupo. Com a regra, surgem a regularidade e a obrigação, que envolvem pelo menos dois indivíduos. São dois os tipos de regras, as espontâneas e as transmitidas. As regras espontâneas têm natureza contratual e momentânea, enquanto as demais regras são transmitidas institucionalmente pela tradição.

O jogo de regra não é inspirado na vida moral ou jurídica, mas em regras construídas especialmente em função do jogo, embora possam conduzir a valores que as ultrapassam. A partir do jogo de regra, o indivíduo está preparado para as regras da vida democrática, para as regras do Direito.

Os jogos são mensagens interativas que mantêm relação com a realidade concreta. Nos jogos, as regras são questionadas constantemente. O fato de a regra ser colocada em questionamento a todo o instante não faz com que deixe de pertencer a um determinado jogo. A partir dos questionamentos, o discurso passa a ser de tipo lógico, distinto do discurso referido no jogo. Essas interações são feitas simultaneamente e o jogo continua, mas as regras podem ser modificadas.

Existe uma impossibilidade que consiste na separação entre a atividade do jogo e a discussão sobre as regras do jogo, porque a ação experimental, em que está implícita a proposta de mudar as regras do jogo, faz parte do jogo em curso, não sendo o jogo um sistema rígido, mas, sim, um sistema evolutivo de interações.

Os paradoxos da abstração estão presentes em todas as comunicações e nos jogos de interação, que são mais complexos do que as interações ocorridas nos sinais dos estados de ânimo.

um balde de água, o que evolui para a etapa do movimento pelo movimento e da movimentação pela movimentação. Tais atividades apenas produzem um prazer funcional. Em raros momentos, os adultos também praticam esses tipos de jogos, quando, por exemplo, compram um aparelho eletrônico e se põem a operá-lo sem propósito, apenas pelo prazer. A partir de determinada etapa dos jogos sensoriais motores, a criança adquire um repertório lúdico, com esquemas simbólicos de representações (faz de conta). Nesse ponto, a criança é capaz de trabalhar com dois objetos, um presente (no papel de significante) e outro ausente (o significado). O símbolo lúdico egocêntrico não se submete à socialização de ordem verbal. Com a aquisição da linguagem, a criança avança para outros esquemas simbólicos de imitação, combinações compensatórias (em que usa o jogo como uma catarse, compensando um medo ou fazendo algo que seria proibido), compensações liquidantes (quando compensa situações desagradáveis). Nessa fase, a criança começa a se preocupar com a ordem, com a verossimilhança das imitações e com os jogos coletivos. Os adultos mantêm o hábito de realizar jogos simbólicos ao contar histórias, por exemplo. O último estágio é o jogo de regra, no qual a regularidade é imposta de alguma forma pelo grupo. Da mesma forma que o jogo simbólico substitui os exercícios sensores e motores quando surge o pensamento, a regra substitui o símbolo quando certas relações sociais se constituem (PIAGET, Jean. *A formação do símbolo na criança*: imitação, jogo e sonho, imagem e representação. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1973. p. 140-183).

Sem os jogos de interações, os paradoxos da comunicação não seguiriam adiante e a vida seria um interminável intercâmbio de interpretações convencionais de um objeto, um jogo com regras rígidas, sem o alívio da mudança⁷⁹. A etimologia da palavra paradoxo vem do grego, *para-doxus*, “que vai contra a opinião”⁸⁰. Este jogo move mais do que nunca o Direito, o tornando não um sistema de normas rígidas, mas um sistema em permanente mutação.

1.2 O jogo no mundo do Direito: do ritual às ordálias e o espetáculo do julgamento

1.2.1 O jogo na perspectiva de ritual

O jogo se apresenta como atividade que foge em partes do domínio da moral. No jogo, não se visa ao bem, ao justo, à verdade. Seu sentido está mais para a ordem e para o domínio da estética⁸¹. Dentre as características do jogo levantadas por estudiosos⁸², destacam-se:

- a liberdade, no sentido de ser uma atividade voluntária, sem apelo aos aspectos filosóficos do determinismo. Conforme J. Huizinga: “os animais brincam porque gostam de brincar”. O jogo é a própria liberdade⁸³;
- domínio de uma realidade importante na práxis da vida;
- limitação de tempo e espaço, sendo um intervalo temporário na vida cotidiana. Isso não impede que o jogo seja repetido a qualquer momento, tornando-se uma tradição. A estrutura interna do jogo é replicável a qualquer instante. O local onde o jogo se desenvolve é um templo sagrado, isolado, à parte do mundo (estádio, arena, tabuleiro). A partida possui barreiras temporais, tudo ocorre em determinado tempo;

⁷⁹ BATESON, Gregory. *Pasos para una ecología de la mente*. Buenos Aires: Lohlé-Lumen, 1971. p. 135.

⁸⁰ KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 95.

⁸¹ A palavra é oriunda do grego, *aisthesis* e significa percepção, sensação, sensibilidade. O belo e a arte, *percepção, sensação, sensibilidade*. Na antiguidade, há uma separação entre o belo e a arte. A modernidade superou tal divisão. A arte e o belo ou coincidem ou estão mesclados. Em Platão, o belo consistia na manifestação evidente das ideias. Aristóteles afirma que a arte é a manifestação que imita as coisas sensíveis. Há três concepções presentes: arte como imitação, arte como criação e arte como expressão. Para Sêneca (65 a.C.), o “artista mantém o olhar voltado para um exemplar concebido por ele mesmo, esse exemplar na realidade está contido na mente divina, isto é, não é criado”. György Lukács considerou que a arte é “a expressão mais adequada e mais elevada da autoconsciência humana. A imitação não se distingue da criação” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2017. p. 364-374).

⁸² HUIZINGA, J. *Homo ludens: o jogo como elemento da cultura*. São Paulo: Perspectiva, 1971. p. 10.

⁸³ *Ibidem*.

- a ordem que ocorre no domínio do jogo é absoluta e suprema, e a ela se deve obediência. A ordenação criada penetra no jogo de forma natural, fascina a todos.

Apresenta-se como a mais evidente função do jogo a representação⁸⁴, como as representações sagradas dos povos antigos, que constituem realização simbólica, mística e bela. Trata-se de verdadeiros rituais, o culto como uma representação⁸⁵, como as festas celebradas por grupos que viviam na África. As representações sagradas relacionavam-se às mudanças de estações, à época das colheitas, à vida e à morte, um jogo que representava a ordem da natureza recriada.

Os povos originários da África perceberam primeiro os fenômenos dos reinos vegetal e animal, o que lhes permitiu a noção de tempo e espaço, em razão das estações e da observação do sol e da lua. As cerimônias sagradas representavam a ordem natural em uma espécie de recriação dos acontecimentos para que a ordem cósmica permanecesse preservada.

A partir do jogo litúrgico surgem a ordem da comunidade e as instituições políticas. Frobenius rejeita existir um instinto de jogo inato, pois para ele “o instinto é uma invenção, uma confissão de impotência perante o problema da realidade”⁸⁶. Para Bateson, instinto consiste em um princípio explicativo, que tudo explica⁸⁷.

A tentativa de buscar uma relação de causa e efeito nesse processo é vista como arbitrária; para Frobenius, trata-se apenas de uma experiência da vida que leva a uma espécie de arrebatamento, como a criança em um jogo infantil. Isso faz parte da capacidade criadora do homem, que representa sua emoção em um ato, cuja expressão artística é a melhor demonstração. O jogo é, nesse sentido, um acontecimento⁸⁸.

O importante para a aproximação entre o ritual da justiça e o jogo é a demonstração de que o culto, portanto um ritual, mantém muitas das características do jogo elencadas. As celebrações sagradas são como festas coletivas que interrompem o cotidiano, em um local e um tempo predeterminados.

No aspecto religioso, afirma-se que as religiões das sociedades originárias tomavam os rituais primitivos seriamente, mas sua representação se dava em uma espécie de faz de conta,

⁸⁴ HUIZINGA, J. *Homo ludens: o jogo como elemento da cultura*. São Paulo: Perspectiva, 1971. p. 10.

⁸⁵ FROBENIUS, Leo. *A gênese africana: contos, mitos e lendas da África*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 20.

⁸⁶ HUIZINGA, J. *Op. cit.*, p. 23 e 122.

⁸⁷ BATESON, Gregory. *Pasos para una ecología de la mente*. Buenos Aires: Lohlé-Lumen, 1971. p. 41.

⁸⁸ Em sentido contrário, Huizinga considera que o jogo não está atrelado à vida ou natureza, sendo apenas uma atividade lúdica.

com um autêntico *playing up to the role*⁸⁹. Daqui não se deduz automática e equivocadamente que as cerimônias religiosas equivalem a um jogo de enganação. O objetivo deste estudo não é entender e descrever as antigas religiões, mas apenas ressaltar sua expressão por meio da representação de forma ritualística, um universo em que reina o lúdico, que busca de certa forma a ordem. Ordem buscada pelo Direito em suas múltiplas apresentações, não é à toa que juristas incluem no conceito de Direito a ordem social (Santi Romano, por exemplo)⁹⁰.

1.2.1.1 Justiça e Direito

Em tempos longínquos, Justiça e Direito⁹¹ não estavam atrelados apenas aos valores advindos de um processo de racionalidade, mas ao valor da divindade, do sagrado e, por consequência, o ritual ganhava destaque. O rompimento da ideia de Justiça e Direito conectados a uma metafísica não racional ocorreu com os estoicos, quando se impôs a noção de um mundo ordenado pelo ser racional.

A cena ritualística conferida às audiências e aos julgamentos põe em evidência um espaço que permite aproximar o Direito e o jogo. O ritual se apresenta como um *dromenon*, que em sentido sagrado equivale a uma coisa feita ou refeita, simplesmente uma ação⁹². Da ação surgem o drama, um ato representado, um espetáculo, um jogo, uma competição⁹³.

O ato de julgamento inicia-se com a apregoação da audiência, testemunhas, partes, advogados, promotores e juízes, que se posicionam para mais uma apresentação. O ritual do julgamento começa e se fazem presentes os direitos, o processo, as togas, as becas, o ambiente arquitetônico das salas, a linguagem, o juiz, as partes, os colaboradores da Justiça e, muitas

⁸⁹ “Segundo Keényi, os índios Cora, da costa oriental do México, chamam a suas festas religiosas realizadas por ocasião da trituração e da torrefação do milho o jogo supremo. [...] No capítulo intitulado Primitive Credulity, de seu livro *The Threshold of Religion*, R. R. Marett expõe a ideia de que em todas as religiões primitivas encontra-se um certo elemento de faz de conta. [...] Para Platão, a religião é essencialmente constituída pelos jogos dedicados à divindade, os quais são para os homens a mais elevada das atividades possível” (HUIZINGA, J. *Homo ludens: o jogo como elemento da cultura*. São Paulo: Perspectiva, 1971. p. 27-31).

⁹⁰ ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 77.

⁹¹ De forma proposital, usam-se os termos Direito e Justiça sem o rigor necessário. É que o texto se refere a momentos ritualísticos e o início da ministração da justiça. Assim, justifica-se a utilização conjunta do termo “como fim ao ofício do direito a justiça”. A ideia é tradicional e vem da Antiguidade. Em *Digesto* se tem uma conexão entre as palavras *jus* e *justitia* (*est autem a justitia appellatum jus* – D.I.I.1 pr.). Ambas as palavras derivam da mesma raiz *jus*. No grego a palavra *To Dikaion* é utilizada. Em Aristóteles (Livro V, das *Éticas*) a palavra *aihxiosunê* se traduz como virtude de justiça, *dikaiois*, o homem justo, *to dikaion* o direito (VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*. Definições e fins do direito. Os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 53 e ss.).

⁹² HARRISON, Jane Erlen. *Themis. A Study of the Social Origins of Greek Religion*. New York: Cambridge, 2010. p. XV.

⁹³ HUIZINGA, J. *Op. cit.*, p. 18.

vezes, como expectadores, há uma plateia que assiste aos julgamentos, atualmente nas mais diversas localidades, por meio das mais variáveis tecnologias⁹⁴.

1.2.1.2 Ritual

O ritual é sempre um acontecimento no âmbito das atividades cotidianas. Os rituais são até hoje cenas que se inserem no cotidiano, mas ocorrem em uma espécie de “universo paralelo”. Mesmo nos atuais tempos modernos, experimenta-se certa inserção em um mundo à parte quando se vai à missa ou à reunião de uma sociedade secreta.

Assim ocorre nos jogos como cenas de ritual. Há uma interrupção do fluxo rotineiro para se envolver naquele mundo quase mágico. São exemplos típicos de construção de um espaço paralelo dentro do cotidiano acontecimentos como Olimpíadas e Copa. O ritual corta a cena comum com seus gestos típicos que levam a outra esfera.

1.2.1.3 O palco da Justiça

No julgamento, o primeiro gesto não é fazer justiça com um apelo racional, ético, intelectual e moral. Para que o julgamento se efetive é necessário um lugar, onde a justiça será proclamada e o Direito triunfará.

Até o século XII⁹⁵ não havia um espaço físico específico para tanto, a aplicação da justiça se realizava próximo às árvores. O magistrado sentava-se à sombra de uma delas, como se ali se estabelecesse a comunicação com o divino.

J. Carbonnier cita uma jurisprudência da antiga China intitulada “Os casos sob a pereira”, evidenciando o exposto. Há também passagens bíblicas que mencionam a realização da justiça sob a palmeira (Jz 15,4), o carvalho (Is 61,3) e uma tamargueira (1Sm 22,6). Ressalta-se que a origem da palavra árvore, *tree* em inglês, remete a trégua, *truce*, *treegwa*, refletindo assim um momento de purificação, de pacificação⁹⁶. A definição de um lugar para realização

⁹⁴ A Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) n. 215, de 16.12.2015, em seu artigo 22, determina que as sessões dos órgãos colegiados do Poder Judiciário são públicas, devendo ser, sempre que possível, transmitidas ao vivo pela internet. Ainda, o § 1º do referido artigo, ao conceder a possibilidade, por meio de decisão fundamentada, de os atos instrutórios do processo administrativo disciplinar serem realizados na presença tão somente das partes e de seus advogados, considera que a preservação do direito à intimidade não pode prejudicar o interesse público da informação. Com efeito, a regra é da transmissão ao vivo pela internet das sessões dos órgãos colegiados do Poder Judiciário.

⁹⁵ GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 26.

⁹⁶ CARBONNIER, Jean. *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris: LGDJ, 2001. p. 435.

da justiça: eis o primeiro ponto da aplicação daquilo que poderia se denominar Direito ou Justiça.

Nas sociedades de agricultores, existia um calendário próprio para os julgamentos. Os lugares eleitos para tanto eram próximos a árvores, que por vezes eram substituídas por penhascos ou pedras, onde se reunia um significativo número de pessoas que exerciam forte pressão sobre as partes, visando à concórdia entre elas e, por consequência, a concórdia geral⁹⁷.

Os palcos para a realização do ritual mudaram à medida que se alteraram o modo de vida, a linguagem, a cultura. Há registros da justiça realizada nos pórticos das catedras, em que o juiz se posicionava sentado em tímpano com a gravura de um Calvário ou do Juízo Final⁹⁸.

Com a construção dos edifícios da Justiça, os palcos onde se desenvolvem as audiências e as prolações de decisões passaram a ser marcados por uma arquitetura e um simbolismo que delimitam o espaço, definem os atores, os objetos e reforçam as regras do jogo.

Nos edifícios onde a Justiça se efetiva, mantêm-se sempre presentes algumas características do jogo como cerimônia. O espaço é fechado para o público, separado, impondo barreiras entre o divino e o profano. No interior do prédio, o espaço é dividido, cada personagem tem seu lugar demarcado.

⁹⁷ JACOB, Robert. *La gracia de los jueces*. La institución y lo sagrado en Occidente. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 73.

⁹⁸ “Tanto la doctrina como las representaciones visuales identifican con claridad el juez del último día con la segunda persona de la Trinidad. En la iconografía, el Juicio final es un tema de aparición relativamente tardía. Los primeros ejemplos conocidos no anteceden a los años 800 y los siglos IX a XI son una época de lenta génesis del tema, todavía poco frecuente. El auge figurativo del Juicio Final inicia a principios del siglo XII y se manifiesta sobre todo durante los tres últimos siglos de la Edad Media. Es el arte gótico que hace del Juicio Final un tema central, en particular en casi todas las portadas de las catedrales que se erigen en ese tiempo. [...] La evidencia visual de esta conformidad es la manifestación del ejercicio legítimo de la justicia en la tierra, pues se adecua al modelo divino del cual es la figura. Esta observación bien podría extenderse al dispositivo práctico que superpone la imagen del Juicio Final al lugar en donde el juez de carne y hueso cumple con su oficio. Podríamos entonces definirlo como un dispositivo de *legitimación condicional*, pues también obliga al juez a actuar bajo la mirada de Dios, le recuerda que tiene que respetar los mandamientos divinos y manifiesta esta regla fundamental del poder en la Edad Media según la cual no hay autoridad legítima en la tierra si no manda obedeciendo a una autoridad superior” (BASCHET, Jérôme. *Las representaciones del poder en las sociedades hispánicas*. Ciudad de México: El Colegio de México, 2012. p. 175-208).

“Tanto a doutrina quanto as representações visuais identificam claramente o juiz do último dia com a segunda pessoa da Trindade. Na iconografia, o Juízo Final é um assunto de aparência relativamente tardia. Os primeiros exemplos conhecidos não antecede aos 800 anos e os séculos IX a XI são um tempo de lenta gênese do assunto, pouco frequente. O auge figurativo do Juízo Final começa no início do século XII e se manifesta especialmente nos últimos três séculos da Idade Média. É a arte gótica que faz do Julgamento Final um tema central, particularmente em quase todas as capas das catedrais erguidas na época. [...] A evidência visual dessa conformidade é a manifestação do legítimo exercício da justiça na Terra, pois se adapta ao modelo divino de que é a figura. Essa observação poderia muito bem ser estendida ao dispositivo práctico que sobrepõe a imagem do Juízo Final ao local onde o juiz de carne e sangue cumpre seu ofício. Poderíamos então defini-lo como um dispositivo de legitimização condicional, porque também obriga o juiz a agir sob o olhar de Deus, lembra-o de que ele deve respeitar os mandamentos divinos e manifesta essa regra fundamental de poder na Idade Média, segundo a qual não há autoridade legítima na terra se não for obedecida a uma autoridade superior” (tradução livre).

O espaço onde ocorre o rito é separado no ambiente interno da sala da Justiça, marcando um mundo temporário, diferenciado do mundo comum. Os Tribunais possuem uma arquitetura própria, que separa os seus espaços do espaço cotidiano e habitual. A grandiosidade da construção separa o ambiente onde ocorre o julgamento do tempo comum.

O espaço fechado é nitidamente característico tanto dos Tribunais antigos, como o Tribunal de Águas de Valência, quanto das edificações atuais, como a Suprema Corte de Israel, construída em 1992. Em ambos os casos, as portas marcam a separação entre o mundo externo e o templo da Justiça⁹⁹.

De modo geral, as portas dos Tribunais nunca estão no nível da rua, mas são acessíveis por escadarias compostas de vários degraus. Há um percurso a seguir para que o indivíduo receba sua glória ou pena, num verdadeiro esforço e exercício em busca da justiça. No interior das salas dos tribunais, os magistrados situam-se em um ponto elevado. A proposta arquitetônica sugere hierarquia, um espaço intermediário até o reino dos Céus. Do ponto mais alto da sala, o magistrado distribui a justiça. As salas de audiências são locais divididos com claras barreiras para o público, espaços reservados para os advogados, partes, ministério público e juízes.

Antigamente, a separação dos espaços era feita por meio de *cancellae* ou barra, tanto que na França *barre* deu origem a *barreau*, local onde até hoje se agrupam os advogados¹⁰⁰. O isolamento e a separação do espaço judiciário remetem o ambiente ao sagrado, o lugar como um templo. A hierarquização que eleva a figura do magistrado, o que se reflete no próprio ambiente, coloca em questão a aproximação do homem com Deus.

Desde a revelação dos dez mandamentos no monte Sinai, a tábua vem sendo utilizada como símbolo. A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, retoma a imagem da tábua dos dez mandamentos¹⁰¹.

O jogo inicia-se no espaço sagrado da Justiça, o apelo ao sagrado suscita a separação do profano e do caos. O caos organiza-se a partir de estruturas, formas e normas. No tribunal, encarna-se a ordem e cria-se a ordem¹⁰².

O litígio poderia ser declarado como um *agôn* sagrado, como na Grécia antiga¹⁰³, ministrado pelos juízes em um *temenos*, local sagrado delimitado. Ao ministrar a justiça, os

⁹⁹ GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 18.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 38.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 41.

¹⁰² HUIZINGA, J. *Homo ludens*: o jogo como elemento da cultura. São Paulo: Perspectiva, 1971. p. 87.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 88.

juízes estão deslocados de sua vida comum, vestidos em togas¹⁰⁴ e, no caso dos ingleses, até 2007, quando foram abolidas¹⁰⁵, usando perucas, um apelo às máscaras¹⁰⁶ utilizadas em rituais antigos e para desempenhar um papel (*mimicry*).

O espaço reservado a um ritual da justiça presencial e segregado, em tempos atuais, em formato de hierarquia, vem se abrindo, dando lugar a um espetáculo público, transmitido a milhares de pessoas de forma simultânea, que interagem e manifestam opinião, mantendo-se ainda um *feedback* em tempo real aos participantes que, mesmo em uma comunicação virtual, podem saber, a partir da interação homem-máquina, como sua plateia reage, em um processo de construção contínua (interatividade).

A automatização e a massificação dos processos criam oportunidade para os julgamentos virtuais. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁰⁷ efetua julgamentos virtuais de recursos de agravo e embargos de declaração a critério do ministro relator. Em um ambiente virtual, no Ciberespaço, o relator insere a ementa, o voto e o relatório e os demais ministros têm prazo para manifestação virtual.

Em vez de declaração de voto em uma sessão presencial de julgamento, o ministro escolhe as alternativas a, b, c ou d (acompanho o relator, acompanho com ressalva de entendimento, divirjo do relator ou acompanho a divergência). Nenhuma solenidade para a proclamação do resultado: após debates secretos ou mesmo debates públicos. Da mesma forma,

¹⁰⁴ “*Cedant arma togae*. As togas envolvem o corpo do magistrado de maneira majestosa, mantendo a sua origem na aristocracia. No regime antigo, na França, os juízes vestiam uma toga vermelha, que representava o símbolo do poder público na Roma republicana. As togas eram usadas por membros dos tribunais soberanos e semelhantes ao manto dos reis. A toga preta significava a indiferença perante as cores da vida. A toga vermelha se põe por cima da toga preta. A origem do traje judiciário é a sagração. Os reis recebiam a toga em uma cerimônia que os integrava à hierarquia da Igreja Católica e eles prometiam defender a Igreja. O traje real e o religioso são os trajes do poder glorificado da autoridade e são de origem romana. Com a Revolução, os magistrados passam a usar apenas os trajes negros. A toga recorda o magistrado de seu dever institucional, ao mesmo tempo que é um escudo protetor para não haver o contato com o impuro. A violência pura é diferente da violência do crime e a toga separa ‘eles’ ‘daqueles’. A toga confere ao ‘parecer’ a vitória sobre o ‘ser’, marca a superioridade – temporária – da instituição sobre o homem. A toga traz à baila uma personagem. Ela contribui para a mistificação da justiça porque mascara os elementos da decisão, engrandecendo não a pessoa, mas a instituição” (GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 74-88).

¹⁰⁵ Reino Unido suspende uso de peruca branca em julgamentos civis. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u311502.shtml>. Acesso em: 12 jun. 2018.

¹⁰⁶ As máscaras são usadas em rituais sagrados e em celebrações antigas. Nos rituais antigos as máscaras transformam os que as usam em deuses, espíritos, animais antepassados, super-heróis que jogam por trás do oculto. As máscaras são usadas em grupos tribais para manutenção do poder político. Platão descreve no livro *Crítias*, 120 A e B, o julgamento mútuo de dez reis que, utilizando um manto azul-escuro, procediam o julgamento uns dos outros (PLATÃO. *Timeu-Crítias*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010. p. 245). Na sociedade Kumang da Nigéria, um ritual celebrado de sete em sete anos, realizado na floresta, onde a base era uma árvore sagrada, “Mãe de Kumang”, cuja madeira era utilizada para a produção das máscaras dos Kumang. Após o fim do ritual, proferia-se uma sentença sobre o destino do presidente da confraria. Caso ele deixasse a liderança, sua morte era imediata (CAILLOIS, Roger. *Os jogos e os homens*. A máscara e a vertigem. Lisboa: Cotovia, 1990. p. 220).

¹⁰⁷ STF. Resolução n. 587, 29 de julho de 2016, alterada pela Resolução n. 611, de 23 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO587-2016.PDF>. Acesso em: 23 jun. 2018.

o Superior Tribunal de Justiça (STJ) incluiu em seu regimento a possibilidade de julgamento virtual no caso de recursos de agravo e de embargos de declaração.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) ampliou as possibilidades do julgamento virtual, incluindo apelação, mandado de segurança, *habeas corpus*, conflito de competências e ações originárias¹⁰⁸. No caso do TJSP, as partes podem opor-se ao julgamento virtual.

Em breve futuro, todos os atos do processo poderão ser coletados de forma virtual por máquinas, os depoimentos das partes e das testemunhas poderão ser colhidos não apenas de forma presencial, mas virtual, como já acontecem nas videoconferências realizadas nos processos criminais. Outrossim, os debates e as sustentações orais podem ser coletados por ferramentas tecnológicas. O recurso visual se dará por meio de vídeos, fazendo com que a comunicação ocorra de maneira não presencial, mediada pela máquina. Apesar de drásticas, as mudanças não dispensarão a cena ritualística.

1.2.2 O espírito agonístico no Direito

À primeira vista, onde há um jogo, há competição, e, se há competição, haverá vencedores e vencidos. No entanto, tratando-se de um jogo, a competição pode ser apenas lúdica, de tal sorte que não necessariamente existirão vencedores e vencidos. Além disso, sendo um jogo, deve haver regras a que todos devam obedecer, apesar de poderem questioná-las, sob a perspectiva da liberdade.

Os animais não humanos jogam de forma lúdica como uma espécie de brincadeira. Ao jogar em uma comunicação de interação plena, entendem-se mutuamente, num outro nível de realidade independente da realidade normatizada pelo próprio instinto (comer, dormir, autodefesa etc.).

O humano joga em todas as fases de sua vida, na infância, na adolescência, na vida adulta e na velhice, em todas as sociedades dinâmicas ou de castas, independentemente do padrão social ou cultural. No processo de aprendizagem, diriam os educadores e os psicólogos,

¹⁰⁸ Artigos 184-A até 184-H do Regimento Interno do STJ, alterado pela Emenda Regimental n. 27, de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>. Acesso em: 23 jun. 2018. Resolução n. 772, de 2017, do TJSP. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/CanaisComunicacao/NormasSegundaInstancia/NormasTrabalho/Links/resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%20772-2017.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2018.

os jogos¹⁰⁹ são indispensáveis para o desenvolvimento infantil, constituindo o jogar e o brincar atividades importantes para o desenvolvimento psíquico-cognitivo, também sob uma perspectiva simbólica.

Por seu turno, para o Direito, o lúdico do jogo faz com que o triunfo dos argumentos apoiados na pura racionalidade afaste do campo jurídico as atividades cunhadas com emoções e sensações¹¹⁰, que extrapolam o rigor necessário, por exemplo, no simples ato de realizar um contrato, reina o mundo do racional e do cálculo.

O humano sempre praticou atividades agonísticas desde o início de sua existência, sendo essas atividades um produto extraído da cultura¹¹¹. O *potlatch*, por exemplo, é uma dessas formas de expressão das atividades agonísticas desenvolvidas pela cultura e expressas em festivais, rituais, enfim, em jogos.

O *potlatch* consiste em cerimônias e festas praticadas em tribos da América do Norte, como Kwakiutl e Tlingit (há costume idêntico na região da Melanésia). Reúne dois grupos da comunidade, duas fratrias, que ofertam bens em grande escala a fim de demonstrar superioridade.

Esse ritual domina a vida da comunidade, e qualquer acontecimento, casamento ou morte é motivo para sua realização. A cerimônia de casamento é iniciada sempre com um combate e ao final a mão da noiva é concedida ao vencedor.

Durante a cerimônia, os clãs apresentam músicas sagradas e exibem máscaras. A ação mais marcante é a distribuição de bens, promove-se uma grande circulação de posse e de bens na comunidade dentro do núcleo dos clãs. Quem recebe o bem faz um desafio em nome de sua honra e realiza, posteriormente, mais um *potlatch*. Sua não oferta pode levar a fratria à ruína, pois incita a anulação de direitos civis e religiosos do grupo.

Configuram motores do *potlatch* o espírito da competição e o triunfo do prazer de ganhar. O espírito de competição não está centrado na aquisição de bens ou sobrevivência, mas apenas a ideia de nobreza. A atividade é desenvolvida na mais ampla reciprocidade e respeito. O espírito de nobreza do combate compara-se ao dos cavaleiros que mantêm a honra e o respeito em qualquer circunstância.

¹⁰⁹ Pelo fato de algumas línguas utilizarem a palavra “jogo” como sinônimo de brincar, as distinções de tais atividades associadas à educação serão tratadas em outro tópico. No francês, o termo *jeux* muitas vezes quando usado isoladamente tem o significado de brincar, e não de jogo.

¹¹⁰ No século XXI, há uma virada paradigmática com relação ao convívio do Direito, das emoções e das sensações. A virada começa a surgir no final do século XX, quando estudiosos e até legislações levam em consideração situações que envolvem a emoção e as sensações.

¹¹¹ Não há como afirmar que o espírito de competição é inato ao homem. Pelo contrário, tudo indica que ele seja produto da cultura, conforme afirma MATURANA, Humberto. *Amor y juego*. Fundamentos olvidados del humano. Desde el patriarcado a la democracia. Chile: JC Saez, 2003. p. 120 e 137.

O espírito do *potlatch* é agonístico, remetendo ao sentido estrito do jogo, do lúdico. O ingrediente coletivo desenvolve-se como se houvesse uma espécie de *personalidade coletiva*¹¹². Esse sentido coletivo agonístico também guarda notável relação com alguns institutos jurídicos.

O *potlatch* organiza-se em torno de uma nítida interligação de vontades que não aparecem no seio da vontade individual abstrata¹¹³, não comparável com a ideia de contrato descrita pelas teorias clássicas. As fratrias são organizações sociais, e não institutos afetos a relações privadas; é a partir da estrutura e regras das fratrias que se forma o convívio coletivo. O *potlatch* conduz os acontecimentos mais importantes da comunidade, existindo verdadeiros vínculos e acordos entre essas organizações sociais denominadas fratrias, de onde resulta o regramento do convívio social.

Nessa relação grupal, realiza-se significativa distribuição de propriedades, modificando, dentro de um marco temporal, os *status* dos grupos e fundando novas relações. Existe clara reciprocidade entre as fratrias, que internamente possuem vínculos não familiares por parentesco, mas em torno de uma organização social ligada a cada clã. Os direitos consagrados para os membros das fratrias são concedidos em rituais, em que os membros dançam mascarados, adquirindo honras e emblemas.

As dívidas e os créditos são anunciados por meio de um arauto, espécie de mestre de cerimônia que publiciza e formaliza os acordos. No *potlatch* ocorre a formalização de empréstimos, quem o oferece adquire o empréstimo, iniciando as oferendas, e quem o recebe deve fazer ofertas em dobro.

Esse ritual, típico da organização social, não se assemelha a um contrato privado, mas equipara-se a um contrato com características de público e consuetudinário, em que se impõe o “testemunho de respeito”¹¹⁴, formalizando relações obrigatórias.

¹¹² HUIZINGA, J. *Homo ludens*: o jogo como elemento da cultura. São Paulo: Perspectiva, 1971. p. 70.

¹¹³ A origem do contrato está fundada mais nas relações das instituições sociais do que em vontades individuais. O contrato é uma instituição objetiva, sendo que pode ser chamada de “superstição” a vontade individual, produzida como onipotente na teoria individual clássica que produziu os códigos civis a partir do parâmetro do código napoleônico. Dificilmente se consiga presumir ou verificar a vontade efetiva dos interessados para fundar um direito, sendo no máximo vontades fictícias. É assim que se justifica o consentimento implícito, a vontade tácita. “Antigamente, não existiam obrigações, mesmo as mais obviamente derivadas da vontade do indivíduo, que não poderiam ser engendradas por uma força externa a ela [...] mesmo nos casos em que há vontade real e não apenas fictícia, não há como dizer que isso cria o direito.” Há uma teoria alemã que considera que o ato “é apenas um ato legal. Este ato, como tal, cria um estado de lei objetiva e imensurável para o propósito pessoal do indivíduo que o executa. A vontade não é mais que um simples fato que geralmente acompanha o nascimento de certos direitos, não é a causa. Esta causa é o fato da ‘declaração e’ da vontade que é apreciada em seu conteúdo objetivo normal e não mais de acordo com a pretensa intenção do declarante” (DAVY, Georges. *La foi jurée*: étude sociologique du problème du contrat: la formation du lien contractuel. New York: Arno Press, 1975. p. 30 e ss.).

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 173.

A agonística manifesta-se em outras culturas. Na Grécia antiga (αγωνιστής), a origem etimológica da palavra vem do ἄγών – *agôn* – e refere-se às competições e jogos gregos que faziam parte da comunidade e vida grega. Dos concursos de poemas aos jogos atléticos, debates políticos e jogos de retóricas na ágora, todas as competições e jogos realizavam-se sob a forma de festivais. Até o litúgio era apresentado como algo sagrado, sendo submetido a regras fixas e a um árbitro.

O aspecto agonístico na Grécia relaciona-se ao processo que marca um cenário de regras fixas, com tempo e lugar definidos, guardando, até hoje, o espírito de uma competição. As formas pacíficas de resolução de conflitos envolviam formulações de um tabuleiro, e cada parte agia na expectativa de minimizar os riscos do resultado judicial, a partir de suas próprias jogadas.

1.2.3 O jogo de dados no Direito

Alea é uma palavra originada no latim e designa jogo de dados. O destino do jogo fica lançado à sorte. Elemento do jogo¹¹⁵, a *alea* busca a justiça não pelo mérito do jogador inspirado em seu *agôn*, mas, por predestinação, a decisão é entregue ao juízo divino, ao oráculo.

O racionalismo jurídico exacerbado muitas vezes encobre outros aspectos da decisão judicial, como a sensação de estar diante de uma loteria¹¹⁶, ao aguardar a prolação da sentença.

¹¹⁵ CAILLOIS, Roger. *Os jogos e os homens*. A máscara e a vertigem. Lisboa: Cotovia, 1990. p. 85.

¹¹⁶ “Are judicial rulings based solely on laws and facts? Legal formalism holds that judges apply legal reasons to the facts of a case in a rational, mechanical, and deliberative manner. In contrast, legal realists argue that the rational application of legal reasons does not sufficiently explain the decisions of judges and that psychological, political, and social factors influence judicial rulings. We test the common caricature of realism that justice is ‘what the judge ate for breakfast’ in sequential parole decisions made by experienced judges. We record the judges’ two daily food breaks, which result in segmenting the deliberations of the day into three distinct ‘decision sessions’. We find that the percentage of favourable rulings drops gradually from to nearly zero within each decision session and returns abruptly to after a break. Our findings suggest that judicial rulings can be swayed by extraneous variables that should have no bearing on legal decisions” (DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. *Extraneous factors in judicial decisions*. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, v. 108, p. 6889-6892, 2011).

“As decisões judiciais são baseadas apenas em leis e fatos? O formalismo legal sustenta que os juízes aplicam as leis aos fatos de um determinado caso de maneira racional, mecânica e deliberativa. Em contraste, os realistas argumentam que a aplicação racional da lei não explica suficientemente as decisões judiciais e que fatores psicológicos, políticos e sociais influenciam as decisões. Testamos a caricatura comum do realismo de que a justiça é ‘o que o juiz comeu no café da manhã’ em decisões sequenciais de liberdade condicional feitas por juízes experimentados. Registramos as duas pausas diárias dos juízes, que resultam na segmentação das deliberações do dia, em três ‘sessões decisórias’ distintas. Descobrimos que a porcentagem de decisões favoráveis cai gradativamente a quase zero em cada sessão e que as decisões favoráveis retornam abruptamente para depois de uma pausa. Nossas descobertas sugerem que as decisões judiciais podem ser influenciadas por variáveis externas que não deveriam influir nas decisões judiciais” (tradução livre).

Nas sociedades mais antigas, o destino, a sorte, o oráculo e a vontade divina faziam parte dos julgamentos.

Na obra clássica *Ilíada*, Zeus utiliza-se de uma balança com dois pratos de ouro para fazer a pesagem e revelar o destino dos troianos e dos aqueus. A pesagem da balança revela a decisão final e conduz à justiça.

O escudo de Aquiles tem a figura de juízes sentados em um círculo sagrado, cujo centro possui dois talentos de ouro, conforme o texto relata. Os dois talentos de ouro podem ser, na verdade, uma balança, pois *talanta* originalmente significa “balança”, indicando que a justiça deveria ser realizada em um jogo do destino¹¹⁷.

A ideia de arremessar como um jogo de dados aparece na língua hebraica a partir da associação entre as palavras *urim* e *torah* (lei, direito, justiça), que possuem as mesmas raízes¹¹⁸. *Urim* também era utilizada para descobrir, como se fosse uma revelação da vontade de Javé (Ex 28,30)¹¹⁹.

Durante séculos, a ordália foi utilizada como forma de julgamento, sendo ela o próprio julgamento, e não um procedimento de prova; como último ato, equivale à decisão. Identificada como modo de solução de conflitos na Europa, Ásia e África, a prática da ordália não foi conhecida por todos os povos mais antigos, sendo mais aplicada nas sociedades agrícolas¹²⁰ e desconhecida das sociedades baseadas em caça¹²¹.

A palavra “ordália” é originária das línguas germânicas (*ordal*) e significa originalmente “o ato de desempatar”. Do alemão moderno, *urteil* (juízo)¹²², igualmente remete ao mundo do julgamento como um destino. O alemão preserva o termo *gottesurteil* para designar o juízo de Deus.

Em inglês, verifica-se a palavra *ordeal*, mas durante os séculos XVII e XVIII foram redescobertas as traduções latinas do direito anglo-saxônico e o termo foi encontrado latinizado, *ordalium*, *ordela*, traduzido como “provas”, quando, de fato, corresponde a julgamento.

Nas sociedades agrícolas, o procedimento de julgamento observava um calendário e um local, existindo ainda tempo específico para litigar, dado que o tempo consiste em importante

¹¹⁷ HUIZINGA, J. *Homo ludens*: o jogo como elemento da cultura. São Paulo: Perspectiva, 1971. p. 91.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 92.

¹¹⁹ “Também porás no peitoral do juízo *Urim* e *Tumim*, para que estejam sobre o coração de Arão, quando entrar diante do Senhor: assim Arão levará o juízo dos filhos de Israel sobre o seu coração diante do Senhor continuamente” (*Bíblia*, Êxodo 28,30).

¹²⁰ JACOB, Robert. *La gracia de los jueces*. La institución y lo sagrado en Occidente. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 50.

¹²¹ Os caçadores não estocavam alimentos ou bens, caçavam apenas para o consumo rápido. Sua forma de relação com os deuses não possuía a oração como fim de garantir a posse, nem o sacrifício e o juramento.

¹²² Em alemão, *urteil* significa “julgamento” e *gottesurteil*, “juízo de Deus”.

aliado para conter a animosidade entre as partes, bem como para motivar a desistência de uma das partes, enfim, para restaurar a paz.

O rito processual previa formalidades como abertura, postura corporal e tempo de intervenções. As partes, de comum acordo, devem optar pelo procedimento, desde os debates, o acordo, a desistência ou a submissão à ordália. A resolução dos conflitos deveria contar com a concórdia final para garantir a paz. Por trás de cada decisão observa-se uma estratégia de jogo, além da pressão e do apoio dos espectadores. Os processos eram acompanhados por uma multidão, que exercia pressão sobre as partes para a reconciliação.

O tribunal é montado para que as tensões ocorram e com elas se evoluam, como um *procedere*, ir adiante. Assim, quanto mais tensão, melhor o desenvolvimento do processo. No tribunal, há três grupos: as partes, os partidários de cada parte e os organizadores. Os organizadores – os sábios, os antigos chefes ou os especialistas no procedimento – têm grande influência sobre o desfecho do procedimento, que é conduzido por eles.

A opinião pública exerce papel notório. No momento da ordália, a pressão aumenta, o público também, e vários curiosos se aproximam. Trata-se de uma justiça do espetáculo, repleta de emoções, silêncios e explosões de aplausos quando um favorito triunfa. Com as ordálias de alto risco (fogo, água e veneno), o incerto permanece em evidência constante e a igualdade de armas e oportunidades ressalta as influências do divino e do destino.

Na antiguidade, a vitória representava a verdade revelada pelo divino. O intuito de jogar era obter o julgamento divino e ganhar. O divino dirige os dados jogados e o julgamento depende do destino entregue aos deuses.

A fácil associação do Direito com o jogo a partir do ritual, *agôn e alea*, apesar de ser a primeira que se produz à mente, não é necessariamente a única. O jogo é composto por um sistema de regras mutáveis, no sentido de regras universais que independem dos jogadores, mas que são construídas e modificadas pela experiência prática. Trocam-se os jogadores, mas as regras do xadrez continuam válidas e devem ser obedecidas; altera-se uma técnica aqui e outra lá, mas as regras do jogo devem ser observadas para que não se viole o sistema.

Apesar de a relação se vincular a termos teóricos e mais abstratos, como à noção de sistema, não se pode deixar de considerar que a coerência do sistema não necessariamente vem *a priori*, podendo surgir de regulações permanentes, mas *a posteriori*.

Essa relação que se propõe mira o futuro, entretanto nenhuma proposta pode realisticamente passar pela análise presente e apresentar algo útil para o futuro, sem um apelo ao passado, essa força que nos retoma à origem e nos impulsiona para o futuro¹²³.

A força que o jogo tem na construção da cultura remete-nos à reconstrução de seu significado para a fundamentação cultural do Direito, o que impulsiona o seu papel no futuro para essa produção inacabada, que é o Direito.

1.3 As regras do jogo no Direito

Uma segunda aproximação entre Direito e jogo pode ser estabelecida a partir de um critério analógico pautado pelo apelo à regra. Antes de aprofundarmos o tema, alguns problemas devem ser enfrentados. Na Teoria Geral do Direito, nota-se discordância conceitual com relação aos termos “regra”, “norma”, “mandato”, “prescrição” e “preceito”, o que dificulta a utilização do vocábulo “regra”.

Embora vários autores justifiquem a substituição terminológica de “regra” por “norma”, optamos inicialmente pelo termo “regra”, porque na linguagem comum não é usual utilizar o vocábulo “norma” para as proposições linguísticas que estabelecem as condutas praticadas no jogo. A palavra “regra” foi preferida por Wittgenstein ao desenhar sua proposta de jogos linguísticos.

Ademais, pretende-se demonstrar que ambos os sistemas de regras, tanto no Direito quanto no jogo, constituem sistemas de comunicação interativos e dinâmicos que podem ser comparados. O termo utilizado funciona mais como um dispositivo metafórico do que como uma nomenclatura que pretenda explicar o que é o Direito ou sua funcionalidade.

A simplicidade da explicação sobre o uso terminológico não busca afastar a dificuldade da temática e suas implicações. Afinal, esse tema é tão antigo quanto a análise do Direito.

1.3.1 Normas e regra

O fato de se utilizar a nomenclatura “regra” para melhor aproximação ao jogo não minimiza a importância de diversas teorias da norma que explicam o fenômeno jurídico.

¹²³ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1997. p. 14.

A palavra “norma” tem origem em radical latino, que por sua vez derivou da palavra grega *gnomon*. No latim, a palavra foi usada para indicar uma regra ou um padrão ou um modelo autoritativo. Em seu sentido original correspondia a “quadrado do carpinteiro”.

O “quadrado do carpinteiro” fornecia uma regra-padrão para o carpinteiro reproduzir regularmente cantos e bordas retas, formando ângulos retos. Até o fim do uso corriqueiro do latim, o termo “norma” se referia a “acordo com a regra”.

A noção do “quadrado do carpinteiro” decorreu da palavra grega *gnomon*¹²⁴. Em grego, *gnomon* era atribuído a outros sentidos como “intérprete” e “discernidor”. *Gnomon* originou-se da palavra grega *gignoskeim*, que significava “conhecer”¹²⁵.

A palavra “regra” vem do latim (*regula*, *relha*)¹²⁶ e refere-se à “prescrição”, que pode ter caráter convencional, lógico, empírico, científico, tecnológico ou moral. As regras convencionais podem ser modificadas a critério das partes envolvidas. As regras *lógicas controlam a validade das proposições*¹²⁷. As regras empíricas são tiradas de um conjunto de tentativas consideradas bem-sucedidas, podendo ser alteradas em decorrência de experimentos científicos. As regras científicas e tecnológicas são baseadas no que se denomina de leis naturais ou leis sociais. As regras morais equivalem a normas de conduta¹²⁸.

Windelband (1848-1915) conceitua Filosofia como “a ciência geral de normas”. A pergunta “o que é norma?” desafiou Windelband, que então situou a norma como uma regra ou procedimento utilizado para orientar uma investigação, encaixando-se em três categorias distintas: científica, ética e estética, cada qual relacionada a uma das três partes da Filosofia. Assim, regra e norma são essencialmente sinônimas¹²⁹.

A Filosofia estaria preocupada com a justificação do conhecimento, e não com suas origens, crenças ou causas. Por conseguinte, Windelband atribuiu à Filosofia o valor do

¹²⁴ γνῶσις em v. med.-pas. darse a conocer, hacerse conocido. *Diccionario Griego-Español (DGE)*. Disponível em: <http://dge.cchs.csic.es/his>. Acesso em: 14 fev. 2019.

¹²⁵ STAFF, Merriam-Webster. *The Merriam-Webster New Book of Word Histories*, 1991. p. 321.

¹²⁶ NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1955. p. 438.

¹²⁷ As leis lógicas servem para controlar a validade dos razoamentos, sendo modelos de razoamentos válidos a partir das quais se inferem ou deduzem outras formas. Constituem fórmulas proposicionais quando nelas se substituem as variáveis por constantes de tipo a que se referem, o resultado será sempre uma proposição logicamente verdadeira. “Esta inferência é o modo de comparar uma fórmula com outras [...], é dizer, um procedimento intelectual em que as leis devem ser usadas de certa maneira. Este manual para o uso das leis está composto por regras de inferência” (GUIBOURG, Ricardo; ECHAVE, Delia; URQUIJO, Maria Eugenia. *Lógica, proposição e norma*. Buenos Aires: Astrea, 1988. p. 99). Regras convencionais de formação ou sintáticas convencionais são as que regem a estrutura simbólica das fórmulas, permitindo excluir da linguagem simbólica as expressões que não se ajustam a elas (*Ibidem*, p. 44).

¹²⁸ BUNGE, Mario. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Perspectiva, 2002. p. 326.

¹²⁹ FREDERICK, Beiser. *The Genesis of Neo-Kantianism*. 1796-1880. Princeton: Oxford, 2014. p. 504.

neokantismo¹³⁰. Com o neocriticismo/neokantismo alemão, estabeleceram-se a separação e o dualismo entre o domínio empírico do fato e o domínio racional do dever-ser (da necessidade ideal): a validade não está no fato, mas no dever que ela exprime (Herbart)¹³¹.

Nesse sentido Kelsen baseia sua Teoria do Direito: “a norma é a expressão da ideia de que algo deve acontecer, em especial de que um indivíduo deve comportar-se de determinada maneira. A norma nada diz sobre o comportamento efetivo do indivíduo em questão”¹³².

Disso não deriva nenhum juízo moral, o dever-ser consiste apenas em uma categoria, uma forma que vai conferir significação jurídica aos fatos¹³³. As normas jurídicas diferem das demais normas por seu caráter coativo. “O direito é uma norma coativa¹³⁴, a consequência atribuída pelo preceito jurídico a uma determinada condição é o ato de coação estatal.” A antijuridicidade é o comportamento que o preceito jurídico estabelece como condição do ato de coação, o direito não é violado por ela, mas desempenha sua função a partir dela.

O ordenamento jurídico constitui uma soma de normas e a proposição jurídica, que enuncia que sob as condições da conduta contrária deve acontecer um ato coercitivo, como consequência é a norma em sua forma primária. A norma que determina a conduta e previne a coação é a norma primária. Para afastar o dualismo entre direito objetivo e subjetivo, Kelsen define o direito subjetivo como um dever jurídico, pois toda proposição jurídica estabelece um dever jurídico, podendo determinar também uma autorização, que é uma técnica que coloca à disposição o direito. O direito subjetivo é o próprio direito objetivo.

A princípio, afirma-se que o Direito não pode ser reduzido às regras¹³⁵; da mesma forma, a redução do fenômeno jogo às regras é insuficiente para uma análise completa. Entretanto, uma das formas de aproximação do Direito e do jogo é pela regra.

1.3.2 As regras do Direito

Ao delimitar o campo de abrangência da análise dos fenômenos Direito e jogo, optou-se, neste momento, por um enfoque analítico. Seguindo os passos de Gregorio Robles¹³⁶,

¹³⁰ FREDERICK, Beiser. *The Genesis of Neo-Kantianism*. 1796-1880. Princeton: Oxford, 2014. p. 44.

¹³¹ *Ibidem*, p. 125.

¹³² ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2017. p. 711.

¹³³ “Norma é o sentido de um ato através do qual a conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 5).

¹³⁴ *Ibidem*, p. 37 e ss.

¹³⁵ SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juegos*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 68.

¹³⁶ ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos*. Ensaio sobre a teoria analítica do direito. São Paulo: Noeses, 2011. p. 69.

utiliza-se aqui a palavra “regra” no sentido de proposição linguística necessária para a existência de um determinado jogo ou mesmo do Direito. As regras mantêm a função de permitir a convivência¹³⁷ durante a partida do jogo ou em sociedade. Nesse sentido, dirigem, de certa forma, a conduta humana¹³⁸.

As peças do xadrez no tabuleiro sem as regras que definam o papel de cada qual, o espaço onde o jogo acontece e as possibilidades de jogadas não compõem um jogo de xadrez, mas equivalem apenas a um amontoado de peças que podem ter inclusive outra função ou sentido diverso do jogo, porém não poderão jamais, por si sós, ser consideradas um jogo de xadrez¹³⁹.

E assim ocorre com outros jogos, por exemplo, quando os humanos cumprem o papel de peças, como no futebol. Sem as regras que definem o papel dos jogadores, o espaço e o tempo do jogo e as regras que desenham os lances e as jogadas possíveis, os procedimentos, bem como os critérios que definem o resultado, o grupo de jogadores é apenas um grupo de pessoas, e não um jogo de futebol.

As proposições não são um enumerado de palavras aleatórias, mas formam, em razão de certas regras gramaticais e de lógica, enunciados com significados. No Direito, as proposições linguísticas passam a ter uma característica fundamental, e elas indicam o modelo de compreensão do Direito.

As regras que formam o jogo têm caráter convencional, embora o homem possua uma potencialidade inata de apelo à regra. Por meio de uma liberdade criadora, o humano estabelece regras convencionadas, criando jogos. Antes das regras convencionadas, jogos como xadrez e futebol simplesmente não existiam.

Outrossim, o Direito, como cultura, possui um caráter convencional, surgindo da criação humana. O Direito não tem origem na natureza das coisas, e sim na socialidade humana. A característica humana de apelo à regra conduz ao estabelecimento de regras convencionais que criam sistemas dinâmicos que permitem a convivência. O Direito insere-se nesses sistemas e tem seu ato de criação em uma convenção.

Em uma primeira etapa, há a consumação da convenção, que faz parte de um processo dinâmico e repleto de controvérsia na literatura jurídica. Em um segundo momento, há um

¹³⁷ TELLES JR., Goffredo. *A criação do direito*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 441 e ss.

¹³⁸ O autor separa duas classes de regras, aquelas necessárias (regras que definem lugar, tempo, sujeitos, competências, procedimentos) e as deônticas (normas que exigem um comportamento devido), que ele denomina como normas (ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos*. Ensaio sobre a teoria analítica do direito. São Paulo: Noeses, 2011. p. 21).

¹³⁹ *Ibidem*.

âmbito estático, algo já posto¹⁴⁰. Assim, como no Direito, o jogo é criado a partir de uma convenção e pode ocorrer de várias maneiras.

Pode ser que um homem idealize as estruturas e os elementos de um jogo, escrevendo todas as suas regras, ou um grupo de homens se reúna e elabore as regras de um jogo, após um processo de discussão. As regras do jogo também podem surgir à medida que se joga o jogo, na prática. As primeiras duas formas lembram uma Constituição outorgada ou uma Assembleia Constituinte. A última forma está mais próxima do Direito consuetudinário. A convenção está absolutamente separada do processo que lhe deu origem e, no final, comporta puras proposições linguísticas que independem da facticidade.

É possível, desse modo, definir um jogo que deixou de ser jogado e com o tempo caiu no esquecimento, bem como um sistema jurídico que não existe mais, como é o caso do Direito Romano. É na convenção que se constitui a estrutura formal do jogo e do Direito, mantendo-se os elementos necessários para suas composições. A complexidade do Direito mantém a sua autoprodução permanente, de maneira que as decisões são capazes de criar regras de modo permanente. O dinamismo do Direito é constante, em grande parte, em razão das decisões que lhe são imanentes.

As decisões do Poder Judiciário constituem exemplo de decisões intrínsecas do Direito que criam regras, como as chamadas normas individuais, assim denominadas por Kelsen¹⁴¹. Nos jogos, as decisões são praticamente meras aplicações, enquanto no Direito a decisão pode ser criadora. O jogo surge por meio de uma convenção, consubstanciando um sistema de regras¹⁴² que, de alguma maneira, delimita e regula a convivência e a ação em certo momento e lugar.

Há regras necessárias para que o jogo passe a existir, hábeis a estabelecer alguns elementos imprescindíveis para tanto, estando essas regras entrelaçadas para formar o próprio sistema. Os significados das regras somente são possíveis em suas relações recíprocas. Tanto as regras do jogo como as regras do Direito são orientadas para o comportamento e para a ação do indivíduo¹⁴³.

¹⁴⁰ ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos*. Ensaio sobre a teoria analítica do direito. São Paulo: Noeses, 2011. p. 25.

¹⁴¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 13.

¹⁴² Gregorio Robles utiliza a expressão regras para designar dois tipos de regras, as que se dirigem diretamente à ação, que exigem um comportamento com caráter necessário (ter que) ou caráter devido (dever) e regras que regulam indiretamente a ação, que não exigem um comportamento, mas que estabelecem elementos necessários para a existência do ente convencional (ROBLES, Gregorio. *Op. cit.*, p. 87).

¹⁴³ *Ibidem*, p. 91.

Em ambos os fenômenos, haverá regras que regulam os elementos essenciais necessários para a sua prática. As regras não descrevem ações¹⁴⁴ e condutas, são anteriores aos fatos, prevendo-os. Assim, se não há tipos penais, não existem fatos delituosos. Se não há a regra que cria o pênalti no futebol, simplesmente a falta não existe como penalidade máxima. As regras tampouco explicam as causas que levam a uma ação¹⁴⁵ ou conduta¹⁴⁶, porque a facticidade é posterior ao esquema da regra, e sem a regra o fato carece de significado naquele âmbito. O gol no futebol não tem significado de gol sem uma regra prévia¹⁴⁷ que assim o estabeleça.

De modo geral, comparando-se o número de regras existentes nos jogos e no Direito, as regras do jogo são bem escassas, pois sempre orientam um jogo em certo tempo e espaço. A convivência humana, nesse caso, limita-se a um espaço de tempo em determinado local, configura certo intervalo da vida, enquanto o Direito é o que permite a própria convivência social.

Tanto no jogo como no Direito existem algumas regras comuns que significam as ações ocorridas. Passamos a discorrer sobre tais regras¹⁴⁸.

1.3.2.1 Regras criadoras

As regras que determinam uma criação como proposições têm caráter vetorial, como o início dos acontecimentos bíblicos: “Haja luz”¹⁴⁹. Assim, o jogo de xadrez é criado e seu espaço é um tabuleiro de 64 casas. O elemento necessário ao jogo é, portanto, o tabuleiro de 64 casas. Sem o tabuleiro, não há a possibilidade do jogo de xadrez.

¹⁴⁴ ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos*. Ensaio sobre a teoria analítica do direito. São Paulo: Noeses, 2011.

¹⁴⁵ “A ação não é senão o procedimento [...] o procedimento para realização da ação é a própria ação. [...] O procedimento é algo prévio à ação, e esta o resultado do procedimento. [...] uma ação é a utilização de um procedimento e não a consecução do resultado. O que ocorre é que normalmente a ação produz um resultado. A ação se realiza a si mesmo no agir, na realização do ato ou conjunto de atos em que consiste. A ação é um ato ou conjunto de atos considerados unitariamente. [...] A ação é um conjunto de atos dotados de significados (*Ibidem*).

¹⁴⁶ “Toda resposta do organismo vivo a um estímulo que seja objetivamente observável, ainda que não tenha caráter de uniformidade no sentido de que varia ou pode variar diante de determinada situação. Por essa falta de uniformidade, diferencia-se do *comportamento* e o uso desse termo é útil porque, de outro modo, não se distinguiria do comportamento” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2017. p. 173).

¹⁴⁷ ROBLES, Gregorio. *Op. cit.*, p. 103.

¹⁴⁸ Gregorio Robles cita como regras que fazem com que o jogo e o direito existam como âmbitos ônticos práticos as regras ônticas, que são aquelas que “assinalam ou indicam, por meio da linguagem, os elementos necessários da convenção e que não afetam diretamente a ação”. O verbo modal é ser, no sentido de criar. “Esta não é nem verdadeira nem falsa, não é suscetível de confronto com uma realidade prévia, porque é precisamente a regra que cria a realidade.” As regras ônticas criam um âmbito ôntico prático, isto é, um ente, uma realidade convencional. As regras técnicas convencionais, que são regras processuais ou procedimentais, são as regras necessárias para a realização do procedimento e as regras deônticas (*Ibidem*, p. 101).

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 115.

A regra que cria não pressupõe uma realidade prévia, pois ela cria essa realidade, nomeando-a. Um exemplo é o contrato de compra e venda, presente em vários códigos¹⁵⁰ civis, cujos diversos dispositivos legais criam o contrato de compra e venda em suas respectivas circunscrições. Além de criar, a lei pode nomear o instituto.

Em razão da longevidade do instituto, é possível confundi-lo com a própria facticidade, pois negócios dessa natureza sempre existiram; logicamente, a regra cria em função de uma demanda ou realidade física.

Na maioria das vezes, a regra cria com base em certa realidade física, e a regra que estabelece a forma ou a dimensão de um campo de futebol supõe a existência física do campo¹⁵¹. A regra que define a internet no Brasil (Lei n. 12.964/2013)¹⁵² por certo supõe a existência do espaço virtual, mas a internet no âmbito do Direito aparece por meio de uma regra de caráter convencional.

1.3.2.2 Regras de caráter procedimental

As regras de caráter procedimental¹⁵³ estabelecem os requisitos necessários para realizar um procedimento. Qualquer ação em um jogo só pode ser realizável via um procedimento, e no Direito uma ação ou conduta somente é qualificada como jurídica, se há requisitos¹⁵⁴.

Os requisitos são determinados por regras. Essas regras buscam um resultado para a convenção preestabelecida. Trata-se de uma necessidade de caráter convencional. Essa regra está diretamente implicada no procedimento, dirigindo especificamente a ação e a conduta. A

¹⁵⁰ Código Civil espanhol, artigo 1.445. “Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.”

“Pelo contrato de compra e venda um dos contratantes se obriga a entregar uma coisa determinada e o outro a pagar por ela um preço certo, em dinheiro ou algo que o represente” (tradução livre).

Código Civil brasileiro, artigo 481. “Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.”

Código Civil francês, artigo 1.582. “La vente est une convention par laquelle l’un s’oblige à livrer une chose, et l’autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé.”

“A venda é um contrato pelo qual uma parte se obriga a entregar uma coisa, e a outra parte a pagar. Pode ser realizada por documento público ou privado” (tradução livre).

¹⁵¹ ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos*. Ensaio sobre a teoria analítica do direito. São Paulo: Noeses, 2011. p. 134.

¹⁵² “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: I – internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes; [...]”

¹⁵³ Gregorio Robles define tais regras como regras técnico-convencionais, fazendo uma distinção das regras – das leis científico-naturais de caráter causal e de caráter descritivo – que enunciam como ocorrem os fenômenos na realidade natural, ao mesmo tempo que supõem a existência de um laço inevitável (causal) entre a causa e o efeito. Também distingue tais regras das regras técnico-lógicas, que expressam a necessidade lógica – as proposições linguísticas de um raciocínio correto (ROBLES, Gregorio. *Op. cit.*, p. 137-146).

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 147.

regra cria, de certa forma, algo que é dinâmico (e não estático), pois essa criação dá condições ao processo.

No xadrez, por exemplo, primeiro a regra criadora nomeia e cria o tabuleiro e estabelece que o tempo de duração do jogo vai até o xeque-mate. Sem esses elementos, o jogo não existe. Depois são elaboradas as regras que determinam como o jogador deve se mover. A forma do movimento do cavalo sempre em L, a torre em linha reta, o bispo na diagonal, o peão avança em linha reta por meio das casas apenas para a frente, havendo, assim, um procedimento ajustado por regras para determinada finalidade¹⁵⁵.

O jogador é livre, em certo sentido, para criar uma jogada, mas não pode mover as peças a seu bel-prazer, porque isso não tem sentido algum para o jogo de xadrez e encerra o jogo rapidamente.

Tais regras prescrevem um rito a seguir para a obtenção de um resultado. Sem cumprir os requisitos, não há resultado; ações fora do rito podem ocorrer, mas configuram um conjunto sem resultado, porque não comportam significado.

É o caso de um ato processual sem fórmula, sem cumprimento de requisitos, compondo movimentos sem sentido jurídico algum e que, portanto, não alcançam resultados jurídicos.

1.3.2.3 Regras deônticas¹⁵⁶

Trata-se de regras que atingem diretamente a conduta do jogador, determinando de forma explícita seus deveres. A regra deôntica alcança exatamente a ação e estabelece um dever, que não comporta sentido moral¹⁵⁷, limita-se àquilo que a regra impõe, sendo natural que uma mesma determinação apareça no campo da Moral e do Direito.

Assim, o dever seria a própria norma, e não aquilo que ela estabelece. “A norma estabelece é o conteúdo de um dever. O conteúdo da norma e o conteúdo do dever, que é a ação ou a omissão, se identificam, precisamente porque norma e dever são as mesmas coisas”¹⁵⁸.

¹⁵⁵ ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos*. Ensaio sobre a teoria analítica do direito. São Paulo: Noeses, 2011. p. 149.

¹⁵⁶ Gregorio Robles faz uma distinção clara em regras que criam o ser, as regras técnicas em que o verbo é ter (o jogador tem que) e as regras deônticas, normas. O autor faz uma divisão: enquanto a ação, portanto o procedimento, é regido por regras técnicas, a conduta é regida por normas. Para o autor, apenas as normas podem ser infringidas (*Ibidem*, p. 126).

¹⁵⁷ Os âmbitos ônticos práticos, em que estão o Direito e os jogos, necessitam, para existirem, de órgãos, competências. A existência do Direito pressupõe elementos necessários, como procedimentos. Já a moral, no âmbito prático, não necessita de elementos ônticos, dirige-se diretamente à ação humana. Todas as regras morais são regras diretas (*Ibidem*, p. 171).

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 167.

Exemplificando a assertiva, considere-se uma norma N, que determina que se diga a verdade, e um dever D, que tem o mesmo conteúdo. A expressão linguística de N seria “deve-se dizer a verdade”, idêntica à de D: “deve-se dizer a verdade”. Dificilmente a formulação do dever terá forma diferente da expressão da norma¹⁵⁹.

Como o dever não é nenhuma essência metafísica existente antes da formulação da norma, não poderia ter caráter autônomo. O dever só existe porque há uma norma (regra deôntica); uma vez suprimida a norma, o dever desaparece.

A regra que determina a proibição de uso das mãos dentro do campo de futebol, exceto para cobrança de lateral, é regra de caráter deôntico. Tanto no Direito quanto no jogo, as regras deônticas se fazem necessárias. No Direito, sua importância é muito maior, porque o Direito necessita ajustar condutas para permitir a convivência.

1.3.3 As regras e regras de Direito

Em um enfoque pragmático, é possível partir de uma regra social postulada ou de uma regra de conduta que se impõe a todos e que, assim, se constitui como uma regra de Direito¹⁶⁰. A discussão não está inserida em saber se o Direito é composto por fatos ou conceitos, mas partir da premissa de que há regras do Direito que objetivam a regulação de conduta para a convivência social.

La règle du jeu, filme de Jean Renoir, datado de antes da Segunda Guerra Mundial (1939), em meio a relações sociais comuns e diárias, põe em xeque temas e situações cotidianos, à procura de uma regra para pautar as personagens que se encontram diante de jogos diários. O desenrolar do filme aposta em certo relativismo moral, para ascender à máxima de que o jogo não tem regra. “Não há regra, há casos. A única regra é que não há regra, nenhuma regra”¹⁶¹, o máximo de que se dispõe são algumas referências e padrões. Ao afirmar que não há regras, é possível assinalar um tempo de incertezas, uma incerteza criadora¹⁶².

¹⁵⁹ ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos*. Ensaio sobre a teoria analítica do direito. São Paulo: Noeses, 2011. p. 168.

¹⁶⁰ DUGUIT, Leon. *El pragmatismo jurídico*. Santiago-Chile: Olejnik, 2018. p. 35.

¹⁶¹ GORDILLO, Agustín. *Introducción al derecho*. Derecho público y privado. Common Law y derecho continental europeo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000. p. 29.

¹⁶² “El antiguo ideal científico de la episteme – de un conocimiento absolutamente seguro y demostrable – ha mostrado ser un ídolo. La petición de objetividad científica hace inevitable que todo enunciado científico sea provisional para siempre: sin duda, cabe corroborarlo, pero toda corroboración es relativa a otros enunciados que son, a su vez, provisionales. Sólo en nuestras experiencias subjetivas de convicción, en nuestra fe subjetiva, podemos estar ‘absolutamente seguros’” (POPPER, Karl R. *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos, 1985. p. 260).

No sistema romano, “*Regulae Juris*” expressa a orientação do Direito pela regra, as regras do Direito já surgiam como uma espécie de gramática do Direito. Diante do Direito, somente é possível proceder com regras, sejam os postulados hermenêuticos, os princípios, as referências ou os padrões. Na obscuridade, no conflito do jogo, as regras aparecem como mecanismos para encontrar um sentido plausível ou alguma precisão que oriente um desfecho.

O relativismo moral, as inúmeras variações valorativas que conferem mobilidade às situações concretas, não podem esconder ou enfraquecer a existência de uma regra que possibilite, ao menos provisoriamente, uma resposta coerente diante de uma situação.

Com base em casos concretos, as regras de Direito no sistema romano tiveram as primeiras aparições no século II a.C., em face das disputas entre juristas para definir os conteúdos e termos da “Lex Atinia”, 186 a.C.¹⁶³. Os jurisconsultos romanos, distinguindo a Tópica e a Dialética, partiam do caso concreto para a elaboração de regras jurídicas, observando as relações cotidianas e recorrendo à *ratio iuris*¹⁶⁴. A partir dos casos, criavam-se as regras, mas não existia pretensão de manutenção de sua permanência.

Os jurisconsultos não decidiam o caso concreto, mas seus pareceres orientavam as decisões, devendo, com fundamento no caso concreto, extrair o elemento abstrato. O esforço era sempre dar tratamento semelhante ao caso concreto, a fim de se produzirem regras gerais. “Não é preciso querer tirar o direito da regra, mas a regra tira-se do direito.”

As máximas abstraídas – regras – não representavam autoridade incontestável, mas eram passíveis de passar pelo crivo da controvérsia e de um processo dialético. O Direito Romano nasce da experiência e é submetido ao controle da experiência, não se trata de um ordenamento fixo¹⁶⁵. As regras de Direito, de acordo com Cícero, descrevem as coisas de modo resumido. A própria língua latina contribuía para sintetizar tais regras, dada a economicidade linguística, que permite descrições complexas com poucas palavras, sendo possível a concisão

“O antigo ideal científico da episteme – de um conhecimento absolutamente seguro e demonstrável – provou ser um ídolo. O requisito de objetividade científica torna inevitável que todo enunciado científico seja sempre provisório: sem dúvida, cabe confirmação, mas toda confirmação é relativa a outros enunciados que são, por sua vez, provisórios. Apenas em nossas experiências subjetivas de convicção, em nossa fé subjetiva, podemos estar absolutamente seguros” (tradução livre).

¹⁶³ BETANCUR, Rafael Gomez. *Las reglas del derecho*. Bogotá: Facultad del Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Católica Javeriano, 2001. p. 28.

¹⁶⁴ Em um primeiro momento, o termo *ius* mantém relação com a religião *ius divinum*, designando as prescrições dos ritos religiosos. Em um primeiro processo de secularização, o termo passa a ser *iuris prudentes* (disciplina do justo), *prudentia* (Ciência do Direito), passando depois a ser *ius civile* (Direito Civil). O Direito passa a consistir em juízos fundados em critério de justiça a partir da prudência. Daqui deriva a ideia de Justiça trazida por Ulpiano: “est constans et perpetua voluntas ius summi cuiusque tribuendi” e “ius est ars boni et aequi”, adotando o critério como atividade importante no processo decisório (SALDANA, Javier. Reglas y principios. A propósito del origen y evolución de los principios jurídicos a partir de las *regulae iuris*. *Revista Ars Iuris*, n. 31, p. 159-204, 2004).

¹⁶⁵ VILLEY, Michel. *Direito romano*. Porto: Acórdia, 1991. p. 74.

com vivacidade¹⁶⁶, de que são exemplo as máximas até hoje válidas, como *nulla crimen, nulla poena sine lege*.

A regra de Direito consistia em uma fórmula jurídica sintética e breve, capaz de expressar um princípio jurídico mantendo certa generalidade¹⁶⁷. Possuindo múltiplas funções nos países de origem da família romana, essas regras orientavam o legislador e os debates públicos¹⁶⁸, delimitando verdadeiros temas para a orientação de um discurso de caráter público¹⁶⁹, em que a comunicação, assim orientada e acrescida de novas opiniões, pudesse ser conduzida de forma interativa.

1.3.4 Regras do jogo

Em uma segunda aproximação, as regras do jogo e do Direito aparecem em um campo direcionado para um maior grau de generalidade, constituindo um *cânon* de caráter axiológico. Apesar de manterem certos padrões universais, não podem permanecer estáveis, pois, inseridas num contexto interativo, são conduzidas a um modo dinâmico.

O Direito e o jogo podem ser reduzidos de forma analítica a um sistema de regras, mas esse fator não retira de ambos os fenômenos a questão da liberdade. A liberdade permanece como regra orientadora: somente será possível jogar, se houver liberdade para submeter-se às regras e, dentro da conformação das regras, usufruir da liberdade de escolhas no decorrer do jogo. Mesmo que as regras que acarretam certa pressão sobre os jogadores não sejam

¹⁶⁶ BETANCUR, Rafael Gómez. La equidad en los romanos. *Universitas Canónica*, Bogotá, año III, v. 3, n. 7, p. 30, 1983.

¹⁶⁷ “Definición del jurisconsulto Paulo. Dig. 50, 17.1. Se nos dice: ‘Es regla la que describe brevemente cómo es una cosa. No que el derecho derive de la regla, sino que ésta se saca del derecho existente. Las reglas de derecho en el decreto de Graciano. En la primera parte del decreto, Graciano, C. 2, dist. 3 se pregunta: ¿Qué cosa sea un canon? Y dice que ‘canon’ es una palabra griega y que en latín se denomina ‘Regula’. Luego entra a dar una definición de la Regla: ‘Es lo que guía rectamente, ni se desvía hacia otro lugar. Unos dijeron que se llama así, porque dirige, o porque proporciona la norma de vivir rectamente, porque rectifica lo torcido y lo que es perverso. El código Alfonsino nos trae la siguiente definición: ‘Regla es ley dictada brevemente con palabras generales, que demuestra la cosa sobre la que habla; y tiene fuerza de ley; a no ser que contrarie otra ley, porque entonces, se observará no la misma regla, sino la ley’” (*Idem. Las reglas del derecho*. Bogotá: Facultad del Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Católica Javeriano, 2001. p. 139).

“Definição do jurisconsulto Paulo. Dig. 50, 17.1. É-nos dito: É regra que descreve brevemente como é uma coisa. Não que o direito derive da regra, mas que ela é derivada do Direito existente. As regras de direito no decreto de Graciano. Na primeira parte do decreto, Graciano, C. 2, dist. 3 pergunta: O que é um cânone? E ele diz que ‘cânone’ é uma palavra grega e que, em latim, é chamada ‘Regula’. Então ele entra para dar uma definição da Regra: ‘É o que guia retamente, não se desvia para outro lugar. Alguns disseram que é chamado assim, porque dirige, ou porque fornece a norma de viver retamente, porque retifica o torto e o que é perverso. O código de Alfonsino nos traz a seguinte definição: ‘Regra é lei ditada brevemente com palavras gerais, que demonstra a coisa sobre a que fala; e tem força de lei; a menos que contradiga outra lei, porque então, será observada não a mesma regra, mas a lei’” (tradução livre).

¹⁶⁸ DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Ciudad del México: Unam, 2017. p. 69 e ss.

¹⁶⁹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAUJO, Marilene. *O poder dos espelhos*. No prelo.

consideradas justas, o jogador deve ter condições de ter um mínimo campo de escolha para a tomada de decisões. No fim, são as regras que permitem que o jogador eleja suas ações entre as várias opções disponíveis.

É por meio dessa liberdade que o jogador pode criar jogadas; resulta impossível a manutenção de um mínimo de criatividade sem que haja liberdade nas esferas de cognição que são impulsionadas pelas possibilidades de comunicação. Para criar¹⁷⁰ jogadas, o jogador deve ser livre.

No jogo, há de existir uma condição que garanta, ao menos em seu âmbito, a igualdade entre os participantes. Até os jogos que lidam com a sorte se submetem à igualdade, porque todos os jogadores são iguais perante a sorte ou o azar, sendo o resultado acolhido sem maiores questionamentos. O destino e a sorte não discriminam, pelo contrário, todos se equiparam quando estão submetidos à força imperativa e irrefutável da sorte.

Por outro lado, um jogo em que as regras não conferem um mínimo de igualdade interna entre as partes não possui condições de se desenvolver, pois a igualdade é pressuposto do jogo; sem ela não há competição, não há reciprocidade.

Nos jogos em que se excluem a sorte e o destino, o resultado é orientado pelo mérito. O mérito somente é possível com regras que estabeleçam condições iguais, ao menos no plano restrito ao espaço e ao tempo do jogo.

Nesse campo, as regras distribuem as competências, asseguram a liberdade e a igualdade de condições e estabelecem a imparcialidade nos âmbitos decisórios visando à manutenção da igualdade. As regras devem garantir a igualdade formal, como no xadrez, em que os jogadores atuam no mesmo tabuleiro com o número de peças iguais, e a igualdade material, ou seja, as características dos jogadores e outras circunstâncias¹⁷¹.

A cooperação surge prevista na Teoria dos Jogos, a partir do Dilema do Prisioneiro, quando interesses podem resultar conflitantes. Nos jogos de equipe, os jogadores são levados à cooperação para buscar um resultado útil. Sem a cooperação, os jogadores não dispõem da chance de assimilar estratégias.

¹⁷⁰ “Criar é submeter as operações mentais a um projeto criador. Não pense o leitor que encalhei numa tautologia; apesar das aparências, a frase contém informação, se não nova, pelo menos frequentemente esquecida. Ela nos diz, por exemplo, que a arte não depende de operações novas, mas de um objetivo novo que conduz um uso diferente das operações mentais comuns. O que faz com que um projeto seja criador? Três conceitos estão indissoluvelmente ligados: a inteligência humana, liberdade e criação. [...] O primeiro critério para definir o projeto criador é a liberdade” (MARINA, José Antonio. *Teoria da inteligência criadora*. Rio de Janeiro: Guarda Chuva, 2009. p. 119).

¹⁷¹ ROBLES, Gregorio. *La justicia en los juegos*. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho. Madrid: Trotta, 2009. p. 47.

No Direito, muitas vezes as questões relacionadas à liberdade se opõem à igualdade. Todavia, não é possível sustentar o Direito sem se valer de regras que incorporem as possibilidades de liberdade e igualdade. Os textos jurídicos são expressões máximas dessa realidade, sendo difícil apontar Constituições e Declarações contemporâneas que excluam esses dois aspectos de seu texto.

A cooperação é considerada uma potencialidade do humano (voto de reciprocidade), e noções como solidariedade, fraternidade e a própria palavra cooperação são mais constantes nos textos atuais. A Declaração do Homem e do Cidadão, que inaugurou nova era e estrutura no Direito, foi inspirada pela Revolução Francesa e pelo lema “igualdade, liberdade e fraternidade”. Em um mundo orientado cada vez mais pelos processos comunicacionais, a liberdade e a igualdade atingem o patamar das comunicações possíveis, em que a cooperação figura como guia para a comunicação interativa.

1.4 Entre dois: o Jogo e o Direito

Não apenas um método analógico de aproximação do Direito e do Jogo é suficiente para a análise desses dois fenômenos. Uma apreensão dialética do jogo e a ideia de o jogo como paradigma, partindo, desse modo, da analogia ao paradigma – tal como fazem os juristas belgas François Ost e Michel Kerchove, na obra “*Le droit ou les paradoxes du jeu*”¹⁷² – é uma segunda proposta.

Uma primeira apreensão do jogo parte de uma simples analogia. Tal método é aplicado no subitem 1.3 desta tese. Em uma segunda apreensão, o jogo, no sentido mediano, como metáfora ou como um paradigma explicativo, funciona como modelo, sendo utilizado com o fim de explicar a natureza e o funcionamento de algo, podendo, segundo o grau de extensão de um tal paradigma, distinguir como um exemplo comum ou matriz disciplinar, de acordo com a terminologia de Kuhn¹⁷³. Em um terceiro uso, a ideia de jogo é um instrumento de

¹⁷² KERCHOVE, Michel; OST, François. *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

¹⁷³ Kuhn, em sua obra, *A estrutura das revoluções científicas*, originalmente publicada em 1962, destaca que a Ciência é a reunião de “fatos, teorias e métodos reunidos nos textos atuais”. “A ciência é baseada no pressuposto de que a comunidade científica sabe como é o mundo.” Quando as anomalias subvertem a tradição e não há como se esquivar, novas investigações levam a um conjunto de compromissos, uma nova base da prática científica. Estes compromissos seriam as revoluções científicas, ou seja, episódios extraordinários onde ocorre a alteração de compromissos. “As revoluções científicas são os complementos desintegradores da tradição à qual a atividade da ciência normal está ligada. Nestes episódios, a comunidade científica rejeita a teoria científica anteriormente aceita em favor de outra incompatível com ela”. A consequência é que se produz uma alteração nos padrões. A pesquisa segue esquemas conceituais formados pela educação. Assim, os paradigmas, muito dos quais prepara o estudante para ser membro da comunidade científica, são compartilhados por membros da comunidade comprometidos com

autointerpretação ou como paradigma epistemológico, para fim reflexivo. Em um quarto uso, é um modelo de apreensão de um fenômeno moral ou paradigma ético¹⁷⁴. Por fim, pode usar a ideia de jogo para compreensão de uma atividade discursiva, utilizando como paradigma lógico um modelo de *logos*, no sentido ao mesmo tempo do linguajar e também racional do termo, com fim reflexivo generalizado. Assim, Kerchove e Ost consideram que “o jogo se torna paradigma”¹⁷⁵.

A partir dos múltiplos sentidos do jogo, já vistos no subitem 1.1 “O jogo: aportes para uma apreensão” desta tese, a proposta de Kerchove e Ost é de uma apreensão dialética. Os belgas, tal como nós na presente tese, utilizam a complexidade como método de apreensão e entendimento, reconhecendo que na atualidade não existe fenômeno observável sem considerar a complexidade. A complexidade¹⁷⁶ é reconhecida no “triplo signo” da incerteza, da recursividade e da dialética. Na incerteza se renuncia ao paradigma da simplicidade, o determinismo das falsas hierarquias¹⁷⁷, as fronteiras perdem a clareza que assegurava a distinção do objeto de seu ambiente e do observado, do observador. Na recursividade, os processos interlaçados se observam quando os efeitos retroagem sobre as causas e emaranham

as mesmas regras e padrões para prática científica. São esses comprometimentos e consensos aparentes que produzem os pré-requisitos para a “ciência normal, ou seja, a gênese da comunicação de uma tradição de pesquisa continuada. As transformações de paradigmas são revoluções científicas e a transição sucessiva de um paradigma a outro, por meio de uma revolução, é padrão usual do desenvolvimento da ciência amadurecida”. O paradigma é um modelo ou padrão. Em uma revisão da ideia de paradigma, após inúmeras críticas onde se constatavam que na obra Kuhn cunhou o termo em vários sentidos, o autor em um posfácio em 1969 faz algumas revisões que considera necessárias. Nas revisões explica que usou o termo paradigma em dois sentidos: da “constelação de crenças, valores, técnicas pelos membros de uma determinada comunidade científica” e como “soluções concretas de quebra-cabeças que empregados com modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução normal dos restantes de quebra-cabeças da ciência normal”. Assim, o paradigma é entendido como os membros de uma comunidade científica partilham. Da mesma forma, a comunidade científica consiste em homens que compartilham de um paradigma. Esta comunidade é formada pelos praticantes de uma especialidade que são submetidos a uma iniciação profissional e educacional similares. Kuhn vai aclarar o termo com a ideia de *matriz disciplinar*, que se refere a uma posse comum dos praticantes de uma disciplina particular: “‘matriz’ porque é composto de elementos ordenados de várias espécies”. Ou seja, “todos ou quase todos os objetos de compromisso grupal que meu texto original designa como paradigmas, partes de paradigmas ou paradigmáticos constituem essa matriz disciplinar e como tais formam um todo, funcionando em conjunto”. Essa matriz se explica pelo que o autor chama de generalizações simbólicas, que são equiparadas às leis da natureza; modelos particulares ontológicos ou heurísticos que fornecem metáforas e analogias aceitáveis; valores compartilhados que são os modelos que os cientistas acreditam. Por último, exemplares que são soluções concretas de problemas que os estudantes encontram que se somam às soluções técnicas de problemas encontráveis em publicações periódicas que os cientistas encontram durante suas carreiras (KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 19-43 e 217 ss.).

¹⁷⁴ Os belgas analisam, na obra *Le droit ou les paradoxes du jeu*, o Jogo como paradigma epistemológico e o Jogo como paradigma ético. Nesta tese, manteremos apenas os paradigmas do Jogo mais centrados na questão do Direito.

¹⁷⁵ KERCHOVE, Michel; OST, François. *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 40-41.

¹⁷⁶ Discorremos sobre a complexidade em vários momentos na presente tese, com destaques aos itens referentes à comunicação, sentido e complexidade (2.1), à Teoria dos Sistemas e a complexidade (4.2 e 4.3) e Ética complexa (5.2).

¹⁷⁷ Sobre as hierarquias, veja capítulo 4.

os níveis distintos. Por último, a dialética, onde qualquer coisa pode ter sua parte comprometida, com o seu contrário¹⁷⁸.

Ao qualificar o jogo como uma “metáfora fundamental, a imagem-mãe”¹⁷⁹, Henriot exprime melhor, segundo Kerchove e Ost, o ser do jogo: um intervalo, um entre dois, um espaço livre, num quadro dado, que é condição de possibilidade do movimento lúdico¹⁸⁰. Assim, não se trata *de* jogo, trata-se *do* jogo¹⁸¹. A dialética surge em três momentos: a) neste movimento entre dois de um quadro dado; b) entre um jogo e um jogador; e c) do jogo e da ideia do jogo. Assim, não se isola nem da ação, nem do pensamento.

Os autores reconhecem que a história já demonstrou que a dialética leva a jogos perigosos e propõem uma dialética sem síntese, o que desembocaria em uma reabilitação dos paradoxos¹⁸² dos “jogos” da dialética. *Entre dois* é o caminho trilhado de um paradigma que mantém uma posição epistemológica. É a inversão de posições, de terceira via, de recortes, de cruzamentos, de círculo, de espiral, de turbilhão¹⁸³. No Direito, Kerchove e Ost lembram que os mais famosos paradigmas da Ciência do Direito são agrupados em pares antagonistas e citam seis duplas de paradigmas: jusnaturalismo e juspositivismo, subjetivismo e objetivismo, racionalismo e irracionalismo, normativismo e realismo, hierarquia e circularidade, monismo e pluralismo. Esses pares mostram que “o caráter sistematicamente híbrido reflete a complexidade do fenômeno jurídico que traduz a interação dos polos opostos”¹⁸⁴.

Os sistemas jurídicos, conforme referimos no subitem 4.3 “O hiperciclo do Direito”, têm uma natureza paradoxal, podendo ser ao mesmo tempo estáticos e dinâmicos, formais e materiais, abertos e fechados¹⁸⁵, autônomos e dependentes, mais ainda a ideia de que cada polo é de qualquer maneira a condição do outro. A ordem gera a desordem, a desordem gera a

¹⁷⁸ KERCHOVE, Michel; OST, François. *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 13.

¹⁷⁹ Segundo Henriot, o Jogo é essencialmente metafórico, mas a metáfora está enraizada em condições concretas de seu uso. No terceiro capítulo da obra *Sous couleur de jouer*, Henriot estabelece o jogo com três condições: a) material – que determina o objeto lúdico, segundo o uso que o jogador faz; b) estrutural – um sistema de regras que o jogador se submete para realização de sua ação; c) situacional – a prática, ou seja, ação de jogar (HENRIOT, J. *Sous couleur de jouer*. La Métaphore ludique. Paris: J. Corti, 1989).

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 88-89.

¹⁸¹ KERCHOVE, Michel; OST, François. *Op. cit.*, p. 36.

¹⁸² *Ibidem*, p. 49.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 50-51.

¹⁸⁴ *Idem*. De la bipolarité des erreus ou de quelques paradigmes de la science du droit. *Archives de philosophie du droit*, v. 33, p. 177 e ss., 1998.

¹⁸⁵ Abordamos, no capítulo 4, a proposta de Hiperciclo e consideramos na abordagem o Direito como sistema fechado. Mas não levamos esta abordagem ao extremo para tirar as últimas consequências dela. O paradoxo resulta justamente em duas ideias opostas; não se pode, deste modo, afastar outros paradigmas.

ordem¹⁸⁶. Assim, está colocado o caráter bipolar e interativo¹⁸⁷ das relações que se desenvolvem entre os opostos¹⁸⁸.

Ao trilhar pelo caminho de “entre dois”, se discorre sobre a significação da palavra. Entre, do *inter* latino e do *dia* grego, em uma primeira significação, tem a ideia de separação, uma ação que se faz pela metade (entreabrir). Em uma segunda significação aparece a ideia de reciprocidade (ação mútua, interação¹⁸⁹, entrecruzamento, recursividade, circularidade¹⁹⁰). Em uma terceira significação, a ideia de mediação é invocada – interposição com o objetivo de aproximar, de colocar em contato pessoas ou coisas, intercessão, intermediação, interposição.

Finalmente, a quarta significação é a ideia de permutação de posição, de passagem de um polo a outro, intercâmbio, interversão, diálogo, dialética¹⁹¹. Entre dois supõe a reciprocidade de uma ação (interação), substituição de papéis e inversões, implica a *entreação* da linguagem, que é como o meio que traz os interlocutores. Enfim e sobretudo, a interlocução passa pela fratura do sujeito, a cisão da consciência solipsista, o rompimento da sutura (*déhiscense*) do *cogito*¹⁹². Nesse espaço complexo *entre dois*, há a constituição do sentido¹⁹³ e supõe-se o movimento, a interação, a substituição de signos, a divisão interna dos elementos presentes. De forma progressiva, esse desenho se liga à tradição chamada de “dialética”¹⁹⁴.

Não seria objeto da presente tese apresentar o desenvolvimento da dialética dos gregos até o século XXI. Traremos algumas definições que consideramos necessárias para desenhar a ideia de dialética sem síntese, produzidas por Ost e Kerchove. O termo “dialética” deriva da palavra grega *dialegein*¹⁹⁵, *legein* (λέγειν), falar, e o prefixo *dia* indica a ideia de uma relação ou de uma troca. A dialética grega é, em um sentido primeiro, a prática do diálogo, a arte da

¹⁸⁶ Sobre ordem e desordem, veja o subitem 2.2.1.1 “Jogos de interação: ordem, desordem, organização”.

¹⁸⁷ Sobre interatividade, veja o subitem 2.2.3 “Para além da interação: interatividade”.

¹⁸⁸ KERCHOVE, Michel; OST, François. *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 57.

¹⁸⁹ *Interação*: veja subitem 2.2.1 “Jogos de interação: do biológico aos sistemas de interação”.

¹⁹⁰ Circularidade: veja o anel tetralógico, de Edgar Morin, no subitem 2.2.1.1, e em Gunther Teubner, em 4.3 “O hiperclíco do Direito”.

¹⁹¹ KERCHOVE, Michel; OST, François. *Op. cit.*, p. 60-61.

¹⁹² *Ibidem*, p. 63.

¹⁹³ Veja *sentido* Niklas Luhmann subitem 2.1.2 “O sentido nos sistemas autopoieticos”.

¹⁹⁴ KERCHOVE, Michel; OST, François. *Op. cit.*, p. 70.

¹⁹⁵ *Dialegein* (διαλέγειν), *dialogesthai* (διαλέγεσθαι), *dialexis* (διάλεξις): *dialegein*, in the active voice, means “to pick out or classify things”; *dialogesthai*, in the middle voice, means “to engage in a discussion or conversation” and is a term especially associated with Socrates, indicating his favored mode of dialogical, “dialectical” argumentation. A *dialexis* is a public lecture (*Early Greek Philosophy*, v. I: Introductory and Reference Materials (LCL 524). Disponível em: <https://www.loebclassics.com/>).

“*Dialegein* (διαλέγειν), *dialogesthai* (διαλέγεσθαι), *dialexis* (διάλεξις): *dialegein*, voz ativa, significa ‘escolher ou classificar as coisas’; *dialogesthai*, na voz do meio, significa ‘iniciar uma discussão ou conversa’ e é um termo especialmente associado a Sócrates, indicando seu modo preferido de argumentação dialógica e ‘dialética’. A *dialexis* é uma palestra pública” (tradução livre).

discussão regrada, a troca de argumentos na controvérsia¹⁹⁶, sendo um discurso elaborado no *entre dois* da interlocução¹⁹⁷. A dialética conduz a uma concepção do *logos* como sede da unidade na diversidade e das diferenças no seio da identidade, seguindo no domínio das opiniões correntes e dos pontos de acordo suscitados pelo método do diálogo e da interrogação¹⁹⁸. A dialética é um entrelaçamento dos polos, opostos e complementares¹⁹⁹. A dialética grega, nesse sentido, é a fundadora da prática do diálogo, a arte da discussão regrada, a troca de argumentos na controvérsia.

Na história da filosofia, a dialética possui inúmeros significados. Em Platão, é uma técnica de investigação conjunta, segundo o procedimento de perguntar e responder, remetendo às coisas dispersas para uma ideia única, definindo tal ideia para se realizar a comunicação para todos. Em um segundo momento, dos princípios, por meio das ideias à conclusão última nos diálogos, é analisado como método de divisão, que consiste “em poder dividir de novo a ideia em suas espécies, segundo suas interações naturais”²⁰⁰. Em Platão, a dialética é a ciência do verdadeiro e do necessário²⁰¹.

¹⁹⁶ Le terme «dialectique» dérive du mot composé grec διαλέγειν (*dialegein*), qui indique dès le départ que son sens n'est pas simple. La signification la plus courante de λέγειν, c'est «parler» et le préfixe δια indique l'idée d'un rapport ou d'un échange. La dialectique est donc, d'après l'étymologie, un échange de paroles ou de discours, c'est-à-dire une discussion ou un dialogue; comme forme de savoir, elle est alors la technique du dialogue, ou l'art de la dispute, tel qu'il a été développé et fixé dans le cadre de la pratique politique propre à la cité grecque. Il convient tout de suite de remarquer que ce sens renvoie à une tradition trop particulière, que la valeur qu'il attribue à l'idée de dialectique reste faible et doit être renforcée par une analyse philosophique, qui mettra en évidence des significations très différentes. On peut cependant retenir de cette analyse étymologique du mot deux éléments très généraux: la dialectique met en jeu des intermédiaires (*dia*); elle a rapport au Logos, qui n'est pas seulement pour les Grecs le discours ou la raison, mais un principe essentiel de détermination du réel et de la pensée. La catégorie de dialectique est surtout une catégorie technique de la philosophie: on ne peut s'attendre à la rencontrer que dans le cadre de systèmes philosophiques déterminés, pourvue à chaque fois d'une définition particulière. Commençons par prélever dans l'histoire de la philosophie les grandes définitions de la dialectique (LECRIVAN, A. *Dialectique. Encyclopédia philosophique universelle*. Les notions philosophiques. Paris: PUF, 1990. p. 633 et ss.).

“O termo ‘dialética’ deriva da palavra composta grega διαλέγειν (*dialegein*), que indica desde o início que seu significado não é simples. O significado mais comum de λέγειν é ‘falar’ e o prefixo δια indica a ideia de um relacionamento ou de uma troca. A dialética é, portanto, de acordo com a etimologia, uma troca de palavras ou discurso, ou seja, uma discussão ou um diálogo; como forma de conhecimento, é então a técnica do diálogo, ou a arte da disputa, como foi desenvolvida e fixada no âmbito da prática política própria da cidade grega. Importa notar imediatamente que esse significado se refere a uma tradição muito particular, que o valor que atribui à ideia de dialética permanece fraco e deve ser reforçado por uma análise filosófica, que revelará significados muito diferentes. Contudo, podemos reter dessa análise etimológica da palavra dois elementos muito gerais: a dialética envolve intermediários (*dia*); refere-se ao Logos, que não é apenas para os gregos o discurso ou a razão, mas um princípio essencial de determinação da realidade e do pensamento. A categoria da dialética é, acima de tudo, uma categoria técnica da filosofia: pode-se esperar encontrá-la apenas dentro da estrutura de determinados sistemas filosóficos, cada vez que é fornecida uma definição específica” (tradução livre).

¹⁹⁷ KERCHOVE, Michel; OST, François. *Op. cit.*, p. 84.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 82-83.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 228.

²⁰⁰ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2017. p. 270.

²⁰¹ LECRIVAN, A. *Dialectique. Encyclopédia philosophique universelle*. Les notions philosophiques. Paris: PUF, 1990. p. 633 e ss.

Em Aristóteles, a dialética é compreendida como a arte do provável²⁰²; arte dos raciocínios fundados sobre princípios (oposto à dedução a partir de proposições certas)²⁰³. O procedimento para Aristóteles é racional, um silogismo que não parte de premissas verdadeiras, mas de premissas, geralmente, admitidas como prováveis: “é o que parece aceitável a todos, à maioria ou aos sábios e, entre estes, a todos, entre eles”²⁰⁴.

Descartes, nos princípios do seu *Método*, não concede para a dialética nenhum lugar²⁰⁵. Como tudo é simples, o maior engloba o menor, o mais forte move o mais fraco, de acordo com uma lógica linear e causalista que “não pode ver na dialética senão uma enganosa perversão do espírito”²⁰⁶.

É com Hegel que a dialética é reabilitada no pensamento ocidental. Hegel faz a fusão da ontologia platônica e da epistemologia de Aristóteles, de maneira que a dialética caracterizará tanto o movimento interno das coisas (ele falará neste caso “do” dialético) quanto a marcha do espírito (“a” dialética)²⁰⁷. Assim, surge a ideia da síntese dos opostos por meio de uma determinação recíproca²⁰⁸.

A dialética é a natureza do pensamento, a resolução está na contradição e toda a realidade move-se em teses, antíteses e sínteses, sendo a antítese a negação da tese e a síntese a unidade²⁰⁹. *Omnis determinatio est negatio* (toda determinação é negação). A negatividade se aplica incansavelmente a quebrar as determinações fixas e rígidas do entendimento que as mantêm isoladas umas em relação às outras. Segundo Hegel, a dialética se desdobra e, voltando para si mesma (“a negação da negação”), liberando o potencial de afirmação positiva que contém a primeira afirmação²¹⁰. Explicam Kerchove e Ost:

“Não há, escreve A. Écrivain, determinações idênticas que não sejam interiormente trabalhadas pelo *jogo da diferença*”. De maneira que a negação não vem do exterior, um termo se opondo a outro; é do interior que ela opera, cada termo sendo percorrido

²⁰² KERCHOVE, Michel; OST, François. *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 83.

²⁰³ LEFRANC, Jean; MORFAUX, Louis-Marie. *Novo dicionário da filosofia e das ciências humanas*. Lisboa: Piaget, 2009. p. 152.

²⁰⁴ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2017. p. 271.

²⁰⁵ “Os dialéticos não podem formar nenhum silogismo em regra que desemboque numa conclusão verdadeira se previamente não tiveram a matéria, isto é, se não conhecerem antes a própria verdade que deduzem de seu silogismo” (MORA, Ferrater. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Loyola, 1994. p. 721).

²⁰⁶ KERCHOVE, Michel; OST, François. *Op. cit.*, p. 84.

²⁰⁷ “A tradição hesitava entre a saber se dialética se encontrava antes do lado do real (dialética nas coisas que remete à ontologia dialética de Platão), ou, contrário, do lado do espírito (dialética nas representações), que remete à teoria do conhecimento de Aristóteles” (*Ibidem*, p. 84).

²⁰⁸ Veja-se Johann Gottlieb Fichte, considerado o pai do idealismo alemão, na obra *Fundamento da doutrina da ciência*, de 1774.

²⁰⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Op. cit.*, p. 273.

²¹⁰ KERCHOVE, Michel; OST, François. *Op. cit.*, p. 85.

por uma tensão reflexiva na distância que há entre si mesmo e seu outro (tradução livre)²¹¹.

Marx faz a crítica da dialética hegeliana, e a rejeição ao idealismo, substituindo a dialética idealista do conceito por uma dialética materialista (que trate do movimento das contradições reais)²¹².

A dialética sem síntese é elaborada por Merleau-Ponty. Uma dialética sem síntese é um pensamento recorrente, relançado sem cessar, que reverá tanto o “negativo puro” quanto a pretensão de chegar enfim a um “novo positivo”²¹³. Como esquecer com efeito que toda ultrapassagem continua “carregada” de sobrevivências e de déficits? Pergunta Merleau-Ponty e, em sua resposta, escreverá: “Partir disto: não há identidade, nem não-identidade, ou não-coincidência, há dentro e fora girando um em torno do outro”.

Voltando ao pensamento complexo e os seus jogos como: “Quem fundará juridicamente o Direito, quem fundará democraticamente a democracia?”²¹⁴, se pode compreender melhor a busca da “dialética sem síntese” de Merleau-Ponty.

Diante do tema da complexidade, que se desenvolve sistematicamente no espaço do *entre dois* e nas relações simples da exclusão (nem isso, nem aquilo), da alternativa (ou isso ou aquilo), da oposição (isso contra aquilo), ou de identidade (isso é aquilo), o “entre” substitui uma relação móvel e plural.

O espaço do *entre dois* afasta sem dúvida os polos distintos, mas logo os reaproxima, tanto invertendo suas posições como fazendo-os retroceder, ou, ainda, sugerindo as vias de sua mediação. O que surge é um potencial criativo, pois sacode cada um dos polos opostos, gerando mil figuras inéditas onde descobrimos pouco a pouco a marca do terceiro – este terceiro que a lógica do simples havia pretendido excluir, mas que o jogo convida à sua mesa.

A dialética faz jogar a diferença e permite pensar a história de outra maneira, diferentemente de uma sucessão de acontecimentos pontuais. Assim, o modelo do jogo – *entre dois, um espaço livre, em um quadro dado* – fornece uma matriz particularmente fecunda aos casais dialéticos. São cinco os casais que trazem luz à complexidade dos fenômenos jurídicos:

²¹¹ Il n’y a pas, écrit A. Lecrivain, de déterminations identiques qui ne soient intériorément travaillées par le jeu de la différence. De sorte que la négation n’intervient pas de l’extérieur, un terme s’opposant à un autre; c’est de l’intérieur qu’elle opère, chaque terme étant parcouru d’une tension réflexive dans l’écart qui se creuse entre lui-même et son autre (KERCHOVE, Michel; OST, François. *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 85).

²¹² KARL, Marx. Posfácio. *O capital*. Livro I. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2011.

²¹³ MERLEAU-PONTY, M. *O visível e o invisível*. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 96 e 237.

²¹⁴ KERCHOVE, Michel; OST, François. *Op. cit.*, p. 97.

da estratégia e da representação, da cooperação e do conflito, da realidade e da ficção, da regulação e da indeterminação, da internalidade e da externalidade.

1.4.1 Representação e estratégia

Já foi referido que uma das funções do jogo é a *luta por* qualquer coisa, ou uma *representação* de qualquer coisa²¹⁵. Eis o primeiro casal conceitual entre a representação e a luta ou estratégia. Na classificação de R. Caillois, os polos estão representados entre a competição (*agôn*) e o simulacro (*mimicry*). Kerchove e Ost defendem que no Direito, tal situação aparece em uma dimensão estratégica e instrumental do jogo, concebendo todo sujeito de direito como um calculista que age com o fim exclusivo de maximizar seus interesses pessoais ou ainda o processo sob a forma de um “balanço de interesses concorrentes”, o balanço dos custos e vantagens decorrentes da situação litigiosa.

E no oposto, o sujeito-calculista é substituído pelo sujeito-ator, vendo-se na noção de pessoa jurídica a prolongação das noções teatrais de “máscara” e de “personagem do jogo”, passando da “cena teatral” à “cena que é o direito”, “onde cada um recebe o papel que deve desempenhar”. A personalidade jurídica, por exemplo, se limita à aptidão para ser um personagem e a fazer um papel na cena do direito²¹⁶.

1.4.2 Cooperação e conflito

O segundo casal conceitual que evoca a ideia própria do jogo é o da cooperação e do conflito²¹⁷, do consenso e do dissenso. Enquanto os jogos de simulacro, como os das representações teatrais, folclóricos, e mesmo religiosos, os concertos, e mesmo os “jogos de moda”, que se baseiam numa ideia de participação coletiva num projeto comum e segundo formas convencionadas; os jogos de competição, inclusive os jogos guerreiros, fazem predominar a ideia de conflito, de luta ou de combate.

Mas sem qualquer resistência nem oposição, o jogo não teria ao que parece como começar e sem um mínimo de cooperação. Por outro lado, o jogo chegaria imediatamente ao

²¹⁵ HUIZINGA, J. *Homo ludens*: o jogo como elemento da cultura. São Paulo: Perspectiva, 1971. p. 35.

²¹⁶ KERCHOVE, Michel; OST, François. *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 125 e ss.

²¹⁷ “A ação humana só se concebe como *interação*, sob diversas formas que vão desde a cooperação à competência e ao conflito” (SANTOS, Celeste Leite dos. Mediação: um novo espírito das leis e da humanidade na resolução de conflitos. In: *O Novo Código de Processo Civil brasileiro, um enigma a ser decifrado*: percepções cognitivas na interpretação da norma. São Paulo: Max Limonad, 2016. p. 139).

fim, encaminhando-se para o conflito ou a guerra total²¹⁸. A conjunção dialética desses dois polos cooperação e conflito pode ser estendida ao estudo da maior parte dos fenômenos sociais. Esse tipo de perspectiva pode ser facilmente transposto ao regime jurídico.

O Direito mantém um caráter, segundo Ost e Kerchove, “ambivalente”, com uma dimensão ao mesmo tempo “irenológica” e “polemogênea”²¹⁹. Essas dimensões aparecem tanto na adoção de uma regra de direito como no nível de sua aplicação. A adoção de uma regra de direito comporta essa dupla dimensão²²⁰. Assim, a regra do Direito surge como “um princípio determinante do consenso social”, para submeter, no todo ou em parte, todos os cidadãos a uma regra comum; mesmo sendo uma parte do arbitrário ou resultado de conflitos, a regra aparece como “uma regra do jogo”, se impondo com mais autoridade quando adotada em conformidade com outras “regras do jogo” que a instituem.

Além da prevenção de conflitos, a regra de Direito surge como modo de expressão de conflitos que a precederam, que ocorrem durante sua adoção ou depois, tendo em vista sua interpretação, aplicação, modificação ou ab-rogação²²¹. De forma, paradoxal, “o direito pertence às condições do conflito (...) que ele pode também ser a solução”²²². Com efeito que o “conflito nasce em geral do fato de se estimar que um direito, seu direito, foi ignorado, ultrajado, lesado ou violado”²²³. Segundo Teubner:

O direito não apenas resolve conflitos e com isso retorna a uma posição de repouso, mas fica nítido que ele gera novos conflitos, por meio de suas próprias regulações – conflitos que, por sua vez, exigem, novas regulamentações subsequentes. Até mesmo por meio de sua intervenção regulatória na vida cotidiana o direito produz as situações que se tornam, então, ocasiões para formação de conflitos²²⁴.

1.4.3 Realidade e ficção

Nesta dialética, entre real e ficção, o jogo nomeia as coisas, com um princípio que instaura a convenção, “uma norma é instituída que gera um universo ao mesmo tempo semelhante e diferente do universo cotidiano, acoplado a ele e no entanto distinto dele”²²⁵.

²¹⁸ HUIZINGA, J. *Homo ludens*: o jogo como elemento da cultura. São Paulo: Perspectiva, 1971. p. 151-152.

²¹⁹ Irenologia quer dizer ciência da paz e polemologia é o estudo dos fenômenos conflituais (KERCHOVE, Michel; OST, François. *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 145).

²²⁰ KERCHOVE, Michel; OST, François. *Op. cit.*, p. 145.

²²¹ *Ibidem*, p. 147.

²²² FREUND, J. *Sociologie du conflit*. Paris: PUF, 1983. p. 50.

²²³ *Idem*. Le droit comme motif et solution de conflits. *Archives de Philosophie du droit*, p. 52, 1976.

²²⁴ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais*. Constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 155.

²²⁵ KERCHOVE, Michel; OST, François. *Op. cit.*, p. 153.

Os autores belgas transportam tal ficção e realidade para o domínio jurídico, afirmando que muitos consideram que o Direito é relativo à facticidade pura, quando lhe são retirados os véus de metafísica e de ideologia. Enquanto para outros o Direito seria discurso ou texto cuja propriedade consistiria em entreter a ilusão ou a mistificação de uma ficção fundadora – aquela do bom poder ou do bom direito, digna de amor²²⁶.

Um dos papéis do Direito é a sua função de nomeação, de nomear. Ao mesmo tempo que promove nomeação, o Direito faz normalização e instituição, no sentido de “dizer é fazer”²²⁷. Ao identificar as pessoas e as coisas, o Direito faz vir à existência jurídica. É com o fazer nomear, classificar que o Direito atribui papéis jurídicos aos diversos atores da vida social, designando os direitos e deveres. São as inscrições de realidade fatural – para usar os exemplos dos juristas belgas – a atribuição de parentesco aos genitores biológicos da criança. Também há ficções no caso de adoção (parentesco fictício). São regras que constituem o jogo ou o Direito. São regras que criam a própria condição de jogar, conforme já explanado nas regras criadoras (subitem 1.3.2 “As regras do Direito”). Assim, nos jogos de linguagem de Wittgenstein, o pião, no xadrez por exemplo, não era outra coisa senão a soma das regras de seu uso: o pião não “tem” regras, ele “é” suas regras²²⁸.

1.4.4 Regulação e indeterminação

O jogo é marcado pelo cruzamento da regulação e da indeterminação, da convenção e da invenção, é um traço que se impõe de saída a todo observador. O casal dialético “regulação/indeterminação” constituiu a determinação exclusiva do conceito de jogo; assim, ele continua hoje sendo o arquétipo, se bem que tenha perdido a exclusividade²²⁹. Essa dialética da regra e da indeterminação, assim como aquela da estabilidade e da mudança, encontra ilustrações no domínio jurídico. Uma das ilustrações mais significativas no raciocínio jurídico é a das interpretações dos textos normativos.

O intérprete seria, pois, na origem, o cortesão, o encarregado dos negócios; em seguida, se tornará o “pregoeiro público”, o “augúrio”, o “adivinho”, o “porta-voz”, o “tradutor” e o

²²⁶ Para P. Legendre, por exemplo, “a grande obra do Poder consiste em se fazer amar. O atingimento de tal prodígio sempre supôs uma ciência particular, que precisamente a constituição desse amor e camufla, com seu texto, a prestidigitação de uma pura e simples imposição de adestramento” (LEGENDRE, P. *O amor do censor*. Ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 7).

²²⁷ KERCHOVE, Michel; OST, François. *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 157.

²²⁸ CONTE, A. *La Société ludique*. Paris: Grasset. 1980. p. 127 e 133.

²²⁹ KERCHOVE, Michel; OST, François. *Op. cit.*, p. 161-167.

“intérprete”: em todos os casos se impõem a mediação, a comunicação no espaço do entre dois²³⁰. Assim, cada *link* da cadeia jurídica – do constituinte ao meirinho de justiça, da Comissão das Comunidades europeias ao contratante privado – contribui para a recepção das regras que lhe chegam dos diversos pontos da rede jurídica²³¹.

O jogo é como se fosse um intervalo, um entre dois, um espaço livre, num “quadro dado”, que é a condição de possibilidade do movimento lúdico²³². Aqui, dois aspectos do jogo, conforme Michel Kerchove e François Ost, que se fundem com a interpretação: a natureza interativa e a articulação que se realiza entre a regra e a criatividade (invenção e convenção)²³³.

O jogo possui a marca da regulação e da indeterminação. Embora ao pensar no jogo se lembre das suas regras, falamos sempre que, sem respeito às regras, não há jogo. Mas, sem dúvida, a indeterminação do jogo é tão importante quanto a regra. Tanto a regra como a indeterminação se mantêm em proporção variável, mas sempre com um mínimo irreduzível²³⁴ de cada uma.

Essas duas condições são imprescindíveis para que um jogo seja dialetizado; segundo os autores belgas, as ações do jogo estão enquadradas pelas regras, mas as regras também são influenciadas pela ação. As regras do jogo sempre estão abertas à inventividade e ao acaso, unindo a liberdade dos jogadores e a ideia de vicissitude, que apenas fazem sentido quando enquadrados dentro das convenções lúdicas²³⁵.

O jogo só existe na incerteza, mas sem o controle da regra, o jogo seria um puro e simples delírio. Como espaço aberto de criatividade, o jogo traduz a própria ação, sob as condições da rigidez das convenções, inversamente, como âmbito regulado, há a transformação da vontade sob a ação de normas coletivas, surgindo a possibilidade de situações não controladas.

O jogador é livre, mas para ganhar precisa adotar uma estratégia racional respeitando as regras. Além das regras explícitas, existem as formulações não explícitas, pois “não há vazio onde se desenvolve plenamente a livre imaginação dos jogadores, existe sim, um espaço de jogo que explora o sentido do jogo (...) se trata de uma espécie de intuição formada pela prática do jogo mesmo, um sentido do jogo que permite o jogador – explica Pierre Bourdieu – a tirar o

²³⁰ KERCHOVE, Michel; OST, François. *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 166.

²³¹ Veja subitem 4.3.5.3 “Um diálogo cooperativo”.

²³² KERCHOVE, Michel; OST, François. *Op. cit.*, p. 28.

²³³ *Idem*. *¿De la pirámide a la red? Por una teoría dialéctica del derecho*. Tradução de Oscar Enrique Torres. No prelo.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ *Ibidem*.

melhor proveito de uma estrutura determinada do jogo”, que não são deliberadas²³⁶. O sentido do jogo é como uma noção de “sentido comum” que vincula a todos de uma comunidade, tal como “uma ‘crença’ ou ‘fé prática’ como é no Direito”²³⁷.

1.4.5 Internalidade e exterioridade

Por último, os juristas belgas fazem referência à relação paradoxal que o jogo estabelece entre dentro e fora, entre jogo e fora-de-jogo. Por sua existência mesma, o jogo desenha um espaço que lhe é próprio e que tudo conduz a apreender, algumas vezes, como separado do contexto da vida real²³⁸. Os juristas belgas fazem transposição ao campo jurídico do paradigma lúdico – aqui definido pela articulação do dentro e do fora – de forma extremamente fecunda, evocando três problemáticas que tratam dos limites do jurídico: a definição do direito (questão de identidade), o pluralismo jurídico (questão das fronteiras do sistema jurídico)²³⁹, o fundamento da ordem pública (questão da origem). Na questão da identidade, quando se define o direito, pode-se colocar a figura do juiz que “diz o direito”: ele decide, de maneira última, sobre a juridicidade da prerrogativa e da regra invocadas²⁴⁰.

De outro lado, o Direito pode ser encarado de forma objetiva como “conjunto de regras”, o direito não se limita aos códigos, na medida em que as regras escritas e sancionadas são apenas a face emergente de um vasto conjunto de normas, “concebidas” e “vividas” no seio do corpo social, às quais os juízes são sempre suscetíveis de conferir efeitos jurídicos²⁴¹. Visto pelo lado do direito subjetivo, “como conjunto de prerrogativas”, o direito também não se limita ao catálogo dos direitos subjetivos consagrados pelos códigos: aqui ainda opera, à margem da juridicidade oficial, uma gama muito ativa de “interesses” que são reconhecidos pelo juiz. Esses interesses que concorrem, subvertem, às vezes anulam os direitos subjetivos “oficiais”. Assim, eles estão “dentro” ou “fora” do Direito?

Este paradoxo é difícil ao pensamento jurídico e nos aprofundamos mais no capítulo 4. O importante é verificar que ao enrolamento em espiral de um jogo que não para de jogar, a um direito que não para de se autorregular, o paradoxo do jogo dentro e fora é presente no Direito.

²³⁶ KERCHOVE, Michel; OST, François. *¿De la pirámide a la red? Por una teoría dialéctica del derecho*. Tradução de Oscar Enrique Torres. No prelo.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ Os estudos sobre os jogos do século passado conduziam à ideia de uma separação entre jogo e realidade. Hoje, se fala em várias realidades.

²³⁹ Veja pluralismo, sitem 4.4.2 “O pluralismo jurídico na comunidade mundial”.

²⁴⁰ KERCHOVE, Michel; OST, François. *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 178.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 180-181.

2 COMUNICAÇÃO E INTERATIVIDADE: O LIMAR DE UMA NOVA ERA DA SOCIEDADE

Estamos, de fato, condenados a conhecer apenas um universo de mensagens e, mais além, nada. Entretanto, temos, simultaneamente, o privilégio de ler o universo sob a forma de mensagens.

(Edgar Morin, *Método I*)

2.1 Comunicação: o paradigma da atual sociedade

Descrever como é a comunicação, em um primeiro momento, aparenta ser tarefa fácil. Afinal, todos se comunicam, e sem comunicação o humano não é. Logo, todos sabem como é a comunicação em razão de uma práxis, da experiência de viver. No entanto, quanto mais se comunica, mais se perde a consciência de como se comunica. É um processo natural do humano, cuja prática faz parte do viver.

Os textos jurídicos, ao disporem sobre as liberdades inerentes aos processos de comunicação, utilizam termos como liberdade de expressão, manifestação de pensamento, liberdade de imprensa e de palavra e direito à informação²⁴².

Embalados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789²⁴³, que proclamou “La libre communication”, outros textos jurídicos incluem o termo “comunicação”. É o caso do Pacto de São José da Costa Rica, que prescreve que não se pode obstar a comunicação (artigo 13); da Constituição espanhola, que reconhece e protege o direito de

²⁴² “Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura” (Constituição da Alemanha. Disponível em: https://web.archive.org/web/20080912134535/http://www.bundestag.de/parlament/funktion/gesetze/grundgesetz/gg_01.html. Acesso em: 1º fev. 2019).

Constituição americana, Emenda I. “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.”

Constituição portuguesa, artigo 37. “Liberdade de expressão e informação. 1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações. 2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.”

Convenção Europeia dos Direitos Humanos, artigo 10. “Liberdade de expressão. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras.”

²⁴³ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Art. 11. “La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l’abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi”.

Art. 11. “A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei” (tradução livre).

comunicar (artigo 20); e da Constituição brasileira, que garante a livre expressão da atividade de comunicação (artigo 5º, IX).

Com o advento das tecnologias que permitiram a comunicação em massa (jornal, rádio e televisão) e da rede de conexão mundial (internet), a comunicação ficou em evidência. As instituições, os campos de conhecimento, a vida cultural da humanidade viraram fenômenos de comunicação. Os processos intrínsecos das relações humanas e a observação deles passam pela compreensão dos processos de comunicação interacionais. Os estudos e a compreensão da comunicação, como material que se pode explicar e descrever, tornaram-se preocupação patente nos escritos científicos. Atualmente, em destaque Niklas Luhmann, que declara: “tudo é comunicação”.

Ao construir a ideia de como a comunicação é um acontecimento, seguem-se o caminho do círculo cibernético²⁴⁴ e os postulados desenvolvidos pelas teorias dos sistemas. Do positivismo, mantenha-se o termo “como é” em detrimento de “o que é”, que busca mais o essencialismo, ou seja, conhecer a essência. O que importa é saber como é o processo de comunicação.

2.1.1 Informação: a diferença que faz a diferença

Há um processamento conforme a diferença do sentido, e resta saber o que é processado. O conceito de informação é útil para a resposta. A informação consiste em uma ocorrência que atualiza os usos das estruturas. As ocorrências são elementos fixados no tempo e não são repetíveis.

Outrossim, a informação não é repetida. Informação repetida perde o sentido de informação, que, desse modo, desaparece como ocorrência, mas altera o estado do sistema, que reage.

O sentido é diferente da informação, mas sua produção transcorre por meio da informação²⁴⁵. Os efeitos da informação no sistema são vários, como a restrição da entropia e a redução da complexidade. A informação diminui a complexidade, quando faz a seleção e exclui possibilidades. A informação aumenta a complexidade, quando a possibilidade excluída

²⁴⁴ O Círculo da Cibernética formou-se nos Estados Unidos, sendo o seu período de maior produção entre 1943 e 1953 (MARCONDES FILHO, Ciro. O princípio da razão durante o Círculo Cibernético: o observador e a subjetividade. *Nova teoria da comunicação*. São Paulo: Paulus, 2011. t. III. p. 19).

²⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais*. Esboço de uma teoria geral. São Paulo: Vozes, 2016. p. 89.

é uma expectativa negativa. Nesse caso, a expectativa era $X + Y$, mas a informação lançada indica $X - Y$.

A informação aumenta a segurança na mesma proporção que a diminui, e, por meio do aumento da complexidade e da insegurança, faz-se possível a evolução do sentido, que terá maior capacidade para o processamento de informação²⁴⁶.

A experiência do sentido ocorre na diferença entre aquilo que é atualmente dado e o que é possível no horizonte; a diferença daquilo que é vivenciado produz um valor informático que permite as conexões e a ordenação. A informação é a ocorrência que possibilita as conexões e as interações das diferenças.

Bateson define a informação como a diferença que faz a diferença²⁴⁷. A diferença que faz a diferença permite que se entenda o sentido não apenas como a diferença, mas como decomposição das diferenças e a possibilidade de falar em dimensões dos sentidos, fazendo com que a autorreferência do sentido e as remissões não se tornem tautologia.

2.1.2 O sentido nos sistemas autopoieticos

A vida se traduz pelo sentido; não há nada que aconteça sem que o sentido esteja presente. Na Teoria dos Sistemas Autopoieticos, o sentido possui relevância para a diferenciação, pois a “mediação transcorre da obtenção da informação e da determinação do sentido”²⁴⁸.

A Teoria dos Sistemas Autopoieticos consigna a existência de quatro sistemas: o sistema das máquinas, dos organismos, os sistemas sociais e os sistemas psíquicos²⁴⁹. O sentido se impõe aos sistemas psíquicos e sociais. No primeiro, a consciência é o elemento autorreferente basal e nos sistemas sociais, o elemento é a comunicação.

Nesses dois sistemas, a complexidade e a autorreferência processam-se sob a forma de sentido. O sentido torna-se, assim, a forma universal, processando a diferenciação entre ambiente e sistema²⁵⁰. Ao processar a diferenciação, o sentido faz a delimitação entre o entorno e o sistema.

²⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais*. Esboço de uma teoria geral. São Paulo: Vozes, 2016. p. 90.

²⁴⁷ BATESON, Gregory. *Pasos para una ecología de la mente*. Buenos Aires: Lohlé-Lumen, 1971. p. 221-223, 309.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 131.

²⁴⁹ A esquematização dos sistemas pode ser encontrada em LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 83.

Na Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, a descrição do sentido parte de uma descrição fenomenológica, com a exclusão do sujeito extramundano que existe como consciência. A desvinculação do sentido de um sujeito, como uma agência produtora de sentido, e a atribuição de um conceito somente são possíveis quando se dissocia o sistema psíquico do social²⁵¹.

A descrição passa pela experiência do sentido e do nexos constitutivo entre o mundo e o sentido²⁵². A autodescrição e a auto-observação são um distinguir (operação distintiva), sendo a autodescrição do mundo uma diferença-guia. A distinção entre sentido e mundo é a forma válida última que torna possível a unidade da constituição do mundo com base no sentido ou inversamente. Essa descrição fenomenológica articula-se apenas na diferença que, como forma, possibilita a aquisição de informação.

A relação entre o sentido e o mundo permite o conceito de descentralização, porque o sentido faz com que o mundo seja acessível em toda a parte e em qualquer circunstância; o sentido faz com que o mundo tenha um conceito multicêntrico.

Mais do que a soma de todas as possibilidades e as redundâncias possíveis do sentido, o mundo garante as diferenças e sua unidade é a diferença. Para cada sistema, o mundo se apresenta como uma unidade da própria diferença e o entorno²⁵³.

O sentido aparece como conceito-chave que possibilita uma oxigenação permanente nos sistemas psíquicos e sociais. Entretanto, o que significa o sentido? Como todo sistema, o sistema dos sentidos é autorreferente, aparecendo como fenômeno, sob forma de um excedente de remissões a outras possibilidades do vivenciar e do agir²⁵⁴.

Do ponto de vista formal, o acesso à noção de sentido se dá apenas por meio da distinção entre meio e forma. Citando Fritz Heider, Luhmann explica que o meio significa “quantidade específica de elementos que estão acoplados de maneira ampla”²⁵⁵, porém há elementos que conservam o seu *status* sem a necessidade de acoplamentos. Um meio é constituído por elementos acoplados de modo amplo e a forma se conecta por acoplamentos mais estritos. O meio somente se constitui pelas formas, sendo o meio sempre mais estável²⁵⁶.

Na linguagem, por exemplo, o vocabulário como meio, com várias possibilidades de palavras, é diferente da construção da proposição. Uma coisa é a possibilidade de combinação

²⁵¹ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. São Paulo: Vozes, 2011. p. 231.

²⁵² *Idem*. *Sistemas sociais*. Esboço de uma teoria geral. São Paulo: Vozes, 2016. p. 91.

²⁵³ *Ibidem*, p. 92.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 81.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 85.

²⁵⁶ “Estável é, antes, o que está acoplado de maneira ampla, ou o que não tem forma. Na linguagem de tradição clássica, tratar-se-ia da matéria, do indeterminado. Mediante a forma, a estabilidade se torna precária, temporal” (*Ibidem*, p. 234).

de palavras, outra são as regras preestabelecidas para a combinação. Somente sobre esse meio é possível surgirem as formas, mediante frases, proposições.

Em certo momento, aquilo que é meio em uma determinada distinção pode atuar como forma em outra. Para usar um exemplo de Luhmann, a linguagem pode ser forma e meio: no meio acústico, as palavras aparecem como forma; no meio das palavras, as proposições são formas.

O sentido impõe uma espécie de diferença entre a forma e o meio. O que não tem forma não pode ser acoplado de modo amplo e o que não é meio carece de acoplamentos, “não são as palavras, mas somente as proposições, que formam um sentido que pode ser processado pela comunicação”²⁵⁷.

O sentido é caracterizado pela instabilidade, é inquieto, e essa instabilidade vem da inclusão da diferenciação, em que se pode processar a informação. O processamento ocorre a partir de diferenciações entre o atual e a possibilidade. No sentido, distinguem-se o atual (presente) e a possibilidade (horizonte). Ao realizar a atualização, ocorre uma virtualização das possibilidades passíveis de conexão no momento do processamento²⁵⁸. O sentido é a unidade entre a atualização e a virtualização, que reatualiza e revirtualiza.

O sentido não é produto isolado de uma mente, mas seus movimentos possibilitam aquisição e processamento de informação; ele assegura o complexo de propriedades necessárias aos elementos do sistema. É a orientação por diferenças semânticas fixadas que pode controlar o processo autopoiético de determinação do sentido²⁵⁹.

2.1.3 As dimensões do sentido e a generalização simbólica

O esquema de Luhmann procura reduzir a complexidade, cortando as remissões pelas diferenciações constantes. Além disso, facilita as conexões, atuando em dois horizontes com relação ao sistema: o interno e o externo. Pode sempre ocorrer o dissenso, mas de toda forma auxiliando o entendimento.

O sentido resulta da diferença do atual e do possível e se distingue por três dimensões básicas – objetiva (real), temporal e social²⁶⁰ –, sem prejuízo de que sejam descobertas outras dimensões, desde que integradas àquelas.

²⁵⁷ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais*. Esboço de uma teoria geral. São Paulo: Vozes, 2016. p. 235.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 86.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 88.

²⁶⁰ *Idem*. *Introdução à teoria dos sistemas*. São Paulo: Vozes, 2011. p. 244.

Na dimensão temporal²⁶¹, dá-se a diferenciação entre o passado e o futuro, sendo o tempo a interpretação da realidade perante a distinção passado-futuro. Aqui, os horizontes do passado e do futuro não representam início ou final, havendo ainda o duplo horizonte, em que é possível especular sobre o passado (como foi a origem do mundo) e o futuro (o homem será superado pela engenharia genética que criou).

A dimensão material (objetiva) comporta duplo horizonte, com a esquematização da diferenciação externa e interna (fora e dentro). O sistema de sentido, como todos os outros sistemas, opera fazendo distinções e seleções, vivenciando e agindo relativamente a si e ao seu ambiente (outros sistemas). Quando o sistema realiza seleção em relação a si, caracteriza-se pelo agir. Se a relação é com o outro sistema, a caracterização ocorre pela vivência.

A diferenciação entre o agir e o vivenciar possibilita a produção e a reprodução de sentido. O vivenciar realiza a reprodução, atualizando e virtualizando (atualiza a autorreferência do sentido). O agir prepara e procura a vivência estabelecendo os pontos de partida, reproduz o sistema social (atualiza a autorreferência do sistema social). O agir e o vivenciar acontecem de forma simultânea e dissociável, sendo possível também o reagir.

Na dimensão social da socialidade, o sentido não aparece como uma situação de interdependência entre os seres humanos, mas uma “reduplicação particular da observação *ego-alter*”²⁶². Esses conceitos não estão associados às pessoas, e sim aos horizontes de sentido, e a abordagem do outro ocorre em um ambiente dual de observações. As três dimensões não estão divididas, apresentam-se de forma integrada, e a distinção das dimensões torna-se possível na evolução sociocultural das estruturas sociais.

Luhmann pontua uma evolução sociocultural com a escrita, pois com o registro escrito a comunicação pode ser preservada, independentemente da memória viva dos participantes da interação, atingindo os que não estão presentes em um momento escolhido livremente²⁶³.

Embora a comunicação exija ação, há dois momentos para que ela ocorra: o da formulação e o da aparição. As oportunidades de variação aumentam com a escrita, por exemplo, com a composição de proposições e frases para situações imprevisíveis. A escrita possibilita, ainda, o extraordinário avanço da filosofia, quando torna palpável a comunicação

²⁶¹ “O tempo se contrai – para usar uma expressão de Nicolau de Cusa – no presente, para poder se diferenciar de passado e futuro. A descrição do tempo, baseada na diferença passado-futuro, desempenha um papel fundamental na sociedade moderna. [...] A sociedade moderna expressa o tempo sob a forma de passado-futuro, porque as estabilidades diminuíram a tal ponto, que só permanece um futuro concebido como instável” (LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. São Paulo: Vozes, 2011. p. 244).

²⁶² *Ibidem*, p. 110.

²⁶³ *Ibidem*.

pelo prazer da coisa em si²⁶⁴. A filosofia origina-se com a escrita (*Sofia*), que expressa a habilidade de uma situação propiciar a comunicação séria, digna de preservação²⁶⁵. Nas sociedades contemporâneas, é possível fazer a diferenciação das dimensões do sentido com maior clareza.

Na Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, a autorreferência não significa uma tautologia ou um paradoxo insolúvel, afinal, a teoria encara o paradoxo de forma positiva, de modo que o sistema de sentidos se processa de maneira autorreferente e exige para tanto a generalização simbólica²⁶⁶.

O simbólico é o meio de formação da unidade e a generalização exerce o papel de função, existindo uma diferença no operar e no simbólico. Essa diferença faz possível o operar autorreferente. Por meio da generalização simbólica, demonstram-se as identidades nas vivências. As generalizações simbólicas são incorporadas ao mundo, que é constituído de sentido por meio da linguagem.

A Teoria dos Sistemas Autopoiéticos substitui a ideia de signos por generalizações simbólicas da autorreferência do sentido. A linguagem não pode ser um mero encadeamento de signos, e a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos também não considera a linguagem como simples meio de comunicação, uma vez que ela está presente no sistema psíquico, em que não há comunicação. A linguagem generaliza os sentidos utilizando-se de símbolos.

2.1.4 Comunicação: multiplicação da redundância

A ideia de que a comunicação consiste em um processo de transmissão é questionada por teóricos do Círculo Cibernético, formado nos Estados Unidos²⁶⁷ entre os anos de 1940 até meados dos anos 1950. Além da fecundidade do enfoque da “máquina inteligente”, o Círculo rendeu pesquisas para o campo da comunicação²⁶⁸.

Heinz von Foerster considerou que a comunicação baseada na ideia de troca de algo é mistério, portanto, a comunicação, dentro desse parâmetro de realizar uma troca, seria impossível. A comunicação não pode ser vista como um fio de troca de informações, conectado

²⁶⁴ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. São Paulo: Vozes, 2011. p. 110.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 183.

²⁶⁶ A ideia de generalização advém da Psicologia, utilizada por Parson para explicar a teoria da ação no enfoque de generalização simbólica para chegar ao *unitacts*. De acordo com Parson, uma ação só é possível com a identificação simbolicamente generalizada da unidade do contexto de seus componentes.

²⁶⁷ O período mais produtivo do Círculo Cibernético foi entre 1943 e 1953. A Cibernética, enquanto ciência, visava a produção de máquinas inteligentes que pudessem oferecer respostas aos usuários.

²⁶⁸ Participaram do Círculo Cibernético pensadores como Humberto Maturana, Gregory Bateson e Heinz von Foerster.

a duas caixinhas, com o emissor de um lado e o receptor do outro, pela simples razão de que a informação não é uma substância, uma coisa²⁶⁹.

Outrossim, Maturana repudia a ideia da transmissão de informação, pois comunicação só pode ser compreendida como “supercoordenação da coordenação dos organismos”²⁷⁰.

A metáfora da comunicação como transmissão recebeu críticas de Niklas Luhmann e da Teoria do Sistema Autopoiético. A metáfora da transmissão não pode ser concebida como pressuposto de uma teoria da comunicação, pois na comunicação não há transmissão de informação. Ao comunicar, não ocorre transferência de posse da informação, porque a informação não é um produto material transferível de um agente a outro.

Ao comunicar, ninguém se desfaz nem recebe automaticamente nada; a comunicação é um processo com efeito multiplicador²⁷¹, replicável e extensível para milhões de indivíduos, como ocorre com a rede mundial de informação (internet). O caráter da comunicação é de multiplicação, e não de transmissão. A transmissão remete a uma ideia de ontologia e simboliza a perda e o recebimento de algo, o que não ocorre no processo de comunicação.

A multiplicação no processo da comunicação²⁷² cria a redundância²⁷³, disponibilizando-se um excedente comunicacional a quem possa interessar. Em um processo simples, “A” participa, via WhatsApp, e envia algo para “B”, “C” e “D”; os envolvidos podem conversar

²⁶⁹ MARCONDES FILHO, Ciro. O princípio da razão durante o Círculo Cibernético: o observador e a subjetividade. *Nova teoria da comunicação*. São Paulo: Paulus, 2011. t. III. p. 40. Para o autor, “esa confusión presenta a la biblioteca como un depósito de conocimiento y de información. Sin embargo, una biblioteca no puede almacenar conocimiento e información, sino tan sólo docianenlos, libros, mapas, microfichas, diapositivas, etcétera (FOERSTER, Heinz von. *Las semillas de la cibernética*: obras escogidas. Barcelona: Gedisa, 1991. p. 125).

“Esta confusão apresenta a biblioteca como um repositório de conhecimento e informação. No entanto, uma biblioteca não pode armazenar conhecimento e informações, mas apenas documentos, livros, mapas, microfichas, slides etc.” (tradução livre).

²⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. São Paulo: São Paulo: Vozes, 2011. p. 295.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 294.

²⁷² “La esencia y *raison d'être* de la comunicación es la creación de redundancia, significado, patrón predecibilidad, información y/o la reducción del azar mediante la ‘restricción’” (BATESON, Gregory. *Pasos para una ecología de la mente*. Buenos Aires: Lohlé-Lumen, 1971. p. 278).

“A essência e razão de ser da comunicação é a criação de redundância, ou seja, padrão de previsibilidade, informação e/ou a redução do acaso através da restrição” (tradução livre).

²⁷³ “El concepto de redundancia se deriva comúnmente, como lo he derivado yo, considerando, primero el máximo de información que podría ser portado por un determinado ítem, y considerando luego en qué medida este total puede ser reducido por el conocimiento de los patrones circundantes, de los que ese ítem es una parte componente. Pero hay buenas razones para examinar todo el asunto desde la cara opuesta. Podríamos considerar la estructuración mediante patrones o predecibilidad como la esencia misma y *raison d'être* de la comunicación y considerar el caso de la letra única, no acompañada de señales colaterales como un caso peculiar y especial” (*Ibidem*).

“O conceito de redundância é comumente derivado, como tenho dito, considerando, primeiro, a quantidade máxima de informação que poderia ser portata por um dado ítem, e então considerando até que ponto esse total de informação pode ser reduzido pelo conhecimento dos padrões circundantes, dos quais este ítem é um componente. Mas há boas razões para examinar o assunto do lado oposto. Poderíamos considerar a estruturação através de padrões ou previsibilidade como a própria essência e razão de ser da comunicação e considerar o caso da letra única, não acompanhada de sinais colaterais como um caso peculiar e especial” (tradução livre).

entre si sobre a informação e replicá-la para uma multidão de usuários. A mesma mensagem pode ser comunicada por televisão e rádio.

Sob a perspectiva do observador, não se trata de transmissão de informação, mas de uma disseminação de redundância, as atividades fazem com que o universo do observador seja mais ordenado e redundante. Assim, “las reglas del ‘juego’ jugado [...] explican (en calidad de restricciones) lo que de otra manera sería una coincidencia desconcertante e improbable en el universo del observador”²⁷⁴.

Todo processo comporta uma “sobreprrodução de excedentes”²⁷⁵; o conhecimento multiplica-se, podendo implicar esquecimentos e desatualização, pois, quando não há atualização do tema, o que foi participado rapidamente cai no esquecimento, por desinteresse.

Em razão da ampla diversidade social e psíquica entre os indivíduos, por mais que o observador tente estabelecer igualdade de conteúdo comunicacional, provavelmente tal feito seria impossível. A multiplicidade da comunicação não garante igualdade de conteúdo comunicacional, o processo de intensificação de redes de comunicação com base na redundância apenas segue.

2.1.5 Comunicação: acontecimentos seletivos e condicionamentos mútuos

A comunicação é processo que ocorre mediante seleção e é elementar para a constituição do sentido, sendo, portanto, um acontecimento seletivo em que a seleção é o próprio horizonte e, por conseguinte, uma informação, no sentido de um estímulo.

A comunicação é uma realidade que ocorre na síntese de três seleções distintas, classificadas por Luhmann como: a) seleção da informação; b) seleção do ato de comunicar; c) seleção que se realiza no ato de entender ou não entender a *informação e o ato de comunicar*.

A análise de cada uma dessas categorias é importante para assumir a premissa de que a comunicação é um acontecimento que requer entendimento. A comunicação acontece quando há distinção entre a informação e o ato de comunicar.

Esse ato demonstra que se distinguiram o valor da informação e seu conteúdo, separando os motivos da seleção da informação da própria informação²⁷⁶. Enquanto a distinção não se realiza, o que ocorre é simples percepção, um fenômeno físico que preexiste sem comunicação.

²⁷⁴ “As regras do ‘jogo’ jogado explicam (em qualidade de restrições) o que de outra maneira seria uma coincidência desconcertante e improvável no universo do observador” (tradução livre) (BATESON, Gregory. *Pasos para una ecología de la mente*. Buenos Aires: Lohlé-Lumen, 1971. p. 278).

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 295.

²⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. São Paulo: São Paulo: Vozes, 2011. p. 295 e 297.

A percepção está fechada no campo da consciência, não é visível para o sistema social e para as outras consciências, não pode ser aceita, rechaçada, questionada. Quando exteriorizada, tem como importância única, no processo de comunicação, oferecer oportunidade a comunicações sucessivas.

A primeira seleção ocorre na escolha da informação, seja qual for o valor da novidade; sem a escolha da informação, o processo de comunicação não se inicia. *Alter* seleciona a informação que vai participar com *Ego*, realizando então o ato de participar.

A primeira distinção está na informação e no ato de participar (comunicar). Primeiro, *Alter* precisa recorrer ao sentido para verificar a relevância da informação e suas características (correta, falsa), para decidir se vale realmente participá-la e se pode ser entendida. A seleção da informação é, na verdade, uma diferenciação, e não uma exteriorização, pois a informação modifica o estado e opera outra diferença.

A informação pode ter caráter de novidade, surpresa. É a informação que possibilita as inúmeras seleções realizadas pelos sistemas. Com a informação, os horizontes de seleção tornam-se predefinidos. A informação “irrita” o sistema, fazendo com que o sistema reaja, enquanto gera expectativas e uma escala de possibilidades. Se a informação é sobre carro, não se confunde com navio.

A segunda seleção de *Alter* é no ato de comunicar: como participar a *Ego*, a forma da participação. Mesmo que não haja a intenção de participar, se *Ego* observa a diferença entre a informação e a participação, a comunicação é possível. A comunicação ocorre sem palavras, basta o sorriso, o olhar, as roupas. Assim, não só a intencionalidade, mas também a linguisticidade²⁷⁷ fazem parte do conceito central de comunicação²⁷⁸.

A síntese das três seleções – informação, participação e compreensão – forma a unidade, que é a comunicação. O último processo, correspondente ao entendimento e à diferenciação entre a informação e o ato de comunicar, constitui a compreensão, que não implica a aceitação da comunicação, apenas amplia as possibilidades para que o *Ego* rechace, resista, discorde ou aceite. Esses últimos comportamentos formam a unidade comunicacional do ato de comunicar, possibilitando as conexões, pois eles geram mais comunicação.

²⁷⁷ A linguagem possibilita que o processo de comunicação se distinga do contexto da percepção e assegura a reflexividade do processo de comunicação, podendo comunicar-se sobre comunicação. A comunicação é tratada como informação e participada. É a reflexividade que garante no sentido de possibilidade de referir o processo comunicacional a si mesmo. Por fim, ela compensa a complexidade em razão da seletividade mais crítica, pode-se, por exemplo, perguntar. Na comunicação linguística a remissão reflexiva à comunicação é disponível de tal forma, que se criam bloqueios como a metáfora, os paradoxos, as ambiguidades intencionadas (LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais*. Esboço de uma teoria geral. Local: Vozes, 2016. p. 177).

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 175.

Pode-se aceitar ou rejeitar a premissa comunicativa, criando decisões conectivas. No entanto, a comunicação, de antemão, antecipa essas decisões conectivas impelindo, por exemplo, a rejeição, o que acontece por meios simbolicamente generalizados da comunicação. Exemplo de pressão são signos abstratos como o próprio “é”.

Por conseguinte, surgem subprodutos da comunicação, códigos que são disseminados pelos meios de comunicação e que possuem semânticas, todavia a comunicação retorna e reproduz a possibilidade de aceitar ou rechaçar.

A comunicação transforma a diferença entre a informação e a participação na diferença entre aceitação e rejeição da participação, considerando um limite temporal. As diferenças são dados contingentes e inesperados.

A comunicação é um processo que maneja materiais dotados de sentido mútuos, “da transformação da liberdade em liberdade sob condicionamento”. A diferenciação permite o processo de comunicação e confere a liberdade. Por exemplo, os conceitos podem ser feitos e refeitos de forma bem diferenciada.

O pressuposto último da comunicação é a compreensão; pode existir engano ou equívoco, mas sempre haverá a possibilidade da compreensão. A distinção que *Ego* faz entre informação e participação autoriza-o a criticar e rejeitar. A reação de *Ego* abre uma margem imensurável de possibilidades de comunicação.

O processo comunicativo reage a si mesmo, podendo suprimir, complementar o que foi dito, argumentar e contra-argumentar. Na teoria de Luhmann, a comunicação é o processo social elementar da constituição do sentido, é a união temporária de acontecimentos seletivos sob o condicionamento mútuo-recíproco²⁷⁹.

A comunicação é realizada mediante um processo que se concatena com as ordenações de temas, aos quais as contribuições se referem. O processo ocorre na diferenciação constante de temas e contribuições. Enquanto os temas discriminam as contribuições e os contribuidores, sintetizam diferentes contribuições, atribuindo-lhes um plexo de sentido que as permite ser mais duradoras. Os temas reduzem a complexidade da linguagem, que é aberta a muitas possibilidades e controla o comportamento.

Temas possuem um aspecto temporal, podendo ser antigos e, portanto, não merecer atenção ou, em razão de serem muito novos, afastar a atenção, pois suas contribuições podem ser despidas de sentido. É o risco, por exemplo, da presente tese, que busca contribuir em temática nova, que possui pouco tempo de reflexão acadêmica²⁸⁰.

²⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais*. Esboço de uma teoria geral. São Paulo: Vozes, 2016. p. 178.

²⁸⁰ Veja no próximo item as observações de Pierre Levy sobre a temática da interatividade e interação.

Nesse contexto, comunicação não é impossível, mas a improbabilidade da ocorrência das três seleções é alta, em virtude da necessidade de sintonia entre estados que são muito diferentes. Isso afeta três situações relevantes para que a comunicação se concretize.

Primeiro, o sentido, que leva em consideração o contexto, a percepção e a memória. A compreensão inclui o mal-entendido, mas um excesso de mal-entendidos torna improvável a obtenção do sentido e a comunicação.

Segundo, alcançar o interessado também não é tarefa fácil, inicialmente porque o sistema de comunicação atual produz mais processos de comunicação entre ausentes do que entre presentes. Mesmo a rede de comunicação mundial e as plataformas de comunicações como WhatsApp, que garantem uma comunicação simultânea, não podem uniformizar o sentido de território onde a pessoa se encontra, o que faz com que as preocupações possam ser muito diversas, dificultando a comunicação.

Esse é um dos fatores que faz agentes especializados em comunicação criarem verdadeiros centros de captação de dados de interessados para promoção de técnicas de seleção. Saber aquilo que o interessado tem como preocupação facilita de forma singular a probabilidade da comunicação.

Por último, o sucesso é possível quando há acoplamento bem-sucedido nas seleções, e as redes de conexões, quando não encontram perspectiva, desaparecem rapidamente e a comunicação é abandonada.

Quando a comunicação ultrapassa o sistema da interação entre presentes, torna-se mais difícil, e, quando há a compreensão, a rejeição é mais fácil. O que ocorre é a falta ou a deficiência de auxílio interpretativo, o que faz com que a comunicação ganhe cada dia mais sofisticação para ser realizada.

Os sistemas sociais evoluem em razão da comunicação e, por isso, as comunicações ocorrem sempre quando os problemas que a impossibilitam são resolvidos. Os meios permitem que a comunicação passe do improvável para o provável, conseguem intensificar a compreensão para além do que é perceptível, utilizando a linguagem para tanto, além de outros recursos, como é realizado nos meios audiovisuais (rádio e televisão). O rádio usa o som, a percepção auditiva, para ajudar a compreensão; a televisão aposta na imagem.

Os meios de difusão baseados na linguagem fazem a expansão da comunicação, com uma técnica de seleção peculiar dos próprios meios. As técnicas antigas de comunicação entre presentes, como a retórica ou o debate em praça, não são bem-sucedidas nesses ambientes, que apostam em outras técnicas de aproximação e seleção para manter viva a probabilidade de concretização da comunicação.

Ainda, os meios de comunicação simbolicamente generalizados são funcionalmente utilizados para que a comunicação ocorra. Assim, empregam generalizações que simbolizam a conexão entre a seleção e a motivação, sucedendo uma unidade, embora haja diferenciação²⁸¹. Esses meios, como dinheiro, propriedade, justiça, valores fundamentais, poder, amor, condicionam a seleção, assegurando a eleição da proposta feita. Garantem maior probabilidade da comunicação e conduzem a produção e reprodução dos sistemas sociais.

2.2 Da interação à interatividade

Uni o que é completo e o que não é, o que concorda e o que discorda, o que está em harmonia e o que está em desacordo.

Heráclito, Éfeso (540 a.C.-470 a.C.)

2.2.1 Jogos de interação: do biológico aos sistemas de interação

As interações são as formas mais primárias das relações sociais, baseadas em uma das potencialidades do humano, a reciprocidade²⁸²⁻²⁸³. Do latim, a combinação de *inter*, *agere* e *ción* origina *interactio*, cuja significação literal equivale a “mover, impulsionar entre ação”.

As primeiras interações humanas nascem no âmbito familiar. Posteriormente, as interações são realizadas nas comunidades, em templos religiosos, no ambiente escolar, ou seja, nos laços mais incipientes das relações. Com a atividade laborativa, as interações se desenvolvem no âmbito do ambiente do trabalho. Em outras circunstâncias, os seres humanos buscam realizar interações sociais simples, descompromissadas, como nos grupos de amigos, nas tribos urbanas.

As relações interacionais são a base do viver humano, e sua insuficiência ou privação pode resultar em espécies de doenças, principalmente as desordens de caráter mental, que podem estar associadas a problemas ou rupturas de interações que sempre estão interligadas com situações comunicacionais²⁸⁴.

Bateson, ao realizar uma relação entre comunicação e esquizofrenia, assinala que mais importante do que *o que se fala é como se fala*, ou seja, entonação, expressão, os movimentos do corpo, a comunicação. A compreensão da comunicação é o entendimento de que

²⁸¹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais*. Esboço de uma teoria geral. São Paulo: Vozes, 2016. p. 187.

²⁸² Cf. o Estudo dos Meninos Selvagens, referido no Capítulo 1.

²⁸³ Sobre a socialidade do humano, cf. MALSON, Lucien. *Les enfants sauvages*. Paris: 10/18, 1964.

²⁸⁴ BATESON, Gregory. *Pasos para una ecología de la mente*. Buenos Aires: Lohlé-Lumen, 1971.

“comunicação é um jogo”²⁸⁵. Um distúrbio no processo compromete o jogo da rede de interações.

Partindo da diferenciação entre o que se fala e como se fala, Bateson chega à conclusão de que os esquizofrênicos não conseguem dominar o entendimento de que a comunicação é jogo. Os distúrbios são resultados das relações parentais infantis, quando a fala não corresponde à forma de agir; por exemplo, uma mãe que fala carinhosamente e age de forma violenta²⁸⁶. Os problemas sociais estão relacionados a alguma forma de ruptura na comunicação, interação e cooperação entre os diferentes grupos sociais²⁸⁷.

Para além das relações humanas, o universo é regido por processos interacionais, de modo que as partículas, o cosmo, os processos químicos e biológicos também estão em constante interação. A associação de diversos campos para o estudo da interação somente é possível com a chegada de novo paradigma epistemológico (da cibernética e da teoria dos sistemas).

Sob um novo paradigma, é possível fazer com que o estudo direcionado aos processos interacionais²⁸⁸ tenha um caráter interdisciplinar, com o protagonismo, por exemplo, da biologia-cultural e a manutenção de diálogo permanente com a Teoria dos Sistemas Autorreferentes, afinal a Biologia cede para a teoria sistêmica termos como *autopoiese*²⁸⁹ e acoplamento estrutural²⁹⁰.

2.2.1.1 Jogos de interação: ordem, desordem, organização

²⁸⁵ Ver item 1.1.4 “Jogos: mensagens interativas”.

²⁸⁶ BATESON, Gregory. *Pasos para una ecología de la mente*. Buenos Aires: Lohlé-Lumen, 1971. p. 146 e ss.

²⁸⁷ ARGYLE, Michael. *A interação social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1973. p. 15.

²⁸⁸ A interação é utilizada como elemento de conceito da psicologia social. “O campo próprio da psicologia social parece essencialmente o da interação” (MAISONNEUVE, J. *Introduction á la psychosociologie*. Paris: PUF, 1973. p. 12).

²⁸⁹ Maturana utilizou o termo “autopoiese” em substituição à expressão “organização circular”. Conta o autor que, ao conversar com um amigo filósofo, Jose Maria Bulnes, sobre o dilema de Dom Quixote em usar o caminho das armas (*la praxis*) ou o caminho da letra (*poiesis*), percebeu que a palavra de que precisava era “autopoiesis”. Após conversar com Varela, os dois biólogos utilizaram a palavra em substituição ao termo “organização circular” (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *De máquinas y seres vivos: autopoiesis, la organización de lo vivo*. Buenos Aires: Lumen, 2003. p. 11).

²⁹⁰ A teoria de sistema de Niklas Luhmann, conhecida como Teoria dos Sistemas Autopoieticos, buscou na teoria do conhecimento de Humberto Maturana e Francisco Varela conceitos como “autopoietico” e “acoplamento estrutural”. Em 1970, Maturana mudou a pergunta “o que é a vida?” por “qual critério pode ser utilizado para aferir que vejo um ser vivo quando digo que vejo um ser vivo?”. Ao responder à questão, observa-se que o sistema sob consideração opera como um sistema autopoietico molecular (*Ibidem*).

A religação da tríade indivíduo-sociedade-espécie, estudada por Edgar Morin em suas obras denominadas *Métodos*²⁹¹, é realizada a partir de um método científico que assegura a circularidade entre Física, Biologia e Antropossociologia, fazendo interagir os termos que remetem uns aos outros, para que, por esses processos de troca, possam alcançar um conhecimento complexo necessário para manter a relação indivíduo-sociedade-espécie²⁹².

Os jogos da interação referidos por Morin estão na esteira das interações dos elementos do universo estudado pelas ciências naturais, notadamente a Física, e são analisados a partir de teorias que podem ser chamadas de uma “nova revolução científica”, especialmente pela Teoria dos Sistemas, a forma particular por Ludwig von Bertalanffy, na década de 1950, e pelas teorias da informação e da cibernética. A Teoria dos Sistemas e as teorias desenvolvidas pelo Círculo da Cibernética levantam paradigmas científicos, contribuindo para a compreensão da complexidade dos sistemas e a explicação dos processos interacionais que regem o universo²⁹³. Von Bertalanffy²⁹⁴ é o primeiro a construir uma Teoria do Sistema Geral e considerou o sistema como um “conjunto de unidades em inter-relações mútuas”.

Marcio Pugliese realiza uma síntese das descrições sobre as várias observações do fenômeno sistema. O *sistema* em sentido global aparece como “conjunto de elementos inter-relacionados e organizados de modo a constituírem uma unidade global. Em sentido específico “sistema manifesta autonomia e emergência em relação àquilo que lhe é exterior”. E assim, o *microsistema* aparece como o “sistema que, dotado de autonomia, constitui um elemento de outro sistema igualmente autônomo”; e o *macrossistema* é “o sistema que, dotado de autonomia, resulta da organização sistêmica de outros sistemas também autônomos”²⁹⁵.

Ainda, o autor descreve o *subsistema* como “todo o sistema que manifesta subordinação relativamente a um sistema no qual se integra como parte”; o *ecossistema* como “conjunto sistêmico cujas interações e inter-relações constituem o meio do sistema nele englobado” e, por

²⁹¹ Edgar Morin mantém uma coletânea com enfoque no conhecimento e principalmente na complexidade. Método 1. *La Nature de la nature* (A Natureza da Natureza). Método 2. *La Vie de la vie* (A Vida da Vida). Método 3. *La Connaissance de la connaissance* (O Conhecimento do Conhecimento). Método 4. *Les Idées. Leur habitat, leur vie, leurs moeurs, leur organisation* (As ideias: *habitat*, vida, costumes, organização). Método 5. *L'Humanité de l'humanité: L'identité humaine* (A humanidade da humanidade: a identidade humana). Método 6. *L'Éthique complexe* (A Ética complexa).

²⁹² MORIN, Edgar. *O método 1. A natureza da natureza*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1987. p. 14.

²⁹³ Os progressos científicos, que raramente são produzidos pela refutação de teorias anteriores, surgem quando grupos de cientistas que produzem formas alternativas de estudar ou conceitualizar os problemas colocados em questão um determinado paradigma (KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 16-28).

²⁹⁴ BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 1977. p. 57.

²⁹⁵ PUGLIESI, Márcio. *Filosofia e Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista*. No prelo. p. 112.

fim, o *metassistema*, como “o sistema resultante das interações mutuamente transformadoras e englobantes de dois sistemas anteriormente independentes”²⁹⁶.

Edgar Morin define o sistema como “uma inter-relação de elementos que constituem uma entidade ou unidade global”²⁹⁷ e faz a aposta teórica de que Edgar Morin está no conhecimento articulado com a organização como princípio que articula o disjunto e complexifica o simplificado²⁹⁸. Ordem, desordem e organização são ligados por interações que permitem a construção e a reconstrução das coisas que estão no universo, em um movimento circular denominado “anel tetrálogo”.

Ao questionar a premissa segundo a qual a ordem é a soberana das leis da natureza, absoluta e imutável e que exclui a desordem, Morin coloca no lugar a ideia de que a organização e a ordem do mundo se edificam no e pelo desequilíbrio e pela instabilidade.

Todavia, o pensamento clássico do Ocidente, desde a Grécia, refuta a ideia de qualquer unidade entre ordem e caos. O pensamento é dissociativo e o caos – aquilo que traz indistinção, confusão e pode ser uma potência criadora ou destruidora – deve estar dissociado da ordem. Morin estabelece uma ligação entre ordem e desordem²⁹⁹ que, segundo ele, é uma ligação simples e com causalidade, além de necessária e imprevisível, em que a liberdade é apenas uma possibilidade de decisão e escolha.

A ordem, a desordem e a potencialidade organizadora somente podem ser pensadas em conjunto, sob a ideia de que, ao se desintegrar, o cosmo se organiza e que a ordem do universo advém apenas das catástrofes térmicas e das condições originais e singulares que determinam o processo constitutivo³⁰⁰.

As condições singulares funcionam como regras dos jogos e constituem a primeira face da ordem geral, um primeiro princípio. As leis de caráter universal surgem de um paradoxo entre as partículas (singularidades) e as eventualidades (acazos) do cosmo. Tal possibilidade

²⁹⁶ PUGLIESI, Márcio. *Filosofia e Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista*. No prelo. p. 112.

²⁹⁷ MORIN, Edgar. *O método 1. A natureza da natureza*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1987. p. 69.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 23.

²⁹⁹ A ordem e a desordem nascem praticamente juntas, porque a desordem é apenas relativa dentro dos processos interacionais. É possível haver e enxergar a ordem na desordem e a desordem na ordem. A relação ordem e desordem é una, porque é indistinta em sua gênese, complementar, a desordem é necessária para a organização, é concorrente, elas correm ao mesmo tempo, e antagônica (a desordem destrói a ordem organizacional e a organização dissipa e anula a desordem) (*Ibidem*, p. 54).

³⁰⁰ Essas ideias são apoiadas na obra de Morin pelas teorias de Ilya Prigogine e o desenvolvimento da termodinâmica (É possível explorar a ideia de um universo onde sua ordem e sua organização têm origem na turbulência, na instabilidade, na improbabilidade e na dissipação energética); na ideia sobre os *self-reproducing automata* de Von Neumann (o autômato “natural” (compreenda-se vivo) e funciona na desordem); nas colaborações de Von Foerster, que sugerem que a ordem própria à auto-organização está na *desordeih*: é a *order from noise principle*; e Henri Atlan elabora a ideia do acaso organizador (MORIN, Edgar. *O método 1. A natureza da natureza*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1987).

advém das interações necessárias entre as partículas que constituem o processo de organização³⁰¹. Apenas pelas interações são possíveis os jogos da ordem, da desordem e da organização.

As interações consistem em ações recíprocas, que podem modificar o comportamento ou a natureza de elementos, corpos, objetos, fenômenos que estão presentes ou se influenciam. Elas supõem elementos, seres ou objetos materiais que podem encontrar-se sob determinadas condições, como agitação, turbulência e fluxos contrários, obedecendo a determinações/imposições que dependem da natureza dos elementos. Por fim, em certas relações, tornam-se inter-relações e dão origem ao fenômeno da organização³⁰².

O fenômeno da organização somente é possível na interação e nasce pela desordem. Esses jogos acontecem nas partículas, nos sistemas vivos e sociais. Quanto mais diversidade, mais interações, e, quanto mais interações, mais complexidade.

As interações ocorrem em encontros aleatórios, porém, quando esses encontros comportam elementos e condições determinadas, passam a ter como efeito leis que fundam a ordem. Quando a organização é constituída, as regras dos jogos das interações surgem. Quando Newton afirma as interações gravitacionais como necessárias a todos os corpos, nasce uma lei suprema em que, apesar de externa, os objetos cooperam com a ordem e a desordem, em um movimento em que há descobertas de novas leis.

O surgimento da ordem, da desordem e da organização é possível somente com as interações, que mantêm essas dimensões ligadas em um anel solidário. As relações advindas desse anel são complexas, pois, ao mesmo tempo, podem ser complementares, concorrentes ou antagônicas. A ideia de jogo está no cerne da constatação de que existem regras que são imposições iniciais e princípios das interações em que o acaso reina.

As interações permitem combinações que formam um número ilimitado de possibilidades, contribuindo para que o grande jogo da vida seja realizado em possibilidades praticamente ilimitadas. O jogo é variado, aleatório, complexo e organizado e propicia a ordem, originando o anel tetralógico (ordem, desordem, organização). A circularidade desse anel é realizada pelas interações.

³⁰¹ É a disposição de relação entre componentes ou indivíduos que produz uma unidade complexa dotada de qualidade desconhecidas.

³⁰² MORIN, Edgar. *O método 1. A natureza da natureza*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1987. p. 53.

Disso surge um novo universo que mistura desordem e ordem, organizado em um grande jogo interativo, policêntrico e fragmentado. No universo anterior, o relógio regulava, agora as nuvens tornam o destino incerto³⁰³.

2.2.2 A interação nos sistemas autopoieticos

As interações realizam as possibilidades de organização, desorganização, reorganização, criação, recriação, produção e autoprodução dos próprios entes, das relações entre os entes e das relações entre sistemas. Elas acontecem de forma recursiva com o entrelaçamento entre um processo cíclico repetitivo e um processo linear, sendo uma impossibilidade a descrição do universo, de suas partículas e da vida que nele habita sem os seus processos interacionais. Maturana descreve a vida a partir dos processos interacionais e lança a ideia de “autopoiese”³⁰⁴.

Nos sistemas autopoieticos, em sua dimensão biológica, as interações são realizadas em redes fechadas de produções moleculares, o que gera mais redes de produções moleculares que as produzem. O resultado da dinâmica da rede fechada de produções é uma contínua produção do sistema.

São as interações das redes de processos moleculares que geram recursivamente as mesmas redes de processos de produções moleculares. As interações possibilitam a *autopoiese* e a conservação do ser vivo, marcando a existência do ser, na medida em que os seres vivos existem e são seres vivos na contínua produção de si mesmos. “A *autopoiese* é o ser e a realização do viver”³⁰⁵.

Na dimensão social do ser biológico cultural, as interações possibilitam que os sistemas vivos *autopoieticos*, dotados de estrutura dinâmica, possam permanecer em contínua mudança estrutural, com a conservação do organismo. A mudança estrutural, importante para a manutenção da vida, é possível pela plasticidade estrutural, ocorrendo o acoplamento estrutural para a adaptação do ser vivo ao meio. As mudanças estruturais acontecem na relação dos componentes ou nas características dos componentes³⁰⁶, quando os sistemas interagirem entre si, de forma recursiva, gerando um acoplamento estrutural.

³⁰³ MORIN, Edgar. *O método 1. A natureza da natureza*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1987. p. 63.

³⁰⁴ A célula, como sistema autopoietico, é fechada em sua autocriação, mas aberta ao fluxo de moléculas e energia (MATURANA, Humberto; YÁÑEZ, Ximena Dávila. *Habitat humano: em seis ensaios sobre biologia-cultural*. São Paulo: Palas Athenas, 2009. p. 262).

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 273.

³⁰⁶ MATURANA, Humberto. *Desde la biología a la psicología*. Buenos Aires: Lumen, 2004. p. 45.

Se não há acoplamento, os sistemas se separam; se há acoplamento estrutural, podem ocorrer várias interações sem que haja perda da organização. As mudanças estruturais se dão por interações seletivas, com seleções de forma mútua, dentro de uma possibilidade de mudança que a estrutura pode sofrer. O sistema manipula o meio pelos acoplamentos, adaptando-se com mudanças sucessivas. As estruturas iniciais do ser vivente mudam conforme as interações, e estão sujeitas ao que Maturana intitula de epigênese, durante a ontogenia – a história das mudanças estruturais.

No âmbito social, a linguagem (acoplamento estrutural entre os sistemas psíquico e social, em Luhmann) é um dos mecanismos que permite a interação dos seres humanos. As interações sociais ocorrem com as coordenações de condutas dos membros, em um domínio consensual, em que há recorrência de interações cooperativas. Maturana marca, assim, a sua ideia de sistema social.

Nas recorrências de interações cooperativas, o acoplamento estrutural se dará de forma recíproca e dura enquanto permanece a reciprocidade. Essa sociedade³⁰⁷ baseada no amor e na reciprocidade, coordenada por condutas e interações cooperativas, é o biológico-social do humano. As interações sociais são jogos de amor – o amor é o fundamento do humano.

No entanto, as redes de conversações que constituem uma determinada cultura podem adicionar outros elementos que, segundo Maturana, não são elementos de caráter social. Como para o biólogo o fundamento do humano é o amor e suas redes de interações cooperativas, quaisquer outros elementos baseados em interações de comando ou poder são criados por redes de conversações que formam a cultura, distanciando o humano de sua natureza social-biológica.

Pautado por essa possibilidade, Maturana afirma que a inteligência³⁰⁸, por exemplo, se dá nas interações dos viventes, por meio da experiência de seu viver, sustentando que as culturas podem suprimir os domínios consensuais ou de acoplamento estrutural ontogênico.

Isso é admissível quando se impõem restrições que determinam quais as experiências possíveis e a forma de comportamento adequado aos seus membros, concedendo vantagens aos

³⁰⁷ A classificação de sistema social para Maturana é bem diversa da de Luhmann. Nos sistemas sociais baseados na emoção do amor, as interações se fazem com base na cooperação. Os sistemas de trabalho estão baseados em processos interacionais com a predominância na emoção compromisso. Sistemas sociais de hierarquia e de poder que mantêm sua dinâmica com base na obediência e na ordem não seriam sistemas sociais (MATURANA, Humberto. *Desde la biología a la psicología*. Buenos Aires: Lumen, 2004. p. 45).

³⁰⁸ A inteligência se dá “como a expressão da plasticidade estrutural orgânica, tanto anatômica como fisiológica, que faz possível para cada organismo sua participação no estabelecimento e no operar dentro dos domínios ontogênicos de acoplamentos estruturais” (*Ibidem*, p. 26). Afirmando que para a Biologia as condutas não se herdam, Maturana rechaça que a inteligência seja herdada (*Ibidem*, p. 30 e ss.).

que desempenham condutas estipuladas culturalmente. As culturas que favorecem os acoplamentos estruturais ontogênicos dão espaços a seleções inteligentes³⁰⁹.

O Direito pode, desse modo, segundo Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, “manter determinadas significações e impô-las como legítimas de forma a dissimular relações de forças, o que se denomina de violência simbólica”³¹⁰.

Na dimensão social, o humano é um ser vivente linguajante-relacional-comunicacional. A realidade social seria apenas um sistema de relações em que as diferenças de ideias, opções sexuais e juízos formam uma dimensão da vida social que se apresenta como um jogo de influências mútuas³¹¹.

2.2.2.1 Os sistemas de interação

Existe uma diferenciação entre os sistemas sociais, organizacionais e de interação. As interações, as organizações e a sociedade são tipos diversos de sistemas sociais, segundo a Teoria do Sistema Autorreferente³¹².

O sistema social é determinado pela diferença e não identidade entre interação e sociedade. A interação é um acontecimento social e, como tal, não pode ser considerado como ambiente do sistema social. A relação entre os sistemas, embora conduza a uma diferenciação, não pode ser tratada como relação sistema-ambiente nem vice-versa³¹³.

³⁰⁹ Em crítica à forma de observar as interações de Maturana, assinalam que o biólogo impõe uma regra moral própria, esquecendo que a Ciência não comportaria “dever ser”, pois o dever ser é uma linguagem da ética (GIBERT, Jorge; CORRE, Beatriz. La teoría de la autopoiesis y su aplicación en las ciencias sociales. El caso de la interacción social. *Cinta Moebio*, 2001). Sobre a relação entre o conhecimento e a ética, temos que “Há distinção, bem entendido, mas também vinculação entre o conhecimento (saber) e a ética (dever). Esse vínculo aparece quando se toma em consideração o ato moral não isolado, mas na sua inserção e nas consequências do mundo. [...] Deve estabelecer o vínculo mesmo conservando a distinção existente. O pensamento complexo reconhece a autonomia da ética ao mesmo tempo em que religa pelo estabelecimento do vínculo entre o saber e o dever” (MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. 4. ed. Trad. Juremir Machado Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 69 e ss.).

³¹⁰ “O Jogo do Um, que se exerce pela ostentação, pela vigilância mutualmente exercida e pela exigência de paralisar a ação do Outro, diálogo-reflexão, única alteridade capaz de reinstaurar a multiplicidade, o que quer dizer pela violência. [...] O poder certamente está exposto a equívocos, sobretudo à confusão a violência e a coerção, que são apenas os últimos resultados físicos do poder. [...] o poder é sempre imaginário, em oposição à autoridade, que encontra seu lugar no registro simbólico” (SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Poder jurídico e violência simbólica*. São Paulo: Cultura Paulista, 1985. p. 210-213).

³¹¹ FISCHER, Gustave Nicoles. *Psicologia social*. Conceptos fundamentales. Madrid: Narcea, 1990. p. 18-19.

³¹² Luhmann descreve o sistema dividido em um primeiro momento em máquinas, organismos, sistemas sociais, sistemas psíquicos. Em uma segunda divisão, os sistemas sociais estão divididos em interações, organizações e sociedades (LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais*. Esboço de uma teoria geral. São Paulo: Vozes, 2016. p. 17).

³¹³ Entre sistema de interações e sociedade, há as organizações (*Ibidem*).

A sociedade, após sua evolução semântica, transforma-se em um conceito abrangente, capaz de abarcar tudo o que é social. Os novos temas que surgem, por não poderem inaugurar nenhum ambiente social, apenas conduzem a um crescimento da sociedade.

A resposta para a questão do entorno é simples: se tudo o que é comunicação é sociedade³¹⁴, sistemas que mantêm a comunicação como elemento não podem ser entorno da sociedade, pois estão inclusos na própria sociedade, cuja unidade é sua autorreferência³¹⁵. A sociedade, portanto, não tem como se comunicar com o seu entorno, mas por ele, por meio da interpenetração.

Isso permite uma distinção entre a sociedade e os sistemas de interação. Os sistemas de interação mantêm relações comunicativas em seu interior. A sociedade não está circunstanciada em um sistema maior, suas operações ocorrem a partir de si mesma, por meio da auto-observação, da autodescrição.

As interações ocorrem entre presentes, possível quando *Ego* percebe *Alter* e vice-versa. A percepção é “um modo primário e maximamente difundido de informação, e somente em poucos casos ela se sedimenta na comunicação”³¹⁶. Apesar de ser uma conquista psíquica, torna-se um fenômeno social quando percebe que se percebe em um movimento reflexivo (dupla contingência).

A percepção leva vantagem sobre a comunicação, abarca maior complexidade no acolhimento da informação, aproximando-se desta e captando-a em um ritmo intenso, quase contemporâneo, ao passo que a comunicação necessita de movimentos sequenciais.

A percepção mantém um menor compromisso com a negação e com a probidade da informação, além de possuir uma grande capacidade de modular a comunicação, enfraquecendo-a, intensificando-a ou realizando uma comunicação inversa.

É a partir do perceber reflexivo que a interação se desenvolve, deixando que a comunicação transcorra. Quando se percebe que é percebida, a comunicação é espontânea, inevitável. A percepção guia os protagonistas a mover-se em uma direção; a ausência de percepção perturba e interrompe a comunicação.

As interações são possíveis quando pessoas³¹⁷ se reúnem e dirigem a seleção das percepções, que temporalmente é articulada em episódios, como um prosseguimento da

³¹⁴ Luhmann excepciona a regra ao falar de um deus que comunica, mas estaria fora da sociedade (LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais*. Esboço de uma teoria geral. São Paulo: Vozes, 2016. p. 17).

³¹⁵ *Ibidem*, p. 463.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 468.

³¹⁷ “Como pessoas, não se têm em vista aqui sistemas psíquicos, para não falar de pessoas como um todo. Uma pessoa é muito mais constituída, a fim de ordenar expectativas de comportamento, que podem ser resgatadas por ela e somente por ela. Alguém pode ser uma pessoa para si com o auxílio de um sistema psíquico e de seu corpo,

convivência social. Em uma dimensão social, a interação ocorre a partir de vínculos que permitem ao outro a opção (liberdade) de entrar ou não na interação. Os participantes se encontram fora dos sistemas de interação, expostos, portanto, a outras expectativas, papéis, vínculos e compromissos³¹⁸, o que possibilita aos participantes que a vinculação possa se transformar em liberdade³¹⁹.

Por último, a dimensão social proporciona que os processos de interações tenham temas selecionados a partir de possibilidades determinadas e determináveis, enquanto a escolha do tema é concreta e contingente. A contingência de maneira articulada permite à interação dirigir-se a si mesma. A contingência cria uma memória; assim, se o orador faltou e foi substituído, a memória coletiva a curto prazo está garantida.

As interações contribuem para a evolução dos sistemas sociais, na medida em que abrem o caminho para formações estruturais; ao mesmo tempo, as interações iniciam e desaparecem rapidamente e, conseqüentemente, formam um substrato anárquico que possibilita um material que é posto em jogo para a evolução sociocultural³²⁰. A evolução sociocultural é possível em razão da diferenciação da sociedade e da interação.

Entre a sociedade e a interação, é possível afirmar, segundo a Teoria do Sistema Autorreferente, que a sociedade seleciona as interações que são renovadas constantemente com um alto grau de improbabilidade, sem exclusão das contradições; “a força da seleção é obtida a partir do fato de que o que está em questão são padrões de ordenação em si improváveis, que, apesar disso, mas apenas sob certas condições, provavelmente funcionam”³²¹.

Os atos de escrever e ler, assim como o aparecimento do sistema massivo de comunicação, iniciado a partir da impressão, proporcionaram uma possibilidade de processos de interações subsequentes, mas estão livres de interação, embora Luhmann afirme que configurem uma interação comunicacional³²².

e, por sua vez, que se retirem e vinculem: expectativas em relação a si mesmo e aos outros. Quanto mais expectativas e quanto mais forem os tipos de expectativas que venham a ser individualizadas desse modo, tanto mais complexa é a pessoa” (*Ibidem*, p. 357).

³¹⁸ Somente a sociedade pode possibilitar identificação como contexto de pessoas, papéis, programas.

³¹⁹ É possível o agir social sem processos de interação, desde que as ações tenham sentidos que remetam à sociedade. Na sociedade contemporânea, o agir social solitário é muito frequente, pois há muito mais possibilidade de isolamento.

³²⁰ Por óbvio que a evolução da sociedade faz a distinção mais clara entre interação e sociedade, as sociedades primitivas tinham uma grande aproximação com interação, os subsistemas, como família, são formados de modo concentrado nas interações. A evolução da sociedade diferenciou mais os sistemas de interação da sociedade.

³²¹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais*. Esboço de uma teoria geral. São Paulo: Vozes, 2016. p. 491.

³²² Os sociólogos Donald Horton e Richard Wohl utilizam o termo “parasocial interaction” para designar o que ocorre nos meios de comunicação de massa (TV e rádio). Os sociólogos consideram a existência de uma ilusão de relação face a face, uma simulação de uma relação de dar e receber que ocorre em uma conversação. As escolhas do público se restringem em se retirar, trocar de canal, sair de forma unilateral. Não há relação, não há reciprocidade, desenvolvimento mútuo. Do lado do meio, há criação de *persona* (personagens) que são

2.2.3 Para além da interação: interatividade

Estabelecer parâmetros de verificações aceitáveis para conceituar a palavra “interatividade” é uma dificuldade vivenciada por qualquer autor que decida adotar o termo em uma pesquisa. A própria utilização da palavra pode ser alvo de objeções a partir da simples leitura de um título ou subtítulo.

A conceituação de interatividade traz, a princípio, tipos de dificuldades como a desconhecida origem e seu pouco tempo de existência, bem como a associação da palavra ao mundo não desvendado das novas tecnologias.

A interatividade é conceito central para o estudo dos novos meios de comunicação, mas apresenta dependência conceitual da palavra “interação” (comunicação não mediada)³²³ e da evolução das telecomunicações e das tecnologias de informação. As características potenciais da interatividade vão sendo descritas por graus (intensidades) de interatividade, quanto mais as tecnologias evoluem, mais as características da interatividade mudam³²⁴.

A palavra “interatividade”, com quase meio século de existência, surge com as novas tecnologias de informação e comunicação (TIC). O avanço das TIC, nas décadas de 1970 e 1980, permitiu o aparecimento do termo e sua utilização de forma mais acentuada.

A palavra está relacionada ao substantivo “interação” e ao adjetivo “interativo”. Na literatura, Pierre Levy não faz distinção entre interação e interatividade³²⁵, e, no início do século XXI, a interatividade é explorada como uma extensão de interação³²⁶.

O termo “interativo” aparece documentado na literatura pela primeira vez no mesmo século em que surgiu o rádio, em um artigo publicado por I. Taylor, em *Saturday Even*, datado de 1891, denominado “Interação entre o leitor e o escritor”³²⁷.

padronizadas de acordo com uma fórmula que não permite surpresas desagradáveis. A interação do público é feita por meio de símbolos que o submetem aos padrões propostos. A ilusão ocorre porque a relação é unilateral, criada e controlada pelo meio (HORTON, Donald; WOHL, R. Richard. Mass communication and para-social interaction: observations on intimacy at a distance. *Psychiatry: Participations*, v. 3, issue 1, May 2006).

³²³ QUIRING, Oliver. Interactivity. *The International Encyclopedia of Media Effects*, 2017.

³²⁴ MCMILLAN, Sally J. A Multifaceted tool for a complex phenomenon: coding web-based interactivity as technologies for interaction evolve. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1083-6101.2008.00420.x>. Acesso em: 30 maio 2019.

³²⁵ LEVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 77.

³²⁶ JENSEN, Jens F. Interactivity. Tracking a new concept in media and communication studies. *Nordicom Review*, Göteborg, v. 19, n. 1, p. 185-204, 1998.

³²⁷ SÁDABA CHALEZQUER, María Rosario. Interactividad y comunidades virtuales en el entorno de la world wide web. *Comunicación y Sociedad*, Pamplona, v. XIII, n. 1, p. 139-166, 2000. Observa-se que em Luhmann a interação ocorre entre presentes.

Em 1977, era anunciada no Estado de Ohio, nos EUA, a primeira TV interativa a cabo e por assinatura, o sistema QUBE. A publicidade sentenciava: “the age of passive viewing is over”. A TV a cabo contava com 30 canais, número considerado muito elevado para o padrão da época, dos quais dez canais eram comunitários e a produção era realizada localmente.

O objetivo era criar métodos para que os grupos locais interagissem. A TV durou sete anos e um de seus maiores desafios foi lidar com a privacidade dos dados de seus usuários, que participavam da audiência fornecendo informações pessoais, como suas opções eleitorais e seus hábitos, objeto de interesse, portanto, de comerciantes e políticos.

Oficialmente, um decreto datado de 22 de dezembro de 1981, da Agência para a Informática do Governo francês, definiu “interatividade” como a qualidade de *hardware* e de programas ou condições de operação que permitem ações recíprocas por conversações com usuários ou em tempo real com dispositivos³²⁸.

Em 1985, a palavra “interatividade”³²⁹ foi mencionada em um boletim exclusivo dedicado ao tema do Institut de l’Audiovisuel et des Télécommunications en Europe (Idate), em razão do surgimento do Minitel. O Minitel foi um terminal de consultas de banco de dados comerciais existente na França. O serviço *on-line*, revolucionário para muitos, foi também considerado um dos precursores da internet. O serviço permitia que os franceses pesquisassem registros telefônicos nacionais, comprassem roupas, bilhetes de trens, lessem jornais, trocassem mensagens e fizessem reservas em restaurantes³³⁰.

³²⁸ HOLTZ-BONNEAU, Françoise. *La imagen y el ordenador*. Madrid: Tecnos, 1986. p. 85. [Edición original: *L’image et l’ordinateur*. Paris: Aubier Ina, 1986.]

³²⁹ Antes do boletim exclusivo sobre interatividade, a Idate já havia publicado textos sobre o tema. Confira: KRETZ, Francis. Dialogue, service, interactivité et leurs composantes. *Bulletin de L’Idate*, Paris, n. 11, 1983.

³³⁰ SAYARE, Scott. On the Farms of France, the Death of a Pixelated Workhorse. *The New York Times*, 27 jun. 2012. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2012/06/28/world/europe/after-3-decades-in-france-minitels-days-are-numbered.html>. Acesso em: 8 jul. 2019.

Data do final da década de 1990 a introdução do vocábulo “interatividade” em dicionários, como o da Real Academia Espanhola³³¹ e o de Oxford³³². No Brasil, o termo foi indicado nos dicionários Houaiss³³³ e Aurélio³³⁴ no início dos anos 2000.

Materiais especializados e textos acadêmicos informam que, até o início dos anos 2000, dicionários e manuais importantes na área da comunicação, como *The Dictionary of Mass Media & Communication*, *A Dictionary of Communication and Media Studies*, *Key Concepts in Communication and Cultural Studies*, não faziam referências ao termo³³⁵.

Por outro lado, no início dos anos 1990, enquanto os dicionários ignoravam a palavra “interatividade”, a imprensa e os meios de comunicação faziam grande publicidade com ela. Nos EUA, entre outubro de 1992 até setembro de 1993, foram 5.405 citações nos principais veículos de comunicação impressa (jornais e revistas). No mesmo período subsequente, as citações mais do que dobraram, 10.937³³⁶.

A vulgarização do termo em questão sem uma maturidade de reflexão levou muitas críticas, como a de que o termo havia se tornado tão elástico a ponto de perder a precisão³³⁷. Na área acadêmica, a ausência de uma apreensão precisa do termo criou o que se denominou de “ponto cego” no estudo da interatividade na Ciência da Comunicação³³⁸.

Um dos primeiros conceitos de interatividade surgiu em 1983, com Alain Lelu e Jean-Claude Marcovici, enfatizando a relação entre indivíduos e a relação homem-máquina. Nesse sentido, interatividade era considerada a possibilidade de comunicação entre pessoas a distância por meio de eletricidade, e a relação homem-máquina a possibilidade de o usuário eleger dentre

³³¹ Interactividad: 1. f. Cualidad de interactivo. interactivo, v. 1. adj. Que procede por interacción. 2. adj. Inform. Dicho de un programa: Que permite una interacción, a modo de diálogo, entre la computadora y el usuario. U. t. c. s. m. RAE.

“Interatividade. 1. Qualidade de interativo, interativo, v. 1. adj. Que procede por interação. 2. adj. Informação dita de um programa: Que permite uma interação, a modo de diálogo, entre o computador e o usuário” (tradução livre).

³³² “The involvement of users in the exchange of information with computers and the degree to which this happens: Video games combine the interactivity of computer software with the social interaction of the internet.”

“O envolvimento dos usuários na troca de informações com os computadores e o grau em que isso acontece: os videogames combinam a interatividade do software com a interação social da internet” (tradução livre).

³³³ 1. Qualidade de interativo. 2. Capacidade de um sistema de comunicação ou equipamento de possibilitar interação. 3. Ato ou diálogo intercambiável entre o usuário e um sistema e a máquina, mediante um terminal equipado de tela de visualização. ETIM. Inter + atividade.

³³⁴ 1. Característica ou estado de interativo. 2. Comunicação. Informática. Num sistema, mecanismo ou equipamento, a capacidade de possibilitar interação. [Informática] Capacidade de troca entre o usuário de um sistema informático e a máquina (computador), através de um terminal possuidor de uma tela de visualização.

³³⁵ JENSEN, Jens F. Interactivity. Tracking a new concept in media and communication studies. *Nordicom Review*, Göteborg, v. 19, n. 1, p. 185-204, 1998.

³³⁶ SÁDABA CHALEZQUER, María Rosario. Interactividad y comunidades virtuales en el entorno de la world wide web. *Comunicación y Sociedad*, Pamplona, v. XIII, n. 1, p. 139-166, 2000.

³³⁷ SILVA, Marco. Que é interatividade. *Boletim Técnico do Senac*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 27-35, maio/ago. 1998.

³³⁸ JENSEN, Jens F. *Op. cit.*

algumas possibilidades definidas por um programa. A condição da interatividade é a resposta imediata³³⁹.

No mesmo ano, Rudy Bretz, em sua obra *Media for interactive communication*, classifica a comunicação interativa como aquela que ocorre apenas entre indivíduos, existindo três sistemas de comunicação: (i) *one-way communication*, meios massivos; (ii) reativos, denominados “quase interativos”, em que A responde a B; (iii) completamente interativos, em que o intercâmbio de mensagens ocorre na seguinte sequência: A envia mensagem para B, que responde a A com base na mensagem recebida, e A devolve respondendo a B.

No ano de 1986, a obra intitulada *Communication technology. The new media in society* relata graus de interatividade de acordo com o meio utilizado. Na contramão de outros autores, Rogers considera que os meios de massa possuem algum grau de interatividade, o qual não está relacionado apenas ao uso da tecnologia, mas também à forma como esta é utilizada.

A interatividade é percebida enquanto o grau de controle – ritmo, conteúdo e controle – e o intercâmbio de papéis entre os envolvidos no processo de comunicação podem ter os participantes em seu discurso comum-mútuo. O discurso comum é originário do conceito de Bretz, de que a comunicação é baseada em uma série de “atos de comunicação” anteriores³⁴⁰.

Jensen define a interatividade como “uma medida da capacidade potencial de uma mídia para permitir que o usuário possa exercer uma influência sobre a comunicação mediada”³⁴¹, com níveis de interatividade de acordo com a tecnologia utilizada e de diferentes formas, podendo haver a escolha de conteúdo disponível, a produção de conteúdo, a resposta do sistema para o usuário, sob as dimensões transmissão, consulta, conversa e registro.

Para existir a interatividade, o usuário deve exercer uma influência sobre o conteúdo e/ou a forma da comunicação mediada, o que gera vários tipos de interatividade: 1) Interatividade transmissional – consiste em uma medida da capacidade potencial de uma mídia de permitir ao usuário escolher um fluxo contínuo de informações em um sistema de mídia unidirecional sem canal de retorno e, portanto, sem possibilidade de fazer solicitações (vídeo sob demanda); 2) Interatividade consultiva – capacidade potencial de uma mídia permitir que o usuário escolha, por solicitação, uma seleção existente de informações pré-produzidas em um sistema de mídia bidirecional com um canal de retorno; 3) Interatividade de conversação – capacidade potencial de uma mídia deixar o usuário produzir e inserir sua própria informação

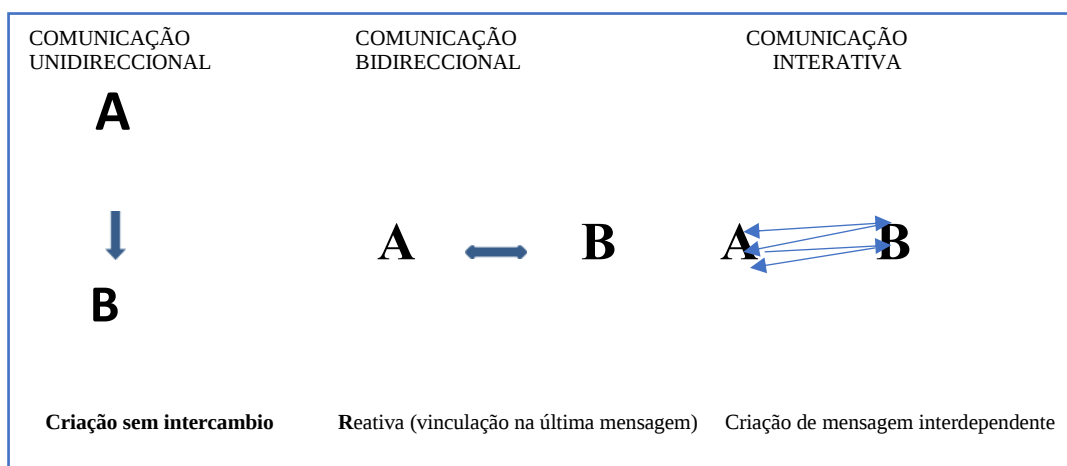
³³⁹ Conforme citado por ROST, Alejandro. *La interactividad en el periódico digital*. 2006. 482 p. Tesis (Doctorado en Periodismo y Comunicación), Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 2006.

³⁴⁰ ROGERS, Everett. *Communication technology. The new media in society*. New York: Free Press, 1986. p. 36.

³⁴¹ JENSEN, Jens F. Interactivity. Tracking a new concept in media and communication studies. *Nordicom Review*, Göteborg, v. 19, n. 1, p. 201, 1998.

em um sistema de mídia bidirecional, seja armazenado ou em tempo real (sistemas de videoconferência, grupos de notícias, *e-mail*, listas de discussão etc.); 4) Interatividade de registro – o meio registra a informação do usuários, adapta e/ou responde às necessidades e ações do usuários (sistemas de vigilância, agentes inteligentes, guias inteligentes ou interfaces inteligentes etc.)³⁴².

Entre o final da década de 1990 e a primeira década de 2000, Sheizaf Rafaeli define a interatividade como “an expression of the extent that in a given series of communication exchanges, any third (or later) transmission (or message) is related to the degree to which previous exchanges referred to even earlier transmissions”³⁴³. O ponto fundamental do conceito é a forma com que as mensagens se relacionam; na interatividade, a comunicação precisa ser intercambiável. A interatividade está na capacidade de respostas. Se A se comunica com B, B responde com base na mensagem e, sucessivamente, as repostas devem estar relacionadas. Se uma resposta se relaciona apenas com a mensagem anterior, ocorre o fenômeno da comunicação reativa. Por último, se a mensagem não depende da inter-relação dos interlocutores, a comunicação é unidirecional de caráter declarativo. A interatividade é uma qualidade variável de configurações de comunicações e expressa um grau de comunicação que transcende a simples reação.



Na interatividade, há um grau de inter-relação das mensagens, sequencialmente, especialmente, na medida em que as mensagens se relacionam não somente com a última

³⁴² JENSEN, Jens F. Interactivity. Tracking a new concept in media and communication studies. *Nordicom Review*, Göteborg, v. 19, n. 1, p. 185-204, 1998.

³⁴³ “A interatividade expressa da extensão de uma série de comunicações na medida em que uma terceira mensagem ou uma mensagem anterior está relacionada com intercâmbios prévios referidos a transmissões anteriores” (tradução livre) (RAFAELI, Sheizaf. Interactivity: from new media to communication. In: HAWKINS, Robert; WIEMAN, John; PINGREE, Suzanne (Ed.). *Advancing communication science: merging mass and interpersonal process*. Newbury Park: Sage, 1988. p. 111).

comunicação, mas com todas as anteriores. As mensagens anteriores relacionam-se com as mensagens posteriores.

A interatividade prescreve e descreve a maneira pela qual ocorre a interação, levando a um significado produzido em conjunto e mantendo uma intersecção entre os aspectos psicológicos e sociológicos. Rafaeli e Sudweeks enfatizam que as mensagens ocorrem praticamente simultaneamente, contínuas e carregam um sentido social que conduz a uma força vinculativa³⁴⁴.

De forma intuitiva, na interatividade há atitudes de aceitação mútua e satisfação, com aprendizagem, abertura, cooperação e sociabilidade. Assim, Rafaeli considera que os meios de comunicação que operam na comunicação reativa permitem uma espécie de substituição da socialidade.

A interatividade é estudada sob a classificação: da *relação entre indivíduos*, com enfoque puramente sociológico, conforme Bretz e Rafaeli; da *relação entre máquinas e conteúdos*, sob enfoque da Informática e da Comunicação, conforme Rogers e Rice; da *relação entre indivíduos e conteúdos*, nos planos sociológico e informático-comunicacional. A classificação “interatividade seletiva” e “interatividade comunicacional” foi proposta por Alejandro Rost, que concebe a interatividade como

[...] la capacidad gradual y variable que tiene un medio de comunicación para darle a los usuarios/lectores un mayor poder tanto en la selección de contenidos (interactividad selectiva) como en las posibilidades de expresión y comunicación (interactividad comunicativa)³⁴⁵.

No mundo das novas tecnologias, as palavras “ouvinte”, “leitor”, “audiência” são substituídas pelo termo “usuário”, pois esses indivíduos agora têm mais poder de controlar a emissão e a sucessão de conteúdos, o tempo em que se estabelece a interação, a produção de textos, áudios e vídeos, disponibilizando-os em diferentes plataformas e redes sociais como WhatsApp (aplicativo de multiplataforma para mensagens instantâneas), YouTube (plataforma de compartilhamento de vídeos), Facebook (rede e mídia social), FB Messenger (serviço), Twitter, LinkedIn, Pinterest (redes sociais de compartilhamento de fotos), entre outros.

³⁴⁴ RAFAELI, Sheizaf; SUDWEEKS, F. Networked interactivity. *Journal of Computer-Mediated Communication*, v. 2, issue 4, 1 March 1997.

³⁴⁵ ROST, Alejandro. *La interactividad en el periódico digital*. 2006. 482 p. Tesis (Doctorado en Periodismo y Comunicación), Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 2006. “A capacidade gradual e variável que tem um meio de comunicação de oferecer para os usuários-leitores um maior poder tanto na seleção de conteúdo (interatividade seletiva) como nas possibilidades de expressão e comunicação (interatividade comunicativa)” (tradução livre).

Pela rede mundial, por exemplo, o usuário capta arquivos ou emissões de outros usuários para incorporá-los a seus arquivos e à sua própria emissão, em cadeia. São enlaces sonoros, textos, visuais e audiovisuais. Nessas condições, o termo “leitor”, por exemplo, revela-se insuficiente, pois a ação não tem mais a característica de passividade.

Em nova pesquisa científica com enfoque na comunicação entre humanos e sistemas dotados de inteligência artificial³⁴⁶, Rafaeli volta-se ao conceito de interação parassocial, explicando-o e atualizando-o sob a perspectiva de que o indivíduo percebe a interação como real, mesmo que de fato não haja nenhuma interação³⁴⁷. Como conceito paralelo, o autor aponta *interatividade percebida* (*perceived interactivity*) como percepções.

Nas pesquisas empíricas voltadas à interatividade, ao discutir a interatividade entre homens e máquinas, McMillan entende-a como atributo da percepção do usuário ao realizar o potencial interativo dos sistemas tecnológicos³⁴⁸. A interatividade realiza intercâmbios recíprocos de trocas de comunicação, envolvendo alguma forma de mídia³⁴⁹.

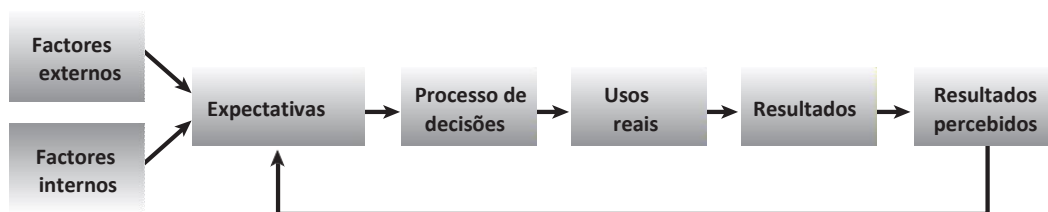
Rafaeli divide, desse modo, a interatividade em interatividade esperada, real e percebida. Interatividade esperada é a expectativa de qualquer indivíduo com relação ao processo de interatividade, baseada em suas características pessoais únicas, diferentes variâncias psicológicas e, principalmente, pautada pela experiência subjetiva com interatividade. A interatividade real é fundamentada naquilo que o indivíduo percebe, e não na mensagem (ou meio). Por fim, a interatividade percebida é o processo de intercâmbio de informações. Assim, a interatividade leva também em conta as expectativas que resultam de fatores internos e externos do usuário, pois os resultados consideram o percebido e o vivenciado pelos usuários, conforme ilustra o quadro elaborado por Rafaeli:

³⁴⁶ Autores têm classificado a interatividade humano-humano como a forma que os indivíduos interagem entre si por meio de computadores e humano-conteúdo quando a interação da pessoa é feita com o conteúdo da comunicação e mediada por computador.

³⁴⁷ RAFAELI, Sheizaf; YARON, Ariel. Assessing interactivity in computer-mediated research. *The Oxford Handbook of Internet Psychology*. Nova York: Oxford University Press, 2009. p. 71.

³⁴⁸ McMILLAN, Sally J. A multifaceted tool for a complex phenomenon: coding web-based interactivity as technologies for interaction evolve. *Journal of Computer-Mediated Communication*, v. 13, p. 769-1019, 2008.

³⁴⁹ BUCY, Erik P. Interactivity in society: locating an elusive concept. *The Information Society*, v. 20, p. 373-383, 2004. O autor é conhecido pelo paradoxo da interatividade que propõe. P1: a interatividade é melhor (embora não exclusivamente) como uma variável perceptiva que envolve a comunicação mediada pela tecnologia. P2: a interatividade é desejável até um ponto e, em seguida, tem consequências negativas. P3: os efeitos de interatividade podem ocorrer em um indivíduo, bem como o nível de análise social. P4: os efeitos de interatividade no nível individual podem influenciar resultados em nível social.



Fonte: RAFAELI, Sheizaf; YARON, Ariel. Assessing interactivity in computer-mediated research. *The Oxford Handbook of Internet Psychology*. Nova York: Oxford University Press, 2009.

2.3 Uma leitura do Direito por meio do paradigma da comunicação

Na atual sociedade, por força das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC) e dos estudos da Cibernética, a Comunicação passou a ser o centro da atenção de diversas áreas de conhecimento, ressaltando-se que o desenvolvimento da comunicação atravessou um longo caminho até chegar em seu apogeu com o uso de tecnologias como a internet.

Pelos gestos, manuseando ferramentas, o humano chega à linguagem³⁵⁰. Com gestos e sinais vocais, os seres humanos desenvolvem um conjunto de situações não verbais para se comunicar, com músicas, danças, tambores, sinais de fumo, desenhos, símbolos gráficos, incluindo a pictografia e os ideogramas (que representavam abstrações de objetos). Com o desenvolvimento da linguagem, alcança-se com precisão a comunicação humana.

No Direito, a congruência entre as duas disciplinas, Direito e Comunicação, passou a ser observada com mais ênfase a partir do desenvolvimento dos meios de comunicação massivos, a mídia impressa e a eletrônica (rádio e televisão), ainda na década de 1970. Nesse momento, a doutrina jurídica inicia uma abordagem da comunicação e da necessidade de sua proteção sob o enfoque da socialidade humana – a socialidade humana inexiste sem a comunicação³⁵¹.

No aspecto comunicacional, a socialidade humana foi abordada por Aristóteles, que considerou a palavra como a razão do homem como ser social:

[...] palabra es para manifestar lo conveniente y lo perjudicial, así como lo justo y lo injusto y esto es lo propio del hombre frente a los demás animales: poseer, él sólo, el sentido del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, y de los demás valores, y la participación comunitaria de estas cosas constituye la casa y la ciudad³⁵²⁻³⁵³.

³⁵⁰ LEROI-GOURHAN, André. *El gesto y la palabra*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1971. p. 25 e ss.

³⁵¹ DESANTES, José Maria. *La información como derecho*. Madrid: Talleres, 1974. p. 310.

³⁵² “Palavra é para manifestar o conveniente e o prejudicial, assim como o justo e o injusto e isto é próprio do homem frente aos demais animais: possui, apenas ele, o sentido do bem e do mal, do justo e do injusto, e os demais valores, e a participação comunitária dessas coisas constituem a casa e a cidade” (tradução livre).

³⁵³ “La razón por la cual el hombre es un ser social, más que cualquier abeja y que cualquier animal gregario, es evidente: la naturaleza, como decimos, no hace nada en van, y el hombre es el único animal que tiene palabra”

Em 1980, a Unesco publica o *Relatório MacBride – um mundo e muitas vozes*, o primeiro documento de caráter supraestatal a contemporizar o *status* da comunicação, indicando a necessidade de sua proteção jurídica³⁵⁴. Na mesma década, Desmond Fisher publica o livro *O direito de comunicar*, entendendo-o sob a dupla dimensão, individual e difusa (pertencente à comunidade)³⁵⁵.

Se a comunicação aparece como núcleo básico da socialidade, o Direito segue o mesmo destino, em consonância com o humano natural apelo à regra. O destino do humano é viver em comunidade. *Viver é conviver*, razão pela qual Goffredo Telles não hesita em conceituar o Direito como “disciplina da convivência”³⁵⁶.

O Direito posto serve para que os indivíduos possam se entender sobre os assuntos pertinentes à convivência social. Gregorio Robles, ao definir o Direito como “un fenómeno de comunicaci3n en la convivencia de los seres humanos y cuya natural expresi3n es el lenguaje”³⁵⁷, considera que é o âmbito jurídico – conjunto de processos comunicativos que têm como referência direta um ordenamento jurídico determinado – o espaço necessário para que o entendimento se faça possível por meio dos canais de comunicação.

Os processos comunicacionais que ocorrem no âmbito jurídico fazem com que as diversas ações adquiram sentido. A sociedade é um conjunto de processos de comunicação complexos e o Direito corresponde aos processos comunicacionais que têm como referência um determinado ordenamento jurídico apto para organizar e ordenar a convivência humana.

A norma jurídica, sob o ponto de vista da Pragmática, pode ser vista como um discurso de interações, sendo um discurso que por si só constitui uma ação³⁵⁸. O discurso normativo não é apenas um enunciado de caráter prescritivo, uma proposição, mas um

(ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Manuela García Valdés. Madrid: Gredos, 1988. p. 51). “A razão pela qual o homem é um ser social, mais que qualquer abelha e que qualquer animal, é evidente: a natureza, como dissemos, não faz nada em vão e o homem é o único animal que tem a palavra” (tradução livre).

³⁵⁴ Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org>. Acesso em: 10 jan. 2019.

³⁵⁵ Todos têm o direito de se comunicar. A comunicação é um processo social fundamental, que permite aos indivíduos e às comunidades trocar informações e opiniões. Esta é uma necessidade humana básica e a base de toda organização social. O direito de comunicação pertence aos indivíduos e às comunidades às quais pertencem (tradução livre) (FISHER, Desmond. *Le droit à la communication: rapport sur l'état de la question*. France: Unesco, 1984. p. 42. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Z94lgGUPlr0J:unesdoc.unesco.org/images/0005/000503/050335fo.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=brunification+unesco>. Acesso em: 10 out. 2018).

³⁵⁶ TELLES JR., Goffredo. *A criação do direito*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 444 e ss.

³⁵⁷ “Um fenômeno de comunicação na convivência dos seres humanos e cuja natural expressão é a linguagem” (tradução livre) (ROBLES, Gregorio. *Comunicación, lenguaje y derecho*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009. p. 15).

³⁵⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma*. Ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 70.

procedimento regulado, uma forma de interação, que obriga os interessados à generalização prospectiva das suas expectativas, exprimindo uma pretensão de comportamento a prevalecer em caso de comportamentos divergentes, combinando o fático e o contrafático³⁵⁹.

De um ponto de vista mais abrangente, referindo-se às relações sociais, as comunicações como a compra e venda de um imóvel e o casamento somente estão asseguradas como expectativas normativas, e apenas se tornam possíveis porque o Direito as traduz como fórmulas jurídicas processadas, como uma metacomunicação. A linguagem jurídica conduz apenas a expressão dessas fórmulas.

O Direito, como fenômeno comunicacional necessário à convivência, regula a comunicação, garantia da sociabilidade humana, portanto a própria convivência, *ius communicationis*, em uma espécie de circularidade, num movimento em que as regras do Direito influem, em certo sentido, na realidade social.

³⁵⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma*. Ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 75.

3 O CIBERESPAÇO E O PROBLEMA DA REGULAMENTAÇÃO

Um meio novo de comunicação mata mais que uma guerra.

Marshall McLuhan (1911-1980)

Quando Johannes Gutenberg cria em 1445 a técnica de tipo mecânico móvel na impressão, abre-se a possibilidade da impressão em massa e da propagação da informação e do conhecimento em velocidade e escala maiores do que até então conhecidas. O artefato possibilitou a produção racionalizada do livro e a sua replicabilidade em escala praticamente ilimitada. Surgiu um novo modo de pensar, com a construção de novos paradigmas, de onde emerge, por exemplo, o Renascimento.

Os livros, os panfletos, os jornais podiam ser reproduzidos e distribuídos; a informação, o conhecimento, a opinião e a ideia podem ser compartilhados com mais rapidez e eficiência, acabando com o paroquialismo e o tribalismo tanto psíquico quanto social, abrindo as portas para as aglomerações de massa e a criação de grandes corporações³⁶⁰.

Na sequência, inicia-se a regulamentação da imprensa, a exemplo da Câmara Estrelada, que foi um Tribunal inglês que funcionou de 1478 até 1641 com o objetivo de julgar os casos de calúnias. Outras regulamentações, como o *Decree of Star-Chamber Concerning Printing*, de 1637, que censurava escritos considerados perigosos à igreja e ao governo, e o *Licensing Act*, de 1662, na Inglaterra, seguiram a lógica da proibição. As Constituições e as Cartas de Direitos, que sucedem os atos, trazem a positivação da liberdade de expressão com o conteúdo, principalmente, de proteção à imprensa e ao direito de imprimir³⁶¹.

³⁶⁰ “Psicologicamente, o livro impresso, com a extensão da faculdade visual, intensificou a perspectiva e o ponto de vista fixo. Associada à ênfase visual do ponto de vista de fuga que produzem a ilusão da perspectiva, veio uma outra ilusão: a de que o espaço é visual, uniforme e contínuo. A linearidade, a precisão e a uniformidade da disposição dos tipos móveis são inseparáveis das grandes formas e inovações culturais da experiência renascentista. [...] Socialmente, a extensão tipográfica do homem trouxe o nacionalismo, o industrialismo, os mercados de massa, a alfabetização e a educação universais. A imprensa apresentou uma imagem de precisão repetitiva que inspirou formas totalmente novas de expansão das energias sociais. Como hoje sucede no Japão e na Rússia, a imprensa liberou grandes energias psíquicas e sociais do Renascimento, tirando o indivíduo de seu grupo tradicional e fornecendo-lhe um modelo de como adicionar indivíduos para formar uma poderosa aglomeração de massa. O mesmo espírito de iniciativa privada que encorajou autores e artistas a cultivar sua expressão particular levou outros homens à criação de gigantescas corporações, tanto militares como comerciais” (MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 197-198).

³⁶¹ A primeira emenda da Constituição americana estabelece que o congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas (g.n.). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabeleceu: “Art. 11. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos dessa liberdade nos termos previstos na lei” (g.n.).

Nos séculos XVIII e XX, uma espécie de revolução das telecomunicações e da comunicação por eletricidade culminou na invenção do telégrafo (1830), do telefone (1870), do rádio, com a inauguração em 1920 da primeira companhia de rádio, a Companhia Marconi, empresa italiana responsável pelos primeiros sinais de rádio na Europa. No mesmo século XX, na década de 1930, a televisão chega à Europa, e a BBC, pouco depois, em 1936, faz as primeiras emissões.

Com todos esses veículos, há um sistema de meios elétricos, podendo-se assim afirmar que a era da Sociedade da Informação e da Comunicação, em certo sentido, estava iniciando e se fazendo presente. Os meios elétricos surgem de forma instantânea, simultânea e constante, em que os homens participam. McLuhan denomina essa fase como um mundo de interação pública, com uma copresença em toda parte³⁶².

Os telégrafos potencializam o tráfego das notícias, dinamizando e tornando mais rápida a informação. O telefone mantém a interação entre as pessoas, em tempo real, que estão separadas fisicamente, fortalecendo os diálogos e o rádio, denominado por McLuhan como o Tambor Tribal, pois revive a *ágora*, rememorando também a “experiência ancestral das tramas do parentesco do profundo movimento tribal”³⁶³. Por último, a TV, denominada como o Gigante Tímido, que consegue envolver todos os sentidos, e, em razão de sua baixa definição, o espectador precisa preencher os espaços da imagem e, para tanto, aumenta o seu envolvimento emocional³⁶⁴.

Entre as duas guerras mundiais, o rádio foi utilizado pela resistência contra o nazismo e como meio de publicidade e propaganda pelo governo nazista. Joseph Goebbels, em 1933, como Ministro da Cultura Popular e Propaganda de Hitler, implanta rádios nazistas consolidando a imagem do *Führer*.

O rádio e a televisão rapidamente são regulamentados pelo Estado. Inicialmente, as determinações legais estabeleciam que a exploração do serviço de rádio seria realizada pelo

³⁶² MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 276.

³⁶³ *Ibidem*, p. 339.

³⁶⁴ “A modalidade de imagem de TV nada tem em comum com filme ou fotografia, exceto pelo fato de que oferece um *Gestalt* não verbal ou postura de formas. No caso da TV, o espectador é a tela. É submetido a impulsos luminosos que James Joyce comparou o ‘bombardeio de luz’ [...] A imagem de TV não é um instantâneo estático. Não é uma fotografia em nenhum sentido, mas um delineamento ininterrupto de formação desenhada ponto a ponto pela varredura. O contorno plástico resultante aparece pela luz através da imagem, não pela luz sobre ela, e a imagem assim formada tem a qualidade de esculturas e ícone, e não de uma foto. A imagem de TV oferece ao receptor cerca de 3 milhões de pontos por segundo. Desses, o receptor aceita apenas algumas dúzias a cada instante para com eles formar uma imagem” (*Ibidem*, p. 313).

Estado. No Brasil, a Constituição de 1932 garantiu à União o direito de explorar o serviço de rádio³⁶⁵ mediante o instituto da concessão.

Na Europa, os Estados Nacionais criaram leis para garantir o monopólio da TV e do rádio. Lá, o sistema de radiodifusão (rádio e televisão) é alicerçado pelo monopólio estatal do setor, e as exceções são Espanha e Portugal, onde a iniciativa privada dominou o setor desde o início da sua implantação. O setor de audiovisual foi aberto para o capital privado na França e em grande parte dos países europeus a partir da década de 1980.

As regulamentações dos meios de comunicação não impediram que durante séculos vários conflitos fossem instaurados e decididos pelos Tribunais. São casos emblemáticos a *New York Times Co. versus United* (1971)³⁶⁶, quando os jornais *The New York Times* e depois o *The Washington Post* veicularam notícias embasadas em documentos sigilosos do Pentágono sobre a guerra do Vietnã. Na oportunidade, a Suprema Corte americana declarou inconstitucionais todos os mandados judiciais que impediam as publicações dos documentos vazados³⁶⁷, entendendo que, salvo a hipótese de que o vazamento trouxesse dano irreparável à nação ou ao povo, era inconcebível a prévia censura, sendo determinada a primazia à liberdade de expressão.

Agora, chega-se à era do Ciberespaço. De uma rede de comunicação monodirecional, o mundo do Ciberespaço constituiu-se em uma rede aberta e com múltiplas finalidades. Sua base é a transmissão e o processamento de dados, um mundo de muitos dados, muitas vozes e editores, que, enquanto se diferencia dos antigos meios, dada a sua essência de comunicação interativa, faz com que haja uma perda da nitidez das formas de comunicação, em razão da inter-relação de todos os tipos de mídias. As mídias tradicionais migram cada dia mais para os novos meios, sendo obrigadas a mudar seus formatos, existindo uma constante interação dos

³⁶⁵ “Art. 5º Compete privativamente à União: (...) VIII – explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais, ou transponham os limites de um Estado.”

³⁶⁶ SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos, principais decisões*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 103-106.

³⁶⁷ “Em *New York Times v. Sullivan*, a Corte restringiu a capacidade estatal de proteger a reputação, mas, de fato, o interesse reputacional em risco era de agentes públicos, que, na visão da Corte, necessariamente assumiram certos riscos à sua reputação quando adentraram na arena política. Em *Brandenburg v. Ohio*, a Corte protegeu a defesa de conduta ilegal e restringiu o teste do perigo iminente e manifesto, mas o fez em um contexto livre de qualquer real perigo, o caso envolvia uma manifestação esparsa da Ku Klux Klan numa fazenda isolada em Ohio. No caso *Pentagon Papers*, a Corte denegou o pedido liminar do *Attorney General* contra a publicação de um documento do Departamento de Defesa que se dizia ameaçar a segurança nacional. Kalven se maravilhou com o fato de que a decisão foi proferida mesmo quando a nação estava em guerra. Mas havia menos em favor da alegação de defesa da segurança nacional promovida pelo *Attorney General* que de plano poderia parecer. Embora o documento em questão fosse classificado como ‘altamente confidencial’, em verdade ele consistia em nada mais que um estudo histórico do nosso envolvimento no Vietnã até 1968. Ademais, a guerra era impopular em vários setores; a maior parte do estudo estava em domínio público ao tempo em que a Corte se pronunciou, e embora a Corte de fato tenha denegado a liminar postulada pelo governo contra nova publicação, uma maioria de Juízes deixou claro que o governo poderia proteger um interesse legítimo em sigilo através do uso do direito penal” (FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 37).

formatos verticais e horizontais³⁶⁸. São muito conhecidas as expressões para nomear esse momento atual: mundo digital de Negroponte³⁶⁹, sociedade em rede de Castells³⁷⁰, a era digital de Cebrian³⁷¹, Sociedade Digital de Terceiro³⁷².

Ciberespaço tem o radical *ciber*, do grego *piloto*, sendo uma variação de cibernética – arte de governar. O termo foi usado pela primeira vez por William Gilson, em 1984, no romance *Neuromancer*. Algumas características aparecem quando se procura definir o Ciberespaço como

espaço mundial dentro do entorno de informação cujo caráter distintivo e único está marcado pelo uso da eletrônica e o espectro eletromagnético para criar, armazenar, modificar, intercambiar, explorar a informação por meio de redes interdependentes e interconectadas utilizando as TIC³⁷³.

Há outras características como espaço aberto de comunicação pela interconexão de computadores e das memórias dos computadores, incluindo as redes hertzianas e de telefonias transmitindo informações por fontes digitais ou destinadas à digitalização³⁷⁴.

A digitalização são as fontes de informação em cadeias de 0 e 1 que podem ser usadas para transmissão de formas de comunicação, como texto, áudio, foto, vídeo. Ainda, termos como *virtualidade*, *ausência de fronteiras*, *onipresença*, *desterritorialização*, *espaço de interação social entre humanos*³⁷⁵ e *pleno espaço de liberdade* aparecem em inúmeras definições.

O Ciberespaço nasce “livre” sem regulamentação estatal e, logo nos primeiros anos de vida, foi considerado um espaço “não legal” e, portanto, “livre”. John Barlow, em 1996, no Fórum Econômico de Davos, indignado com a nova Lei de Telecomunicações dos EUA, que atualizava o *Communications Act* de 1934, incluindo a internet, proclamou a Declaração de Independência do Ciberespaço:

Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather [...] Governments derive their just powers from the consent of the governed.

³⁶⁸ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001; *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 23.

³⁶⁹ NEGROPONTE, Nicholas. *El mundo digital*. Barcelona: Ediciones B, 1995.

³⁷⁰ CASTELLS, Manuel. *Op. cit.*

³⁷¹ CEBRIAN, J. L. *La red*. Madrid: Taurus, 1998.

³⁷² *Sociedade digital: do homo sapiens ao homo digitalis*.

³⁷³ KUEHL, Daniel. From cyberspace to cyberpower: defining the problem. In: KRAMER, Franklin (Coord.). *Cyberpower and National Security*. Washington: Ed National Defense University Press, 2009. p. 28.

³⁷⁴ LEVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 104.

³⁷⁵ COHEN, Julie. Cyberspace as/and space. *Columbia Law Review*, v. 107, n. 1, p. 236, 2007.

You have neither solicited nor received ours. We did not invite you. You do not know us, nor do you know our world. Cyberspace does not lie within your borders. Do not think that you can build it, as though it were a public construction project. You cannot. It is an act of nature and it grows itself through our collective actions³⁷⁶.

A ideia de não regulamentação do Ciberespaço passava nos anos 1990 por premissas como a desterritorialização do espaço, a ausência de fronteira, a onipresença³⁷⁷. A concepção e a arquitetura do Ciberespaço foram construídas para torná-lo um espaço aberto, descentralizado e participativo.

O receio da regulamentação do Ciberespaço e o controle sobre os processos de informação são compartilhados por vários teóricos da matéria, durante a década de 1990 e os anos 2000, que denunciam, por exemplo, as tentativas de impedimento pelo Governo da tecnologia da criptografia sob a alegação de que, com isso, se facilita a atividade criminosa; na verdade, teóricos denunciavam que os governos queriam manter algum nível de controle de informação³⁷⁸.

De outro lado, a própria ideia de cibernético (arte de governar) “enlaça um mundo no controle a distância”. Lessig defende que a regulamentação é necessária e a regulamentação perfeita tem a sua maior motivação em encontrar a melhor maneira ou forma de pilotar³⁷⁹.

Mais uma vez, o problema é da liberdade. Melhor especificando, de como os fluxos de informações e a comunicação podem se tornar uma forma de expansão da convivência humana ou como pode ser uma maneira de limitar as potencialidades humanas. Assim, a questão é como regulamentar, pelo Direito, as liberdades de comunicação e o fluxo de informações no Ciberespaço.

3.1 O Ciberespaço: interações e interatividade na rede

O criador da palavra *Ciberespaço*, William Gibson, usou esse termo quando assistiu às crianças jogarem os videogames. Elas pareciam ter a crença de existir um espaço real atrás da

³⁷⁶ “Governo do mundo industrial, cansados gigantes de carne e aço, eu venho do espaço cibernético, o novo lar da Mente. Em nome do futuro, peço a vocês do passado que nos deixem em paz. Vocês não são bem-vindos entre nós. Vocês não têm soberania entre nós [...] Os governos têm seus poderes advindos do consentimento dos governados. Vocês não nos conhecem, muito menos conhecem nosso mundo. O Ciberespaço não está dentro de suas fronteiras. Não pensem que vocês podem construí-los como projeto de construção pública. Ela é um ato da natureza e cresce por nossas ações coletivas” (BARLOW, John. *A declaration of the independence of cyberspace*. Disponível em: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>).

³⁷⁷ JOHNSON, David e POST, David. Law and borders. The rise of law in cyberspace. *Stanford Law Review*, 1996.

³⁷⁸ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 168.

³⁷⁹ LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001. p. 23.

tela³⁸⁰. O matrix teria “suas raízes em *games* de fliperama primitivos [...] nos primeiros programas gráficos e experiências militares com plugues cranianos”, e o Ciberespaço é assim definido em *Neuromancer*:

Ciberespaço. Uma alucinação consensual vivenciada diariamente por bilhões de operadores autorizados, em todas as nações, por crianças que estão aprendendo conceitos matemáticos [...] uma representação gráfica de dados abstraídos dos bancos de todos os computadores do sistema humano. Uma complexidade impensável. Linhas de luz alinhadas no ar, não espaço da mente, aglomerados e constelações de dados³⁸¹.

O mundo descrito por Gibson é um espaço construído pelo sentido (“operava num barato quase permanente de adrenalina, subproduto da juventude e da proficiência, conectado desincorporado na alucinação consensual que era o Matrix”)³⁸², em que a mente adentra no matrix sem o corpo (“Para Case, que vivia até então na exultação sem corpo do Ciberespaço, foi a queda. [...] O corpo era carne. Case caiu na prisão da própria carne³⁸³. [...] O matrix do Ciberespaço era, na verdade, uma simplificação do sensorio humano, pelo menos em termos de apresentação, [...] parecia uma multiplicação gratuita do *input* da carne”)³⁸⁴.

A ideia de dualismo entre corpo e mente percorre a cultura ocidental desde a Grécia clássica. A concepção de Ciberespaço presente no romance é uma das formas atualizadas da divisão. Spinoza, com seu pensamento da real imanência, já no século XVII refutou a ideia de um real fragmentado retalhado em partes.

O conhecimento já era pensado pelo filósofo em rede, pois este era visto como meras relações. O homem ou o ser divino também não mantinham uma posição de centralidade.. Da mesma forma, a ideia de centralidade é eliminada, surgindo uma noção de igualdade. As coisas têm apenas um atributo e uma singularidade que lhes são próprios. O corpo e a mente não têm hierarquia, a relação não é de dualismo, e sim de paralelismo; um evento, um acontecimento atinge, ao mesmo tempo, o corpo e a mente, dando que tal estado de paralelismo nunca se vê inteiramente dissolvido.

Na vida não ficcional, um dos grandes impulsionadores da popularização do Ciberespaço é a internet. Com certa frequência, utilizam-se as expressões como sinônimas. No entanto, Ciberespaço não deve se confundir com internet (*International Network of*

³⁸⁰ ANDRÉS, Moisés Barrio. *Ciberderecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 33.

³⁸¹ GIBSON, Willian. *Neuromancer*. São Paulo: Aleph, 2003. p. 53.

³⁸² *Ibidem*, p. 16.

³⁸³ *Ibidem*, p. 19.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 72.

Computers)³⁸⁵. De modo metafórico, a página da *web* encontra-se dentro do Ciberespaço. A internet encontra-se no Ciberespaço. É como se fosse uma das portas de entrada³⁸⁶. A arquitetura da rede mundial é desenvolvida por vários polos, mas dois se destacam: a inteligência militar e a inteligência criadora e libertária de grupos de estudantes espalhados pelas universidades, uma cultura libertária de criação e recriação de códigos.

Apesar de se desenvolver em um ambiente militar e com financiamentos institucionais, a internet tem como maiores protagonistas os cientistas, que desenvolviam pesquisas para o governo militar, mas não eram parte da estrutura, e as universidades. A internet nasce com uma

³⁸⁵ O surgimento da Internet tem início na década de 1960, com a Arpanet, uma rede de computadores criada pela Advanced Research Projects Agency (Arpa). A Arpa foi formada pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos e tinha como objetivo alcançar a superioridade tecnológica da União Soviética, sendo a Arpanet um programa de um dos departamentos da Arpa, o Information Processing Techniques Office (IPTO) fundada em 62 e que tinha como objetivo realizar a pesquisa de computação interativa. Para montar a rede foi utilizada uma tecnologia de transmissão de telecomunicações, a comutação por pacotes, que foi desenvolvida por Paul Baran e Donald Davies, que investigavam e criaram a tecnologia para desenvolver um sistema militar capaz de sobreviver a um ataque nuclear. Logo, em 1969, os primeiros nós da rede já estavam nas Universidades da Califórnia, a Bolt, Beranek and Newman (BBN); uma empresa fundada por professores levou o projeto adiante e em 1972 ocorreu a primeira demonstração da Arpanet em uma conferência internacional em Washington. A Arpanet foi conectada em outras redes que a Arpa administrava (PRNET e SATNET), ocorrendo o conceito uma rede de redes. No ano de 1973, Robert Kahn, da Arpa, e Vint Cerf, da Universidade de Stanford, escrevem um artigo apresentando a arquitetura da Internet. No mesmo ano, em um seminário da Stanford, um projeto de protocolo de controle de transmissão é apresentado, o TCP (*Transmission Control Protocol*). Logo em 1978, o TCP foi dividido em duas partes e outro protocolo intrarrede (IP – Internet Protocol) acrescentado, gerando o TCP/IP, sendo através da suíte de protocolos TCP/IP que se acessa a Internet. Após o governo americano ter liberado a Arpanet de seu ambiente militar, ocorreu a chamada privatização da Internet pela National Science Foundation. Já na década de 1980 fabricantes de computadores incluíram o TCP/IP e nos anos 1990, nos EUA, todos os computadores tinham a capacidade de entrar na internet. A internet cresce em escala global em redes de computadores. O projeto original da internet é uma arquitetura de múltiplas camadas, descentralizadas e com protocolos de comunicação abertos – Arpanet. Mas o resultado da internet também é resultado de uma rede de computadores com outros componentes, como Bulletin Board System (BBS), modelo que surgiu da interconexão de computadores individuais montado por dois estudantes de Chicago. O programa permitia a transmissão e o armazenamento de mensagens. Outro fator importante foi que a Unix, sistema operacional desenvolvido pelo Laboratório Bell, foi liberada para as universidades em 1974 com os seus códigos-fontes, sendo utilizada e melhorada por estudantes. Em 1979, estudantes da Carolina do Norte projetam um programa de comunicação entre computadores, Unix, e uma versão aperfeiçoada foi distribuída de forma gratuita. O programa permitia a criação e a formação de redes de comunicação entre computadores e chamava Usenet News. Mais um grupo de estudantes da Universidade da Califórnia desenvolve outro programa que estabelece a comunicação entre Arpanet e Usenet. Com isso, surge o denominado movimento de fonte aberta e quando inicia-se um movimento de reivindicação de direitos de propriedade sobre a Unix, um programador chamado Richard Stallman lança o Free Software Foundation e propõe a substituição do *copyright* pelo “copyleft”, em que qualquer pessoa poderia usar um *software* e por retribuição ao uso gratuito distribuir pela *net* um código do *software* melhorado. Em alternativa ao Unix é criado o GNU. O sistema Linux, um dos mais conhecidos sistemas de código aberto do mundo, partiu deste princípio: em 1991, Linus Torvalds, um estudante, com base no Unix, cria o Linux e distribui gratuitamente, pedindo aos usuários que o utilizem gratuitamente e aperfeiçoem o sistema. Berners-Lee é o responsável pela criação do WWW, World Wide Web. A princípio, ele criou um projeto de hipertexto para facilitar o compartilhamento de informações entre pesquisadores. Também foi ele quem implementou um *software* para acrescentar informação de e para qualquer computador conectado pela internet: HTTP, HTML e URI. A criação WWW permitiu a interconexão de todas as redes de computadores de todo lugar do mundo. Daí inicia o desenvolvimento de navegadores. O protocolo www é a chave para o uso de uma das redes desse mundo cibernético, no caso, a internet.

³⁸⁶ PICCIUOLO, Valls J. Dentro y fuera de la pantalla: apuntes para una etnografía del ciberespacio. In: CUCURELLA, Leonela. *Antropología del ciberespacio*. Quito: Editorial Abya Yala, 1999. p. 16.

estrutura de rede descentralizada, o poder computacional é distribuído pelos nós da rede e a redundância das funções garante a conexão, reduzindo o risco da desconexão.

Dos centros universitários, os estudantes, alucinados com as possibilidades do mundo dos computadores, adotaram a cultura da interconexão de computadores como um meio livre de comunicação, e a liberação ocorreria quando cada um tivesse o seu computador individual; por consequência, teriam as suas próprias manifestações³⁸⁷.

São três aspectos para os quais a literatura chama atenção quando se pretende traçar um contorno do conceito de Ciberespaço. São eles: a) o aspecto meramente físico, ou seja, o aspecto físico de conexão (*hardware*); b) o aspecto lógico, o código que permite a conexão física e de suporte e os dispositivos de rede, que se torna possível pelo *software*, os protocolos de comunicação; c) os serviços e conteúdos com base na comunicação e informação disponibilizados. É a partir desses três aspectos que se desenvolve o conceito de Ciberespaço.

A Real Academia Espanhola tem registrado Ciberespaço como o “âmbito virtual criado por meios informáticos”³⁸⁸. Esse espaço virtual pode ser encontrado na maior parte de nossas vidas. A virtualização tornou-se comum. “O primeiro espaço virtual foi o da representação do dinheiro.” O dinheiro que o banco diz que está depositado ou o crédito disponibilizado no cartão de crédito se tornam realidades na medida em que se realizam as transações e as conexões de comunicação nos *softwares*.

Essas transações são combinadas com os acordos sociais³⁸⁹, em muitos casos em contratos jurídicos. São os acordos entre humanos que fazem com que seja possível que as realidades virtualizadas se conectem em pontos diversos, tornando a realidade comum ao cotidiano.

No Brasil, o *Dicionário Houaiss*³⁹⁰ define internet como “espaço da comunicação por redes de computação”. A Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos, ao analisar o caso *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997)³⁹¹, definiu a internet: “internet, an international network of interconnected computers that enables millions of people to communicate with one another in ‘cyberspace’ and to access vast amounts of information from around the world”³⁹².

³⁸⁷ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

³⁸⁸ Âmbito virtual creado por médios informáticos. Disponível em: <https://dle.rae.es/?id=98Wdd57>.

³⁸⁹ PICCIUOLO, Valls J. Dentro y fuera de la pantalla: apuntes para una etnografía del ciberespacio. In: CUCURELLA, Leonela. *Antropología del ciberespacio*. Quito: Editorial Abya Yala, 1999. p. 14.

³⁹⁰ HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. São Paulo: Objetiva. 2009. p. 461.

³⁹¹ O caso versava sobre duas disposições Communications Decency Act de 1996 (CDA ou Act) de n. 96-511. Argumentado em 19 de março de 1997 – decidido em 26 de junho de 1997.

³⁹² “Internet, uma rede internacional de computadores interconectados que permite que milhões de pessoas se comuniquem no ‘Ciberespaço’ e acessem grandes quantidades de informações de todo o mundo” (tradução livre).

O Ciberespaço é definido por Pierre Levy como

um espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores³⁹³ e das memórias dos computadores que incluiu as redes herzeianas e telefones clássicos que transmitem informações provenientes de fontes digitais ou destinadas a digitalizadas. É a digitalização que dará o caráter fluido que se calcula com precisão que pode ser tratável em tempo real, hipertextual interativo.

É a digitalização que torna possível o armazenamento de dados da memória da humanidade³⁹⁴.

A digitalização permite a hipermídia, possibilitando a mistura de todas as linguagens e a organização dos fluxos informacionais. Ela é a mídia interativa, e o usuário não tem como permanecer pouco ativo ou reativo, porque necessita escolher, selecionar, em um movimento de interatividade seletiva.

Um dos pontos que contribuem com a mudança do caráter de comunicação nos meios eletrônicos é a interação por pontos múltiplos em um tempo escolhido (real ou atrasado) em uma rede mundial de livre acesso. A comunicação tem a possibilidade de mudar a cultura, pois esta são redes de conversões (Maturana) potencializadas pela linguagem que acopla a consciência com a sociedade.

O Ciberespaço é uma rede de conversão, “aquellas construcciones sociales que describen las condiciones para que puedan producirse intercambios entre las personas sin perjuicio de la distancia que las separa”³⁹⁵.

O Ciberespaço possui uma arquitetura baseada em códigos. Os códigos que regulam o Ciberespaço e que se movem permitem mais liberdade ou mais privacidade aos usuários, sendo

³⁹³ As origens do computador podem ser reconhecidas no primeiro instrumento de cálculo “ábaco”, que foi criado no século IV a.C. Era um instrumento dividido em colunas por unidades, dezenas, sendo utilizado nas civilizações antigas como China e Babilônia. A primeira calculadora “Pascaline” foi criada por Blaise Pascal (francês, 1623-1662). O matemático Gottfried Wilhelm von Leibniz (alemão, 1646-1716) construiu um equipamento capaz de realizar outras operações, como multiplicar, dividir e extrair raízes quadradas. Charles Babbage (inglês, 1791-1871) desenvolveu os primeiros princípios do computador eletrônico desenhando o que denominou de máquina diferencial, e agregou a “la máquina analítica” que foi estruturada para realizar qualquer operação aritmética. Howard Aiken (1900-1973) concluiu os passos decisivos com as equações diferenciais e desenvolveu um dispositivo eletromecânico de computação que automatizou o seu trabalho. Foi construído na Universidade de Pennsylvania o ENIAC (Computador e Integrador Numérico Eletrônico), desenhado em 1946 por John P. Eckert y John W. Mauchey, em razão das necessidades da segunda guerra. A máquina ocupava 140 metros quadrados e pesava 80 toneladas, e foi considerado o primeiro computador digital eletrônico (FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.; MEDINA, Flavia A.; RODRÍGUEZ, Mónica S.; SCOTTI, Luciana. *Contratación electrónica internacional: una mirada desde el derecho internacional privado*. Málaga: Universidad de Málaga, 2008).

³⁹⁴ LEVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 104.

³⁹⁵ “Aquellas construcciones sociales que describen las condiciones para que possam produzir intercambio entre as pessoas sem prejuízo da distância que as separa” (tradução livre) (KLEINSTEUBER, H. El surgimiento del ciberespacio: la palabra y la realidad. In: VIDAL, J. Beneyto. *La ventana global*. Madrid: Taurus, 2002).

dada à tecnologia a possibilidade de definir o grau de controle sobre o funcionamento das interações³⁹⁶.

Chamando a atenção para o uso metafórico no emprego de palavras associadas às novas tecnologias, o livro *Las metáforas de internet* realiza uma incursão nos vários conceitos construídos para Ciberespaço a partir da metáfora criada pelo romancista Gibson. Assim, após a obra *Neuromancer*, há uma construção do conceito de Ciberespaço como um espaço diferente do espaço físico. Logo em seguida, Barlow introduz a ideia de Ciberespaço como fronteira. Na década de 1990, o termo vira praticamente sinônimo de realidade virtual, e em Benedikt aparece como redes de conexões. Dessarte, a obra estabelece o panorama sobre a construção do conhecimento científico a partir de metáforas³⁹⁷.

A visão clássica da ideia de metáfora foi invertida pelo crítico literário inglês Armstrong Richards, na obra *The Philosophy of Rhetoric*³⁹⁸, passando a ideia de que o pensamento era literal em relação a metáforas de linguagens, para a afirmação de que a metáfora não é apenas linguística, mas uma construção cognitiva. O sistema cognitivo é parte da metáfora e a linguagem figurada é o reflexo do sistema cognitivo. A linguagem aparece como a interação de dois pensamentos de diferentes coisas juntas e ativas.

Do ponto de vista da interação, o que é expresso pela metáfora não pode ser por outra maneira, pois a combinação da metáfora entre a fonte e o alvo é algo novo. Assim, a metáfora “o homem é um lobo” tem como alvo o homem e fonte o lobo. Ao mesmo tempo, nessa relação há implicações no domínio da fonte, ou seja, um conjunto de características que afetam a interpretação sobre o alvo, pois implicam um conjunto de sistema de relações que sinalizam a presença da palavra fonte. O sistema da fonte enfatiza o sistema alvo com base em associações³⁹⁹.

Aprofundando a análise, Lakoff, após inúmeras pesquisas, conclui que os conceitos cotidianos são estruturados e moldados por uma série de metáforas cognitivas compartilhadas por todos os seres humanos. São os conceitos metafóricos que organizam o pensamento a partir das experiências físicas e dos enunciados linguísticos; mesmo na poesia, a metáfora conceitualmente subjacente mantém um conceito comum⁴⁰⁰. O Ciberespaço como uma metáfora pode ter seu conceito construído por uma rede de interações que mantêm vivas e alteráveis as noções e os conceitos da

³⁹⁶ LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001. p. 52 e ss.

³⁹⁷ CRUZ, Edgar Gómez. *La metáfora da Internet*. Barcelona: UOC, 2008.

³⁹⁸ RICHARDS, Armstrong. *The philosophy of rhetoric*. Oxford: Oxford University Press, 1965.

³⁹⁹ HUNTER, Dan. Cyberspace as place and the tragedy of the digital anticommons. *Calif. L. Rev.*, v. 91, p. 439, 2003.

⁴⁰⁰ LAKOFF, George. *Women, fire and dangerous things: what categories reveal about the Mino*. Chicago: The University of Chicago Press, 1987; HUNTER, Dan. *Op. cit.*, p. 439.

ideia de um mundo tecnológico dominado pela plataforma de comunicação humana e de interação entre homem e máquina.

3.1.1 Espaço

Como o espaço de comunicação aberto, o Ciberespaço produz uma realidade que não é alheia à realidade que nos é comum, mas que promove uma virtualização em que as pessoas podem interagir sem a presença física, interagem pelo código. A espacialidade do Ciberespaço é experimentada pela cognição humana e é relativa. Julie Cohen⁴⁰¹ centra a ideia de Ciberespaço em três argumentos: a) emergência de um novo sentido de espaço social, que é o espaço em rede; b) interpenetração do espaço anterior e do espaço em rede; e c) a maneira pela qual esses desenvolvimentos alteram e até mesmo irrompem as geografias de poder. O que há é uma interação entre o espaço geográfico real e o espaço dos *bits* (0 e 1). Ao focar as três representações do Ciberespaço, Julie Cohen articula esses três espaços:

1. *Utópico*, separado do mundo real⁴⁰². O pensamento utópico considerava um espaço não geográfico e, portanto, local onde as soberanias, pensadas apenas do ponto de vista de território (geográficos), não poderiam regular. O Ciberespaço seria constituído pelas suas leis e apenas pelo consentimento de seus membros⁴⁰³.

⁴⁰¹ COHEN, Julie. Cyberspace as/and space. *Columbia Law Review*, v. 107, n. 1, p. 211 e ss., 2007.

⁴⁰² Essa ideia de espaço separado do mundo real perdeu força e praticamente não é mais reconhecida. O maior expoente foi a declaração de independência do Ciberespaço quando produz a ideia de uma civilização da mente.

⁴⁰³ “Global computer-based communications cut across territorial borders, creating a new realm of human activity and undermining the feasibility--and legitimacy--of applying laws based on geographic boundaries. While these electronic communications play havoc with geographic boundaries, a new boundary, made up of the screens and passwords that separate the virtual world from the real world of atoms, emerges. This new boundary defines a distinct Cyberspace that needs and can create new law and legal institutions of its own. Territorially-based law-making and law-enforcing authorities find this new environment deeply threatening. But established territorial authorities may yet learn to defer to the self-regulatory efforts of Cyberspace participants who care most deeply about this new digital trade in ideas, information, and services. Separated from doctrine tied to territorial jurisdictions, new rules will emerge, in a variety of on-line spaces, to govern a wide range of new phenomena that have no clear parallel in the nonvirtual world. These new rules will play the role of law by defining legal personhood and property, resolving disputes, and crystallizing a collective conversation about core values” (JOHNSON, David; POST, David. Law and borders – the rise of law in Cyberspace. *First Monday*, v. 1, 1996). “As comunicações globais baseadas em computador atravessam fronteiras territoriais e criam um novo campo de atividade humana, minando a viabilidade – e legitimidade – de aplicar leis baseadas apenas em fronteiras geográficas. Enquanto essas comunicações eletrônicas atrapalham os limites geográficos, emerge uma nova fronteira, formada pelas telas e senhas, que separa o mundo virtual do mundo real dos átomos. Essa nova fronteira define um Ciberespaço distinto onde há necessidade de ter novas leis e instituições jurídicas próprias. Há necessidade de leis e políticas baseadas no território e que considerem esse novo ambiente profundamente ameaçador. Mas as autoridades territoriais estabelecidas ainda podem aprender com os esforços de autorregulamentação dos participantes do Ciberespaço que se importam mais profundamente com esse novo

2. *Isotópico*, ou seja, um espaço é de mera continuação do espaço real. As atividades que acontecem no Ciberespaço são as mesmas de qualquer lugar, não há excepcionalidade. Assim, trata-se apenas de uma transposição direta do que ocorre no mundo *off-line*⁴⁰⁴.

3. *Heterotopia*, cujo conceito foi apresentado por Michel Foucault em uma palestra de 1967⁴⁰⁵. A heterotopia é um momento de simultaneidade e um espaço⁴⁰⁶ de justaposição (próximo e distante, lado a lado e disperso). É uma conexão de pontos, um conjunto de relações justapostas. Sob a figura do espelho, Foucault diz que ali há um ponto irreal e ao mesmo tempo uma heterotopia, pois existe um intercâmbio

comércio digital de ideias, informações e serviços. Separadas da doutrina ligada às jurisdições territoriais, as novas regras emergirão, em uma variedade de espaços *on-line*, para governar uma ampla gama de novos fenômenos que não têm paralelo claro no mundo não virtual. Essas novas regras desempenharão o papel da lei ao definir a personalidade jurídica e a propriedade e resolver disputas, cristalizando a comunicação coletiva sobre valores fundamentais” (tradução livre).

⁴⁰⁴ “Now you can see the meaning of my title. When asked to, ‘Cyberspace and the Law of the Horse’, talk about ‘Property in Cyberspace’, my immediate reaction was, ‘Isn’t this just the law of the horse?’. I don’t know much about cyberspace; what I do know will be outdated in five years five months!; and my predictions about the direction of change are worthless, making any effort to tailor the law to the subject futile. And if I did know something about computer networks, all I could do in discussing ‘Property in Cyberspace’ would be to isolate the subject from the rest of the law of intellectual property, making the assessment weaker. [...] A quick summary: Error in legislation is common, and never more so than when the technology is galloping forward. Let us not struggle to match an imperfect legal system to an evolving world that we understand poorly. Let us instead do what is es12 See Working Group Report at sential to permit the participants in this evolving world to make their own decisions. That means three things: make rules clear; create property rights where now there are none; and facilitate the formation of bargaining institutions. Then let the world of cyberspace evolve as it will, and enjoy the benefits” (EASTERBROOK, Frank H. Cyberspace and the law of the horse. *The University of Chicago Legal Forum*, p. 207-216, 1996).

“Agora você pode ver o significado do meu título. Quando perguntado sobre ‘a regulação da propriedade e a regulação da propriedade’, minha reação imediata foi: ‘Isso não é apenas a lei do cavalo?’. Eu não sei muito sobre o Ciberespaço; o que eu sei que logo o Ciberespaço estará desatualizado em cinco anos e cinco meses!; e minhas previsões sobre a direção da mudança são inúteis, fazendo qualquer esforço para adaptar a lei ao assunto fútil. E se eu soubesse alguma coisa sobre redes de computadores, tudo o que eu poderia fazer para discutir ‘Propriedade no Ciberespaço’ seria isolar o assunto do resto da lei da propriedade intelectual, tornando a avaliação mais fraca. [...] Um resumo rápido: o erro na legislação é comum, e nunca mais do que quando a tecnologia está avançando a passos largos. Não nos esforcemos para combinar um sistema legal imperfeito com um mundo em evolução que entendemos mal. Em vez disso, façamos o que é está no Relatório do Grupo de Trabalho para permitir que os participantes desse mundo em evolução tomem suas próprias decisões. Isso significa três coisas: tornar as regras claras; criar direitos de propriedade onde agora não há nenhum; e facilitar a formação de instituições de barganha. Então deixe o mundo do Ciberespaço evoluir como quiser e aproveite os benefícios” (tradução livre).

⁴⁰⁵ FOUCAULT, Michel. Des espaces autres. Conférence au Cercle d’études architecturales, 14 mars 1967. *Architecture, Mouvement, Continuité*, n. 5, p. 46-49, 1984. Disponível em: <https://foucault.info/documents/heterotopia/foucault.heterotopia.fr/>.

⁴⁰⁶ “Dentro das definições formais, o espaço é entendido como um vazio, um vazio a ser ‘preenchido’ por pessoas e coisas. Matematicamente, este entendimento convencional de espaço vazio como espaço cartesiano/euclidiano: uma entidade (não) estruturada por leis matemáticas abstratas. Mas o espaço não pode ser apreendido apenas neste sentido, pois ele é experimentado” (COHEN, Julie. Cyberspace as/and space. *Columbia Law Review*, v. 107, n. 1, p. 211 e ss., 2007). “Em física, espaço não pode ser definido fora da matéria. Em teoria social, espaço não pode ser definido sem referência às práticas sociais” (CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 493).

no espelho, em que “eu me encontro”. O espelho faz o lugar que eu ocupo quando olho. Ambos os espaços são reais, uma conexão. Um ponto virtual. São seis princípios da heterotopia: a) todas as culturas são heterotópicas, com formas variadas; b) a sociedade pode operar de forma diferente como uma heteropia; c) há uma constante justaposição em um único lugar de vários espaços em si incompatíveis; d) a ruptura do homem com o tempo tradicional; e) sistemas de abertura e fechamento que se isolam, mas são penetráveis; f) relação entre espaços extremos, com a criação de espaços ilusórios (os bordéis e os espaços das colônias). Cohen utiliza a tipologia de Foucault para estabelecer a ideia de que o bordel mapeia bastante a visão da sociedade de informação como uma das formas de liberdade pela tecnologia, facilitando as ordens múltiplas, espontâneas e consensuais. A colônia expressa a sociedade mercantilizada limitada a um controle baseado em um único e previsível conjunto de regras que de maneira uniforme é executada, ocorrendo uma ambivalência entre liberdade e controle. O Ciberespaço não é um fenômeno unitário, mas múltiplo, onde há inúmeras e incontáveis experiências de pessoas, sendo uma rede, um espaço real, ainda que com justaposições.

A partir da compreensão do Ciberespaço como uma heteropia e sua conexão com vários outros espaços, Cohen define o Ciberespaço como constituído pelas interações de práticas, conceitualizações e representações. Um nexos de interação social dos seres humanos⁴⁰⁷, um sítio para a promulgação de visões sobre organização ideal para a atividade social e econômica e um catalisador para as reivindicações, esse novo espaço formado e classificado como um espaço em rede onde há inúmeras possibilidades comunicativas que se expandem por meio de *blogs*, *sites* e a produção de bens culturais, como o *software*⁴⁰⁸.

O que interessa nesse conceito é a compreensão de um espaço conectado, articulado, que interage, abolindo a visão de que o Ciberespaço é um espaço apartado dos outros espaços

⁴⁰⁷ Entre nós, Lucia Santaella também entende o Ciberespaço como um espaço que envolve a interação. Ciberespaço: “todo e qualquer espaço informacional multidimensional, que, dependente da interação do usuário, permite o acesso, a manipulação, a transformação e o intercâmbio de seus fluxos codificados de informação. O Ciberespaço é o espaço que se abre quando o usuário conecta-se com a rede” (SANTAELLA, Lucia. *Navegar no Ciberespaço: o perfil cognitivo do leitor imersivo*. São Paulo: Paulus, 2004. p. 45).

⁴⁰⁸ COHEN, Julie. Cyberspace as/and space. *Columbia Law Review*, v. 107, n. 1, p. 211 e ss., 2007.

sociais. Destaca-se a importância da compreensão desse espaço como uma rede, e, na visão de Manuel Castells, a sociedade atual, em razão do fluxo informacional, é uma sociedade perfilada em rede, onde se evidencia o “espaço em fluxo”, produto dos fenômenos da sociedade da informação.

Uma das características da atual sociedade definida por Manuel Castells como sociedade em rede é o espaço de fluxos resultantes da transformação permitida apenas em razão das novas tecnologias de comunicação⁴⁰⁹. O espaço de fluxos promove uma inter-relação estrita entre os ambientes físicos; assim, até a própria arquitetura atual e os espaços das cidades, a construção e o espaço oferecido pelos novos meios estão interligados.

Castells, utilizando os métodos desenvolvidos pela teoria social, explica que as formas e os processos espaciais são a expressão da sociedade⁴¹⁰. O espaço não é reflexo da sociedade e a sua própria expressão e, ao mesmo tempo, o espaço é o suporte material com sentido simbólico de práticas sociais simultâneas no tempo.

O suporte material nem sempre depende da contiguidade física, como ocorre na sociedade da informação. O espaço de fluxo⁴¹¹ domina a sociedade em rede. Esses fluxos “são as sequências *intencionais* repetidas e programáveis de intercâmbios e interação entre posições fisicamente desarticuladas, mantidas por atores sociais nas estruturas econômicas, políticas e simbólicas”.

O primeiro suporte desse espaço são os impulsos eletrônicos (telecomunicações, processamento computacional, sistemas de transmissão). As funções na sociedade que ocorrem

⁴⁰⁹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 553 e ss.

⁴¹⁰ Michel Foucault exemplifica os locais na idade Média. Nota-se a simbiose sobre a expressão do que foram aquela sociedade e a construção de seus espaços. “On pourrait dire, pour retracer très grossièrement cette histoire de l’espace, qu’il était au Moyen Age un ensemble hiérarchisé de lieux : lieux sacrés et lieux profanes, lieux protégés et lieux au contraire ouverts et sans défense, lieux urbains et lieux campagnards (voilà pour la vie réelle des hommes); pour la théorie cosmologique, il y avait les lieux supra-célestes opposés au lieu céleste; et le lieu céleste à son tour s’opposait au lieu terrestre; il y avait les lieux où les choses se trouvaient placées parce qu’elles avaient été déplacées violemment et puis les lieux, au contraire, où les choses trouvaient leur emplacement et leur repos naturels. C’était toute cette hiérarchie, cette opposition, cet entrecroisement de lieux qui constituait ce qu’on pourrait appeler très grossièrement l’espace médiéval : espace de localisation” (FOUCAULT, Michel. *Des espaces autres*. Conférence au Cercle d’études architecturales, 14 mars 1967. *Architecture, Mouvement, Continuité*, n. 5, p. 46-49, 1984. Disponível em: <https://foucault.info/documents/heterotopia/foucault.heteroTopia.fr/>).

“Pode-se dizer, para traçar muito grosseiramente, que a história do espaço na Idade Média como um conjunto hierárquico de lugares: lugares sagrados e lugares profanos, lugares protegidos e não protegidos, lugares urbanos e lugares rurais (isto é, para a vida real dos homens); para a teoria cosmológica, havia lugares supracélestes opostos ao lugar celestial; e o lugar celestial, por sua vez, opunha-se ao lugar terreno; havia os lugares onde as coisas eram colocadas porque tinham sido movidas violentamente e depois os lugares, ao contrário, onde as coisas encontravam sua localização natural e descanso. Foi toda essa hierarquia, essa oposição, esse entrecruzamento de lugares que constituíam o que poderia ser chamado, *grosso modo*, de o espaço medieval: espaço de localização” (tradução livre)

⁴¹¹ Fluxos são a expressão dos processos que dominam nossa vida econômica, política e simbólica (CASTELLS, Manuel. *Op. cit.*, p. 494).

em redes de interações são possibilitadas pelos equipamentos de tecnologia da informação. Nas redes de comunicação, a configuração espacial permite que os espaços não desapareçam, mas sejam absorvidos pela rede, pois a infraestrutura tecnológica que constrói a rede, em certo sentido, define-a.

O segundo suporte é constituído pelos nós da rede, que são os centros de importantes funções estratégicas e centros de comunicação. O espaço de fluxo não é desprovido de lugar, embora a sua lógica o seja. Ele está localizado em uma rede eletrônica que interliga e conecta outros lugares que mantêm as características sociais, culturais, físicas. Os centros de comunicação coordenam para a interação dos elementos que integram a rede. A terceira camada são os espaços de fluxos referentes à organização espacial das elites gerenciais dominantes que mantêm funções direcionais em torno das quais esses espaços são articulados⁴¹².

A atual sociedade denominada sociedade de informação, em razão do alto fluxo de informação e processamento de dados, potencializado pela digitalização, ao produzir as tecnologias de informação proporcionou a chegada do Ciberespaço, que, por sua vez, mantém arquitetura em rede, nova forma de estrutura da atual sociedade.

3.1.2 Tempo

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos ensina as implicações das categorias espaço-temporais no fenômeno jurídico, explicando que o chamado tempo *virtual* separou algumas categorias do tempo chamado *real* do relógio mecânico que definia dia e noite para trabalho e descanso. Há um relógio dinâmico, a reserva de horário para as atividades certas, marcadas, desapareceu, as “horas ‘se perdem’ em conversações eletrônicas e o homem depende da atividade do outro *em rede*”. As novas tecnologias limitam, em razão de suas possibilidades, algumas potencialidades e o tempo do *on-line*.

Tercio Sampaio ao discorrer sobre o virtual, considera que “o virtual, nesse novo sentido, não é tangível nem intangível; nem tem referência a mera possibilidade física mediante alguma habilidade; não *virtual* como produto de *virtus-virtude*, mas de lúdico conforme um código”⁴¹³.

No campo do Direito, a conciliação e o ecletismo acabam por denominar o *cronotopo*, fusão do tempo e espaço, e o *exotopo*. Assim:

⁴¹² CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 494 e ss.

⁴¹³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *O direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 75.

O conceito de *cronotopo*, formado pelas palavras gregas *kronos* (cronos = tempo) e *topos* (espaço), foi criado por Bakhtin, representando uma categoria conteudístico-formal e constitui uma ligação entre o mundo real e o mundo representado; lugares que estão em interação mútua. O termo é tirado da matemática e foi introduzido como parte da teoria da relatividade de Einstein. Aqui o tomamos emprestado para entendermos o fenômeno jurídico, colaborando para ampliar os sentidos possíveis da tomada de decisão judicial, por meio de marcadores discursivos, estabelecendo relações entre a enunciação e a situação em que ela foi produzida. Para ele a relação entre espaço e tempo é indissolúvel.

Exotopia, por sua vez, significa desdobramento de olhares a partir de um lugar exterior. Etimologicamente, a palavra é formada pelo prefixo *ex*, que significa fora, e *topos*, lugar. Olhar externo, visão do outro. A visão do outro é apoiada em suposições com base no que ele vê externamente⁴¹⁴.

Dois fenômenos estão ligados ao tempo no Ciberespaço: a simultaneidade e a intemporalidade. Em 11 de setembro de 2001, o fenômeno da simultaneidade foi sentido em uma escala global, dos escritórios, dos bares, nas casas assistia-se ao ataque às torres gêmeas em Nova York. Os debates que se sucederam foram realizados em tempo real, quase ao vivo, para toda a comunidade planetária.

Pelos aplicativos como *Messenger*, pela multiplataforma do *WhatsApp*, a comunicação mediada possibilita conversações interativas em tempo real reunindo pessoas sobre um mesmo interesse, tema ou assunto. As conversações podem ser realizadas em todos os suportes, textos, vídeos, áudios, voz.

Os hipertextos são um exemplo da ocorrência de intemporalidade. Os conteúdos são disponibilizados em multimídia e submetidos às possibilidades de seleções computadorizadas que podem ser feitas em segundos, unindo ou separando os conteúdos, em um movimento não sequencial.

O tempo intemporal, segundo Castells, ocorre quando

o paradigma informacional e a sociedade em rede causam confusão sistêmica na ordem sequencial dos fenômenos sucedidos naquele contexto [...] A confusão pode tomar a forma de compreensão da ocorrência de fenômenos, visando à instantaneidade ou então a introdução de descontinuidade aleatória na sequência. A eliminação da sequência cria tempo não diferenciado, o que equivale à eternidade [...] O tempo intemporal pertence ao espaço de fluxos, ao passo que a disciplina tempo, o tempo biológico e a sequência socialmente determinada caracterizam os lugares em todo o mundo⁴¹⁵.

⁴¹⁴ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Limites do direito: a decisão judicial e o pêndulo do Supremo. *Limites do direito: decisões contra legem*. Percepções cognitivas na interpretação da norma. Curitiba: Juruá, 2016.p. 24.

⁴¹⁵ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 542 e ss.

3.1.3 Comunidades virtuais em redes

Por reunir um dos maiores números de usuários⁴¹⁶, a internet é considerada a “espinha dorsal” da comunicação global. A Real Academia Espanhola define a internet como “rede informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación”.

A internet é considerada

un sistema global descentralizado de redes de cómputo interconectadas entre sí con base en los estándares o protocolos conocidos como Protocolo de Transmisión de Control y el Protocolo Internet que se utilizan para transmitir e intercambiar paquetes de datos. Están compuestos por “navegadores, sistemas operativos, módulos de cifrado, java, sistemas de correo electrónico, aplicaciones P2P y cualesquiera otros elementos”⁴¹⁷.

As principais redes sociais como Facebook, YouTube, Instagram estão “localizadas” na internet⁴¹⁸. A expansão das redes sociais ocorreu com a chegada da web 2.0⁴¹⁹, que permitiu o intercâmbio de conteúdos multimídia (vídeos, fotos, áudio), possibilitando que *sites* oferecessem o serviço.

As comunidades virtuais, que são simplesmente redes eletrônicas ou de comunicação interativa organizadas por um interesse comum ou apenas com a simples meta de que os membros promovam a comunicação, são o exemplo mais latente de interatividade sem a presença física⁴²⁰.

⁴¹⁶ De acordo com relatório da ONU (Organização das Nações Unidas), em dezembro de 2018, o mundo contava com 3,9 bilhões de usuários da Internet. Fonte: UIT (União Internacional de Telecomunicações). Disponível em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/publications/misr2018.aspx>.

⁴¹⁷ LESSIG, L. *El Código 2.0*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2009. p. 241.

⁴¹⁸ Relatório de Mídia Social divulgado pelas Hootsuite e We Are Social estimou, no ano de 2018, em 4,2 bilhões de usuários da Internet. Ainda estimou que cerca de 3,4 bilhões de pessoas em todo o mundo são usuárias das mídias sociais.

⁴¹⁹ Há uma evolução na Internet que expande de forma consecutiva a interatividade. A web 1.0 era conhecida como um catálogo de informações em que o usuário tinha a função de ler. Os *hyperlinks* conectavam um texto ao outro. No início de 2000, surge a web 2.0 com dispositivos interativos. Os usuários podem intercambiar conteúdos em vários formatos, criando *blogs*, vídeos. A web 3.0, conhecida como web semântica, salto tecnológico que “tiene importantes consecuencias en los usuarios de la red, contexto en la web geoespacial, la autonomía respecto del navegador y la construcción de la web semántica. La web 3.0 es conocida como la “web semántica” porque utiliza de forma más eficiente de los datos: “data web”. “Es inter-operativa y el usuario tiene el control para hacer los cambios que desee modificando directamente las bases de datos. La web semántica incluye metadatos semánticos u ontológicos (que describen los contenidos y las relaciones La web 3.0 está muy asociada al concepto de personalización. Ofrece un flujo de información y de contenidos adaptados a nuestros gustos y preferencias.¿ De En el 2016 empezó la web 4.0, que es el próximo gran avance y se centrará en La web 4.0 permite la computación cognitiva. A través de potentes ordenadores se almacenan en la nube y procesan los datos, peticiones, etc. permitiendo” (LATORRE, Marino. *Historia de la web, 1.0, 2.0, 3.0 y 4.0*. Universidad Marcelino Champagnat, marzo, 2018). A *Web 5.0, a rede sensorial-emotiva*, tem como ideia trazer os sentimentos às interações na rede.

⁴²⁰ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

A rede proporciona laços fracos, diferentemente de outros tipos de sociabilidade que permitem a construção de laços fortes. Os laços com desconhecidos de forma múltipla fornecem um modelo igualitário de interação, pois as características sociais acabam sendo menos visíveis e não influenciam na estrutura da rede, muito menos bloqueiam a comunicação. Isso faz com que a rede se expanda com mais facilidade, com a sociabilidade contribuindo com os vínculos sociais⁴²¹.

As redes sociais formam uma diversidade de possibilidades de comunicações, como jogos sociais, jogos *on-line*, grupos de discussões, fóruns, compartilhamento de música, fotografia⁴²², sendo uma espécie de serviço oferecido dentro de uma plataforma que permite ao usuário realizar a construção de perfil público ou semipúblico, criando um microsistema, incluir uma lista de outros usuários para compartilhar conexões, visualizar e buscar sua lista de contatos e incluir outros usuários dentro do sistema⁴²³.

O perfil pessoal é um dos elementos mais importantes das redes sociais. Por meio dele, o usuário consegue obter informações publicadas por outros usuários, realizar comentários, publicar informações, inserir dados e gerar conteúdos cruzados e interativos⁴²⁴. Assim, os usuários possuem uma liberdade bilateral, podendo compartilhar e incluir em seu perfil os conteúdos que desejarem. Eles também podem gerenciar a informação realizando o controle do que e com quem vão compartilhar os conteúdos. A princípio, os conteúdos compartilhados não têm obstáculo técnico para serem publicados⁴²⁵.

As redes sociais *on-line* podem ser classificadas como horizontais ou verticais⁴²⁶. As redes horizontais são consideradas generalistas, ou seja, permitem que os usuários criem um perfil para realizar a publicação de conteúdos, comunicar e interagir com outros usuários. Não há um tema previamente definido, podendo ser variados como assuntos de caráter pessoal, profissional ou entretenimento. A empresa que opera a rede oferece uma plataforma em que é possível compartilhar vídeos, fotos, textos, áudio etc.

As redes horizontais são oferecidas para um curso genérico e têm como foco principal os contatos, por meio de ferramentas, como criar o perfil, compartilhar os conteúdos e gerar

⁴²¹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

⁴²² VERDEJO ESPINOSA, Maria A. *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales: análisis y herramientas de prevención*. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, 2015. p. 13.

⁴²³ AGUSTINOY GUILAYN, A.; MONCLÚS RUIZ, J. *Aspectos legales de las redes sociales*. Barcelona: Bosch, 2016. p. 20.

⁴²⁴ *Ibidem*.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 21.

⁴²⁶ CASTAÑEDA, L.; GONZÁLEZ, V.; SERRANO, J. L. Donde habitan los jóvenes: precisiones sobre un mundo de redes sociales. In: MARTÍNEZ, F.; SOLANO, I. *Comunicación y relaciones sociales de los jóvenes en la red*. Alicante: Marfil, 2011. p. 47-63.

listas de contatos⁴²⁷. As redes consideradas horizontais generalistas são como o Facebook. Já as redes especializadas operam sob um formato específico; por exemplo, o Instagram.

As redes verticais são destinadas ao público mais específico, sendo construídas para fins profissionais, de entendimento ou de difusão de conhecimento⁴²⁸. As redes profissionais tratam de gerar e intercambiar conteúdo. Um exemplo é o LinkedIn. As redes de entretenimento geram e compartilham conteúdos sobre *hobby*, como música, viagem etc. As redes para difundir o conhecimento são geralmente de caráter educacional e permitem o intercâmbio de informações sem lucro.

São as arquiteturas das redes criadas pelos *softwares* que planejam e possibilitam as ferramentas e dispositivos para que os usuários possam publicar os conteúdos, compartilhar, bloquear, enfim, interagir e se comunicar. Os códigos moldam e jogam com a rede.

As arquiteturas projetadas nas redes sociais muitas vezes usam a percepção de um jogo para atrair os seus usuários. É o caso do Facebook, que tem similaridades com os jogos casuais, haja vista as características de espontaneidade que o aplicativo oferece. Logo, o aplicativo torna a participação dos usuários-amigos praticamente obrigatória, aparecendo os amigos como um coro de representação.

Outra característica do aplicativo é a similaridade com o *multiplayer* assíncrono – jogo em sequência e sem simultaneidade. As entradas para os comentários formam uma micro-história permanente ou semipermanente. O local é um espaço lúdico de sociabilidade, com modalidades de rituais e representações, inclusive com aplicação que transmite sensações lúdicas (som, risos)⁴²⁹.

3.1.4 Ciberespaço e interatividade

O Ciberespaço é um sistema que opera a partir de seus próprios códigos (*bits*), um sistema tecnológico que permite um dos maiores graus de interatividade como plataforma de

⁴²⁷ AGUSTINOY GUILAYN, A.; MONCLÚS RUIZ, J. *Aspectos legales de las redes sociales*. Barcelona: Bosch, 2016. p. 21-22.

⁴²⁸ CASTAÑEDA, L.; GONZÁLEZ, V.; SERRANO, J. L. Donde habitan los jóvenes: precisiones sobre un mundo de redes sociales. In: MARTÍNEZ, F.; SOLANO, I. *Comunicación y relaciones sociales de los jóvenes en la red*. Alicante: Marfil, 2011. p. 47-63.

⁴²⁹ RAO, Valentina. Facebook applications and playful mood: the construction of Facebook as a “third place”. *Conference: Proceedings of the 12th international conference on Entertainment and media in the ubiquitous era*, Mindtrek, Tampere, Finland, 7-9 out. 2008.

comunicação. As redes sociais são os maiores exemplos de interatividade na rede, pois são as ferramentas que permitem o maior grau de comunicação humana que até hoje se viu⁴³⁰.

O modelo mais perfeito de interatividade sempre foi estudado a partir de diálogos entre pessoas (comunicação face a face), mas o intercâmbio se faz possível por meio da linguagem. A interatividade no Ciberespaço pode ser considerada, além da evidente comunicação que produz, o entendimento mútuo, fluxos de signos ou, segundo Lucia Santaella, jogos de linguagens ou fluxos informacionais.

Quando há envolvimento no jogo, o controle privado sob a linguagem desaparece, colocando a nu o verdadeiro caráter “dialógico” da linguagem. Na tela, as hipermídias, as interfaces – que permitem os comandos, sendo o ponto pelo qual se recebem e se enviam os sinais – possibilitam um processo de associação mental, rememoração, resolução de problemas, proporcionando que a conexão siga adiante, para uma nova página, nova cena. Esse processo coloca em evidência o caráter social dos signos, da linguagem, em uma “religação comunitária”⁴³¹.

O Ciberespaço somente pode ser entendido como o conjunto de possibilidades comunicacionais que se desenvolvem, no âmbito digital, pelos códigos digitais, por meio de canais, dispositivos e infraestrutura de telecomunicações e sistemas informáticos que permitem a interatividade entre os usuários⁴³². Em uma frase, é um sistema tecnológico que permite a comunicação e a interatividade.

3.2 A regulamentação do Ciberespaço

3.2.1 A hipótese do não direito e a ausência do soberano

O Ciberespaço nasceu a partir de múltiplas conexões entre computadores e as redes de computadores, em que as informações são transmitidas e recebidas sem a necessidade de que os humanos exerçam função de forma continuada.

⁴³⁰ FERRER SERRANO, R. L. El tránsito de las redes sociales hacia un nuevo concepto territorial de los Estados (“netstates”). In: CORREDOIRA, I.; ALFONSO, L.; COTINO HUESO, L. *Libertad de expresión e información en internet: amenazas y protección de los derechos personales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013. p. 26.

⁴³¹ SANTAELLA, Lucia. *Navegar no Ciberespaço: o perfil cognitivo do leitor imersivo*. São Paulo: Paulus, 2004. p. 170-172.

⁴³² GUILLEN, Antonio Asencio; MARCOLA, Julio Navio. *Génesis del ciberespacio: una visión desde las teorías de la comunicación*. Madrid: Universidade Nacional de Educação a Distância, 2017. p. 8.

O acesso do Ciberespaço é livre e o controle não está centralizado em um ente privado nem estatal. O espaço é desterritorializado, além da ausência de fronteiras estatais. Esse sistema interligado, conectado em rede, cria “uma grande conversão mundial sem fim”⁴³³ e gera riquezas de mercado, agora medidas em *bits*.

São essas características que fizeram Barlow⁴³⁴ declarar que o Ciberespaço está formado por transações, relações, pensamentos, comunicações, sendo o lugar da mente; onde a mente humana é livre para criar e reproduzir, distribuir de forma infinita sem nenhum custo. Assim, os Estados soberanos controlam os corpos dos internautas, mas, no Ciberespaço, não podem controlar os corpos, porque lá não há corpos.

O Ciberespaço, na declaração de Barlow, é imune à soberania estatal, pois não há como encarcerar os pensamentos. Os problemas que as soberanias dizem ter no Ciberespaço é apenas uma alegação para conseguir invadi-lo, muitos dos quais, segundo a declaração, não existem e, quando existirem, caberá aos cibernautas identificar e resolver, pois “estamos criando nosso Contrato Social”⁴³⁵.

Ao revelar a ausência de um soberano estatal e a existência de uma soberania cibernética, Barlow parece declarar a inexistência da possibilidade de um direito estatal ou mesmo de um direito ditado pelos Estados soberanos. É como se o autor da declaração estivesse dizendo: temos direito ao não direito, porque aqui há ausência de soberania.

Em 1972, Jean Carbonnier publicou obra intitulada *L'hypothèse de non droit*. Na hipótese de não direito, Carbonnier, apesar de manter a importância do Direito, mantém-se incrédulo na assertiva de que todo o espaço social deve ser normatizado pelo Direito, pois existem ocasiões em que o conveniente é a hipótese de não direito, pois, nesses casos, há autolimitação ou autoneutralização do sistema jurídico.

Em algumas circunstâncias, os fatos impõem resistência. Carbonnier critica os juristas dogmáticos que pensam que tudo é Direito, ou, pelo menos, que o Direito tem vocação para estar em todas as partes para resolver tudo, para sustentar todo o dia, todo o universo habitado. O não direito é caracterizado pela ausência de normas em certos aspectos da vida humana, um espaço onde um grupo humano se rege pelas suas próprias normas⁴³⁶.

⁴³³ Entendimento proferido pelo juiz Stewart R. Dalzell do Tribunal de Pennsylvania. Processo Reno v. American Civil Liberties Union, 1996.

⁴³⁴ BARLOW, John. *A declaration of the independence of cyberspace*. Disponível em: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>.

⁴³⁵ *Ibidem*.

⁴³⁶ CARBONNIER, Jean. *L'hypothèse du non-droit*. *Archives de Philosophie du Droit*, t. VIII, p. 55, 1963.

O Congresso de juristas de 1977 rediscutiu e reanalisou os fenômenos do não direito que geravam autorregulação própria, como os fenômenos de *hackers*, ocupação de fábricas e de espaços, tal qual os movimentos de sem-teto ou sem-terra⁴³⁷.

Em um primeiro momento da massificação do acesso ao Ciberespaço, principalmente pela internet, juristas, como os citados David Johnson e David Post, defendiam que o Estado não tinha capacidade de regular o Ciberespaço, pois não poderia garantir o cumprimento das normas e impor as sanções, em virtude de uma aproximação física entre a conduta e as regras e as consequências jurídicas, bem como da falta de legitimidade democrática das normas estatais dentro do Ciberespaço. Assim, existia a defesa de uma república independente e o seu autogoverno.

De outro lado, em meio aos debates, em julho de 1998, o Presidente Bill Clinton apresentava um documento intitulado *Framework for Global Electronic Commerce*, instituindo os princípios liberais básicos para a autorregulação privada do Ciberespaço. O documento contava com cinco princípios:

1. O setor privado deve liderar e os governos encorajar a autorregulação.
2. Os governos devem evitar restrições indevidas ao comércio eletrônico, devendo as partes contratar livremente e o Estado intervir minimamente.
3. Na necessidade de intervenção do Estado, o objetivo deve ser de apoio, impondo um ambiente de previsibilidade e minimalista.
4. Os Estados devem reconhecer as qualidades da internet, ou seja, a sua natureza descentralizada e sua governança de baixo para cima.
5. O comércio eletrônico deve ser facilitado globalmente. Como recomendação para implantar os princípios, tem-se a imunidade de taxas e tributações para o fornecimento de produtos e serviços, não se criando impostos novos para a circulação de comércio eletrônico, implantação de sistemas de pagamentos eletrônicos e a unificação de um código comercial uniforme para o comércio eletrônico⁴³⁸.

⁴³⁷ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.; MEDINA, Flavia A.; RODRÍGUEZ, Mónica S.; SCOTTI, Luciana. *Contratación electrónica internacional: una mirada desde el derecho internacional privado*. Málaga: Universidade de Málaga, 2008. p. 8.

⁴³⁸ Disponível em: <https://clintonwhitehouse4.archives.gov/WH/New/Commerce/>.

Não tardou muito para que os primeiros problemas oriundos do Ciberespaço começassem. A *deep web*⁴³⁹ é um local onde, em razão do anonimato, é vulnerável a “atividades criminosas”, bradavam os favoráveis à regulamentação estatal. A arquitetura da *deep web* é acessada de forma anônima, e os usuários usam ferramentas para reduzir a possibilidade de identificação real, além de garantir a privacidade.

Mas, recentemente, nos Estados Unidos, Ross Ulbricht⁴⁴⁰, suposto criador do Silk Road, *website* utilizado para intermediação de produtos ilícitos, foi pego e condenado à prisão perpétua. Com isso, o governo americano considera que mesmo em um suposto espaço de “não direito”, onde impera o anonimato, os Estados podem identificar os anônimos que cometem crimes. Na verdade, a versão dos órgãos oficiais sobre a investigação da Silk é até hoje questionada pela família e defesa de Ross Ulbricht, que alegam que nunca tiveram acesso às provas que levaram à condenação de Ross.

Ao mesmo tempo, o Bitcoin e o Blockchain, a princípio, podem ser considerados fora da jurisdição estatal. Mais uma vez, a Declaração de Independência do Ciberespaço ilustra a situação; nela, os Governos do Mundo Industrial não criam as riquezas dos mercados do Ciberespaço e os conceitos legais baseados na matéria não se aplicam ao mundo virtual. Se a Declaração de Independência do Ciberespaço lembra o liberalismo dos pais fundadores da América do Norte, o Manifesto Criptoanarquista, ao estilo marxista, chama atenção para o mercado líquido criado pela criptoanarquia.

Fora das declarações produzidas pelos internautas, existem várias ações dentro do âmbito dos poderes oficiais sobre o Bitcoin e o Blockchain. Os desafios trazem a possibilidade de criação de economia colaborativa de um lado e uma ferramenta de criar “opacidade financeira” e a evasão fiscal, de outro. Contudo, se por uma parte a tecnologia nasceu como forma de contestação do sistema financeiro, em contrapartida cada vez mais a tecnologia suscita interesse do referido sistema.

No campo econômico, o Bitcoin aparece como um dinheiro que pode, por exemplo, pagar contas na internet, sendo um sistema monetário independente. Essa moeda com código aberto necessita do Blockchain⁴⁴¹, que faz o registro de transações de forma descentralizada. É

⁴³⁹ Segundo Michael K. Bergman, a *deep web* é o conjunto de conteúdo disponível na internet não indexado nos indexadores mais tradicionais como Google. Assim, não se consegue acessar o conteúdo da *deep web* pelas buscas tradicionais. Segundo o autor, o grosso do conteúdo da rede está na *deep web* (White paper: the deep web: surfacing hidden value. *The Journal of Electronic Publishing*, v. 7, issue 1, August 2001).

⁴⁴⁰ Deep Web. Direção: Alex Winter. EUA, 2015. 90 min.

⁴⁴¹ Quatro elementos integram o Blockchain. O primeiro é o uso exclusivo da criptografia de dupla chave para identificação das partes das transações que se registram em cadeia. O segundo, o emprego da técnica *hash* – transformação de uma grande quantidade de dados em pouca quantidade de informação –, para garantir a integridade do conteúdo de cada transação e da cadeia. O terceiro elemento é a formação de um registro histórico

um registro único de alcance e conteúdo mundial. Aqui se registram todas as transações de bitcoins. O controle é feito pelos próprios usuários. A responsabilidade do blockchain no plano jurídico é inexistente, pois trata-se de uma tecnologia, uma aplicação⁴⁴².

De um discurso em que a internet democratizaria o mundo ao panóptico, Ignacio Ramonet denunciava o que chamou de colonização do Ciberespaço pelos gigantes das telecomunicações, que promoviam uma desigualdade de acesso na utilização de informações⁴⁴³.

A possibilidade de violação de intimidade, dados e comunicações em massa foi exposta ao mundo em 2013, quando saiu em toda a imprensa mundial que a Agência de Segurança Nacional (NSA) americana controlava mais de 650 milhões de conversas, por telefone, ao dia, de forma totalmente automática. O sistema gravava a comunicação em tempo real. Os correios eletrônicos (*e-mails*) registravam todas as mensagens dos usuários, sem o mínimo controle por parte dos proprietários das contas.

Ao mesmo momento que o Estado estava ameaçando a intimidade e a privacidade das pessoas, as entidades privadas reuniam dados para tornar o comércio mais eficaz, o que Oscar Gandy denomina *panóptica*. Compilam-se dados e é realizada uma discriminação não apenas para fins de organização, mas também para manipulação dos desejos. Logo, surgem comparações do ambiente do Ciberespaço⁴⁴⁴ ao panóptico, a prisão idealizada pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham, em 1785⁴⁴⁵.

O sistema permitia que o vigilante observasse todos os prisioneiros. Como os prisioneiros não sabiam que estavam sendo observados, por medo e receio acabavam tendo o comportamento desejado pelo sistema. O sistema leva a uma submissão e obediência, sem que haja oportunidade de pensar e debater. Aqui se restringe muito a liberdade de expressão, praticamente anulando-a.

O panóptico é um instrumento de controle, porque, quanto mais informações sobre as relações dos indivíduos, mais controle sobre o comportamento deles⁴⁴⁶. A vigilância em massa,

único de transações por consenso. O último, a formação desse registro é baseada na cadeia maior e é condicionada pela prova do trabalho. Só se opera por força bruta do computacional, para que seja possível provar a aplicação de determinados recursos computacionais e o tempo (MENESES, Manoel González. *Entender blockchain: una introducción a la tecnología de registro distribuido*. Madrid: Thompson Reuters, 2017. p. 101).

⁴⁴² No Brasil, a Instrução Normativa da Receita Federal n. 1.888, de 3 de maio de 2019, institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).

⁴⁴³ RAMONET. Nos han robado una esperanza! Internet: un bien o una maldición. *El Pais Digital*, 25 fev. 1997.

⁴⁴⁴ Disponível em: https://www.ted.com/talks/glenn_greenwald_why_privacy_matters?language=pt-br#t-4245. Acesso em: 1º jan. 2017.

⁴⁴⁵ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAUJO, Marilene. *O tribunal do futuro e o futuro do tribunal*. Curitiba: Appris, 2016. p. 35.

⁴⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Tradução Raquel Ramalhete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

conforme ocorre pelas novas tecnologias, é capaz de criar, segundo Foucault, uma prisão mental. A constante obediência, controle e submissão levam o humano a impor barreiras no debate, na forma de pensar e agir, ameaçando sua própria representação e liberdade.

Nesse ambiente, a liberdade de expressão, em termos dos graus propostos por Spinoza, pode sofrer regresso, de modo que, sem privacidade, o homem se torna um prisioneiro, reduzindo a patamares mínimos sua liberdade de expressão⁴⁴⁷.

3.2.2 O Ciberespaço: estados em redes e múltiplas soberanias

O debate sobre a regulamentação do Ciberespaço teve o seu maior protagonismo no berço onde nasceu o Ciberespaço – Estados Unidos. No final dos anos 1990 e início dos anos 2000, os teóricos do Direito debatiam as possíveis fórmulas de regulamentação do Ciberespaço defrontando sempre com o problema das soberanias e da extensão da jurisdição dos Estados e da liberdade de expressão. As discussões sobre o Estado passam pelo conteúdo e alcance da palavra *soberania*.

A Alemanha foi um dos palcos de discussões que concebia a política a partir de Estado, sendo este concretamente entendido como um aparato administrativo⁴⁴⁸. Um dos grandes influenciadores do pensamento alemão na teoria do Estado é Georg Jellinek, que assinala a *Drei-Elemente-Lehre*, ou seja, os três elementos constitutivos do Estado – território, povo e poder⁴⁴⁹. A concepção influenciou muitos autores, como Hermann Heller, e os diversos manuais sobre a teoria do Estado mantêm a perspectiva dos três elementos do Estado.

Contrariamente a essa descrição, Hans Kelsen define o Estado como uma ordem à autoridade, à qual os indivíduos são submissos, ou seja, cujas normas regulamentam a conduta. A validade da ordem jurídica não está delimitada a um espaço, mas a um território. O território não é uma porção geográfica delimitada na superfície terrestre, mas a extensão para a qual a ordem vale.

O território é uma relação de ordem normativa, resultando que a ordem jurídica é válida para toda a sua extensão, e não apenas para uma unidade geográfica (propriedade física), podendo, desse modo, os Estados coexistir sem que inevitavelmente surjam conflitos entre eles. Se o Estado é uma ordem jurídica, a limitação da ordem jurídica a um território só pode ser

⁴⁴⁷ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAUJO, Marilene. *Op. cit.*, p. 37.

⁴⁴⁸ PORTINARO, Pier Paolo. La Staatslehre entre Georg Jellinek y Hermann Heller. *El derecho em Red*. Madrid: Dykinson, 2006. p. 891-898.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 891-898.

jurídica. A fixação desses limites das diversas ordens é função do direito internacional. O direito não conhece a situação de dois Estados não poderem coexistir no mesmo espaço. O direito internacional permite a jurisdição fora dos limites de território geográfico dos Estados⁴⁵⁰. No âmbito do direito internacional, há vários casos paradigmas que reconhecem a jurisdição do Estado fora dos limites geográficos. É o que foi adotado no conhecido caso Lotus pela Corte S.S. Lotus⁴⁵¹:

De esto no se sigue, sin embargo, que el derecho internacional prohíba a los Estados ejercer jurisdicción en su propio territorio con respecto a cualquier situación que se refiera a hechos que hayan tenido lugar en el extranjero cuando no se pueden amparar en una regla permisiva del derecho internacional. Una postura contraria a esto sólo podría sostenerse si el derecho internacional impusiera sobre los Estados una prohibición general de extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales sobre personas, bienes y actos que estén fuera de su territorio y si sólo como excepción a esta prohibición general del derecho internacional se permitiera a los Estados hacerlo en ciertos casos específicos. Pero, ciertamente, este no es el caso en derecho internacional, tal como éste se presenta hoy en día. Lejos de dictar una prohibición general en el sentido de que los Estados no puedan extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales sobre personas, bienes o actos que se encuentren fuera de su territorio, el derecho internacional les deja, a este respecto, una amplia discreción que sólo es limitada en ciertos casos por reglas prohibitivas; en los otros casos, cada Estado es libre de adoptar los principios que considere mejores y más apropiados⁴⁵².

O conceito de Estado está intrinsecamente ligado à ideia de soberania⁴⁵³, a qual vem de *superanus*, que possui as raízes *super*, *supernus*, *super omnia* e indica superioridade, supremacia⁴⁵⁴. Do francês, *suzeraine* foi utilizada no mundo medieval francês para designar o senhor. Os suseranos mantinham poder sobre as terras e se intitulavam como reis, sendo constantes as guerras entre eles. Os senhores em guerra também tinham um arsenal de

⁴⁵⁰ Kelsen, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. Tradução Marcelo Dias Varella *et al.* *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 63, p. 14 e 25, 1998.

⁴⁵¹ Lotus pela Corte S.S. Lotus [1927] Corte Permanente de Justicia Internacional, Ser. A, n. 10. Disponível em: <https://www.dipublico.org/10984/s-s-lotus-1927-corte-permanente-de-justicia-internacional-ser-a-no-10/>.

⁴⁵² Isso não se segue, que o direito internacional proíba aos Estados exercerem jurisdição em seu próprio território com relação a qualquer situação que se refira a eventos que ocorreram no exterior quando eles não podem ser cobertos por uma regra permissiva de direito internacional. Uma posição contrária a esta só poderia ser sustentada se a lei internacional impusesse aos Estados uma proibição geral de estender a aplicação de suas leis e a jurisdição de seus tribunais sobre pessoas, bens e atos fora de seu território e somente como uma exceção à regra geral, em casos específicos. Mas, certamente, este não é o caso no direito internacional, atualmente. Longe de ditar uma proibição geral no sentido de que os Estados não podem estender a aplicação de suas leis e a jurisdição de seus tribunais sobre pessoas, bens ou atos que estão fora de seu território, o direito internacional os deixa, a esse respeito, uma ampla discricção que é limitada em certos casos por regras proibitivas; nos demais casos, cada Estado é livre de adotar os princípios que julgar mais adequados e mais apropriados.

⁴⁵³ Atribui-se a Bodin a elaboração da teoria da soberania. Ele a considerava: 1) suprema; 2) ilimitada; 3) absoluta; 4) perpétua; 5) imprescritível.

⁴⁵⁴ Pacheco, Joaquim Francisco. *Lecciones del derecho político constitucional*. Madrid: Imprenta Ignacio Boix, 1845. p. 55.

“teóricos” que escreviam sobre quais dos senhores tinham o poder de governar e impor as leis⁴⁵⁵.

Como um dos herdeiros da teoria de Estado de Jellinek, a soberania em Herman Heller expressa “a qualidade de independência absoluta de uma unidade de vontade frente a qualquer outra vontade decisória universal efetiva”⁴⁵⁶. O debate mantém uma crescente polarização em razão da Constituição de Weiner, em que a relação direito e política tenciona-se, pois, nesse momento, há uma crescente juridificação da política e uma politização do direito constitucional⁴⁵⁷.

Contra a ofensiva antiestatista de Kelsen, Schmitt tenta recuperar a ideia de soberania colocando a ênfase no plano da decisão e define que o soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção, o qual é o espaço onde a anomia está englobada na ordem jurídica. A decisão soberana, no estado de exceção, suspende a norma e abarca o caso-limite. Há aqui uma suspensão da ordem jurídica para que a situação de anomia seja enlaçada juridicamente⁴⁵⁸.

De modo contrário, Hans Kelsen considera que a soberania estatal é o resultado do conceito subjetivo do “eu” como centro do mundo. Esse raciocínio é incapaz de conceber o outro, que possui a mesma pretensão de ser o centro do universo. Estado é soberano, tudo o que é direito é para ele necessariamente “interior”.

Se, ao contrário, existe um “exterior”, se há fora do Estado outro domínio jurídico, então o Estado não pode mais ser soberano. Exterior e interior são apenas graus jurídicos diferentes, distintos patamares de um só e mesmo sistema jurídico que compreende ao mesmo tempo o direito internacional e as diversas ordens estatais.

Somente se houver uma ordem absolutamente suprema, a noção de soberania poderá desempenhar seu papel do ponto de vista teórico, isto é, permitir distinguir radicalmente o Estado das outras comunidades jurídicas, em particular das comunidades locais descentralizadas que parecem com ele, dos municípios, de um lado, e das uniões de Estados e da comunidade internacional, do outro⁴⁵⁹.

A questão da soberania no final do século XX e começo do século XXI volta a ser debatida a partir de fenômenos como a globalização e o Ciberespaço. No Ciberespaço, os

⁴⁵⁵ IÑAKI, Rivera; SILVERA, Hector; BODELON, Recasens. *Contornos y pliegues del derecho: homenaje a Roberto Bergalli*. Barcelona: Anthropos, 2006. p. 85.

⁴⁵⁶ HELLER, Herman. *La soberanía*. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económico, 1995. p. 197.

⁴⁵⁷ PORTINARO, Pier Paolo. La Staatslehre entre Georg Jellinek y Hermann Heller. *El derecho em Red*. Madrid: Dykinson, 2006. p. 891-898.

⁴⁵⁸ SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 13.

⁴⁵⁹ KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. Tradução Marcelo Dias Varella et al. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 63, p. 34, 1998.

Estados soberanos devem conviver de forma simultânea, na qual fluxos de dados mantêm-se em grande volume, variedade e velocidade, constituindo uma nova economia, passando pela problemática de quem governa e legisla nesse espaço de forma eficaz.

No Ciberespaço existe uma multiplicidade de atores que exercem poderes, sejam os Estados soberanos, as grandes empresas de tecnologia da informação, organizações não governamentais, entre outros. Entretanto, esse fenômeno não ocorre apenas no Ciberespaço; a série, por exemplo, de organismos nacionais e supranacionais já foi suficiente para a defesa de uma nova configuração de soberania.

Antonio Negri e Michael Hardt defendem a hipótese de que a soberania tomou nova forma composta por uma série de organismos nacionais e supranacionais unidos por uma lógica ou regra única. Essa nova forma de poder, de modo metafórico, foi denominada pelos autores de *Imperio*. Diferentemente da fórmula do imperialismo baseado na ideia dos Estados-Nações e do território, o império atua de maneira descentralizada e desterritorializada e sem fronteiras temporais⁴⁶⁰.

No Ciberespaço, o ambiente é de rede, o que faz com que os Estados soberanos, em vez de se unirem como uma fusão, em um governo global e único, mantenham a tendência de compartilhamento de poder. É o que Manuel Castells denomina de Estado em rede⁴⁶¹. O poder é sempre uma relação difusa espalhada na sociedade; explica Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos:

Do modo como vem sendo analisado, poder é sempre código, isto é, generalização simbólica estruturada capaz de um processo contínuo de combinações (ações seletivas, combinadas, ponto por ponto, com alternativas a evitar, tanto da parte do detentor como do submetido). Ou, de um modo simplificado, combinatória entre o querer do detentor com o não querer do submetido.

Na relação de poder (e de direito), a complementaridade entre querer e não querer se torna decidível.

A codificação binária do poder não lhe é exclusiva, nem mesmo é uma descoberta recente. Também o direito a conhece (lícito/ilícito), o mesmo se diga para a violência (violência/não violência) e para a economia e seu código da propriedade (proprietário/não proprietário), ou para a ciência, cujo código (verdadeiro/falso) conduz a uma dialética da verdade (Bachelard).

O crescimento do poder tem por uma de suas condições as codificações binárias e sua imensa (mas limitada) possibilidade combinatória.

(...)

O poder é “por natureza” uma relação difusa e espalhada socialmente. Para construção de seu código em termos binários, ele necessita de outras estruturas de formalização mais aptas. Aqui entram as estruturas jurídicas e seus esquemas binários (lícito/ilícito, público/privado, deveres/direito, proibições/prêmios). Esquematismos binários têm, assim, por função primária não a separação, mas a

⁴⁶⁰ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

⁴⁶¹ CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. O poder da identidade. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 353 e ss.

vinculação dos opostos. Eles facilitam a passagem de uma definição da situação para o seu oposto graças à negação (técnica da integração paradoxal – Luhmann). Eles permitem e contribuem para a diferenciação social dos subsistemas embora isto os torne problemáticos e artificiais, pois implicam outorga (de algo para alguém)⁴⁶².

Os Estados são nódulos de poder na rede e conservam sua capacidade de decisão por conexão em redes fundadas em fluxos de informação e conhecimento. As grandes empresas, que são atores de poder no Ciberespaço, precisam preservar sua economia firmada em dados e informação e os governos são os atores que podem resguardar o direito de propriedade intelectual, por exemplo, baseado nos dados⁴⁶³. No Ciberespaço, há uma pluralidade de fontes de autoridades.

3.2.3 A regulamentação pela arquitetura

Os Estados Unidos, berço do Ciberespaço e conhecidos como o país da Primeira Emenda e da liberdade de expressão⁴⁶⁴ e da proibição ao Congresso de fazer leis que limitem a liberdade de expressão, protagonizaram os primeiros passos da regulamentação do Ciberespaço.

Ethan Katsh foi um dos primeiros a iniciar o debate enfatizando o papel da arquitetura na regulamentação do Ciberespaço, utilizando o escrito de Kafka *Diante da lei*. Ele indaga se a autoridade do porteiro está em expansão ou erosão no Ciberespaço, devendo saber se novas portas serão criadas, e o porteiro terá o seu papel modificado. Esse seria o desafio da Primeira Emenda não apenas em uma doutrina ou um conjunto de regras, mas em um sistema que interage com o ambiente de comunicações, do qual faz parte. A arquitetura é representada pelo *software* que controla o Ciberespaço (o porteiro do mundo cibernético) e que fornece os novos espaços e novas perspectivas de velocidade da ação – ele supera qualquer limitação temporal e espacial para a comunicação. Prenunciava o autor que os porteiros físicos teriam dificuldades perante os *softwares*⁴⁶⁵.

Joel R. Reidenberg compara os cibernautas que viajam nas infraestruturas de informações enfrentando um ambiente instável e incerto com múltiplas leis que se defrontam,

⁴⁶² SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. *Poder jurídico e violência simbólica*. São Paulo: Cultural Paulista, 1985. p. 196-198.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 353 e ss.

⁴⁶⁴ O congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas (g.n.).

⁴⁶⁵ KATSH, Ethan. Software worlds and the first amendment: virtual doorkeepers. *Cyberspace University of Chicago Legal Forum*, v. 65, p. 1199, 1996.

de acordo com as regras de diversos países, muitas vezes com regulamentos divergentes. Assim, as regras são tão essenciais para os participantes do Ciberespaço como a *lex mercatoria*. O autor sugere a *lex informatica*, que vincula intrinsecamente as capacidades de criação de regras adequadas para o Ciberespaço.

A *lex informatica* poderia estabelecer uma única e imutável regra para os fluxos de informação que trafegam na rede ou permitir a personalização e a automação de políticas de fluxo de informações para circunstâncias específicas que adotam uma regra de flexibilidade. As *lex informatica* podem acomodar diferentes políticas nacionais para problemas como restrição de conteúdo ou propriedade intelectual.

Reidenberg transpassou os problemas levantados sobre as fronteiras, em razão do Ciberespaço, apresentando um novo modelo de regras do qual o Estado continuaria participando, podendo influir, senão diretamente, ao menos pelos componentes estruturais como acordos de negócios, arquitetura da rede e normas técnicas⁴⁶⁶.

Analizando mais profundamente a questão da regulação estatal, Jack Goldsmith sustentou que o Ciberespaço não é outro espaço e que as pessoas que ali operam estão em um espaço físico de maneira que os Estados podem perfeitamente regular as pessoas, seus comportamentos e equipamentos que estão em seus territórios e controlar os efeitos das atividades extraterritoriais, “limitando os meios locais por meio dos quais o conteúdo estrangeiro é transmitido”⁴⁶⁷.

Neil Weinstock Netanel, refutando os argumentos liberais baseados na ideia de espaço sem governo e a necessidade de livre consentimento dos governados, defende que a democracia liberal exige a intervenção estatal para sua própria sobrevivência, de forma que

um Ciberespaço livre seria, em última análise, um inimigo dos ideais da democracia liberal. Libertaria as majorias para subjugar as minorias e serviria de terreno fértil para a discriminação injusta, a difusão seria restringida e ocorreria a seleção de conteúdo, invasões sistemáticas de privacidade e desigualdades na distribuição de requisitos básicos para a cidadania na era da informação⁴⁶⁸.

Lessig, um dos autores norte-americanos mais conhecidos e difundidos, logo reconhece que o Direito do Ciberespaço poderia ser considerado um novo ramo do Direito, em que uma

⁴⁶⁶ REIDENBERG, Joel. *Lex informatica: the formulation of information policy rules through technology*. *Texas Law Review*, v. 76, 1998.

⁴⁶⁷ GOLDSMITH, Jack. *Against Cyberanarchy*. *University of Chicago Law School*, v. 65, p. 1199, 1998.

⁴⁶⁸ NETANEL, Neil Weinstock. *Cyberspace self-governance: a skeptical view from liberal democratic theory*. *California Law Review*, v. 88, p. 88, 1999.

série de conflitos e problemas seria exposta como relações contratuais, responsabilidade civil, propriedade intelectual.

O autor busca uma metodologia para restringir os limites do Direito no Ciberespaço, mantendo uma tese sobre o tipo de regulamentação. A lei com seu poder sancionatório posterior à sua violação é apenas uma forma de regulamentação, não necessariamente a mais eficiente.

Lessig, em sua primeira obra, *Code and other laws of cyberspace*, datada de 1999, apresenta quatro modalidades de regulação: a lei, as normas sociais (que controlam a forma como os usuários se comportam em diferentes situações), o mercado (regula mediante preço) e o código ou arquitetura (*software* e *hardware* que concebem o Ciberespaço como tal). O código é um conjunto de protocolo e regras implementadas ou codificadas que determinam como ocorre a interação entre as pessoas. O Estado usaria a lei para um fim determinado, podendo influir nos outros três fatores, de forma indireta e praticamente invisível para os usuários.

Essas questões perduraram nos primeiros anos de debate, porém hoje a regulamentação do Ciberespaço se impõe com as inúmeras legislações nacionais e supranacionais. Os debates que incluem o Ciberespaço perpassam pelas seguintes situações:

- alcance global do Ciberespaço – os fluxos de informação podem ocorrer simultaneamente em vários países, o que gera desafios com relação a normas culturais e sociais diferentes;
- distinção dos comportamentos que ocorrem *on-line* e *off-line*;
- novos tipos de danos que resultam do comportamento (Lipton)⁴⁶⁹;
- se a regulamentação deve ficar concentrada nas mãos dos Estados (Goldsmith) ou se deve prestar mais atenção a novos processos e instituições internacionais, bem como o papel-chave dos atores privados (Denardis).

3.2.4 A regulamentação das liberdades no Ciberespaço

As características do Ciberespaço remontam a um mundo de aparentes liberdades, e sua evolução e principalmente a popularização, graças ao baixo custo e ao acesso livre ao Ciberespaço, desencadearam uma rápida proliferação de problemas oriundos de novos tipos de relações que se desenvolvem em grande velocidade.

⁴⁶⁹ LIPTON, Jacqueline. *Rethinking cyberlaw: a new vision for internet law*. London: Editorial Edward Elgar Publishing, 2015. p. 2 e ss.

Os processos de comunicação e informação ganharam um novo patamar, chegando a embalar uma nova economia, a dita economia dos dados. A comunicação digital se tornou fator preponderante nas relações sociais. No Direito, as comunicações digitais interferem em relações jurídicas, como a questão da responsabilidade civil⁴⁷⁰, direito do trabalho, novas relações de trabalho, como *crowdsourcing*⁴⁷¹, local de trabalho que não mais necessita ser na sede da empresa, podendo ser em países distintos. Outros impactos podem ser sentidos nas relações tributárias (local de tributação), relação contratual e relações de direito internacional, já que são múltiplos agentes públicos e privados que se envolvem nas relações de comunicação, provendo a possibilidade técnica do acesso ao Ciberespaço.

Reconhecendo a importância do ambiente digital e que a digitalização da economia está cada vez mais acelerada e o setor da TCI deixou de ser econômico e tornou-se a base de todos os sistemas econômicos⁴⁷², a União Europeia⁴⁷³ estabeleceu como estratégia a criação do Mercado Único Digital e pretende adequar a legislação de todos os seus 28 países com intuito de tornar possível o mercado digital.

A invenção humana do Ciberespaço torna-se parte da vida em todos os sentidos. Tal invenção se fez possível em razão das inúmeras possibilidades advindas da liberdade de criação, expressão e comunicação humana. Essas liberdades, ao proporcionarem criações, tornam-se eixo propulsor das transformações no campo, por exemplo, do Direito, ao mesmo tempo que elas somente se expandem com a liberdade possibilitada pelo Direito.

Em Hans Kelsen, a liberdade surge como uma potencialidade humana possibilitada pelo Direito. A distinção entre necessidade e liberdade é baseada em outra distinção de caráter lógico (imputação e causalidade). A imputação refere-se à norma jurídica ou moral dever-ser ($A + B = \text{deve ser}$), enquanto a causalidade concerne às normas da natureza ($A + B = \text{é ou será}$)⁴⁷⁴. A

⁴⁷⁰ No Brasil, a responsabilidade civil referente aos provedores de acesso está disciplinada no artigo 18 do Marco Civil (Lei n. 12. 965/2012): “O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”.

⁴⁷¹ O Linux e o Firefox são exemplos de *crowdsourcing*.

⁴⁷² Motivos da Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁴⁷³ A União Europeia foi constituída de forma gradativa pelos seguintes tratados: a) Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (TCECA) de 1951, o Tratado da Comunidade Econômica Europeia (TCEE) de 1957, o Tratado da Comunidade Econômica Europeia (TCEE) de 1957, o Tratado da União Europeia (TUE) de 1992 e o recente Tratado de Lisboa (2007).

⁴⁷⁴ “O princípio da causalidade afirma que quando A é, B é (ou será). O princípio da imputação afirma que quando A é, B deve ser. Como exemplo de uma aplicação de princípio da causalidade numa lei natural concreta remeto para a lei, já referida, que descreve a ação do calor sobre metais. Exemplos de aplicações do princípio da imputação no domínio das ciências sociais normativas são: ‘quando alguém te fez algum bem, deves mostrar-te agradecido’. [...] A distinção entre a causalidade e a imputação reside em que – como já notamos – a relação entre o pressuposto, como causa, e a consequência, como efeito, que é expressa na lei natural não é produzida, ao contrário da relação entre pressuposto e consequência que se estabelece numa lei moral ou jurídica, através de uma norma posta pelos homens, mas é independente de toda a intervenção desta espécie [...]. Imputação designa uma relação normativa. É esta relação – e não qualquer outra – que é expressa na palavra ‘dever-ser’ [...] uma outra distinção entre

ordem normativa que regula as condutas humanas tem fundamento na imputação e pressupõe que

a vontade dos indivíduos cuja conduta se regula seja causalmente determinável e, portanto, não seja livre. Com efeito, a inegável função de uma tal ordem é induzir os homens à conduta por ela prescrita, tornar possíveis as normas que prescrevem uma determinada conduta, criar, para as vontades dos indivíduos, motivos determinantes de uma conduta conforme as normas. Isto, porém, significa que a representação de uma norma que prescreva uma determinada conduta se torna causa de uma conduta conforme a essa norma⁴⁷⁵.

Tercio Sampaio Ferraz Júnior⁴⁷⁶ sintetiza a questão da liberdade em Kelsen:

Kelsen [...] dirá que o indivíduo é livre porque a norma lhe impõe uma conduta, diante de várias possibilidades. Essas possibilidades estão predeterminadas (por razões fisiológicas, psíquicas, sociais, históricas), mas a imputação de uma sanção a uma delas a torna “livre”. Em princípio, nada escapa a relações causais rigorosamente determinadas. Tudo tem uma causa e tudo é efeito de uma causa. Para Kelsen, a causalidade é um tipo de relação linear e infinita tanto na linha dos efeitos quanto das causas. A imputação é um tipo de relação terminal e principal. Ou seja, tem começo e fim. Assim, dada uma série a interrompe, qualificando o evento como condição sanção. [...] A imputação atravessa como condição sanção (dirigir bêbado conduzindo a “matar alguém” – pena) O resultado dessa imputação é tornar aquela conduta típica livre (ela deve ser evitada, ainda que causalmente o sujeito venha a realizá-la ou evitá-la). Para Kelsen, assim o ser do agente está regulado por normas que preveem, desde o passado (momento em que imputam uma sanção), um comportamento futuro cujas condições estão pré-dadas. O comportamento tipificado e a sanção correspondente tornam o comportamento futuro do agente um passado que se verificará ou como conduta punível ou como conduta autorizada. A liberdade é sempre conduta permitida normativamente e nasce de um passado (imputação de sanção a um tipo normativo) mascarado de futuro.

causalidade e imputação consiste em que toda a causa concreta pressupõe, como efeito, uma outra causa, e todo o efeito concreto deve ser considerado como causa de um outro efeito [...]. A situação é completamente diferente no caso da imputação. O pressuposto a que é imputada a consequência numa lei moral ou jurídica, como, por exemplo, a morte pela pátria, o acto generoso, o pecado, o crime, a que são imputados, respectivamente, a veneração da memória do morto, o reconhecimento, a penitência e a pena, todos esses pressupostos não são necessariamente consequências que tenham de ser atribuídas a outros pressupostos” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 105).

⁴⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 109.

⁴⁷⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 114.

Sobre o mínimo de liberdade⁴⁷⁷, a liberdade mantém um sentido negativo, a conduta é permitida porque não é proibida pela ordem jurídica, enquanto a liberdade positiva é aquela que a ordem jurídica assegura⁴⁷⁸.

Luhmann identifica a linguagem, que é uma criação humana, como o primeiro meio de comunicação oral – a comunicação (interação entre presente). A criação das escrituras e do alfabeto representa a primeira mudança profunda na forma de comunicação, aumentando a diferenciação da sociedade, que pode armazenar e recordar, abrindo possibilidades para inúmeras margens de interpretação.

Entretanto, a escritura deixa intacto o nexo das seleções necessárias no processo de comunicação (*información y darla a conocer*), e, como meio de difusão, amplia a redundância social. Contudo, há uma separação temporal do dar a conhecer e entender, possibilitando, no momento do ato de entender, uma reflexão contrária (*quien dio-a-conocer tuvo en la mira un futuro que se ha vuelto pasado para quien ahora entiende*)⁴⁷⁹.

A comunicação ocorre quando se entende. Da escrita e do alfabeto surgem os textos, que são uma verdadeira construção de formas que alcançam êxito apenas com a interpretação, que, por sua vez, pode formar mais textos. A primeira utilidade da escrita foi para fins de textos sacros e políticos; depois, foi utilizada para comunicar-se, como as cartas ou os textos que davam a conhecer um decreto do imperador.

A escritura registra e comunica e, ao mesmo tempo, possibilita a distinção, que segundo Luhmann é a sua efetividade semântica, propiciando a tipificação, a criação de conceitos de palavras, reduzindo os sentidos pelas classificações, categorias, gêneros, espécies. Com a escritura, chegou-se a uma nova ordem de tempo e de cultura, mantendo uma memória que não apenas guarda o passado, mas também regula a relação de recordar e esquecer, e impedir o esquecer acelera a aprendizagem. O alfabeto traz a possibilidade de formação de novas palavras adaptando a linguagem a qualquer exigência de expressão do desenvolvimento social,

⁴⁷⁷ “Como nos diz Hans Kelsen: o homem não é submetido a normas porque é livre, mas é livre porque submetido a normas. Ou seja, a relação causal não é suprimida (o homem age sempre casualmente determinado), ela não limita a efetividade do poder (e do Direito) nem mesmo quando a vontade do submetido ocorre contra a determinação do poder. O poder (e o Direito) não são menores ou maiores porque há ações contra a norma. A função do poder (e do Direito) coloca possíveis relações causais independentes da vontade do submetido. Ou seja, a causalidade do poder (imputação) consiste na *neutralização* da vontade do submisso e não em ‘quebrar’ a sua vontade. A função do poder (e do Direito) está na regulação da contingência e não na sua supressão. O poder (e o Direito) não impõem uma vontade, imputam consequências” (SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Poder jurídico e violência simbólica*. São Paulo: Cultura Paulista, 1985. p. 154).

⁴⁷⁸ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 47-48.

⁴⁷⁹ “Quem deu a conhecer tinha um futuro em mente que se tornou passado para aqueles que agora entendem” (tradução livre).

tornando-se útil não apenas para o sagrado e o político, mas ainda para a medicina, a filosofia e o direito.

Luhmann compreende que foram as escrituras⁴⁸⁰ – invenção da liberdade criativa humana – que possibilitaram o processo de diferenciação do Direito, após o surgimento do direito civil romano e depois com a sistematização do Direito na Idade Média. E isso ocorre, pois as escrituras estavam disponíveis em formas fáceis com o alfabeto, podendo, desse modo, o texto legal se diferenciar de outros tipos de textos, tornando o Direito autônomo não apenas

⁴⁸⁰ “Resumiendo, podemos fijar los efectos de la escritura bajo los siguientes puntos de vista: (1) La escritura refuerza el proceso de diferenciación del sistema de la sociedad haciendo que sólo en ella sea posible procesar los signos comunicativos y, con ello, amplía y autodelimita el espectro posible para las selecciones. (2) La escritura modifica las posibilidades de establecer una memoria social independiente de los mecanismos neurofisiológicos y psicológicos de los seres humanos individuales. No se descarta de inmediato la fijación y la repetición de los recuerdos a través de objetos y escenificaciones (ritos, fiestas); aunque la selección constante de lo que se anota por escrito produce ahora una capacidad de recordar y de olvidar en forma de decisiones que dependen de criterios y de controles. (3) La escritura aumenta – ya que elimina los controles de la interacción – el *riesgo del auto y heteroengaño así como el riesgo del re- chazo de las comunicaciones*. Más información normalmente significa menos aceptación, y aun a eso sólo se puede responder en la sociedad con dispositivos propios de remedio. (4) La escritura conduce a una *mayor diferenciación y elaboración de las distintas dimensiones del sentido* con ayuda de distinciones propias en cada caso; a saber, la objetivación de la dimensión del tiempo; la cosificación de los temas de comunicación con independencia de quién habla de ellos y cuándo; el aislamiento de una dimensión social en la cual se pueden hacer reflexivas las opiniones y posiciones de los que participan en un proceso de comunicación (5) La escritura utiliza signos abstraídos y con ello también posibilita emplear signos sobre signos, o sea, una forma especial de doble clausura (operativa y reflexiva) de la comunicación. (6) La escritura ‘modaliza’ el entendimiento de la realidad con la consecuencia de un ensanchamiento inmenso – y la limitación correspondiente – de lo que en la comunicación se maneja como realidad dada – necesaria o contingente. (7) La escritura simboliza lo ausente, y ‘simbolizar’ quiere decir aquí que lo ausente se vuelve – para las operaciones del sistema – accesible como presente. En eso se sustentan las posibilidades de la observación de segundo orden – las que están libres de las limitaciones del control social entre presentes y hacen posible la crítica – al grado que exponen a la estructura social y a la semántica de la sociedad a transformaciones muy profundas” (LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007. p. 225).

“Em resumo, podemos fixar os efeitos da escrita sob os seguintes pontos de vista: (1) A escrita reforça o processo de diferenciação do sistema da sociedade, tornando possível apenas processar sinais comunicativos e, assim, expandir e autodelimitar o espectro possível para as seleções. (2) A escrita modifica as possibilidades de estabelecer uma memória social independente dos mecanismos neurofisiológicos e psicológicos dos seres humanos individuais. A fixação e repetição de memórias através de objetos e performances (ritos, festas) não são imediatamente descartadas; embora a seleção constante do que está escrito agora produz a capacidade de lembrar e esquecer na forma de decisões que dependem de critérios e controles. (3) A escrita aumenta – uma vez que elimina os controles da interação – o risco do erro e o heteroengano, bem como o risco da rejeição das comunicações. Mais informações geralmente significam menos aceitação, e mesmo isso só pode ser respondido na sociedade com dispositivos corretivos. (4) A escrita leva a uma maior diferenciação e elaboração das diferentes dimensões do significado com a ajuda de distinções próprias em cada caso; a objetificação da dimensão do tempo; a objetivação dos problemas de comunicação, independentemente de quem fala sobre eles e quando; o isolamento de uma dimensão social na qual as opiniões e posições de quem participa de um processo de comunicação podem ser refletidas (5) A escrita utiliza signos abstraídos e, portanto, também possibilita o uso de signos sobre signos, ou seja, uma forma especial de fechamento duplo (operacional e reflexivo) da comunicação. (6) A escrita ‘modifica’ o entendimento da realidade com a consequência de um imenso alargamento – e a limitação correspondente – do que na comunicação é tratado como uma determinada realidade – necessária ou contingente. (7) A escrita simboliza o ausente, e ‘simbolizar’ significa aqui que o ausente se torna – para operações do sistema – acessível como presente. Isso apoia as possibilidades da observação de segunda ordem – aquelas que estão livres das limitações do controle social entre os presentes e tornam possíveis as críticas – na medida em que expõem a estrutura social e a semântica da sociedade a transformações muito profundas” (tradução livre).

no sentido de utilizar a escritura, mas também apoiando-se em uma classe de textos que o distinguem⁴⁸¹.

Anteriormente à invenção da escrita, o Direito estava limitado aos costumes locais e à memória oral e às capacidades de expressão do homem. No chamado Rochedo das Leis, no vale do Thingvellir, na Islândia de 930 a 1798, as atividades judiciárias e legislativas desenvolvidas – como aquele povo não dominava a escrita – eram anunciados oralmente e o enunciador das leis receitava as normas de memórias e as pessoas guardavam na lembrança. As fórmulas tinham que ser fáceis para a memorização⁴⁸².

Após dois mil anos das escrituras, outra criação humana faz surgir mais um meio de comunicação, a imprensa. Com ela, a reprodução é facilitada e, com a distribuição mercantil dos livros, surge a lógica da demanda, a novidade embala o mercado e o preço é o diferencial.

Com a tradução da Bíblia e sua impressão, expande-se o conhecimento do texto, podendo grupos ler e interpretar a Bíblia, e a heresia⁴⁸³ passa a ser difundida, principalmente por folhetos. A tecnologia da imprensa produz a tecnologia da leitura, é possível aprender sozinho, sem mediação de ninguém e independentemente do prestígio social da pessoa, popularizando-se o conhecimento. O latim, a língua do conhecimento, é substituído pela ideia da uniformização da língua nacional, criando também o sentido do idioma nacional.

Os panfletos na Europa e nas Américas embalam os discursos políticos durante as Revoluções Francesa e Americana, as petições e as decisões do poder já não podiam mais ser secretas. O indivíduo podia divergir e interpretar.

Os textos jurídicos passam a ser colecionados, fixados, difundidos, selecionados e, com a imprensa, precisam ser simplificados, sistematizados e proceder sempre de forma metódica, marcando a ciência jurídica continental. Com a imprensa, segundo Luhmann, abre-se também

a possibilidade – que especialmente se aproveita o *Common Law* – de recobrar a particularidade e artificialidade com que a práxis se orienta pelos casos e o contexto de legitimação entre historicidade e racionalidade, passa, pois para uma fase de auto-observação e autoadmiração ideológica desta práxis, à autoadmiração “nacional no século XVIII”. “Reumindo: se pode agora falar de dogmática jurídica que leva em consideração a sistemática conceitual e a coerência histórica”⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p.181.

⁴⁸² LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2017. p. 14.

⁴⁸³ Heresia é palavra grega (*herige*) *aireo* (eleger), e significa aquele que assume e defende suas ideias. Os hereges realizavam sua própria interpretação dos textos religiosos. A igreja considerava herege aquele que não aceitava o dogma e reivindicava sua própria interpretação sobre as coisas divinas.

⁴⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 181.

Por último, os meios de difusão da comunicação – que vão das escrituras até os meios eletrônicos massivos – resultaram em uma tendência da ordem hierárquica até a ordem heterárquica. Nas hierarquias, a observação e a influência da ponta da pirâmide são suficientes para qualquer imposição. Já nas heterarquias há uma corrente de contatos imediatos que observam e discriminam em um mesmo lugar ou em postos concorrentes. A imprensa faz com que a oposição entre a hierarquia e a heterarquia fique empatada. Tentou-se por várias vezes resolver o conflito com a censura, porém fracassou-se, pois a multiplicação de obras em diversos territórios e a complexidade dos conteúdos da comunicação impressa obrigaram as hierarquias – incluindo o Direito – a fazer as pazes com a sociedade que comunica, a princípio, de forma heterárquica⁴⁸⁵.

Essas comunicações promovidas pelos meios (imprensa, rádio, televisão, telecomunicações) só se expandem na medida em que o Direito garante tais liberdades, como o fez com a Primeira Emenda americana ou com a Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão. Ao mesmo tempo, essas liberdades de comunicação passam a influir e confluir para uma remodelagem do Direito. Tal movimento não é diferente no Ciberespaço.

3.2.4.1 Liberdade de expressão e direito de acesso à internet

O Ciberespaço, como um sistema que opera pelos seus próprios códigos *bits* e possibilita a comunicação e a interatividade, é o desenho que melhor se adapta ao potencial que o exercício da liberdade de expressão pode ofertar. Para aqueles que, como Lipton⁴⁸⁶, consideram que o Ciberespaço gira em torno da internet – que é a maior rede interativa onde ocorrem todas as transações *on-line*, envolvendo a troca de informação (bem intangível) – esse novo meio representa o espaço com maior desenvolvimento de direitos, como a liberdade de expressão e os direitos de participação na esfera pública e direitos de manifestação⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 242.

⁴⁸⁶ LIPTON, Jacqueline. *Rethinking cyberlaw: a new vision for internet law*. London: Editorial Edward Elgar Publishing, 2015. p. 4 e ss.

⁴⁸⁷ Durante a segunda década do ano 2000, o mundo presenciou mobilizações e destituições de governos por movimentos advindos das redes sociais, de *blog*. São exemplos de movimentos reivindicatórios Occupy Wall Street, nos Estados Unidos, contra a desigualdade social e a corrupção e excessos do setor financeiro (fevereiro de 2011 até março de 2012). Os indignados na Espanha (Democracia Real Ya) foi um movimento que se insurgiu especialmente contra os partidos políticos que na visão dos manifestantes não têm representatividade e só tomam medidas para se autobeneficiarem (maio de 2011 até maio 2012). As chamadas primaveras árabes, com a revolução egípcia, iniciam impulsionadas pela morte do ativista Khaled Said, após ser espancado pela polícia egípcia. A revolta contou com bloqueio de Twitter e Facebook determinado pelas autoridades egípcias, o que não foi

A estrutura e a arquitetura desenvolvidas garantem a intensidade e a grande escala do exercício desses direitos. O acesso é livre, a estrutura da comunicação é horizontal e descentralizada, o que possibilita um mundo e muitas vozes. Assim, no Ciberespaço, pelo seu projeto arquitetônico, a liberdade de expressão é algo que se impõe naturalmente.

Entretanto, a garantia da liberdade de expressão não é um padrão de tão fácil alcance e, mesmo estando tal liberdade assegurada nos textos jurídicos de caráter internacional e nacional, sua efetividade pressupõe um conjunto de iniciativas que envolvem, por um lado, a ausência de interferência da estatal ou de outras entidades de caráter público ou privado, com ações ou regulamentações, ou ações de caráter privado que limitem o exercício do direito de expressão, comunicação e informação; de outro lado, existe a necessidade de uma regulamentação que promova o exercício de tal direito.

A Suprema Corte americana, ao analisar a primeira legislação que regulou a internet nos Estados Unidos, Communications Decency Act de 1996, considerou que a regulamentação estava em desacordo com a Primeira Emenda.

Os motivos foram fundamentalmente o fato de o regulamento imputar uma sanção penal às mensagens obscenas e indecentes enviadas aos destinatários menores de 18 anos e o envio de mensagens que descreviam com termos patentemente ofensivos, dentro do contexto da comunidade contemporânea, atividades sexuais.

O problema identificado pela Corte foram os termos indecentes e patentemente ofensivos, que mantêm incerteza de significação no contexto das conversas dos falantes e de quem as interpreta, considerando os padrões sociais. A esse fator estava aliada a sanção penal, de modo que, com o objetivo legítimo de proteger os menores, a lei impunha um alto ônus aos adultos, suprimindo os discursos destes, que possuem o direito de enviar e receber suas mensagens, de maneira que a proteção aos menores não pode ser realizada eliminando os discursos dos adultos.

A restrição imposta estava baseada em conteúdo, regulamentação da fala no Ciberespaço, e, como o conteúdo do Ciberespaço não é diverso do pensamento humano, o ônus imposto pela lei, mesmo que legítimo, não pode ser absolutamente restritivo, devendo ser

suficiente para paralisar o movimento, que teve dois milhões de pessoas na praça de Tahir, em 31 de janeiro de 2011. Mesmo com as promessas de Murabak pela televisão jurando reformas políticas, o governo de Murabak foi deposto posteriormente. Em setembro de 2018, a Anistia Internacional acusa o governo atual do Egito de reprimir a liberdade de expressão e instaurar uma prisão ao ar livre (Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/anistia-internacional-diz-que-regime-egipcio-atual-mais-perigoso-do-que-de-mubarak-23082673>). No Brasil, as redes sociais mobilizam e convocam as manifestações de junho de 2013 que tomaram as ruas brasileiras. Iniciadas com a pauta de “Passe Livre” e contra o aumento das tarifas de transportes coletivos, pautas difusas ganham as ruas, desencadeando uma série de reivindicações de tarifa de transporte zero, até saúde, educação e o fim da corrupção política.

encontradas alternativas menos restritivas para alcançar o objetivo legítimo da lei (proteção dos menores)⁴⁸⁸.

Assim como na regulamentação de outros meios de comunicação, a regulamentação para garantia da livre circulação do pensamento e da comunicação⁴⁸⁹ deve garantir a proteção contra violações do poder público ou de quaisquer poderes privados.

As liberdades de expressão, informação e comunicação embalam as novas tecnologias de informação; sem elas, os demais direitos, que por meio dessas tecnologias são exercidos, estariam com suas possibilidades comprometidas.

Esse fator é inerente também ao mundo não guiado pela tecnologia, pois tais liberdades são as que possibilitam a sociabilidade humana, sendo impossível falar em comunidade humana sem se referir a essas liberdades.

Spinoza, já no século XVI, detectava que era impossível a supressão total da liberdade de expressão, pois ela é a potência de agir que interliga todos (indivíduo-sociedade-Estado), uma vez que é impossível ao humano não pensar, não agir, não atuar, não falar, não conseguindo atuar sem a decisão, que inclui a sua expressão.

Também seria impossível as pessoas terem os mesmos juízos e pensarem as mesmas coisas, pois os juízos dependem da maneira de ser e das paixões de cada um, tornando-se impossível a anulação total de tal liberdade. Não existindo possibilidade de anulação de tal liberdade, mesmo nos Estados mais autoritários sempre existirá um resquício dela.

O Estado pode ser violento e negar o direito de cada um dizer o que pensa, mas nunca conseguirá o feito de o ser humano deixar de opinar e demonstrar afetos por completo⁴⁹⁰. Apesar de a liberdade de expressão não ser um valor superior aos demais, ela preexiste, de forma que a lei não poderá impor limites impossíveis, e tal liberdade surge como limite não por um motivo

⁴⁸⁸ Reno v. American Civil Liberties Union, 521 US 844 (1997).

⁴⁸⁹ Para garantia da liberdade de expressão nos meios de comunicação de massa, a Constituição de 1998 determinou, por exemplo, a proibição do monopólio e oligopólio (art. 220, § 5º): “O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado ‘poder social da imprensa’” (ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Brito, 30.04.2009). Nos EUA, a *doctrine fairness* defende maior diversidade nos meios de comunicação tradicional (rádio e televisão), o direito de resposta como forma de garantia de vários pontos de vista e interpretação diferentes sobre o mesmo fato ou assunto (caso Red Lion Broadcasting Co. v. FCC). Em caso conhecido como Prometheus II, a Corte de Apelações declarou possível a Comissão Federal de Comunicação (FCC) intervir para limitar a concentração de propriedade nos meios de comunicação e assegurar o pluralismo e a diversidade.

⁴⁹⁰ SPINOZA, Baruch. *Tratado teológico-político*. Madrid: Altaya, 1997.

transcendente, mas fático, para que seja possível a “eficácia real da norma jurídica”, que só regula aquilo que é possível⁴⁹¹.

Na atualidade, em função das novas tecnologias, as liberdades de expressão, informação e comunicação estão implicadas em várias situações, e para que elas se efetivem fazem-se necessários: a) o direito ao acesso à internet; b) a neutralidade da rede. Ainda, tais liberdades aparecem envolvidas nas seguintes situações: a) privacidade e intimidade; b) anonimato.

3.2.4.1.1 Direito de acesso à internet

O direito de acesso à internet tem sido concebido como um novo direito. A expressão “novos direitos” é recente e Danilo Zolo acentua que não há uma taxonomia⁴⁹² não rigorosa e, no contexto pluralista e global, esses direitos surgem como novas expectativas e novas demandas sociais: materializando e protegendo situações jurídicas não reguladas de maneira expressa pelo direito positivo, dando uma resposta aos novos desafios universais e novos grupos de interesses que surgem, e também em razão do progresso científico e tecnológico⁴⁹³. O crescente fenômeno dos novos direitos consolida-se com os vários sistemas de proteção dos direitos humanos, as constituições e a expansão dos tribunais internacionais e das Cortes Constitucionais de proteção a esses direitos.

Em 2008, a Constituição do Equador, em seu artigo 16, garantiu que qualquer pessoa individual ou coletiva tem direito ao “acesso universal às tecnologias de informação e comunicação”⁴⁹⁴. Em 2013, o México realizou emenda constitucional determinando que o Estado garantirá “el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet”⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ GUIMARAENS, Francisco. *Direito, ética e política em Spinoza: uma cartografia da imanência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 147.

⁴⁹² ZOLO, Danilo. Nuovi diritti e globalizzazione. Disponível em: <http://www.treccani.it>.

⁴⁹³ CANTO, Francesco Dal. Los nuevos derechos entre la Constitución italiana y las cartas europeas. *Revistas de Investigaciones Jurídicas*, México, ano 40, n. 40, 2016.

⁴⁹⁴ “Art. 16. Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 2. El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación.”

“Todas as pessoas, na forma individual ou coletiva, tem direito a: 2. O acesso universal às tecnologias de informação e comunicação” (tradução livre).

⁴⁹⁵ O direito de acesso às tecnologias de informação e comunicação, assim como aos serviços de radiodifusão e telecomunicações, incluindo o de banda larga e internet.

Na Europa, o reconhecimento do direito de acesso à internet pelo Conselho Constitucional francês ocorreu em 2009. Em controle prévio de constitucionalidade⁴⁹⁶, considerou que, em decorrência dos direitos previstos no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que garante a liberdade de comunicação, são responsáveis pelo abuso que cometerem e que, segundo a Corte,

no estado atual, os meios de comunicação – considerando o desenvolvimento generalizado dos serviços de comunicação pública *on-line*, assim como a importância que têm esses serviços para a participação da vida democrática e a expressão de ideias e opiniões – implicam no direito e liberdade de acessar esses serviços de comunicação⁴⁹⁷ (tradução livre).

Em 2012, a Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Yildirimc vs. Turquia*, destacou que o direito ao acesso à internet

se considera inerente ao direito de acesso à informação e à comunicação, protegido nas Constituições nacionais. Inclusive o direito de cada pessoa a participar na Sociedade de Informação e a obrigação para os Estados de garantir o acesso dos cidadãos à internet. Deste modo, o conjunto de garantias gerais consagradas da liberdade de expressão constitui uma base adequada para reconhecer igualmente o direito de acesso, sem impedimento, à internet⁴⁹⁸.

A Lei n. 12.965/2014, em seu artigo 4º, ao disciplinar o uso da internet no Brasil, estabelece como um dos objetos o direito a todos de acesso à internet e, em seu artigo 7º, classifica o acesso à internet como essencial ao exercício da cidadania.

Em 2012, o Conselho de Direitos Humanos da ONU, por meio das Resoluções A/HRC/20/L.13, de 29 de junho de 2012, e A/HRC/32/L.20, de 27 de junho de 2016, reconheceu o direito ao acesso à Internet⁴⁹⁹ como um direito humano, estabelecendo que se

⁴⁹⁶ A Corte Constitucional da Costa Rica reconheceu o direito de acesso à internet em 2010. “En este momento, el acceso a estas tecnologías se convierte en un instrumento básico para facilitar el ejercicio de derechos fundamentales como la participación democrática (democracia electrónica) y el control ciudadano, la educación, la libertad de expresión y pensamiento, el acceso a la información y los servicios públicos en línea, el derecho a relacionarse con los poderes públicos por medios electrónicos y la transparencia administrativa, entre otros. Incluso, se ha afirmado el carácter de derecho fundamental que reviste el acceso a estas tecnologías, concretamente, el derecho de acceso a la Internet o red de redes. Disponível em: <https://nexuspj.poderjudicial.go.cr/document/sen-1-0007-483874>. Acesso em: 20 maio 2019.

⁴⁹⁷ Décision 2009-580 DC du 10 juin 2009. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009580DC.htm>. Acesso em: 20 maio 2019.

⁴⁹⁸ Ahmet Yildirim c. Turquia. Demanda 3111/10. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.asp>. Acesso em: 21 maio 2019.

⁴⁹⁹ O Mercado Único Digital proposto pela União Europeia em seu pilar ou domínio, visando melhorar o acesso à internet, pretende criar condições adequadas e equitativas para o desenvolvimento de redes digitais e serviços inovadores avançados. Para tanto, a União Europeia pretende realizar as regras de telecomunicações. A última atualização das normas referentes às telecomunicações ocorreu em 2009 e o acesso às plataformas digitais necessita de novas políticas das ondas eletromagnéticas (espectro) visando à redução dos custos da banda larga e ao acesso à internet aberta. O plano seria uma conectividade onipresente que evitasse o isolamento e

trata de um direito fundamental na atual realidade para o acesso à educação e ao conhecimento e ao progresso científico⁵⁰⁰, devendo os Estados promover a alfabetização digital e acabar com as distâncias de acesso à Internet e a demais tecnologias.

O direito ao acesso à Internet mantém a obrigação e o dever dos Estados de promoção do referido direito, acabando com as diferenças entre aqueles que acessam e os que não acessam, propiciando esse acesso aos portadores de deficiência e desenvolvendo planos de infraestrutura para assegurá-lo a todas as regiões. Como prestação negativa, o Estado não pode provocar o bloqueio ao acesso nem impor sanção que comine no bloqueio⁵⁰¹.

despovoamento de determinadas regiões e ligasse digitalmente as zonas periféricas das regiões centrais. O objetivo só poderá ser alcançado com a harmonização da regulamentação do espectro, pois tal bem de caráter ambiental pertence aos Estados-membros, necessitando, desse modo, de uma legislação que possa convergir com os interesses do mercado comum.

⁵⁰⁰ O direito seria também uma derivação do direito de “gozar dos benefícios do progresso científico e de suas aplicações (artigo 15.1.b do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966) (ANDRÉS, Moisés Barrio. *Fundamentos del derecho de Internet*. Madrid: Centros de Estudios Políticos e Constitucionales, 2017. p. 151). Também a quem defende esse direito como um direito de acesso à Cultura.

⁵⁰¹ No Brasil, por mais de uma vez, o Poder Judiciário determinou o bloqueio do WhatsApp, e em decisão monocrática o Supremo Tribunal Federal entendeu, em sede cautelar, em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, que o bloqueio poderia causar lesão aos direitos às liberdades de comunicação expressos na Constituição brasileira. *DJe-152*, divulg. 20.07.2016, public. 1º.08.2016: “Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Partido Popular Socialista – PPS, com pedido de medida cautelar, ‘contra decisão do Juiz da Vara Criminal de Lagarto (SE), Marcel Maia Montalvão, nos autos do Processo n. 201655000183, que bloqueou o aplicativo de comunicação WhatsApp’. Passo então ao exame do preceito fundamental tido por violado. Dispõe o art. 5º, IX, do Texto Constitucional: ‘Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença’. Como se verifica, o direito de livre expressão e comunicação merece destaque do Poder Constituinte originário, com *status*, inclusive, de cláusula pétrea, ou seja, não pode ser abolido sequer por emenda constitucional. Na sociedade moderna, a internet é, sem dúvida, o mais popular e abrangente dos meios de comunicação, objeto de diversos estudos acadêmicos pela importância que tem como instrumento democrático de acesso à informação e difusão de dados de toda natureza. Por outro lado, também é fonte de inquietação por parte dos teóricos quanto à possível necessidade de sua regulação, uma vez que, à primeira vista, cuidar-se-ia de um ‘território sem lei’. No Brasil, contudo, já se procurou dar contornos legais à matéria. A Lei 12.965/2014 surgiu, exatamente, com o propósito de estabelecer ‘princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil’. Em seu art. 3º, I, o citado diploma dispõe que o uso da internet no País tem como um dos princípios a ‘garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal’. Além disso, há expressa preocupação com ‘a preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas’ (art. 3º, V). Ora, a suspensão do serviço do aplicativo WhatsApp, que permite a troca de mensagens instantâneas pela rede mundial de computadores, da forma abrangente como foi determinada, parece-me violar o preceito fundamental da liberdade de expressão aqui indicado, bem como a legislação de regência sobre o tema. Ademais, a extensão do bloqueio a todo o território nacional, afigura-se, quando menos, medida desproporcional ao motivo que lhe deu causa. É que a própria magistrada, em sua decisão, reconheceu ‘que o aplicativo do WhatsApp funciona plenamente no Brasil com enorme número de usuários, sendo que, por óbvio, o mesmo é utilizado na língua portuguesa, possuindo, inclusive, corretor ortográfico em português. [...] O aplicativo WhatsApp possui mais de 1 (um) bilhão de usuários em todo o mundo, sendo certo que o ‘Brasil é o segundo país com maior número de usuários atrás apenas da África do Sul. Segundo relatório divulgado pela entidade, 76% dos assinantes móveis no Brasil fazem uso regular do WhatsApp, que é o comunicador instantâneo mais popular no País’. Sem adentrar no mérito do uso do aplicativo para fins ilícitos, é preciso destacar a importância desse tipo de comunicação até mesmo para intimação de despachos ou decisões judiciais, conforme noticiado pelo sítio eletrônico <http://www.conjur.com.br/2016-fev-27/klaus-koplin-urgente-intimacao-feita-whatsapp>. Ressalto, de resto, que não se ingressa aqui na discussão sobre a obrigatoriedade de a empresa responsável pelo serviço revelar

Como medida positiva, o Estado precisa garantir a diversidade e a pluralidade, removendo as barreiras que impeçam os cidadãos e outro setor de difundir suas opiniões e informações e a não discriminação, assegurando que todos possam divulgar conteúdos e opiniões em igualdade de condições⁵⁰².

3.2.4.1.2 Neutralidade da rede

Como forma de atender à liberdade de acesso em função de fatores como dispositivos, conteúdo, autor, origem ou destino, serviço ou aplicação, garantindo o acesso de todos à Internet, a neutralidade da rede, considerada para muitos um dos princípios do *ciberderecho*, direito digital ou direito de internet⁵⁰³, é o tratamento de dados e o tráfego na internet não pode sofrer nenhum tipo de bloqueio ou discriminação. O termo neutralidade da rede (*net neutrality*) foi usado pela primeira vez em um ensaio de Tim Wu, “Network neutrality, broadband discrimination”.

De acordo com os parâmetros da neutralidade da rede, os usuários podem utilizar, enviar, receber ou oferecer qualquer conteúdo, aplicação ou serviço por meio da Internet sem que haja direcionamento, restrição, por meio de qualquer bloqueio, filtração ou interferência em todas as modalidades de acesso. Assim, todos os que transmitem na rede devem fazer da mesma forma; a circulação de dados deve ter o mesmo tratamento, sem que haja prioridade nem hierarquia de um dado sobre o outro, impedindo, desse modo, alguns dados de circular⁵⁰⁴.

o conteúdo das mensagens, conforme determinado pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ e supostamente descumprido pelo WhatsApp, eis que isso constitui matéria de alta complexidade técnica, a ser resolvida no julgamento do mérito da própria ação. Assim, nessa análise perfunctória, própria das medidas cautelares, entendo que não se mostra razoável permitir que o ato impugnado prospere, quando mais não seja por gerar insegurança jurídica entre os usuários do serviço, ao deixar milhões de brasileiros sem comunicação entre si. Cito, por oportuno, a decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio na ADPF 309/DF, cujo acórdão de julgamento foi assim ementado: ‘Poder de cautela – Judiciário. Além de resultar da cláusula de acesso para evitar lesão a direito – parte final do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal –, o poder de cautela, mediante o implemento de liminar, é ínsito ao Judiciário. Política pública de acessibilidade – Regulamentação – Ministério das Comunicações – Afastamento por decisão de Tribunal Regional Federal – Arguição no Supremo – pendência de apreciação – Separação de poderes – Insegurança jurídica – Liminar referendada. Envolvida matéria de alta complexidade técnica e pendente de solução em outra arguição formalizada, cumpre suspender decisão judicial a se sobrepor a futuro pronunciamento do Supremo’. Isso posto, com base no poder geral de cautela, defiro a liminar para suspender a decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ, nos atos do IP 062-00164/2016, restabelecendo imediatamente o serviço de mensagens do aplicativo WhatsApp, sem prejuízo de novo exame da matéria”.

⁵⁰² MARINO, Catalina Botero. *Libertad de expresión e internet*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013.

⁵⁰³ ANDRÉS, Moisés Barrio. *Ciberderecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 80 e ss.

⁵⁰⁴ PULVIRENT, Orlando. *Derechos humanos e Internet*. Buenos Aires: Errepar, 2013. p. 20.

A neutralidade da internet é tecnológica, pois sua arquitetura original é para receber, armazenar e transportar qualquer conteúdo. A rede é aberta⁵⁰⁵, e todos podem operar enviando seus conteúdos e circulando, sem custo adicional. A arquitetura da rede é neutra, porque não favorece nem desfavorece nenhuma aplicação (conteúdo) sobre outra aplicação ou conteúdo⁵⁰⁶.

Os defensores da neutralidade consideram que o conceito de rede aberta deve conservar os parâmetros de sua estrutura inicial. Defendem, desse modo, que o potencial da internet se alcançará pelo êxito das inovações trazidas pelos usuários criativos que contam com uma conexão veloz e confiável para todos do planeta; portanto, a infraestrutura não pode discriminar e a não discriminação é possível com a neutralidade da rede.

O debate sobre a garantia legal da neutralidade da rede, ou seja, a preservação de seu caráter aberto, surge quando os operadores de telecomunicação e provedores de acessos começam a ter capacidade tecnológica de controlar e realizar a gestão do tráfego de dados da rede, bem como a infraestrutura. Os defensores da neutralidade consideram que sua regulamentação como direito é essencial para o exercício da liberdade de expressão. De sua parte, os defensores da não regulamentação geralmente sustentam que a regulamentação seria um passo contrário à inovação e invenção empresarial, que precisam aportar recursos, pois novos serviços para as redes de comunicações necessitam de investimento e expectativa de lucro.

A gestão de Internet Service Providers (ISP), em seu papel de intermediário entre os usuários e operadores, obstaculizando o intercâmbio de conteúdos (controle de conteúdo), é o pano de fundo. No entanto, a questão fundamental é de ordem econômica, e, conforme Hahn e Wakkasten, trata-se de um problema de “regulamentação de preços”⁵⁰⁷. Os provedores de acesso devem cobrar dos consumidores apenas uma vez pelo acesso, sem favorecer um provedor de conteúdo em detrimento de outro. Os provedores que controlam o último acesso podem fazer a gestão de tráfego de dados a determinados serviços e os provedores de acesso podem impor às plataformas de conteúdo e aplicações tarifas adicionais para acessos mais rápidos.

⁵⁰⁵ A base da técnica da rede foi a comutação de pacotes. Sua chave estava nos extremos (*end-to-end*). Esse modelo simples é baseado na origem das redes; seus defensores, como Wu Tim, defendem que qualquer problema se corrija nos extremos. Os defensores desse paradigma (teoria do *openists*) não querem uma inovação baseada na centralização e planificação, pois a autoridade decisória é dos extremos. Sobre essa base (*end-to-end*) foi criado o protocolo TCP-IP. O protocolo TCP-IP, desde a origem, esteve aberto, para que todos os usuários participassem temporalmente da rede. Da mesma forma, o WWW é um sistema que não requer licença.

⁵⁰⁶ WU, Tim. Neutralidade de rede, discriminação de banda larga. *Revista de Telecomunicações e Lei de Alta Tecnologia*, v. 2, p. 141, 2003. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=388863>.

⁵⁰⁷ HAHN, Robert; WALLSTEN, Scott. The economics of net neutrality. *AAEI – Brookings Joint Center Working Paper*, n. RP06-13, p. 1, 2006.

Nos Estados Unidos, a Federal Communications Commission (FCC) fez várias intervenções, como no caso Madison, em 2005. A companhia, provedora do serviço de Internet, foi acusada de bloquear pontos utilizados para as aplicações de protocolos de voz sobre IP (VoIP), o que afetou o uso dos serviços pelos usuários. O episódio terminou em acordo, a empresa comprometeu-se em não fazer mais a prática de bloqueio, pagaria uma multa ao tesouro americano e não recorreria aos Tribunais.

No mesmo ano, a FCC lançou uma declaração, *Policy Statement*, com princípios para assegurar bandas largas acessíveis e abertas. Os princípios eram: a) direito dos consumidores para acessar qualquer tipo de conteúdo legal que elejam; b) liberdade para executar as aplicações e utilizar os serviços que desejam; c) liberdade de acessar qualquer dispositivo que não cause danos à rede; d) livre concorrência entre provedores de redes, provedores de aplicações e serviços e provedores de conteúdo. Os quatro princípios ficaram conhecidos como as quatro liberdades da rede⁵⁰⁸.

Em 2007, novo episódio envolveu a *Comcast Corporation*, a qual foi denunciada por bloquear o uso do *peer-to-peer* (P2P). De início, a empresa disse que necessitava fazer a gestão do tráfego de dados para evitar congestionamento e que assim que este cessasse os usuários poderiam usar o serviço. Em 2008, a FCC concluiu que houve práticas discriminatórias e arbitrárias, ordenando que em 30 dias a empresa enviasse um plano mencionando como acabaria com a prática.

A empresa foi à Corte de Apelações do Distrito de Columbia, que considerou que a FCC não justificou sua autoridade para regular os provedores de serviço de internet, e, independentemente de a FCC ter autoridade para regular os serviços, no caso específico não estava habilitada⁵⁰⁹. Em seguida, a FCC adotou a chamada Open Internet Report and Order (Open Internet R&O) com uma série de regras estabelecendo o princípio da neutralidade: a) transparência sobre os termos e condições da gestão da rede por parte dos prestadores de banda larga; b) não bloqueio de conteúdo, serviços ou aplicações legais por parte dos provedores de serviços de banda larga fixo e *móvel*; c) não discriminação injustificada na transmissão de dados legais.

Em 2012, outras denúncias surgiram, como o caso da Netflix e, com o movimento Free Press, acusou a Comcast de não seguir os princípios da neutralidade e restringir o acesso de vídeos, promovendo o seu próprio serviço de TV de Comcast, o que gerava uma concorrência

⁵⁰⁸ CALIFANO, Bernadette. Políticas de internet: la neutralidad de la red y los desafíos para su regulación. *Revista Eptic Online*, v. 15, n. 3, p. 19-37, dez. 2013.

⁵⁰⁹ Decisão disponível em: https://www.eff.org/files/comcast_v_fcc_dc_cir_2010.pdf.

desleal. Em 2015, após debates sobre a competência da FCC de regular o Internet Service Providers (ISP)⁵¹⁰, foi lançada a Open Internet Order, incluindo os serviços de banda no rol de competência da agência, conforme atribuição da Lei de Telecomunicações em 1934.

*A ordem determinava a ausência de bloqueio ao acesso de conteúdo, aplicativos, serviços ou dispositivos, e o gerenciamento deveria ser realizado de forma razoável. Os provedores não poderiam prejudicar ou degradar o tráfego de internet em razão de conteúdo, aplicativos, serviços (proibição de estrangulamento). Haveria proibição das vias rápidas da internet, pagamento para via melhor, coibindo os ISPs de oferecer tratamento privilegiado aos conteúdos ou serviços seus e de suas filiadas*⁵¹¹. Em junho de 2018, as regras de neutralidade da rede foram revogadas, retirando o serviço de banda larga da regulamentação da FCC.

Na Europa, para concretizar as diretrizes do Mercado Único Digital, foi baixado o regulamento do Parlamento Europeu 2015-2120, de 2015, que estabelece as medidas referentes à internet aberta, garantindo regras comuns para a Comunidade Europeia, visando ao tratamento não discriminatório e equitativo do tráfego na prestação de serviço de acesso à internet e aos direitos dos usuários, mantendo equilíbrio de preços entre os mercados domésticos e os outros mercados e aproximando as tarifas nacionais e as itinerantes.

⁵¹⁰ “The Telecommunications Act defines the Internet as an ‘international computer network of both Federal and non-Federal interoperable packet switched data networks’, and as ‘the combination of computer facilities and electromagnetic transmission media, and related equipment and software, comprising the interconnected worldwide network of computer networks that employ the [TCP/IP] or any successor protocol to transmit information’. The Supreme Court more succinctly described the Internet as a ‘network of interconnected computers’. The infrastructure of the Internet involves interconnected Network Service Providers (NSPs), which are connected to Network Access Points, which are, in turn, connected to ISPs that route information to a computer. The NSP and the ISP may be the same company, or the NSP may lease bandwidth or network access to independent ISPs. For purposes of this net neutrality discussion, it is important to keep in mind three major players in the Internet ecosystem: the backbone (cable or telephone companies that act as NSPs), the edge providers (content providers such as Netflix), and the end users (people who consume content via the Internet). These key players interact with a broader set of political players and interest groups; those interactions help frame the net neutrality debate” (FRIEDLANDER, Simone A. Net neutrality and the FCC’s 2015 open internet order. *Berkeley Technology Law Journal*, Issue 2, Annual Review, 2016).

“A Lei das Telecomunicações define a Internet como uma ‘rede internacional de computadores de redes de dados comutados interoperáveis federais e não federais’, e como ‘a combinação de instalações de computadores e meios de transmissão eletromagnéticos, e equipamentos e *software* relacionados, compreendendo os interconectados em redes de computadores que empregam o [TCP/IP] ou qualquer protocolo sucessor para transmitir informações’. A Suprema Corte descreveu mais sucintamente a Internet como uma “rede de computadores interconectados”. A infraestrutura da Internet envolve provedores de serviços de rede (NSPs) interconectados, que estão ligados a pontos de acesso de rede, os quais, por sua vez, estão conectados a provedores que encaminham informações para um computador. O NSP e o ISP podem ser a mesma empresa, ou o NSP pode conceder largura de banda ou acesso de rede a ISPs independentes. Para fins dessa discussão de neutralidade da rede, é importante ter em mente três grandes atores do ecossistema da internet: o *backbone* (empresas de cabo ou telefone que atuam como NSPs), os provedores de borda (provedores de conteúdo como Netflix) e a ponta do fim, os usuários (pessoas que consomem conteúdo pela internet). Esses atores-chave interagem com um conjunto mais amplo de atores políticos e grupos de interesse; tais interações ajudam a estruturar o debate sobre a neutralidade da rede” (tradução livre).

⁵¹¹ FRIEDLANDER, Simone A. Net neutrality and the FCC’s 2015 open internet order. *Berkeley Technology Law Journal*, Issue 2, Annual Review, 2016.

Os usuários passam a ter direitos de acesso às informações sobre os conteúdos e de distribuí-los, de utilizar e fornecer as aplicações e serviços e usar equipamentos terminais à sua escolha, por meio de seu serviço de acesso à internet. Como forma de garantia da internet aberta, os provedores de serviços de acesso à internet devem assegurar que nos contratos de serviços seja especificado como as medidas de gestão de tráfego realizadas pelo provedor para garantir a qualidade de serviços podem afetar a intimidade dos usuários e a proteção de seus dados.

No Brasil, a neutralidade da rede foi garantida pelo Marco Civil dos princípios e dos tópicos tratados na lei. Merece destaque, entre outros, o princípio da neutralidade, no artigo 9º, que determina que o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento deve tratar de modo isonômico qualquer pacote de serviço, independentemente do conteúdo, da origem, destino, serviço ou terminal. Há exceção à regra, por força legal, que transferiu competência ao regulamento, de forma que pode existir discriminação ou degradação de dados excepcionalmente, nos termos do regulamento (Decreto n. 8.771/2016). Tais exceções ocorrem quando houver requisitos técnicos indispensáveis à adequada prestação de serviço ou priorização de serviços de emergência.

3.2.4.2 Privacidade e intimidade na rede

Os direitos clássicos protegidos em contexto constitucional e em documentos internacionais, como os direitos à privacidade e à intimidade, estão considerados como novos direitos, *e.g.*, direito à proteção de dados, sob a espada da rede⁵¹².

Na construção doutrinária sobre direito à privacidade, no século XIX, quando o debate centrava entre o direito de conceder a notícia e a privacidade, Brandeis e Warren⁵¹³ enfatizaram que “o indivíduo tem que decidir se o que é seu deve ser levado ao público”. A possibilidade de coletar informação, manipulá-la e replicá-la no Ciberespaço, dada a sua característica, torna esse direito hipervulnerável.

Outro fator é que na Internet, por exemplo, a perda de evidência para distinguir os personagens públicos e os particulares é decorrência da distinção entre o público e o privado⁵¹⁴. A rede é espaço público por excelência. A privacidade parece evaporar e os sintomas são que “em todo o mundo as pessoas sofrem a perda do controle de suas vidas”⁵¹⁵.

⁵¹² MUÑOZ, Machado. *La regulación de la red*. Madrid: Taurus, 2000. p. 173-174.

⁵¹³ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, n. 5, p. 193 ss., 1980.

⁵¹⁴ MUÑOZ, Machado. *Op. cit.*, p. 173-174.

⁵¹⁵ CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. O poder da identidade. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 92.

No direito de origem inglesa, em que se desenvolveu inicialmente o direito à privacidade, recorrendo ao princípio básico do direito inglês⁵¹⁶, “a man’s house as his own castle”⁵¹⁷, não há uma distinção entre privacidade e intimidade, como o faz a Constituição brasileira. Como a diferença entre privacidade e intimidade no âmbito do Direito não é muito evidente para fins de proteção, parte da doutrina jurídica também acaba por não distinguir. É comum as obras de outros países tratarem apenas de intimidade ou privacidade para discutir o assunto. No Brasil, a maior parte da doutrina utiliza-se da distinção doutrinária de José Martinez Pisón Caveró, mesmo porque a própria Constituição brasileira, em seu inciso X, artigo 5º, fala em intimidade e vida privada.

José Martinez Pisón Caveró esclarece que privacidade leva em consideração a esfera da vida individual nucleada na ausência do público, ou seja, a esfera de comodidade e das relações sociais exteriores ao núcleo familiar permanece resguardada, ou, em melhor expressão, confinada no próprio núcleo familiar, repugnando qualquer intromissão alheia. A intimidade aparece com mais restrição do que a privacidade, “o privado se converte em íntimo quando adquire uma maior confidencialidade”⁵¹⁸.

A violação da privacidade e da intimidade não é algo inerente ao Ciberespaço, a intimidade e a privacidade sempre foram suscetíveis à violação e, com a chegada do constitucionalismo, as Constituições contemporâneas mantêm em destaque a inviolabilidade da intimidade e da vida privada⁵¹⁹. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, em seu artigo 12⁵²⁰, garante a proteção à vida privada.

O problema é que no Ciberespaço há mais dispositivos de registro das condutas humanas, o que coloca a violação à privacidade em risco permanente. As tecnologias, por

⁵¹⁶ Thomas Cooley, em sua obra *The elements if torts*, foi um dos primeiros a iniciar o contorno do direito à privacidade.

⁵¹⁷ A expressão remota a um sentimento romano: *quid enim sanctius, quid omni religione munitio, quam domus unusquisque civium?*

⁵¹⁸ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Direito e jornalismo*. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 127.

⁵¹⁹ Artigo 18 da Constituição espanhola: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (...) 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

“1. É garantido o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem. (...) 3. É garantido o segredo das comunicações e, em especial, das postais, telegráficas e telefônicas, salvo resolução judicial. 4. A lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos seus direitos” (tradução livre).

Artigo 26 da Constituição portuguesa. “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.”

⁵²⁰ “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

exemplo, de etiquetas inteligentes (RFID – *Radio Frequency Identification*), com alta capacidade de identificação individualizada e transmissão de informação a distância, atreladas a um produto, podem também manter dados pessoais, como se faz para controle de movimentação de idosos ou pacientes em hospitais. Na compra de produtos com a etiqueta inteligente, a gestão de dados pode fazer a fixação do perfil dos usuários e sua preferência de consumo, o número do produto pode combinar com os dados do comprador por meio de cartão de crédito e incorporar na base de dados do comprador.

O produto ainda pode ficar com a etiqueta e dados podem ser captados por leitoras compatíveis, sendo trabalhadas as informações sobre hábitos de compra. O setor de saúde também tem utilizado o dispositivo. A agência norte-americana FDA autorizou o uso de uma etiqueta implantada no corpo humano, a partir da introdução do VeriChip, inserindo uma etiqueta debaixo da pele humana com o objetivo de obter o histórico clínico do paciente nos casos de urgência. Para tanto, uma Comissão Ética elaborou em 2005 um documento com as diretrizes do uso de tal dispositivo⁵²¹. O problema da RFID, apesar de ter um primeiro impacto na proteção de dados, mantém um efeito direto na violação dos direitos à privacidade e intimidade.

Na Internet, por exemplo, o usuário tem *sites* que depositam *cookies*⁵²² em seus computadores e, ao compilar dados, mesmo que sejam autorizados pelos usuários, podem passar a compartilhar tais dados com outros. A principal empresa de busca da Internet, a Google, faz associações das buscas dos usuários a suas contas de *e-mails*, registrando-as. A partir das buscas pela rede, recebe-se uma montanha de publicidade relacionada aos termos utilizados, para que se direcione melhor o produto em venda.

No mundo digital, outras violações são bem conhecidas, como o sigilo de correspondência, o bancário e o fiscal, a vulnerabilidade da imagem, da honra e do direito de ser deixado em paz⁵²³, ou direito ao esquecimento⁵²⁴.

⁵²¹ ROIG, Antoni. La tecnología de identificación por radiofrecuencia y los riesgos para los derechos fundamentales de los consumidores. In: COTINO HUESO, Lorenzo. *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

⁵²² Os *cookies* são chamados de pegadas digitais, são dados de acesso que ficam registrados quando o usuário transita ou se manifesta em ambiente *on-line*.

⁵²³ *Right to be alone*. O “direito a ser deixado em paz” foi mencionado pela primeira vez em um artigo publicado na *Harvard Law Review* 4-193, em 1890, de autoria de Samuel Warren e Louis Brandeis, com o título “The right to privacy”.

⁵²⁴ Direito civil constitucional. Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha direta/justiça. Sequência de homicídios conhecida como chacina da candelária. Reportagem que reacende o tema treze anos depois do fato. Veiculação inconstitucional de nome e imagem de indiciado nos crimes. Absolvição posterior por negativa de autoria. Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos. Acolhimento. Decorrencia da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e das limitações positivadas à

No direito de esquecimento⁵²⁵ nos EUA, por exemplo, no âmbito da internet, a responsabilidade pela informação é da fonte originária da informação, e não dos buscadores de informação e conteúdo, o que faz com que a situação se reproduza diretamente ao princípio da liberdade de imprensa. Assim, a Suprema Corte Americana tem considerado que “that newsworthy, true stories are protected by freedom of the press, although they may conceivably cause embarrassment or other harm to the stories subjects”⁵²⁶.

Na Europa, no caso *Google Spain vs. Mario Costeja*, a questão que se colocava era saber se o Google estava obrigado a tirar da internet os dados do senhor Costeja, que se recuperavam pelo buscador de informações, uma vez que estas estavam atreladas ao passado e à vida privada de Costeja.

O Tribunal de Justiça da União Europeia determinou que o operador do buscador é responsável pelo tratamento dos dados pessoais. Assim, os cidadãos podem solicitar a eliminação dos dados pessoais disponibilizados na rede que não tenham o tratamento adequado, ou seja, tratamento pertinente ou excessivo com relação aos fins e ao tempo transcorrido do fato, podendo ser requerido que seja desindexada a informação nos buscadores, mas esta continua acessível, pois não implica a eliminação da fonte original⁵²⁷.

O Regulamento Europeu 2016-679 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção e livre circulação de dados das pessoas físicas está sendo aplicado desde maio de 2018, em seu artigo 17⁵²⁸. O direito ao esquecimento aparece de forma expressa como “Direito ao

atividade informativa. Presunção legal e constitucional de ressocialização da pessoa. Ponderação de valores. Precedentes de direito comparado (STJ, REsp 1334097/RJ, 28.05.2013).

⁵²⁵ Muitos autores americanos consideram que o direito ao esquecimento pertence à esfera da propriedade intelectual.

⁵²⁶ BENNETT, S. C. The “right to be forgotten”: reconciling EU and US perspectives. *Berkeley Journal of International Law*, v. 30, n. 1, p. 170, 2012.

⁵²⁷ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. Recentemente, em 24 de setembro de 2019, o Tribunal de Justiça da União Europeia restringiu a aplicação do direito ao esquecimento no âmbito apenas da União e não em escala global. Disponível. <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-tj-uniao-europeia.pdf>. 20.10.2019.

⁵²⁸ O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos: a) os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento; b) o titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6º, n. 1, alínea a, ou do artigo 9º, n. 2, alínea a, e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento; c) o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21, n. 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21, n. 2; Os dados pessoais foram tratados ilicitamente; os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8º, n. 1. Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado públicos os dados pessoais e for obrigado a apagá-los nos termos do n. 1, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de caráter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação, para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para

apagamento dos dados (‘direito a ser esquecido’), ficando consolidada a responsabilidade dos provedores que oferecem o serviço de busca no tratamento dos dados.

Em abril de 2014, foi aprovado o Marco Civil Brasileiro da Internet, Lei n. 12.965/2014, regulamentada pelo Decreto n. 8.771/2016. A lei é recheada de cláusulas que remontam à proteção e à inviolabilidade da privacidade e da intimidade. Logo, em seu artigo 3º, a lei elenca os princípios para o uso da internet no Brasil, e entre eles estão a proteção da privacidade e a proteção de dados pessoais (incisos II e III). No tocante ao item referente à proteção de dados pessoais, foi determinado que lei especial tratasse sobre a matéria, o que culminou na nova lei de proteção de dados em 2018.

A lei opta por cláusulas abertas que prejudicam de alguma forma sua própria normatividade instantânea, uma vez que há necessidade de interpretação mais elaborada para sua aplicação.

Entretanto, a lei protege e dificulta, em vários momentos, a violação da intimidade e da vida privada, colocando, como regra, o Judiciário como órgão com poder de violar o sigilo das comunicações.

O Novo Marco Civil, em seus artigos 7º e 8º, declara sobre os direitos e garantias dos usuários, assegurando a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e a indenização material e moral no caso de violação, violabilidade e sigilo das comunicações pela Internet, bem como no armazenamento de tais comunicações, salvo por ordem judicial.

A disponibilização de dados e registros de concessão, bem como dados pessoais, guardados pelo provedor, pode ser realizada mediante ordem judicial. Da mesma forma, os conteúdos das comunicações privadas podem ser requisitados mediante ordem judicial (art. 10).

O parágrafo único excepciona a regra determinando que sejam informados a qualificação pessoal, a filiação e o endereço para as autoridades administrativas que detenham competência legal para sua requisição.

O decreto que regulou a matéria explicita o que é qualificação pessoal (nome, prenome, estado civil e profissão do usuário) e determina que a autoridade máxima de cada órgão da administração pública federal divulgue anualmente informações sobre o número de pedidos de dados cadastrais solicitados, os provedores de conexão ou acesso em que foram solicitados os dados, os números de pedidos deferidos e indeferidos e o número de usuários afetados. Entretanto, o regulamento não esclarece quem são as autoridades competentes para fazer o pedido aos detentores dos dados.

esses dados pessoais, bem como das cópias ou reproduções dos mesmos. 3. Os n. 1 e 2 não se aplicam na medida em que o tratamento se revele necessário: a) ao exercício da liberdade de expressão e de informação.

Ainda, o artigo 7º proíbe o fornecimento para terceiros de dados pessoais, registros de conexão e de acesso, podendo o usuário permitir tais situações em caso de livre consentimento, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei.

A coleta e o armazenamento de dados somente podem ser realizados quando justificados, permitidos por lei e especificados para o usuário, devendo haver o consentimento expresso sobre a coleta, o uso, o armazenamento e o tratamento de dados pessoais. O usuário poderá solicitar a exclusão definitiva de seus dados pessoais ao término da relação jurídica que originou a coleta das informações. O parágrafo único do artigo 8º determina que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem a privacidade e a liberdade de expressão, bem como o sigilo das comunicações. O artigo 14 proíbe expressamente que na provisão de conexão haja guarda dos registros de acesso a aplicações de internet, devendo o provedor de aplicações manter os respectivos registros de acesso sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de seis meses.

O Marco Civil brasileiro mantém uma intransigente proteção à intimidade e à privacidade, nos moldes previstos na Constituição – são invioláveis a vida privada e a intimidade –, salvaguardando um conjunto de providências para a defesa de tais direitos. No entanto, o Marco Civil coloca o usuário em relação de completa passividade, dependendo das prestadoras de serviço e do Estado para resguardar os referidos direitos. O usuário, depois de aparecerem na tela textos escritos, consente ou não consente o uso de seus dados e a invasão de sua privacidade, por meio de uma simples adesão, clicando em sim ou não. Nesse ambiente, o usuário não tem a mínima chance de controlar seus dados e as barreiras para guardar seus segredos, continuando refém das grandes empresas, sem que tenha acesso a nenhuma política de transparência, com relação aos manuseios de seus dados coletados.

A Lei de Proteção de Dados, Lei n. 13.709/2018, mantém de forma principiológica a garantia da privacidade e intimidade (o artigo 1º dispõe que a lei protegerá os direitos fundamentais de liberdade e privacidade; o artigo 2º assegura que a disciplina de proteção de dados tem como um de seus fundamentos a privacidade; o artigo 17 assegura que toda pessoa natural tem garantidos seus direitos a privacidade e intimidade; o artigo 50 estabelece um programa de governança em privacidade).

A proteção faz-se necessária a partir de leis que limitem o poder de particulares ou dos entes estatais de invadir um espaço individual que deve ser protegido⁵²⁹. De forma tradicional, tem-se em mente que, quando estamos em espaços públicos, nossa privacidade evapora⁵³⁰,

⁵²⁹ LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001. p. 326.

⁵³⁰ *Ibidem*.

porque, ao estarmos em público e nos mostrarmos em público, renunciamos ao direito de controlar aquilo que os demais não devem saber⁵³¹.

Lawrence Lessig considera que a própria arquitetura/código poderia ser utilizada para a proteção da privacidade e da intimidade, citando como um modelo possível a PET, acrônimo de Privacy Enhancing Technologies, em que o usuário tem maior controle de seus dados⁵³². Dificilmente, pode-se defender o direito à privacidade sem recorrer à tecnologia e à arquitetura da rede; as tecnologias precisam garantir a transparência e a rastreabilidade da informação, sendo possível, no momento em que o dado pessoal foi imputado, alterá-lo ou apagá-lo⁵³³.

A proteção dos direitos à privacidade e à intimidade pode alcançar um modelo em que os detentores de tais direitos possam ter uma projeção mais ativa. É o que propõe Lawrence Lessig; a proteção dos dados e informações se daria por meio do direito de propriedade⁵³⁴. Tal solução daria maior condição de controle de dados pelo usuário, fornecendo ou não os seus segredos, mediante seu consentimento. As mesmas ferramentas utilizadas para a proteção da propriedade acabariam sendo usadas para a proteção de dados.

Cada indivíduo definiria a valoração de sua privacidade e intimidade, uma vez que para muitos sua privacidade e intimidade têm valor elevado, enquanto outros não fazem questão de manter um alto nível de privacidade e intimidade. Tal sistema de propriedade daria a cada pessoa a liberdade de ter o seu valor subjetivo e tal decisão concernente ao valor atribuído passaria a ser respaldada em lei⁵³⁵.

A modificação da natureza dos direitos de privacidade e de intimidade, mantendo o *status* de direito fundamental e direito humano, é prevista em diversas constituições modernas e em textos jurídicos de caráter universal. No entanto, o Cíberespaço inseriu novos contornos para a sociedade, não conservando praticamente sem divisão as barreiras do público e do privado; navegar na Internet, por exemplo, é ser registrado, vigiado, perfilado para ser objeto da construção de um comportamento futuro.

⁵³¹ Esse não foi o entendimento trazido no caso Cicarelli, em que o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou a retirada de vídeo da atriz. A esfera íntima que goza de proteção absoluta, ainda que um dos personagens tenha alguma notoriedade, por não se tolerar invasão de intimidades [cenas de sexo] de artista ou apresentadora de TV – Inexistência de interesse público para se manter a ofensa aos direitos individuais fundamentais [artigos 1º, III, e 5º, V e X, da CF] – Manutenção da tutela antecipada expedida no Agravo de Instrumento nº 472.738-4, e confirmada no julgamento do Agravo de Instrumento n. 488.184-4/3 – Provimento para fazer cessar a divulgação dos filmes e fotografias em *websites*, por não ter ocorrido consentimento para a publicação – Interpretação dos arts. 461 do CPC e 12 e 21 do CC, preservada a multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção (Apel. n. 556.090.4/4-00/SP – 13167).

⁵³² LESSIG, Lawrence. *Op. cit.*, p. 344.

⁵³³ ROIG, Antoni. *Derechos fundamentales y tecnologías de la información y de las comunicaciones*: TICs. Barcelona: Bosch, 2010. p. 68.

⁵³⁴ LESSIG, Lawrence. *Op. cit.*, p. 311.

⁵³⁵ *Ibidem*.

Castells⁵³⁶ chega a falar em fim da privacidade. O direito à intimidade deslocou, segundo Perez Luno, de um plano interno (estar só) para uma perspectiva social e coletiva, e passa de um direito de personalidade para um direito patrimonial⁵³⁷, de uma concepção de intimidade como direito (*status* negativo) de defesa de qualquer intromissão para a concepção de um direito ativo de controle⁵³⁸. A impossibilidade de intromissão não desejada é rapidamente substituída por uma visão de conhecer, acessar e controlar as informações pertencentes à pessoa.

A questão problemática é resguardar a liberdade sem um mínimo de proteção à privacidade. Indaga Castells que ninguém foi capaz de viver em uma sociedade transparente, que não podemos esconder minimamente para fazermos o que “nos agrada”. Sem essa condição, a liberdade fica prejudicada⁵³⁹.

3.2.4.3. Do anonimato

O direito ao anonimato está vinculado à liberdade de expressão, uma vez que o anonimato é uma das formas que torna possível realizar protestos aos governos ou regimes que possam ter reação violenta ou de perseguição frente às expressões que os afetem. Isto explica o porquê muitas correntes doutrinárias explicarem que o anonimato, por si só, não é condenável, mesmo considerando a necessária identificação daqueles que exercer o direito à liberdade de expressão para fins de responsabilização⁵⁴⁰.

Por outro lado, a balança pode inclinar sobre a responsabilidade, considerando que no Ciberespaço, por exemplo, que o direito ao anonimato no Ciberespaço pode converter a rede em um espaço propício a condutas danosas e a impunidade, desvirtuando um espaço que é da liberdade, pois, a liberdade de expressão em documentos como o da Convenção Americana dos

⁵³⁶ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001; *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 145-152.

⁵³⁷ A metamorfose do direito à intimidade se manifesta também em sua paulatina, mas decisiva decantação da esfera da personalidade para o âmbito patrimonial. (...) As mutações na significação prática da intimidade têm imediata repercussão em seu alcance jurídico e colocam a questão fundamental na substituição desta órbita dos direitos da personalidade aos conteúdos patrimoniais. (...) A intimidade só mantém o seu caráter de direito de personalidade, dotados dos atributos de inviolabilidade, irrenunciabilidade e inalienabilidade, para os menores, enquanto que para os maiores de idade perdeu essas notas configuradas, para converter-se em um direito que pode ser objeto de transgressões consentidas, de renúncias e cessões de câmbios das prestações econômicas, o que é o mesmo, que para os adultos perdeu sua dimensão de direito para integrar em sistema dos direitos patrimoniais (tradução livre) (LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012. p. 118-120).

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 94.

⁵³⁹ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001; *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 145-152.

⁵⁴⁰ PULVIRENTI, Orlando. *Derechos Humanos e Internet*. Buenos Aires: Errepar. 2013. p. 54.

Direitos Humanos⁵⁴¹, está limitada ao respeito dos direitos e a reputação de terceiros, vem como a proteção da segurança nacional, ordem pública, saúde ou à moral pública⁵⁴². Nos Estados Unidos com base na Primeira Emenda, as Cortes americanas entendem que a expressão anônima é uma forma de exercício da liberdade de expressão, e, portanto, possui proteção constitucional, devendo ser resguardados mesmo nos casos de difamação⁵⁴³, sendo até mesmo comparada a expressão anônima na Internet com os panfletos que foram utilizados nas épocas das Revoluções no século XVIII⁵⁴⁴.

A Constituição brasileira veda o anonimato (art. 5º, IX), de forma que a princípio privilegia a responsabilização, sendo um modelo de permissão da manifestação do pensamento e da liberdade de expressão, sob a condição de não se causar dano a terceiro, sendo o controle *a posteriori*⁵⁴⁵. Segundo Juliano Maranhão, o enunciado “é livre a manifestação, sendo vedado o anonimato” é condicional. A solução é *sui generis*, pois no enunciado não há condicionalmente a qualquer dano potencial, mas apenas uma relação de anonimato.

Assim, como a relação de condicionamento no caso de permissão da ação, em todos os sistemas jurídicos que aderem aos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos estão associados aos danos causados, e por consequência a responsabilização, sendo que alguns permitem a liberdade de expressão de forma incondicional⁵⁴⁶, a vedação do anonimato só pode ser de forma condicional. Em outras palavras, para a vedação do anonimato deve ter como

⁵⁴¹ Artigo 13.1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

⁵⁴² Jurisprudência argentina: “B. E. C. c/ Google Inc. y otros s/ daños y perjuicios” – Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n. 105 – 28/12/2011 (Sentencia no firme). Responsabilidad de los buscadores de internet. Google. Daño generado por la información injuriante contenida en un blog. Internet. Cosa riesgosa – Art. 1113, segunda parte, del Código Civil –. Deber de identificar a los usuarios. Límites y responsabilidades del derecho de expresión. Afrenta al honor, susceptible de ser indemnizada. Acción civil. Daño moral. Indemnización de perjuicios. Procedencia (AA7376, publicado em 13.02.2012. Disponível em: elDial.com).

⁵⁴³ *Independet Newspapers, Inc. v. Brodie*, Maryland Court of Appels, 2009.

⁵⁴⁴ *Doe v. Cahill*, Corte de Delaware, 2005.

⁵⁴⁵ Juliano Maranhão e outros juristas entendem que é possível o controle prévio. Entendemos que a Constituição veda, em seu art. 5º, IX, e art. 220, qualquer tipo de censura, podendo apenas ocorrer a responsabilização posterior quando houver prejuízos para terceiros.

⁵⁴⁶ “O regramento de manifestar publicamente o pensamento envolve a definição de seu *status deôntico* (proibido e permitido), que pode ser feita de modo absoluto ou relativo. Pode-se simplesmente (i) proibir a ação. Pode-se (ii) proibi-la em geral, com a possibilidade de autorização pelo Estado em relação a contextos ou indivíduos específicos. Por outro lado, pode-se simplesmente permiti-la (iii) incondicionalmente. Pode-se também (iv) permiti-la, sob a condição de que a manifestação não cause danos a terceiros (MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. *Fake news* e autorregulação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais. In: ABOUD, Georges; NERY, Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake news e regulação*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2018. p. 223).

condição o dano a terceiro, não existindo proibição. Deste modo, “não se trata, propriamente, de uma proibição da manifestação anônima em público”. Na mídia tradicional o dever de identificação estava atrelado à responsabilização que gera internamente na empresa formas de controle sobre o conteúdo.

Na mídia digital, isto se perde. Não há controle sobre ética profissional, muito menos sobre conteúdo. Além de que, no formato da rede, o dever de identificação a cada manifestação é inviável. O anonimato é regra até mesmo como forma de garantia da privacidade. Outra regra é a manifestação por perfis pseudônimos, que constitui elemento importante na construção das identidades. Assim, o anonimato pode ser visto como um direito humano de caráter fundamental, pois envolve o direito à liberdade de expressão⁵⁴⁷.

3.2.4.4 Do Direito de Informação à desinformação

As proteções constitucionais com relação à informação dizem respeito ao direito de informar, ao direito de se informar e ao direito de receber informação⁵⁴⁸. No texto constitucional, o artigo 5º, XIV, assegura a todos o acesso à informação, resguardando o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional⁵⁴⁹. O *caput* do artigo 220⁵⁵⁰ garante que a manifestação da informação sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerá restrição, observado apenas o disposto na Constituição. O § 1º do artigo 220⁵⁵¹ impõe que nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV⁵⁵², V⁵⁵³,

⁵⁴⁷ MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. *Fake news e autorregulação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais*. In: ABOUD, Georges; NERY, Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake news e regulação*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2018. p. 220.

⁵⁴⁸ Destacamos que a lei de acesso à informação, Lei n. 12.527, de 2011, regulamenta os direitos previstos no artigo 5º, XXXIII, no § 3º do artigo 37, e no § 2º do artigo 21 da Constituição Federal.

⁵⁴⁹ “Artigo 5º, XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

⁵⁵⁰ “Artigo 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

⁵⁵¹ “§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.”

⁵⁵² “IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.”

⁵⁵³ “V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.”

A Lei n. 13.188/2015, que dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada, é um instrumento de tutela do direito à informação e da liberdade de expressão, aumentando as possibilidades de diversidade de fonte sobre uma informação. É fato que tem como objetivo também a tutela de direitos de personalidade, mas o direito de resposta está centrado na questão da informação (direito à informação), para fins de retificação de erro ou equívoco da informação. A lei disciplina o direito de resposta em matéria de reportagem, nota ou notícia divulgada, publicada ou transmitida por veículos de comunicação social, sendo que o

X⁵⁵⁴, XIII⁵⁵⁵, e XIV⁵⁵⁶. A informação como direito, embora esteja prevista em inúmeros textos constitucionais e declarações (artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁵⁵⁷ e artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica), sempre obteve tratamento, no âmbito legislativo, inserido em relação à imprensa e ao direito de informação relativo ao acesso de dados aos órgãos públicos.

O direito de informação, ao atingir um patamar de direito fundamental e direitos humanos, tem como titular o indivíduo, bem como a coletividade. Hoje, até por uma questão de realidade, todos podem difundir e receber informação em razão das novas tecnologias, extinguindo a percepção de que apenas um grupo de pessoas que faziam parte da imprensa escrita, falada e televisionada poderia difundir a informação em larga escala.

O direito à informação recai em duas espécies de objeto: a informação e a opinião. Desantes, aplicando o método lógico-mecânico de silogismo, considera que tanto o indivíduo quanto uma coletividade, ao assimilarem uma premissa maior (conjunto de valores, princípios ou ideologias) e uma premissa menor (fato real ou conjunto de fatos), chegam a uma conclusão a respeito da opinião que o indivíduo ou a coletividade forma. Assim:

La publicación o transmisión de unos principios, o de una ideología a la que pertenecen o con la que están concatenados, constituye lo que se conoce con el nombre de *propaganda*. La difusión *erga omnes* de un hecho real y de todas las circunstancias que lo rodean y que completan su fenomenología es lo que conocemos con el nombre de noticia. La conclusión del silogismo es un opinión u juicio que, cuando es comunitaria, coincide con la llamada opinión pública⁵⁵⁸.

Dessa forma, existe uma separação entre as ideias, os fatos e o juízo, que, quando publicáveis, podem ser considerados como propaganda, notícia e opinião. A primeira, propaganda, como é a transmissão de uma ideia ou ideologia, tem maior grau de subjetividade ou menor grau de objetividade, gerando mais discussão. Nesse aspecto, aqueles que recebem a

direito de resposta é gratuito e proporcional ao agravo e a retração espontânea feita pelos veículos não impede o exercício do direito de resposta, nem a reparação por dano moral.

⁵⁵⁴ “X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

⁵⁵⁵ “XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

⁵⁵⁶ “XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

⁵⁵⁷ O artigo 19 inclui o direito de não ser molestado por suas opiniões, o direito de investigar informações e de investigar opiniões, os direitos de receber opinião e informação e difundir opinião e informação.

⁵⁵⁸ A publicação ou transmissão de um dos princípios, ou de uma ideologia a que pertencem ou com a que estão concatenados, constituem o que se conhece com o nome de propaganda. A difusão *erga omnes* de um fato real e de todas as circunstâncias que o rodeiam e que completam sua fenomenologia é o que conhecemos com o nome de notícia. A conclusão do silogismo é uma opinião ou juízo que, quando é comunitária, coincide com a chamada opinião pública (DESANTES, José María. *La información como derecho*. Madrid: Nacional, 1974. p. 47).

propaganda podem rechaçar de forma mais racional. A notícia reflete um objeto e um acontecimento ou um fenômeno real; ela possui o maior grau de objetividade, sendo a menos discutível, exceto quando há distintas percepções de sentido ou dos instrumentos de captação. Por último, a opinião encontra-se em uma situação intermediária, pois está alicerçada em uma notícia com base na realidade fática e em ideia discutível.

Com a modernidade, a notícia ganha uma potência, influenciando no dia a dia das pessoas. Hoje, a notícia é um dos principais elementos de ampliação de horizontes para a tomada de decisão, não podendo ser considerada concausa da decisão, pois ela é a base do processo decisório.

Um dos pressupostos da notícia é o chamado compromisso com a verdade, no sentido de que ela deve estar de acordo com a realidade, excluindo as falsidades (calúnias, injúrias de caráter pessoal), dados inexatos, exageros, simulações, mentira, mentira estatística, ocultação ou dissimulação⁵⁵⁹.

Assim, *quaedam adaequatio rei et intellectus*⁵⁶⁰ já previa as limitações humanas com relação à percepção, tornando-se assim exigíveis a boa-fé e a sinceridade de quem informa. A informação compreende todas as notícias⁵⁶¹. Assim, a notícia precisa ter o compromisso com a verdade, ser acessível por igual a todos, pois é imprescritível para a participação na vida em comunidade, devendo ter condições materiais e formais objetivas e, por último, deve ser rápida,

⁵⁵⁹ DESANTES, José María. *La información como derecho*. Madrid: Nacional, 1974. p. 53.

⁵⁶⁰ “Tomás de Aquino confere a esta citação um papel central no argumento para definir ou apresentar as condições formais da noção de verdade. Em *De veritate*, q. 1, a. 1, Tomás de Aquino escreve: ‘a conveniência [*convenientiam*] do ente ao intelecto é expressa pelo nome verdadeiro. Ora, todo conhecimento realiza-se pela assimilação [*per assimilationem*] do cognoscente à coisa conhecida, por isso, a assimilação diz-se causa do conhecimento: assim como a vista mediante isso que a dispõe a perceber a cor, conhece a cor. Portanto, a primeira comparação [*comparatio*] do ente ao intelecto é enquanto o ente concorde [*concordet*] com o intelecto: e, na verdade, este acordo se diz a adequação [*adaequatio*] do intelecto e da coisa; e nela formalmente [*formaliter*] realiza-se a noção de verdadeiro. Isto é, portanto, o que o verdadeiro acrescenta ao ente, a saber, a conformidade ou adequação da coisa e do intelecto; a cuja conformidade, como se disse, segue-se o conhecimento da coisa’. A passagem supracitada antecede a apresentação do conjunto de citações mobilizado em *De veritate*, q. 1, a. 1. Tomás de Aquino apresenta alguns critérios a partir dos quais a noção de verdadeiro deve ser formalmente compreendida. Em primeiro lugar, destaca-se que a noção de verdadeiro tem por pressuposto um ato de conhecimento. De acordo com Tomás de Aquino o ato de conhecimento envolve dois elementos, a saber, o cognoscente e a coisa conhecida. O conhecimento se efetiva e, conseqüentemente, tem-se a noção de verdadeiro quando estes dois elementos se relacionam. A relação entre o cognoscente e a coisa conhecida é evidenciada a partir dos seguintes termos: conveniência [*convenientia*]; assimilação [*assimilationem*], concordância [*concordantia*] e, por fim, adequação [*adaequatio*]. Todos esses termos são apresentados como notas características da noção de verdade. Para Tomás de Aquino, a expressão formal mais apropriada da noção de verdade consiste na relação existente entre aquilo que se conhece, isto é, a coisa ou o ente identificado na coisa e o que conhece, ou seja, o intelecto ou o cognoscente” (OLIVEIRA, Matheus Barreto Pazos de. *A definição de verdade em Tomás de Aquino: um estudo sobre De veritate*, 1, 1 e *Summa Theologiae*, I, 16, 1. 2017. Tese (Doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2017).

⁵⁶¹ DESANTES, José María. *Op. cit.*, p. 54.

pois a notícia atrasada pode ser modificada ou derrotada por outra mais recente, produzindo um falso conhecimento e ofuscando a decisão⁵⁶².

O elemento constitutivo da participação em uma vida comunitária é a decisão que não pressupõe, nessas circunstâncias, um movimento de vontade intuitiva ou espontânea. A decisão política deve se constituir com base em uma prudência que está, por consequência, pautada pela realidade das coisas e pela reflexão pessoal e implica, em três situações, os atos, a lógica e o aspecto cronológico. São elas: a) a resposta a uma pergunta sobre a realidade em que vai recair a decisão (atuam aqui princípios e fatos, notícias); b) um juízo acerca do que se averigua ou um razoamento especulativo que se aplica aos princípios ou fatos; c) um preceito ou aplicação de tal juízo à ação, que é o razoamento prático ou ato decisório em sentido estrito⁵⁶³.

Segundo Desantes, “a notícia obtida e manipulada pode exigir que seja verdade, tomando como base o direito à informação, e fazer responsável, moral e juridicamente, o autor de sua deformação, seja qual for”⁵⁶⁴.

O caráter da notícia e da informação, associado apenas às redações de jornais como únicas produtoras, acabou com o advento do Ciberespaço e sobretudo da internet. Hoje, todos podem produzir e difundir suas notícias em tempo real, e o custo da produção e difusão de notícia é muito baixo, pois não há mais necessidade de impressão para distribuir. Com um celular, qualquer pessoa pode fotografar, editar uma foto, filmar e produzir uma notícia, seja em vídeo, áudio ou escrita.

Se, de um lado, isso significa maior descentralização da informação e, por consequência, maior número de fontes envolvidas, dando um caráter de mais diversidade, por outro a proliferação das chamadas *fake news*⁵⁶⁵ ocasionou uma preocupação generalizada de vários países, em razão de episódio com a última campanha presidencial dos Estados Unidos⁵⁶⁶ em 2016 e o referendo que concluiu pela saída do Reino Unido da União Europeia.

⁵⁶² DESANTES, José María. *La información como derecho*. Madrid: Nacional, 1974. p. 55.

⁵⁶³ *Idem*. *Hacia el realismo político*. Madrid: Dopesa, 2017. p. 129-178.

⁵⁶⁴ DESANTES, José María. *Op. cit.*, p. 48.

⁵⁶⁵ O Dicionário de Cambridge define *fake news* como “False stories that appear to be news, spread on the internet or using other media, usually created to influence political views or as a joke” (Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/fake-news>). A inclusão do termo *joke* na definição tem sido criticada, pois o humor e a sátira nunca tiveram qualquer compromisso com a veracidade, verdade ou realidade fática.

⁵⁶⁶ A técnica *microtargeting* é frequentemente utilizada no Ciberespaço, sendo os dados dos usuários coletados para fins de traçar um perfil como idade, gênero, comportamento. As eleições de 2016 nos EUA foram impactadas pela manipulação de dados dos usuários para fins de disparos de *fake news*. Na época, ficou apurado que a empresa *Cambridge Analytica* – a partir de um aplicativo criado pelo acadêmico Aleksandr Kogan, que coletava dos usuários do Facebook – compartilhou os dados com uma terceira empresa, Eunoia. O Facebook exigiu a destruição dos dados, que não ocorreu, e no final foi revelado que 50 milhões de dados de usuários foram utilizados. Os perfis foram usados para campanhas políticas e analisados por algoritmos que determinavam os traços de personalidade

A notícia falsa e manipulada não é algo novo⁵⁶⁷, mas o quadro atual das tecnologias, o seu impacto e a ausência de controle, até mesmo pelo uso de *bots*⁵⁶⁸, fazem com que haja mais preocupação para diminuir o seu uso e seu efeito. Pesquisas, no entanto, demonstram que a própria inteligência artificial pode por meio de métodos algoritmos detectar o chamado *fake news*. A detecção seguiria o mesmo fluxo de descoberta de dados (*knowledge discovery in databases* ou KDD), também conhecido como mineração de dados (1. Captura de dados. 2. Pré-processamento. 3. Análise. 4. Validação).

As extrações das características das notícias se ligam – associam-se – ao conteúdo, que engloba abordagens linguísticas e visuais que são possíveis às cargas emocionais utilizadas (ansiedade, raiva, palavras) e à conjuntura social baseada em contextos como o engajamento social – usuários (verificação de interações que podem levar a sistemas automatizados), *posts* (as notícias que são carregadas de opiniões) e redes (características da rede que refletem nos interesses).

Após coletar os dados, se classificam com base no conteúdo – apoiado em conhecimento, por meio de checagem de veracidade feita por especialistas, por uma decisão coletiva (*crowdsourcing*) ou por algoritmos – ou estilo (que usa métodos estilométricos que identificam sentenças enganadoras ou que capturam estilos que indicam redução de subjetividade). As minerações baseadas no contexto verificam se o usuário é partidário⁵⁶⁹.

dos usuários, seus sentimentos. O perfil foi vendido às campanhas eleitorais que analisavam e distribuíam *fake news*.

⁵⁶⁷ Entre os séculos 16 e 17 eram comuns panfletos e livros de notícias que relatavam histórias fabulosas de monstros. Mas o caso famoso de grande repercussão de notícia falsa na imprensa data de 1835. O jornal *News York Sun*, fundado em 1833 com a proposta inovadora de se manter a partir de financiamento publicitário e não de assinatura, iniciou uma série de reportagens sobre os experimentos de Herschel em laboratório na África do Sul. O editor do jornal, Richard Locke, sabendo que os relatos demorariam meses para chegar, publicou histórias fantásticas sobre as dimensões da Lua. O resultado foi que a tiragem do jornal subiu rapidamente de 8 mil para 19 mil. O escândalo foi exposto depois pela concorrência (Disponível em: <https://www.1843magazine.com/Technology/Rewind/The-true-History-of-Fake-News>). Além da coleta dos dados de usuários de serviços concretos de Facebook, foram coletados os dados de amigos dos usuários que eles haviam comunicado. No mais, o Facebook não apagou os dados quando tomou conhecimento dos abusos da Cambridge Analytica; também não houve suspensão da prática de comunicação de tais dados.

⁵⁶⁸ *Bot* é diminutivo de Robot e são programas que automatizam postagens em redes como o Facebook e o Twitter, imitando o comportamento humano. Um dos objetivos dos *bots* é entrar em listas como *trending topics* (VELASCO, Clara; DOMINGOS, Roney. O que é um robô na web e como ele pode influenciar o debate nas redes? Especialistas explicam. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/o-que-e-um-robo-na-web-e-como-ele-pode-influenciar-o-debate-nas-redes-especialistas-explicam.ghtml>. Acesso em: 5 jun. 2019). Os *bots* dão a ilusão de aceitação generalizada da notícia (TANDOC, Edson; WEI LIM, Zheng; LING, Rich. Defining “fake news”: a typology of scholarly definitions. *Digital Journalism*, p. 1-17, 2017).

⁵⁶⁹ Essa possibilidade de combate da desinformação por meio da computação foi extraída do texto “Computação e desinformação: tecnologia de detecção de desinformação online” (CASTRO, Leandro Nunes. Computação e desinformação: tecnologias de detecção de desinformação *on-line*. In: *Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 61-74).

A preocupação com a desinformação é global e a União Europeia, por meio de sua Comissão, instituiu um Grupo de Peritos⁵⁷⁰ para produzir um relatório com políticas públicas a fim de combater a disseminação das *fake news*. A Comissão evitou de forma deliberada a utilização do termo *fake news*, pelo fato de entender que ele é inadequado, por dois motivos:

a) o termo não captura o complexo problema da desinformação, pois o fenômeno engloba informações fabricadas combinadas com fatos e práticas que se assemelham a notícias, incluindo tais situações em *bots*, sendo usado para *astroturfin*, redes de seguidores de perfis falsos, vídeos e áudios manipulados, publicidades direcionadas, memes visuais, envolvendo ainda uma série de comportamentos digitais em que se inclui a circulação da desinformação (postagens, comentários, compartilhamentos);

b) o termo é enganoso, pois foi apropriado por alguns políticos para rejeitar coberturas ou matérias jornalísticas que consideram desagradáveis⁵⁷¹.

A Comissão passou a utilizar o termo *desinformação* para o fenômeno, definindo-o como a informação falsa ou enganadora que cumulativamente é criada, apresentada e divulgada para obter vantagens econômicas ou para enganar deliberadamente o público, sendo suscetível de causar um prejuízo público. O risco ao dano inclui ameaças aos processos políticos e democráticos, aos processos de elaboração de políticas e a bens públicos, tais como a proteção da saúde dos cidadãos, o ambiente ou a segurança⁵⁷².

O impulso da desinformação e sua promoção visam a ganhos econômicos ou objetivos políticos ou ideológicos, mas podem ser exacerbados pela forma como diferentes públicos e comunidades, ao receberem, engajam e amplificam a desinformação. Estão fora da seara da desinformação a publicidade enganosa, a informação com erro ou imprecisão, sátiras, paródias, notícias e comentários claramente identificados como partidários, os discursos considerados ilícitos, como difamação, discurso de ódio, incitação à violência⁵⁷³, pornografia infantil,

⁵⁷⁰ O grupo foi composto por representantes de empresas que operam no Ciberespaço, representantes da sociedade civil, pesquisadores e representantes da academia.

⁵⁷¹ O termo *fake news* foi usado pela primeira vez em outubro de 2014 por um jornalista americano, Carig Silverman, quando ele se defrontou com o relato inverídico na cidade de Texas sobre uma quarentena de uma família que tinha contraído ebola. Nas eleições de 2016, Donald Trump e seus apoiadores desvirtuaram o termo e passaram a classificar *fake news* como informações que os dessagassem. A campanha promovida conduziu a uma ressignificação do termo e o próprio “criador” da expressão sugeriu o seu abandono (TRASEL, Marcelo. A eficácia da checagem de fatos no combate à desinformação. *Fake news e as eleições 2018. Cadernos Adenauer*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2018. p. 71).

⁵⁷² A desinformação pode causar prejuízos e gerar crises na saúde, como o boicote à vacinação infantil e ao mercado, com boatos e inverdades contra determinado produto.

⁵⁷³ Na Alemanha, a lei *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, que entrou em vigência em 2018 e determina que provedores de redes sociais tenham gestão e tratamentos em reclamação de usuários, bem como a retirada de conteúdos que incitem o ódio e a violência, entre outros. As empresas devem disponibilizar relatórios sobre as ocorrências (Disponível em: <https://www.buzer.de/s1.htm?g=Netzwerkdurchsetzungsgesetz+%E2%80%93+NetzDG&f=1>).

terrorismo⁵⁷⁴. Em um futuro próximo, a desinformação envolverá cada vez mais conteúdos gerados e manipulados por inteligência artificial.

A desinformação, segundo os peritos da União Europeia, tem sua propagação ampliada em razão de: a) critérios usados pelos algoritmos que priorizam a apresentação de informações de acordo com o modelo de negócio e pela forma que privilegiam os conteúdos sensacionalistas que chamam mais atenção e motivam mais o compartilhamento. Como os algoritmos facilitam o compartilhamento entre os usuários das mesmas ideias e perfis – a criação dos *filter bubble* (filtros de bolhas) utilizados pelos grandes grupos como Facebook e Google –, reforçam os efeitos da desinformação; b) modelo de publicidade digital que se baseia no número de cliques recompensa os conteúdos sensacionalistas e virais, e as agências de publicidade têm sido orientadas para publicar os anúncios em tempo real e o fazem com base nas decisões algorítmicas, o que facilita a colocação desses anúncios nos *sites* que divulgam conteúdos sensacionalistas, podendo incluir a desinformação; c) facilitadores das tecnologias, como os *bots*, que ampliam a desinformação⁵⁷⁵.

O relatório da União Europeia recomendou ao final uma autorregulamentação com a finalidade de evitar a desinformação. A questão fundante é que uma lei, proibindo e punindo a desinformação, poderá implicar a liberdade de expressão e a livre circulação da comunicação no ambiente digital. Além da autorregulamentação, devem ser adotados para o desenvolvimento de políticas públicas os seguintes princípios e objetivos abrangentes, que devem orientar a ação para combater a desinformação: a) melhorar a *transparência* no tocante à origem da informação e à forma como esta é produzida, patrocinada, divulgada e direcionada, a fim de permitir que os cidadãos avaliem os conteúdos a que acedem em linha e para revelar eventuais tentativas de manipular a opinião; b) promover a *diversidade* de informação, a fim de permitir aos cidadãos tomar decisões informadas com base no pensamento crítico, mediante o apoio ao jornalismo de alta qualidade, à literacia midiática e ao reequilíbrio da relação entre os criadores e os distribuidores de informação; c) promover a *credibilidade* da informação, fornecendo uma indicação da sua fiabilidade, nomeadamente com a ajuda de sinalizadores de confiança, bem como melhorando a rastreabilidade da informação e a autenticação de fornecedores de informação influentes; d) oferecer soluções *inclusivas*. Soluções eficazes a longo prazo exigem a sensibilização do público, um índice mais elevado de literacia midiática, um amplo

⁵⁷⁴ A multidimensional approach to disinformation. *Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation*. Directorate-General for Communication Networks, Content and Technology. European Commission. 2018.

⁵⁷⁵ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Bruxelas, 26.04.2018.

envolvimento das partes interessadas e a cooperação entre autoridades públicas, plataformas digitais, anunciantes, sinalizadores de confiança, jornalistas e grupos de comunicação social⁵⁷⁶.

Outra recomendação para construção de uma auto-regulamentação é a construção de um código de boas práticas. O código de boas práticas de 2018 prevê: a) condutas visando à interrupção de investimento e receitas publicitárias para as plataformas e *sites* que espalham desinformação; b) medidas para que haja comunicação no sentido de reconhecer a importância de garantir a transparência em matéria de propaganda política e publicidade temática; c) garantir políticas que combatam as contas falsas e os *bots on-line*, como o bloqueio de contas falsas, bem como a importância de estabelecer sistemas de marcação e regras claras para os robôs digitais e assegurar que sua atividade não seja confundida com interações humanas; d) capacitar os usuários para identificar as desinformações e buscar a informação com medidas como o investimento em produtos, tecnologias e programas, para ajudar as pessoas a tomar decisões informadas quando se deparam com notícias em linhas potencialmente falsas; e) capacitar a comunidade de pesquisa para monitorar a desinformação *on-line* por meio de acesso compatível com a privacidade dos dados das plataformas⁵⁷⁷. A Comissão Europeia tem monitorado o progresso da aplicação do código e promete elaborar um relatório.

3.3 Os desafios do *big data*

Há mais de 30 anos, um comitê americano que assessorou o governo daquele país para a automatização de dados do Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar estabeleceu os seguintes princípios para tratamento de dados: 1. proibição de sistema de conservação de dados que seja secreto; 2. instrumento eficaz para que os usuários possam saber se seus dados estão incluídos em algum registro e como este é usado; 3. dispositivos eficazes para que os usuários impeçam que uma informação disponibilizada para determinado fim seja usada para outro, sem o devido consentimento; 4. os usuários devem ter à sua disposição uma ferramenta para corrigir ou retificar um registro seu; 5. toda organização que crie ou mantenha bancos de dados deve assegurar a confiabilidade destes e tomar todas as providências para impedir seu uso indevido⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Bruxelas, 26.04.2018.

⁵⁷⁷ Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>. Acesso em: 10 maio 2019.

⁵⁷⁸ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAUJO, Marilene. *O tribunal do futuro e o futuro do tribunal*. Curitiba: Appris, 2016.

Na Alemanha, em 1983, para a realização de censo foram recolhidos da população dados anonimizados para fins de estatística. Os dados eram tratados por sistemas de computação, sendo colhidos nome, endereço, profissão. Em razão da tabulação de dados por sistema computacional, vários processos foram instalados perante o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que trouxe em sentença a construção do direito à autodeterminação informativa.

A autodeterminação individual, segundo o Tribunal, pressupõe que, mesmo sob condições impostas pela tecnologia, o indivíduo possui a liberdade de escolha sobre suas ações e decisões, a qual inclui a possibilidade de saber e decidir quais informações sobre si podem ser conhecidas em seu ambiente social, de forma que, se o indivíduo não pode calcular e saber qual o grau de conhecimento que os outros têm sobre si, sua liberdade de planejar ou decidir, por sua própria iniciativa, fica prejudicada. Por consequência, o direito à autodeterminação informacional não é compatível com uma ordem social e um sistema legal em que os cidadãos “não podem mais saber quem, o que, quando e em que ocasião os conhece”. O risco recai não apenas nas oportunidades individuais e desenvolvimento individual, mas também no bem comum, porque a autodeterminação é uma condição elementar de uma comunidade democrática liberal baseada na capacidade de ação e de participação de seus cidadãos⁵⁷⁹.

O tempo passou, e o fenômeno da digitalização, que inclui o tratamento de dados analógicos e sua conversão para dados digitais em linguagem binária, alcançou praticamente todas as dimensões da vida em sociedade. Os dados por si só não possuem nenhum sentido intrínseco, mas podem ser portadores de informação ou ter uma informação codificada e passam a ter sentido quando entram no processo de comunicação entre pessoas, entre máquinas ou entre pessoas e máquinas.

A digitalização refere-se ao uso de múltiplas tecnologias, desde a tecnologia da informação e o tratamento de dados digitais e das estruturas (*software* e *hardware*), até o uso de sistemas ciberfísicos, a chamada indústria 4.0 com a fusão do mundo físico, digital e biológico, envolvendo a internet das coisas, a inteligência artificial, a biologia sintética⁵⁸⁰, os novos serviços de comunicação (redes sociais, plataforma de comunicação instantânea) e os sistemas de vigilâncias de indústrias e governos.

⁵⁷⁹ BVerfGE 65, 1 – Volkszählung.

⁵⁸⁰ Representa a convergência técnica nas áreas de química, biologia engenharia, tendo como principal projeto a construção de enzimas, células, circuitos genéticos. “A Biologia Sintética consiste no uso de bioinformática e técnicas de engenharia genética e bioquímica com o objetivo de desenhar circuitos biológicos modulares, por meio do redirecionamento ou construção de novas rotas metabólicas e a criação de organismos artificiais, visando maximizar o seu funcionamento. Não se trata de uma técnica específica, mas de um conceito que pode utilizar diferentes abordagens de edição genômica para alcançar a meta final” (VASCONCELOS, Maria José Vilaça de; FIGUEIREDO, José Edson Fontes. *Biologia sintética*. Sete Lagoas: Embrapa, 2015).

Nesse contexto das novas tecnologias, a expressão *big data* surge como conceito, caracterizado por 5 Vs (volume, variedade, velocidade, veracidade de valor), que remete às possibilidades de acesso à grande quantidade e diversidade de dados digitais de diferentes tipos e qualidades, por processo de algoritmo (volume) e à diversidade de possibilidades de recolher os dados, armazená-los, conservá-los e acessá-los (variedade), em alta velocidade (velocidade), utilizando, muitas vezes, tecnologias como a inteligência artificial para fins de verificação de sua coerência e asseguramento de sua qualidade (veracidade). Por último, *big data* é objeto e base de novos modelos de gestão empresarial e criação de valor (valor)⁵⁸¹. A análise dos dados coletados é realizada por inteligência artificial, sendo empregados procedimentos como:

- a) Descritivo – classificação e preparação de dados.
- b) Preditivo – processo de compreensão dedicado a identificar indicadores para possível relação causal com correlações estatísticas significativas que possam prever resultados com determinada probabilidade. Isso permite examinar comportamentos presentes e futuros das pessoas.
- c) Prescritivo – fornece orientações e recomendações de atuação para emprego da análise preditiva e descritiva, visando alcançar determinado objetivo, fixação de preço, influir na opinião pública, em comportamentos e atitudes.

No *big data* estão implicadas tecnologias como algoritmos, inteligência artificial, a internet das coisas. O uso dessas tecnologias está atrelado à utilização pelos governos, pelo sistema econômico e até por delinquentes, trazendo à tona questões como a liberdade e a autodeterminação individual e coletiva, proteção do direito à personalidade, igualdade de oportunidades, responsabilidade, segurança, proteção à não discriminação.

3.3.1 Algoritmo e inteligência artificial

Os algoritmos são imprescindíveis para a utilização dos dados digitais, pois são regras para que, de forma lógica e determinada, se executem tarefas. Os algoritmos no mundo da informática são escritos em linguagem digital processável mecanicamente a partir de uma tarefa predeterminada de passos individuais previamente definidos.

⁵⁸¹ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Big data: desafíos para el derecho*. Pamplona: Civitas, 2018. p. 64.

Os algoritmos transformam os dados de entrada em um resultado desejado com base em cálculos especificados. Os algoritmos são a lógica fundamental que rege os fluxos de informação dos quais se depende para ativar e atribuir significado e gerenciar como a informação é percebida pelos usuários⁵⁸². Essa ferramenta computacional se transformou em um principal meio de expressão; a fala e o conhecimento humano ficam de alguma forma submetidos às lógicas que sustentam o fluxo de informações via dados pelo sistema de computação⁵⁸³.

A potência dos algoritmos cresce de forma vertiginosa, e a inteligência⁵⁸⁴ artificial embala esse crescimento. O conceito de inteligência artificial remete ao “esforço de reproduzir digitalmente estruturas de decisão similares à dos humanos⁵⁸⁵, é dizer, a conceber um ordenador e sobretudo a programá-lo, usando as denominadas redes neurais⁵⁸⁶, de modo a processar problemas com a máxima autonomia possível”⁵⁸⁷.

Atualmente, cresceram a utilização e o desenvolvimento de sistemas inteligentes capazes de aprender. Os sistemas de aprendizagens de máquinas (*machine learning*) apreendem a partir de suas experiências; não só resolvem um problema específico, mas também aprendem como resolver outros, tirando conclusões e consequências. Esses programas se desenvolvem sem a necessidade de intervenção humana, principalmente o *deep learning* – ramo da *machine learning*. Nesse caso, as programações humanas são cada vez menores no processamento; a

⁵⁸² Os engenheiros de *software* adotam um conceito técnico aos algoritmos, sendo apenas uma sequência lógica de etapas que organiza um corpo de dados obtendo um resultado desejado, após a formulação de um problema. Os cientistas sociais já descrevem o fenômeno como um conjunto sociotécnico que inclui não apenas algoritmos, mas também as redes computacionais nas quais eles funcionam, as pessoas que os projetam e operam, os dados (e usuários) nos quais eles agem, as instituições que fornecem esses serviços, todas ligadas a um esforço social mais amplo e constituindo parte de uma família de sistemas de autoridade para a produção de conhecimento (YEUNG, Karen. Algorithmic regulation: a critical interrogation. *Regulation & Governance*, v. 12, 2017).

⁵⁸³ GILLESPIE, T. The Relevance of Algorithms. In: GILLESPIE, T.; BOCZKOWSKI, P.; FOOT, K. (Ed.). *Media technologies: essays on communication, materiality and society*. Cambridge: MIT Press, 2013.

⁵⁸⁴ “B2 [U] the ability to learn, understand, and make judgments or have opinions that are based on reason (<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/intelligence>). f. Capacidade de entender o compreender. 2. f. Capacidade de resolver problemas. *Dicionário Real Academia Espanhola*.

⁵⁸⁵ Esse é um conceito simples de inteligência artificial. Pode-se dizer também que inteligência artificial “é uma ciência que trata de estudar o comportamento através de modelos matemáticos. A palavra *inteligência* pode servir para identificar diversas categorias, mas não é conveniente identificar a inteligência de uma máquina com a dos humanos; não são comparáveis; funcionam de forma muito diferente. Os humanos têm uma inteligência que poderíamos chamar de generalista, enquanto permite desenvolver comportamentos em todos os aspectos da vida, enquanto as máquinas são totalmente especializadas e só desenvolvem comportamentos muito específicos” (ALABART, Silvia Dias. *Robots y responsabilidad civil*. Madrid: Reus, 2018. p. 18).

⁵⁸⁶ As redes neurais artificiais copiam o comportamento do cérebro humano (os neurônios e as conexões) e tratam de criar os modelos artificiais que solucionam problemas complexos, mediante as técnicas de algoritmos.

⁵⁸⁷ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Big data*. Desafíos para el derecho. Pamplona: Civitas, 2018. p. 60.

máquina mantém sua capacidade de aprender a partir de processamento de imagens, fala e prognósticos⁵⁸⁸.

Um uso potencial dos algoritmos e da inteligência artificial criou outro fenômeno chamado de “regulação algorítmica”⁵⁸⁹. A regulação algorítmica refere-se aos sistemas de governança regulatória (tentativas intencionais de gerenciar riscos ou alterar um comportamento para atingir um objetivo – que utilizam a tomada de decisão baseada em algoritmo).

Embora o termo *regulação e governança* seja utilizado para tarefas governamentais, a expressão tem sido usada para ações de atores não estatais⁵⁹⁰. Assim, como a administração pública pode regular o fluxo de tráfego de carros, uma empresa de mídia social, como o Facebook, regula o comportamento de postagem e visualização dos usuários, a fim de melhorar os seus retornos financeiros. A regulação algorítmica é definida por Yeung como

sistemas de tomada de decisão que regulam um domínio de atividade para gerenciar os riscos ou alterar comportamentos, por meio de gerenciamento computacional contínuo a partir de coletas de dados em tempo real de forma contínua que identifica as operações para atingir uma meta especificada anteriormente.

A regulação do algoritmo opera a partir do monitoramento contínuo e da coleta de dados digitais, principalmente pessoais, uma vez que a arquitetura dos sistemas algorítmicos exige a análise desses dados, o que afeta diretamente a privacidade. O perfil criado a partir da análise de dados estabelece a inferência de um conjunto de características (comportamentos) sobre determinado interesse. Entretanto, o perfil não se relaciona com um indivíduo, mas são construções algorítmicas de um indivíduo associadas a outros fragmentos de um dos atributos com outros perfis de uma massa de outros indivíduos (derivados de dados). O indivíduo não tem como perceber que está sendo analisado e muito menos compreende de que forma as avaliações são feitas. Assim, a criação do perfil pode excluir o indivíduo de vários processos,

⁵⁸⁸ “A questão sobre os aspectos jurídicos pertinentes à robótica é incipiente. A União Europeia, por meio de Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica, estabeleceu alguns critérios e parâmetros. A resolução é documento preparatório para um futuro instrumento legislativo. Sobre a questão da responsabilidade civil dos robôs, a Resolução faz várias considerações sobre atribuição de responsabilidade por omissão ou ação de um robô que cause dano e como se articula a responsabilidade correspondente para fazer efetiva, em momento perante o prejudicado, mas não faz nenhuma menção concreta de quem responde pelo dano, assinalando que no atual marco jurídico os robôs não podem ser considerados responsáveis, mas que pode ser atribuído o dano a um agente humano que poderia haver previsto e evitado o resultado danoso” (ALABART, Silvia Dias. *Robots y responsabilidad civil*. Madrid: Reus, 2018. p. 71).

⁵⁸⁹ “It’s time for government to enter the age of big data. Algorithmic regulation is an idea whose time has come” (Tim O’Reilly, CEO of O’Reilly Media Inc).

⁵⁹⁰ YEUNG, Karen. Algorithmic regulation: a critical interrogation. *Regulation & Governance*, v. 12, 2017.

um crédito ou uma vaga de emprego, a partir desse tipo de processo de decisão. Ainda, dentro desse parâmetro, não há como contestar as decisões algorítmicas; o indivíduo pode ser obrigado a conviver com uma decisão imposta unilateralmente, sem ter condições de contestá-la⁵⁹¹.

A reunião da utilização de dados, a análise e o tratamento por empresas privadas e governos, realizando a condução de comportamentos coletivos e individuais, o registro para registro de tendências conduzem a uma reanálise da questão da privacidade e da proteção de dados, principalmente os dados de caráter pessoal, levando à construção de legislações para manter a garantia de direitos, como a autonomia informativa, a liberdade e a privacidade.

3.3.2 Proteção e circulação de dados

O direito à proteção de dados passa a ser um direito autônomo da privacidade, apesar de sua quase indissociabilidade. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 1983, já declarava o direito à autodeterminação informativa, e outros tribunais seguiram o mesmo caminho, como o Tribunal Constitucional da Espanha, que, em sentença de 2000⁵⁹², anuncia o direito fundamental à proteção de dados de caráter pessoal, independentemente do direito à intimidade.

Em 2008, mais uma vez, em razão de uma lei que permitia ao Estado fazer pesquisas *on-line* e vigilância das telecomunicações com a possibilidade de acessar secretamente os sistemas de tecnologia da informação, utilizando programas como *malware* ou outros tipos de manipulação de *software*, o Tribunal Constitucional da Alemanha definiu como direito fundamental a garantia de confidencialidade e integridade dos sistemas de tecnologia da informação⁵⁹³, utilizando o termo *direito fundamental das Tecnologias de Informação (TI)*.

A partir do entendimento de que as novas tecnologias mudaram as premissas empíricas da tradicional proteção dos direitos fundamentais, sendo que assegurar o direito à autodeterminação informativa não seria suficiente, assim, a proteção às liberdades deve alcançar os sistemas, sua integralidade e confidencialidade, protegendo a operacionalidade técnica e social desses sistemas. Em 2016, o Tribunal incluiu na proteção todos os sistemas de tecnologias da informação que operam interconectados em rede com ordenadores, por exemplo,

⁵⁹¹ YEUNG, Karen. Algorithmic regulation: a critical interrogation. *Regulation & Governance*, v. 12, 2017.

⁵⁹² Sentencia 292/2000. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs-CZ/Resolucion/Show/SENTENCIA/2000/292>. Acesso em: 3 jul. 2019.

⁵⁹³ BVerfGE 120, 274. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv120274.html>. Acesso em: 2 jul. 2019.

mediante as nuvens, estendendo a proteção para os dados depositados em servidores externos⁵⁹⁴.

A União Europeia revogou recentemente a sua Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral de Proteção de Dados) por uma nova Diretiva, o Regulamento de Proteção de Dados 2016/676 (RGPD), que entrou em vigência a partir de maio de 2018⁵⁹⁵. A Diretiva dispõe sobre a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. O Regulamento tem quatro eixos de proteção: a) o direito de informação, de ser informado sobre a finalidade do tratamento, de saber quem é o responsável pelo tratamento dos dados, a quem podem ser comunicados os dados, as condições em que se podem acessar e retificar os dados; b) o direito de acesso aos dados registrados; c) o direito de retificação e eliminação dos dados; d) o direito de oposição, ou seja, o direito de se opor ao tratamento dos dados pessoais para efeitos de *marketing* direto ou qualquer prospecção.

No Brasil, foi sancionada em 2018 a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei n. 13.709⁵⁹⁶ de 2018⁵⁹⁷. A RGPD e a LGPD brasileira objetivam a proteção de pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais (colecção, conservação, organização, reprodução, modificação e qualquer outra utilização de dados pessoais)⁵⁹⁸. Ambos os instrumentos jurídicos são regidos pelo dito princípio da finalidade, de forma que os dados coletados para uma finalidade específica não podem ser utilizados para outra. Esse princípio consta em praticamente todas as regulamentações de proteção de dados e já se fazia presente na Europa desde o Convênio 108/1981.

⁵⁹⁴ BVerfGE 141, 220. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv141220.html>. Acesso em: 2 jul. 2019.

⁵⁹⁵ O regulamento é aplicável no âmbito da União Europeia e em outros países não integrantes da União, bastando para tanto haver alguma relação jurídica ou comercial que afete os dados de cidadãos ou empresas estabelecidas na UE.

⁵⁹⁶ A lei aplica-se em todo o território nacional ou quando há prestação de serviços para indivíduos localizados no território. Os dados coletados no território brasileiro são assim considerados se o titular estiver no território nacional no momento da coleta.

⁵⁹⁷ A Constituição brasileira protege os dados assegurando o direito a ter conhecimento sobre o dado e a retificação (artigo 5º, LXXII).

⁵⁹⁸ Artigo 5º, X, Lei 13.709 de 2018. Tratamento: “Toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

Artigo 4º, II, do RGPD. Tratamento: “Uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registro, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição”.

A lei brasileira classifica os dados pessoais⁵⁹⁹ como a informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável⁶⁰⁰, definindo dados sensíveis como o dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural⁶⁰¹.

A proteção de dados pessoais limita o exercício de poder de uso de dados, salvo quando haja autorização expressa, ou seja, o consentimento. Na lei brasileira, o consentimento é definido como manifestação livre, informada⁶⁰² e inequívoca, pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada⁶⁰³. O RGPD, em seu n. 42 de seus considerandos, considera que é lícita a coleta de como se deve dar o consentimento, mediante livre vontade e escolha verdadeira ou livre. No item 43, o consentimento é dado de livre vontade quando

este não deverá constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, nomeadamente quando o responsável pelo tratamento é uma autoridade pública pelo que é improvável que o consentimento tenha sido dado de livre vontade em todas as circunstâncias associadas à situação específica em causa. Presume-se que o consentimento não é dado de livre vontade se não for possível dar consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de dados pessoais, ainda que seja adequado no caso específico, ou se a execução de um contrato, incluindo a prestação de um serviço, depender do consentimento apesar de o consentimento não ser necessário para a mesma execução.

⁵⁹⁹ O RGPD possui uma definição de dados pessoais muito mais abrangente: artigo 4º, I. Dados pessoais: “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (‘titular dos dados’); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como, por exemplo, um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular”.

⁶⁰⁰ Artigo 14, I, Marco Civil: “dado pessoal – dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa”.

⁶⁰¹ O RGPD atribui aos Estados-membros margem de manobra para especificarem suas regras em matérias de dados sensíveis.

⁶⁰² “É preciso salientarmos que o direito à informação em geral é distinto do direito ao consentimento, embora relacionados. A informação necessária para o consentimento se limita àquela para uma tomada de decisão concreta” (SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei. Implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone, 1998. p. 99).

⁶⁰³ Nos termos do artigo 8º da Lei, o consentimento deve ser feito por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade. O controlador tem o ônus da prova quanto à conformidade do consentimento de acordo com a lei. São nulas as autorizações genéricas que não especifiquem as finalidades quanto ao tratamento de dados. O consentimento pode ser revogado a qualquer momento, por procedimento gratuito e facilitado. O consentimento é nulo, se as informações fornecidas ao titular dos dados forem enganosas ou abusivas ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma inequívoca e clara.

O consentimento livre é um elemento essencial para a autonomia dos usuários e de difícil efetividade, dado o desequilíbrio entre os entes que coletam os dados e os usuários. Há serviços aos quais os usuários não têm como renunciar por questões profissionais ou mesmo para poder participar socialmente da comunicação no Ciberespaço. Desse modo, são obrigados a utilizá-los. Ao mesmo tempo, a utilização desses serviços só é possível se o usuário conceder o consentimento para a coleta de seus dados.

Algumas empresas colocam a autorização de acesso aos dados como condição de uso do serviço; assim, o tratamento de dados passa a ser uma contraprestação ou pagamento por um serviço em um verdadeiro contrato, em que os dados têm um valor específico. Geralmente, as empresas solicitam o consentimento não apenas para o tratamento de dados necessários para a prestação de serviços, mas de outros dados, de forma a colherem todos os dados disponíveis, e, quando fazem a coleta, podem levar também dados de terceiros.

Os dados⁶⁰⁴ coletados têm um valor econômico para as empresas que fazem a coleta e tal realidade não é enfrentada nos instrumentos jurídicos, cujo conteúdo é a proteção de dados pessoais. Wolfgang Hoffmann-Riem considera que muitos princípios tradicionais de proteção de dados podem ser obstáculos para as aplicações do *big data*, a exemplo dos princípios de limitação da finalidade e de minimização de dados⁶⁰⁵, porque os dados obtidos de forma agregada aos dados iniciais se empregam para muitos fins; no momento da coleta, não é possível reconhecer a informação que será gerada no âmbito do *big data* nem o valor da informação, e a finalidade posterior dos dados nem sempre está definida. Por outro lado, por sua própria

⁶⁰⁴ “La (poca) doctrina que se ha ocupado de, aterrizando ya en el objeto de este breve estudio, la propiedad de los datos se centra fundamentalmente cinco opciones. 1. Desarrollar un derecho de propiedad *ad hoc*. 2. Entender los datos como una obra de propiedad intelectual. 3. Asimilar los datos a las bases de datos para que pueda resultar aplicable la correspondiente normativa al respecto. 4. Acogerse a la regulación sobre secretos comerciales. 5. Confiar en la protección jurídica derivada de los contratos firmados por las partes” (PARRILA, José Antonio Castillo. Economía digital y datos entendidos como bienes. In: *El mercado digital en la Unión Europea*. Madrid: Reus, 2018. p. 295).

“A pouca doutrina que se ocupou aterrizando no objeto deste breve estudo, a propriedade de dados se centra fundamentalmente em 5 opções: 1. Desenvolver um direito de propriedade *ad hoc*. 2. Entender os dados como uma obra de propriedade intelectual. 3. Assimilar os dados às bases de dados para que possa resultar aplicável a correspondente normativa a respeito. 4. Aproveitar a regulação sobre segredos comerciais. 5. Confiar na proteção jurídica derivada dos contratos firmados pelas partes” (tradução livre).

⁶⁰⁵ RGPD, artigo 5º, 1. “Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades; o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, não é considerado incompatível com as finalidades iniciais, em conformidade com o artigo 89, n. 1 (‘limitação das finalidades’); adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados (‘minimização dos dados’); LGPD, artigo 6º, I – “finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; (...) III – necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados.”

natureza e análise, o *big data* somente pode ter êxito quando for maior a disponibilização de dados com diversidade de análise e com resultados empregados em diversos contextos, o que está em contradição com o princípio da minimização, devendo ser encontrado um equilíbrio entre a proteção de dados e o potencial do *big data*⁶⁰⁶.

Os direitos de informação e a obrigação de informar, bem como o dever de transparência dos usuários, têm obstáculos para serem efetivados, pois as proteções vigentes estão mais restritas ao recolhimento de dados do que as questões pertinentes à utilização de dados. Mesmo a RPD, ao tratar da obrigação de informação (artigos 13 e 14), mantém certa limitação quanto ao tipo e ao emprego dos algoritmos; por exemplo, quais as máximas que se aplicam à programação? Quais os critérios utilizados como base? Que informação se introduz como *input*, quando os algoritmos se empregam para seleção e controle, por exemplo, no caso de *scoring*⁶⁰⁷?

Embora, no caso da RPD, em seus artigos 13 e 14 seja determinado o fornecimento de informações para fins de equidade e transparência, “a existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis e, pelo menos nesses casos, informações úteis relativas à lógica aplicada”, não se tem claro o significado de lógica aplicada, e na bibliografia especializada descreve-se a lógica aplicada no sentido dos métodos e critérios sem maiores detalhamentos. Não há também detalhamentos sobre limitação temporal de uso de dados do usuário. O problema também é constatado nas candidaturas de empregos⁶⁰⁸.

Os dados são a base da economia na atual sociedade de informação, sendo considerada a economia de dados “um ecossistema em que diferentes tipos de agentes de mercado – como fabricantes investidores e provedores de infraestrutura – colaboram para garantir que os dados sejam acessíveis e utilizáveis”, de tal maneira que os agentes extraiam o valor dos dados⁶⁰⁹.

O Regulamento da União Europeia 2018/1807 abrange os dados considerados não pessoais, nos quais a internet das coisas, a inteligência artificial e a aprendizagem automática são as principais fontes. Também são reputados dados não pessoais os conjuntos de dados agregados e anonimizados⁶¹⁰ utilizados para a análise de grandes volumes de dados. O regulamento, ao dispor sobre o regime para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia, ao reconhecer que os dados são imprescindíveis à economia, objetiva um ambiente

⁶⁰⁶ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Big data: desafíos para el derecho*. Pamplona: Civitas, 2018. p. 118.

⁶⁰⁷ *Ibidem*, p. 125.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, p. 126.

⁶⁰⁹ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões (Construir uma economia europeia dos dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0009&from=ES>.

⁶¹⁰ Nos termos do artigo 12 da LGPD brasileira, os dados anonimizados não são considerados dados pessoais para efeitos da lei, salvo quando o processo de anonimização, ao qual foram submetidos, for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido.

que não obstaculize a livre circulação de serviços de tratamento de dados no âmbito do mercado europeu.

A legislação sobre os dados mantém uma preocupação com a proteção de dados pessoais e a circulação de dados para finalidade econômica, ficando de fora a questão da adequação aos interesses coletivos que não possuem um viés direto econômico, pois o *big data* pode ter influência imediata na assimetria de poder. O abuso de poder pode ocorrer com as possibilidades que os intermediários da informação, ao analisarem automaticamente os dados de muitos usuários, proporcionam de selecionar a informação dirigida e personalizada para fins políticos e comerciais e a dinâmica de preços, influenciar a opinião pública e até mesmo o comportamento eleitoral. A preocupação de pautas jurídicas com a proteção e a circulação de dados deve considerar o potencial do *big data* para fins de direitos coletivos.

4 A TEORIA DOS SISTEMAS E O HIPERCICLO DO DIREITO

4.1 Da ação à comunicação: o elemento que constitui o sistema social

A Teoria do Sistema e a Sociologia discutem qual é o elemento que constitui o sistema social ou a sociedade. Para Max Weber, a Sociologia é a ciência que pretende compreender a ação social⁶¹¹, explicando o seu curso e seus efeitos. O agir social é determinado por uma intenção direcionada.

Para Parsons, sistema social é um modo de organização dos elementos da ação relativos ao processo ordenado de mudanças de pautas interativas de uma pluralidade de atores individuais⁶¹². Pela ação, o sujeito entra no sistema. A socialidade é um caso particular da ação⁶¹³. Essa concepção emerge da ideia de que o homem é parte central do sistema social, a primeira célula da sociedade, e sua socialidade está baseada na ação.

A ação como propulsora do sistema social parece ter cumprido seu ciclo e nenhuma ação comunicativa seria capaz de enfrentar os problemas existentes na sociedade contemporânea, diria Niklas Luhmann⁶¹⁴.

O problema está em saber se a ação consiste em uma unidade possível de ser um elemento do sistema, sem que seja necessária a divisão desse elemento em algo ontologicamente último⁶¹⁵ uma vez que a procura por tal partícula não faz mais sentido para a atual complexidade da sociedade.

Em um primeiro momento, é possível abstrair da ação a intenção. Entretanto, esta parece ser entendida apenas como unidade psiquicamente definida e delimitada, como ideias, o que leva, claramente, à falta de consenso⁶¹⁶ e a uma redefinição da ação, produzida pelo sistema. A ação pode ser observada a partir da relação entre sujeito e objeto, que conduz à aproximação

⁶¹¹ Ação, em Max Weber, é o comportamento humano, na medida em que os agentes o relacionam com um sentido subjetivo, e a ação social, uma ação pela qual o agente se refere ao comportamento de outros. A ação social se orienta pelo comportamento dos outros, podendo ser determinada de modo racional, visando a um fim ou em razão de valores, de modo afetivo ou tradicional (WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: UnB, 2000. p. 3-18).

⁶¹² PARSONS, Talcott. *El sistema social*. Madrid: Alianza Editorial, 1999. p. 20.

⁶¹³ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. São Paulo: Vozes, 2016. p. 161.

⁶¹⁴ *Idem*. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Ciudad de México: Anthonopos, 2005. p. XIX.

⁶¹⁵ “A redução não pode conceber-se como uma simplificação, mas só como uma relação” (*Ibidem*, p. 104).

⁶¹⁶ “Meu consenso é consenso apenas em relação ao teu consenso, mas meu consenso não é teu consenso, e não existe nenhum tipo de argumento objetivo ou motivo racional que possa em última instância garantir essa coincidência” (LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, 2016. p. 98).

do conceito de conhecimento, no entanto, a facticidade da ação precede qualquer conhecimento⁶¹⁷.

Para a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos⁶¹⁸, os sistemas somente podem ser constituídos pelas diferenciações, distinguindo-se dos entornos. A validade dessa afirmação serve para as estruturas e os elementos do sistema. Os elementos, como unidades de aplicação em um sistema se autoconstroem, ao mesmo tempo que constituem a sua unidade última.

A noção de sistema autopoiético e, portanto, a autopoiese compreende não só as relações entre elementos, mas também os elementos resultantes da reprodução. A autorreferencialidade do sistema e sua autoprodução somente são possíveis se aceitarmos que os sistemas se autorreproduzem a partir de sua autopoiese, o que confirmaria a máxima de que a ciência apenas pode se autorreproduzir respeitando o seu objeto, ou seja, a autopoiese⁶¹⁹.

Ao incluir a ação como elemento constitutivo do sistema, agrega-se outro fator, o tempo, visto que a ação se desenvolve no tempo. Por outro lado, a ação é um acontecimento, necessita de duração, pode ser interrompida, desviada e chegar a um fim, sendo, portanto, passageira.

A ação não perdura no tempo. Qual seria, desse modo, a capacidade de manter a conexão? Ocorreria, nesse caso, uma cessação da ação, sem que houvesse conexão. A capacidade de autoprodução estaria prejudicada. Para se reproduzir, é necessária uma unidade⁶²⁰ com autorreferencialidade, uma autorreferência basal.

A unidade do sistema deve garantir a aplicabilidade, a reprodução e a capacidade de conexão, a fim de assegurar a autorreferencialidade⁶²¹, bem como a continuidade do sistema, o que não poderá ser feito pela ação caso não encontre conexões com ações posteriores.

Ao mesmo tempo, a autorreferencialidade somente é possível quando há o sentido, sendo necessária, para tanto, a unidade de identidade e diferença, “um acontecimento deve incorporar, portanto, ambas as coisas, identidade consigo mesmo e diferença consigo mesmo”⁶²².

A problemática exposta sobre a unidade de identidade e diferença como instância necessária à autorreferência basal pode ser superada, segundo Luhmann, com o esquema

⁶¹⁷ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. São Paulo: Vozes, 2016. p. 104.

⁶¹⁸ O autor da ideia de autopoiese como uma autocriação-produção também discorda da proposição de que os sistemas sociais seriam compostos por comunicação, mantendo a posição de que os sistemas sociais são compostos por seres humanos (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *De máquinas y seres vivos: autopoiesis, la organización de lo vivo*. Buenos Aires: Lumen, 2003. p. 19).

⁶¹⁹ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 105.

⁶²⁰ Segundo Edgar Morin, a ideia de unidade traz consigo a impossibilidade de redução do todo às partes e das partes ao todo, bem como o uno ao múltiplo, devendo ser concebido um conjunto de formas complementares e antagônicas de todo e partes, de uno e múltiplos (MORIN, Edgar. *O método 1: a natureza da natureza*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1987. p. 103).

⁶²¹ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 110.

⁶²² *Ibidem*, 111.

fim/meio proposto por Marx Weber e capturado por Parsons. O problema desse esquema é que, como ele se formula, seja na forma causal-teórica, teórica-valorativa ou tecnológica, não é capaz de se referir à diferenciação entre *alter* e *ego*. Como buscar uma lógica social capaz de um entendimento comunicativo nesses termos?

A Teoria da Ação Comunicativa de Habermas tenta resolver o problema, elevando-o à questão da comunicação. Todavia, ele é retomado devido à busca de formulações do tipo imperativo categórico e à própria ideia de consenso.

Para Habermas, existem formas de ações pelas quais os interlocutores do discurso aderem à comunicação orientada à compreensão, aceitando razões suficientemente convincentes para justificar a própria eleição de suas ações. As razões transmitidas devem ter validade geral inerente. Validade para todos, inclusive para aqueles que não participam da comunicação⁶²³.

Como universal, Luhmann apresenta apenas o conceito de autopoiese, de maneira que, se a ação não funciona como forma de autorreferência basal, não há o que fazer, uma vez que não é possível resolver o problema da temporalidade e os sistemas devem se preocupar com sua própria reprodução.

Assim, “si se quiere maximizar el éxito del sentido en dimensión social, bajo la máxima de entendimiento por desprecio de las restricciones de temporalidad, el dominio de la validez universal se vuelve inalcanzable”⁶²⁴.

Do posicionamento de Luhmann, duas considerações podem ser extraídas: uma é a falta de transparência do conceito da ação comunicativa de Habermas, que parte de uma ideia de comunicação geral não esclarecido e que consiste, ao mesmo tempo, em uma classe particular de ação e de comunicação. A segunda é o “caráter fundamentalista que a posição de Habermas pode acarretar ao propugnar uma valoração das razões”⁶²⁵. A razão em Habermas estaria em um patamar valorativo que lhe confere sentido.

A questão é que uma teoria de sistema autorreferente, para Luhmann, formula-se com a obtenção, a manutenção e a renovação do consenso e do dissenso, o que resulta na eleição da diferença que orienta os processos de comunicação. Com o intervalo transcorrido entre a obtenção da informação e a determinação do sentido (sistema/ambiente), as conexões seriam, em longo prazo, mais plausíveis.

⁶²³ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. São Paulo: Vozes, 2016. p. 127.

⁶²⁴ “Se quiser maximizar o êxito do sentido na dimensão social, sobre o máximo de entendimento por desprezo das restrições de temporalidade, o domínio da validade universal se torna inalcançável.” (tradução livre) (MORIN, Edgar. *O método 1: a natureza da natureza*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1987. p. 129.)

⁶²⁵ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 31.

As distinções e a orientação pela diferença consistem na observação ou na descrição, correspondente à auto-observação e à autodescrição, o que pode levar ao conceito de razão como generalização da capacidade de conexão das operações, podendo ser julgada por um observador externo que utilizaria as diferenças, por exemplo, consciente/inconsciente. Ao conectar a autorreprodução que necessita de elementos próprios do sistema, o elemento operativo estaria incluído, *re-entry* de distinção⁶²⁶.

Ao determinar que a comunicação é a unidade última da sociedade, a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos não despreza a ação, a comunicação forma os sistemas, conduz a estrutura dos sistemas com temas, inunda-os de conteúdo de sentido. A comunicação é unidade elementar de autoconstituição do sistema e a ação é a unidade elementar da auto-observação e da autodescrição⁶²⁷.

4.2 O paradigma da comunicação na Teoria dos Sistemas Autopoiéticos

A Teoria dos Sistemas Autopoiéticos⁶²⁸ assume o paradigma de que a sociedade possui como elemento constitutivo a comunicação, que se autorreproduz por meio do sentido. Os sistemas sociais são delimitados pelo seu entorno e o limite de cada sistema é o sentido que conduz a uma estratégia de seleção. Em face das inúmeras possibilidades no interior de cada sistema e no entorno, dada sua alta complexidade, o sistema necessita realizar a seleção para minimizá-la, o que, ao mesmo tempo, gera maior complexidade e leva a maior seleção⁶²⁹.

Os sistemas operam realizando sempre a eleição de possibilidades para diminuir a complexidade que surge, principalmente a partir do dado *novo*, do inesperado, da novidade, do contingente. É no momento em que ocorre a contingência que o sistema é obrigado a selecionar uma possibilidade, sempre sob o risco de um equívoco no momento da eleição.

⁶²⁶ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Ciudad de México: Anthonopos, 2005. p. 131-132.

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 200.

⁶²⁸ Nas Teorias dos Sistemas existem noções fundamentais como o sistema aberto e o sistema fechado. Segundo Márcio Pugliese, no “sistema aberto há troca de matéria, energia e informação com o ambiente e outros sistemas. É essa noção que permite entender como os sistemas se desenvolvem e crescem rumo a uma maior complexidade e mais adequada, para seus fins ou utilidades, organização. Assim se opõem aos sistemas fechados que, entregues a si próprios, caminham para um estado de maior desorganização, sob efeito da lei da entropia (ou morte térmica, anunciada pelo 2º Princípio da termodinâmica)”. Para o autor, os sistemas fechados “correspondem a artifícios teóricos e não existem na natureza e, menos ainda, nas sociedades, em que todos os sistemas estão submetidos a trocas inevitáveis de energia, informação e matéria” (PUGLIESI, Márcio. *Filosofia e Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista*. No prelo. p. 107).

⁶²⁹ Na classificação de Luhmann, além dos sistemas sociais, cujo elemento é a comunicação, há mais três sistemas: os sistemas vivos, que têm a vida como base de suas operações; os sistemas psíquicos, que mantêm como elemento a consciência; e os sistemas de máquinas. Pela classificação, os homens estão fora dos sistemas sociais, assim, não são os homens que constituem a sociedade, os homens estão incluídos nos sistemas psíquicos e vivos.

Os sistemas atuam com base em operações anteriores da mesma natureza, em auto-observação, e as diferenciações conduzem a outras diferenciações. Em movimento simultâneo ao da auto-observação, os sistemas se autodescrevem e produzem uma melhoria de suas funções e operação. Ao se autodescreverem e auto-observarem, os sistemas dobram em si mesmos, voltam para si, efetivando o fenômeno da autorreferência.

Há reciprocidade entre os sistemas, o que se dá por meio das interações. Com elas, as seleções são realizadas, ocasionando outro fenômeno, o da dupla contingência. Toda vez que ocorre a dupla contingência, o sistema é perturbado e, necessariamente, acontece a sua autorrecriação para a redução da complexidade, surgindo, desse modo, outro subsistema.

Assim, os sistemas tornam-se abertos uns para os outros, mas operam internamente a partir de clausuras, sem nenhuma dependência em relação ao seu entorno.

Ao operar de forma fechada e autônoma (autorreferente), mantendo suas interações com o entorno, o sistema observa outro sistema e pratica a *heterorreferência*.

Surge, então, a necessidade de adaptação do sistema com o entorno, o que ocorre por meio dos *acoplamentos estruturais*, que se caracterizam como a relação de exterioridade do sistema para a manutenção da adaptação com o entorno (ambiente).

É por meio dos *acoplamentos estruturais* que os sistemas retiram do ambiente a informação (relativa aos acontecimentos) necessária para a sua comunicação. São os *acoplamentos estruturais* que mantêm a autopoiese⁶³⁰.

O Direito, como subsistema do sistema social, fechado, autopoietico e autorreferente, é constituído por comunicação, como síntese da informação e da compreensão, o que se dá pelo controle temático dos processos comunicativos.

Dessa forma, todos os eventos tornam-se significantes ao serem considerados pelo Direito como relevantes⁶³¹. O sistema jurídico não se ampara em um texto ou em um conjunto de texto, mas apenas como sistema social. O sistema jurídico não é apenas entorno do sistema social⁶³², é também parte dele⁶³³.

⁶³⁰ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAUJO, Marilene. Teoria dos sistemas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (coord.); ARAUJO, Marilene (org.). *O Novo Código de Processo Civil brasileiro, um enigma a ser decifrado: percepções cognitivas na interpretação da norma*. São Paulo: Max Limonad, 2016. p. 25 e ss.

⁶³¹ TEUBNER, Gunther. Autopoietic law: a new approach to law and society. In: LUHMANN, Niklas. *The unity of the legal system*. New York: Walter de Gruyter, 1988. p. 18.

⁶³² Segundo Luhmann, existe muita atenção voltada para a linguagem que realiza o acoplamento estrutural entre os sistemas sociais e o sistema psíquico.

⁶³³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 110.

A comunicação pertencente ao sistema jurídico é aquela coordenada por códigos binários próprios do Direito: jurídico/antijurídico, direito/não direito, lícito/ilícito, de forma a realizar uma integração recorrente em rede no sistema. O Direito verifica-se a si mesmo; enquanto não há verificação, não há nada jurídico⁶³⁴.

Qualquer modificação em uma norma jurídica, por exemplo, converte-se em comunicação jurídica, não importando de onde partiu a proposta. A positivação do Direito implica o controle do código-diferença (lícito-ilícito) exclusivamente pelo sistema jurídico, adquirindo sua clausura operativa.

Ao mesmo tempo, as comunicações ocorridas no sistema jurídico sustentam certa insegurança, e os resultados no Direito não são definitivos, em razão da própria operação dos códigos. O código é manejado em uma observação de segunda ordem (observação dos observadores).

A clausura operativa do sistema jurídico realiza-se apenas no nível de segunda ordem e por meio do esquema que maneja exclusivamente esse nível. Somente quando os produtores desse modo de observação de segunda ordem referem-se de forma recursiva é que o Direito adquire a unidade de clausura autopoietica – a unidade do Direito significa “a totalidade de operações e estruturas”⁶³⁵.

Apesar de a clausura ser fechada, o Direito é cognitivamente aberto e, ao se relacionar com o seu entorno, os demais sistemas, como o político, o religioso, o moral, são irritados permanentemente, o que se dá em razão da autorreferência e da heterorreferência. Ao descrever o sistema jurídico, o sistema político pode fazê-lo, por exemplo, como um instrumento da política; o sistema educacional, como um problema didático; e o sistema científico, como um objeto de investigação. Tanto nas autodescrições quanto nas heterodescrições há diferenciações, mas isso permite dupla influência entre os sistemas, uma vez que a “comunicação extensiva se mantém possível realizando operações em sociedade”⁶³⁶.

As irritações entre o Direito e os demais subsistemas são mútuas e podem trazer alterações ao Direito, mas é este que seleciona e define se as aceita ou não e de que forma as aceita. O Direito, ao ser irritado e ao decidir realizar a seleção, parte para operações internas por meio de seus códigos. É apenas em função de seus elementos que o Direito estabelece a autopoiese⁶³⁷, autoproduzindo-se, autorrecriando-se.

⁶³⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 87.

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 130.

⁶³⁶ *Ibidem*, p. 668.

⁶³⁷ As estruturas só podem ser produzidas pelas operações dos sistemas (*Ibidem*, p. 118).

A realidade do Direito é produzida pelo próprio Direito, que seleciona as informações para solucionar os problemas que enfrenta. É nesse momento que o Direito se multiplica e se diferencia a cada momento, distinguindo-se entre várias tensões. O Direito define os seus próprios limites, auto-organizando-se por meio de uma observação de segunda ordem. Essas observações gerenciam a relação com o entorno.

Ao se auto-observar e se autodescrever, o Direito diferencia-se de seu entorno, sendo por ele irritado, momento em que se remete a si próprio, para sua autodescrição, estabelecendo os seus limites. A auto-observação é a implicação ou a explicação do que em uma comunicação se trata como lícito ou ilícito⁶³⁸.

A autodescrição faz com que o Direito se assuma construtivista, diferenciando-se dos demais sistemas. O entorno possibilita a autoprodução do Direito, e, ao mesmo tempo que a tolera, também a encoraja. A unidade do sistema jurídico – estruturas e limites – é produzida e reproduzida pelas operações do sistema⁶³⁹.

De outra parte, o Direito não assume posição de centralidade com relação a outro subsistema. Em uma sociedade diferenciada, multicêntrica, descentralizada, fracionada, o Direito deve, por meio de acoplamentos estruturais, manter interpenetrações com outros subsistemas, lidando permanentemente com a racionalidade destes.

O Direito tem como função assegurar as expectativas, objetivando, sempre, as decepções previsíveis. As expectativas são espécies de condensações de referências de sentido que delimitam uma determinada situação. Para assegurar as expectativas, o Direito utiliza mecanismos, como a capacidade de sancionar e a sanção⁶⁴⁰, para o comportamento desviante.

As expectativas são apenas um prognóstico nas coordenações dos comportamentos e o Direito pode limitá-los ou abrir possibilidades para um comportamento que, sem a condicionante da possibilidade jurídica, não existiria. Por exemplo, ao criar o direito de comunicação, geram-se várias possibilidades de comportamentos. Por outro lado, as inúmeras possibilidades trazem dificuldades para a percepção e a seleção da informação, gerando maior complexidade, o que força a seleção e a possibilidade de desapontamento, configurando um risco⁶⁴¹.

⁶³⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 669.

⁶³⁹ *Idem*. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 55 e ss.

⁶⁴⁰ A sanção só pode ser entendida na diferença entre o sistema e o entorno.

⁶⁴¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 53-57.

4.3 O hiperciclo do Direito

Ao discorrer sobre os paradoxos do Direito, como os problemas da indeterminação, da autorreferência e da circularidade, Gunther Teubner recorre a um velho conto referente à interpretação do Talmude.

Possuidor de um rigoroso pensamento jurídico, o rabino Eliezer realizou inúmeras tentativas de demonstrar que o seu raciocínio jurídico era o correto. Após percorrer uma longa caminhada argumentativa e de eventos sobrenaturais, como provar a correção do raciocínio com a movimentação da árvore, a mudança de direção do curso do rio, o desmoronamento dos muros da escola rabínica, o rabino não convenceu seus pares e decidiu invocar o próprio Céu, então Deus confirmou a correção de seu argumento.

Os demais rabinos retrucaram dizendo que em Torah, no monte Sinai, Deus mandou que se inclinassem à opinião da maioria, de forma que não podiam aceitar a voz divina. O Direito só se fazia possível após recorrer a várias possibilidades: aos argumentos lógicos, às forças externas, à voz divina e, por último, ao voto da maioria. O passado do mundo jurídico está repleto de exemplos que contemplam recursos a forças externas ao Direito. As próprias ordálias, referidas neste estudo, são exemplos de utilização de recursos externos para obtenção de julgamentos.

Julgamentos também contemplaram o jogo, a *alea*, com a submissão à própria sorte ou à vontade divina, por interações ocorridas entre o homem e os deuses, por exemplo, na Grécia. Ao final, pode-se inclinar à vontade da maioria. Outro jogo, de retórica, de cálculo no debate, de cálculo de poder, ilustra o julgamento de Sócrates e até hoje caracteriza os julgamentos com júri popular.

O jogo possui uma circularidade. Em busca da fonte do Direito, o homem fez Deus sorrir quando escolheu a maioria, sem considerar a voz divina, a partir do próprio Torah. Em outro jogo, Antígona desafia Creonte, opondo-se a um decreto do rei. Dessa vez não se recorreu ao Direito Natural, simplesmente aplicou-se “o código jurídico ao próprio código jurídico quando sustentado que a pretensão de Creonte de aquilo que é legal ou ilegal é, em si mesmo ilegal”⁶⁴².

⁶⁴² TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 14.

O problema do paradoxo no Direito está em sua indistinção. Assim, o sistema opera legal-ilegal-legal-ilegal, de modo circular e autorreferencial, levando a um paradoxo. É como dizer: “é legal aplicar a distinção entre legal e ilegal”; ou de forma negativa: “é ilegal aplicar a distinção entre legal e ilegal”. Possivelmente, o Direito pode excluir o Direito, são os fenômenos de estados de exceção⁶⁴³ ou razão de estado⁶⁴⁴.

Para a Teoria dos Sistemas, no entanto, o paradoxo não é um problema, mesmo porque os paradoxos não podem ser evitados, visto que podem aparecer no final de qualquer discussão científica quando o assunto é autorreferencialidade. A referência utiliza a operação que constitui o auto, tornando-se paradoxal, no momento em que se aciona a possibilidade de negação e esta se refere ao auto (referido), não podendo ser decidido por duas possibilidades com base na autorreferência, o que significa perder a determinabilidade, ou seja, a capacidade de conexão das operações seguintes⁶⁴⁵.

A Teoria dos Sistemas Autopoiéticos tem o cuidado de não resolver o paradoxo com referências transcendentais⁶⁴⁶. Ao se deparar com o paradoxo, a teoria autopoiese trata-o de forma produtiva, sem evitá-lo. Os sistemas sociais produzem seus próprios elementos, com base em uma rede de comunicações. Isso torna criativa a possibilidade de transformar uma

⁶⁴³ A palavra “exceção” significa capturado de fora (*ex capare*). “O Estado de exceção não é um caos que precede a norma, mas aquilo que suspende a norma, o que possibilita a inclusão do que está de fora. Mas isto não se refere nem a uma situação de fato – a norma tem apenas suspensão de validade – nem situação de direito – a norma está suspensa. Há uma zona de indistinção que permite a inclusão de situações passíveis de normatização pelas vias normais. Nesta relação, existe a inclusão de algo através da exclusão. A exceção é uma exclusão inclusiva [...] O Direito tem caráter normativo, é norma (no sentido próprio de esquadro) não porque comanda e prescreve, mas enquanto deve, antes de mais nada, criar o âmbito da própria referência na vida real, normalizá-la [...] Um fato é incluído na ordem jurídica por meio de sua exclusão. A ordem jurídica não se apresenta simplesmente como sanção de um fato transgressivo, mas constitui-se, sobretudo, através do repetir-se do mesmo ato sem sanção alguma, ou seja, como caso de exceção. Este não é uma punição do primeiro, mas representa a sua inclusão na ordem jurídica, a violência como fato jurídico primordial. Neste sentido, a exceção é a forma originária do Direito” (AGAMBEN, Giorgio. *O estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 24-28). Para Walter Benjamin, o estado de exceção cria uma zona de indeterminação que não permite decisão porque há um vazio (dentro e fora), no limite decide-se no que está excluído, havendo indecisão sob o excluído. Na violência pura o direito é afastado (Revolução que desativa e depõe o direito) – deposição do Direito, no estado de exceção se tem a força de lei, em um espaço onde está em jogo uma força de lei sem lei, como se fosse um elemento místico. Ambos indeterminam em um momento, mas há contato como se dois jogadores se defrontassem no tabuleiro de xadrez da história e parecem mexer o mesmo peão (BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre mito e linguagem*. São Paulo: Editora 34, 2013).

⁶⁴⁴ João Botero introduziu a expressão “Razão de Estado” como um título de um livro (*Delia recigiu di Stato*, 1958), designando os meios aptos a fundar, conservar e ampliar o Estado (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2017. p. 830).

⁶⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. São Paulo: Vozes, 2016. p. 53.

⁶⁴⁶ Gunther Teubner classifica como uma espécie de fuga de Habermas e Foucault ao paradoxo o recurso à intersubjetividade, ao consenso e ao poder. Ambos os pensamentos estão alicerçados em substituir o sujeito autônomo por processos comunicativos. Em Habermas, o sujeito epistêmico é substituído pelo consenso e Foucault coloca o indivíduo como uma construção do poder-discurso (TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Lima: EIRL, 2005. p. 29-33).

informação infinita em finita; uma complexidade indeterminada em uma complexidade determinada⁶⁴⁷.

A consequência é um construtivismo que assume que todo conhecimento é

[...] uma construção interna de um mundo exterior [...] uma construção interna da unidade cognoscente; e toda prova do procedimento que pretenda examinar a validade das construções internas em relação com a realidade externa é apenas uma comparação interna de diferentes construções do mundo⁶⁴⁸.

O Direito, em Teubner, aparece como indeterminado. O fechamento e a abertura acontecem, do ponto de vista epistemológico, pela autopoiese que se realiza no hiperciclo, tendo a comunicação como base da construção da realidade, pois a autopoiese se pauta exclusivamente nela. Com a autopoiese, a circularidade deixa de ser vista como um problema de erro de pensamento e passa a ser interpretada como um problema da *práxis* jurídica e suas relações com as variantes da realidade jurídica.

É da Química⁶⁴⁹ que Gunther Teubner transporta o conceito de “hiperciclo” ou “ultracíclico”, para assegurar que a clausura autorreferencial ocorra sempre que complexos processos sistêmicos conduzam, de forma hipercíclica, à produção de suas próprias condições originárias de produção, tornando-se, assim, independente de seu entorno⁶⁵⁰. São regras imanentes do funcionamento do sistema que o tornam autorreferente⁶⁵¹. Com o hiperciclo se afirma a posição de que Direito é Direito e que este se mantém de forma autônoma frente aos outros subsistemas, embora suas interconexões ocorram de diversas formas, como pelas irritações sistêmicas e pelos acoplamentos estruturais. O hiperciclo demonstra, ainda, uma mudança substantiva na constituição e no desenvolvimento do Direito, aproximando-se mais da versão da sociedade atual embalada pelo Ciberespaço. Porém, a escolha do hiperciclo não deixa de considerar as visões peculiares sobre o tema, como a de Márcio Pugliese que prefere

⁶⁴⁷ LUHMANN, Niklas. Autopoiesis als soziologischer Begriff. In: HAFERKAMP, Hans; SCHMID, Michael (ed.). *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung*. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme. Frankfurt: Suhrkamp, 1987. p. 320; The third question: the creative use of paradoxes in law and legal theory. *Journal Law and Society*, n. 15, p. 153, 1988; TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 24.

⁶⁴⁸ TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Lima: EIRL, 2005. p. 37.

⁶⁴⁹ Da Teoria dos Hiperciclos – Rede de Reações Cíclicas de Manfred Eigen e Schuster.

⁶⁵⁰ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 33.

⁶⁵¹ Teubner traz distinções entre autopoiese e autorreferência, considerando a autorreferência como um conceito que abrange todas as formas possíveis de circularidade e recursividade pelas quais o sistema se relaciona consigo mesmo, englobando, desse modo, os fenômenos como causalidade circular, *feedback*, reenvio, autorregulação, autocatálise, auto-observação, criação espontânea da ordem e autorreprodução.

pensar que a produção normativa represente os interesses dos que podem prometer e, portanto que não há como se prescindir do político confronto de vontades para a produção de novas normas e, isso, além de transdisciplinar e envolvendo múltiplos subsistemas da sociedade e, por isso mesmo, socio-historicamente determinado pela sociedade e vinculado aos seus conflitos – necessita do agir humano e repousa sobre essa conflitividade que se resolve na politização dos discursos – incluso o normativo⁶⁵².

4.3.1 A comunicação jurídica

Na Teoria de Sistemas de Niklas Luhmann, os sistemas sociais são compostos de comunicação que não possuem nenhuma especialização, ou seja, são comunicações sociais gerais. Se o sistema social é composto de comunicação, Teubner perquire que deva existir um tipo de comunicação especializado para cada subsistema ou sistema de segundo grau.

Assim, primeiramente, o Direito processa autonomamente informação, criando mundos de sentidos, fixando objetivos e finalidades, construindo realidades e definindo as expectativas normativas, independentemente da construção do mundo que existe na cabeça dos juristas. O Direito é comunicação, nada mais que comunicação⁶⁵³.

O elemento constitutivo do Direito, diferentemente do que foi dito por Luhmann, não pode ser as comunicações sociais gerais, mas, como um sistema de segundo grau, o Direito deve possuir distinção-diferenciação do sistema de primeiro grau, necessitando formar elementos próprios para se constituir, ou seja, a comunicação jurídica.

O Direito surge não mais como um conjunto de normas que se restringiria à ação individual. Dessa forma, deixa-se de lado a questão de o Direito estar composto de legisladores ou suas vontades, instituições. O Direito está composto de comunicações jurídicas definidas pela síntese das três seleções (informação, participação e compreensão), que estão relacionadas entre si, formando uma rede de operações, conexões. Mediante o recurso da recursividade, as comunicações referem-se aos resultados anteriores.

Os elementos do subsistema do Direito que permitem sua especialização e autonomia surgem com a formação da ideia de ato jurídico, o qual, como comunicação jurídica, abriu caminho para que o Direito pudesse produzir seus elementos.

A partir do ato jurídico e da possibilidade de criação de novas comunicações no sistema jurídico, surgem novas comunicações. Assim, outros elementos próprios do Direito podem

⁶⁵² PUGLIESI, Márcio. *Filosofia e Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista*. No prelo. p. 885.

⁶⁵³ TEUBNER, Gunther. El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho. *Revista Doxa*, n. 25, p. 533-571, 2002.

constituí-lo – ações, normas, procedimentos, limites, identidade –, os quais, de forma circular e ligados entre si, compõem a realidade jurídica.

As comunicações jurídicas versam sobre temas que podem ter influência do entorno, mas, internamente, as normas sociais, por exemplo, não podem se identificar com normas jurídicas, devendo haver uma seleção (ato jurídico) judicial ou legislativa (normas secundárias). Os processos de heterorreferências por meio externo são eliminados pelas autorreferências internas.

As comunicações jurídicas – como instrumentos de cognição – possibilitam que o Direito veja o mundo sem penetrar no mundo externo do sistema, mas apenas praticando maior comunicação. Outrossim, o Direito não recebe mensagens do mundo externo, processando em seu mundo jurídico e devolvendo para o mundo externo (*input* e *output*); o mundo externo não constrói o Direito, mas há uma construção do mundo exterior para o Direito⁶⁵⁴.

A realidade, segundo Luhmann, possui, independentemente do conhecimento humano, uma estrutura circular⁶⁵⁵, de maneira que, para Teubner, a realidade do Direito não se estrutura apenas pelo pensamento, mas pelo próprio Direito.

O mundo psíquico dos juristas e de outros sujeitos ou pessoas também não acessa o sistema jurídico de forma direta, ocorrendo perturbações. O Direito constrói sua ordem interna e o sentido do mundo jurídico.

O mundo jurídico está repleto de pessoas (demandantes, juízes, advogados, partes, pessoas jurídicas), mas são seres criados pelo Direito. Entretanto, os seres humanos como sistemas psíquicos mantêm a autopoiese e, agora, se está diante de uma multiplicidade de cognições (comunicações sociais e consciência individual), sendo os atores sociais também realidades construídas.

Portanto, o Direito não é construído pela consciência dos juristas ou pelos seus operadores, é produto de uma realidade constituída pela comunicação jurídica autorrealizada. A realidade jurídica é construção social própria do jogo comunicativo-jurídico.

4.3.2 Autorreferência, autorreprodução, autodescrição e auto-observação

A compreensão da autopoiese passa pelo entendimento de alguns processos, como a autorreferência, a autorreprodução, a autodescrição e a auto-observação. Primeiramente, a

⁶⁵⁴ TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Lima: EIRL, 2005. p. 43.

⁶⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. São Paulo: Vozes, 2016.

autorreferência somente é possível quando um subsistema ou sistema de segundo grau mantém elementos e códigos próprios.

Não é possível pensar em autorreprodução e autopoiese sem a autorreferência, que se faz possível pela distinção de seus códigos dos códigos de outros subsistemas (legal-ilegal). A autorreferência como um termo geral abrange a circularidade e a recursividade, fazendo com que uma unidade se refira a si mesma. A distinção acaba conduzindo à validade e à ideia de se valer igualmente para si, de dobrar-se em si próprio. Na auto-observação, realiza-se uma distinção de si mesmo, como uma observação da observação de si mesmo, como se houvesse uma auto-observação sistêmica das próprias expectativas – uma reflexão –, uma comunicação reflexiva. É a auto-observação da comunicação que permite a distinção de uma unidade em relação a outra, como um momento operativo da autopoiese.

As quatro variações dos fenômenos dos autos não se relacionam apenas com o sistema, mas com seus componentes (elementos, processos, estruturas). Assim, a indicação da autonomia do sistema passa pela autoconstituição autônoma de seus componentes. Na autoprodução, por exemplo, todos os componentes do sistema mantêm uma relação recíproca entre si.

Dessa forma, a autonomia passará pela autodescrição não apenas de um elemento, mas de todos os componentes. Diferentemente da comunicação geral, na comunicação especializada, no sistema de segunda ordem, a autodescrição é uma forma acentuada de aumento de autonomia.

A autonomia do subsistema ocorre com a autoconstituição dos componentes e suas ligações hipercíclicas, havendo em ambas as fases autorreferência parcial. O subsistema não precisa se dobrar em si como um todo, mas pode trabalhar com simplificações compactadas.

A constituição autorreferencial dos componentes do subsistema deve decorrer de maneira que os elementos, as estruturas e os procedimentos sejam simplificados pelas comunicações especializadas e os componentes operacionalmente a simplificação. Temos como exemplo os processos de tomada de decisão organizacional, o processo legislativo, o processo judicial e o processo de negociação.

Diferentemente de Luhmann, Teubner concebe graus de autonomia⁶⁵⁶, de modo que o sistema jurídico produz os seus próprios elementos, atos jurídicos, normas, procedimento e dogmática. Teubner descreve três graus de realidade da autonomia do Direito.

⁶⁵⁶ Marcelo Neves questiona como se podem resolver os conflitos entre os três tipos de sistemas de Direito e explica que a resposta de Teubner é o conceito de Direito intersistêmico de colisão: “el conflicto entre orden jurídico estatal y órdenes sociales plurales cuasi-jurídicos” (o conflito entre ordem estatal e ordens sociais plurais

O primeiro grau é o *direito socialmente difuso*, sendo heteroproduzido, com referência a fatores externos. As comunicações do subsistema (elementos, estruturas, procedimentos, dogmática) são idênticas à comunicação geral. É difícil diferenciar a comunicação ali ocorrida de outras comunicações normativas, como normas de conduta social. As comunicações que situam as resoluções de conflitos, por exemplo, podem ser confundidas com as dos processos jurídicos; as comunicações das ações se confundem com as dos atos jurídicos; a norma social se confunde com as normas jurídicas. A reprodução dos componentes é feita sem diferenciação jurídica, simplesmente como conflito (processo), ação (elemento), norma social (estrutura) e imagem do mundo (identidade)⁶⁵⁷.

O segundo grau, *direito parcialmente autônomo*, é atingido quando um ou mais componentes do sistema jurídico se autonomizam por meio da autodescrição e da autoconstituição em relação ao sistema social geral. A comunicação jurídica define os componentes do sistema e a forma como eles são utilizados operacionalmente. Teubner exemplifica a situação com as “regras secundárias” de Herbert Hart.

Assim, somente se poderia falar em Direito quando “regras primárias” são “ultrapassadas e reguladas por normas secundárias de identificação e processualização”⁶⁵⁸. O coração do sistema jurídico seria a estrutura das regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento⁶⁵⁹.

As comunicações jurídicas passam a regular as comunicações, desenvolvendo estruturas e controlando o processo de seleção das estruturas, como um círculo autorreferencial com a autodescrição das estruturas jurídicas. As regras secundárias marcam um importante desenvolvimento do Direito.

A autodescrição traça um importante caminho para a autopoiese. Aqui, os componentes, como o procedimento jurídico, o ato jurídico, a norma jurídica e a dogmática, se reproduzem entre si, não havendo nenhum entrelaçamento entre eles. Luhmann considerou que, com a constituição do ato jurídico, se torna possível a realização da autopoiese do Direito; já em Teubner, é necessário um mecanismo de circularidade, como se os componentes se conectassem em rede.

quase jurídicas) (NEVES, Marcelo. De la autopoiesis a la alopoiesis del derecho. *Revista Doxa*, n. 19, p. 403-420, 1996).

⁶⁵⁷ *Ibidem*.

⁶⁵⁸ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 81.

⁶⁵⁹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 107.

Em seu terceiro grau, *Direito autopoietico*, o Direito começa a ter vida própria, autonomizando-se do sistema social, quando as

[...] normas jurídicas tornam-se numa espécie de abreviaturas ou cristalizações semânticas dos valores sociais subjacentes, que, todavia, se vão liberando simultaneamente desses mesmos valores, o primeiro nem sempre refletindo as necessidades da segunda, e autonomizando-se vezes a ponto de se tornar possível transplantar ordens jurídicas em bloco para contextos sociais completamente diversos⁶⁶⁰.

O processo de autonomia e autoconstituição do sistema ocorre com a manutenção da auto-observação deste. É nesse momento que o sistema, incorporando e utilizando a auto-observação de forma operativa no sistema, pode se autoconstituir e manter sua articulação do hiperciclo.

No caso do Direito, a autonomia é possível por atos jurídicos, normas, procedimentos, dogmática, e esses componentes se reproduzem. Logo, normas jurídicas são produzidas por atos jurídicos – uma decisão ou um estatuto interno de uma organização. No *common law* se mantém um reconhecimento das tradições e dos costumes quando se passa por um ato jurídico constitutivo. Os novos elementos são produzidos pelos próprios elementos do sistema em rede.

O que importa para a Teoria do Direito Autopoietico é entender se as normas são autorreferencialmente constituídas, formais, eliminando as heterorreferências do entorno em favor de sua autorreferência. Quando o critério de identificação das normas jurídicas tem como referência apenas os componentes internos do próprio Direito, este é capaz de se autoconstituir. As normas jurídicas têm como referência apenas os componentes internos do próprio Direito, ou seja, o Direito é capaz de se autoconstituir.

O Direito autodetermina-se, mantém a validade⁶⁶¹ de suas normas e define a relevância jurídica de um fato. Ao garantir sua autonomia, o Direito cria suas próprias regras em um

⁶⁶⁰ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 83.

⁶⁶¹ Sob o enfoque da pragmática, a teoria da norma de Tercio Sampaio parte da norma como uma forma de comunicação. A comunicação normativa produz uma mensagem com conteúdo (é proibido...) e de forma simultânea se realiza outra mensagem (é uma ordem) e, nova e simultaneamente, outra mensagem referente à perlocução (no caso: isto é uma ordem). De acordo com Tercio Sampaio, quando uma possível desconfirmação da parte do sujeito é por sua vez desconfirmada pela autoridade, que a ignora como desconfirmação e a toma como simples negação, dizemos que a norma ou a comunicação normativa é válida. Para ser válida, porém, é preciso que a relação de autoridade esteja de antemão imunizada, isto é, é preciso que a autoridade esteja imune contra a possível desconfirmação do sujeito. Essa imunização se funda em outra instância, o que decorre da própria noção de autoridade. Afinal, nenhuma autoridade é autoridade em si, mas em razão de algum fundamento (reconhecimento social, inspiração divina etc.). A imunização de uma norma jurídica repousa em outra norma. Portanto, uma norma é válida se imunizada por outra norma. Validade expressa, pois, uma relação de imunização (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Forense, 2009. p. 144).

processo de validação interno e seus próprios institutos jurídicos. Esse processo de organização é estável e circular, protegido do entorno.

Ao mesmo tempo, o sistema mantém não apenas a autopoeise, mas também se reproduz e é o próprio ciclo de autoprodução que o alimenta⁶⁶². No entanto, a autopoiese torna-se possível quando a autorreprodução e a autodescrição de segundo grau coincidem, garantindo sua própria produção – hiperciclo.

A autonomia recursiva, em um processo autorreferencial, conduz o sistema a referir-se a si mesmo, o que abrange os subciclos e subcírculos. Ao se referir a si mesmo, o Direito o faz pelas suas próprias regras imanentes de funcionamento. São as regras próprias do sistema que permitem que ele seja autorreferencial. Contudo, não se fortalece a autorreferência de um componente do sistema, mas ocorre a conexão cíclica entre os diferentes componentes. Os componentes do sistema constituídos autorreferencialmente estão interligados de forma que os elementos produzam estruturas, e vice-versa.

A autorreferência e a autopoeise somente são possíveis caso ocorra um movimento de autodescrição do sistema que funcione como um programa de orientação interno, organizando-o de maneira que as operações correspondam à autodescrição, existindo uma funcionalidade interna entre a autodescrição e as operações do sistema.

É na autodescrição que ocorre a estabilização do sistema, visto que apenas com aquela se torna possível a seleção. Por meio dela, o Direito se auto-observa, influenciando suas operações para além da articulação e da repetição, mas construindo novas operações.

A clausura autorreferencial do Direito é possível quando os complexos processos internos conduzem de forma hipercíclica à reprodução de suas condições originárias de produção, o que torna o Direito diferenciado e independente de seu entorno. Ao se organizar por hiperciclos, o sistema mantém sua clausura organizacional, dado seu caráter fechado, circular e recursivo, que coincide com a autorreferência. A auto-organização do sistema somente é possível com a interação de seus elementos.

Além de se autorreproduzir e ser autorreferencial, o Direito se autorregula, não apenas construindo e estabilizando suas estruturas, mas alterando-se pelos seus próprios critérios, suas próprias regras e seus próprios procedimentos⁶⁶³.

⁶⁶² TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 33.

⁶⁶³ Niklas Luhmann considera que os procedimentos são sistemas sociais que possuem função específica e, por essa razão, mantêm duração limitada. Além disso, reduzem a complexidade, por meio das estruturas – generalização de expectativas (normas jurídicas e outras normas de prática social) –, isso porque orientam e limitam as comunicações, os temas dos participantes. Ao mesmo tempo, as regras dão certa autonomia ao procedimento, reduzindo a atuação das partes. A complexidade também é reduzida por meio “das decisões

Com a autorregulação e a autodescrição, pode-se falar em um Direito reflexivo (teoria do Direito). Daqui se tematizam as condições sociais vigentes do Direito, retirando suas consequências práticas⁶⁶⁴. A influência de outros sistemas não está excluída do Direito, mas sua repercussão está na forma como se extraem desses sistemas seus fluxos comunicacionais.

Com o direito reflexivo, o Direito tem a função de integrar e coordenar os sistemas diferenciados e, assim, fragmentados. As sociedades diferenciadas funcionalmente traduzem a necessidade de diferenciação entre os ramos do direito internacional, do direito comercial e dos direitos humanos. Entretanto, não há relação de centralidade e superioridade entre os subsistemas.

O Direito reflexivo tenta superar os limites do formalismo racional e da racionalidade jurídica material para sensibilizar a relação do Direito com o contexto social, mas mantendo a autonomia do Direito. O Direito reflexivo regularia o contexto social autônomo, sempre respeitando a dinâmica própria e dos demais subsistemas, e as restrições manteriam as possibilidades e funcionariam para cada sistema como “regras do contexto”⁶⁶⁵.

A autoprodução do Direito ocorre na medida em que se extrai fluxo ou sequência de eventos de novas unidades comunicacionais, que se articulam de forma seletiva com os elementos de sua própria estrutura. Como um jogo, a sequência de eventos de movimentos é organizada pelo próprio fluxo, que extrai outros movimentos, os quais produzem mais movimentos, abrindo um número de movimentos possíveis.

A autoprodução é a constituição da unidade básica do movimento. Na autoprodução do Direito, as regras não são fixas. Em razão da autorregulação do Direito, pode existir alteração estrutural dinâmica⁶⁶⁶. A dinâmica dessa autorregulação do Direito foi comparada no ensaio de Hofstadter, denominado “Nomic: a Self-Modifying Game Based on Reflexivity of Law”⁶⁶⁷. O jogo denominado Nomic foi desenvolvido em 1982 pelo filósofo Peter Suber. Os jogadores podiam mudar suas regras por meio de um sistema democrático de votação. A palavra *nomic* vem do grego *nómos* e significa “norma”.

seletivas dos participantes, que eliminam as alternativas, reduzem a complexidade, absorvem a incerteza ou transformam a complexidade indeterminada de todas as probabilidades numa problemática determinável e compreensível”. Os procedimentos são considerados sistemas parciais de um sistema maior (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980. p. 125).

⁶⁶⁴ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 43.

⁶⁶⁵ NEVES, Marcelo. De la autopoiesis a la alopoiesis del derecho. *Revista Doxa*, n. 19, p. 403-420, 1996.

⁶⁶⁶ TEUBNER, Gunther. *Op. cit.*, p. 47.

⁶⁶⁷ HOFSTADTER, Douglas R. Nomic: a self-modifying game based on reflexivity of law. *Metamagical Themas*, New York, v. 246, n. 6, p. 70 e ss., 1982.

O Direito, segundo Hofstadter, configura um sistema autorregulado, “um conjunto de sistemas, diretivas e processos sujeitos permanentemente a uma alteração de acordo com certas regras” ditadas pelo próprio Direito. O jogo de mudança e transformação e a manutenção como regra de um “direito novo” são considerados um jogo sem fim⁶⁶⁸.

4.3.3 Hiperciclo: o jogo da vida

Das teorias da origem da vida, a ideia de hiperciclo é desenvolvida por Manfred Eigen e Peter Schuster, prêmios Nobel de Química 1967, com ciclos e vários elos de realimentação (catalisação) formados por enzimas capazes de autorreprodução e evolução.

Esses processos são realizados por espécies de RNA (ácido ribonucleico) – chave do processo da vida – que atuam como catalisadores dos processos metabólicos. São duas funções importantes e cruciais da célula viva, como o fluxo de informações e as atividades catalíticas (auxiliares) em um tipo de molécula (mundo do RNA). O sinal de vida seria verificável quando a autorreplicação das proteínas realiza a interação⁶⁶⁹.

Os processos ocorrem como uma organização contínua em processos químicos sempre fora do equilíbrio, e os hiperciclos realizam a realimentação como uma rede de reações cíclicas. Os elementos do sistema vão replicando e auxiliam a cada segmento, até que se chegue ao último.

Na evolução do hiperciclo, há constante instabilidade que conduz as formas de organização. Os elementos externos causam uma espécie de interferência interativa e instabilidade, o que obriga o hiperciclo a absorver a interferência para se estabilizar e realizar a autoprodução e a auto-organização⁶⁷⁰.

A proposta do hiperciclo foi desenvolvida para encontrar um caminho para o seguinte paradoxo: se os sistemas vivos possuem uma variedade de catalisadores (enzimas) e genomas para identificá-los, na origem da vida isso não pode ter sido assim, pois uma variedade de enzimas específicas requer uma vastidão de genoma que, por sua vez, a exatidão na replicação requer enzimas específicas.

⁶⁶⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 91.

⁶⁶⁹ Capra considera que essas ideias são apenas hipóteses e, citando resposta de Pier Luigi Luisi, conclui que: “Está claro que o processo que conduz à vida é um processo contínuo, o que nos torna muito difícil a tarefa de dar uma definição inequívoca à ideia de vida” (CAPRA, Fritjof. *As conexões para uma vida sustentável*. São Paulo: Cultrix, 2002. p. 24-25).

⁶⁷⁰ MANFRED, Eigen; SCHUSTER, Peter. The Hipercycle. A principle of natural Self Organization. *Die Naturwissenschaften*, n. 64, 1977.

No hiperciclo, a molécula que porta a informação específica para a formação de uma enzima auxilia na replicação de outra molécula, fechando o ciclo⁶⁷¹. São reações não lineares que ajudam a completar a sinergia (auto-organização) da vida. O hiperciclo pode ser considerado um sistema em que cada elemento é um replicador e de uma certa forma acelera a replicação do próximo elemento, e assim sucessivamente, até fechar o ciclo – como um sistema de rede interativo e permanente. As interferências externas realizadas de forma interativa causam instabilidade, mas o hiperciclo se equilibra e absorve a interferência, lidando e adaptando-se a ela.

Os hiperciclos aparecem como parte do jogo da vida, sua rede de reações não lineares recebe interferências externas e no desequilíbrio se reequilibra, formando a auto-organização. Afinal, o jogo é título de uma das obras de Manfred Eigen, em que o cientista, lembrando uma frase de Einstein, de que “Deus não joga dados com o universo”, acrescenta que “nós temos que jogar os dados para perceber o jogo de Deus”. O jogo sempre mistura o acaso com as regras que se interpenetram, conduzindo a um resultado esperado ou inesperado. Esse jogo da evolução e da busca do início da vida encontra sua gênese nas criações intelectuais humanas⁶⁷².

O hiperciclo conduz a uma explicação das reações em redes não lineares e que podem ser desequilibradas por interferências do externo, que consegue o equilíbrio interno por seus próprios movimentos cíclicos. No Direito, o hiperciclo explica como o Direito se mantém vivo, por uma conexão com a realidade exterior ao seu sistema (entorno), mas não se desconecta de sua realidade jurídica.

4.3.4 A autopoiese no Direito por seus hiperciclos

O hiperciclo no Direito faz com que ele continue a ser um sistema autopoietico, mas a autopoiese aqui se distingue do conceito dos criadores da expressão (Maturana e Varela), pois nessa concepção não só os elementos se autorreproduzem, mas também todos os componentes do sistema, tais como elementos e estruturas. Na articulação do hiperciclo, não só os atos jurídicos, mas também os demais componentes (normas, procedimento, dogmática) se autorreproduzem.

⁶⁷¹ CÁRDENAS, María Luz; PIEDRAFITA, Gabriel; ATHEL, Francisco Montero. ¿Qué es la vida? *Revista Del Congreso FEBS en Madrid*, SEBBM, n. 175, mar. 2013.

⁶⁷² EIGEN, Manfred; WINKLER, Ruthild. *O jogo: as leis naturais que regulam o acaso*. Tradução e prefácio Carlos Fiolhais. Lisboa: Gradiva, 1989.

A autopoiese do Direito pressupõe a autoprodução de todos os seus componentes, a automanutenção dos ciclos de autorreprodução, por meio da articulação do hiperciclo, e a autodescrição como forma de regulação da autorreprodução. Em Luhmann, a autopoiese acontece em três momentos interdependentes (autorreferência elemental, reflexibilidade e reflexão). Em Luhmann há “reflexividade se essa reentrada no processo estiver articulada com os meios do processo”. Assim, segundo Marcelo Neves, a reflexividade, como mecanismo dentro de um sistema autopoietico, implica que o processo referente e o referido processo sejam estruturados pelo mesmo código binário e que, juntamente com isso, os critérios e programas do primeiro reapareçam em parte no último⁶⁷³.

No modelo proposto por Teubner, a autopoiese ocorre quando há um enlace hipercíclico de elementos, procedimento, estrutura e identidade. Marcelo Neves não enxerga contradições entre o modelo de Luhmann e Teubner, pois Luhmann simplesmente desenhou um modelo de uma forma mínima de autopoiese⁶⁷⁴.

O Direito, assim, é um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, como sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo⁶⁷⁵. É o hiperciclo que garante a estabilidade do sistema, tornando a produção dos componentes do sistema mais independente do meio e assegurando a circularidade recíproca da produção do sistema.

Os procedimentos e a dogmática são relações hipercíclicas da relação entre norma e decisão, controlando, deste modo, a autorreprodução do Direito. As autodescrições e autoconstituições dos componentes do sistema criam os pré-requisitos necessários para o encadeamento hipercíclico; a produção real de comunicações jurídicas pode começar por meio de comunicações jurídicas através da rede de expectativas jurídicas, controladas pela dogmática e pelo procedimento.

A partir dos fluxos de comunicação, os elementos vão se especializando e ocorrem várias fases de autonomia do Direito, mas apenas na terceira e última fase, quando o sistema se torna autopoietico, é que os componentes (procedimentos, atos jurídicos, positividade, normas, doutrinas) articulam entre si um hiperciclo, operando de forma diferenciada, porém complementar. A articulação hipercíclica entre os elementos e as estruturas, como produção recíproca de atos e normas, constitui o traço do Direito moderno.

⁶⁷³ NEVES, Marcelo. De la autopoiesis a la alopoiesis del derecho. *Revista Doxa*, n. 19, p. 403-420, 1996.

⁶⁷⁴ *Ibidem*.

⁶⁷⁵ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 53.

É por meio do hiperciclo interno que o Direito consegue manter uma resposta adequada ao seu entorno, tendo fases funcionais, o que representa o circuito interno. A primeira é caracterizada pelas estruturas administrativas (seleção); a segunda, pela variação da legislação; a terceira, pela estabilização dos procedimentos judiciais (jurisprudência); e, por fim, as estruturas dogmáticas conceituais de autorrepresentação (doutrina). É a articulação desses elementos no hiperciclo que faz com que o Direito assegure uma resposta para o seu entorno⁶⁷⁶.

As comunicações jurídicas compostas por atos jurídicos (elemento), normas (estrutura), procedimentos (processos-jurisprudência) e dogmática (identidade) devem manter a autorreferência e uma interconexão cíclica de forma que os atos apropriados para autopoiese, constituídos pela dogmática, não encontrem seu cumprimento em si mesmos, mas se refiram a futuros atos e, em virtude de seus significados em última análise, remetam aos atos passados.

A dogmática mantém a diferenciação do sistema – a sua identidade – e os conceitos servem para deixar arejada a reflexão e, com ela, se multiplicam as dificuldades, principalmente de decisão⁶⁷⁷, pois aumentam as possibilidades. Contudo, sem a dogmática, nem sequer haveria a possibilidade de eleição⁶⁷⁸. Ela desenvolve a função de um “serviço” para o reconhecimento da juridicidade, delimitando as fronteiras. As normas, por sua vez, surgem dos atos.

A constituição dos atos mantém em uma fórmula um reflexo das expectativas jurídicas. Por vezes são definidos de formas diferentes e muitas vezes estão entre comportamentos conforme a lei em oposição aos espaços sem lei. Quando um ato jurídico é juridicamente relevante, há realmente uma mudança significativa na situação do Direito, pois é possível falar em mudanças na estrutura.

A articulação em combinação hipercíclica do ato jurídico (elemento) e da norma (estrutura) com conexões aos outros componentes (relação circulante regra-decisão) é uma característica do direito moderno. A validade do Direito é reafirmada no procedimento e na identidade, que estão interligados aos demais componentes e relacionados de forma hipercíclica. A produção real dessas comunicações mantém uma conexão com as expectativas jurídicas que estão conectadas pela doutrina e pelos procedimentos⁶⁷⁹.

⁶⁷⁶ FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Sousa. Autopoiese. *Enciclopédia jurídica da PUCSP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 6.

⁶⁷⁷ “[...] decisão implica ruptura de um processo, de uma sucessão de atos conjugados que, por sua vez, exigiram outras decisões” (PUGLIESI, Márcio. *Filosofia e Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista*. No prelo. p. 687).

⁶⁷⁸ LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018. p. 41.

⁶⁷⁹ TEUBNER, Gunther. Hyperzyklus in Recht und Organisation Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese. In: *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung*. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme. Frankfurt: Suhrkamp, 1987, p. 89-128. In: *Selbstorganisation – Aspekte einer wissenschaftlichen Revolution*. Braunschweig, Vieweg, 1989, p. 231-256.

Quando o sistema cria precondições para a articulação hipercíclica, autodescrevendo-se e autoproduzindo-se, a comunicação jurídica é gerada por si mesma e por meio de uma rede de expectativas jurídicas, controlada pela doutrina e pelo processo⁶⁸⁰. O Direito consegue, desse modo, manter-se autorreferencial e responder às irritações de seu entorno, conservando-se dinâmico em um processo heterorreferencial, que faz com que o Direito não perca sua conexão com os demais subsistemas.

4.3.5 Um direito vivo

O jurista e sociólogo Eugen Ehrlich (1862-1922), no século XX, concebe o Direito por meio de um esquema epistemológico, no qual o caráter científico é constatado na separação da doutrina prática do Direito (doutrina prática para aplicação judicial do Direito), e o puro conhecimento do Direito se dá pelos fatos jurídicos do presente e do passado.

O objetivo é a descrição e a explicação causal das instituições mediante o conhecimento puro de fatos sociais para esclarecer a distinção entre conhecimento prático e conhecimento teórico (científico)⁶⁸¹. Ehrlich considerava que o estudo epistemológico do Direito deveria usar o caminho da sociologia⁶⁸²⁻⁶⁸³.

O estudo do Direito deve ser feito a partir da constatação de que este é um fenômeno social. Sob esse prisma, o Direito não pode ser entendido como uma entidade fora da realidade da sociedade. É a sociologia do Direito uma ciência pura do Direito, pois exclui toda a aplicação prática, tanto a que ocorre na dogmática ou na jurisprudência quanto aquela que se produz na política jurídica. A pureza aqui é no sentido teórico. A sociologia do Direito é para o autor única

⁶⁸⁰ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 88.

⁶⁸¹ A Sociologia estabelece uma diferenciação entre a forma de abordagem do modelo jurisprudencial e o sociológico, conforme quadro a seguir, elaborado por Donald Black (LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 728).

	Modelo Jurisprudencial	Modelo Sociológico
Foco	Regras	Estrutura Social
Processo	Lógico	Comportamento
Contexto	Universal	Variável
Perspectiva	Participante	Observadora
Propósito	Prático	Científico
Objetivo	Decisão	Explicação

⁶⁸² EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Tradução René Ernani Gertz. Brasília: UnB, 1986.

⁶⁸³ *Ibidem*.

e verdadeira ciência do Direito, mas, como toda ciência, ela tem a sua aplicação. Algumas de suas aplicações estão dirigidas à dogmática⁶⁸⁴.

No artigo “Gesetz und lebendes Recht” (Lei e Direito Vivo)⁶⁸⁵, publicado em 1920⁶⁸⁶, Ehrlich demonstra a dualidade entre o direito que está escrito nos artigos das leis e códigos e o direito realmente vivido na sociedade. O título do artigo reflete a contraposição do binômio conceitual “lei e direito vivo”.

No artigo, o autor demonstra como ocorre o fenômeno, verificando os pontos de tensão entre a introdução de uma lei oriunda de um país para outro cujos costumes são totalmente singulares. O objeto do estudo foi a tensão causada pela transposição do direito escrito da Alemanha para o ordenamento jurídico do Japão. O autor demonstra como o direito alienígena causa uma tensão diante dos costumes, da constituição social e da economia que são elementos próprios de um povo.

Porém, a tensão não ocorre apenas na transposição de um ordenamento a outro, mas o próprio processo de desenvolvimento do Direito no ocidente demonstra a ocorrência da tensão entre o binômio lei e direito vivo, não sendo, nas palavras de Ehrlich, razoável “*querer colocar todo o direito vivo de um povo ou de um país nos parágrafos de um código, [pois] é quase irrazoável como querer colocar a correnteza de um rio em uma lagoa: as águas que são introduzidas deixam de ser corrente viva e se transformam em águas mortas e muito da corrente não chega a entrar*”⁶⁸⁷.

O direito vivo ou direito vivido (Lebendes Recht) é o que de fato a sociedade vive. É um conjunto de normas⁶⁸⁸ que os homens consideram obrigatórias em sua convivência social, de acordo com as quais orientam normalmente o seu comportamento, sendo um transformador social das leis e dos códigos, às vezes situado à margem da lei⁶⁸⁹. “Uma coisa é o que prescrevem as leis e outra é o que acontece”⁶⁹⁰.

⁶⁸⁴ ROBLES, Gregorio. *Ley e derecho vivo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 30.

⁶⁸⁵ “Lei e Direito Vivo” (tradução livre) é um artigo publicado em 1920 na *Revista Hogaku Koykai Zasshi*, em Tóquio. O artigo foi republicado em 1986, na obra *Gesetz und lebendes Recht: Vermischte kleinere Schriften*.

⁶⁸⁶ ROBLES, Gregorio. *Op. cit.*, p. 75.

⁶⁸⁷ *Ibidem*, p. 69.

⁶⁸⁸ Sobre a questão da norma e sua função no mundo do Direito, vale destacar a proposta da nova teoria da norma de Márcio Pugliese, em que a norma surge como um elemento que reduz a complexidade e a conflitividade no sistema social. O olhar é a partir de uma relação de compromisso entre aqueles que detém o poder e os dominados. O ato de delinquir é qualquer “procedimento que impeça o cumprimento da promessa. A punição está no impedimento de cumprir a promessa. Assim, a legitimidade dos “poderosos decorre do cumprimento das promessas postas pelo sistema normativo” (PUGLIESI, Márcio. *Filosofia e Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista*. No prelo. p. 835).

⁶⁸⁹ EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Tradução René Ernani Gertz. Brasília: UnB, 1986. p. 373 e ss.

⁶⁹⁰ ROBLES, Gregorio. *Op. cit.*, p. 76.

Neste capítulo, ao direito vivo atribui-se outro enfoque: uma perspectiva comunicacional. Dessa forma, não se aborda, como fez Ehrlich, uma perspectiva dos fatos sociais. O que torna o Direito um direito vivo⁶⁹¹, em uma perspectiva comunicacional, é o fenômeno da autopoiese e, conseqüentemente, o do hiperciclo. A criação e a recriação, a produção e a autoprodução do Direito ocorrem a partir de seus elementos estruturais e de seus componentes – comunicações jurídicas.

A comunicação presta ao Direito e à sociedade um dinamismo, pois não apenas os torna variáveis, como também ela própria o é, modificando-se “com as estruturas com que uma dada sociedade fixa sua comunicação sobre o Direito”⁶⁹².

A diferenciação do Direito é uma das garantias de sua autonomia perante os demais sistemas sociais, o que ocorre a partir da auto-observação e da autodescrição. A auto-observação é a capacidade de o sistema influenciar suas próprias operações, construindo as perspectivas para suas operações futuras.

A auto-observação adquire caráter estrutural no momento em que obtém continuidade temporal, “transmuta-se em autodescrição”⁶⁹³. Ambas as atividades, auto-observação e autodescrição, compõem a ordem cibernética de segundo grau⁶⁹⁴ (Von Foerster).

As autodescrições são da identidade; por exemplo, a doutrina representa essa ordem cibernética de segundo grau do Direito quando produz autodescrições das operações jurídicas primárias e das estruturas⁶⁹⁵. A autodescrição surge como uma regulação da autorreprodução.

A autopoiese que dinamiza o Direito⁶⁹⁶ somente é possível a partir da comunicação social, que é a comunicação jurídica, no sistema jurídico, e que não é isolada das outras comunicações de seu entorno, apenas diferenciada. Assim, em um sistema autopoietico, há processos jurídicos, atos jurídicos, positividade, normas jurídicas e doutrina. Todas essas comunicações jurídicas altamente especializadas articulam-se hiperciclicamente em um movimento continuado que permite a autoprodução, levando a modificações constantes em suas estruturas.

⁶⁹¹ ROBLES, Gregorio. *Ley e derecho vivo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 70.

⁶⁹² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 667.

⁶⁹³ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 41.

⁶⁹⁴ FOERSTER, Heinz von. *Las semillas de la cibernética: obras escogidas*. Barcelona: Gedisa, 1991. p. 89 e ss.

⁶⁹⁵ TEUBNER, Gunther. *Op. cit.*, p. 41.

⁶⁹⁶ Há três fases do Direito até a autopoiese: 1. Direito socialmente difuso – os elementos, estruturas, processos e limites do discurso jurídico são idênticos aos da comunicação social, ou determinados heteronomamente por ela; 2. Direito parcialmente autônomo – os discursos jurídicos começam a definir os seus elementos; e 3. O sistema é autopoietico quando os elementos são articulados entre si num hiperciclo.

Ao se tornar autopoietico, suas autodescrições permitem desenvolver e aplicar teorias de fontes jurídicas e, nesse contexto, as normas podem ser geradas por processos de criação jurídica endógena, mas com referências a operações jurídicas, pois os componentes sistêmicos produzem componentes sistêmicos, próprios da positividade.

As normas jurídicas que só podem ser produzidas por atos jurídicos definidos (leis, precedentes, decisões judiciais)⁶⁹⁷ no hiperciclo “perdem a posição estratégica que outrora ocuparam como elementos-chave do Direito”⁶⁹⁸. Assim:

A transformação decisiva não pode ser encontrada nas características inerentes às regras, mas na sua introdução constitutiva no contexto de diferentes discursos. As regras transformam-se em regras jurídicas assim que são referidas em atos comunicativos ao código binário direito/não-direito e produzem microvariações na estrutura jurídica⁶⁹⁹.

4.3.5.1 Uma aparente desordem

No Direito contemporâneo, a aparente desordem descortina-se pela ausência de um ordenamento hierarquizado. Da hierarquia aos estranhos anéis e círculos permitidos na autopoiese do hiperciclo do Direito. Na ideia piramidal se tem uma ordem hierarquicamente organizada, respeitável, não existindo uma razão válida para ser desrespeitada. A ordem é normativa com fontes precisas e com regularidade temporal e espacial⁷⁰⁰. De tradição romano-germânica, a ordem normativa ocidental encontra no Estado sua identificação e se mantém organizada em torno da lei.

No modelo tradicional piramidal, a estrutura de órgãos, suas normas estão sempre em grau de superioridade ou subordinação em relação umas às outras. O caráter de linearidade entre as autoridades e as normas permite que as relações sejam realizadas em diferentes níveis hierárquicos, produzindo um sentido que pode ser unívoco⁷⁰¹.

⁶⁹⁷ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 85.

⁶⁹⁸ “A sanção perde o seu papel tradicional como concepção central para a definição do direito, para a delimitação entre as esferas jurídica e social, e as esferas global e nacional. Naturalmente, esse conceito fora importante para a tradição: na teoria do direito, de Austin (*commands backed by sanctions*), no conceito de direito, de Max Weber (administração por uma equipe jurídica profissionalizada), na distinção de Ehrlich entre normas jurídicas e normas não jurídicas, e, finalmente, no behaviorismo da teoria jurídica de Geiger (alternativa obediência à norma/sanção). Porém, nos debates atuais, as sanções são percebidas mais no papel de um apoio simbólico da normatização. A realidade simbólica da vigência jurídica não é mais definida por intermédio de sanções” (*Idem. A bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. Impulso*, Piracicaba, v. 13, n. 33, p. 9-31, 2003. p. 1).

⁶⁹⁹ *Ibidem*.

⁷⁰⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 8 e ss.

⁷⁰¹ KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *¿De la pirámide a la red? Por una teoría dialéctica del derecho*. Tradução Oscar Enrique Torres. No prelo.

A multiplicidade de poderes, a diversidade de fontes criadoras de direito e a interação permanente de fontes e poderes fazem surgir uma aparente ideia de desordem. Tal ideia se intensifica com a variedade de Tribunais Internacionais de Justiça privada (arbitragem, mediação e conciliação). A ordem parece estar em desordem, com o incremento de não se encontrar razão ou lógica para permissão de um sistema de validade. Mas o que aconteceu para que ocorresse a desordem? O fenômeno da recursividade da hierarquia, com base em fontes precisas, começa a ser confrontado com outros modelos, havendo descontinuidade e alternância com o surgimento de inúmeras expressões, como pirâmides inacabáveis, hierarquias descontinuidas, hierarquia alternativa, hierarquia inversa, hierarquia entrelaçada⁷⁰².

Douglas R. Hofstadter substituiu a ideia de hierarquia pelas voltas estranhas e hierarquias entrelaçadas⁷⁰³, em que há multiplicidade de níveis, explicando, desse modo, o que seria o funcionamento da inteligência artificial. A memória, a unidade de cálculo e a tomada de decisão podem fazer com que a máquina altere o programa depositado nela? As regras inflexíveis podem se tornar flexíveis?

Em sua obra *Gödel, Escher, Bach: um entrelaçamento de gênios brilhantes*, o autor explora três personalidades – Gödel, Escher e Bach – e explica o que seriam as voltas estranhas e a hierarquia entrelaçada. No primeiro exemplo, o compositor e músico alemão Johann Sebastian Bach (1685-1750) usa o princípio da simetria para realizar uma espécie de ordem invertida. Com o descobrimento do piano forte no século XVIII, Bach o utiliza para compor a música “Oferenda Musical”, em razão do desafio proposto pelo Rei da Prússia Frederico, que consistia na composição de uma música com seis vozes.

A composição final de “Oferenda Musical” mantém, em sua partitura, uma simetria de trás para frente e vice-versa. Na metade da partitura parece haver um espelho, assim, a segunda metade da partitura parece um reflexo de sua primeira metade. O fim da composição é constituída pelo começo de forma praticamente imperceptível, não se perdendo a harmonia. Assim, as notas do início são as mesmas notas do fim, a ordem é invertida em um processo de contínua repetição.

O outro personagem usado por Hofstadter é Maurits Cornelis Escher (1898-1972), artista gráfico holandês que usa a simetria em suas obras. Na obra *Mãos de Escher*, uma mão desenha a outra, em algo que se contém. Dentro desse conceito há a ideia de infinito, pois o que

⁷⁰² DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 85 e ss.

⁷⁰³ HOFSTADTER, Douglas. *Gödel, Escher, Bach: um entrelaçamento de gênios brilhantes*. Brasília: UnB, 2001.

seria uma “volta, senão uma maneira de representar um processo sem fim de modo infinito”⁷⁰⁴. Por fim, o austríaco e matemático Kurt Gödel (1908-1978) propõe o Teorema da Incompletude.

Os três gênios são referenciados para mostrar como um jogo pode ter regras inflexíveis, mas que podem se tornar flexíveis. O jogo de xadrez é usado por Hofstadter para explicar que as regras flexíveis podem ser mudadas (*software*), mas há regras rígidas (*hardware*) que parecem inalteráveis. Um jogador de xadrez pode modificar as regras por meio da situação do tabuleiro. Assim, as regras no xadrez podem permanecer, mas as situações do tabuleiro se modificam a cada instante, o que pode levar a uma variação de regras.

De forma básica, reduz-se o jogo de xadrez a dois tipos de regras: aquelas que movimentam as peças (regras) e aquelas que indicam como mudar as regras (metarregras). Se metametarregas forem introduzidas, as metarregras podem passar por mudanças. Assim, as metarregras podem ser alteradas por metametarregas. A formulação das regras para movimentar as peças é a mais fácil, pois o tabuleiro apresenta-se, em um primeiro momento, em um espaço formalizado.

Contudo, as regras podem ser manipuláveis e novos tabuleiros colocados. Mantenha três tabuleiros e imponha uma regra em um nível mais elevado que não pode ser violada. Além desse tabuleiro, as regras de convenção interpretativas não podem ser violadas. Essas são as regras. Assim, a única forma de viabilizar a mudança, segundo Hofstadter, são as convenções de interpretações. Coloca-se um número de tabuleiro adjacente, um para o jogo, um para as regras, um para as metarregras e outro para a metametarregas.

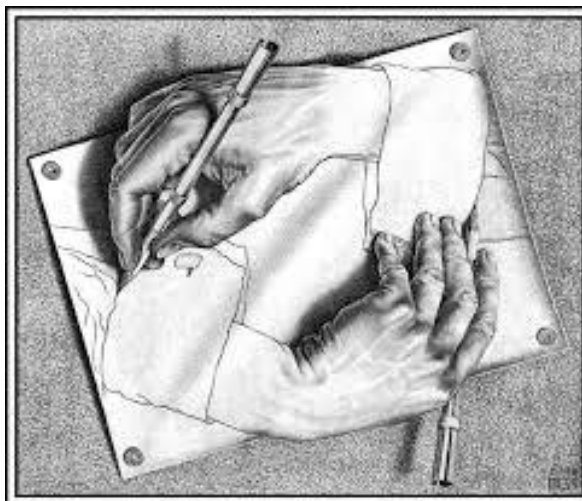
No momento de jogar, realizam-se movimentos nos tabuleiros, o que desencadeará uma desorientação, pois praticamente tudo poderá mudar, embora nem tudo mudará. Hofstadter propõe a redução a um tabuleiro (como se fosse um espaço – imaginemos um espaço de poder). “De que forma esse jogo deve ser interpretado? Como peças a serem movimentadas ou como regras definidas para a movimentação das peças?”

As peças se movimentam e as regras se movimentam e se alteram com o movimento, aparecendo uma indistinção entre jogo, regras, metarregras, metametarregas, e o que era hierarquicamente organizado passa a ter uma hierarquia entrelaçada com níveis de baixo para cima.

O inviolável torna-se modificado, as convenções de interpretação – regra de caráter inviolável – passam a ser modificadas pelo movimento interacional dos jogadores. Além do nível inviolável, há outro nível que permite o entrelaçamento: ambos mantêm uma constante

⁷⁰⁴ HOFSTADTER, Douglas. *Godel, Escher, Bach: um entrelaçamento de gênios brilhantes*. Brasília: UnB, 2001. p. 16.

interação, fazendo com que as convenções estejam sujeitas a revisões constantes, e as modificações ocorrem de forma contínua, como se fossem voltas estranhas. São as mãos de Escher que se desenham; “o que você presume serem níveis hierárquicos claros o tomam pela surpresa, pelo inexorável, e se misturam de maneira que viola a hierarquia”⁷⁰⁵.



Fonte: MC. Escher Foundation-Baarn-Netherlands/Divulgação⁷⁰⁶.

Outro exemplo de Hofstadter são três autores: Z, T e E, mas Z existe apenas no romance de T e T existe apenas no romance de Z. Tal situação é possível se todos fossem de autoria de H. O H está fora e seria um espaço, a princípio, inviolável. Contudo, as voltas estranhas, como aparecem nas mãos de Escher – que se desenham simultaneamente –, aparecem como elemento surpresa, desfazendo a ordem hierárquica.

As voltas estranhas ocorrem quando a linguagem fala de si própria de forma direta ou indireta. O que está dentro do sistema salta para fora, agindo como se estivesse fora quando, na verdade, está dentro. A distinção entre a linguagem e a metalinguagem se perde quando as sentenças sobre os sistemas estão dentro do sistema⁷⁰⁷. O que perturba é que a distinção fora e dentro fica obscurecida, pois não localizamos a indistinção na abstração sistêmica que é usada, visto que a forma da topologia mental se dá por imagens espaciais⁷⁰⁸.

As regras podem ser simples, podem ser metarregras que modificam as regras simples e podem ser metametarregras que modificam a metarregra de forma indefinida. É a flexibilidade

⁷⁰⁵ HOFSTADTER, Douglas. *Godel, Escher, Bach: um entrelaçamento de gênios brilhantes*. Brasília: UnB, 2001. p. 759.

⁷⁰⁶ Disponível em: <https://exame.abril.com.br/estilo-de-vida/a-arte-da-ilusao-de-escher-volta-ao-brasil-veja-fotos/>. Acesso em: 19 out. 2019.

⁷⁰⁷ HOFSTADTER, Douglas. *Op. cit.*, p. 562.

⁷⁰⁸ *Ibidem*, p. 800 e ss.

da inteligência que faz com que se desenhe um número quase infinito de possibilidades, pois há incalculáveis situações diferentes.

Em algumas situações estereotipadas, estamos diante de regras simples e, em outras situações, é difícil determinar a classificação, e as regras podem chamar outras em um encadeamento indefinido. São as “voltas estranhas que envolvem regras ou diretamente ou indiretamente e que estão no cerne da inteligência”⁷⁰⁹.

No mundo do Direito, as voltas estranhas são inexoráveis. Hofstadter fala em voltas estranhas quando um Tribunal se faz presente nas disputas entre as partes, como em uma simples disputa de jurisdição, quando os três poderes entram em choque em busca da última palavra, assim como no caso americano Watergate⁷¹⁰, em que o presidente disse que cumpriria a ordem da Suprema Corte apenas se fosse de caráter definitivo e que ele, o presidente, deveria dizer o que seria caráter definitivo.

Apesar de a crise ter sido resolvida com a renúncia de Richard Nixon, se o Congresso fosse chamado a decidir sobre o dever de obediência da Corte, o presidente poderia, ainda, usar como argumento o direito legal de descumprir ordem em algumas circunstâncias, aparentando uma desordem. Nesse caso, o recurso, em face da indistinção, seria recorrer a algo mais baixo, como a reação da sociedade, da opinião pública.

A operação se daria de baixo para cima, existindo uma interação de níveis, em que o mais alto se volta para o mais baixo⁷¹¹. Assim, um órgão inferior pode modelar uma norma que, por exemplo, é adotada em um órgão superior⁷¹².

Da mesma forma, a ordem hierarquizada que mantinha a lei como fonte de primazia do Direito ocidental agora cede espaço, por exemplo, para a jurisprudência ativa e criativa, surgindo, ainda, um direito supraestatal composto de tratados internacionais e Tribunais internacionais que, por vezes, podem ter o mesmo grau de hierarquia. Os melhores exemplos são o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJEU)⁷¹³ e o Tribunal Europeu dos Direitos do

⁷⁰⁹ HOFSTADTER, Douglas. *Godel, Escher, Bach: um entrelaçamento de gênios brilhantes*. Brasília: UnB, 2001. p. 759. p. 20.

⁷¹⁰ O escândalo Watergate foi uma série de investigações sobre a invasão dos escritórios do Partido Democrático em 1972. As investigações se iniciaram com a prisão de cinco homens em 1972 em um escritório do Partido. Após a investigação e prisão de ex-assessores do presidente Nixon em 1973, descobriu-se uma tentativa da Casa Branca de abafar as investigações e que Nixon sabia das escutas. O escândalo levou à renúncia do presidente.

⁷¹¹ HOFSTADTER, Douglas. *Op. cit.*, p. 801.

⁷¹² KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *¿De la pirámide a la red? Por una teoría dialéctica del derecho*. Tradução Oscar Enrique Torres. No prelo.

⁷¹³ O Tribunal é órgão que garante a aplicação do direito comunitário, assumindo o papel de guardião das liberdades do mercado único. Ver SKOURIS, Vassilios. Fundamental rights and fundamental freedoms: the challenge of striking a delicate balance. *European Review of Business Law*, v. 17, n. 2, 2006. p. 233.

Homem (TEDH)⁷¹⁴, que mantêm o mesmo grau de hierarquia em relação à Comunidade Europeia, o que faz desaparecer qualquer questão de ordem hierárquica. Além da visível perda de hierarquia entre os dois Tribunais, o TJEU mantém forte influência na elaboração de leis dos Estados-membros e da jurisprudência criada internamente pelos juízes dos Estados. Assim, na medida em que as controvérsias vão se solucionando pelo TJEU e a aplicação dos tratados se consolida, ocorrem a construção de novas legislações de direito interno, a ressignificação da jurisprudência interna e um maior processo de integração dos Estados-membros⁷¹⁵, o que faz do TJEU um poder importante para a transnacionalização e a manutenção da governança naquela região.

4.3.5.2 A Constituição e os processos comunicativos

A Revolução francesa espalhou ao mundo o ideal de uma “norma geral, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento”⁷¹⁶. A vontade geral⁷¹⁷ é consagrada na fórmula da lei e, assim, o artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão expressa que “a Lei é a expressão da vontade geral”⁷¹⁸. O parlamento passa a ser representante do povo e, portanto, o autêntico produtor da lei⁷¹⁹.

⁷¹⁴ O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi criado no âmbito do Conselho da Europa pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, garantindo os direitos e liberdades previstas na Convenção, sendo que a jurisprudência do TEDH exerce influência considerável sobre o direito da União Europeia.

⁷¹⁵ SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On law, politics, and judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 261.

⁷¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. Justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 52.

⁷¹⁷ “Já tive ocasião de dizer que, de modo algum, havia vontade geral num objeto particular. Esse objeto particular encontra-se, com efeito, no Estado ou fora do Estado; uma vontade que lhe seja estranha não é em absoluto geral em relação a ele; e se esse objeto está no Estado, dele faz parte, e então se forma entre o todo e sua parte uma relação que os transforma em dois seres separados, cuja parte é um, e o todo, menos esta mesma parte, constitui o outro. Mas o todo menos uma parte, não é de nenhum modo o todo, e enquanto essa relação subsiste, não mais há o todo, mas sim duas partes desiguais; de onde se conclui que a vontade de uma não é também mais geral em relação à outra. Mas quando todo o povo estatui sobre todo o povo, só a si mesmo considera; e se se forma então uma relação, é do objeto inteiro sob um ponto de vista ao objeto inteiro sob outro ponto de vista, sem nenhuma divisão do todo. Então, a matéria sobre a qual estatuímos passa a ser geral, como a vontade que estatui. A esse ato é que eu chamo uma lei” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Edição eletrônica: Ed Ridendo Castigat Mores. Disponível em: www.jahr.org. Acesso em: 19 out. 2019).

⁷¹⁸ Em Rousseau, a vontade geral não pode ser representada, os deputados do povo não são representantes da vontade geral. A lei aprovada pelo parlamento, para não ser nula, precisa ser ratificada pelo povo (*Idem*. *O contrato social*. São Paulo: Ouro, 2010. p. 131).

⁷¹⁹ Emmanuel Sieyes reconstrói a doutrina da vontade geral afastando as premissas de Rousseau sobre a produção da lei, estabelecendo, desse modo, a ideia de representação, o Poder Legislativo é o representante do povo e se reúne em assembleia. A vontade geral é a vontade do povo e pode ser representada. Na sessão da Assembleia Constituinte de 7 de setembro de 1789, Sieyes discursou que “os cidadãos podem dar a sua confiança a alguns escolhidos entre eles, sem alienar os seus direitos, os cidadãos podem delegar o exercício” (*Diccionario del español jurídico*. Disponível em: <https://dej.rae.es/lema/voluntad-general>. Acesso em: 29 ago. 2019).

O idealismo que defendeu a lei como fruto de uma vontade geral passa a ser constatado na realidade de produções de leis que encontram seus limites em um sistema de controle constitucional. Ainda em uma sociedade plural, a representação não está apenas no parlamento; além das Cortes Supremas, há os poderes fácticos, imprensa, grandes empresas, partidos, sindicatos, grupos de pressão.

O controle de constitucionalidade nascido nos Estados Unidos e que afirma que “all laws which are repugnant to the constitution are null void”⁷²⁰ não é apenas o resultado de um sistema estruturalmente piramidal, mas mantém um significado transcendente, de um direito superior (*higher law*) que deve ser escrito (*written law*).

A Constituição americana mantém um elo com a doutrina protestante calvinista⁷²¹, com a afirmação de que o texto escrito é prova de uma lei natural. No protestantismo, é o texto bíblico que liberta o homem, com a liberdade advinda da bíblia. Uma das maiores vitórias do puritanismo foi justamente em 1628, quando ao rei Carlos I é imposta a *The Petition of Right*⁷²².

A Constituição surge como um marco do positivismo, após séculos em que o soberano personalizava o direito e a política, resultando na submissão do soberano às regras jurídicas, estabelecendo a diferenciação entre a legislação e a jurisdição.

No Direito inglês, o termo *constitution* designava os decretos com força de lei advindos do corpo político, mas, em 1701, com o *Act of Settlement*, ato do parlamento que regula a sucessão da coroa⁷²³, o termo *constitution* passa a englobar todo o ordenamento político daquele país. Nos EUA, *constitution* traz o sentido de um texto jurídico que fixa a constituição política de um Estado. A Constituição americana mantém entre as suas tarefas o “transformar o direito

⁷²⁰ “Todas as leis repugnantes à Constituição são nulas e sem efeito” (tradução livre).

⁷²¹ “A través del Derecho, Dios deletrea pacientemente todo lo que se requiere de los asuntos humanos, como un padre enseña a sus hijos o un profesor a su pupilo. Por tanto, el Derecho es una revelación expresa de la voluntad de Dios para la salvación. La imagen de Dios como ‘legislador divino’ inspira toda la teología de Calvino. En consecuencia, el Derecho es un modo de instrucción, ‘una peculiar manera de enseñar’, que ‘nos muestra el camino para no andar como peregrinos errantes... guiados por nuestros apetitos... sino para ser guiados de su mano’. El Derecho se refiere a la persona en todas sus dimensiones, tanto externas como internas, y se dirige tanto a la relación con Dios (piedad)” (MARTÍNEZ, Fernando Rey. La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo. La impronta calvinista del constitucionalismo norteamericano. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, v. 79, p. 225-291, 2003).

“Por meio do Direito, Deus pacientemente escreve tudo o que é necessário nos assuntos humanos, como um pai ensina seus filhos ou um professor a seus alunos. Portanto, o Direito é uma revelação expressa da vontade de Deus para a salvação. A imagem de Deus como ‘legislador divino’ inspira toda a teologia de Calvino. Consequentemente, o Direito é um modo de instrução, ‘uma maneira peculiar de ensinar’, que ‘nos mostra o caminho para não andar como peregrinos errantes... guiados por nossos apetites... mas sim guiados por suas mãos’. O Direito refere-se à pessoa em todas as suas dimensões, externa e interna, e trata tanto do relacionamento com Deus (piedade)” (tradução livre).

⁷²² *Ibidem*.

⁷²³ *Encyclopædia Britannica Online*. Disponível em: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/536314/Act-of-Settlement>. Acesso em: 15 out. 2019.

de resistência do povo contra o Parlamento, que mal se conseguia praticar, em um ordenamento jurídico que exclui precisamente essa possibilidade para os casos futuros”⁷²⁴.

Remete-se aqui a uma ideia de soberania absoluta da Constituição, somada a uma *reavaliação dos direitos individuais com suas garantias vinculadas à separação dos poderes*⁷²⁵. A Constituição é um conceito trazido pela revolução da positividade, pois é “uma lei que funda todo o direito, e até a legislação e o governo. Ela substitui quer o direito natural em sua versão cosmológica mais tradicional, quer o direito racional com o seu concentrado de teoria transcendental que se autorrefere a uma razão que julga a si própria. No lugar dessa última, sub-entra um texto parcialmente autológico”⁷²⁶.

Como acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político, a Constituição é um importante elo para a heterorreferência, sendo um filtro de irritações e influências recíprocas entre os sistemas que são autônomos, mas como uma instância de aprendizagem e intercâmbio de experiências. Em termos de jogos de linguagem, o que acontece é comutação discursiva⁷²⁷.

A diferenciação entre o sistema jurídico e o sistema político e a necessidade de uma interpenetração constante entre sistemas produzem um conceito de Constituição em Luhmann no qual “Constituição, contrariamente ao que parece à primeira vista, é uma reação à diferenciação entre direito e política, ou dito com uma ênfase ainda maior, à total separação de ambos os sistemas de funções e à consequente necessidade de uma religação entre eles”⁷²⁸.

A Constituição mantém mecanismos reflexivos. De um lado ela se impõe como um “conjunto de normas⁷²⁹ de normas”, ou seja, processo de normatização de processos de normatização. Por outro lado, a Constituição é decisão de decisão, ou seja, “processo e estrutura decisórios sobre processos de tomada de decisão coletivamente vinculante”⁷³⁰.

⁷²⁴ LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Tradução realizada a partir do original (Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. *Rechthistorisches Journal*, v. IX, p. 176-220, 1990), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. *Il futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor). Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas>. Acesso em: 15 out. 2019.

⁷²⁵ *Ibidem*.

⁷²⁶ *Ibidem*.

⁷²⁷ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 62.

⁷²⁸ LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Tradução Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas>. Acesso em: 15 out. 2019.

⁷²⁹ Na teoria do Direito Constitucional, a utilização do termo “norma” é de rigor.

⁷³⁰ NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 63.

No plano da produção de decisões no direito interno, o constitucionalismo contemporâneo emerge na Europa Continental, após a Segunda Grande Guerra Mundial, e a Constituição passa a ser dotada de plena eficácia normativa⁷³¹, encontrando a lei o limite real nos dispositivos constitucionais⁷³².

Com o constitucionalismo contemporâneo, há uma nova visão em que o texto legal é apenas o pontapé inicial de um processo em que, a partir de uma circularidade, os juízes elaboram suas decisões, exprimindo um novo significado ao texto legal e fazendo surgir uma nova “norma jurídica”. É nesse movimento que se fortalece a ideia de precedente vinculante produzido pelas Cortes Supremas⁷³³. É necessário realizar diferenciações para encontrar o objeto do controle de constitucionalidade.

A Corte Constitucional italiana, para solucionar o que seria objeto do controle de constitucionalidade, realizou a distinção entre o texto elaborado pelo legislador e o da norma que é extraída mediante a interpretação⁷³⁴. O objeto do controle de constitucionalidade passou a ser o “diritto vivente”, ou seja, o significado concreto do que é extraído do texto legal, podendo tal direito, quando não compatível com a Constituição, ser declarado também inconstitucional. Assim, o “diritto vivente”, resultante de outro Tribunal de Cassação italiano, pode ser declarado inconstitucional pela Corte Suprema⁷³⁵.

No processo comunicativo, faz-se necessária uma conexão de sentido entre o texto, a norma extraída e os dados reais. No plano semântico, significado, significante e os referentes⁷³⁶ (fatos ou objetos também construídos no processo comunicacional). Assim, têm-se o texto jurídico (disposição normativa), o seu enunciado (significado atribuído) e a hipótese normativa – o fato irradiado pelos efeitos da norma, podendo ser atribuído um ou mais significados da disposição normativa e, por meio do enunciado normativo, pode-se atribuir significados normativos, originando uma norma, que é o resultado da interpretação, sendo criada pelo intérprete.

⁷³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A zona de penumbra entre o STJ e o STF*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 86.

⁷³² Países como Alemanha e Itália adotam o controle de constitucionalidade após a Segunda Guerra Mundial. Assim, o Tribunal Federal Constitucional Alemão é inaugurado em 1951 e a Corte Constitucional italiana, em 1948.

⁷³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. Justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 93.

⁷³⁴ CHIASSONI, Pierluigi, *Disposición y norma: una distinción revolucionaria*. Lima: Palestras Editores, 2011.

⁷³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A zona de penumbra entre o STJ e o STF*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 89.

⁷³⁶ Pontes de Miranda faz uma distinção entre o suporte fático, que consiste na dimensão real que a norma incide (mundo fático), e o suporte fático abstrato (efeitos concretos da norma) (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 3 e ss.).

Os papéis do legislador que produz o texto normativo e do intérprete juiz que cria a norma de decisão mantêm uma relação de dupla contingência⁷³⁷ (*alter* e *ego*) ou mesmo interação entre subsistemas, que são o Legislativo e o Judiciário⁷³⁸.

A ação projetada pelo *ego* pode ser totalmente diversa aquilo que o *alter* projetou e vice-versa, mas nesse jogo se tem, condicionalmente, a interação, a absorção da insegurança pela estabilização das expectativas, fazendo com que ocorram graus de liberdade para o agir, de modo que o comportamento torna a ação um espaço de liberdade de outras possibilidades de determinação, havendo uma combinação de não identidade e identidade. *Ego* e *alter* se vivenciam, mas a experiência é a não identidade das perspectivas⁷³⁹.

Na relação entre o texto da norma e sua concretização⁷⁴⁰, a dupla contingência se faz presente como em qualquer processo comunicativo. O intérprete, ao se referir ao texto criado pelo legislador, doa sentido ao texto normativo, não substituindo o legislador enquanto instituição criadora do texto normativo, mas apenas captando o conteúdo da comunicação.

O texto normativo (*ego*) mantém um conteúdo primeiro que precisa ser compreendido pelo intérprete (*alter*), que pode se equivocar. Ao atribuir um sentido ao conteúdo, o *ego* não substitui a fala, apenas atribui um sentido, conforme a sua compreensão (mensagem, informação e compreensão), mantendo uma relação de alteridade⁷⁴¹. A situação é de “circularidade em uma cadeia de dação do sentido comunicativamente processado”⁷⁴².

O jogo se mantém e potencializa quando se inclui a dimensão real a ser irradiada pela norma e os chamados princípios e regras⁷⁴³ constitucionais. Apenas com o chamado por

⁷³⁷ Parsons introduz a noção de dupla contingência por compreender que há necessidade de condições para as possibilidades do agir. O agir não pode ocorrer se o *alter* torna o seu agir dependente do agir de *ego*. (...) (LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. São Paulo: Vozes, 2016. p. 127). “Contingente é algo que não é necessário, nem impossível; portanto, algo que pode ser assim como é (ou era, ou será), embora seja possível de outro modo. O conceito designa, assim, o dado (o experimentado, o expectado, o pensado, o fantasiado em relação a um possível ser-de-outra-maneira” (*Ibidem*, p. 129).

⁷³⁸ Partindo de Parsons, Luhmann afirma que a dupla contingência possibilita a diferenciação de uma dimensão de mundo particular para perspectivas de sentido socialmente distintas (dimensão social), possibilita a diferenciação de sistemas de ação particulares, a saber, de sistemas sociais (*Ibidem*, p. 130).

⁷³⁹ Cf. *Ibidem*, p. 126 e ss.; NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 9 e ss.

⁷⁴⁰ A normatividade aparece, então, como algo que é muito mais do que o texto da norma, ou seja, o programa da norma. O texto frio da norma não conduz a uma normatividade, pois esta se projeta também com o âmbito da norma, ou seja, dentro do “recorte da realidade social”. A normatividade necessita efetivamente do programa da norma e do âmbito da norma (MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011).

⁷⁴¹ NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 11.

⁷⁴² *Ibidem*, p. 3.

⁷⁴³ “Com a introdução da noção de direito natural na evolução da sociedade antiga, torna-se possível a distinção entre regras e princípios. De certa maneira, essa distinção é coincidente com a diferença entre direito natural e direito positivo. Nesse novo contexto, já se admite um direito mutável, o que significa uma transformação na estrutura social. Mas, o direito mutável, o positivo, fica subordinado ao imutável, o direito natural (*Ibidem*, p. 113).

Luhmann de “triunfo da positividade” se pode falar em princípios constitucionais, pois o significado prático dos princípios é justamente a diferenciação entre direito e sociedade. Antes de o Direito ter os componentes necessários à sua autopoiese e aos hiperciclos, não se diferenciavam ação e norma, cognitivo e normativo. Em vez de procedimentos especializados para aplicação do Direito, o que existia era uma afirmação expressivamente pela represália, e tal repreenda era realizada pelas partes ou em forma de rituais.

O Direito se confundia com práticas sociais e até mesmo com a moral, não havendo distinção entre verdade e validade normativa, havendo uma grande influência da moral religiosa no Direito. A regra convencionada é, desse modo, vinculada a valores verdadeiros e imutáveis, como a ideia de divino⁷⁴⁴.

A ideia de um direito mutável (positivo) e imutável (natural) aparece com a escola do direito natural. O direito passa a ser alterado. A positivação faz com que a Constituição surja como o que não permite apoios externos, como os postulados do direito natural.

O sentido da interpretação da Constituição está justamente em um entrelaçamento entre a legislação infraconstitucional e o direito internacional (tratados e convenções). Assim, o Direito parte para diferenciações entre a Constituição, a lei e o texto jurídico supranacional.

No plano interno da Constituição, o sistema jurídico não se orienta mais em princípios metajurídicos, mas por aquilo que se denominam princípios constitucionais⁷⁴⁵. Eles surgem como um filtro em relação às inúmeras expectativas normativas no interior do sistema jurídico, servindo de “critérios seletivos perante uma pluralidade desordenada e conflituosa de expectativas normativas no âmbito da moral, dos valores e dos diversos sistemas funcionais da sociedade”⁷⁴⁶.

No interior da Constituição, os princípios e as regras constitucionais são formas de diferenciação interna do sistema que representam, são duas categorias jurídico-dogmáticas. As regras constitucionais são normas de primeiro grau, estando mais próxima do caso concreto – observação de primeiro grau, dentro de uma perspectiva de expectativa; enquanto os princípios estão no plano da observação de segunda ordem, que não oferecem critérios definitivos para a solução do caso concreto⁷⁴⁷. A observação de segunda ordem dos princípios se dá no plano das

⁷⁴⁴ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 112.

⁷⁴⁵ *Ibidem*, p. 117.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, p. 120.

⁷⁴⁷ “As regras condensam expectativas normativas que se dirigem imediatamente ao caso concreto (...) Os princípios *prima facie* contam apenas com a hipótese normativa ampla” (*Ibidem*, p. 120).

expectativas normativas e representam uma melhor forma de desenvolver a heterorreferência, pois apontam para o que há fora do sistema jurídico (moral, valor)⁷⁴⁸.

Os princípios constitucionais funcionam como seletores das expectativas normativas morais, de valores de grupos, interesses, para dentro do sistema jurídico, podendo, inclusive, fundamentar decisões antagônicas. Eles mantêm, assim como a Constituição, uma estrutura reflexiva dentro do sistema jurídico, sendo eles próprios autorreferentes no processo. Como no caso da moeda, “a troca (processo), ao implicar a moeda (estrutura), relaciona-se com a reflexividade no plano estrutural, um ter de segunda ordem (dinheiro) referente ao ter de primeira ordem (bens)”⁷⁴⁹.

Os princípios são reflexivos em relação à regra e fortificam a capacidade de reprodução do sistema jurídico. Contudo, entre os princípios e as regras constitucionais ocorre uma relação circular decorrente da reflexividade. As regras valem por si mesmas, bem como os princípios valem por si mesmos, mas sua relação de circularidade mantém a reflexividade, possibilitando uma capacidade de autorreprodução do sistema jurídico.

No plano internacional, há um entrelaçamento entre as ordens internas e as ordens supranacionais. O direito internacional pode ser aplicado no ordenamento jurídico⁷⁵⁰, e o Estado é um cooperador da ordem internacional. Do mesmo modo, uma fonte de direito interno pode ser utilizada de parâmetro para construção da ordem internacional. Como nas ordens internas, nas ordens internacionais o sistema é construído como um “jogo interativo entre múltiplas autoridades”⁷⁵¹.

⁷⁴⁸ “Da caracterização dos princípios como normas de normas no plano da observação de segunda ordem não se deve inferir que os princípios são argumentos normativos, ao contrário das asserções normativas, que expressariam normas definitivamente válidas. Cabe distinguir entre argumentos como elementos do sistema, ou seja, no plano da estrutura do sistema. É claro que a argumentação implica a observação de segunda ordem na dimensão dos elementos sistêmicos, isto é, no plano da comunicação jurídica. De fato, a distinção entre princípios e regras só se torna relevante no plano da argumentação. Os argumentos, embora sirvam à redundância do sistema por diminuir o ‘valor-surpresa’ de outros argumentos e, por fim, das decisões, dela se distingue por levar à assimetriação mediante a referência a fundamentos ou razões. Nesse sentido, eles constituem comunicações que se referem tanto aos princípios quanto às regras, que constituem programas como razões de decidir” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 125).

⁷⁴⁹ *Ibidem*, p. 129.

⁷⁵⁰ “Com a criação jurisprudencial do controle de convencionalidade, a América Latina passa por um intenso ‘diálogo judicial transnacional’ orientado pelos direitos humanos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) julga inconvencional as leis de anistias, vigentes em países que foram submetidos aos regimes ditatoriais. Para a Corte, as leis de anistias violam direitos elementares protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica (ARAUJO, Marilene. *Proteção dos direitos humanos: controles de convencionalidade e constitucionalidade e a experiência latino-americana das leis de anistia*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 86, jan.-mar. 2014).

⁷⁵¹ KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *¿De la pirámide a la red? Por una teoría dialéctica del derecho*. Tradução Oscar Enrique Torres. No prelo.

4.3.5.3 Um diálogo cooperativo

O razoamento jurídico nas decisões dos Tribunais é um convite para observar uma comunicação ou um diálogo cooperativo entre os juízes e os legisladores, demonstrando um jogo de cooperação de forma intensiva. Nesse diálogo, a ordem hierárquica cede lugar para uma circularidade ou, melhor dizendo, uma rede de comunicações.

O modelo considerado como majoritário até o início do século XX foi um modelo centrado na interpretação da lei⁷⁵², em que o juiz aplicava a lei ao caso concreto e o monopólio do sentido se concentrava nas mãos do Legislativo. Em um movimento de mudança, se renuncia o fim do monopólio do legislador, o que, a princípio, não institui um monopólio dos juízes. O que se institui é uma espécie de cooperação, “um jogo, um movimento em uma moldura” em que os resultados das interpretações seguem uma forma de demonstração não geométrica, sendo mais relacionado em uma razão probabilística⁷⁵³.

A interpretação, segundo um ex-juiz do TJEU, Pierre Pescatore, consiste em um conjunto de operações intelectuais necessárias para resolver uma questão jurídica com a ajuda de *textos* jurídicos de autoridade⁷⁵⁴. Os *textos* utilizados nesse processo mantêm uma rede de interações recorrentes, não existindo um *texto* capaz de colocar um ponto-final ao processo de interpretação. A rede de textos soma-se à figura do intérprete e do leitor, o que faz surgir a ideia de círculo. Nas palavras de François Ost e Michel Kerchove⁷⁵⁵:

Todo ocurre como si una relación de autoengendramiento se estableciera entre texto, autor y lector, algo así como una autotranscendencia, en donde al final el texto es producido por el autor y el lector, y, al mismo tiempo, el texto contribuye a

⁷⁵² Pode-se traçar três momentos importantes no marco da interpretação jurídica. Em um primeiro momento, a escola exegese, onde se utilizava um método de interpretação literal e subjetivista centrado no texto legal em que se buscava encontrar a intenção do legislador. Após, entra em cena o método sistemático, que se libera do legislador histórico e busca o sentido autônomo da lei. Por fim, a ênfase está no contexto pragmático dos interesses e valores da sociedade. O texto perde o espaço central, o que leva autores como François Ost a questionar se ainda estamos no marco da teoria da interpretação, no método da ponderação de interesses, o texto perde totalmente o local de centralidade (*Ibidem.*).

⁷⁵³ *Ibidem.*

⁷⁵⁴ PESCATORE, Pierre, *Introduction à la science du droit*. Luxemburgo, Office des imprimés de l'État, 1960. p. 326.

⁷⁵⁵ Tudo acontece como se fosse estabelecida uma relação de autogeração entre texto, autor e leitor, algo como autotranscendência, em que, no final, o texto é produzido pelo autor e pelo leitor e, ao mesmo tempo, o texto contribui para produzi-los. Na tradição hermenêutica, esses paradoxos são representados pela figura do círculo (hermenêutica). Essa circularidade não parecerá cruel ou estéril se for representada como uma abertura: em suma, uma espiral em vez de um círculo. Assim, ao mesmo tempo, pode-se considerar a sempre possível abertura da interpretação (ou, em outras palavras, a inconclusão do início de todo texto) e sua inscrição necessária na ordem da *intentio operis* (KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *¿De la pirámide a la red? Por una teoría dialéctica del derecho*. Tradução Oscar Enrique Torres. No prelo).

producirlos. En la tradición hermenéutica, estas paradojas son representadas mediante la figura del círculo (hermenéutico). Dicha circularidad no aparecerá ni viciosa ni estéril si se le representa a manera de apertura: en suma, una espiral más que un círculo. Así, pueden reflexionarse, a la vez, la apertura siempre posible de la interpretación (o, dicho de otro modo, la inconclusión de principio de todo texto) y su inscripción necesaria en el orden de la *intentio operis*⁷⁵⁶.

A análise dos razoamentos jurídicos das decisões dos Tribunais é feita a partir da teoria da interpretação, mas perguntam François Ost e Michel Kerchove se a interpretação não representa, na verdade, uma forma particular de argumentação prática⁷⁵⁷. Por outro lado, a argumentação seria uma modalidade de comunicação, colocada em uma perspectiva argumentativa e discursiva. A forma discursiva se associa com mais aderência à sociedade em rede. No processo interpretativo para fim decisório, existe um diálogo, ou melhor, uma discussão, em que temos como etapas: 1. Estabelecimento dos fatos pertinentes; 2. Seleção da lei aplicável; 3. Interpretação da lei em sentido estrito; 4. Solução de uma antinomia ou o preenchimento de uma lacuna; 5. No curso do debate são verificados os prós e os contras, de forma que as partes façam um intercâmbio de argumentos oposto, para que haja uma tomada de decisão, ou seja, uma resposta. Assim, em uma lógica de um debate, o processo pressupõe uma controvérsia argumentada.

Entre a argumentação e a interpretação, os juízes mantêm, em diversas ocasiões, a posição de conservar, de alguma forma, os valores advindos do texto legal. Mas as próprias legislações de alguma forma, nos últimos tempos, autorizaram os juízes a apreciar o que é chamado de “razoável” ou medir proporções. O juiz proceder uma espécie de recalibração do texto normativo.

São sintomas desses novos tempos as legislações que não elegem nenhum valor ou uma hierarquia de valores e de interesses, deixando para o juiz tal eleição. O juiz, além de praticar a função de juiz-árbitro, acaba intervindo para ajustar “interesses que lhe são confiados” pelo texto da lei⁷⁵⁸. O juiz aparece como um dos agentes que surgem como identificadores dos interesses que estão em jogo em meio a um arcabouço normativo que não elege nenhum valor e não mantém uma hierarquia preestabelecida anteriormente.

⁷⁵⁶ Um das formas de ter a medida da interpretação é quando se encontra a chamada *intetio operis* que é distinta, segundo Umberto Eco, da *intentio auctoris* e da *intentio lectoris*. A *intetio operis* é considerada a coerência do texto em seu conjunto, é o parâmetro para critério de avaliação da interpretação. O *intetio operis* não é algo que surge como uma metalinguagem capaz de dizer qual é a interpretação correta ou errada – do ponto de vista de coerência. Mas, é o próprio trabalho de interpretativo. Nas palavras de Umberto Eco “o texto deve ser tomado como parâmetro de suas próprias interpretações” (UMBERTO, Eco. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 43).

⁷⁵⁷ KERCHOVE, Michel Van de e OST, François. *¿De la pirámide a la red? Por una teoría dialéctica del derecho*. Tradução de Oscar Enrique Torres. No prelo.

⁷⁵⁸ *Ibidem*.

Exemplificam essas situações as diversas disposições da Convenção de Direitos Humanos Europeia, que abrem a possibilidade para que o julgamento da Corte observe se a medida imposta pelo Estado afeta a liberdade de forma desnecessária a uma sociedade democrática⁷⁵⁹. O princípio da proporcionalidade⁷⁶⁰ vem consagrado no artigo 5º do Tratado da União Europeia⁷⁶¹. Há uma ordem não hierarquizada e recursiva em que o juiz realiza constantes mediações, comparando valores e equiparando interesses, em meio a um desequilíbrio progressivo, ajusta de forma contínua os interesses que são redefinidos. O juiz mede a proporção, aprecia o razoável, não resolve apenas conflitos, mas realiza a mediação naquilo que considera o melhor possível⁷⁶². Outros sintomas dessa nova ordem são as tutelas provisórias que estão cada vez mais presentes nas legislações, em que o juiz age de acordo com a adequação da medida, para garantia do direito. Nas medidas de urgência, o juiz aprecia a conveniência de a medida ser suscetível ou não de salvaguardar o interesse ameaçado⁷⁶³.

Maurer⁷⁶⁴ resume o significado da proporcionalidade, esclarecendo que ao se adotar uma medida, com a finalidade de alcançar um objetivo ou resultado específico, a medida deve ser proporcional. A medida deve ser apropriada, necessária de modo proporcional para alcançar o resultado. Deve-se satisfazer três condições:

⁷⁵⁹ “Artigo 9º 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem. ARTIGO 10º Liberdade de expressão 2. O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.”

⁷⁶⁰ A proporcionalidade é uma das pautas que guia o procedimento da ponderação. Alexy define a proporcionalidade como a “ley de la ponderacion”, “lei da ponderação”, e citando o Tribunal Alemão considera que a regra é “(A) Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del outro” (“Quanto maior o grau de não satisfação ou afetação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro” (tradução livre) (ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*; Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 157).

⁷⁶¹ “3. Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União. As instituições da União aplicam o princípio da subsidiariedade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade de acordo com o processo previsto no referido Protocolo. 4. Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados. As instituições da União aplicam o princípio da proporcionalidade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.”

⁷⁶² “Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.” (Código de Processo Civil brasileiro de 2015).

⁷⁶³ KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *¿De la pirámide a la red? Por una teoría dialéctica del Derecho*. Tradução de Oscar Enrique Torres. No prelo.

⁷⁶⁴ MAURER, Hartmut. *Direito do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2018. Capítulo VIII.

- a) a medida deve ser apropriada – atingir com segurança o resultado desejado;
- b) deve ser necessária, sendo possível demonstrar que a autoridade não mantém outros meios apropriados que afetam da menor forma possível a pessoa ou a comunidade em questão; e,
- c) finalmente, a medida deve satisfazer o teste de proporcionalidade de forma estrita, devendo demonstrar que, além de necessária e adequada, não causa danos excessivos às pessoas ou à comunidade afetadas em relação aos benefícios esperados dela.

Apesar de a construção de critérios instruir a implementação do princípio da proporcionalidade, não se pode dizer que os critérios possam reduzir de forma significativa a margem de manobra ou poder discricionário do juiz.

Os critérios de “apropriação”, “necessidade” e “proporcionalidade no sentido estrito”, sem dúvida, priorizam a questão em discussão e aumentam a reflexibilidade do raciocínio do juiz, mas eles não têm a capacidade de indicar as resoluções a serem adotadas, o que leva a aplicação do princípio à adoção de resoluções divergentes, o que tem sido criticado por parte da doutrina europeia em relação ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁷⁶⁵.

A proporcionalidade conduz que uma medida, qualquer que seja, não é aceitável por si mesma *a priori*, sendo apenas aceita se não sacrificar, diminuir de maneira excessiva, por exemplo, uma liberdade, no caso das disposições da União Europeia. O juiz trabalha sem um fio condutor e muitas vezes sem texto “sólo está armado de una balanza de intereses, cuyo calibre no está determinado de forma previa, así como de un principio de proporcionalidad de geometría variable”⁷⁶⁶. Assim, as regras que calibram o jogo não estão previamente determinadas.

O método de ponderação aparece da mesma forma que a proporcionalidade de forma recorrente. Sobre a ideia de ponderação⁷⁶⁷, explica Pugliese que *pondus* é “referência implícita ao pondo, balança antiga romana (e ainda visível em muitas feiras livres) que não possui dois pratos, apenas um e na outra extremidade um eixo em que se encaixam pesos gravados e de

⁷⁶⁵ KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *¿De la pirámide a la red? Por una teoría dialéctica del derecho*. Tradução Oscar Enrique Torres. No prelo.

⁷⁶⁶ “Está armado apenas com uma balança de interesses, cujo calibre não é previamente determinado, bem como com um princípio de proporcionalidade de geometria variável” (tradução livre) (*Ibidem*).

⁷⁶⁷ A palavra “ponderar” vem do latim *ponderare* (pesar, estimar o peso). *Pondus*, *ponderis*, peso, pesar. Disponível em: <http://etimologias.dechile.net/?ponderar>. Acesso em: 19 out. 2019.

cuja soma (se for o caso) se obtém o peso do que se encontra no prato. Assim, esse ‘peso’ pode se referir ao ponderar, ao avaliar, ao julgar”⁷⁶⁸. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos traz a figura para a atualidade, como as balanças que usamos para pesarmos nossas malas antes de partimos para o aeroporto, de forma que a balança suspensa pelas mãos dos magistrados mostra em certa medida a discricionariedade na imposição dos limites dos “pesos gravados”⁷⁶⁹.



Nas figuras ilustrativas⁷⁷⁰, o uso da balança busca simbolizar uma decisão com critérios dentro de um cálculo (pesos) e não arbitrária, demonstrando objetividade para os observadores, embora o *pondus* conduza a uma discricionariedade. O método da ponderação nas decisões judiciais tem levado a um grande debate na dogmática jurídica na busca da racionalidade das decisões. Se no método silogismo⁷⁷¹ – que consiste em uma operação lógica de dedução de premissas por um raciocínio válido – a coerência lógica parece ser mais evidente, na ponderação os critérios racionais não são evidentes, se notando mais a discricionariedade.

Mas a coerência lógica das decisões no mundo do Direito é uma busca constante, de forma que a doutrina insiste em utilizar métodos como ponderação e silogismo como forma de afastar a arbitrariedade⁷⁷². No entanto, a ausência da arbitrariedade não significa eliminar a discricionariedade, já que decisão judicial pode comportar a discricionariedade.

⁷⁶⁸ PUGLIESI, Márcio. *Filosofia e Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista*. No prelo. p. 346, nota de rodapé 526.

⁷⁶⁹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Aulas do mestrado das disciplinas Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

⁷⁷⁰ Desenho feito pelo cartunista Toni D’Augustinho a pedido da autora.

⁷⁷¹ Márcio Pugliese considera como mito a ideia de “que a lógica formal assista às decisões imparciais e racionais dos juízes: mercê de um silogismo: subsuntivamente fluiria a decisão. Neutro permaneceria o juiz tanto na busca da decisão, quanto sua condução do processo judicial” (PUGLIESI, Márcio. *Op. cit.*).

⁷⁷² Do direito romano, as palavras *iudex* e *arbiter* trazem debate e Fuenteseca, em obra intitulada *La función jurisdiccional civil en Roma, Iudicium arbitrium*ve traz a ideia de *iudicium* quando a decisão recai sobre uma quantidade certa que o *iudex* outorga ou não, enquanto no *arbitrium* a quantidade é incerta e deve ser fixada. De forma que o *iudex* decide sob fórmula e o *arbiter* é mais livre, não há fórmula, *sed ex aequo et bono iudica* (Sêneca). O *arbitrium* nunca será uma decisão arbitrária porque há conexão entre o *aequum et bonum* e *bonus vir*. (FUENTESECA, M. *La función jurisdiccional civil en Roma, Iudicium arbitrium*ve. Madrid: Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 2008. p. 87 e 113). Mas, é nas Revoluções puritanas e

Existem várias vertentes sobre a ponderação. Uma considera que esta é um mecanismo para estabelecer uma preferência quando há elementos em conflito de bens, direitos ou valores. Outra corrente considera que não há conflito, havendo apenas uma aparência de conflito entre preceitos, de forma que a ponderação serve apenas para evidenciar a norma que incide no caso concreto.

Há também a corrente que entende o método como resultado de um processo intuitivo que passa pela compreensão da metaética – parte da filosofia moral que tem como análise o significado dos juízos morais.

A intuição moral permite a apreensão da bondade ou da maldade. Peczenik, seguindo a ideia de que na ponderação se joga com considerações substantivas morais, considera que o ser humano tem uma espécie de capacidade para ponderar: “*Weighing and balancing of reasons in all these contexts is a matter of judgement. It varies from case to case. No algorithm guides it. Rather, a human being has a capacity to weigh and balance*”⁷⁷³. O resultado do processo intuitivo é o exercício do poder discricionário.

Ainda, a corrente cética, protagonizada por Riccardo Guastini⁷⁷⁴, entende que a interpretação é atividade de atribuição de significados, e a ponderação é utilizada mais na Constituição quando há antinomias que não podem ser solucionadas da forma clássica, operando-se, desse modo, a ponderação, em que se atribuem pesos ou valores distintos às normas que estão em conflito, criando uma hierarquia axiológica ou valorativa que se estabelece de forma discricionária, móvel e variável, existindo variação, conforme o caso.

Em busca de uma atividade meramente racional, sem enfrentamento do poder discricionário, os que advogam a quinta corrente, o particularismo, consideram que o resultado da ponderação é um minucioso exame da situação concreta que leva a uma decisão correta para aquele caso, já que as circunstâncias são contextuais e exclusivas para cada caso individualizado.

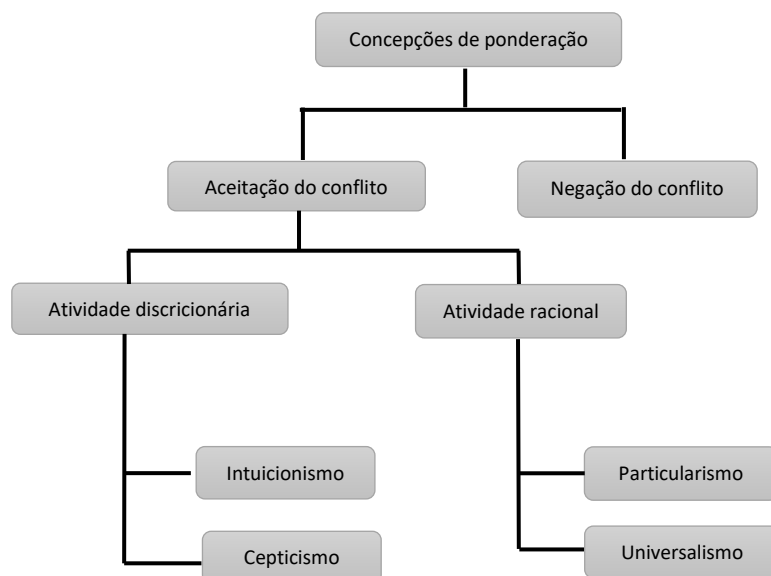
Os universalistas buscam regras abstratas e consideram que, a partir de um caso concreto, pode-se extrair as propriedades e as circunstâncias genéricas para, enfim, levar a uma

na francesa que o termo arbitrário aparece com outro significado. O Parlamento Inglês, por exemplo, acusava, em 1641, os partidários do Rei de violarem as Leis Fundamentais as substituindo com um poder arbitrário e tirano. Entre as disputas do Parlamento e da realeza, o adjetivo *arbitrary* passou a ser sinônimo de poder não outorgado por uma lei promulgada, e, assim, o arbitrário passa a ser aquilo que carece de razão que pode justificá-lo (FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Arbitrario. Arbitraire. Arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*. Madrid: 2016. p. 39 e ss.).

⁷⁷³ Pesar e equilibrar as razões em todos esses contextos é uma questão de julgamento. Varia de caso para caso. Nenhum algoritmo o guia. Pelo contrário, um ser humano tem capacidade para pesar e equilibrar.

⁷⁷⁴ GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y Argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 216-221. GUASTINI, Riccardo. Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, n. 43, p. 11-48, octubre 2015.

decisão com circunstâncias genéricas. O resultado da elaboração e da aplicação de regras é a solução dos casos de forma relevantemente igual⁷⁷⁵.



Fonte: ZORRILLA, David Martínez. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. 2004. 432 p. Tese de Doutorado em Direito – Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004.

Dentro das novas vertentes de razoamento das decisões, a categoria central não é apenas as fontes do direito, mas, principalmente os interesses. Agora, o que rege a regulação destes dispositivos utilizados atualmente não são mais o respeito aos precedentes e a capacidade de formá-los, mas a melhor solução possível para um caso em particular⁷⁷⁶. No plano decisório, os conceitos se mantêm para o estabelecimento da autodescrição e por consequência da autorreferência do sistema, pois, dos interesses, por si só, não se pode deduzir a decisão. São os conceitos que refinam a *quaestio iuris*. Os interesses mantêm a heterorreferência do sistema, assim, por exemplo, a fórmula da ponderação de interesses não é nenhum direito vigente, “se refere apenas a compreensão de comportamento material”, mas não pode ser o fundamento da decisão. A fórmula está situada no campo da heterorreferência, a valoração não surge dos interesses, mas é o intérprete quem os indaga com base nos regramentos do Direito⁷⁷⁷.

Um jogo interativo permanente, com seus anéis circulares que permitem a criação e a recriação do Direito em um processo em que a produção pode e deve “más que nunca favorecer

⁷⁷⁵ ZORRILLA, David Martínez. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. 2004. 432 p. Tese (Doutorado em Direito), Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004.

⁷⁷⁶ KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *¿De la pirámide a la red? Por una teoría dialéctica del derecho*. Tradução Oscar Enrique Torres. No prelo.

⁷⁷⁷ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Ciudad de Mexico: Herder, 2002. p. 461-462.

el diálogo cooperativo de todos los actores”⁷⁷⁸. Não há mais espaço para última palavra⁷⁷⁹, mas um espaço em rede, no qual a constante dupla contingência produz alteridade permanente, sem prejuízo da interação constante dos poderes constituídos. No diálogo cooperativo entre autores, a noção de um jogo guiado pela dialética é mencionada por Michel Kerchove e François Ost (subitem 1.4).

Assim, a dialética do jogo corresponde à prática interpretativa, a interpretação combina a liberdade e a constrição. Primeiro, nenhum texto escapa à interpretação, mas há diretivas que guiam o processo de interpretação. As diretrizes nunca podem ser subtraídas porque são regras. A interpretação não é nem uma replicação de um sentido já dado, mas também não é uma invenção inédita. Nos extremos, tanto o monólogo do juiz quanto o monólogo do legislador favorecem um diálogo cooperativo entre todos os autores. Sem extremos, o diálogo ocorre de forma natural. É na natureza interativa do jogo e da interpretação que se mantém uma relação dinâmica nas mensagens em um processo comunicativo, no qual as mensagens anteriores se relacionam com as posteriores de forma praticamente simultânea, contínua e levando o sentido social de forma vinculada.

4.4 A ordem jurídica em um mundo multicêntrico

Na atualidade, a presença inexorável da comunicação na vida de todos e nas relações sociais conduz a um fluxo maior de diferenciação, aumentando a complexidade nas relações intersistêmicas. As diferenciações produzidas pelas redes de comunicações potencializam a pluralidade e a ideia de um terceiro que necessariamente se inclui.

No mundo guiado pela tecnologia se assiste a uma nova tribalização⁷⁸⁰ em uma aldeia global (*global village*) que interliga as tribos nas plataformas, fragmentando ainda mais a sociedade, fazendo surgir pluralidades que interagem entre si, mas que permanecem indefinidas. Michel Maffesoli fundamentou a ideia do plural na ligação social comunitária,

⁷⁷⁸ KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *¿De la pirámide a la red? Por una teoría dialéctica del derecho*. Tradução Oscar Enrique Torres. No prelo.

⁷⁷⁹ BOCHENEK, Antonio Cesar. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: a análise de experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013. p. 80 e ss.

⁷⁸⁰ A tribalização é vista de forma peculiar por Jaime Bartlett que, ao discutir aspectos voltados ao regime democrático, observa a fragmentação social. O autor considera que a tribalização associada com a tecnologia pode ser lesiva para aquilo que considera os seis pilares da democracia (cidadãos ativos, culturas compartilhadas, eleições livres, igualdade dos interessados no debate, economia competitiva e liberdade cívica e confiança na autoridade). A democracia seria analógica e os seus princípios não estariam compatibilizados com o mundo virtual, sendo que o reaparecimento de tribos políticas agravaria o cenário (BARTLETT, Jaime. *The People Vs Tech: How the internet is killing democracy*. New York: Dutton, 2018).

realizada por meio de interações, associações indefinidas e indiferenciadas, e no imaginário⁷⁸¹. A socialidade, em razão de suas múltiplas formas de interação e associação, é vista como algo praticamente inapreensível.

Ao cunhar o termo tribo, Mafessolli quis demonstrar que comunidade atual não se define mais na fórmula em latim *reductio ad unum*, redução a um, “já não prevaleceria o indivíduo, mas a pessoa plural – *persona*, “máscara”, se sou uma “pessoa plural”, tenho “máscaras”. Para Mafessolli, nas “redes sociais, por exemplo, vivem-se essas máscaras”, sendo o nível de tribalismo atual⁷⁸².

No período denominado por Maffesoli como moderno, a estrutura social é mecânica e na organização econômico-política, o indivíduo mantém sua função atrelada aos grupos contratuais (associações e sindicatos).

A função social dos indivíduos só pode funcionar no âmbito de um partido, de uma associação ou de um grupo estável⁷⁸³. Como uma associação, ela se faz a partir de uma racionalidade⁷⁸⁴ e dentro de um âmbito territorial local. As identidades são precisas e as existências, autônomas⁷⁸⁵.

Em outro giro, um processo de interação possível é a socialidade, em que as estruturas são mais complexas ou orgânicas, ao contrário das organizações político-econômicas centralizadas no indivíduo, no qual este aparece em um contexto de massa. Nas estruturas mais orgânicas, as pessoas possuem papéis, e não função; em vez de grupo contratual, aparecem as tribos afetuais. A socialidade tem como fundamento a ambiguidade da estrutura simbólica⁷⁸⁶. Na socialidade: A pessoa (*persona*)⁷⁸⁷ representa papéis, tanto dentro de sua atividade profissional quanto no seio das diversas tribos de que participa. Mirando o seu figurino, ela vai,

⁷⁸¹ “O homem não é mais considerado isoladamente. E mesmo quando admitimos, e eu teria tendência a fazê-lo, a preponderância do imaginário, não devemos esquecer que se ele resulta de um corpo social e que, de retorno, volta a materializar-se nele. Não se trata, exatamente, de autossuficiência, mas de constante retroação. Toda a vida mental nasce de uma relação de seu jogo de ações e retroações. Toda a lógica comunicacional ou simbolista se fundamenta nisso” (MAFFESOLI, M. *O tempo das tribos: declínio do individualismo nas sociedades de massa*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 104).

⁷⁸² ANGIOLILLO, Francesca. Os que têm o poder continuam nos velhos caminhos modernos, diz Michel Maffesoli. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, ano 99, n. 33.136, A.18, 23.12.2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/fac-simile/2019/12/23/index.shtml>. Acesso em: 23 dez. 2019.

⁷⁸³ MAFFESOLI, M. *Op. cit.*, p. 108.

⁷⁸⁴ “A paixão social, pensem a respeito dela o que quiserem, é uma realidade incontornável. E, a não ser que nos decidamos a transformá-la num engrama de nossas análises, estaremos nos impedindo de compreender as múltiplas situações que não podem ser relegadas à rubrica ‘crônicas’ de nossos jornais. E posto que, nos momentos de fundação ‘cultural’, irrompe o acontecimento multirracional” (*Ibidem*, p. 157).

⁷⁸⁵ *Ibidem*, p. 135.

⁷⁸⁶ *Ibidem*, p.133.

⁷⁸⁷ Para o autor, a *persona* mantém suas máscaras na teatralidade cotidiana.

de acordo com seus gostos (sexuais, culturais, religiosos, amicais) assumir o seu lugar, a cada dia, nas diversas peças do *theatrum mundi*.

A estética tem papel relevante e é o que faz experimentar e sentir em comum. A teatralidade é o que instaura e reafirma a comunidade. O corpo é centro de um culto e dos jogos de aparência, como no Facebook e Instagram. Cada *persona* é, ao mesmo tempo, o ator e o expectador. O teatro garante a dimensão do social, como um jogo com uma grande arquibancada, em que “a maior parte dos prazeres populares são realizados em multidão ou em grupo”⁷⁸⁸.

Maffesoli, como defensor da pós-modernidade, analisa a solidariedade de acordo com as estruturas sociais. Nas estruturas mecânicas, os indivíduos racionais mantêm a solidariedade entre eles e em relação ao Estado. Nas estruturas orgânicas, a solidariedade é orgânica; na perspectiva individualista (e política), o genérico é “aquilo de que todos fazem parte, mais do que aquilo que é comum a todos”⁷⁸⁹.

No tribalismo contemporâneo, em cena está um sentimento partilhado que nos leva a pensar no papel do terceiro, ou seja, no plural dentro da sociedade. A inclusão desse terceiro faz com que o jogo, até então estabelecido, mude de tal forma que as suas consequências são de difícil avaliação e apreensão. No campo epistemológico, a noção do terceiro traz mais dificuldade do que resoluções ao colocar em xeque os processos reducionistas, ressaltando o paradoxo e a pluralidade⁷⁹⁰. O terceiro aparece como uma diferença. O pluralismo muitas vezes é negado ou esquecido, porém as entidades unificadoras, como a ideia de Estado-nação, sujeitos históricos como o proletariado, são sempre provisórias⁷⁹¹.

⁷⁸⁸ MAFFESOLI, M. *O tempo das tribos: declínio do individualismo nas sociedades de massa*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 109.

⁷⁸⁹ *Ibidem*, p. 143.

⁷⁹⁰ PLURALISMO (in. *Pluralismo* fr. *Pluralisme*; ai. *Pluralismus*; it. *Pluralismo*). 1. A partir de Wolff, este termo foi contraposto a *egoísmo* (v.) como “a maneira de pensar em virtude da qual não se abarca o mundo no eu, mas nos consideramos e nos comportamos apenas como cidadãos do mundo” (Kant. *Anlr.*, I, § 2) (mas enquanto o termo “egoísmo” continuou designando uma atitude moral, visto que, para a doutrina metafísica correspondente, prevaleceu *solipsismo*). O termo P., no uso que dele se fez em seguida, assumiu um significado metafísico, passando a designar a doutrina que admite pluralidade de substâncias no mundo. A expressão típica dessa doutrina é a monadologia de Leibniz, e foi neste sentido que o termo voltou a ser usado por alguns espiritualistas modernos (J. Ward, *The Realm of Ends or Pluralism and Theism*, 1912; W. James, *A Pluralistic Universe*, 1909). James insistiu particularmente na exigência proposta pelo P.: a de não considerar o universo como massa compacta, em que tudo está determinado no bem ou no mal e não há lugar para a liberdade, mas sim como uma espécie de república federativa na qual os indivíduos, apesar de solidários entre si, conservem autonomia e liberdade. O universo pluralista, segundo James, é um *pluriverso* ou *multiverso*; sua unidade não é a implicação universal ou integração absoluta, mas continuidade, contiguidade e concatenação: é uma unidade de tipo *sinequia*, no sentido atribuído a esta palavra por Peirce (*A Phuralistic Universe*, p. 32). Um universo assim distingue-se do universo monadológico de Leibniz justamente pelo caráter não absoluto nem necessitante da unidade que o constitui. Até mesmo Deus no universo pluralista é finito (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2017).

⁷⁹¹ *Ibidem*, p. 143.

A pluralidade e a inclusão do terceiro fazem com que a unidade ceda a uma unicidade, em que o ajustamento de diversos elementos é possível e caracterizado por uma organicidade dos contrários⁷⁹².

A multiplicidade surge como o princípio vital, e a aparente imperfeição daquilo que ocorre na inclusão do terceiro é o que dá vivacidade e dinamismo. Na verdade, o pluralismo não simplifica em nada a tarefa de conciliar ou apreender, mas o risco é inevitável e necessário, visto que é um princípio de realidade⁷⁹³. A direção segura e firme é difícil, conforme assevera Maffesoli:

Na falta de uma direção segura indicamos, uma vez mais, a orientação que pode tomar esta última. Ela não mais se apoiaria na monovalência faustiana do “fazer” e no seu correlato, o associacionismo contratual e finalizado que resumirei pela fórmula: “economia-política do eu e do mundo”. Muito pelo contrário (daí a metáfora “orgástica” que não me canso de empregar), a socialidade que se esboça integra uma boa parte da comunicação, de fruição do presente, e de incoerência passional. Tudo isso são coisas que, naturalmente, induzem ao mesmo tempo o reencontro e a rejeição. Esta ambivalência foi, muitas vezes, analisada de uma perspectiva psicológica. Basta apreciá-la nos incidentes sociais, e observar que ela se dá muito bem com o desenvolvimento tecnológico. Podemos observar, com efeito, que, com o auxílio da microinformática, essas formas de associações em vias de extensão que são as redes (o neotribalismo contemporâneo) se apoiam na integração e na recusa afetiva. Este paradoxo, signo patente de vitalidade, é, em todo caso, uma chave das mais úteis para qualquer procedimento compreensivo⁷⁹⁴.

Na sociedade contemporânea, a heterogeneidade e a diferença se impõem, as contradições se mantêm. Aliás, essas considerações sobre o idêntico e o diferente são marcadas desde o período pré-socrático com Heráclito, assim, o que se opõe se ajusta, sendo que a harmonia surge do oposto, entre a semelhança e a dessemelhança há uma atração mútua. Heráclito buscou a harmonização de dois termos antagônicos, não a exclusão de um em detrimento de outro.

Conforme dizia o filósofo pré-socrático:

A fonte de todas as heresias é não conceber o acordo de duas verdades opostas. Juntem o que concorda e o que discorda, o que é harmonia e o que é desacordo. Os contrários concordam entre si e a discordância cria a mais bela harmonia⁷⁹⁵.

⁷⁹² MAFFESOLI, M. *O tempo das tribos: declínio do individualismo nas sociedades de massa*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 145.

⁷⁹³ ARAUJO, Marilene. *A liberdade de expressão e o pluralismo no constitucionalismo contemporâneo*. 253 p. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

⁷⁹⁴ MAFFESOLI, M. *Op. cit.*, p. 146.

⁷⁹⁵ MORIN, Edgar. *Meus filósofos*. Porto Alegre: Sulina, 2013. p. 25.

4.4.1 Um mundo multicêntrico

Ao discorrer sobre a sociedade⁷⁹⁶, Niklas Luhmann parte de sistemas autárquicos em que o mundo, na cultura ocidental, se mantém na figura de Deus, que é duplicador do mundo – observar a Deus é observar o mundo – e concebido de forma coisificada como a totalidade das coisas ou da criação.

A coisificação produz o admirável e enigmático, o milagre, o sagrado. O reino dos segredos está na essência das coisas e na vontade divina a ser revelada, admirada, mas não conhecida⁷⁹⁷. As comunicações são verificáveis apenas dentro da *civitas sive societas civilis*⁷⁹⁸.

Nos séculos que sucederam o movimento de colonização da Europa, as comunicações passaram a sofrer submissão da velha Europa sob o Novo Mundo colonizado. A diferenciação era gerada pela sociedade, entre a *unidade* dos limites territoriais e dos seus habitantes. Assim, havia a separação dos habitantes do território e os demais que não são seus membros. Na versão religiosa há separação dos pagãos e dos cristãos.

A sociedade passa a um estágio de diferenciação entre seus subsistemas (arte, economia, religião, moral, poder). Os processos de diferenciação são traumáticos, como na ciência e na religião, com Galileu Galilei, e na literatura, *Romeu e Julieta*, com William Shakespeare – 1591-1595, em que existe uma pretensão de o amor ser autônomo em relação à família e à política, o que ocorre apenas séculos depois⁷⁹⁹.

O Direito se autonomiza do poder político, principalmente, como visto no subitem 4.3.5.2 “A Constituição e os processos comunicativos”, com o chamado por Niklas Luhmann de triunfo da positividade. Não ocorre apenas um movimento de desintrincamento do poder e do direito, deixando um movimento de dependência de um sistema de discurso pelo outro, mas

⁷⁹⁶ Utilizamos os termos “sociedade” e “comunidade” estabelecendo a diferenciação semântica de comunidade virtual, e da comunidade e sociedade, conforme clássica diferenciação feita pelo sociólogo Ferdinand Tönnies, em que a comunidade tem o traço de relações reais e orgânicas, enquanto sociedade é mecânica e idealizada. As relações constituem uma unidade na pluralidade ou uma pluralidade na unidade. A vida conjunta, íntima, interior, inclusiva só ocorre na comunidade, e a sociedade é mera coexistência de pessoas independentes entre si. A comunidade mantém sempre uma vida comum e autêntica e a sociedade, um agregado e artifício mecânico (TÖNNIES, Fernand. *Comunidad y sociedad*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1947. p. 119-124).

⁷⁹⁷ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007. p. 108 e ss.

⁷⁹⁸ “As comunidades organizam-se como *polis* ou sociedade política (*civitas sive societas civilis*), ou seja, uma forma hierárquica de domínio baseado em prestígio, o que conduz a símbolos que determinam quem é quem na sociedade, relação de *status*” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Forense, 2009. p. 54).

⁷⁹⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 22.

uma verdadeira autonomia do Direito em relação à política, visto que o Direito mantém suas próprias comunicações e códigos⁸⁰⁰.

O processo de diferenciação da sociedade é realizado na medida em que cada subsistema cria seus códigos e programas. Com as racionalidades com os vários tipos de sistemas econômicos, sociais e políticos, propõe-se que cada um tenha exigências de acordo com os seus próprios limites, sem a necessidade de integração de grupos ou limites territoriais. O que concorda e distingue esses sistemas não são grupos, pessoas e territórios, mas o operar comunicativo. A comunicação é a operação elementar cuja reprodução constitui a sociedade e, assim, qualquer comunicação implica a sociedade, o mundo, agora, independentemente de temática e distância entre os participantes.

As possibilidades de comunicação atual com o Ciberespaço, por exemplo, e os meios simbólicos ultrapassam os limites regionais. As novas tecnologias permitem a simultaneidade dos acontecimentos mundiais, deixando para trás qualquer necessidade de tempos noturnos ou diurnos.

O tempo mecânico do relógio se evapora nas nuvens digitais do Ciberespaço. A Teoria de Luhmann é capaz de explicar o mundo atual, em que toda vivência é provida de sentido no plano temporal para trás ou para diante (futuro-passado).

Esse mundo não se fecha com os limites, mas apenas com o sentido em que nele se ativa. A unidade do segredo passa ao paradoxo de observar, pois agora o observador não pode observar a si mesmo, mantendo a lógica do terceiro excluído. Impossível apreender e determinar múltiplas racionalidades, o mundo parece indeterminável ou se determina não mais na unidade territorial ou sagrada, mas em múltiplas formas.

Onde poderemos encontrar a unidade para observação de um mundo com imensa pluralidade? A observação de outros observadores dentro de uma aldeia global pluralista desafia o encontro comum de uma unidade. Não se trata de admitir que o mundo é articulado em partes, mas que sua unidade é praticamente inapreensível e que a observamos de múltiplas formas.

Atualmente, o que se tem é a conexão *unitária* de uma pluralidade de âmbitos de comunicação *unitas multiplex*. Do ponto de vista jurídico, isso não se confunde com a ordem

⁸⁰⁰ Claude Lefort assevera que o Estado se instituiu com a ideia de secularização dos valores cristãos e com a transferência da representação de Cristo mediador entre Deus e os homens para o rei mediador entre comunidade política e seus súditos. Ainda, a herança romana e a mediação de valores jurídico-rationais sustentaram a definição de soberania do povo, do cidadão. A era moderna não faz a dissociação do poder e da política, mas desincorpora o poder e o direito do corpo do Rei. “O acontecimento é de desintrincamento do princípio do poder, da lei e do saber, ou seja, uma condição de não apagar o modo de articulação que se institui com efeito da ruptura.” (LEFORT, Claude. *A invenção democrática*. Os limites da dominação totalitária. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 52-53).

internacional⁸⁰¹ isolada e hierárquica, que só diz respeito à relação entre os Estados⁸⁰², não se confundido muito menos com a globalização.

De fato, há uma sociedade que se pode alcançar comunicativamente em um aspecto estrutural e operacional do conceito, mas ao mesmo tempo cada polo constrói um mundo:

A sociedade que se descreve como sistema de comunicação operativamente fechado e se expande ou se contrai segundo seus processos comunicacionais corresponde a um mundo que se expande ou se contrai segundo os acontecimentos⁸⁰³.

As diferenciações de entorno e sistema se desenvolvem no âmbito da comunicação e toda a diferença se torna o centro do mundo. É o que Luhmann denomina de sociedade multicêntrica ou policontextualidade⁸⁰⁴, que é a pluralidade de autodescrições da sociedade, o que leva à formação de inúmeras racionalidades que entram em conflito⁸⁰⁵.

O mundo não designa nenhuma totalidade objetiva, é inapreensível, podendo ser caracterizado como uma unidade de uma diferença. O conceito de mundo constituído em um

⁸⁰¹ O Direito internacional – ordenamento jurídico internacional – surge como consequência da convivência dos Estados, sendo, no plano teórico, um resultado da coexistência ou convivência de ordenamentos jurídicos autônomos. As relações entre os Estados que contemplam e regulam o ordenamento jurídico internacional são, primeiramente, relações de coexistência e, em segundo lugar, relações de cooperação (ROBLES, Gregorio. *Pluralismo jurídico y relaciones intersistemicas*. Ensayo de teoría comunicacional del derecho. Madrid: Civitas, 2007. p. 61-62).

⁸⁰² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 26.

⁸⁰³ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007. p. 117-118.

⁸⁰⁴ “Un sistema social – y naturalmente de modo especial una sociedad – puede observarse a sí mismo simultánea o sucesivamente de maneras muy diversas – diríamos que ‘policontextuales’. No existe, pues, ninguna coacción por parte del objeto para integrar las autoobservaciones: el sistema hace lo que hace... Todo lo que se ha dicho hasta aquí tiene validez para los sistemas sociales más diversos: por ejemplo, para las organizaciones o – como bien saben los terapeutas familiares – para las familias. Si pasamos al tercer plano donde se manifiesta lo específico de la sociedad, los problemas de la multiplicidad de las posibles observaciones se hacen sentir en toda su evidencia e importancia. La sociedad como sistema social omniabarcador no conoce sistemas sociales más allá de sus fronteras y, por consiguiente, no puede observarse desde fuera. Los sistemas psíquicos evidentemente pueden observar a la sociedad desde afuera, pero socialmente esto queda sin consecuencias si no se comunica, es decir, si la observación no se efectúa en el sistema social. En otras palabras: la sociedad constituye el caso extremo de autoobservación policontextual, de un sistema constreñido a la autoobservación sin poder actuar como si fuera un objeto sobre el cual sólo procede una opinión correcta – de modo que todas las desviaciones pudieran tratarse como error” (*Ibidem*, p. 62-63).

“Um sistema social – e, é claro, uma sociedade de uma maneira especial – pode se observar simultânea ou sucessivamente de maneiras muito diferentes – diríamos “policontextualidade”. Portanto, não há coerção por parte do objeto para integrar auto-observações: o sistema faz o que faz... Tudo o que foi dito até agora é válido para os mais diversos sistemas sociais: por exemplo, para organizações ou – como os terapeutas familiares sabem bem – para as famílias. Se formos para o terceiro nível em que a especificidade da sociedade se manifesta, os problemas da multiplicidade de possíveis observações são sentidos em todas as suas evidências e importância. A sociedade como sistema social omniabarcador não conhece os sistemas sociais além de suas fronteiras e, portanto, não pode ser observada de fora. Os sistemas psíquicos podem obviamente observar a sociedade de fora, mas socialmente isso não tem consequências se não for comunicado, ou seja, se a observação não for feita no sistema social. Em outras palavras: a sociedade é o caso extremo da auto-observação policontextual, de um sistema restrito à auto-observação sem ser capaz de agir como se fosse um objeto sobre o qual apenas uma opinião correta prossiga – para que todos os desvios possam ser tratados como erros” (tradução livre).

⁸⁰⁵ NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 24.

processo de diferenciação entre o sistema de sentido, pela diferenciação de sistema e entorno. A tradicional centralização do mundo mediante o sujeito que cede lugar a diferenciação (diferenças entre os sistemas e entornos), em que cada diferença se torna o centro do mundo, nesse sentido, é multicêntrico, pois cada diferença pode integrar as outras ao próprio sistema ou entorno⁸⁰⁶.

Se nas sociedades hierárquicas, principalmente aquelas estratificadas com diferenciação entre as posições sociais dos seres humanos, é clara a distinção entre o centro e a periferia, em que a ordem parte do centro, a nova sociedade é heterárquica⁸⁰⁷ multicêntrica, as operações se entrelaçam e cada operação pode acessar outra operação.

As interações são possíveis nas diferenças regionais existentes, e as diferenças acabam por manter o interesse de conversação, desenvolvimento e transformação, surgindo um novo paradoxo, o da transformação *versus* conservação.

A atual sociedade se caracteriza pelas distinções que utiliza para dirigir as suas operações comunicativas, a inter-regionalidade de sistema na cooperação das organizações políticas, econômicas e de massa. As evoluções ocorrem sempre pela necessidade de tomada de decisão.

Atualmente, todos os sistemas operam independentemente de barreiras físicas, excepcionados o sistema político e o Direito que ainda realizam diferenciações com base no território, na forma principalmente de Estado. Excetuando os dois sistemas, o restante dos sistemas opera sem nenhum limite espacial.

A sociedade mundial moderna se desvincula da ideia de organizações territoriais e, portanto, são bem observadas com os sistemas econômicos (ter e não ter) e das comunicações de massa (informação e não informação). Assim, os saberes de outros campos de conhecimento

⁸⁰⁶ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. São Paulo: Vozes, 2011. p. 198.

⁸⁰⁷ Modelo de poder horizontal e relacional fundado em redes (FOURSHEY, Catherine Cymone; GONZALES Rhonda M.; SAIDI, Christine. *África Bantu*: de 3.500 a.C. até o presente. Petrópolis: Vozes, 2019. Cap. II). A noção de heterarquia foi introduzido pela primeira vez por McCulloch, em 1965, em um artigo intitulado “Una heterarquía de valores determinada por la topología de las redes nerviosas”. O conceito derivou de um princípio que McCulloch apreciava, o princípio do mando potencial, pelo qual a informação constitui a autoridade. Como exemplo, McCulloch usa a batalha das ilhas de Midway, quando a tropa japonesa esteve próximo de destruir a americana. A capitania dos americanos foi atingida nos primeiros minutos e a sua frota ficou sem comando, passando da hierarquia para a heterarquia. Então, o comandante de cada navio, grande ou pequeno, assumiu o comando de toda a frota quando se deu conta de que, devido à sua posição neste momento, tinha melhor conhecimento de como agir. Como todos sabem, o resultado foi a destruição de toda a frota japonesa e a virada decisiva da guerra do Pacífico.(...) Em um sistema administrativo auto-organizador cada participante é também um administrador do sistema. Tal estrutura organizacional é chamada de “heterarquía” (*heteros* – o outro, e *archein* – governar) porque em certo momento pode ser um dos vizinhos quem está tomando as decisões, em outro momento você, enquanto vizinho de outra pessoa. Essa organização é oposta a hierarquia em que o “sagrado” (*hieros*) governa, em que o chefe tem todo o poder e emana as ordens de cima para baixo (FOERSTER, Heinz von. *Las semillas de la cibernética*: obras escogidas. Barcelona: Gedisa, 1991. p. 146 e ss.).

(jurídico, religioso e até científico) ganham significado na opinião pública⁸⁰⁸ quando são temas colocados pelos meios de comunicação de massa. Isso não quer dizer que a mídia selecione, por exemplo, o saber científico. A opinião pública opera em cima de temas colocados pelos meios de comunicação e com base em generalizações simbólicas, mas o Direito, por exemplo, seleciona e processa o tema segundo suas operações.

Não há um centro privilegiado ou código em relação a um sistema sobre o outro, mas apenas um impulsionamento desse sistema no plano semântico, fazendo com que a reprodução aumente sem a necessidade de um local territorializado. A chegada do Ciberespaço de forma mais intensiva a partir do século XXI potencializa ainda mais a reprodução sem a necessidade de territórios.

A política é um sistema que está também no plano mundial, mas sua reprodução está de alguma forma vinculada ao território, pois sua diferenciação funcional no plano mundial ainda se associa ao plano dos sistemas políticos territoriais, ocorrendo, também, a diferenciação entre o Estado e as demais organizações políticas, conforme o esquema centro-periferia⁸⁰⁹.

No caso do Direito, o esquema do acoplamento estrutural entre sistema político e direito (Constituição) não se repete na chamada sociedade mundial⁸¹⁰. Entretanto, há necessidade de estabilização de expectativas no plano dessa nova ordem e, portanto, da regulamentação jurídica de comportamentos⁸¹¹.

As esferas de comunicação podem ser conflitantes entre si, o que poderia levar à autodestruição sistêmica, porém os vínculos de aprendizagem e influência recíproca que os sistemas desenvolvem por meio de acoplamentos estruturais possibilitam a interinfluência entre os âmbitos autônomos de comunicação.

⁸⁰⁸ A opinião pública não assume uma função de juiz, como se acreditava anteriormente. Não garante nem reproduz a unidade, e, sim, a diferença. O ato de diferenciar exige uma forma, uma fronteira e duas partes: interno/externo; sistema/ambiente. A diferença pressupõe o outro lado (SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAUJO, Marilene. *O poder dos espelhos*. No prelo). “Essa é uma forma de reflexão que se observa pelos meios de comunicação de massa. Esses meios, por sua vez, constituem um sistema sensível à opinião pública que eles mesmo ajudam a produzir. Uma vez que os temas da opinião pública, ou seja, aquilo de que ela se ocupa, são variáveis, mudam continuamente, a opinião pública se torna por si só instável. Nesse ambiente instável, o sistema político deve buscar se estabilizar. [...] Sua função não consiste em tornar visível e impor fundamentos razoáveis de juízo, mas, de forma similar ao mercado, consiste em tornar possível a observação do observador. Independentemente do que os indivíduos pensem, a forma de protesto atua como um *espelho* onde o conflito pode se ver e confirmar-se em sua significatividade. Intrinsecamente os meios massivos têm uma relação ambígua com temas como a tecnologia, a ecologia e o risco. [...] Sua característica mais notável é a velocidade” (LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Ciudad de Mexico: Herder, 1998. p. 195).

⁸⁰⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 30.

⁸¹⁰ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 425.

⁸¹¹ NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 31.

Os acoplamentos estruturais funcionam como filtros, que facilitam algumas influências e excluem outras, possibilitando a reprodução das estruturas⁸¹². São os acoplamentos que permitem as interpenetrações sistêmicas. Luhmann mantém que o sistema receptor tem à disposição a complexidade que não é apreensível (desordem), excluindo a complexidade preordenada de um sistema para que outra seja incluída⁸¹³.

4.4.2 O pluralismo jurídico na comunidade mundial

Os vários enfoques permitem classificar as diversas formas de pluralismo jurídico e as diversas formas de observação do fenômeno dentro de uma perspectiva filosófica, histórica, sociológica e antropológica⁸¹⁴.

O jurista alemão Oton Von Gierke desenvolve, entre o final do século XVIII e o início do século XIX, o pluralismo jurídico em uma perspectiva histórica na ideia de Direito Corporativo Alemão “*Deutschen Genossenschaftsrechts*”. O estudo de Gierke remete à idade média e se fundamenta nas teorias políticas do corporativismo medieval.

Gierke afirma que a verdadeira fonte do Direito não é o Estado, mas a atividade humana por meio de grupos, corporações e comunidades orgânicas. A sociedade humana é composta

⁸¹² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 35.

⁸¹³ Marcelo Neves considera que é possível a construção de racionalidade transversal simultaneamente ao conceito de acoplamento estrutural. A proposta de uma razão transversal (Wolfgang Welsch) parte da sociedade multicêntrica sob o ponto de vista de uma heterogeneidade dos jogos de linguagem. O discurso não é supraordenado de forma que seja imposto como regulador, pois a imposição importa a destruição da heterogeneidade das esferas discursivas. A razão transversal mantém o *status* de uma razão – faculdade – não de impor, como um decreto, mas de fazer transições. O que existem são pontes de transições que permitem um entrelaçamento. Como uma metanarrativa pós-moderna, seu conteúdo seria vazio tanto na perspectiva descritiva quanto na normativa. Sob a dimensão normativa, esse conteúdo está vinculado à ideia de Justiça em face da heterogeneidade, como se houvesse um consenso em que o dissenso fosse base, não existindo um relativo conteúdo. Ela atua de forma a impedir totalizações e possibilita o intercâmbio, mantendo a pluralidade de todos. Entretanto, segundo Marcelo Neves, as diversas diferenças, a autonomia, a autodescrição da sociedade moderna cominada com uma razão de abrangência superior não têm sentido. Os ambientes de comunicação desenvolvem os seus próprios mecanismos de aprendizagem e influências mútuas e as racionalidades transversais são parciais, podendo servir as racionalidades particulares do sistema em confronto. Ao se vincular as racionalidades particulares, as racionalidades transversais tornam-se pontes de transição. O acoplamento estrutural pode manter bloqueios recíprocos das autonomias dos sistemas e, portanto, corrupção sistêmica – um código de um sistema é sabotado pelo código de outro sistema. No caso de corrupção sistêmica, um sistema pode ter extrema falta de autopoiese, sendo determinado diretamente por outro, impedindo a construção do respectivo acoplamento estrutural. Na racionalidade transversal, em vez de corrupção sistêmica, pode ocorrer um autismo e a expansão de um âmbito de racionalidade sobre o outro, negando-se a alteridade-expansão imperial. Ambas as situações levam a questões morais. Trata-se de uma moral do dissenso estrutural, reproduzida difusamente, que exige o intercâmbio e o respeito à pluralidade de perspectiva de observação e descrição da sociedade. Há necessidade de uma certa razão, sem que ela se mantenha como super-código (*Ibidem*, p. 31 e ss.).

⁸¹⁴ DOMINGUES, Elaine Cristina Pardi. *A lex mercatoria na teoria dos sistemas sociais autopoéticos: conflitos entre racionalidades*. São Paulo: Max Limonad, 2019. p. 155.

por inúmeras personalidades autênticas com vontade e consciência própria que podem criar e formular direitos⁸¹⁵.

Ao discorrer sobre a teoria do direito natural, Gierke defende uma concepção pluralista e policêntrica de poder, baseada na teoria do *consociatio*. As associações não são simulacros fictícios cuja personalidade advém de um ato do Estado, mas “unidades reais”. A personalidade é reconhecida pela lei, assim, recebe-se apenas o que corresponde à sua natureza real.

Na teoria orgânica do *Genossenschaft* – (cooperativo), o conceito de representação que deriva da ideia de uma pessoa fictícia é abandonado, pois a relação entre a associação e os seus membros é a mesma entre um corpo e os seus órgãos. A pessoa jurídica “não é um ser imaturo, carente do representante legal, mas um sujeito que intervém espontaneamente na realidade externa”. Gierke rejeita a ideia de lei contratual, pois não haveria assuntos separados com vontades únicas que concordam com um conteúdo comum, mas existe uma vontade unitária comum da totalidade. A formação de um corpo social é sempre um ato de criação coletiva⁸¹⁶.

Em outro enfoque da sociologia do direito, Eugen Ehrlich, com o seu direito vivente, critica a versão chamada pelo jurista de corrente majoritária, em que as prescrições jurídicas estão apenas descritas e completadas pelas leis estatais.

As prescrições jurídicas legais não conseguem descrever um quadro completo das condições jurídicas⁸¹⁷, que devem ser observadas a partir da dinâmica do que acontece na vida em sociedade, e não apenas nos tribunais e nos órgãos estatais.

Além das prescrições jurídicas de interesse do jurista, das normativas aplicadas concretamente nos litígios vinculadas no direito estatal e do próprio direito estatal, há um direito vivo que emana da vida em sociedade.

Para exemplificar a existência de outros direitos, Ehrlich cita que o regime de comunhão de bens que predomina entre os campesinato austro-alemão nada tem a ver com as prescrições legais encontradas no Código Civil austríaco. Naquele local, o Código simplesmente não é aplicado⁸¹⁸.

Assim, é observável a existência de um direito vivo que se contrapõe a um direito legal vigente. É esse direito vivo que domina a vida, e ele está presente no comércio exterior, na

⁸¹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 187.

⁸¹⁶ CONCILIO, David de. *Consociatione e comunità nel pensiero di Otto von Gierke*. Roma: Università Degli Studi Di Roma Tre Dipartimento Di Giurisprudenza Diritto Comune, 2014.

⁸¹⁷ EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Tradução René Ernani Gertz. Brasília: UnB, 1986. p. 376.

⁸¹⁸ *Ibidem*, p. 299.

fábrica, no banco e em milhares de outras formas de vida⁸¹⁹. As associações humanas formam, além do direito estatal, um direito societal, e as principais associações jurídicas da sociedade humana são o Estado e seus órgãos, as corporações, as cooperativas e as comunidades com ou sem personalidade jurídica⁸²⁰.

O pluralismo jurídico, além do enfoque envolvendo disciplinas do saber, pode ser visto na perspectiva de seu objeto. Desse modo, pode-se afirmar que o pluralismo seriam várias ordens jurídicas independentes umas das outras (François Rigaux). Em outra perspectiva, observa-se a existência na sociedade de diferentes mecanismos jurídicos⁸²¹, em razão de categorias diferentes de pessoas (pluralismo jurídico estatal).

Também se fala no fenômeno da “policitemia simultânea”, no qual um sistema do direito se rivaliza por outro em razão das concepções e práticas coletivas (vivência jurídica) que têm a capacidade de afrontar a ordem jurídica vigente (Hughes Dumont)⁸²².

Por fim, pode-se constatar o pluralismo jurídico a partir da diversidade de sistemas jurídicos⁸²³ que podem coexistir⁸²⁴, muitas vezes, em um mesmo espaço. O pluralismo, nesse ponto, pressupõe uma pluralidade de sistemas jurídicos que não necessariamente são estatais.

Com Norberto Bobbio se fala de um direito pluralista estatal, em que os povos e as nações propagam cada um o seu direito. Os vários ordenamentos se caracterizam, segundo a clássica doutrina positivista, pela vontade soberana⁸²⁵. Juntamente com uma pluralidade de

⁸¹⁹ Entre nós, Pontes de Miranda, ao discorrer sobre a Ciência do Direito, mantém maior abrangência em relação ao objeto: “A ciência do direito estuda os fatos da vida jurídica, as relações, e delas extrai as regras que as devem reger. Outra não poderia ser a sua missão. As regras é que são abstratas; as relações, não. E é de relações, e não de normas, que se constitui a matéria social, em que a ordem social se estabelece. Não é, pois, abstrata, mas concreta. Como o legislador não é infalível, pode não formular a norma que devem, e então nem todo o direito eficaz e vivo está na lei (*nicht alies wirksame Recht ist ausgesprochen*)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005. t. IV, p. 42).

⁸²⁰ *Ibidem*, p. 47-48.

⁸²¹ “Existencia simultánea, en el seno de un mismo orden jurídico, de reglas de derecho diferentes que se aplican a situaciones idénticas.” (*Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1993. p. 446).

⁸²² KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *¿De la pirámide a la red? Por una teoría dialéctica del derecho*. Tradução Oscar Enrique Torres. No prelo.

⁸²³ As autonomias desses sistemas jurídicos são classicamente reconhecidas como: a) autonomia social, que advém de uma regra social emendada de um grupo e criada para o grupo; b) autonomia orgânica, em que a ordem jurídica é um conjunto de normas advindas de forma direta e indireta de uma autoridade não delegada; e c) a autonomia organizacional dos sistemas. Tais autonomias são relativas e modelos arbitrários, devendo ceder para uma visão pluralista do direito que admita a existência de uma pluralidade de sistemas jurídicos e, ao mesmo tempo, a coexistência de identidades com múltiplas facetas (*Ibidem*.)

⁸²⁴ Santi Romano considera “possível se deduzir o princípio de que existem tantos ordenamentos jurídicos quantas são as instituições” (ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 137).

⁸²⁵ A soberania da forma clássica vem sendo cada vez mais questionada por múltiplos fatores, como já visto. Bonavides discorre sobre a Justiça indígena como um dos motivos da fragilidade do princípio da soberania: “Este principio establece que el Estado tiene el monopolio de la producción y aplicación del derecho. Los procesos de integración regional y la transferencia de soberanía que a menudo implican, las condicionalidades impuestas por las agencias multilaterales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Organización Mundial del Comercio), los contratos económicos internacionales de las empresas multinacionales que operan en los países y las cláusulas

ordenamentos estatais, há a denominada segunda fase do pluralismo, chamada de pluralismo institucional.

No pluralismo institucional existem vários ordenamentos identificados pelas instituições (Santi Romano)⁸²⁶: a) pluralismo institucional (sistemas jurídicos supraestatais; ordem jurídica internacional e supranacional, como a Comunidade Europeia); b) os sistemas jurídicos infraestatais (ordens jurídicas corporativas); e c) os transnacionais ou desterritorizados. As ordens e os sistemas jurídicos podem, desse modo, confluir em um mesmo espaço ou mesmo conduzir a ordens jurídicas não territorializadas⁸²⁷.

4.4.3 Relações intersistêmicas: ordenamentos jurídicos e sistemas jurídicos

Se a linguagem mantém uma insuficiência perpetuada pela indeterminação das palavras para produzir a abstração⁸²⁸, é a linguagem que acopla os sistemas sociais e o sistema psíquico, de forma que a descrição de qualquer objeto só pode partir daquilo que se produz pela linguagem para identificá-lo. A primeira pista de compreensão de um determinado objeto é a realidade descrita pela linguagem daqueles que se dedicam a estudar o objeto.

generales que llevan aparejadas – lo que se conoce como nueva *lex mercatoria* –, son algunas de las actuales restricciones y limitaciones jurídicas que condicionan el monopolio del Estado sobre el derecho. En el plano sociológico e incluso jurídico, la justicia indígena, como fuente de derecho, es más antigua que cualquiera de los factores arriba mencionados y este hecho se reconoció sin grandes sobresaltos en el periodo colonial. Esto para no argumentar que la justicia indígena Abya Yala el momento de la conquista colonial. Solo con el positivismo jurídico del siglo XIX y su manera de concebir la consolidación del Estado de derecho moderno –el Estado para consolidarse requiere que haya una sola nación, una sola cultura, un único sistema educativo, un solo ejército, un único derecho– la justicia indígena se transformó en una violación del monopolio del Estado” (SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Quito-Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2012. p. 16-17).

“Esse princípio estabelece que o Estado tem o monopólio da produção e aplicação do direito. Os processos de integração regional e a transferência de soberania frequentemente implicam, nas condicionais impostas pelas agências multilaterais (Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, Organização Mundial do Comércio), os contratos econômicos internacionais das empresas multinacionais que operam nos países e cláusulas gerais que levam aparelhadas – o que se conhece como a nova *lex mercatoria* –, são algumas das atuais restrições e limitações jurídicas que condicionam o monopólio do Estado sobre o direito. No plano sociológico e inclusive jurídico, a justiça indígena, como fonte de direito, é mais antiga que quaisquer outros fatores acima mencionados e este fato se reconheceu sem grandes sobressaltos no período colonial. Só com o positivismo jurídico do século XIX e sua maneira de conceber a consolidação do Estado de direito moderno – o Estado para consolidar-se requer que haja só uma nação, uma só cultura, um único sistema educativo, um só exército, um único direito – a justiça indígena se transformou em uma violação do monopólio do Estado” (tradução livre).

⁸²⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1982. p. 162 e ss.

⁸²⁷ KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *¿De la pirámide a la red? Por una teoría dialéctica del derecho*. Tradução Oscar Enrique Torres. No prelo.

⁸²⁸ “As inexatidões nas definições de ideias muito abstratas frequentemente são geradas e perpetuadas pela indeterminação das palavras que a estas correspondem, pela pobreza da linguagem, que não fornece vocábulos distintos para distingui-las das outras afins” (ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 66).

Nesse prisma, os ordenamentos jurídicos, para a Teoria do Direito, só podem ser as realidades que os juristas assim as chamam. Do ponto de vista da Teoria Comunicacional do Direito⁸²⁹, apreende-se a realidade jurídica a partir da linguagem dos juristas, e não de uma ideia preconcebida. Contudo, a linguagem dos juristas pode ter abusos e vícios semânticos, de forma que a busca de conceitos mais precisos dentro da realidade do direito se impõe.

Há, sem dúvida, um uso metafórico dos juristas ao se referirem ao ordenamento jurídico como um ordenamento para cada disciplina do Direito (ordenamento jurídico constitucional, ordenamento jurídico administrativo).

A expressão refere-se a um ordenamento parcial, e não ao ordenamento jurídico da forma descrita pelos juristas. A descrição sistemática do ordenamento jurídico feita pela linguagem dos juristas só pode estar ligada à ideia de um ordenamento jurídico de um determinado Estado, como o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a expressão “ordenamento jurídico constitucional” só pode estar ligada a um conjunto de normas, sendo um ordenamento parcial⁸³⁰.

O que se apresenta na fala dos juristas em relação ao termo “ordenamento jurídico” é uma certa confusão terminológica, cada autor utiliza o termo da forma que lhe convém, desde que justificada. Entretanto, a Teoria do Direito deve buscar o mínimo de coerência para encontrar sistematização mínima no uso do termo.

Se, por um lado, o mundo dos juristas aceita e se refere em sua linguagem como ordenamento jurídico apenas o direito ditado pelo Estado, o mesmo universo da linguagem dos juristas refere há tempos que as instituições sociais são também instituições jurídicas e, portanto, portadoras de um ordenamento jurídico⁸³¹. Ao fim, o que se nota é que os autores se

⁸²⁹ “Corriente que concebe la teoría del derecho y la ciencia de los juristas desde la perspectiva de la comunicación, de tal modo que el derecho se manifiesta en un conjunto de procesos de comunicación en ámbitos jurídicos determinados. También se denomina análisis del lenguaje de los juristas, teoría de los textos jurídicos y teoría hermenéutica-analítica del derecho” (*Diccionario del español jurídico*. Real Academia Española. Disponível em: <https://dej.rae.es>. Acesso em: 30 set. 2019; veja também: ROBLES, Gregorio. *Teoría del derecho: fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Civita, 2015).

“Correntes que concebe a teoria do direito e a ciência dos juristas desde a perspectiva da comunicação, de tal modo que o direito se manifesta em um conjunto de processos de comunicação em âmbitos jurídicos determinados. Também se denomina análises da linguagem dos juristas, teoria dos textos jurídicos e teoria hermenêutica-analítica do direito” (tradução livre).

⁸³⁰ ROBLES, Gregorio. *Pluralismo jurídico y relaciones intersistemicas*. Ensaio de teoría comunicacional del derecho. Madrid: Civitas, 2007. p. 190-191.

⁸³¹ ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

referem ao ordenamento jurídico como o ordenamento estatal, internacional⁸³², canônico, do desporto⁸³³.

A negação do pluralismo parte da corrente monista⁸³⁴, que mantém a assertiva de que há apenas um ordenamento jurídico no mundo que pode se manifestar em dois sentidos: estatista ou internacionalista. No primeiro, propõe-se que o único ordenamento existente é o do próprio Estado, devendo os demais ser reconhecidos pelo ordenamento estatal. Os internacionalistas defendem a existência de um ordenamento que seria um ordenamento totalizante; o direito internacional como um supraordenamento⁸³⁵ a que se submeteriam os ordenamentos estatais⁸³⁶.

⁸³² “Cuando he topado con referencias tales como ordenamento administrativo u ordenamento jurídico mercantil, enseguida he podido comprobar que el autor que así se expresaba era muy consciente de que tanto em um caso como em outro essas expresiones las referia a ‘subordenamientos’.” (ROBLES, Gregorio. *Pluralismo jurídico y relaciones intersistemicas*. Ensaio de teoría comunicacional del derecho. Madrid: Civitas, 2007. p. 193).

“Quando encontrei referências como ordem administrativa ou ordenamento mercantil, em seguida pude verificar imediatamente que o autor que assim se expressava era muito ciente de que, nos dois casos, essas expressões se referiam a ‘subordenamentos’” (tradução livre).

⁸³³ “Considerando que se converte em competitiva, a prática desportiva gera, em um primeiro lugar, necessariamente, o estabelecimento de regras e, em segundo lugar, a harmonização destas regras sobre um plano local, nacional e posteriormente internacional (com efeito não poderíamos imaginar que o futebol se pratique de maneira diferente na Europa e na Ásia); considerando que esta harmonização se faz possível a criação organizacional piramidal de clubes e federações nacionais, em cuja ponta se encontra na FIFA como órgão supranacional; considerando que esta organização é o resultado do exercício fundamental, a liberdade de associação, considerando que, em vista da realização de sua finalidade, que é inclusive sua razão mesmo de existir, esta organização tem dado lugar a dois tipos de regras: 1. regras puramente técnicas que organizam o jogo e as competições; e 2. regras sobre a organização interna desta ‘pirâmide’ e a harmonização das relações entre as escalões descentralizadas, mas também regras de organização de suas relações com o elemento mais importante: o jogador; considerando que esta segunda categoria de regras constitui uma verdadeira ordem jurídica” (tradução livre) (Sentença do Tribunal de Verviers) (KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *De la Pyramide au ressaau*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Sout Louis, 2002. p. 206).

⁸³⁴ A tese monista encontra sua primeira inspiração no direito natural. Conforme os estoicos, há um mundo da ordem cósmica harmoniosa e unitária. A natureza constitui um ordenamento organizado de acordo com leis constantes – cosmo único, assim ocorre com o mundo humano e com o direito. Apenas um direito é autêntico, o direito natural. Essa concepção é alcançada na expressão mais elaborada na filosofia jurídica escolástica com a trilogia das leis *lex aeterna*, *lex naturalis*, *lex positiva* (o direito é uno, mas tem vários tipos de manifestações). Tal pensamento predomina durante séculos e, com o nascedouro do direito internacional, vem das mãos de grandes jusnaturalistas nos séculos XVI e XVII, o *ius gentium* se converte em um capítulo do direito natural. A busca por uma fonte monista do direito tem origem na concepção de direito natural que, após a Idade Média, mantém uma ideia universal e racional. Sustenta Gregorio Robles que a ideia positivista baseada em um monismo internacionalista é oriunda da ideia de direito natural. “Dentro de la posible idea del imperio que Dante Alighieri desarrolla dentro de una concepción humanista y iusnaturalista influyera en la visión que Kelsen sistuvo del monismo jurídico con primacia del derecho internacional. Responde a un mismo planteamiento de fondo: la existencia de un mundo jurídico armonioso y unitario, el imperio del derecho que impone la paz sobre todos los Estados” (*Ibidem*, p. 198).

“Dentro da ideia do império que Dante Alighieri desenvolveu dentro de uma concepção humanista e jusnaturalista a visão de Kelsen foi influenciada. Kelsen sustentou um monismo jurídico como primazia do direito internacional. Responde à mesma abordagem básica: a existência de um mundo jurídico harmonioso e unitário, o império da lei que impõe a paz a todos os Estados” (tradução livre).

⁸³⁵ Do ponto de vista gnoseológico, para a teoria pura, o direito interno e o direito internacional formam um sistema unitário de normas, pois se considera “todo o direito num só e mesmo sistema, isto é, do mesmo ponto de vista como um todo fechado” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Almedina 2008. p. 187-188).

⁸³⁶ *Ibidem*, p. 197.

Em um paralelismo entre o Direito e a Linguagem, que são fenômenos universais, Gregorio Robles defende o pluralismo jurídico com base em três conceitos pertencentes à linguística e três pertencentes ao mundo do direito. A linguagem, a língua e o ato de falar podem corresponder ao Direito, ao ordenamento jurídico e a uma decisão. Assim como a linguagem se manifesta em uma pluralidade de línguas, o Direito se manifesta em uma pluralidade de ordenamentos⁸³⁷.

O estudo da língua seria a ideia de Ciência do Direito em sentido estrito que corresponde à dogmática jurídica, cujo objeto é o ordenamento jurídico determinado. A Linguística, que é a ciência que investiga a estrutura profunda da linguagem e, portanto, de todas as línguas, é a Teoria do Direito, e o objeto é o Direito, e não apenas um ordenamento jurídico.

A Teoria do Direito necessita da dogmática para realização de seus estudos e comparação dos inúmeros ordenamentos existentes⁸³⁸, podendo ordenar o material de forma sistemática. A dogmática constrói um sistema a partir do ordenamento, portanto, sua perspectiva é monista, e a Teoria do Direito constrói o sistema do Direito. O objeto da dogmática é o texto do ordenamento, o objeto da Teoria do Direito que possui um corte filosófico especulativo superior ao objeto, que é o Direito.

Da mesma forma, comparando o Direito com o jogo, como sugere Gregorio Robles, os ordenamentos jurídicos conformam uma pluralidade de comunicações, assim como cada jogo constitui um marco comunicativo de caráter convencional e, inclusive, artificial, no sentido de que muitas vezes o jogo está fora de uma realidade intitulada da vida real.

A partir da existência de diversos ordenamentos jurídicos referentes ao direito do Estado, ao direito internacional, ao direito comunitário europeu, ao direito da igreja católica e de outras religiões, afirma-se que o ordenamento jurídico é um conjunto de texto⁸³⁹, e sua referência é o texto que o constituiu.

O texto não remete apenas ao que está escrito e posto em uma folha de papel de forma completa e acabada, mas também ao que pode ser verbalizado e expresso em palavras. Nesse sentido, o próprio direito consuetudinário que não é escrito é texto, pois pode ser expresso em texto escrito.

O sentido daquilo que se pode ofertar na relação entre ordenamentos jurídicos é uma inter-relação textual que só pode ser compreendida em sua função regulativa (perspectiva

⁸³⁷ ROBLES, Gregorio. *Pluralismo jurídico y relaciones intersistemicas*. Ensaio de teoría comunicacional del derecho. Madrid: Civitas, 2007. p. 36.

⁸³⁸ *Ibidem*, p. 204.

⁸³⁹ *Ibidem*, p. 25.

pragmática)⁸⁴⁰. O ordenamento jurídico representa o texto bruto. Atualmente, o mundo está diante de vários ordenamentos jurídicos que promovem uma inter-relação textual.

A relação entre os ordenamentos jurídicos é questão com que se preocuparam vários autores, dentre eles Norberto Bobbio, que irá estabelecer tipos e critérios entre os ordenamentos⁸⁴¹. As relações entre os ordenamentos são determinadas por cada ordenamento jurídico, que estabelece e regula suas relações com os demais ordenamentos.

Os ordenamentos jurídicos, enquanto compreendidos como textualidade, mantêm relações intertextuais e intersistêmicas, considerando a consequência construtiva do sistema que mantém uma autorregulação e constitui uma totalidade de texto.

No sentido da autopoiese, pode-se afirmar que “cada texto tem seu agente criado reconhecido pelo próprio ordenamento jurídico”; o Direito, pelos seus próprios mecanismos, faz uso de suas competências e gera decisões produtoras de textos que vão se integrando em uma rede imensa do ordenamento que decide por si só e cria os seus componentes.

A incorporação de um texto a outro é um fenômeno da intertextualidade, a qual, no direito, “sempre tem lugar entre normas, instituições e decisões pertencentes a um ordenamento jurídico com normas, instituições e decisões pertencentes a um ordenamento ou outros ordenamentos”⁸⁴².

A relação dos ordenamentos não pode prescindir a um enfoque da pragmática. Deste modo, o sentido de um texto é apreendido apenas a partir do texto, em uma integração de um texto a outro, o que transforma o resultado em um novo texto, mesmo que o conteúdo material não sofra variação.

Ao se receber novos textos, os ordenamentos se entrelaçam e transformam o próprio texto. O ordenamento representa o texto bruto e o sistema é produto acabado da ciência, sendo um segundo texto que renova dia a dia com novas aportações, com texto jurídico elaborado, com interpretação e conceptualização. O Direito mantém um processo contínuo de comunicações em que:

todos os atos se definem, em termos comunicacionais, como atos da fala geradores de textos, cujo sentido completo não pode alcançar senão por meio da compreensão dos ordenamentos e relações intertextuais. O ordenamento jurídico e o sistema jurídico são o texto bruto e o texto elaborado e se alimentam reciprocamente durante o tempo em um “espiral hermenêutico”⁸⁴³.

⁸⁴⁰ ROBLES, Gregorio. *Pluralismo jurídico y relaciones intersistemicas*. Ensaio de teoría comunicacional del derecho. Madrid: Civitas, 2007. p. 28.

⁸⁴¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1982. p. 162 e ss.

⁸⁴² ROBLES, Gregorio. *Op. cit.*, p. 31.

⁸⁴³ *Ibidem*, p. 33.

4.4.4 Um Direito fragmentado

Luhmann faz a previsão, ainda na década de 1970, de que o direito global experimentaria uma fragmentação radical. Apesar da dificuldade existente em previsões no âmbito das ciências sociais, Gunther Teubner afirma que Luhmann acertou⁸⁴⁴. O direito global sofreria uma fragmentação radical não por conta de razões territoriais, mas por questões de ordem setorial social, e

a razão para isso seria uma transformação de normativa (política, moral, legal) para as expectativas cognitivas (economia, ciência, tecnologia); uma transformação que seria efetivada durante a transição de sociedades organizadas nacionalmente para uma sociedade global⁸⁴⁵.

O Direito, em um mundo multicêntrico, está misturado de forma desordenada em interdependências setoriais, e isso forma conflitos intersistêmicos e colisões de distintos setores, fazendo surgir normas de conflitos intersistêmicas entre diversos setores sociais⁸⁴⁶. Aliada a isso está a criação em grande escala de tribunais e cortes internacionais formatados para solução de conflitos de ordem internacional e transnacional.

Dentro da fragmentação do Direito, é dificultoso encontrar meios de combater as contradições existentes em decisões individuais, doutrinas e jurisprudência, sendo que a própria ideia de Estado-nação não é suficiente para enfrentar as colisões. Há ruptura entre a unidade do direito internacional e a hierarquia normativa permitida no conceito de Estado-nação.

Tais ideias de unidade e hierarquização não dão conta de evitar os conflitos, e a forma que se mostra possível para evitar o conflito é a politização explícita da colisão das normas jurídicas que podem, possivelmente, ser solucionadas por negociações entre atores coletivos e decisões coletivas.

A fragmentação não resulta de um pluralismo político, mas de uma expressão de contradições entre os vários setores da sociedade global. A fragmentação não consiste unicamente nas colisões da norma ou no conflito político, mas nas contradições de toda a sociedade.. Um conflito de racionalidades institucionalizadas em uma sociedade global

⁸⁴⁴ TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Lima: EIRL, 2005. p. 115-117.

⁸⁴⁵ TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 999-1045, Summer/2004 (tradução livre).

⁸⁴⁶ TEUBNER, Gunther. *Op. cit.*, p. 115-117.

policêntrica ou multicêntrica, provocada pela diferenciação, pela cláusula operativa própria e pela autonomia dos vários sistemas sociais.

A fragmentação do Direito é mais radical do que uma simples perspectiva reducionista – jurídica, política, econômica ou cultural – pode compreender. A fragmentação é mais fundamental, multidimensional – uma fragmentação da sociedade global de si mesmo. Quaisquer aspirações para uma unidade normativa do Direito global estão, contudo, desde o início, condenadas. Os níveis em que os conflitos podem ser solucionados são totalmente indescritíveis tanto no direito global quanto na sociedade global. Em vez disso, espera-se que a fragmentação do Direito se intensifique.

A fragmentação do Direito⁸⁴⁷ não pode ser em si mesma combatida. Na melhor das hipóteses, uma frágil compatibilidade normativa dos fragmentos pode ser conseguida. No entanto, esta é dependente da capacidade dos conflitos do Direito para estabelecer uma específica lógica que pode efetuar um acoplamento de unidades de colisão⁸⁴⁸.

Os diversos direitos nascem de redes especializadas que possuem uma identidade setorial de autorreprodução e não possuem fronteiras territoriais. É como se fosse uma colcha de retalhos. A ideia de um direito transnacional que fosse transfronteiriço é encontrada já no século passado com Philip C. Jessup, que considera que a expressão serve para “incluir todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais. Tanto o direito público quanto o privado estão compreendidos, como estão as normas que não se enquadram inteiramente nessas categorias”⁸⁴⁹.

Se o Direito prolifera ordens jurídicas, subordinadas ao mesmo Código, essa pluralidade de ordens, com seus elementos (atos jurídicos), estruturas (normas jurídicas), procedimentos e reflexão de identidade pela dogmática jurídica, faz com que a diferenciação se intensifique no Direito, levando a necessárias pontes de transição entre as ordens que estão a envolver diretamente os tribunais⁸⁵⁰.

Sob a perspectiva de um Direito multicêntrico, cada ordem jurídica mantém o seu centro, sendo o centro da outra ordem a sua periferia. Não podendo falar em hierarquia entre as

⁸⁴⁷ Um direito gerado por fragmentos sociais autônomos que cria suas próprias normas reguladoras, em regimes privados, com regulação e resolução de conflitos. Esse direito sem unidade territorial e defendido por Teubner manteria a sua diferenciação setorial e não territorial. A existência desse Direito se justifica pela ideia de pluralismo jurídico, que consiste justamente no meio pelo qual se explica a diferenciação da sociedade territorial. O direito gerado pelos fragmentos sociais autônomos tem uma pretensão de validade global, advindas, por exemplo, de acordos internacionais (TEUBNER, Gunther. *A bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. Impulso*, Piracicaba, v. 13, n. 33, p. 9-31, 2003. p. 1).

⁸⁴⁸ TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 999-1045, Summer/2004.

⁸⁴⁹ JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Portugal: Fundo de Cultura, 1965. p. 12.

⁸⁵⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 116.

ordens nacionais, internacionais e transnacionais, existindo observações mútuas com aprendizagem e intercâmbio, uma verdadeira comunicação, sendo que esse diálogo permanente entre ordens pode se dar entre Tribunais ou apenas em incorporação de textos em um intercâmbio sistêmico em que há, em vez de hierarquia, reciprocidade articulada por sentidos⁸⁵¹.

O Direito, sendo consequência de uma lógica de sua diferenciação, permite uma unidade que não pode se basear em uma estrutura hierárquica, fundada procedimentalmente em operações vinculadas entre os ordenamentos. A unidade é uma interlegalidade operativa⁸⁵², por meio de redes de comunicação.

Ao declarar o colapso da hierarquia, Teubner explica como esses regimes autônomos fragmentados se mantêm. No centro do Direito, estão os Tribunais e, nas periferias, os diversos regimes jurídicos autônomos que geram diversidade de mecanismos, como acordos de associação profissionais, rotinas de organizações, normas técnicas e científicas, podendo até mesmo ser estabelecidos.

Segundo Teubner, as normas secundárias são próprias, diferentes das do direito nacional e internacional, existindo regimes constituídos não no sentido de constituição política de uma pólis, mas de regimes suficientes, com normas secundárias e até mesmo primárias especializadas, com o reconhecimento jurídico e as sanções jurídicas. As normas produzidas por esses setores podem colidir com outros sistemas postos, como o sistema sanitário da Organização Mundial da Saúde (OMS). Os conflitos entre regimes se intensificam. Assim, os “conflitos constitucionais do mundo real encontram sua expressão mediante os regimes jurídicos autônomos, se constituem como uma reprodução jurídica das colisões existentes entre as diversas racionalidades da sociedade global”⁸⁵³.

Exemplos para Teubner são a *lex digital* e a *lex mercatoria*. Em relação à *lex mercatoria*, a tese de doutorado de Elaine Cristina Pardi Domingues demonstra que a *lex mercatoria* é uma ordem jurídica transnacional⁸⁵⁴. No regime privado global, diferentemente do regime

⁸⁵¹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 117.

⁸⁵² TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Lima: EIRL, 2005. p. 125.

⁸⁵³ *Ibidem*, p. 123.

⁸⁵⁴ A *lex mercatoria* é um dos exemplos mais utilizados para a demonstração de um direito global, fundada em um direito costumeiro, podendo ser considerada “um direito que está além das ordens políticas nacionais e que emerge da sociedade global, identificando-se como o direito transnacional, como a terceira categoria de direitos, que estaria além dos direitos nacionais, mas que muitas vezes não chega a fazer parte do direito internacional propriamente, surgindo para regular conflitos de interesses entre grandes corporações econômicas, entre um Estado nacional e empresas transnacionais ou entre dois Estados nacionais, no âmbito do comércio internacional. [...] As principais fontes que fazem parte da *lex mercatoria*, segundo a doutrina tradicional, são os costumes comerciais internacionais, os princípios gerais do direito, os contratos e a jurisprudência arbitral. [...] Os contratos transnacionais são uma das principais fontes da *lex mercatoria*, graças à aplicação da autonomia da vontade nas relações privadas, que apesar do intervencionismo estatal na socialização dos contratos, não foi capaz de retirar o

tradicional, em que reinam os princípios, as normas, as regras e o procedimento de tomadas de decisão em torno da expectativa das partes, há uma autojuridificação de fragmentos sociais diversos, as esferas sociais produzem normas independentemente de um poder político estatal.

4.4.5 Ciberespaço: regulação, autorregulação e correção

O Ciberespaço possui três formas de regulamentação que interagem entre si para manter a operação do sistema. A primeira é a regulação da infraestrutura, que são as redes telefônicas e as redes que possibilitam a conexão, como fibra ótica, satélites, conexões sem fio. Essas redes são regidas pelo chamado direito das telecomunicações e são os Estados que regulam diretamente o setor, objetivando garantir a livre concorrência e a proteção dos consumidores e, principalmente, a ordenação do espectro eletromagnético, elemento que possibilita a conexão sem fio.

Uma segunda regulamentação é a do código ou da chamada arquitetura da rede. Essas conexões fazem o que se denomina *software* e são padrões técnicos e protocolos de comunicação. Aqui reina a autorregulação do setor privado, principalmente da comunidade científico-técnica. Por fim, a regulação sobre os conteúdos agrega o maior número de normas e instrumentos de regulação, sendo estabelecidas diversas agendas. Aqui há um maior protagonismo dos Estados e de organismos internacionais de caráter estatal.

A regulação da arquitetura do Ciberespaço é realizada por entidades, instituições e organizações muito específicas que se encarregam da adoção de medidas para a implementação técnica do funcionamento da rede, mediante padrões de protocolos. O desenvolvimento dessas instituições e suas atividades estão, em sua maioria, à margem do Estado. As organizações são divididas em três frentes: a) de caráter técnico; b) de atribuição de recurso; e c) de coordenação e representação.

Os principais organismos de caráter técnico são a Internet Architecture Board (IAB)⁸⁵⁵, a Internet Engineering Task Force (IETF)⁸⁵⁶ e WWW Consortium⁸⁵⁷. A IAB promove a supervisão arquitetônica de protocolos e procedimentos da internet e dirime os conflitos que

caráter independente das relações econômicas [...]” (DOMINGUES, Elaine Cristina Pardi. *A lex mercatoria na teoria dos sistemas autopoieticos: conflitos entre racionalidades*. São Paulo: Max Limonad, 2019. p. 40 e 45).

⁸⁵⁵ Disponível em: <https://ietf.org/about/groups/iab/>. Acesso em: 19 out. 2019.

⁸⁵⁶ A missão da IETF é melhorar a internet, produzindo documentos técnicos relevantes e de alta qualidade que influenciam a maneira como as pessoas a projetam, usam e gerenciam.

⁸⁵⁷ A principal atividade do W3C é desenvolver protocolos e diretrizes que garantam o crescimento a longo prazo para a Web. Os padrões do W3C definem partes-chave do que faz a World Wide Web funcionar. A missão do W3C é liderar a World Wide Web em todo o seu potencial. São princípios: Web para todos. Web em tudo (por exemplo, celulares). Web de Serviços. Web de interação. Rede de confiança.

suscitam no seio da IETF. Esta estabelece normas que especificam o desenvolvimento e o uso de protocolos da arquitetura para solução de problemas técnicos e operacionais da rede. Ainda, como entidade de caráter técnico, a WWW Consortium é um consórcio privado internacional que mantém a padronização da World Wide Web⁸⁵⁸.

Das principais instituições de atribuição de recursos, tem-se a Internet Assigned Numbers Authority (IANA)⁸⁵⁹, que coordenada a reserva global de direções do Protocolo de Internet (IP) e os números do Sistema Autônomo (AS)⁸⁶⁰. Além de direcionar os Registros Regionais de Internet⁸⁶¹, a IANA também administra a zona raiz do sistema de nomes de domínios (DNS).

A IANA foi incorporada pela Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)⁸⁶², que é responsável pela coordenação dos recursos de infraestrutura e do sistema de atribuição único das redes no Ciberespaço, garantindo um funcionamento estável e seguro da Internet. A ICANN mantém uma resolução universal, de forma que qualquer usuário da rede em qualquer lugar do mundo recebe os mesmos resultados quando acessam a internet.

A ICANN é gestora de toda política de DNS para internacionalização do sistema de nomes e domínio e a introdução de novos domínios genéricos de nível superior. Como em suas mãos estão decisões de caráter econômico de registro de nomes de domínio, existem correntes que consideram que a ICANN não é um órgão de nível técnico, mas um organismo político que faz a gestão de recursos que geram muitas riquezas. Conforme dispõe Lessig, dificilmente se separa a regulação técnica da regulação política⁸⁶³.

Josep Ibáñez considera que:

A ICANN não tem como preocupação prioritária a coordenação técnica, nem é uma organização de estabelecimento de padrões. Mas, se trata de uma instituição que combina a necessidade de coordenação técnica e a regulação da indústria criada em torno dos recursos que faz a gestão⁸⁶⁴.

Ademais, a ICANN funciona muitas vezes como verdadeiro Tribunal Arbitral, a Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy (UDRP), a política uniforme de

⁸⁵⁸ Disponível em: <https://www.w3.org>. Acesso em: 19 out. 2019.

⁸⁵⁹ Disponível em: <https://www.iana.org>. Acesso em: 19 out. 2019.

⁸⁶⁰ Um *sistema autônomo* (AS) é uma coleção de prefixos de roteamento conectados por Protocolo de Internet (IP), controlada por um ou mais operadores da rede.

⁸⁶¹ Registro Regional da Internet é uma organização que supervisiona a atribuição e o registro dos recursos de números de internet em uma região do mundo.

⁸⁶² Disponível em: <https://www.icann.org>. Acesso em: 19 out. 2019.

⁸⁶³ LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001.

⁸⁶⁴ IBÁÑEZ, Josef. *El control de Internet*. Poder y autoridade em los mercados eletrônicos. Madrid: Editorial Catarata, 2005. p. 240.

resolução de disputas em razão de domínio. A UDRP não lida com domínios específicos do país e só permite reclamações contra domínios genéricos de nível Top (TLDs), como .com, .net e .org. O seu processo é administrativo obrigatório⁸⁶⁵, as decisões do tribunal instalado pela ICANN vinculam as partes e a execução é forçosa eletronicamente sobre a concessão do domínio⁸⁶⁶. As decisões do painel são implementadas pelos provedores de registro e credenciamento do *site* (provedores de acolhimento), que contratualmente se obrigam a respeitar as decisões e incluem tal dever dentro de seus contratos com usuários de domínio. Os registradores são notificados automaticamente e executam as decisões eletronicamente. Como uma espécie de regimes autônomos, há meios próprios que normatizam, reflexivamente, seus processos de tomada de decisão. Por último, dos organismos de coordenação e representação, o maior destaque é a Internet Society (ISOC)⁸⁶⁷, fundada em 1991, que se mantém como um centro de cooperação e coordenação global para o desenvolvimento de protocolo e padrões compatíveis. A ISOC fornece apoio jurídico às outras entidades e está ligada à IAB.

Em razão da forte influência americana na construção da autorregulação da arquitetura⁸⁶⁸ da rede, vale a lembrança da Cúpula Mundial da Sociedade de Informação (CMSI)⁸⁶⁹, conhecida pela sigla internacional WSIS, que nasceu em dezembro de 2001 em Assembleia Geral das Nações Unidas. A CMSI teve duas fases, uma em 2003 e outra em 2005, que acabou por aprovar a Declaração de Princípios⁸⁷⁰ e um Plano de Ação⁸⁷¹. A ideia de manter sob o controle de um mecanismo como as Nações Unidas foi altamente criticada pelo setor privado, pelas comunidades técnica e acadêmica e até mesmo pelo governo.

⁸⁶⁵ Os inscritos são obrigados a submeter-se a um processo administrativo obrigatório conduzido por um prestador de serviços de resolução de litígios aprovado pela ICANN, quando um queixoso afirma que: 1. o nome de domínio é idêntico ou confusamente semelhante a uma marca ou marca de serviço em que o queixoso tem direitos; 2. o registrante não tem direitos ou interesses legítimos em relação ao nome de domínio; e 3. o nome de domínio foi registrado e está sendo usado de má-fé. Para ter sucesso, o queixoso deve provar que os três elementos estão presentes.

⁸⁶⁶ GEIST, Michael. *Fair.com?: An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP*. Disponível em: <http://aix1.uottawa.ca/~geist/geistudrp.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁸⁶⁷ Disponível em: <https://www.internetsociety.org/>. Acesso em: 19 out. 2019.

⁸⁶⁸ Até meados dos anos 1990, a competência de atribuição de nomes era da (D)ARPA, que fazia a gestão indireta em virtude de um contrato celebrado com o Instituto de Ciência da Informação da University of Southern California (USC). Em 1998, o Departamento de Comércio dos EUA assumiu a titularidade do serviço por meio da (D)ARPA e cedeu para a ICANN, reconhecendo a autonomia no desenvolvimento das competências da ICANN. A partir de 2016, a ICANN adotou o modelo de gestão de múltiplas partes interessadas (*multistakeholder governance model*), que inclui Estados, agentes econômicos, organismos técnicos e organizações sociais.

⁸⁶⁹ Disponível em: <https://www.itu.int/net/wsif/>. Acesso em: 19 out. 2019.

⁸⁷⁰ Disponível em: https://www.itu.int/net/wsif/documents/doc_multi.asp?lang=en&id=1161|0. Acesso em: 19 out. 2019.

⁸⁷¹ *Ibidem*.

Em um acordo na Cúpula Mundial da Sociedade criou-se o Fórum de Governança da Internet (FGI), sigla que, em inglês, reúne Estados, setor privado, academia e sociedade civil. A governança foi definida como

o desenvolvimento e a aplicação pelos governos, o setor privado e a sociedade civil, nas funções que os competem respectivamente, de princípios, normas, regras, procedimentos de adoção de decisões e programas comuns que configuram a evolução e a utilização de Internet⁸⁷².

A especificidade do Ciberespaço é que o caráter aberto possibilita a ordenação de padrões e protocolos técnicos e a fixação de regras de conduta em relação à utilização das redes e de seus serviços. Desde o início da rede, a sua gestão e coordenação sempre manteve um caráter colaborativo e de cooperação entre, principalmente, membros da academia. A ideia de governança da rede surgiu em 1995, em um seminário de Harvard Information Infrastructure Project (HIP), em contraposição à ideia de governo.

Diferentemente do que ocorreu no mundo das telecomunicações e radiodifusão, que foram os principais propulsores da comunicação em massa em que foi possível fundar um monopólio estatal na administração do espectro e de políticas para o setor, o Ciberespaço não tem condições de possuir uma “regulação formal em sentido estrito”. Da mesma forma, no Ciberespaço não há espaço, como no mundo das telecomunicações e radiodifusão, para um modelo mais privado, estatal ou público.

Agora, para além dos vários fóruns de debates de governança, a autorregulamentação do Ciberespaço está em suas gêneses e constitui um dos seus princípios estruturais. No início da rede, nos anos 1960, os atuantes no sistema entendiam por autorregulação “o estabelecimento, sucessivo e consensuado de pautas de funcionamento para a rede, as quais eram propostas elaboradas e aceitas pelas próprias comunidades de desenvolvedores e usuários desta”⁸⁷³.

Entretanto, embora se critique que a regulação ou regulamentação no Ciberespaço possibilita a interferência, as restrições a liberdades, a não evolução da tecnologia e o risco da burocratização, a autorregulação feita pelas organizações recebe críticas, em especial pela assimetria de poder no setor das tecnologias de informação, em que a influência das grandes empresas de TI pode não refletir em medidas que garantam o benefício de vários atores sociais e do chamado “bem comum”. Assim, a regulamentação estatal teria, a princípio, o Estado como

⁸⁷² Disponível em: <https://www.wgig.org/>. Acesso em: 19 out. 2019.

⁸⁷³ ANDRÉS, Moisés Barrio. *Ciberderecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 96.

garantidor do “bem comum”, mantendo um contrapeso na relação de forma a garantir o equilíbrio entre todos os envolvidos.

A questão é que o Direito na forma de imperativo com ordens e coerção que estão em um primeiro momento no plano da regulação estatal em alguns campos é imprescindível, como para prevenir e repelir riscos, quando. Entretanto, nos âmbitos das plataformas de inovação que demandam expressão, criatividade e disposição à cooperação, os mecanismos de coerção nem sempre se mostram razoáveis⁸⁷⁴. Deve-se pensar em um Direito para o Ciberespaço com consideração das condições contextuais e iniciais da rede, bem como um desenvolvimento reativo orientado para uma capacidade de aprendizagem.

Contudo, a transnacionalidade restringe praticamente por completo a possibilidade de uma regulação fechada apenas no âmbito territorial do Estado. No ambiente de transnacionalidade, as regras estatais são importantes, porque mantêm a utilização das “culturas de decisão”⁸⁷⁵ desenvolvidas no âmbito do direito interno. Ainda, a comunicação intersistêmica entre os vários ordenamentos a partir, por exemplo, de ressignificação de “princípios regulatórios” pode ser mecanismo de aprendizagem, levando a boas soluções.

A regulação possível – embora algumas experiências, como a União Europeia, sejam promissórias, pois atingem vários territórios – deve manter a ideia de transnacionalidade, além de ser eficaz a ideia de novos mecanismos de gestão transnacional orientados pela cooperação de vários estados, empresas, associações e organizações não governamentais, não podendo ser ventilada a ideia de um super-órgão, inconcebível em um mundo multicêntrico.

Por outro lado, a autorregulação mantém códigos de conduta estabelecidos de maneira unilateral pelas várias associações do setor de tecnologia da informação, podendo esses códigos de conduta afetar distintos interesses. Desse modo, há hoje uma tendência de que na elaboração e aplicação desses códigos seja obrigatória a participação de setores da sociedade civil que possam defender os interesses dos usuários⁸⁷⁶.

A corregulação é vista como uma alternativa para lidar com algumas incertezas e tem como escopo a autorregulação regulada, procurando, desse modo, trabalhar com duas formas: a regulação por um terceiro, que geralmente é o Estado ou algum órgão de caráter supranacional, e a autorregulação. A vantagem da autorregulação é justamente a maior eficiência que se torna possível em razão do autoconhecimento e das possíveis revisões, o que

⁸⁷⁴ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Big Data*. Desafios para el derecho. Pamplona: Civitas, 2018. p. 176.

⁸⁷⁵ *Ibidem*, p. 178.

⁸⁷⁶ *Ibidem*, p. 169.

não retira uma desvantagem que consiste no fato de a autorregulação nem sempre perquirir os chamados “interesses públicos” e “bem comum”.

A regulação por terceiros, como o Estado e os organismos internacionais, tem a vantagem de manter a ideia ou, pelo menos de forma declarativa, o “bem comum”. Sua desvantagem é que nos ambientes dinâmicos, como o Ciberespaço, não possui conhecimento nem condições estruturais de perseguir o objetivo da regulação⁸⁷⁷. Ainda, em um mundo global e transnacional, e dada a especificidade do Ciberespaço, a regulamentação, por si só, é insuficiente. É de se constatar que estamos diante de uma forma de regulação híbrida que dificilmente terá sua natureza alterada, prevalecendo, principalmente na arquitetura, a autorregulação.

Gunther Teubner considera que na autorregulação e, principalmente, no exemplo da ICANN se está diante da existência de “uma norma jurídica autônoma e não-nacional, que é parte da criação autônoma de um ‘direito global’, existindo um problema estrutural que é a influência massiva e não filtrada de interesses privados no processo de ‘criação do Direito’”⁸⁷⁸.

A pergunta que Teubner faz é se há uma *lex digitalis* autônoma, com a sua própria *ordem* autônoma *pública transnacional*, em consonância com os tribunais de arbitragem que seriam obrigados a desenvolver decisões específicas da Internet, inclusive, muitas vezes, utilizando decisões com base em direitos fundamentais e direitos humanos⁸⁷⁹.

Teubner cita um precedente da ICANN, o caso *Bridgestone Firestone et al v. Jack Myers* (D2000-0190)⁸⁸⁰, em que os proprietários de um domínio reclamavam o uso de nome similar para críticas à empresa. Nesse sentido, o Painel da ICANN afirmou:

Nome de Domínio. Política de resolução de disputas de nomes de domínios. Marca registrada idêntica ou confusa. Direitos e interesses legítimos. Uso não comercial e justo. Liberdade de Expressão. Direito de comentar e criticar. Registro e uso de má-fé. [...] o discurso livre não é alistado como um dos exemplos da política de um interesse direito ou legítimo no uso de domínio, [...] o painel conclui que o exercício do discurso livre para a crítica e comentário igualmente demonstra um interesse e direito legítimo no nome de domínio. [...]. A Internet é, acima de tudo, um local global de comunicação, e o direito à liberdade de expressão deve ser um dos fundamentos do direito da Internet.

⁸⁷⁷ MARANHÃO, Juliano; CAMPOS Ricardo. *Fake news* e autoregulação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais. In: ABOUD, Georges; NERY, Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake news e regulação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 220.

⁸⁷⁸ TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Lima: EIRL, 2005. p. 98.

⁸⁷⁹ KARAVAS, Vaios; TEUBNER, Gunther. The horizontal effect of fundamental rights on ‘private parties’ within autonomous internet law. *Constellations*, v. 12, n. 2, June 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1351-0487.2005.00415.x>. Acesso em: 19 out. 2019.

⁸⁸⁰ Disponível em: <https://dnattorney.com/dn-resources/bridgestone-firestone-et-al-v-myers/>. Acesso em: 19 out. 2019.

Na decisão, um órgão de caráter técnico explicita pelo Painel da ICANN certa jurisdição para discutir direitos fundamentais e direitos humanos, sendo que, no teor da decisão, não se cita um fundamento legal, apenas o próprio regulamento da ICANN, sem nenhuma citação a declarações universais ou leis de direito interno de algum Estado, apesar de que os painéis da ICANN também orientam que na aplicação da definição de registros seja considerada, na medida do possível, a referência às legislações de Estado, de acordo com as circunstâncias do processo a ser julgado. Assim, por exemplo, se as partes são residentes em um país e o nome de domínio foi registrado por meio de um registrador do país das partes e o uso do domínio se der no mesmo país, é adequado que o tomador de decisão se refira à lei do país em questão na definição do caso⁸⁸¹.

Teubner considera que a ICANN concretiza os direitos fundamentais da internet dentro do Ciberespaço com base em uma espécie de premissa “ficcional” como se existisse um núcleo comum de direitos globais aplicados que incluem os direitos fundamentais específicos da internet, alcançando uma espécie de direito comum⁸⁸². As ordens baseadas na autorregulação parecem ser sistemas híbridos de regras.

Esses sistemas híbridos de regras são, para Teubner, verdadeiros sistemas jurídicos, para além do direito internacional e o direito interno, eles são criados pela sociedade civil global, e “fundados em princípios gerais do direito, bem como usos sociais”. Há a administração, por prestadores de serviços privados, de resolução de litígios e as agências formulam normas privadas. Há uma verdadeira criação de Direito. Os próprios painéis da ICANN fazem referência explícita a casos decididos, criando precedentes, mantendo um processo de criação de normas pelos seus processos.

Na ausência de uma hierarquia entre as formas de regulação do Ciberespaço, como resolver possíveis conflitos, responde Teubner em abstrato, “reforçando a observação entre nodos da rede”. Assim,

a unidade normativa parece desaparecer nos espaços virtuais, necessitando de unidades normativas para se compatibilizar com a fragmentação, em uma lógica em rede que facilite o acoplamento das unidades em colisão⁸⁸³.

⁸⁸¹ KARAVAS, Vaio; TEUBNER, Gunther. The horizontal effect of fundamental rights on ‘private parties’ within autonomous internet law. *Constellations*, v. 12, n. 2, June 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1351-0487.2005.00415.x>. Acesso em: 19 out. 2019.

⁸⁸² *Ibidem*.

⁸⁸³ TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Lima: EIRL, 2005. p. 125.

A decisão final é substituída por uma sequência de decisões no seio de uma variedade de posições observadoras dentro da rede, os nodos reconstroem, influem, limitam, controlam e provocam mutuamente, mas não há uma decisão coletiva final. Os regimes não se sobrepõem um ao outro, aplica-se aquele regime funcionalmente mais adequado.

5 ENTRE A ÉTICA E O DIREITO: EM BUSCA DE UM DIREITO COMUM

5.1 Em busca de um modelo ético múltiplo

A indissociável caminhada milenar entre Direito e Ética nos faz refletir se em uma sociedade fragmentada a busca de um direito comum não passa pela compreensão da ética contemporânea, mas um modelo ético em uma sociedade complexa não resiste sem a atenção ao múltiplo.

É em busca de uma verdadeira filosofia do Direito com vocação para se dedicar à compreensão do próprio Direito, às questões epistemológicas em que coloca seu conhecimento e às questões éticas que suscita, principalmente em sua realização⁸⁸⁴. Para adentrar a qualquer questão ética, a conceituação do que é a Ética neste milênio é um marco inicial.

Em obra intitulada *La moral de la sociedad*⁸⁸⁵, Niklas Luhmann, em uma abordagem sociológica e sistêmica, a pergunta posta para a explicação do que é a ética passa por saber qual a função da moral em uma sociedade. A moral, do latim *moralis*, vem da raiz *mos* (*mores*)⁸⁸⁶, que corresponde ao grego *ethos*⁸⁸⁷. Assim, “o uso corrente do substantivo “moral” nos remete à existência de uma certa regularidade nas condutas habituais dos membros de uma mesma sociedade, instituição, família, associação, etc.”⁸⁸⁸.

Luhmann considera que o sociólogo não pode valorar a sociedade⁸⁸⁹, na descrição da sociedade, Luhmann pergunta qual a vinculação entre os subistemas e a moral e, apesar, por exemplo, de não existir identidade estrutural entre o código político e o código moral, há uma referência dos subsistemas à moral. Assim, para usar os exemplos de Luhmann, na política, nas ciências e nos esportes, há regras, como a competição honesta na democracia, a proibição de vantagens desonestas nos esportes e a proibição de plágio e a falsificação de resultados na ciência que devem ser respeitadas, o que demonstra que existem referências entre os sistemas e a moral⁸⁹⁰. A descrição da moral do ponto de vista funcional passa pela compreensão da dupla

⁸⁸⁴ KERCHOVE, Michel; OST, François. *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 14.

⁸⁸⁵ LUHMANN, Niklas. *La moral de la sociedad*. Madrid: Trota, 2013.

⁸⁸⁶ “É dotado de uma polissemia mais rica. F. Calonghi enumera as seguintes acepções : Vontade, desejo; Costume, uso, hábito, seja como comportamento, seja como atitude; Modo de ser, estado, natureza; Lei, preceito, regra” (SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Da moral à ética e às éticas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI*, v. 23, n. 90, p. 335-357, jan./mar. 2015).

⁸⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁸⁹ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 18-19.

⁸⁹⁰ *Ibidem*, p. 161.

contingência. Conforme Luhmann, a ação humana não mais se vincula à unidade universalmente aceita, as alternativas são inúmeras⁸⁹¹.

Assim, na Grécia a identidade do indivíduo dependia de seu pertencimento à comunidade. Na Idade Média, se encontravam instruções para as ações com base na Bíblia. A vida era predeterminada até mesmo em razão da posição da família na sociedade. Atualmente, as possibilidades são inúmeras e as pessoas elegem uma que consideram boa.

A dupla contingência se duplica quando se coloca diante de situações em que há infinitas possibilidades de ação. A dupla contingência é “a mútua insegurança a respeito que a outra parte fará, seguindo uma indeterminação da própria ação”⁸⁹², se não há regras nas ações em enlace. Segundo Luhmann, “se cada um atua contingentemente, então pode cada um atuar de outra maneira e cada um sabe de si e dos outros; é por isso, diante do improvável, a ação encontra pontos de conexão na ação do outro”⁸⁹³.

Assim, há de existir regras para que haja confiança, ou seja, a existência de uma expectativa de que os outros se regerão conforme elas. As regras de dever (do Direito, da moral e a convencional) servem para que se construam estruturas (redes de expectativas) para a interação.

De antemão se sabe que a maior garantia da regra moral é a regra imposta pelo Direito. A livre ação da dupla contingência fica limitada pelas regras. As interações só se fazem possíveis porque podemos confiar uns nos outros, mediante regras, quer seja do Direito, quer seja da moral⁸⁹⁴.

Assim, a Ética como subteoria da teoria da sociedade só pode se desenvolver, para Luhmann, sobre o fundamento de uma teoria da sociedade, sendo a descrição da moral ou a teoria reflexiva da moral, o resultado é que a moral não integra nenhum subsistema, ao mesmo tempo, não está isolada deles⁸⁹⁵. A Ética seria uma “espécie de reflexão de segundo grau”⁸⁹⁶ sobre a moral.

⁸⁹¹ LUHMANN, Niklas. *La moral de la sociedad*. Madrid: Trota, 2013.

⁸⁹² *Ibidem*, p. 353.

⁸⁹³ *Ibidem*, p. 165.

⁸⁹⁴ Luhmann considera valores e regras morais distintos. O que se tem são regras que se referem aos valores, que os protegem. “Os valores valem nos sistemas sociais porque valem (...) Os valores valem” (*Ibidem*, p. 227). Os valores parecem não ter fundamento, o que é discutível.

⁸⁹⁵ *Ibidem*, p. 311.

⁸⁹⁶ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Da moral à ética e às éticas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI*, v. 23, n. 90, p. 335-357, jan./mar. 2015.

Para uma melhor compreensão da Ética do século XXI, utilizaremos autores como Edgar Morin, Emmanuel Lévinas⁸⁹⁷ e Humberto Maturana, que convergem em alguns pontos e nos ajudam a considerar que existe um caminho a um mínimo ético imprescindível.

A abordagem da ética é feita a partir da biologia, com Humberto Maturana, onde o amor aparece como fundamento do humano e a ética como um estado da emoção. Em uma abordagem sociológica, Morin propõe uma ética complexa. Por fim, Lévinas faz o enfoque filosófico, do ponto de vista da substância.

5.1.1 Ética da complexidade, a proposta de Morin

Em Morin, a ética⁸⁹⁸ é um ponto de vista supra ou metaindividual que se situa no nível da decisão e da ação do indivíduo, sendo uma ética complexa um metaponto de vista, comportando uma reflexão sobre os fundamentos e os princípios da moral. A questão posta é: seria possível a ocorrência de uma *ética planetária*?

Morin apresenta sua tese da *ética planetária* e *sociedade-mundo*⁸⁹⁹, onde a globalização⁹⁰⁰ do fim do século XX animou e criou as infraestruturas comunicacionais, técnicas e econômicas para uma sociedade-mundo. A *internet* pode ser considerada como o esboço de uma rede neurocerebral semiartificial de uma sociedade-mundo⁹⁰¹. Ao colocar a economia liberal no centro da questão, Morin a considera responsável pelas infraestruturas, o que torna impossível a formação de um sociedade-mundo, em face da impossibilidade de constituição de um sistema jurídico, de um governo e de uma consciência comum. A contradição do atual momento para Morin é que “a sociedade-mundo é uma condição prévia

⁸⁹⁷ Emmanuel Lévinas (1906-1995), filósofo francês nascido de família judaica, em Kaunas, na Lituânia, onde seu pai era livreiro. Naturalizou-se francês ainda jovem. Foi cativo durante cinco anos da Segunda Guerra Mundial, em campos de concentração nazistas onde perdeu a mãe e uma irmã, assassinadas, tendo sido poupado para servir de tradutor e intérprete, em várias línguas, para os militares nazistas. Depois, veio a morrer em Paris, onde lecionou filosofia durante mais de 50 anos. Publicou cerca de 40 obras, das quais a mais importante é *Totalidade e Infinito*, com um discurso de libertação contrário ao discurso de dominação da filosofia ocidental, desde os gregos antigos.

⁸⁹⁸ MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. 4. ed. Tradução Juremir Machado Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011.

⁸⁹⁹ *Ibidem*. Edgar Morin, antes dessa coleção, havia publicado *A inteligência da complexidade* (MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean Louis. *A inteligência da complexidade*. São Paulo, Petrópolis, 2000), alertando para o fato de se estar vivendo em uma nova era – a da complexidade – e de necessitar uma inteligência adequada.

⁹⁰⁰ “A globalização consiste, em síntese, num processo de aprofundamento das relações econômicas, sociais, culturais e políticas entre os povos distintos, caracterizada de certa maneira pela ausência ou diminuição de barreiras econômicas e imigratórias entre diferentes países. Embora tenha inúmeras abordagens para a definição de globalização, vale a pena destacar alguns aspectos em comum, quais sejam: processo à escala mundial, ou seja, transversal ao conjunto dos Estados-Nação que compõem o mundo; desenvolvimentos tecnológicos que facilitam a comunicação entre pessoas e entre instituições e que facilitam circulação de pessoas, bens e serviços, constituem um importante centro nevrálgico da globalização” (AGOSTINHO, Theodoro Vicente; GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. *Globalização e humanismo integral*. *Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica*, v. 1, n. 1, 2019).

⁹⁰¹ MORIN, Edgar. *Op. cit.*, p. 129.

para sair da crise da humanidade, mas a reforma da humanidade é uma condição prévia para chegar a uma sociedade-mundo”⁹⁰².

A proposta de Morin é de uma *ética complexa* que deve acompanhar e responder à complexidade atual do mundo e da vida, onde “a ética se manifesta para nós, de maneira imperativa, como uma exigência moral”⁹⁰³. O imperativo “dever” origina-se de três fontes, uma fonte interior ao indivíduo, que o sente no espírito como a injunção; uma fonte externa que são a cultura, as crenças, as regras de uma comunidade. A terceira fonte é originária da organização viva, transmitida geneticamente. Essas três fontes são interligadas como se tivessem um lençol subterrâneo comum⁹⁰⁴. Mais uma vez, Edgar Morin recorre à ideia de uma tríade (indivíduo-sociedade-espécie). O indivíduo humano é, apesar de autônomo, 100% biológico e 100% cultural. Ao mesmo tempo que carrega a herança genética, carrega o *imprinting*⁹⁰⁵ e a regra de uma cultura.

O ato moral, apesar de ser um ato individual, faz a religação com *um outro* (religação com uma comunidade, uma sociedade e, no limite, com a espécie humana)⁹⁰⁶, aparecendo a tríade indivíduo-sociedade-espécie. A ética se mantém como uma fonte individual “no princípio de inclusão, que inscreve o indivíduo na comunidade (Nós), impulsionando-o à amizade e ao amor, levando-o ao altruísmo e tendo valor de religação (*Anschlusswert*)”. Existe simultaneamente “uma fonte social nas normas e regras que impõe aos indivíduos um comportamento solidário”. É como se existisse uma harmonia preestabelecida que estimulasse os indivíduos a uma ética de solidariedade dentro de uma comunidade e leva a sociedade a impor aos indivíduos uma ética de solidariedade⁹⁰⁷.

A admirável relação trinitária pode sofrer rupturas e deslocamentos em face dos compartimentos burocráticos que inserem os indivíduos a uma competência parcial e isolada,

⁹⁰² MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. 4. ed. Tradução Juremir Machado Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 169.

⁹⁰³ *Ibidem*, p. 19.

⁹⁰⁴ *Ibidem*.

⁹⁰⁵ O *imprinting* é a marca sem retorno imposta pela cultura, primeiramente familiar, depois social, e que se mantém na vida adulta. Inscreve-se no cérebro desde a primeira infância por estabilização seletiva das sinapses (*Ibidem*, p. 210).

⁹⁰⁶ A noção de religação, inventada pelo sociólogo Marcel Bolle de Bal, preenche um vazio conceitual dando uma natureza substantiva ao que só era concebido de forma adjetiva e um caráter ativo a esse substantivo. “Religado” é passivo, “religante” é “religação”, é ativante. Pode-se falar de “desligação” em oposição à “religação”. Sem dúvida é a Religação das Religações que celebram os cultos e os rituais das religações, cerimônias sagradas, inconscientemente adoradoras do mistério supremo da religação cósmica. “Tudo que é cósmico diz respeito essencialmente ao homem, tudo que é humano diz respeito essencialmente ao cosmo.” Na física quântica todas as partículas que “interagiram no passado estão interligadas e de maneira infratemporal e infraespacial, como se o universo fosse sustentado por uma religação invisível e universal. (...) Daí o paradoxo inconcebível: tudo o que está ligado está separado; tudo o que está separado está ligado. (...) Poderemos, um dia, compreender o mistério da religação encoberta? O mistério da separação invisível?” (*Ibidem*, p. 21-22, 34-35, 38 e 214).

⁹⁰⁷ Morin utiliza o termo remetendo à ideia de uma solidariedade no âmbito da responsabilidade.

fragmentando sobremaneira a responsabilidade, a solidariedade⁹⁰⁸ e a fraternidade⁹⁰⁹. Diante da realidade fragmentada, a consciência moral tende ao fracasso⁹¹⁰. A tendência a uma autonomia individual faz com que ocorra, segundo Morin, a autonomia e a privatização da ética, com o enfraquecimento da tutela comunitária, universalismo ético e desenvolvimento do egocentrismo. Assiste-se a uma espécie de “self-service normativo”, cujo termo, conforme Pierre Legendre⁹¹¹, conduz à ideia de que somos livres para escolher os nossos valores⁹¹².

Mas os valores dão à ética a fé na ética sem justificação exterior ou superior a ela mesma. Na realidade, os valores tentam fundar uma ética sem fundamento⁹¹³, o que gera uma crise⁹¹⁴. A fonte da ética é o sentimento do dever, da obrigação moral e o seu único fundamento é a própria ética que depende da vitalidade do circuito indivíduo/espécie/sociedade, cuja vitalidade depende da vitalidade da ética⁹¹⁵.

Em um retorno às fontes cósmicas, o mundo precede a um infinito ou indefinido chamado pelos cosmólogos de “vazio”. O mundo só pode ser resultado da separação e só pode

⁹⁰⁸ “Etimologicamente, o termo *solidariedade* deriva da expressão latina *in solidum*, presente na ideia de responsabilidade solidária alicerçada no direito romano. José Fernando de Castro Farias assinala que era o laço que os juristas romanos usavam para unir os devedores de uma soma ou dívida, cada um sendo responsável pelo todo (Castro Farias, 1998, p. 188). Desde a antiguidade grega o pensamento solidário esteve presente na ideia de justiça distributiva de Aristóteles. Vinculada a uma perspectiva ética e teológica, ela é compreendida como virtude indispensável na relação interpessoal, na caridade proveniente do amor recíproco cristão, dever de ajuda mútua entre membros de um mesmo grupo, baseada na existência de laços comuns. A essa dimensão Gregório Peces-Barba denomina ‘solidariedade dos antigos’ (Peces-Barba Martinez, 2015, p. 256-257). Por sua vez, o significado jurídico está associado à ideia de ‘solidariedade dos modernos’, que apareceu como reação ao impacto do liberalismo econômico no século XVIII, edificador de uma concepção antissolidária, em que a vitória do mais forte, a aceitação das desigualdades e instrumentalização da força de trabalho, o individualismo excessivo se identificava. Era uma resposta ética aos problemas da pobreza da época, ressaltando o dever de assistência do Estado para com estes, assim como entre eles mesmos em comunidade” (SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAUJO, Marilene. *As raízes cristãs do princípio jurídico da fraternidade e as crises migratórias do terceiro milênio*. No prelo).

⁹⁰⁸ MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. 4. ed. Tradução Juremir Machado Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 24-26.

⁹⁰⁹ “A fraternidade não pode ser reduzida ao conceito de solidariedade, porque esta última não implica a ideia de uma efetiva paridade dos sujeitos em relação e não considera como constitutiva a dimensão da reciprocidade” (SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAUJO, Marilene. *Op. cit.*).

⁹¹⁰ MORIN, Edgar. *Op. cit.*, p. 24-26.

⁹¹¹ Pierre Legendre (1930-), historiador francês do Direito e psicanalista, sendo diretor de pesquisa na École Pratique des Hautes Études.

⁹¹² “Self-service (...) é o triunfo dos ideais do sujeito-Rei” (MOUGIN-LEMERLE, Régine. Sujeito do direito, sujeito do desejo. In: ALTOÉ, Sonia (org.). *Sujeito do direito, sujeito do desejo: direito e psicanálise*. Rio de Janeiro: Revinter, 2004. p. 92).

⁹¹³ MORIN, Edgar. *Op. cit.*, p. 27.

⁹¹⁴ A crise dos fundamentos éticos é produzida por e produtora de: a) aumento da deterioração do tecido social em inúmeros campos; b) enfraquecimento, no espírito de cada um, do imperativo comunitário e da Lei coletiva; c) fragmentação e às vezes dissolução da responsabilidade na compartimentação e na burocratização das organizações e empresas; d) um aspecto cada vez mais exterior e anônimo da realidade social em relação ao indivíduo; e) hiperdesenvolvimento do princípio egocêntrico em detrimento do princípio altruísta; f) desarticulação do vínculo entre indivíduo, espécie e sociedade; g) desmoralização que “culmina no anonimato da sociedade de massa, na avalanche midiática e na supervalorização do dinheiro” (*Ibidem*, p. 27-28).

⁹¹⁵ *Ibidem*, p. 31.

existir na relação entre o que é separado – o mundo surgiu de uma ruptura, de uma deflagração desse vazio ou infinito. Edgar Morin sublinha que forças de separação, dispersão e aniquilação continuam a desencadear-se e que, quase simultaneamente, na agitação inicial, surgiram as forças de religação, sendo essas forças que criaram na Terra as moléculas, as macromoléculas, a própria vida que surgiu como uma vitória inusitada das virtudes da religação. O universo é um tetragrama dialógico de interações nas quais se combinam de maneira ao mesmo tempo antagônica, concorrente e complementar: ordem, desordem, interações, organizações (veja subitem 2.2.1.1 “Jogos de interação: ordem, desordem, organização”).

Segundo Morin, a organização obtém a unidade do múltiplo e garante a unidade do uno; produz as emergências, engendra metamorfoses. Sem organização, o universo não passaria de dispersão. São duas as virtudes de a organização integrar a religação no seio de uma autonomia que a salvaguarda e protege a vida do meio exterior e liga sua autonomia ao meio. Assim, a autoecorganização opera a união da religação e da autonomia. A vida é a união da união e da separação⁹¹⁶. Morin parte da religação cósmica para uma religação biológica, que chega à religação antropológica, manifestada na solidariedade, na fraternidade, na amizade e no amor. O amor é a religação antropológica suprema, é a expressão da ética (veja subitem 5.1.2).

A compressão da ética passa pela compreensão de que ela não é um ponto de segurança infalível. A ética traz em si uma incerteza ocasionada entre o hiato existente entre a intenção e a ação; é no ato que a intenção corre o risco do fracasso, de forma que a ação escapa à intenção do autor e pode ter o sentido distorcido. A proposta de Morin é compreender a ética considerando uma ação ecológica com dois princípios.

No primeiro princípio, os efeitos da ação dependem não apenas da intenção do autor, mas das condições do meio em que ela ocorre. No segundo princípio, existe uma impossibilidade de previsão a longo prazo, apesar de ser possível a previsão e os efeitos das consequências a curto e a médio prazo. O agir humano torna-se, deste modo, imprevisível⁹¹⁷.

Além da imprevisibilidade das ações, a ética traz consigo contradições em suas três instâncias (indivíduo, sociedade e espécie) que são complementares e, ao mesmo tempo, antagônicas. Os conflitos devem ser experimentados e vividos, o engano não está no conflito, mas na ausência de senso crítico e de se experimentar, segundo Morin, o conhecimento de

⁹¹⁶ MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. 4. ed. Tradução Juremir Machado Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 34-35.

⁹¹⁷ Ao interpretar Max Weber, Morin considera que o politeísmo de valores humanos se expressa na oposição entre ética de responsabilidade, que estabelece compromissos, e uma ética de convicção, que os recusa. “Não é possível, segundo Max Weber, conciliar a ética de convicção e a ética de responsabilidade, assim como não é possível, em nome da moral, fixar para sempre que um fim justifica um meio” (*Ibidem*, p. 49).

forma pertinente, o que leva ao que o autor denomina de autocegueira⁹¹⁸. Assim, a maior ilusão é a crença de obediência a uma maior exigência ética qualquer. O caminho da incerteza das ações mantém réplicas à incerteza e à contradição que consiste no reconhecimento de que estamos diante de uma ética complexa onde são imprescindíveis:

- a) a análise do contexto onde se realiza a ação;
- b) o conhecimento da ecologia da ação;
- c) o reconhecimento das incertezas e das ilusões éticas;
- d) a prática da autoanálise;
- e) a escolha refletida de uma decisão e a consciência da aposta que ela comporta.

Assim, a ética não representa apenas um jogo binário bem-mal que aparece na primeira tentativa de desvendar um e outro, pois não há uma autoevidência do que é o bem e do que é o mal. O dever não é uma simplificação diante de uma realidade complexa. O dever é complexo⁹¹⁹. O lúcido é o que contempla o conflito ou a incompatibilidade de suas exigências, é o frágil e inacabado, como o próprio ser humano. A problemática é constante e está em movimento constante, um movimento idêntico ao movimento que embala a humanidade. Acompanhar este movimento só é possível por meio de um pensamento complexo que, segundo Morin, comporta uma dimensão epistemológica (conhecimento do conhecimento) e uma dimensão antropológica (conhecimento do humano). Do ponto de vista do discurso político, Morin lembra que:

uma finalidade ético-política complexa como a formulada na tríade Liberdade-Igualdade-Fraternidade comporta as próprias contradições: esses três termos são ao mesmo tempo, complementares e antagônicos; a liberdade sozinha destrói a igualdade e corrompe a fraternidade; a igualdade imposta destrói a liberdade sem reavaliar a fraternidade; somente a fraternidade por si mesma pode contribuir para a liberdade e para a igualdade⁹²⁰.

A religação que impulsiona a ética complexa está alicerçada em uma autoética, sociética e antropológica. A autoética⁹²¹ é enraizada na ideia do individualismo contemporâneo e forma-

⁹¹⁸ MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. 4. ed. Tradução Juremir Machado Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 55.

⁹¹⁹ *Ibidem*, p. 58.

⁹²⁰ *Ibidem*, p. 81.

⁹²¹ A autoética impõe-se assim: a) na perda da certeza absoluta imposta pela instância transcendente superior; b) no enfraquecimento da voz interior que diz “bem” ou “mal”; c) na impossibilidade de decidir sobre os fins: a teleologia religiosa em que a Providência divina guiava o curso da História foi sucedida pela teleologia do Progresso, tornado providencial; não se sabe mais quais são os fins da história humana para além da vida e do universo; d) na consciência das contradições e das incertezas éticas; e) na consciência de que ciência, economia,

se na autonomia individual, sendo que tanto a socioética como a antropológica passam pela consciência e pela decisão pessoal. A fragilidade da autoética⁹²² é evidenciada quando o indivíduo experimenta mais o mal-estar das incertezas éticas do que a plenitude da responsabilidade⁹²³.

O humano convive com um duplo programa, um egocêntrico e o altruísta, existindo uma separação entre os indivíduos, mas é justamente a separação que possibilita a religação. A “disjunção sem religação permite o mal”, e o bem é a religação na separação. A religação é um imperativo ético primordial que comanda os demais imperativos em relação ao outro, à comunidade, à sociedade, à humanidade⁹²⁴. São caminhos para a autoética, a tolerância⁹²⁵, a liberdade que, segundo Von Foerster, é agir de “maneira que o outro possa aumentar o número de escolhas possíveis”, a ética do amor, a ética da compreensão humana⁹²⁶.

A compreensão não pode ser alcançada apenas pela comunicação, pois ela não promove *ipso facto* a compreensão⁹²⁷. A compreensão só é possível com três procedimentos: a) a compreensão objetiva, que comporta o explicar, sair do implícito; b) a compreensão subjetiva, ou seja, a explicação de sujeito a sujeito, que permite compreender o que vive no outro; e c) a compreensão complexa, que engloba a objetiva e subjetiva. A autoética possibilita a religação com o outro.

A socioética ou ética da comunidade são, segundo Morin, mesclas diversas de sociedade e comunidade. O cenário é da democracia, que faz do indivíduo um cidadão com direitos e

política e artes têm finalidades que não são intrinsecamente morais (MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. 4. ed. Tradução Juremir Machado Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 91).

⁹²² Destaca Edgar Morin que a autoética é antes de tudo uma ética para si que desemboca naturalmente numa ética para o outro, o qual é importante para o reconhecimento de si mesmo. Que “a humanidade sofre de uma imensa carência introspectiva” (Jung) e que a autoanálise é uma exigência primordial da cultura psíquica: deveria ser ensinada desde o começo do ensino fundamental para se tornar uma prática tão costumeira quanto a cultura física”. A cultura psíquica é, ao mesmo tempo, uma exigência antropológica e histórica de nosso tempo. Ensina-nos a suportar o horror e ajuda-nos a enfrentar a crueldade do mundo sem a mascarar nem edulcorar. Poupa-nos a angústia, mas nos ensina a viver com ela e a produzir os seus antídotos, o amor pelo viver e o viver de amor. (...) Solidariedade, responsabilidade e autoética, esses três termos são hoje quase inseparáveis (*Ibidem*, p. 96 e 102).

⁹²³ Somos totalmente responsáveis por nossas palavras, escritos, ações, mas não somos responsáveis pelas interpretações deles feitas nem pelas suas consequências. Isso introduz a aposta e a estratégia no coração da responsabilidade (*Ibidem*, p. 100).

⁹²⁴ *Ibidem*, p. 104.

⁹²⁵ A tolerância, recusando a intimidação, as interdições, o anátema, dá prioridade aos argumentos, ao raciocínio, à demonstração. Há uma primeira tolerância, expressa por Voltaire, que respeita o direito do outro a exprimir-se, até mesmo de uma maneira que nos pareça ignóbil. A segunda tolerância é inseparável da opção democrática, cujo princípio convida cada um a respeitar a expressão das ideias opostas às suas. A terceira tolerância obedece à concepção de Niels Bohr, para quem o contrário de uma ideia profunda é outra ideia profunda. A tolerância é fácil para o indiferente e para o cínico, mas difícil para o sujeito de convicções. Ela comporta o sofrimento de tolerar a expressão de ideias revoltantes sem se revoltar.

⁹²⁶ MORIN, Edgar. *Op. cit.*, p. 111-112.

⁹²⁷ O verbo *complectere*, do qual vem *complexus*, significa “abraçar”. O pensamento complexo é o pensamento que abraça a diversidade e reúne o separado. O pensamento complexo estabelece a religação cognitiva; abre uma via indo e vindo da religação cognitiva à religação ética (*Ibidem*, p. 145).

deveres, requerendo responsabilidade, mas a não participação na vida da cidade leva à agonia da democracia.

Este espaço de participação está invadido por um caráter cada vez mais técnico dos problemas e das decisões políticas, o que faz com que essas decisões sejam indecifráveis pelo cidadão comum. É o caso das decisões promovidas pelos algoritmos na inteligência artificial, a transparência e a participação esbarram no indecifrável para o cidadão comum. O que falta, segundo Morin, é uma *democracia cognitiva*. Tal democracia é impossível, sem uma espécie de revolução das ciências que as tornem compreensíveis e acessíveis⁹²⁸.

Por último, a condição antropológica é a condição humana que é mediada pela decisão individual consciente, ou seja, pela autoética. Ela não pode ser deduzida da antropologia, pois nenhum dever pode ser deduzido de um saber. A antropológica é esclarecida pela antropologia complexa definida como o modo ético de assumir o destino humano, ou seja, a dialógica egocêntrica/altruísta do indivíduo-sujeito (Morin).

Assim, é possível fortalecer a parte desenvolvida de altruísmo e abrir-se à compreensão; assumir a indissolubilidade e a superação mútua de *sapiens/demens*, ou seja, salvaguardar sempre a racionalidade no ardor da paixão, a paixão no coração da racionalidade, a sabedoria na loucura; assumir uma relação dialógica entre nossa razão e nossos mitos, nossa razão e nossas paixões; civilizar nossa relação com as ideias mestras, que permanecem monstros possessivos, autoritários, violentos; viver tanto quanto for possível de amor e de poesia num mundo prosaico; reconhecer no outro, ao mesmo tempo, a diferença e a identidade; manter contra ventos e marés a consciência que nos permite simultaneamente a autocrítica, a crítica e a compreensão; praticar em si a dialógica de dois sexos do espírito (*animus/anima*); ligar em nosso espírito os segredos da infância (curiosidade, surpresa), os segredos da adolescência (aspiração à outra vida), os segredos da maturidade (responsabilidade), os segredos da velhice (experiência, serenidade); viver, pensar, agir conforme a máxima “o que se regenera, degenera”. E sobretudo, saber que não existe um piloto automático em ética. Neste campo, sempre se enfrentará escolha e aposta e sempre se necessitará de uma estratégia⁹²⁹.

É com a ética complexa que Morin busca enfrentar a contradição exposta inicialmente, entre a sociedade-mundo. Este problema se soluciona com as vias regeneradoras que passa necessariamente na conjugação de uma perspectiva reformadora, como a reforma da sociedade (que comporta a reforma da civilização), a reforma do espírito (que comporta a reforma da educação), a reforma da vida, a reforma da ética. No campo da educação, a reconexão dos

⁹²⁸ MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. 4. ed. Tradução Juremir Machado Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 150.

⁹²⁹ *Ibidem*, p. 159.

saberes e dos conhecimentos deve abandonar a separação de saberes. Na vida deve haver uma conexão com a natureza e com o sentido estético. Mais importante, é a uma aliança entre a ciência⁹³⁰ e a ética. Por um fim, se faz necessário uma regeneração ética.

A regeneração⁹³¹ ética deve resolver o principal problema ético contemporâneo. Nossa civilização ocidental favorece o “programa” egocêntrico, enquanto o “programa altruísta ou comunitário permanece subdesenvolvido”⁹³². A proclamação de exortações éticas aparece como inútil, quando realizadas de forma isolada, descolada de um mundo complexo, contraditório e com inúmeros paradigmas.

De fato, as fragmentações do conhecimento, dos espaços de poder, nos levaram a uma maior pluralidade conjugada com uma gigantesca crise. Ao mesmo tempo, a crise pode favorecer a rápida propagação das ideias transformadoras e abrir formidáveis possibilidades transformadoras. Mas, adverte Morin, que o caminho será duro, aleatório e provavelmente longo, cobrindo décadas e talvez o século.

Morin anuncia uma grande regeneração que desenvolve como se fosse uma revolução: uma metamorfose⁹³³. O que acontece na metamorfose é o despertar e a ação das potências geradoras e regeneradoras que se tornam potências criadoras. A crise atual, disseminada por toda parte, pode despertar as forças da metamorfose, mas ela só poderá realizar-se verdadeiramente com a contribuição e o apoio da consciência humana e da regeneração ética⁹³⁴. Para nosso autor, o futuro só pode ser alcançado se no presente não for esquecido que se vive em torno de uma ética complexa, onde há a complexidade do bem e a complexidade do mal⁹³⁵.

⁹³⁰ Uma ciência reformada poderia: 1. Complexificar o conhecimento, comportando a aliança entre a ciência e a ética. 2. Estabelecer relações entre disciplinas, ressuscitando assim a cosmologia e estimulando as ciências da terra, a ecologia, a pré-história humana. 3. Abrir a possibilidade de um saber científico capaz de retomar os grandes problemas de nossa cultura (o mundo, a natureza). 4. Tornar o saber organizado acessível aos profanos, permitindo uma democracia cognitiva, na qual os cidadãos não estariam mais condenados à ignorância dos problemas vitais. 5. Estabelecer a comunicação entre a cultura científica e a cultura das humanidades e contribuir para uma regeneração cultural. 6. Contribuir para a grande reforma da mente, dando a cada um conhecimento complexo do mundo, do humano e de si mesmo (MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. 4. ed. Tradução Juremir Machado Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 182).

⁹³¹ “Regenerar” é a palavra-chave comum à vida, ao conhecimento e à ética: tudo que não se regenera, degenera (*Ibidem*, p. 197).

⁹³² *Ibidem*, p. 176-177.

⁹³³ *Ibidem*, p. 178.

⁹³⁴ *Ibidem*, p. 182.

⁹³⁵ Heráclito dizia, justamente, “viver de morte, morrer de vida”, indicando que a vida colabora com o seu inimigo mortal para conseguir regenerar-se. *O mal da morte é utilizado para o bem da vida sem deixar de ser o mal da morte. (...) Enfim, é a partir do espírito humano que a crueldade do mundo aparece como tal, pois produz o sofrimento ao mesmo tempo que a consciência desse sofrimento* (*Ibidem*, p. 187-188). “A noção de mal é inseparável da subjetividade humana: só um sujeito individual pode sofrer com o mal e somente um sujeito individual pode querer fazer o mal. (...) Há um mal propriamente humano que é o mal praticado voluntariamente por um ser humano contra outro ser humano. (...) Na dupla perspectiva em que o mal é devido a uma falta ou a um excesso, não há um princípio do mal no ser humano. O mal é ignorante ou demente. Por que não posso reduzi-los? Porque o mal existe como emergência, ou seja, um tipo de realidade produzida por um conjunto de condições

Morin defende e assume que o mundo advém da separação, colocando tal afirmação como um dado. Sem *diabolus*⁹³⁶ não poderia existir o mundo, em razão das separações (tempo e espaço, coisas e seres). Sem unidade no separado tampouco há mundo. Se o mal é separação e o bem religação, apenas o mal permite o bem. Tudo o que vem ao mundo situa-se num complexo cósmico determinado pelo jogo dialógico que é ao mesmo tempo antagônico, concorrente e complementar e está no tetragrama: interações-organização-ordem-desordem.

A ética nunca estará pronta e acabada, pois não há um bem de que se possa ser proprietário. O que existe é um incessantemente regenerar-se em um circuito. A ética complexa regenera o humanismo e o humanismo regenerado “rejeita a ilusão do progresso garantido, mas acredita na possibilidade da metamorfose das sociedades numa sociedade-mundo capaz de tornar-se Terra-Pátria”⁹³⁷ ou mesmo uma Pachamama⁹³⁸.

5.1.2 Ética como um estado da emoção e o amor como fundamento do humano

Ao explicar o que seria a ética, Humberto Maturana começa com uma exemplificação de uma visita que fez juntamente com amigos em um museu na Inglaterra que exibia uma mostra de pinturas que retratavam o sofrimento provocado pela bomba em Hiroshima. Enquanto Maturana reconhecia o sofrimento daquele povo, o seu amigo se mostrava indiferente

(psicológicas, sociológicas, históricas), mas que, formado, ganha existência própria e é irredutível aos seus componentes. (...) O mal existe embora não exista princípio do Mal. (...) O horrível no humano é a conjunção da crueldade do mundo e da crueldade humana” (MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. 4. ed. Tradução Juremir Machado Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 190-191). “O bem está sempre ameaçado e sob perseguição. Isso quer dizer que induz a uma ética de resistência. (...) Podemos resistir à crueldade do mundo e à crueldade humana pela solidariedade, pelo amor, pela religação e por comisseração pelas infelizes vítimas. O combate essencial da ética é a dupla resistência à crueldade do mundo e à crueldade humana”. “É impossível que o mal desapareça”, dizia Sócrates em Teeteto. Sim, mas é preciso tentar impedir o seu triunfo (*Ibidem*, p. 193).

⁹³⁶ Do grego, διάβολος, “aquele que separa”.

⁹³⁷ Tierra es un organismo vivo, es la Pachamama de nuestros indígenas, la Gaia de los cosmólogos contemporáneos. En una perspectiva evolucionaria, nosotros, seres humanos, nacidos del humus, somos la propia Tierra que llegó a sentir, a pensar, a amar, a venerar y hoy a alarmarse. Tierra y ser humano, somos una única realidad compleja, como bien lo vieron los astronautas desde la Luna o desde sus naves espaciales. También lo hace en otra parte: Nosotros no vivimos sobre la Tierra. Nosotros somos Tierra (“adamah-adam, humus-homo-homem”), parte de la Tierra. Entre los seres vivos e inertes, entre la atmósfera, los océanos, las montañas, la superficie terrestre, la biósfera y la antropósfera, rigen interrelaciones. No hay adición de todas estas partes, sino organicidad entre ellas. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2011. p. 88).

“A Terra é um organismo vivo, é o Pachamama de nossos índios, o Gaia dos cosmólogos contemporâneos. Numa perspectiva evolutiva, nós, seres humanos, nascidos do húmus, somos a própria Terra que veio a sentir, pensar, amar, venerar e hoje estar alarmada. Terra e ser humano, somos uma realidade complexa e única, como os astrônomos viram da Lua ou de sua espaçonave. Também o faz em outros lugares: não vivemos sobre a Terra. Nós somos a Terra (‘adamah-adam, húmus-homo-homem’), parte da Terra. Entre os seres vivos e inertes, entre a atmosfera, os oceanos, as montanhas, a superfície da terra, a biosfera e a antroposfera, existem inter-relações. Não há adição de todas essas partes, mas a organicidade entre elas” (tradução livre).

⁹³⁸ MORIN, Edgar. *Op. cit.*, p. 154.

e expressou: “— Que me importa que tenham morrido cem mil japoneses em Hiroshima, se eu não conhecia nenhum!”⁹³⁹.

Explica-se a indiferença no fato de as emoções não serem sentimentos, pois, do ponto de vista biológico, “emoções são disposições corporais dinâmicas que definem os diferentes domínios de ação em que nos movemos”⁹⁴⁰. Deste modo, ao mudar de emoção, muda-se o domínio da ação.

O viver humano aflora como um entrelaçamento entre a razão e a emoção, pois todo o sistema racional tem como fundamento o emocional. O império da razão se desmorona, ao que o humano não é mais razão, mas o entrelaçamento entre as emoções e o racional, expressado na linguagem. Os sistemas racionais são baseados a princípio em “premissas ou noções fundamentais que aceitamos como válidas e tratamos como pontos de partida porque queremos fazê-lo”, somente em seguida discutimos⁹⁴¹ as razões⁹⁴².

Como o domínio das ações é vinculado às emoções a justificativa racional dos direitos humanos ou de princípios éticos convence apenas os convencidos, pois operam no âmbito racional das coerências operacionais e discursivas com base em um conjunto de premissas fundamentais que se aceita *a priori*. A coerência operacional é facilmente verificável quando o discurso é contrário e se faz substituindo as premissas fundamentais.

Assim, a “ética não tem um fundamento racional, mas sim emocional”⁹⁴³. Deste modo, qualquer argumentação racional que busque convencer, nada convence. A preocupação ética está atrelada à aceitação do outro e pertence a outro domínio, que é o domínio do amor. Em *Amor y juego. Fundamentos olvidados del humano*, Maturana demonstra como o fundamento biológico do humano no amor é verificável nos jogos maternos entre filhos e mães. Para entender estes jogos, propõe partir de alguns pressupostos:

a) O fundamento do humano é o amor.

⁹³⁹ MATURANA, Humberto. *Emoções e linguagem na educação e na política*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998. p. 72.

⁹⁴⁰ *Ibidem*, p. 15.

⁹⁴¹ “Nunca brigamos quando o desacordo é apenas lógico, isto é, quando o desacordo surge de um erro ao aplicar as coerências operacionais derivadas de premissas fundamentais aceitas por todas as pessoas em desacordo. Mas há outras discussões que geram conflitos: é o caso de todas as discussões ideológicas. Isso acontece quando a diferença está nas premissas fundamentais que cada um tem. Esses desacordos sempre trazem consigo uma explosão emocional, porque os participantes vivem seu desacordo como ameaças existenciais recíprocas. Desacordos nas premissas fundamentais são situações que ameaçam a vida, já que um nega ao outro os fundamentos de seu pensar e a coerência racional de sua existência” (*Idem*. *Emoções e linguagem na educação e na política*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998. p. 17).

⁹⁴² *Ibidem*, p. 15-17.

⁹⁴³ *Ibidem*, p. 72-73.

b) Não há uma separação entre o corpo e a mente, nem uma dominação de um sobre o outro. A unidade entre corpo e mente é traduzida como vida espiritual, sendo uma comunidade interpessoal harmônica. Não há controle da mente sobre o corpo nem vice-versa⁹⁴⁴.

c) A cultura é uma rede de conversação fechada que surge do inter-relacionamento do linguajar e das emoções. As distintas culturas são modos de conviver no inter-relacionamento da linguagem e das emoções em distintas relações humanas.

d) Amar é deixar aparecer, sem a utilização de ideias que justifiquem o não reconhecimento do outro como parte de nosso viver e, portanto, que exclua o outro do âmbito de um amor social⁹⁴⁵.

e) O jogo é uma relação onde os participantes prestam atenção em um resultado. Daqui podem surgir duas situações:

1. Os participantes prestam atenção no processo em si e o processo é vivido no tempo presente em contínua transformação.

2. A atenção só recai no resultado, o presente some e só os resultados interessam.

No jogo, quando o segundo processo ocorre, se perde a consciência daquilo que se é e do ser na experiência social⁹⁴⁶, pois o foco das atenções não é um processo presente, mas um resultado futuro. Mas, ao desconectar das relações presentes de seu eu e do outro, o ser humano desconecta de seu ser biológico

No desenvolvimento infantil, as dimensões de percepções do indivíduo quando “se dar conta de si” ou do outro ocorrem na ontogenia humana (desenvolvimento do humano). Em outras palavras, a epigênese dos sistemas que integram o corpo humano, como um sistema de interação, ocorre no domínio das relações e das interações humanas – domínio social.

O humano surge no entrelaçamento da dimensão genética e da dimensão cultural e a epigênese humana implica viver com outros seres humanos. A capacidade de coexistência surge na epigênese humana da biologia do amor, isto é, na autoaceitação do outro⁹⁴⁷, momento em que é possível a cooperação graças às interações sociais.

⁹⁴⁴ Da mesma forma não se nega o observador e o observado, nem há separação entre a nossa mente e a natureza.

⁹⁴⁵ MATURANA, Humberto. *Amor y juego*. Fundamentos olvidados del humano. Desde el patriarcado a la democracia. Chile: JC Saez, 2003. A definição “amar é deixar aparecer” foi retirada das conferências feitas por Humberto Maturana à Fundação Hypatia. Disponível. <http://hypatia.cl/?s=maturana>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁴⁶ *Ibidem*, p. 122-123.

⁹⁴⁷ *Ibidem*, p. 124.

A aceitação do outro só é possível em uma interação presente, sem que haja negação, discriminação, qualquer ideia, tese, rótulo que esconda o amor social. É necessário deixar aparecer. No amor, o principal mandamento é deixar aparecer.

Nas interações que resultam dos cuidados entre adultos e crianças (materno-infantil) –, os jogos entre pais e filhos – o primeiro enfoque está em olhar o presente, o processo em si; é neste momento em que a criança é capaz de reconhecer a si mesma e o seu domínio social.

Em uma cultura voltada para a produção, o controle com a finalidade de buscar o resultado é uma constante em todas as etapas, porque o mais importante é o resultado. Não se enxerga no outro, nem a si mesmo como um ser que participa do processo, não se vive o presente.

A perda nos adultos da capacidade de jogar no tempo presente acontece quando as preocupações com o passado e com o futuro. É neste momento que ocorre o desencontro com o outro, ocorrendo a instrumentalização das relações, dos outros e a autoinstrumentalização. Deixar viver sem autocontrole e controle do outro é viver no jogo. O jogo é a condição de inocência na ação⁹⁴⁸.

Neste mundo submerso no amor e no entrelaçamento do ser e do viver, o jogo aparece na vida como uma atividade válida em si mesma, sendo qualquer atividade vivida no presente de sua realização e atua emocionalmente sem nenhum propósito exterior a ela⁹⁴⁹. Quando o humano ou outro animal qualquer estão envolvidos em uma atividade onde se desfruta naquele momento, sem a preocupação com o propósito externo, há um jogo. O que define o jogo é o operar no presente.

O amor é vivido no jogo, no tempo presente, sem expectativa, com atenção do que se faz através do fazer e não do resultado, ainda que se tenha consciência de como será o resultado.

As preocupações éticas dependem sempre do amor e não da razão, portanto uma determinada comunidade pode fazer apreciações de caráter ético baseadas na razão que não é válida para outra comunidade. O entendimento sobre os fenômenos de convivência passa necessariamente em entender que a ética está fundada no âmbito das emoções.

As relações humanas se desenvolvem em uma base emocional. São as emoções que definem o espaço da convivência. A convivência de pessoas que estão em espaços de domínios sociais distintos requer o mínimo de regras que operam de forma a definir o espaço de convivência “como um domínio emocional declarativo que especifica os desejos de

⁹⁴⁸ MATURANA, Humberto. *Amor y juego*. Fundamentos olvidados del humano. Desde el patriarcado a la democracia. Chile: JC Saez, 2003. p. 223.

⁹⁴⁹ *Ibidem*, p. 135.

convivência, e assim, o espaço de ação que realizam”⁹⁵⁰. Sem a aceitação mútua não há como ter coincidência nos desejos e sem coincidência nos desejos não há harmonia na convivência, nem há ação, nem razão. As redes de conversações constituem as regras, pois o “viver humano se faz no conversar”⁹⁵¹. Assim, as declarações, as afirmações, os discursos são coordenações para a ação.

Nestas interações recorrentes e nas coordenações de ações há também outras emoções que não são o amor – embora o amor seja o fundamento do humano. Algumas emoções podem negar o amor, outras o entrecruzam⁹⁵², mas é neste emocionar-se onde se dá o viver humano.

A convivência social se constitui e se desenvolve neste emocionar, nesta rede de conversação; a princípio, não é nada racional, o projeto de uma ordem social é fundado no desejo de convivência, neste projeto que Maturana intitula como “conspiração ontológica”, a ordem jurídica que se constitui deve ter regras que permitam a correção de erros que se cometem visando a um propósito comum, pois, possivelmente, dado que os seres humanos não são iguais, nem sempre há a possibilidade de possuir uma visão que permita “agir sempre de maneira responsável frente ao desejo que nos une”⁹⁵³.

5.1.3 A Ética como filosofia primeira, além do eu e tu

Emmanuel Lévinas sempre se autointituiu um fenomenologista e mantém escritos que fazem a reflexão filosófica com os seguintes eixos temáticos: *I – Relações do Eu, do Outro e do Mesmo*; *II – Refundação da relação chamada “ideia do Infinito”*; *III – A Teoria do Rosto*, formulada a partir de sucessivas intervenções de Lévinas sobre a significância do rosto humano na ordem existencial; e *IV – Ética como filosofia primeira*, proposta determinativa de Lévinas durante conferência e debate em Madri no ano de 1992.

No pensamento de Emmanuel Lévinas, a filosofia, a metafísica⁹⁵⁴ (além da física) e as ciências se constituem de acordo com a Ética – e isto, apresentando a Ética como nova ciência, por se prestar como imperativo categórico para o pensamento e a ação na contemporaneidade. Essa determinação científica, de rápida adoção nos quadrantes do conhecimento no fim do

⁹⁵⁰ MATURANA, Humberto. *Emoções e linguagem na educação e na política*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998. p. 74.

⁹⁵¹ *Ibidem*, p. 76.

⁹⁵² *Ibidem*, p. 77.

⁹⁵³ *Ibidem*, p. 78.

⁹⁵⁴ “A verdadeira vida está ausente”. Mas nós estamos no mundo. A metafísica surge e mantém-se neste álbi. Está voltada para o “outro lado”, para o “de outro modo”, para o “outro” (LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Tradução José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1980. p. 21).

século XX e nas primeiras décadas do século XXI, faz de Lévinas o filósofo da *Ética* como *filosofia primeira*⁹⁵⁵, o filósofo da Alteridade, o filósofo da Libertação, o filósofo do Rosto.

Lévinas faz uma releitura no pensamento da *ontologia*⁹⁵⁶, o que, segundo ele, seria na Grécia a “filosofia primeira”. A *ontologia* foi tornada célebre por Aristóteles com seu paradigma do “termo médio”, conforme a explicação da “tese, da antítese e da síntese”. Esse paradigma, equilibrando-se no mediano ou meio-termo, estaria sendo superado por nova arte de viver e pensar do atual estado de comunicação da humanidade. Tal ideia foi passada por Edgar Morin, com a dialógica dos contrários em circuito (veja subitem 4.5.4.1.1). Interpreta-se, deste modo, a retirada da síntese e a manutenção da tese e da antítese.

Na obra *Totalidade e Infinito*, Lévinas associa o termo *totalidade* à *ontologia*, no sentido daquilo que tudo abarca, envolve, sistematiza, totaliza, disseca. Mas a *ontologia* não pode abarcar o *Infinito*, ela mantém uma relação, por meio de uma ideia.

A exterioridade fecha a sequência triangular e se refere ao conjunto das expressões realizadas para fora, por todos os seres, sendo também a expressão da alteridade de cada ser ou coisa, a sua condição de *Alter*, outro. É no âmbito deste triângulo (totalidade, infinito e exterioridade) que Lévinas constrói o seu pensamento sobre a ética, a filosofia, a metafísica, a transcendência, o ego, o outro, e o mesmo, a alteridade, a separação, a liberdade, a subjetividade, o ser, a verdade e a justiça⁹⁵⁷.

É pela *metafísica* que Lévinas aborda e analisa todos os fenômenos das relações entre os seres, mas a *metafísica* é moldada pela *Ética* que, como ciência, que determina também as

⁹⁵⁵ LÉVINAS, Emmanuel. *Éthique comme philosophie première*. Paris: Payot & Rivages, 1998.

⁹⁵⁶ Da mesma forma, a ontologia (ciência do ser: do grego *onto*, ser, mais *logo*, ciência) não pode abarcar a interioridade, a vida interior ou, segundo Lévinas, a liberdade subjetiva humana (*Ibidem*).

⁹⁵⁷ “Em uma abordagem genealógica, a justiça aparece não mais primordialmente como um construto do discurso filosófico; ao invés, ela deve ser reconstruída a partir de práticas sociais concretas e autoimagens constantemente modificadas do Direito. (...) Neste ponto o hiato altamente problemático entre as estruturas do Direito e as decisões, que traz à tona os paradoxos do Direito, possivelmente conduzirá a uma compreensão mais profunda da justiça – no sentido de práticas subversivas da autotranscendência do Direito, que encontram pouca atenção na Teoria do Direito e na Dogmática dominante. (...) Sob as condições da policontextualidade, Niklas Luhmann apresenta um conceito sociológico: a justiça é a fórmula de contingência do sistema jurídico. Como fórmula de contingência do Direito, a justiça tem, no Direito, um *status* semelhante ao de outras fórmulas de contingência em relação a outras áreas: legitimidade na política, Deus na religião, escassez de bens na economia, formação na pedagogia, limitacionalidade na ciência. A fórmula de contingência quer dizer: proibição da negação, canonização, irrefutabilidade. E a sua dinâmica revela um paradoxo. A busca necessária pelo irrefutável, quando esta pode ser observada enquanto uma busca, produz sempre novas contingências. (...) A fórmula de contingência do Direito – a justiça – (...) Isso leva Luhmann à definição de justiça: “complexidade adequada do decidir consistente. (...) O clamor por justiça – e este é o núcleo da fórmula de contingência – requer que consequências extraídas da dependência do Direito quanto a sua ecologia, a seus ambientes social, humano e natural. A fórmula de contingência não se dirige a uma justiça imanente ao Direito, mas a uma justiça transcendente do Direito. Consistência interna mais responsividade diante das demandas ecológicas – essa é a dupla fórmula da justiça jurídica. (...)” (TEUBNER, Gunther. *Justiça autossubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do Direito*. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, n. 4, p. 17-49, 2011).

prioridades e os métodos e modos da filosofia. A relação teórica foi o esquema preferido pela relação *metafísica*. O saber ou a significância é uma relação em que o ser cognoscente deixa o ser conhecido manifestar-se e respeita a sua *alteridade*, sem o marcar, seja no que for, pela relação de conhecimento.

Nesse sentido, o desejo *metafísico* seria a essência da teoria. A teoria exclui a implantação do ser cognoscente no ser conhecido, a entrada no *Além*, por êxtase, permanece conhecimento, relação. E o mérito imperecível do “admirável povo grego” na instituição da filosofia terá consistido exatamente em ter substituído a comunhão mágica das espécies e a confusão das ordens distintas por uma relação espiritual em que os seres permanecem no seu posto, mas *comunicam* entre si⁹⁵⁸.

A *metafísica* precede a *ontologia*, o que de alguma maneira caracteriza a sua primazia. Mas o que precede a *metafísica*? E o que é que precede aquilo que precede a *metafísica*? Será o ser humano? A liberdade ou o Estado? Será a verdade? Será a filosofia?

No plano *metafísico* – que não está lá em cima do mesmo modo que a vida não está cá embaixo – destacam-se as relações entre o *Eu*, o *Outro* e *Outrem* – generalizado na expressão “*Outrem*” – e o *Mesmo*, compreendido como a teia da totalidade mantida pelo pensamento dominante.

O *Mesmo* mantém uma característica ontológica, sendo uma variante de *status quo*, onde predomina a relação *Eu/tu*, sendo geralmente *dominador*, desde sempre. Assim, para Lévinas:

Ser eu é para além de toda individualização que se pode ter de um sistema de referências é possuir a identidade como conteúdo. O eu não é um ser que se mantém sempre o mesmo, mas o ser cujo existir consiste em identificar-se, em reencontrar a sua identidade através de tudo que lhe acontece. (...) O eu é idêntico mesmo nas suas alterações: representa-as e pensa-as para si. A heterogeneidade universal em que o heterogêneo pode ser abrangido tem a ossatura de sujeito, da primeira pessoa. Pensamento universal, é um “eu penso”⁹⁵⁹.

O *Outro* possui características reveladas pela *metafísica* em um movimento do *Desejo* do invisível, que parte de um mundo que nos é familiar, de uma “nossa casa” que habitamos, para um fora de si estrangeiro, para além⁹⁶⁰. É nessas bases e condições que se dão as relações entre os usuais *alter* e *ego* (o eu e o outro), entre o *Eu* e o *Tu* que têm vigorado nas relações de dominação da *Totalidade* – o *Mesmo* –, onde se insurge o *Outro*, cuja identidade se posiciona para a ruptura da *Totalidade*.

⁹⁵⁸ LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Tradução José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1980. p. 35.

⁹⁵⁹ *Ibidem*, p. 24.

⁹⁶⁰ *Ibidem*, p. 21-22.

Decerto, *Eu* e *Outro* não existem sem que um seja a condição para *Outro* existir, vindo a existência de um da existência do outro – eis uma condição a que estão inelutavelmente destinados. Ao mesmo tempo, as relações do *Eu* e do *Outro* são o meio básico das formas sociais que constituem o *Mesmo*, onde se realizam acordos, resistências e rupturas de toda natureza – além de violências. A ruptura da *Totalidade* não é uma operação de pensamento, obtida pela simples distinção entre termos que se atraem ou, pelo menos, se alinham.

O vazio que a rompe só pode manter-se contra um pensamento, fatalmente totalizante e sinóptico, se o pensamento se encontrar em face de um *Outro*, refratário à categoria. “Em vez de constituir com ele, como com um objeto, um total, o pensamento consiste em falar”⁹⁶¹. Mas dizer que o *Outro* pode permanecer absolutamente *Outro*, que não entra na relação do discurso⁹⁶², é dizer que a própria história – identificação do Mesmo – não pode ter a pretensão de totalizar o *Mesmo* e o *Outro*. O absolutamente *Outro*, cuja alteridade, no plano pretensamente comum da história, a filosofia da imanência sobrepuja, conserva sua *transcendência* no seio da história.

A ideia do infinito – trazida há quinhentos anos pela Terceira Meditação de René Descartes⁹⁶³, o “proclamador” da Modernidade com o seu “Penso; logo, existo”, é retomada ampliada e reformada por Emmanuel Lévinas. Ao espírito de Lévinas vem a relação da ideia de *Infinito*, de modo eminente, no face a face com o outro e imposta pelo rosto do outro, no frente a frente.

A *transcendência* surge também como ideia do *Infinito* testemunhando a *origem* da comunicação e a rejeição, por Sócrates, do “falso espiritualismo da união pura e simples com o Divino, qualificada de deserção”⁹⁶⁴. O *Infinito* é característica própria de um ser transcendente. O infinito é absolutamente o outro. O transcendente é o único *ideatum* do qual não pode haver uma ideia em nós; está infinitamente afastado da sua ideia – quer dizer, exterior – porque é infinito. Pensar o infinito, o transcendente, o Estrangeiro, não é, pois, pensar um objeto. Mas pensar o que não tem traços do objeto é na realidade fazer mais ou melhor do que pensar. A intencionalidade da transcendência é a única no seu gênero⁹⁶⁵.

⁹⁶¹ LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Tradução José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1980. p. 27.

⁹⁶² “O discurso é ruptura e começo, ruptura do ritmo que arrebatava e enleva os interlocutores – prosa” (*Ibidem*, p. 181).

⁹⁶³ René Descartes (1596-1650), filósofo e matemático francês, autor de *Discurso do método*, estabelecendo o “método cartesiano”, que deu início à *tradição racionalista na filosofia*. Autor da expressão *Penso, logo existo*, na última de suas Meditações Filosóficas, expressão apontada como que equivalente a uma proclamação da Modernidade.

⁹⁶⁴ LÉVINAS, Emmanuel. *Op. cit.*, p. 35.

⁹⁶⁵ *Ibidem*, p. 36.

É o infinito no finito, o mais no menos onde se realiza a ideia do *Infinito*⁹⁶⁶ que se produz como o *desejo, um desejo desinteressado, como uma bondade*. Arremata Lévinas que da bondade e do Desejo – movimento do ser em direção ao outro e de atenção ao Invisível – nasce a linguagem⁹⁶⁷, cuja essência é amizade e hospitalidade.

O Desejo e a bondade supõem concretamente uma relação em que o Desejável detém a “negatividade” do Eu que se exerce no Mesmo, no poder, na dominação. O que, positivamente, se produz como posse de um mundo que eu posso ofertar a Outrem, ou seja, como uma presença que eu posso ofertar em face de um rosto⁹⁶⁸.

Todavia, no face a face revela-se a cisão *ontológica* em *Mesmo* e em *Outro*, numa relação não alérgica do *Mesmo* com o *Outro*, uma vez que “a transcendência ou a bondade produz-se como pluralismo”. O pluralismo do ser, contrário do que se propaga, “não se produz como uma multiplicidade de uma constelação exposta perante um olhar possível, porque assim ela já se totalizaria, se consolidaria em entidade”. Nas palavras de Lévinas:

O pluralismo só pode realizar-se na bondade de mim para o outro em que o outro, como absolutamente outro, pode apenas produzir-se sem que uma pretensa visão lateral sobre esse movimento tenha qualquer direito de se apoderar de uma verdade superior à que se produz na própria bondade. Assim, o frente a frente não é uma modalidade da coexistência, nem mesmo do conhecimento, mas a produção original do ser para a qual se encaminha todas as colocações possíveis dos termos. “A revelação do terceiro, inelutável no rosto, só se produz através do rosto”⁹⁶⁹.

A presença em face de um rosto, a orientação para Outrem só pode perder a avidez do olhar transmutando-se em generosidade, incapaz de abordar o outro de mãos vazias. Essa relação por cima das coisas possivelmente comuns, suscetíveis de serem ditas – é a relação do Discurso. Assim, segundo Lévinas, “o modo como o Outro se apresenta, ultrapassando a ideia do Outro em mim, chamamo-lo de fato rosto”⁹⁷⁰. O discurso põe em relação o que é essencialmente separado, sendo que no infinito se produz a *oposição* do discurso, na socialidade⁹⁷¹. É essa ideia “de infinito em mim que implanta a *Ética*”:

⁹⁶⁶ Cabe lembrar, ainda, que a ideia de infinito é sempre referida tanto ao espaço quanto ao tempo, de modo que estão nela presentes duas, dentre um número incomensurável, as duas dimensões do universo vividas e trabalhadas pelos humanos – o espaço e o tempo.

⁹⁶⁷ “Colocar o ser como Desejo e como bondade... é afirmar que apoderar-se do interior – produzir-se como eu – é apoderar-se pelo mesmo gesto que se volta já para o exterior para *extra-vasar* e manifestar – para responder acerca daquilo que capta – para exprimir, que a tomada de consciência já é linguagem; que a essência da linguagem é amizade e hospitalidade” (LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Tradução José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1980. p. 285).

⁹⁶⁸ *Ibidem*, p. 37.

⁹⁶⁹ *Ibidem*, p. 285-286.

⁹⁷⁰ *Ibidem*, p. 37.

⁹⁷¹ O rosto compreende a visão, o olhar, por meio da qual o mundo e as coisas, em especial o rosto do Outro, são captados pelo Eu. Ao mesmo tempo, o rosto é o meio pelo qual o Eu constitui a sua expressão e a sua exterioridade

O Outro não é para a razão um escândalo que a põe em movimento dialético, mas o primeiro ensinamento. Um ser que recebe a ideia do infinito – que *recebe*, pois não a pode ter de si – é um ser ensinado de uma maneira não maiêutica, um ser cujo existir consiste na incessante recepção do ensino, no incessante transbordamento de si mesmo (o tempo). Pensar é ter a ideia do infinito ou ser ensinado⁹⁷².

A relação entre *Outrem* e *Eu* é expressão que não conflui nem no número nem no conceito. “Outrem permanece absolutamente transcendente, infinitamente estranho, mas o seu rosto, onde se dá sua epifania⁹⁷³ e que apela para mim, rompe com o mundo que nos pode ser comum”⁹⁷⁴. Mas o rosto recusa à posse, aos poderes, e em sua epifania o que é sensível mesmo que seja captável transforma-se em resistência da apreensão. A expressão do rosto “não desafia a fraqueza dos meus poderes, mas o meu poder de poder. O rosto fala e convida a uma relação sem paralelo com o poder que se exerce, quer seja fruição quer seja conhecimento”⁹⁷⁵. Deste modo:

O infinito apresenta-se como rosto na resistência ética que paralisa meus poderes e se levanta dura e absoluta do fundo dos olhos, sem defesa na sua nudez e na sua miséria. A compreensão dessa miséria e dessa fome instaura a própria proximidade do outro. Mas é assim que a epifania do infinito é expressão e discurso⁹⁷⁶.

É na expressão que o ser apresenta a si mesmo. O ser ao se manifestar assiste à sua própria expressão e apela para “mim”. Na expressão, o ser se impõe e promove a minha liberdade, pois suscita a minha bondade. Ao referir que a relação com o rosto produz-se como bondade e que a exterioridade do ser é a própria moralidade, resulta na necessidade de uma justificação para a liberdade e para o seu exercício. Assim, uma das consequências que decorre da sua própria noção consiste em pôr a liberdade como requerendo justificação. Não teria

– sua alteridade –, pelo qual se dá a relação do face a face, do frente a frente, de homem a homem, com o outro. Das considerações de Lévinas, se chegou a uma “teoria do rosto” que inclui relações com o infinito, a ética e a razão (LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Tradução José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1980. p. 37). Na relação da ideia de Infinito, a abordagem dos seres mediante a visão é um modo de dominar os seres, de exercer sobre eles um poder. “A coisa é *dada*, oferece-se a mim. Mantenho-me no Mesmo, tendo acesso a ela. “Entretanto, o rosto está presente na sua recusa de ser conteúdo”. ... E nesse sentido não poderá ser compreendido, isto é, englobado, nem visto, nem tocado – porque, na sensação visual ou tátil, a identidade do eu implica a alteridade do objeto que precisamente se torna conteúdo (*Ibidem*, p. 171).

⁹⁷² *Ibidem*, p. 38.

⁹⁷³ Do grego “*Epiphanie*” = aparição, revelação (SCHWIKART, Georg. *Dicionário ilustrado das religiões*. Aparecida: Santuário, 2001. p. 103).

⁹⁷⁴ LÉVINAS, Emmanuel. *Op. cit.*, p. 173.

⁹⁷⁵ *Ibidem*, p. 176.

⁹⁷⁶ *Ibidem*, p. 178.

havido para a liberdade maior escândalo que descobrir-se finita. Não ter escolhido a sua liberdade – eis o supremo absurdo e a suprema tragédia da existência, eis o irracional⁹⁷⁷.

É no aspecto que correlaciona o irracional da liberdade e o infinito da sua arbitrariedade que “a liberdade tem de justificar-se, reduzindo-se a ela própria, cumprindo-se não na soberania, mas no arbitrário”. E mais: “Só na moral ela (a liberdade) se põe em questão. A moral preside assim a obra da verdade”. “A ética, para além da visão e da certeza, desenha a estrutura da exterioridade como tal, sendo, não apenas parte da filosofia, mas a filosofia primeira”⁹⁷⁸.

A Ética de Lévinas assume novas dimensões que vêm, em primeiro lugar, de sua Ética como filosofia primeira, de sua ideia do Infinito, de sua Teoria do Rosto – o rosto do outro, do frente a frente, do face a face entre os humanos. Dessas novas condições resulta que “assumo a responsabilidade por este outro, desinteressadamente”. *Ética é assumir a responsabilidade pelo Outro*. Não se trata de se proclamar solidário com o outro, trata-se de exercer uma solidariedade concreta e ativa com ele, de ser responsável por sua condição, de agir concretamente para modificá-la, de operar a libertação. Ao mesmo tempo, a *Justiça é o objeto da ética*; assim, explicar a razão do ser não é compreender nem se apoderar de mas, pelo contrário, encontrar outrem na *justiça*.

Assim, a *Ética* pode superar e ultrapassar fórmulas e axiomas da filosofia baseada na *ontologia*, mas não os nega. Ultrapassa, por exemplo, postulados da lógica, mas não os nega. Deste modo, o preceito romano de a ninguém prejudicar, a ética cristã do amor ao próximo e a visão moderna de que a *Ética* é emocional e voluntária, tudo pode ser revisto – e parece estar sendo – pela busca de uma adequação científica a uma filosofia primeira mais urgente, mas efetiva e mais realista. A *Ética* aparece como *nuova scienza* e o fim da Ética é a justiça, razão por que não se deve admitir uma filosofia do Neutro⁹⁷⁹.

A primazia da *Ética* aparece como produto do encontro do pensamento com o ser, e como pensamento que determina o modo de ser da metafísica, da própria filosofia e das relações entre os seres e seu universo. Sustenta Lévinas que a ética precede e se impõe, como saber e como ciência, a todo e qualquer outro saber, e a sua utilização nas relações do ser cognoscente com o que conhece e com os outros seres, sendo a *Ética*, enfim, a nova ciência.

É na compreensão do ser que se possibilita a própria chance da sabedoria e dos sábios e, a este título, *filosofia primeira*. A correlação conhecimento-ser significa uma diferença e, ao mesmo tempo, uma *diferença ancorada no verdadeiro*, onde o conhecido é compreendido e,

⁹⁷⁷ LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Tradução José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1980. p. 283.

⁹⁷⁸ *Ibidem*, p. 256.

⁹⁷⁹ *Ibidem*, p. 278.

assim, apropriado pelo saber. Na verdade, o *ser*, como o outro do pensamento, se torna o *próprio* do *pensamento-saber*. Mas no saber se anuncia também a noção de uma atividade intelectual ou de uma vontade razoável – atividade que se *apropria* e *compreende* a alteridade do conhecido. O pensamento do saber é uma existência concreta do homem num mundo que ele habita, onde caminha e trabalha e possui – o mundo dado. O que marcará desde então a contemporaneidade é a identificação e a apropriação do ser *pelo* saber, até a identificação do ser *e* do saber.

A atividade livre do saber constituirá também a intriga do ser enquanto ser que é o conteúdo do saber. *A Sabedoria da filosofia primeira* se reduz à *consciência de si*. O homem moderno persiste no seu ser como soberano preocupado unicamente com assegurar os *poderes de sua soberania*. Tudo que é possível é permitido. “Maravilha da liberdade ocidental moderna que não se aborrece com nenhuma memória nem remorsos e que se abre a um ‘radioso futuro’ onde tudo é reparável”⁹⁸⁰.

A questão posta perquire descobrir se o pensamento entendido como saber, desde a ontologia da filosofia primeira, esgota as possibilidades da significância do pensamento e se, por trás do saber e de seu domínio sobre o ser, não surge uma *sabedoria* mais urgente.

Para tanto, parte-se da intencionalidade, original da vida afetiva e ativa da consciência.

Ora, o saber na consciência – que é consciência de qualquer coisa – é por isso mesmo relação com um *autre* da consciência, como a referida ou a vontade deste outro que é *objeto*. E, ao mesmo tempo, o saber, na intuição da verdade, é descrito como “preenchimento”, como satisfação de uma aspiração a ser-objeto, dado e recebido no original ou *presente* em uma representação. “A prioridade soberba do A é A, princípio de inteligibilidade e de significação, esta soberania, esta liberdade do eu humano, é também, se é possível dizê-lo, a ocorrência da humildade”⁹⁸¹.

Segundo Lévinas, na passividade do não-intencional se questiona a justiça mesma da posição no ser, que se afirma com o pensamento intencional, saber e empreendimento do agora; eis o ser como má consciência questionada; ser questionado mas também questionando, ter de responder – nascimento da linguagem na sua responsabilidade; ter de dizer *eu*; ser na primeira pessoa; ser eu precisamente; mas, desde então, na afirmação do seu ser de mim, ter de responder pelo seu direito de ser⁹⁸².

⁹⁸⁰ LÉVINAS, Emmanuel. *Éthique comme philosophie première*. Paris: Payot & Rivages, 1998. p. 68-75.

⁹⁸¹ *Ibidem*, p. 77-83.

⁹⁸² *Ibidem*.

É necessário pensar, para Lévinas, até no “Eu odiável” de Pascal⁹⁸³, ter de responder pelo direito de ser, não por uma referência à abstração de qualquer lei anônima, de qualquer entidade jurídica, mas no temor por outrem. Meu ser-no-mundo, ou “meu lugar ao sol”, meu estar em minha casa, não têm sido usurpação de lugares que são de outro homem já por mim oprimido ou tornado esfomeado, expulso para um terceiro mundo? “Meu lugar ao sol” – dizia Pascal – o começo e a imagem da usurpação de toda a terra⁹⁸⁴.

A responsabilidade pelo outro, pelo primeiro vindo na nudez de seu rosto, é a infinita sujeição da subjetividade⁹⁸⁵. Este chamado à responsabilidade rasga as formas da generalidade na qual meu saber, meu conhecimento de outro homem, me representam como semelhante, para me descobrir no rosto do próximo como responsável por ele e, assim, como único – e eleito. “Ser ou não ser, eis a questão” – *Não é essa a questão! Esta é a questão? É a primeira e a última questão? O ser humano consiste em se esforçar para ser e para a compreensão do sentido de ser – eis a primeira filosofia.*

5.2 Um Direito Comum: *ius communicationis*

Em um mundo multicêntrico, marcado pela fragmentação, a Ética de Maturana, Morin e Lévinas apela para o reencontro com o outro e com a própria espécie humana. Pode-se dizer que Emmanuel Lévinas mantém uma mudança de paradigma ou uma “revolução copernicana” no pensamento da filosofia, assim como Humberto Maturana o fez relativamente às ciências.

Com a tese de autopoiese, a partir da biologia, as ciências passaram a girar em torno dos humanos. De forma metafórica, ousamos dizer que, assim como Nicolau Copérnico⁹⁸⁶, no século XV de nossa era, que com sua descoberta ensinou que a Terra gira em torno do sol e não o contrário; em Maturana, a ciência gira em torno do humano e não contrariamente. Este humano mantém uma ética com base nas emoções e seu fundamento o amor.

Em Emmanuel Lévinas se tem uma mudança de perspectiva na filosofia, de forma metafórica, se pode também falar em revolução, Lévinas traz a ética, e, portanto, os humanos, para o centro e o topo do pensamento e da filosofia.

⁹⁸³ LÉVINAS, Emmanuel. *Éthique comme philosophie première*. Paris: Payot & Rivages, 1998. p. 77-83.

⁹⁸⁴ *Ibidem*.

⁹⁸⁵ *Ibidem*, p. 93-99.

⁹⁸⁶ Nicolau Copérnico (1473-1543) foi o astrônomo, médico e religioso católico polonês que revolucionou a astronomia com a demonstração da teoria heliocêntrica (a Terra girando em torno do Sol) que acabou com a teoria geocêntrica segundo a qual o universo girava em torno da Terra. Para a demonstração publicou a obra *As revoluções dos Corpos Celestes*, da qual recebeu um exemplar no dia em que morreu, aos 70 anos.

Explicações como *dupla contingência*, na sociologia da comunicação, de Talcott Parsons e no sistemismo de Niklas Luhmann; da *tese, da antítese e da síntese*, dos filósofos gregos; do *entre dois* ou do *movimento num quadro*, de Kerchove e Ost; da *dialógica dos contrários em circuito*, de Edgar Morin; à semelhança de outras, vêm à tona como teorias concorrentes que apesar de datadas tratam dos mesmos problemas, falam das mesmas coisas. Vez por outra, porém, aparecem no horizonte sinais de uma diferença nos horizontes, indícios de que os desenvolvimentos teóricos amadurecem avançando para uma direção comum, num movimento de convergência para uma metamorfose de alcance geral, planetário.

Lévinas, em sua obra, favorece a convergência ao analisar e apresentar o Rosto como testemunho de si – como palavra –, espaço e tempo oportunos que reúnem energias e determinações de todos os termos em uma nova expressão. Um testemunho de si, em um rosto como palavra. Nas palavras do próprio Lévinas:

O acontecimento próprio da expressão consiste em dar testemunho de si, garantindo esse testemunho. A atestação de si só é possível como rosto, isto é, como palavra. Produz o começo da inteligibilidade, a própria inicialidade, o principado, a soberania real, que comanda incondicionalmente. O princípio só é possível como ordem. Mas a linguagem só é possível quando a palavra renuncia precisamente à função de ato e quando volta à sua essência de expressão⁹⁸⁷.

A convergência entre as éticas de nossos autores seria suficiente para a construção de uma ordem jurídica comum⁹⁸⁸, em um momento em que, conforme Mireille Delmas-Marty, uma profusão de normas não hierarquizadas embaralha a imagem da ordem jurídica⁹⁸⁹?

Chama-se atenção aos inúmeros nomes que se dá ao fenômeno: “pirâmides inacabadas”, “herarquias descontínuas”, “herarquias alternativas”, “herarquias inversas”⁹⁹⁰,

⁹⁸⁷ LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Tradução José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1980. p. 180.

⁹⁸⁸ Apelo à Ética secular não é suficiente para assumir o papel que o Direito hoje representa socialmente, é como se o Direito tivesse substituído as religiões e as ideologias.

⁹⁸⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. X.

⁹⁹⁰ A autora utiliza os termos nomeando um processo onde o plano de composição se embaralhou, em razão de uma descontinuidade do processo de geração das normas, fortalecido principalmente pelo recuo da lei em proveito de um direito não escrito – jurisprudência – e à superação do Estado em proveito de um direito internacional, como no caso da União Europeia (*Ibidem*, p. 85 e ss.).

“arquipélago”⁹⁹¹, “rizoma”⁹⁹², “policentricidade”⁹⁹³, “estruturação reticular”, “compenetração”⁹⁹⁴, “coordenação”⁹⁹⁵, “rede”, “interlegalidade”, e “rapsódia”⁹⁹⁶. De tudo, no meio de uma mudança, onde não é mais possível encontrar uma verdade revelada, busca-se, ao menos uma verdade compartilhada, relativa e evolutiva, e comum igualmente a diferentes setores do direito, comum sem que se possa renunciar as diferentes culturas e ordens jurídicas⁹⁹⁷. A busca de um modelo comum⁹⁹⁸ não é uma necessidade nova, mas neste milênio parece acentuar as angústias que se iniciaram no final do século XX. O Ciberespaço faz com que as quebras de hierarquias fiquem cada vez mais evidenciadas, mantendo a angústia latente.

O *Ius Communicationis* foi difundido no século XV por Francisco de Vitória, frade dominicano, teólogo e jurista, formado pela Universidade de Sorbonne e professor na Universidade de Salamanca. A formulação do *Ius Communicationis* parte da ideia de uma comunidade universal, com um direito comum para todos, de forma indistinta. O homem vive em comunidade e se comunica com os seus semelhantes, nesta projeção comunidade e comunicação são dois aspectos de uma mesma realidade. A comunicação de todos os povos e, portanto, universal cria e é o fundamento de uma comunidade humana que integra a todos. *Primus titulus potest vocari naturalis societatis et communicationis*.

Crítico das teses jurídicas que justificavam os instrumentos de colonização da época, como a superioridade natural dos espanhóis sobre os índios, o frade defendeu o direito ao uso

⁹⁹¹ TIMSIT, Gérard. *Archipel de la norme*. Paris: PUF, 1997.

⁹⁹² DELMAS-MARTY, Mireille. Introduction al tema “Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits”. In: CLAM, Jean; MARTIN, Gilles (dirs.). *Les transformations de la régulation juridique*. Paris: LGDJ, 1998. p. 212; FAGET, Jacques. *Le rhizome pénal. Milieu ouvert et décentralisation de la politique criminelle*. Bordeaux: Conseil de la Recherche du Ministère de la Justice, s.d. Como apontam os autores, o conceito é extraído de DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie*. Paris: Minuit, 1980. p. 32 [*Mil mesetas: capitalismo y esquizofrenia*. 3. ed. Tradução José Pérez Vázquez. Valencia: Pretextos, 1994].

⁹⁹³ HIRVONEN, Ari (ed.). *Polycentricity. The multiple scenes of law*. Londres-Sterling: Pluto Press, 1998. p. 2 e ss.

⁹⁹⁴ RIGAUX, Marie-Françoise. *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*. Bruxelas: Larcier, 1985. p. 181.

⁹⁹⁵ *Idem*. *La loi des juges*. Paris: Odile Jacob, 1997. p. 230-231.

⁹⁹⁶ VOGLIOTTI, Massimo. La ‘rhapsodie’: fécondité d’une métaphore littéraire pour repenser l’écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal. *Revue Interdisciplinaire d’Études Juridiques*, n. 46, p. 141 e ss., 2001.

⁹⁹⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. X.

⁹⁹⁸ “Para além do ‘ideal comum’ proclamado pela Declaração Universal de 1948, ou da linguagem comum da Humanidade, evocada pelo secretário-geral da ONU na abertura da Conferência Mundial de Viena sobre os direitos do homem, o documento adotado no desfecho dessa conferência em junho de 1993 salienta um ‘modelo comum a ser seguido’. Além da evolução quantitativa – de menos de sessenta Estados de 1948 para cerca de cento e oitenta em 1993 –, a mudança de terminologia de ‘ideal comum’ para ‘modelo comum’ mostra bem o caminho percorrido. Mas à custa de inúmeros mal-entendidos e com risco de sucumbir a muitas tentações, a começar pela de um universalismo um tanto ingênuo (aliás intensamente denunciado em Viena) que, em vez que enfrentar a dificuldades, prefere negar as diferenças ou reduzi-las por meio da escolha de um modelo tão homogêneo e unificado que se parece estranhamente com a hegemonia de uma cultura sobre as outras” (*Ibidem*, p. XI).

comum do ar, da água, dos rios e portos, como o livre trânsito sob o princípio *mare liberum*, contra o monopólio das soberanias, na proposta de uma regulamentação para evitar conflito e anarquia.

O problema identificado pelo jurista, relativo à ausência de um Direito Internacional com *auctoritas* e a possibilidade de sanções – *effectus*, foi resolvido por meio da construção teórica de uma comunidade universal, munida de uma ordem eficaz de Direito para a manutenção da liberdade, regrada para melhor aproveitamento do espaço (*Totus Orbis*) por todos. A comunidade universal é voltada a todos os habitantes da terra, com direitos comuns e deveres previstos para todos⁹⁹⁹, atribuindo-se ao Estado apenas o poder gerencial de governar¹⁰⁰⁰.

A ideia de um direito comum somente se faz possível com o *ius communicationis*. O direito comum surge da premissa básica de que ninguém pode se afastar das atividades primárias de comunicação, porque senão perde a sua socialidade¹⁰⁰¹. Aliás, *Totus Orbis*, que parte de uma solidariedade de todos, apenas é possível com *Ius Communicationis*. O normal e natural entre os homens e entre os povos é a livre comunicação e é a comunicação que une a humanidade, “la sociedad es como si dijéramos una natural comunicación”¹⁰⁰².

⁹⁹⁹ DESANTES, José Maria. *La información como derecho*. Madrid: Talleres, 1974. p. 325.

¹⁰⁰⁰ VITORIA, Francisco de. De la potestad civil (*De potestate civile*). *Obras de Francisco de Vitoria – Relecciones teológicas*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960. p. 132.

¹⁰⁰¹ O humano é uma espécie que desde milhões de anos possui invariantes que não mudam. São as invariantes que possibilitam a socialidade humana que por sua vez é parte constitutiva do humano. Sem a socialidade não existe o humano e sem as invariantes do humano não existe socialidade. A assertiva tem fundamento nos estudos de crianças selvagens que foram criadas sem nenhum vínculo com outros humanos. Lucien Malson apresenta relatos de vários estudos e pesquisas de crianças selvagens e as observações e conclusões são que “o homem sem a sociedade dos homens não pode ser senão um monstro, porque não existe estado pré-cultural que pudesse reaparecer então por regressão” (MALSON, Lucien. *Les enfants Sauvages*. Paris: 10/18, 1964. p. 40). Para que o humano possa desenvolver suas potencialidades não pode ser privado das relações com outros humanos, o ser social, ou seja, o homem que se relaciona com o outro, e o ser individual, aquele que produz experiências individuais não possuem nenhuma dualidade. Não há, portanto, uma divisão de interesses individuais e sociais. Tais dualismos trazem apenas uma alienação do ser humano de suas reais experiências. A humanidade só existe nas relações humanas. O ser humano é constitutivamente social e não pode existir fora desta esfera, embora o genético funde o humano, é o fenômeno social que o constitui. São parte do patrimônio hereditário do humano, o pensamento da coisa pura, a capacidade combinatória, liberdade, o apelo à regra, o voto de reciprocidade e o movimento oblato.

¹⁰⁰² VITORIA, Francisco de. *Op. cit.*, p. 156.

Do princípio geral *naturalis societatis et communicationis* desmembram-se três direitos: o *ius peregrinandi* (a liberdade para transitar, imigrar e residir em terras estrangeiras)¹⁰⁰³; o *ius negotiandi* (o direito ao comércio de mercadorias)¹⁰⁰⁴; e o direito de comunicação.

O direito de comunicação é consignado na obra de Francisco como um direito de caráter comum, comportando um aspecto negativo e outro positivo. Sob o aspecto negativo, não é lícito interferir ou proibir nas comunicações, não sendo humano “evitar la comunicación y el trato entre los hombres. En tiempos de Noé habría sido inhumano el hacerlo”¹⁰⁰⁵. Assim, não é lícito aos bárbaros proibir a comunicação dos espanhóis¹⁰⁰⁶. No aspecto positivo, é assinalado o direito de expressar opinião¹⁰⁰⁷ e de propagar a fé¹⁰⁰⁸. Há a concepção de um mundo como uma *republica res totus orbis* como a garantia do entendimento dos membros da *res publica*. É a *ius communicationis* que funda a sociedade ou a comunidade.

Já nos gregos a comunicação é considerada algo integral da sociedade e da humanidade. *Natura ferimur ad communicationem*, diria Aristóteles, o homem que não se comunica deixaria de ser homem¹⁰⁰⁹. Sustentáculo da sociedade grega, as Assembleias eram a base de constituição da vida política da Grécia e mantinham os deuses agoraios que protegiam a Assembleia e a Ágora, garantindo a palavra: *isegoría, parrhesía, eleutherostomoi glosai y exousía tou legein*¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰³ “En todas las naciones se tiene por inhumano el recibir y tratar mal a los huéspedes y peregrinos sin motivo especial alguno, y, por el contrario, se tiene por humano y cortés el portarse bien con ellos, a no ser que los extranjeros aparejaren daños a la nación” (VITORIA, Francisco. *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*. Madrid: Espasa-Calpe, 1980. p. 88).

“Em todas as nações se têm por não humano o receber e tratar mal os hóspedes e peregrinos sem motivo especial algum, e, pelo contrário, se tem por humano e cortês o receber bem, a não ser que os estrangeiros façam danos à nação” (tradução livre).

¹⁰⁰⁴ “Es lícito a los españoles comerciar con ellos, pero sin perjuicio de su patria, importándoles los productos de que carecen, y extrayendo de allí oro o plata u otras cosas en que ellos abundan; y ni sus príncipes pueden impedir a sus súbditos que comercien con los españoles ni, por el contrario, los príncipes de los españoles pueden prohibirles el comerciar con ellos” (*Idem. De Indis, Relectio I, 3, 3, (Secunda Propositio)*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1989. p. 708).

“É lícito aos espanhóis comerciar com eles, mas sem prejuízo a sua pátria, importar os produtos de que precisam e extrair dali ouro ou prata ou outras coisas que eles têm em abundância e nem seus príncipes podem impedir a seus súditos que comercializem com os espanhóis nem, pelo contrário, os príncipes dos espanhóis podem proibir o comércio” (tradução livre).

¹⁰⁰⁵ “Evitar a comunicação e o trato entre os homens. Em tempos de Noé já era desumano fazê-lo”.

¹⁰⁰⁶ VITORIA, Francisco de. *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*. Madrid: Espasa-Calpe, 1980. p. 199.

¹⁰⁰⁷ *Alios titulus potest esse scilicet causa religionis christianal propaganda*. Assim, qualquer homem pode ensinar a verdade aos outros que a quiserem ouvir, mais ainda quando se trata da salvação e felicidade eterna que se referem a atividade humana, sendo, deste modo, um direito comum.

¹⁰⁰⁸ VITORIA, Francisco de. *Op. cit.*, p. 198.

¹⁰⁰⁹ “Quare et Timon ille atheniensis qui se instituto ab hominum communitate segregabat, inhumana, brutalique natura ab Aristoteles I Policorum censetur, et inter feras huiusmodi homines pronintur” (*Idem. De la potestad civil (De potestate civile)*. *Obras de Francisco de Vitoria – Reflecciones teológicas*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960. p. 156).

¹⁰¹⁰ DESANTES, José María. De la libertad de expresión al derecho a la información. *Persona Y Derecho: Revista De Fundamentación De Las Instituciones Jurídicas Y De Derechos Humanos*, n. 24, p. 23-48, 1991.

Atualmente é no Ciberespaço que as comunicações se tornam cada vez mais visíveis e possíveis, um sistema interativo global de comunicação *on-line*, onde todas as transações, não importa a natureza, envolvem trocas de dados e informações. Qualquer regulação passa pela regulação desta troca de informação, mediada¹⁰¹¹. Esta regulação envolve vários aspectos de jurisdições diversas, múltiplas culturas, passando sempre a velha colisão de proteção de direitos e comunicação livre.

É fato que as características de cada Estado, por exemplo, para ficar em situação de mais baixa complexidade são diferentes. Assim, a título de exemplo, é fácil constatar as diferenças entre o ser “liberal”, na Alemanha e nos Estados Unidos. De forma coerente, é fácil verificar que a Alemanha respeita a justiça social mais do que os Estados Unidos e que os Estados Unidos respeitam a autonomia individual mais do que a Alemanha¹⁰¹².

Mas, no meio ambiente em rede digitalizada é mais possível a muitas pessoas e grupos de crenças semelhantes ajudarem-se mutuamente, expressar seus pontos de vista, organizar, e ganhar um reconhecimento muito maior¹⁰¹³. Poderia se questionar se essas comunicações efetivas tornam possível um discurso democrático direto. Isto, sem dúvida, é uma ideia atrativa para democracia¹⁰¹⁴.

O relacionamento entre a estrutura de produção da informação não pode, contudo, ser considerado como se nós estivéssemos desenhando um estado ideal¹⁰¹⁵. Mas não se pode deixar de considerar que o Ciberespaço virou um local da chamada produção de *bens comuns* e um *espaço de vivência comum* numa infraestrutura de informação e recursos culturais¹⁰¹⁶.

Em razão das características da informação e da cultura, que são um dos aspectos fundamentais da economia que embala o Ciberespaço¹⁰¹⁷, por si só, dada a natureza, são considerados bens públicos, que a economia descreve como “não-rival” ou custo zero de produção. Nas palavras de Yochai Benkler e de Jeremy Rifkin, respectivamente:

Uma vez o cientista tenha estabelecido um fato, ou uma vez tenha Tolstoi escrito *Guerra e Paz*, nem o cientista nem Tolstoi precisam gastar um simples segundo em

¹⁰¹¹ LIPTON, Jacqueline. *Rethinking cyberlaw*. A new vision for internet law. Massachusetts: Edward Elgar, p. 14 e ss.

¹⁰¹² BENKLER, Yochai. Freedom in the commons: towards a political economy of information. *Duke Law Journal*, v. 52, 2003.

¹⁰¹³ *Ibidem*.

¹⁰¹⁴ “Democratização (...) ao mesmo tempo como empoderamento e incorporação de responsabilidade de arenas locais de negociações e decisão através do Estado e sociedade em detrimento da produção estatal de implementar decisões majoritárias sobre normas e regras sobre de um convívio mútuo justo” (STREECK, Wolfgang. *International Change in the German Political Economy*. Oxford: Oxford University Press, 2009).

¹⁰¹⁵ BENKLER, Yochai. *Op. cit*.

¹⁰¹⁶ *Ibidem*.

¹⁰¹⁷ *Ibidem*.

produção adicional dos manuscritos de Guerra e Paz ou estudos para uma centena, um milhar ou um milhão de usuários. Economistas chamam tais bens de “públicos”, porque um mercado nunca os produzirá se forem precificados com base em seu custo marginal zero. Dado que esta economia de bem-estar está produzindo um bem eficientemente somente quando lhe é dado um preço com seu custo marginal, este bem nunca será vendido a um preço positivo e seu custo marginal é fundamentalmente um candidato à substancial produção pelo não-mercado¹⁰¹⁸.

Numa economia de transações comerciais, o lucro é obtido nas margens. Por exemplo, eu, na qualidade de autor, vendo o meu produto intelectual a uma editora em troca de um pagamento e de futuros *royalties* sobre a minha obra. O livro passa, então, por diversas mãos antes de chegar ao consumidor final: revisor, gráfica, grossistas, distribuidores, retalhistas. Cada interveniente aumenta os custos de transação, por forma a incluir uma margem de lucro suficientemente expressiva que justifique a sua intervenção no processo.

Mas o que aconteceria se o custo marginal de produção e distribuição de um livro caísse drasticamente até próximo de zero? Na verdade, é o que já está a acontecer. Um número cada vez maior de autores está a escrever livros e a disponibilizá-los a preços mais reduzidos, ou até mesmo gratuitamente, na Internet – evitando editoras, gráficas, grossistas, distribuidoras, retalhistas. O custo de produção, comercialização e distribuição de cada exemplar de um *e-book* é praticamente nulo. Este fenómeno já lançou o caos nas indústrias da edição, da comunicação e do entretenimento, na medida em que cada vez mais informação é disponibilizada a título quase gratuito a milhares de milhões de pessoas. Hoje, mais de um terço da espécie humana produz a sua própria informação com recurso a telemóveis relativamente baratos e computadores, partilhando-a através de vídeo, áudio e texto a um custo marginal próximo de zero num mundo interligado de bens comuns colaborativos. Neste sentido, a revolução do custo marginal zero começa a expandir-se a outros sectores comerciais, incluindo o das energias renováveis, da produção em impressoras 3D e do ensino superior *online*¹⁰¹⁹.

A informação e a cultura como uma das bases da economia colaborativa têm *input* primário para produção de uma informação preexistente, que é em si mesma um bem público. Os demais *inputs* são a criatividade e o capital físico necessário para gerar, fixar e consumir unidades transmissíveis de informação e cultura. Assim, por exemplo, hoje um estúdio de gravação pode ser montado em uma residência e em uma simples garagem e com materiais baratos reduzido o necessário capital de custos de *input*.

Em obra intitulada *A sociedade do custo marginal zero*, Rifkin defende que os bens comuns originários de uma economia colaborativa serão a referência da vida econômica e o sistema capitalista racional poderá ser parceiro desta nova forma de produção. Ao defender a ideia, Rifkin lembra que nem mesmo com o empenho de filósofos e economistas ao longo dos

¹⁰¹⁸ Once a scientist has established a fact, or once Tolstoy has written *War and Peace*, neither the scientist nor Tolstoy need spend a single second on producing additional *War and Peace* manuscripts or studies for the one-hundredth, one-thousandth, or one-millionth user. Economists call such goods “public”, because a market will never produce them if priced at their marginal cost – zero. Given that welfare economics claims that a market is producing a good efficiently only when it is pricing the good at its marginal cost, a good that can *never* be sold both at a positive price and at its marginal cost is fundamentally a candidate for substantial nonmarket production (BENKLER, Yochai. Freedom in the commons: towards a political economy of information. *Duke Law Journal*, v. 52, 2003).

¹⁰¹⁹ RIFKIN, Jeremy. *A sociedade do custo marginal zero*. A internet das coisas, a comunidade dos bens comuns e o eclipse do capitalismo. Lisboa: Bertrand, 2016. p. 16.

séculos em imputar ao sistema econômico os mesmos pressupostos das leis que regulam a natureza “os paradigmas económicos são meras construções sociais e não fenómenos do mundo natural”¹⁰²⁰.

Não é o caso de trazer uma discussão econômica no final da tese, apenas estabelecer uma relação, mesmo que superficialmente, na forma de produção atual e na novidade que é o Ciberespaço, onde o motor são as redes de comunicação. Apesar de os bens comuns já existirem há tempos, sendo uma das características da *ciência a construção por muitas pessoas que, independentemente do que pesquisam, trazem juntos sua colaboração e criam ciência*¹⁰²¹. Mas a ideia de criação de um bem de forma colaborativa reina no Ciberespaço e o *software* livre é um dos melhores exemplos.

De outra forma, como demonstrado, um dos motores que levaram ao aparecimento das novas estruturas da modernidade foi a criação da imprensa. Com a prensa mecânica e com o telégrafo, os jornais passaram a realizar uma produção com foco não apenas regional, mas ampliado para grande circulação, com finalidade de ampliação de audiência. Os jornais se produziam a partir de um capital e profissionais adequados para a sua produção, fazendo com que cada vez mais os consumidores fossem passivos. Com o rádio, televisão, sistema de satélite e via cabo o sistema de comunicação de massa se alastrou¹⁰²². O modelo da mídia de massas, na produção que antecedeu a Internet, era formado por um pequeno grupo de atores. Neste ambiente, as ações para fazer sentido são centralizadas; conforme Benkler, são os proprietários e profissionais de produção que definem muitas pautas, agendas, sentidos e valores. No Ciberespaço, apesar da existência de grandes proprietários, *o sentido é produzido de forma mais colaborativa*¹⁰²³.

O Ciberespaço possibilitou que os seus usuários não sejam apenas receptores e consumidores passivos, criando novas redes de expressão. A comunicação é *produtiva*, não só economicamente falando, mas podendo ser, segundo Negri e Hardt, “um elemento central da

¹⁰²⁰ RIFKIN, Jeremy. *A sociedade do custo marginal zero*. A internet das coisas, a comunidade dos bens comuns e o eclipse do capitalismo. Lisboa: Bertrand, 2016. p. 16.

¹⁰²¹ BENKLER, Yochai. Freedom in the commons: towards a political economy of information. *Duke Law Journal*, v. 52, 2003.

¹⁰²² *Ibidem*.

¹⁰²³ *Ibidem*.

produção biopolítica”¹⁰²⁴. Uma nova organização social pode revelar-se de forma imanente de elementos interagindo no mesmo plano¹⁰²⁵.

Não se pensa em um Estado mundial como um novo sujeito político ou constitucional, a elevada fragmentação da sociedade mundial torna improvável a reconstrução de unidade, como Teubner nomeia, de um constitucionalismo unitarista, onde não é possível a constituição global unificada¹⁰²⁶, mas apenas “direito constitucional de colisões, e não como direito unificado”¹⁰²⁷. Em termos de sistemas sociais devem aliar suas constituições próprias com os seus próprios meios de comunicações, como a Ciência com cognição, a economia com suas operações de pagamentos. É nisto que molda a autofundação constitutiva interna e suas fronteiras. *Constitutio* originalmente é uma expressão da medicina para o estado do corpo como saudável-doente, em cada constituição trata-se sempre em manter o bom funcionamento dos órgãos e a adequação do corpo para vida em seu ambiente¹⁰²⁸.

Se a comunicação é o *constitutio* da sociedade para a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, é na comunicação que se *constituiu* a humanidade e nela que se pode reconhecer o Outro, realizar o amor, e um *diálogo dos contrários em circuito*. Neste novo espaço virtual de comunicação e interatividade, se pode reconhecer uma nova potência em um jogo infinito dentro de um quadro dado.

¹⁰²⁴ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão*. Rio de Janeiro: Record, 2014. p. 332. Para os autores, “Uma abordagem inicial da questão pode ser colocada em termos daquilo que chamamos de biopoder, ou seja, uma tendência da soberania para tornar-se poder sobre a própria vida. O poder soberano não deve apenas dominar a morte, mas também produzir vida social. Por outro lado, a produção econômica torna-se cada vez mais biopolítica, voltada não só para a produção de bens, mas em última análise para a produção de informação, comunicação, cooperação – em suma a produção de relações sociais e de ordem social. Assim é que a cultura vem a ser diretamente um elemento tanto da ordem política quanto da produção econômica (*Ibidem*, p. 418-419).

¹⁰²⁵ *Ibidem*, p. 421.

¹⁰²⁶ Segundo Teubner, para “manter fiel à ideia de uma constituição mundial, a fórmula apenas pode ser a interligação das constituições próprias dos fragmentos globais – das nações, dos regimes transnacionais, das culturas regionais – umas com as outras, formando um direito constitucional de colisões”. “Os sujeitos constitucionais do constitucionalismo social assumem, portanto, contorno bastante distintos, dependendo de serem constituídos no âmbito do Estado Nacional ou no âmbito transnacional. (...) No curso da globalização surgiram novos sujeitos constitucionais transnacionais.” Para o autor, “o Estado Nacional não é o único sujeito constitucional possível; a fragmentação de processos constitucionais que ocorre nos diversos regimes funcionais é, hoje, uma realidade; não são apenas as coletividades políticas em sentido estrito que são aptas a assumir um caráter constitucional, mas também o são os sistemas sociais parciais diversos”. “Os regimes especializados transnacionais fazem concorrência hoje, como sujeitos constitucionais (...) Pelo fato deles comunicarem não pelo poder da política, mas pelos meios de outros sistemas funcionais, eles formam constituições próprias”. Ao falar em função da constituição, Teubner considera dupla a constituição e a autolimitação. Sobre colisão, “conflitos entre regimes transacionais que dominam a prática do campo jurídico” (TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais, constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 46, 52, 143, 166, 167, 267).

¹⁰²⁷ *Ibidem*, p. 45.

¹⁰²⁸ *Ibidem*, p. 167.

A arena do Ciberespaço pode vir a ser uma nova *ágora*, mas sem a existência de uma unidade soberana. Pode ser que surja um modelo imante¹⁰²⁹, vindo dos vários elementos da sociedade que podem ser capazes de organizá-la de forma cooperativa.

No campo da comunicação, as inovações são decorrência daquilo que se faz em comum e “que podem ser considerados como uma orquestra sem regente, uma orquestra que através da permanente comunicação estabelece seu ritmo próprio”¹⁰³⁰. As inovações se fazem em rede, a *Internet* é o caso mais concreto desta afirmação.

A produção em comum, do bem comum¹⁰³¹ – o termo bem comum é empregado aqui no sentido de um espaço de vivência, nos termos conceituados por Hardt e Negri – que se produz na seara do Ciberespaço, talvez seja a condição para uma “tomada de decisão em comum”, uma constituição de um poder que pode se manifestar por meio de redes cooperativas, mas isto é parte de um outro jogo.

¹⁰²⁹ As pesquisas da fisiologia e da neurobiologia “indicam, pelo contrário, que o corpo e mente são atributos da mesma substância, e que interagem constantemente em pé de igualdade na produção de razão, da imaginação, do desejo, dos sentimentos e dos afetos. O próprio cérebro, além disso, não funciona segundo um modelo centralizado de inteligência dotada de um agente unitário. O pensamento pode ser mais bem entendido, ensinam-nos os cientistas, como um acontecimento químico ou a coordenação de bilhões de neurônios num padrão coerente. Não existe ninguém que tome uma decisão no cérebro, e sim um enxame, uma multidão que age coordenadamente. Em outras palavras ... o corpo humano consiste ele mesmo numa multidão organizada no plano da imanência (HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão*. Rio de Janeiro: Record, 2014. p. 422).

¹⁰³⁰ *Ibidem*, p. 412-422.

¹⁰³¹ “O objetivo último de todas as ações que acontecem na vida social é a construção do bem comum, que coincide com a plena realização de cada pessoa, de forma integral. A dimensão ética, enquanto manifestação da liberdade da pessoa está presente em todas as esferas da vida (pessoal, econômica, política, etc.) e é necessária para a construção do bem comum” (AGOSTINHO, Theodoro Vicente; GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. Globalização e humanismo integral. *Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica*, v. 1, n. 1, 2019).

CONCLUSÕES

O *Homos ludens* assumiu o palco da arena do Ciberespaço. As redes de comunicações interativas se orquestram em movimentos determinados pelo *código*. Três resultados há com essa nova era submergida na tecnologia da informação. O primeiro é o advento da complexidade. O segundo, o Jogo surge como protagonista da cena. O terceiro é a comunicação como um paradigma.

O complexo reúne o que se complementa, o que concorre e o que é antagônico em um tecido. O dado *novo*, o que se *informa* (*novidade*) aumenta cada vez mais a complexidade, tornando tudo inesperável, contingente, incerto. Com o Ciberespaço a complexidade é mais evidente. Abraçar o diverso e reunir o separado (Edgar Morin); eis o desafio dos tempos atuais.

O Direito é um fenômeno da comunicação que se torna complexo, ao mesmo tempo, necessita lidar com a complexidade que o circunda. Duas são as fórmulas possíveis para um pensar complexo do Direito no cenário atual: o Jogo como modelo analógico e como um paradigma que inclui a dialética – uma dialética onde todos cooperam de forma recíproca; e a Teoria dos Sistemas onde se explica o *Hiperciclo* do Direito, em que as comunicações jurídicas são a *constitutio* do sistema jurídico. O que se pretende com isto evitar? Sem dúvidas: não superar os paradoxos, as incertezas, as indeterminações e os polos opostos, mas assumi-los, como um dado de realidade.

O jogo foi interpretado nesta tese como um ritual, uma realidade e uma experiência, ainda que construída artificialmente. Suas tipologias: *agôn* (competição), *alea* (acaso, destino), *Mimicry* (representação) e *ilinx* (transe) – Roger Caillois – são presentes nas inúmeras construções culturais. No Jogo, as regras se fazem presentes em um movimento recursivo de regras em mutação. Com as regras, o jogo é um espaço livre entre dois em um quadro dado. Com o ritual e a competição, Jogo e Direito impõem a ordem. E o acaso surge sempre no jogo como o inesperado, o fora do controle, aquilo que foi entregue ao destino. As regras do Jogo e Direito criam o pão, as máscaras, as *personas*, os institutos para que o movimento ocorra em um espaço muitas vezes repleto de polos opostos como cooperação e conflito, estratégia e representação, realidade e ficção, regulação e indeterminação, internalidade e externalidade que apenas a dialética *sem síntese* – *sem unidade* – pode apreender (Ost e Kerchove). O Jogo tem suas regras modificadas por uma sequência de mensagens interativas; sem o processo comunicacional, as regras não seriam mutáveis, o que impossibilitaria qualquer movimento livre.

A regra é uma proposição linguística necessária à convivência e o Direito um fenômeno da comunicação, um processo comunicacional, que tem como uma referência um determinado ordenamento jurídico para organizar a convivência (Gregorio Robles) e, que ao mesmo tempo, é o Direito que regula as comunicações existentes.

O Ciberespaço, como um espaço interativo com vários fluxos comunicacionais, mantém-se como principal desafio à regulamentação da liberdade de comunicação e dos fluxos informacionais. O Direito, ao regular o Ciberespaço, regula as comunicações e a vida em sociedade, uma vez que a comunicação é o elemento constituinte da sociedade – o processo elementar da constituição de sentido, a união temporária de acontecimentos seletivos sob condicionamentos mútuos-recíprocos, segundo a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. A Comunicação é o pressuposto da socialidade humana e o Direito a disciplina da convivência (Goffredo Telles Jr.).

O Direito é constituído pelas comunicações jurídicas (atos jurídicos, normas, procedimentos, dogmática). O Direito não é outra coisa a não ser Direito. A condição de se manter como Direito, sem recorrer a uma unidade impossível diante da complexidade, se dá por meio do Hiper ciclo. O Hiper ciclo garante a autorreferência e a autoprodução do Direito, em um processo de criação e recriação contínuo – *autopoiesis*.

É no âmago do circuito interno do Direito que se desenvolve o Hiper ciclo, possibilitando que o Direito mantenha uma resposta adequada ao seu entorno, sem perder com isto a sua autorreferência. É por meio da autonomia, em forma recursiva e em um processo autorreferencial, que o Direito se dobra em si mesmo, por meio de regras e não de outros jogos, mas por suas próprias regras que são imanentes ao seu funcionamento.

Com esses três fenômenos: Jogo, Comunicação e Hiper ciclo, o que se percebe é um Direito vivo, onde seu referencial não é uma lei que representa a vontade geral, mas nas diversas comunicações existentes no mundo jurídico, em um diálogo cooperativo, dinâmico, que interage com as realidades, criando realidades e se modificando com elas.

As realidades são inumeráveis pelas diferenciações que operam em uma distinção entre o mundo e o sentido, perdendo, deste modo, a unidade de uma realidade ou uma unidade do mundo. Se a unidade não se dá no divino, no racional, o que pode unir a humanidade? Se não há uma unidade na realidade do Direito, mas sim um fluxo de comunicações existentes, o que é comum nestas realidades? Em um espaço aberto, livre e descentralizado como o Ciberespaço, o que se tem em comum é o comunicar. Em um direito fragmentado pelas inúmeras realidades, o que se tem em comum é o *ius communicationis*. A regulação do Ciberespaço desafia a uma regulação do *ius communicationis*, do Direito e da Sociedade.

REFERÊNCIAS

A MULTIDIMENSIONAL approach to disinformation. *Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation. Directorate-General for Communication Networks, Content and Technology*. European Commission, 2018.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

AGAMBEN, Giorgio. *O estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGOSTINHO, Theodoro Vicente; GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. Globalização e humanismo integral. *Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica*, v. 1, n. 1, 2019.

AGUSTINOY GUILAYN, A.; MONCLÚS RUIZ, J. *Aspectos legales de las redes sociales*. Barcelona: Bosch, 2016.

AHMET Yildirim c. Turquia. Demanda 3111/10. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.asp>. Acesso em: 21 maio 2019.

ALABART, Silvia Dias. *Robots y responsabilidad civil*. Madrid: Reus, 2018.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRÉS, Moisés Barrio. *Ciberderecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

ANDRÉS, Moisés Barrio. *Fundamentos del derecho de Internet*. Madrid: Centros de Estudios Políticos e Constitucionales, 2017.

ANGIOLILLO, Francesca. Os que têm o poder continuam nos velhos caminhos modernos, diz Michel Maffesoli. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, ano 99, n. 33.136, A.18, 23 dez. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/fac-simile/2019/12/23/index.shtml>. Acesso em: 23 dez. 2019.

ARAUJO, Marilene. *A liberdade de expressão e o pluralismo no constitucionalismo contemporâneo*. 2015. 253 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

ARAUJO, Marilene. Proteção dos direitos humanos: controles de convencionalidade e constitucionalidade e a experiência latino-americana das leis de anistia. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 86, jan.-mar. 2014.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1997.

ARGYLE, Michael. *A interação social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Manuela García Valdés. Madrid: Gredos, 1988.

BARLOW, John. *A declaration of the independence of cyberspace*. Disponível em: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>. Acesso em: 21 jan. 2020.

BARTLETT, Jaime. *The People vs Tech: How the internet is killing democracy*. New York: Dutton, 2018.

BASCHET, Jérôme. *Las representaciones del poder en las sociedades hispánicas*. Ciudad de México: El Colegio de México, 2012.

BATESON, Gregory. *Pasos para una ecología de la mente*. Buenos Aires: Lohlé-Lumen, 1971.

BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre mito e linguagem*. São Paulo: Editora 34, 2013.

BENKLER, Yochai. Freedom in the commons: towards a political economy of information. *Duke Law Journal*, v. 52, 2003.

BENNETT, S. C. The “right to be forgotten”: reconciling EU and US perspectives. *Berkeley Journal of International Law*, v. 30, n. 1, 2012.

BERGMAN, Michael K. White paper: the deep web: surfacing hidden value. *The Journal of Electronic Publishing*, v. 7, issue 1: taking license, August 2001.

BERNE, Eric. *Os jogos da vida: análise transacional e o relacionamento entre as pessoas*. São Paulo: Nobel, 1995.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 1977.

BETANCUR, Rafael Gómez. La equidad en los romanos. *Universitas Canónica*, Bogotá, año III, v. 3, n. 7, 1983.

BETANCUR, Rafael Gómez. *Las reglas del derecho*. Bogotá: Facultad del Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Católica Javeriano, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1982.

BOCHENEK, Antonio Cesar. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: a análise de experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013.

BRIDGESTONE Firestone, Inc. v. Jack Myers. Case n. D2000-0190. 2000. Disponível em: <https://dnattorney.com/dn-resources/bridgestone-firestone-et-al-v-myers/>. Acesso em: 19 out. 2019.

BUCY, Erik P. Interactivity in society: locating an elusive concept. *The Information Society*, v. 20, 2004.

BUNGE, Mario. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Perspectiva, 2002.

BVerfGE 120, 274. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv120274.html>. Acesso em: 2 jul. 2019.

BVerfGE 141, 220. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv141220.html>. Acesso em: 2 jul. 2019.

CAILLOIS, Roger. *Os jogos e os homens. A máscara e a vertigem*. Lisboa: Cotovia, 1990.

CALABUIG, Vicente; OLCINA, Gonzalo. *Conducta, estrategia y economía: una introducción a la teoría de juegos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

CALIFANO, Bernadette. Políticas de internet: la neutralidad de la red y los desafíos para su regulación. *Revista Eptic Online*, v. 15, n. 3, dez. 2013.

CANTO, Francesco Dal. Los nuevos derechos entre la Constitución italiana y las cartas europeas. *Revistas de Investigaciones Jurídicas*, México, ano 40, n. 40, 2016.

CAPRA, Fritjof. *As conexões para uma vida sustentável*. São Paulo: Cultrix, 2002.

CARBONNIER, Jean. *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris: LGDJ, 2001.

CARBONNIER, Jean. L' hypothèse du non-droit. *Archives de Philosophie du Droit*, t. VIII, 1963.

CÁRDENAS, María Luz; PIEDRAFITA, Gabriel; ATHEL, Francisco Montero. ¿Qué es la vida? *Revista del Congreso FEBS en Madrid*, SEBBM, n. 175, mar. 2013.

CARRIO, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011.

CARVALHO, Luciana. A arte da ilusão de Escher volta ao Brasil. *Exame*, 13 set. 2016. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/estilo-de-vida/a-arte-da-ilusao-de-escher-volta-ao-brasil-veja-fotos/>. Acesso em: 19 out. 2019.

CASTAÑEDA, L.; GONZÁLEZ, V.; SERRANO, J. L. Donde habitan los jóvenes: precisiones sobre un mundo de redes sociales. In: MARTÍNEZ, F.; SOLANO, I. *Comunicación y relaciones sociales de los jóvenes en la red*. Alicante: Marfil, 2011.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura. O poder da identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

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

CASTRO, Leandro Nunes. Computação e desinformação: tecnologias de detecção de desinformação *on-line*. In: *Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CEBRIAN, J. L. *La red*. Madrid: Taurus, 1998.

CHIASSONI, Pierluigi. *Disposición y norma: una distinción revolucionaria*. Lima: Palestras Editores, 2011.

CÍCERO. *De Finibus Bonorum Et Malorum. Livro III*. London: Harvard University Press, 1983.

CICERON. *Disputaciones tusculanas*. Madrid: Gredos, 2005.

CODE of Practice on Desinformation. 28 set. 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>. Acesso em: 10 maio 2019.

COHEN, Julie. Cyberspace as/and space. *Columbia Law Review*, v. 107, n. 1.

COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões (Construir uma economia europeia dos dados)*. Bruxelas, 10.01.2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0009&from=ES>. Acesso em: 21 jan. 2020.

CONCILIO, David de. *Consociazione e comunità nel pensiero di Otto von Gierke*. Roma: Università Degli Studi Di Roma Tre, Dipartimento Di Giurisprudenza Diritto Comune, 2014.

CONSTITUIÇÃO da Alemanha. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20080912134535/>. Acesso em: 1º fev. 2019.

CONTE, A. *La société ludique*. Paris: Gasset, 1980.

CRUZ, Edgar Gómez. *La metáfora de la Internet*. Barcelona: UOC, 2008.

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, v. 108, 2011.

DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Ciudad de México: Unam, 2017.

DAVY, Georges. *La foi jurée: étude sociologique du problème du contrat: la formation du lien contractuel*. New York: Arno Press, 1975.

DECLARAÇÃO de Princípios de Genebra. [s.d.]. Disponível em: https://www.itu.int/net/wsis/documents/doc_multi.asp?lang=en&id=11610. Acesso em: 19 out. 2019.

DÉCISION 2009-580 DC du 10 juin 2009. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009580DC.htm>. Acesso em: 20 maio 2019.

DEEP Web. Direção: Alex Winter. EUA, 2015. 90 min.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie*. Paris: Minuit, 1980.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil mesetas: capitalismo y esquizofrenia*. 3. ed. Trad. José Pérez Vázquez. Valencia: Pretextos, 1994.

DELGADO, Manuel Gutiérrez. La bondad del juego, pero. *Escuela Abierta: Revista de Investigación Educativa*, n. 7, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. Introduction al tema “Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits”. In: CLAM, Jean; MARTIN, Gilles (dir.). *Les transformations de la régulation juridique*. Paris: LGDJ, 1998.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DESANTES, José María. De la libertad de expresión al derecho a la información. *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n. 24, 1991.

DESANTES, José María. *Hacia el realismo político*. Madrid: Dopesa, 2017.

DESANTES, José Maria. *La información como derecho*. Madrid: Talleres, 1974.

DICCIONARIO del español jurídico. Real Academia Española. Disponível em: <https://dej.rae.es>. Acesso em: 30 set. 2019.

DICCIONARIO Griego-Español (DGE). Disponível em: <http://dge.cchs.csic.es/his>. Acesso em: 14 fev. 2019.

DICTIONNAIRE encyclopédique de théorie et de sociologie du droit. 2. ed. Paris: LGDJ, 1993. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Z94lgGUPlr0J:unesdoc.unesco.org/images/0005/000503/050335fo.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=brunication+unesco>. Acesso em: 10 out. 2018.

DOMINGUES, Elaine Cristina Pardi. *A lex mercatoria na teoria dos sistemas sociais autopoéticos: conflitos entre racionalidades*. São Paulo: Max Limonad, 2019.

DUGUIT, Leon. *El pragmatismo jurídico*. Santiago: Olejnik, 2018.

EARLY Greek Philosophy, v. I: Introductory and Reference Materials (LCL 524). Disponível em: <https://www.loebclassics.com/>. Acesso em: 21 jan. 2020.

EASTERBROOK, Frank H. Cyberspace and the law of the horse. *The University of Chicago Legal Forum*, 1996.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Trad. René Ernani Gertz. Brasília: UnB, 1986.

EIGEN, Manfred; WINKLER, Ruthild. *O jogo: as leis naturais que regulam o acaso*. Trad. e prefácio Carlos Fiolhais. Lisboa: Gradiva, 1989.

ENCICLOPÉDIA Britânica. Disponível em: <https://www.britannica.com/science/mimicry>. Acesso em: 7 dez. 2018.

ENCYCLOPÆDIA Britannica Online. Disponível em: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/536314/Act-of-Settlement>. Acesso em: 15 out. 2019.

FAGET, Jacques. *Le rhizome pénal. Milieu ouvert et décentralisation de la politique criminelle*. Bordeaux: Conseil de la Recherche du Ministère de la Justice, s.d.

FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Sousa. Autopoiese. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.; MEDINA, Flavia A.; RODRÍGUEZ, Mónica S.; SCOTTI, Luciana. *Contratación electrónica internacional: una mirada desde el derecho internacional privado*. Málaga: Universidad de Málaga, 2008.

FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Arbitrario. Arbitraire. Arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*. Madrid: Iustel, 2016.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Forense, 2009.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *O direito entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Prefácio. In: ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo; NERY, Nelson. *Fake news e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRER SERRANO, R. L. El tránsito de las redes sociales hacia un nuevo concepto territorial de los Estados (“netstates”). In: CORREDOIRA, I.; ALFONSO, L.; COTINO HUESO, L. *Libertad de expresión e información en internet: amenazas y protección de los derechos personales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

FISCHER, Gustave Nicoles. *Psicología social: conceptos fundamentales*. Madrid: Narcea, 1990.

FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FOERSTER, Heinz von. *Las semillas de la cibernética: obras escogidas*. Barcelona: Gedisa, 1991.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramallete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FOUCAULT, Michel. Des espaces autres. Conférence au Cercle d'études architecturales, 14 mars 1967. *Architecture, Mouvement, Continuité*, n. 5, 1984. Disponível em: <https://foucault.info/documents/heterotopia/foucault.heteroTopia.fr/>. Acesso em: 21 jan. 2020.

FOURSHEY, Catherine Cymone; GONZALES, Rhonda M.; SAIDI, Christine. *África Bantu: de 3500 a.C. até o presente*. Petrópolis: Vozes, 2019.

FREDERICK, Beiser. *The Genesis of Neo-Kantianism. 1796-1880*. Princeton: Oxford, 2014.

FREUD, Sigmund. *Más allá del principio de placer. Psicología de las masas y análisis del yo y otras obras*. Buenos Aires: Amorrortu, 1992.

FREUND, J. Le droit comme motif et solution de conflits. *Archives de Philosophie du droit*, 1976.

FREUND, J. *Sociologie du conflit*. Paris: PUF, 1983.

FRIEDLANDER, Simone A. Net neutrality and the FCC's 2015 open internet order. *Berkeley Technology Law Journal*, Issue 2, Annual Review, 2016.

FROBENIUS, Leo. *A gênese africana: contos, mitos e lendas da África*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FUENTE, Felicísimo Valbuena. Los juegos comunicativos, de Eric Berne. Madrid: Universidad Complutense. Disponível em: http://webs.ucm.es/info/per3/profesores/Valbuena/pdf/juegos_comunicativos.pdf. Acesso em: 9 set. 2018.

GETTING Started with Brackets. [s.d.]. Disponível em: <https://www.wgig.org/>. Acesso em: 19 out. 2019.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GEIST, Michael. Fair.com?: An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP. Disponível em: <http://aix1.uottawa.ca/~geist/geistudrp.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

GESETZ zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken. Disponível em: <https://www.buzer.de/s1.htm?g=Netzwerkdurchsetzungsgesetz+%E2%80%93+NetzDG&f=1>. Acesso em: 21 jan. 2020.

GIBERT, Jorge; CORRE, Beatriz. La teoría de la autopoiesis y su aplicación en las ciencias sociales. El caso de la interacción social. *Cinta Moebio*, 2001.

GIBSON, Willian. *Neuromancer*. São Paulo: Aleph, 2003.

GILLESPIE, T. The relevance of algorithms. In: GILLESPIE, T.; BOCZKOWSKI, P.; FOOT, K. (ed.). *Media technologies: essays on communication, materiality and society*. Cambridge: MIT Press, 2013.

GOLDSMITH, Jack. Against Cyberanarchy. *University of Chicago Law School*, v. 65, 1998.

GORDILLO, Agustín. *Introducción al derecho: derecho público y privado. Common law y derecho continental europeo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

GREENWALD, Glenn. Por que a privacidade é importante. *TEDGlobal 2014*. Disponível em: https://www.ted.com/talks/glenn_greenwald_why_privacy_matters?language=pt-br#t-4245. Acesso em: 1º jan. 2017.

GROSS, K. *The play of man*. New York: Appleton, 1902.

GUASTINI, Riccardo. Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, n. 43, Octubre 2015.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

GUIBOURG, Ricardo; ECHAVE, Delia; URQUIJO, Maria Eugenia. *Lógica, proposição e norma*. Buenos Aires: Astrea, 1988.

GUILLEN, Antonio Asencio; MARCOLA, Julio Navio. *Génesis del ciberespacio: una visión desde las teorías de la comunicación*. Madrid: Universidade Nacional de Educação a Distância, 2017.

GUIMARAENS, Francisco. *Direito, ética e política em Spinoza: uma cartografia da imanência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HAHN, Robert; WALLSTEN, Scott. The economics of net neutrality. *AAEI – Brookings Joint Center Working Paper*, n. RP06-13, 2006.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão*. Rio de Janeiro: Record, 2014.

HARRISON, Jane Erlen. *Themis. A Study of the Social Origins of Greek Religion*. New York: Cambridge, 2010.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HELLER, Herman. *La soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

HENRIOT, Jacques. *Le Jeu*. Paris: Press Universitaires de France, Boulevard Saint-Germain, 1969.

HENRIONT, J. *Sous couleur de jouer. La Métaphore ludique*. Paris: J. Corti, 1989.

HIRVONEN, Ari (ed.). *Polycentricity. The multiple scenes of law*. London-Sterling: Pluto Press, 1998.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Big data: desafios para el derecho*. Pamplona: Civitas, 2018.

HOFSTADTER, Douglas R. Nomic: a self-modifying game based on reflexivity of law. *Metamagical Themas*, New York, v. 246, n. 6, 1982.

HOFSTADTER, Douglas. *Godel, Escher, Bach: um entrelaçamento de gênios brilhantes*. Brasília: UnB, 2001.

HOLTZ-BONNEAU, Françoise. *La imagen y el ordenador*. Madrid: Tecnos, 1986.

HOLTZ-BONNEAU, Françoise. *L'image et l'ordinateur*. Paris: Aubier Ina, 1986.

HORTON, Donald; WOHL, R. Richard. Mass communication and para-social interaction: observations on intimacy at a distance. *Psychiatry: Particip@tions*, v. 3, issue 1, May 2006.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. São Paulo: Objetiva, 2009.

HUESO, Lorenzo. *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

HUIZINGA, J. *Homo ludens: o jogo como elemento da cultura*. São Paulo: Perspectiva, 1971.

HUNTER, Dan. Cyberspace as place and the tragedy of the digital anticommons. *Calif. L. Rev.*, v. 91, 2003.

IANA. [s.d.]. Disponível em: <https://www.iana.org>. Acesso em: 19 out. 2019.

IBÁÑEZ, Josef. *El control de Internet: poder y autoridad en los mercados electrónicos*. Madrid: Editorial Catarata, 2005.

IÑAKI, Rivera; SILVERA, Hector; BODELON, Recasens. *Contornos y pliegues del derecho: homenaje a Roberto Bergalli*. Barcelona: Anthropos, 2006.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. *Measuring the Information Society Report*. 2018. Disponível em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/publications/misr2018.aspx>. Acesso em: 21 jan. 2020.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. *World Summit on the Information Society*. Geneva 2013-Tunis 2015. Disponível em: <https://www.itu.int/net/wsis/>. Acesso em: 19 out. 2019.

INTERNET Architecture Board. [s.d.]. Disponível em: <https://ietf.org/about/groups/iab/>. Acesso em: 19 out. 2019.

INTERNET Society. [s.d.]. Disponível em: <https://www.internetsociety.org/>. Acesso em: 19 out. 2019.

INVICTUS. Direção: Clint Eastwood. EUA: Warner Bros Pictures, 2009.

JACOB, Robert. *La gracia de los jueces: la institución y lo sagrado en Occidente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

JENSEN, Jens F. Interactivity. Tracking a new concept in media and communication studies. *Nordicom Review*, Göteborg, v. 19, n. 1, 1998.

JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Portugal: Fundo de Cultura, 1965.

JOHNSON, David; POST, David. Law and borders. The rise of law in cyberspace. *Stanford Law Review*, 1996.

KARAVAS, Vaios; TEUBNER, Gunther. The horizontal effect of fundamental rights on 'private parties' within autonomous internet law. *Constellations*, v. 12, n. 2, June 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1351-0487.2005.00415.x>. Acesso em: 19 out. 2019.

KARL, Marx. Posfácio. In: KARL, Marx. *O capital*. Livro I. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2011.

KATSH, Ethan. Software worlds and the first amendment: virtual doorkeepers. *Cyberspace University of Chicago Legal Forum*, v. 65, 1996.

KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. Trad. Marcelo Dias Varella et al. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 63, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Almedina, 2008.

KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *¿De la pirámide a la red? Por una teoría dialéctica del derecho*. Trad. Oscar Enrique Torres. No prelo.

KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *De la Pyramide au ressaut*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Sont Louis, 2002.

KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

KERCHOVE, Michel; OST, François. De la bipolarité des erreurs ou de quelques paradigmes de la science du droit. *Archives de Philosophie du Droit*, v. 33, 1998.

KLEINSTEUBER, H. El surgimiento del ciberespacio: la palabra y la realidad. In: VIDAL, J. Beneyto. *La ventana global*. Madrid: Taurus, 2002.

KRETZ, Francis. Dialogue, service, interactivité et leurs composantes. *Bulletin de L'Idate*, Paris, n. 11, 1983.

KUEHL, Daniel. From cyberspace to cyberpower: defining the problem. In: KRAMER, Franklin (coord.). *Cyberpower and National Security*. Washington: Ed. National Defense University Press, 2009.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LAKOFF, George. *Women, fire and dangerous things: what categories reveal about the Mino*. Chicago: The University of Chicago Press, 1987.

LATORRE, Marino. *Historia de la web, 1.0, 2.0, 3.0 y 4.0*. Universidad Marcelino Champagnat, marzo 2018.

LAZARETTI, L. R. D.B. *Elkonin*. São Paulo: Unesp, 2011.

LECRIVAN, A. *Encyclopédia philosophique universelle. Les notions philosophiques*. Paris: PUF, 1990.

LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites da dominação totalitária*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

LEFRANC, Jean; MORFAUX, Louis-Marie. *Novo dicionário da filosofia e das ciências humanas*. Lisboa: Piaget, 2009.

LEGENDRE, P. *O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

LEROI-GOURHAN, André. *El gesto y la palabra*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1971.

LESSIG, L. *El Código 2.0*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2009.

LESSIG, Lawrence. *El código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001.

LÉVINAS, Emmanuel. *Éthique comme philosophie première*. Paris: Payot & Rivages, 1998.

LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1980.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *El pensamiento salvaje*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1990.

LEVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.

LIPTON, Jacqueline. *Rethinking cyberlaw: a new vision for internet law*. Massachusetts: Edward Elgar, 2015.

LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

LOTUS pela Corte S.S. Lotus [1927] Corte Permanente de Justicia Internacional, Ser. A, n. 10. Disponível em: <https://www.dipublico.org/10984/s-s-lotus-1927-corte-permanente-de-justicia-internacional-ser-a-no-10/>. Acesso em: 21 jan. 2020.

LUHMANN, Nicklas. *Sociología del riesgo*. Ciudad de México: Herder, 1998.

LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Trad. Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas>. Acesso em: 15 out. 2019.

LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Tradução realizada a partir do original [Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. *Rechthistorisches Journal*, v. IX, 1990].

LUHMANN, Niklas. Autopoiesis als soziologischer Begriff. In: HAFERKAMP, Hans; SCHMID, Michael (ed.). *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*. Frankfurt: Suhrkamp, 1987.

LUHMANN, Niklas. *El arte de la sociedad*. Ciudad de México: Herder, 2005.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Ciudad de México: Herder, 2002.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Nafarrate Torres. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. São Paulo: Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas. *La moral de la sociedad*. Madrid: Trotta, 2013.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Ciudad de México: Anthropos, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. São Paulo: Vozes, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. The third question: the creative use of paradoxes in law and legal theory. *Journal Law and Society*, n. 15, 1988.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012.

MAFFESOLI, M. *O tempo das tribos: declínio do individualismo nas sociedades de massa*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAISONNEUVE, J. *Introduction á la psychosociologie*. Paris: PUF, 1973.

MALABY, Thomas. Beyond play: a new approach to games. *Revista Games and Culture*, n. 2, 2007.

MALSON, Lucien. *Les enfants sauvages*. Paris: 10/18, 1964.

MANFRED, Eigen; SCHUSTER, Peter. The Hipercycle. A principle of natural Self Organization. *Die Naturwissenschaften*, n. 64, 1977.

MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. *Fake news e autorregulação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais*. In: ABOUD, Georges; NERY, Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake news e regulação*: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARCONDES FILHO, Ciro. *O princípio da razão durante o círculo cibernético: o observador e a subjetividade*. Nova teoria da comunicação. São Paulo: Paulus, 2011. t. III.

MARINA, José Antonio. *Teoria da inteligência criadora*. Rio de Janeiro: Guarda Chuva, 2009.

MARINO, Catalina Botero. *Libertad de expresión e internet*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes. Justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A zona de penumbra entre o STJ e o STF*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTÍNEZ, Fernando Rey. La ética protestante y el espirita del constitucionalismo. La impronta calvinista del constitucionalismo norteamericano. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, v. 79, p. 225-291, 2003.

MATURANA, Humberto. *Amor y juego: fundamentos olvidados del humano*. Desde el patriarcado a la democracia. Santiago de Chile: JC Saez, 2003.

MATURANA, Humberto. *Desde la biología a la psicología*. Buenos Aires: Lumen, 2004.

MATURANA, Humberto. *Emoções e linguagem na educação e na política*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998.

MATURANA, Humberto. *La objetividad un argumento para obligar*. Buenos Aires: Granica, 2011.

MATURANA, Humberto. *La realidad: objetiva o construída*. Ciudad de México: Anthropos, 2009.

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

MATURANA, Humberto; YÁÑEZ, Ximena Dávila. *Habitat humano: em seis ensaios sobre biologia-cultural*. São Paulo: Palas Athenas, 2009.

MAURER, Hartmut. *Direito do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2018.

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

McMILLAN, Sally J. A multifaceted tool for a complex phenomenon: coding web-based interactivity as technologies for interaction evolve. *Journal of Computer-Mediated Communication*, v. 13, 2008.

MENESES, Manoel González. *Entender Blockchain: una introducción a la tecnología de registro distribuido*. Madrid: Thompson Reuters, 2017.

MERLEAU-PONTY, M. *O visível e o invisível*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

MOMENTO histórico: em 1995, Mandela usa a Copa do Mundo de Rúgbi para unir a África do Sul. *G1*, 18 nov. 2018. Disponível: <https://globoesporte.globo.com/programas/esporte-espetacular/ep/rugbi/todos-por-um/noticia/momento-historico-em-1995-mandela-usa-a-copa-do-mundo-de-rugbi-para-unir-a-africa-do-sul.ghtml>. Acesso em: 9 nov. 2019.

MORA, Ferrater. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Loyola, 1994.

MORIN, Edgar. *Método III: o conhecimento do conhecimento*. Porto Alegre: Sulina, 2015.

MORIN, Edgar. *Meus filósofos*. Porto Alegre: Sulina, 2013.

MORIN, Edgar. *O método 1: a natureza da natureza*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1987.

MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. 4. ed. Trad. Juremir Machado Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean Louis. *A inteligência da complexidade*. São Paulo: Petrópolis, 2000.

MOUGIN-LEMERLE, Régine. Sujeito do direito, sujeito do desejo. In: ALTOÉ, Sonia (org.). *Sujeito do direito, sujeito do desejo: direito e psicanálise*. Rio de Janeiro: Revinter, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MUÑOZ, Machado. *La regulación de la red*. Madrid: Taurus, 2000.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1955.

NEGROPONTE, Nicholas. *El mundo digital*. Barcelona: Ediciones B, 1995.

NETANEL, Neil Weinstock. Cyberspace self-governance: a skeptical view from liberal democratic theory. *California Law Review*, v. 88, 1999.

NEVES, Marcelo. De la autopoiesis a la alopoiesis del derecho. *Revista Doxa*, n. 19, 1996.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUNES JR., Vidal Serrano. *Direito e jornalismo*. São Paulo: Verbatim, 2012.

OLIVEIRA, Arilson Silva. *Hinduísmo e budismo em Max Weber*. 2016. Tese (Doutorado), Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.

OLIVEIRA, Matheus Barreto Pazos de. *A definição de verdade em Tomás de Aquino: um estudo sobre De veritate, 1, 1 e Summa Theologiae, I, 16, 1*. 2017. Tese (Doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2017.

PACHECO, Joaquim Francisco. *Lecciones del derecho político constitucional*. Madrid: Imprenta Ignacio Boix, 1845.

PARRILA, José Antonio Castillo. Economía digital y datos entendidos como bienes. In: *El mercado digital en la Unión Europea*. Madrid: Reus, 2018.

PARSONS, Talcott. *El sistema social*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

PELA Internet – Satisfaction (I Can't Get No). [Intérprete]: Gilberto Gil. Quanta Gente Veio Ver, 2002.

PELA Internet 2. [Intérprete]: Gilberto Gil. OK OK OK, 2018.

PESCATORE, Pierre. *Introduction à la science du droit*. Luxemburgo: Office des imprimés de l'État, 1960.

PIAGET, Jean. *A formação do símbolo na criança: imitação, jogo e sonho, imagem e representação*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1973.

PICCIUOLO, Valls J. Dentro y fuera de la pantalla (Apuntes para una Etnografía del Ciberespacio). *Antropología del ciberespacio*. Quito: Editorial Abya Yala, 1999.

PLATÃO. *Timeu-Crítias*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010.

PONDUS, ponderis, peso, pesar. Disponível em: <http://etimologias.dechile.net/?ponderar>. Acesso em: 19 out. 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005. t. IV.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

POPPER, Karl R. *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos, 1985.

PORTINARO, Pier Paolo. La Staatslehre entre Georg Jellinek y Hermann Heller. In: *El derecho em Red*. Madrid: Dykinson, 2006.

PUGLIESI, Márcio. *Filosofia e direito: uma abordagem sistêmico-construcionista*. No prelo.

PULVIRENT, Orlando. *Derechos humanos e internet*. Buenos Aires: Errepar, 2013.

QUIRING, Oliver. Interactivity. *The International Encyclopedia of Media Effects*, 2017.

RAFAELI, Sheizaf. Interactivity: from new media to communication. In: HAWKINS, Robert; WIEMAN, John; PINGREE, Suzanne (ed.). *Advancing communication science: merging mass and interpersonal process*. Newbury Park: Sage, 1988.

RAFAELI, Sheizaf; SUDWEEKS, F. Networked interactivity. *Journal of Computer-Mediated Communication*, v. 2, issue 4, 1 March 1997.

RAFAELI, Sheizaf; YARON, Ariel. Assessing interactivity in computer-mediated research. *The Oxford Handbook of Internet Psychology*. New York: Oxford University Press, 2009.

RAMONET. ¡Nos han robado una esperanza! Internet: un bien o una maldición. *El País Digital*, 25 fev. 1997.

RAO, Valentina. Facebook applications and playful mood: the construction of Facebook as a “third place”. 8-12. 10.1145/1457199.1457202. *Publication FORUM: University of Edinburgh Postgraduate Journal of Culture and the Arts*, 2008.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Ámbito virtual creado por medios informáticos*. Disponível em: <https://dle.rae.es/?id=98Wdd57>. Acesso em: 21 jan. 2020.

REIDENBERG, Joel. *Lex informatica: the formulation of information policy rules through technology*. *Texas Law Review*, v. 76, 1998.

REINO Unido suspende uso de peruca branca em julgamentos civis. *Folha de S.Paulo*, 12 jul. 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u311502.shtml>. Acesso em: 12 jun. 2018.

RICHARDS, Armstrong. *The philosophy of rhetoric*. Oxford: Oxford University Press, 1965.

RIFKIN, Jeremy. *A sociedade do custo marginal zero: a internet das coisas, a comunidade dos bens comuns e o eclipse do capitalismo*. Lisboa: Bertrand, 2016.

RIGAUX, François. *La loi des juges*. Paris: Odile Jacob, 1997.

RIGAUX, Marie-Françoise. *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*. Bruxelas: Larcier, 1985.

ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito*. São Paulo: Noeses, 2011.

ROBLES, Gregorio. *Comunicación, lenguaje y derecho*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009.

ROBLES, Gregorio. *La justicia en los juegos: dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Trotta, 2009.

ROBLES, Gregorio. *Ley e derecho vivo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ROBLES, Gregorio. *Pluralismo jurídico y relaciones intersistemicas: ensayo de teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Civitas, 2007.

ROBLES, Gregorio. *Teoría del derecho: fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Civitas, 2015.

ROGERS, Everett. *Communication technology. The new media in society*. New York: Free Press, 1986.

ROIG, Antoni. *Derechos fundamentales y tecnologías de la información y de las comunicaciones: TICs*. Barcelona: Bosch, 2010.

ROIG, Antoni. La tecnología de identificación por radiofrecuencia y los riesgos para los derechos fundamentales de los consumidores. In: COTINO HUESO, Lorenzo. *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROST, Alejandro. *La interactividad en el periódico digital*. 2006. 482 p. Tesis (Doctorado en Periodismo y Comunicación) – Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Ouro, 2010.

ROVELLI, Carlo. *A realidade não é o que parece. A estrutura elementar das coisas*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2017.

SÁDABA CHALEZQUER, María Rosario. Interactividad y comunidades virtuales en el entorno de la world wide web. *Comunicación y Sociedad*, Pamplona, v. XIII, n. 1, 2000.

SALA CONSTITUCIONAL. Resolución n. 12790-2010. Disponível em: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-483874>. Acesso em: 20 maio 2019.

SALDANA, Javier. Reglas y principios. A propósito del origen y evolución de los principios jurídicos a partir de las *regulare iuris*. *Revista Ars Iuris*, n. 31, 2004.

SAMAJA, Juan Alfonso. *Epistemología y metodología: elementos para una teoría de la investigación científica*. Buenos Aires: Eudeba, 2004.

SANDRONI, Paulo. *Dicionário de administração e finanças*. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SANTAELLA, Lucia. *Navegar no Ciberespaço: o perfil cognitivo do leitor imersivo*. São Paulo: Paulus, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*. Justicia indígena, plurinacionalidade interculturalidad en Bolivia. Quito-Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2012.

SANTOS, Celeste Leite dos. Mediação: um novo espírito das leis e da humanidade na resolução de conflitos. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (coord.); ARAUJO, Marilene (org.). *O novo Código de Processo Civil brasileiro, um enigma a ser decifrado: percepções cognitivas na interpretação da norma*. São Paulo: Max Limonad, 2016.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Da moral à ética e às éticas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI*, v. 23, n. 90, jan./mar. 2015.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Limites do direito: a decisão judicial e o pêndulo do Supremo. *Limites do direito: decisões contra legem*. Percepções cognitivas na interpretação da norma. Curitiba: Juruá, 2016.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei*. Implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Poder jurídico e violência simbólica*. São Paulo: Cultural Paulista Editora, 1985.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAUJO, Marilene. *As raízes cristãs do princípio jurídico da fraternidade e as crises migratórias do terceiro milênio*. No prelo.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAUJO, Marilene. *O poder dos espelhos*. No prelo.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAUJO, Marilene. *O tribunal do futuro e o futuro do tribunal*. Curitiba: Appris, 2016.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAUJO, Marilene. Teoria dos sistemas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (coord.); ARAUJO, Marilene (org.). *O novo Código de Processo Civil brasileiro, um enigma a ser decifrado: percepções cognitivas na interpretação da norma*. São Paulo: Max Limonad, 2016.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Aulas do mestrado das disciplinas Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

SAYARE, Scott. On the Farms of France, the Death of a Pixelated Workhorse. *The New York Times*, 27 jun. 2012. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2012/06/28/world/europe/after-3-decades-in-france-minitels-days-are-numbered.html>. Acesso em: 8 jul. 2019.

SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juegos*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHWIKART, Georg. *Dicionário ilustrado das religiões*. Aparecida: Santuário, 2001.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On law, politics, and judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002.

SILVA, Marco. Que é interatividade. *Boletim Técnico do Senac*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, maio/ago. 1998.

SKOURIS, Vassilios. Fundamental rights and fundamental freedoms: the challenge of striking a delicate balance. *European Review of Business Law*, v. 17, n. 2, 2006.

SOLA, Juan Vicente. *Tratado de análisis económico del derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2012.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos, principais decisões*. São Paulo: Atlas, 2008.

SPINOZA, Baruch. *Tratado teológico-político*. Madrid: Altaya, 1997.

STAFF, Merriam-Webster. *The Merriam-Webster New Book of Word Histories*, 1991.

STANDAGE, Tom. The true history of fake news, jun./jul. 2017. Disponível em: <https://www.1843magazine.com/Technology/Rewind/The-true-History-of-Fake-News>. Acesso em: 21 jan. 2020.

STEVENS JR., P. Play and word: a false dichotomy. In: SCHWARTZMAN, H. B. *Play and culture*. New York: Leisure, 1980.

STF. Resolução n. 587, 29 de julho de 2016, alterada pela Resolução n. 611, de 23 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO587-2016.PDF>. Acesso em: 23 jun. 2018.

STREECK, Wolfgang. *Internationale Change in the German Political Economy*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Artigos 184-A até 184-H do Regimento Interno do STJ, alterado pela Emenda Regimental n. 27, de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>. Acesso em: 23 jun. 2018.

TANDOC, Edson; WEI LIM, Zheng; LING, Rich. Defining “fake news”: a typology of scholarly definitions. *Digital Journalism*, 2017.

TELLES JR., Goffredo. *A criação do direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

TERCEIRO, José B. *Sociedade digital: do homo sapiens ao homo digitalis*. Lisboa: Relógio D'Água, 2007.

TEUBNER, Gunther. A bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Impulso*, Piracicaba, v. 13, n. 33, 2003.

TEUBNER, Gunther. Autopoietic law: a new approach to law and society. In: LUHMANN, Niklas. *The unity of the legal system*. New York: Walter de Gruyter, 1988.

TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Lima: EIRL, 2005.

TEUBNER, Gunther. El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho. *Revista Doxa*, n. 25, 2002.

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

TEUBNER, Gunther. Hyperzyklus in Recht und Organisation Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese. In: *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*. Frankfurt: Suhrkamp, 1987. In: *Selbstorganisation – Aspekte einer wissenschaftlichen Revolution*. Braunschweig: Vieweg, 1989.

TEUBNER, Gunther. Justiça autossubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, n. 4, 2011.

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

TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, Summer 2004.

THE FRAMEWORK for Global Electronic Commerce. [s.d.]. Disponível em: <https://clintonwhitehouse4.archives.gov/WH/New/Commerce/>. Acesso em: 21 jan. 2020.

TIMSIT, Gérard. *Archipel de la norme*. Paris: PUF, 1997.

TONNIES, Fernand. *Comunidad y sociedad*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1947.

TRASEL, Marcelo. A eficácia da checagem de fatos no combate à desinformação. *Fake News e as eleições 2018*. *Cadernos Adenauer*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2018.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 292/2000. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs-CZ/Resolucion/Show/SENTENCIA/2000/292>. Acesso em: 3 jul. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Resolução n. 772, de 2017, do TJSP*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/CanaisComunicacao/NormasSegundaInstancia/NormasTrabalho/Links/resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%20772-2017.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2018.

UMBERTO, Eco. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça. 13 maio 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. Acesso em: 21 jan. 2020.

VASCONCELOS, Maria José Vilaça de; FIGUEIREDO, José Edson Fontes. *Biologia sintética*. Sete Lagoas: Embrapa, 2015.

VELASCO, Clara; DOMINGOS, Roney. O que é um robô na web e como ele pode influenciar o debate nas redes? Especialistas explicam. *G1*, 12 dez. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/o-que-e-um-robo-na-web-e-como-ele-pode-influenciar-o-debate-nas-redes-especialistas-explicam.ghtml>. Acesso em: 5 jun. 2019.

VERDEJO ESPINOSA, Maria A. *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales: análisis y herramientas de prevención*. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, 2015.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VILLEY, Michel. *Direito romano*. Porto: Acárdia, 1991.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito. Definições e fins do direito. Os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VITORIA, Francisco de. *De Indis, Relectio I, 3, 3, (Secunda Propositio)*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1989.

VITORIA, Francisco de. *De la potestad civil (De potestate civile). Obras de Francisco de Vitoria – Relecciones teológicas*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960.

VITORIA, Francisco de. *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*. Madrid: Espasa-Calpe, 1980.

VOGLIOTTI, Massimo. La “rhapsodie”: fécondité d’une métaphore littéraire pour repenser l’écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal. *Revue Interdisciplinaire d’Études Juridiques*, n. 46, 2001.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, n. 5, 1980.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: UnB, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Vozes, 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WORLD Wide Web Consortium (W3C). 2019. Disponível em: <https://www.w3.org>. Acesso em: 19 out. 2019.

WU, Tim. Neutralidade de rede, discriminação de banda larga. *Revista de Telecomunicações e Lei de Alta Tecnologia*, v. 2, 2003.

YEUNG, Karen. Algorithmic regulation: a critical interrogation. *Regulation & Governance*, v. 12, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2011.

ZOLO, Danilo. *Nuovi diritti e globalizzazione*. Disponível em: <http://www.treccani.it>. Acesso em: 21 jan. 2020.

ZORRILLA, David Martínez. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. 2004. 432 p. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004.