

A regulação da liberdade de expressão nas redes sociais à luz da teoria dos sistemas

The freedom of speech regulation in the social medias by the systems theory

Bruno Rocha Pereira *

Artigo recebido em 24/04/2022 e aprovado em 19/07/2022.

Resumo

Este artigo busca discutir a regulação da liberdade de expressão nas redes sociais no que tange à problemática envolvendo a função legislativa do Estado e a capacidade de se autorregular das próprias redes. Nesse sentido, o artigo levanta a questão da validade e das fontes do direito no intuito de avaliar se existe um descompasso entre a majoritária teoria da fundamentação normativa da validade, que põe o Estado como fonte nuclear da produção normativa, e o nível de complexidade de novos ambientes culturais, como as redes digitais. A fim de realizar o balanço, essa visão será contraposta pela concepção de validade proposta pela teoria dos sistemas sociais, que traz novas perspectivas para o tema sob um olhar mais plural e menos centralizador da formação normativa. Isso tudo é feito para que ao fim se levante a teoria mais adequada ao atual momento histórico, sem deixar de analisar também os eventuais riscos que uma visão pode trazer.

Palavras-chaves: liberdade de expressão; rede social; poder regulamentar; validade.

Abstract

This paper aims to discuss the freedom of speech regulation in the social medias in what touches the problem involving the State's legislative function and its capacity of regulating itself and in its own medias. In addition, the paper brings the validity and right source's questions to evaluate if exists a divergence between the majoritarian normative theory of validity, which poses the State as the nuclear source of normative production, and the level of complexity of new cultural environments, as the social medias. To make a balance, this vision will be contrasted by the validity conception proposed by the social systems theory, that brings new perspectives for the theme under a view more plural and less centralized of the normative formation. This is done to lift a more adequate theory for the contemporary historical moment, but also without leaving the analyze of the eventual risks thar a new vision can bring.

Keywords: freedom of expression; social medias; regulation; validity; systems theory.

1 Introdução

É possível que as próprias redes sociais regulem a liberdade de expressão dos seus usuários? Essa pergunta motivou o trabalho em desenvolvimento, sobretudo em função do aumento vertiginoso do uso dos novos meios de comunicação e da substancial interferência por eles provocada na política e no regime democrático. O questionamento acerca da regulação desses meios, se há ou não a possibilidade de se autorregular ou se cabe, ainda, ao Estado essa prerrogativa, é inevitável. Ao tratar da liberdade de expressão no limite dessas plataformas, a questão se aprofunda devido ao caráter fundamental desse direito dado pela ética ocidental.

A teoria dos sistemas sociais, sob a perspectiva dos pressupostos operacionais da heterarquia das fontes do direito e da sua autopeiose, abre novas perspectivas para a análise do tema, validando a possibilidade de autorregulação dessas instituições. A resposta trazida pela teoria dos sistemas é uma hipótese; o debate, porém, não se encerra tão facilmente. Em virtude do grande poder econômico e político que as grandes empresas dos ramos de

* Graduando em direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA.

tecnologia e comunicação possuem hoje, ainda há uma preocupação e desconfiança — natural, diga-se — dos seus usuários e da sociedade civil.

A possibilidade aberta pela teoria se justifica por diversas razões. A cultura das redes e a abordagem neopragmática da linguagem abrem espaço ao questionamento de clássicos conceitos da teoria jurídica, a exemplo da “validade”. Partindo do horizonte científico trabalhado e discutido por Vesting, o conceito de validade deve permitir a abertura do sistema jurídico a *convenções sociais* ou *práticas sociais reflexivas*, como é possível observar no âmbito do referencial teórico deste tema. Tudo isso a fim de que esses novos ordenamentos cooperem com o direito, ampliando a esfera de conhecimento deste último e tornando mais eficiente a sua aplicação.

Dessa maneira, o objetivo principal do trabalho é verificar se há a possibilidade de uma autorregulação das redes sociais em relação ao seu conteúdo ou não. Isso passará pela análise tanto da posição clássica em relação às fontes do direito quanto da posição da teoria dos sistemas sobre o tema. Após esses dois momentos, serão avaliados os argumentos favoráveis e contrários a ambas as teorias e suas possíveis consequências. Assim, finalmente, a pesquisa poderá chegar a uma conclusão acerca do assunto.

Na primeira seção, iniciando o debate, serão observados elementos de ordem histórica, elementos esses que dizem respeito à construção do Estado Moderno, à finalidade para a qual ele foi criado e à maneira como se deu esse processo. Tratando da sua finalidade, será preciso discutir o monopólio da produção do direito e a gama de interesses que gravitam em torno dessa necessidade criada pelo seu tempo. Ao se averiguar a dinâmica desse processo, interessa investigar os mecanismos auxiliares, como a teoria dos direitos naturais, criados propriamente para a manutenção dessa construção.

Doravante será traçado um breve panorama do poder das grandes empresas de comunicação dentro do debate público hoje. Aproveitando exemplos recentes e de alta relevância, serão calculadas sua força e autonomia ao definir quais ideias podem compor o debate dentro de seus limites digitais. No entanto, pontua-se, não será realizado um debate relativo ao limite desse direito, pois essa questão transborda os limites da pesquisa. Desse modo, no segundo item, será analisada a forma como estão reagindo as redes sociais no tocante ao assunto, sem entrar no mérito sobre quais os limites dessa liberdade fundamental.

Visto isso, será iniciada a comparação entre as duas teorias em contraste neste projeto. A primeira delas será a teoria clássica das fontes do direito. Aproveitando o arcabouço histórico ao qual se fez referência na primeira seção, entender os fundamentos elaborados pelo pensamento moderno centralizador à questão das fontes é um ponto essencial para o trabalho. Porém, a despeito da importante contribuição de diversos teóricos, maior enfoque será dado à estrutura do ordenamento jurídico oferecida por Hans Kelsen em sua teoria pura do direito.

Concluído o momento anterior, o artigo se debruçará sobre a proposta levantada pela teoria dos sistemas ao problema das fontes. Inicialmente será necessário discutir brevemente o que a teoria entende por sistema autopoietico e como esse modelo foi influenciado pelo entendimento neopragmático da linguagem, vetores de todo o resto. Assim, partir-se-á para as suas fontes do direito. Isso porque a compreensão do ordenamento jurídico como uma rede heterárquica é consequência direta de um sistema jurídico dinâmico e recursivo, tal como a teoria propõe.

Por derradeiro, o artigo levantará o seu argumento, destacando a teoria mais condizente com as possibilidades abertas pela comunicação em rede e o mundo digital. Concomitantemente, serão discutidos os riscos e as vantagens da adoção do modelo teórico defendido. Contudo, adianta-se que uma resposta definitiva ainda não é possível. Uma resposta mais concreta em relação ao assunto somente será possível com o desenrolar dos fatos históricos, da tomada de posição das empresas, da reação dos Estados Nacionais a essas novas potências e, principalmente, da sociedade civil.

Dito isso, os pontos que serão debatidos ao longo deste texto, seus objetos específicos e a sua finalidade maior ficam mais claros. Portanto, o delineamento histórico no primeiro item, bem como a reflexão sobre a força contemporânea das redes, permitirão compreender o descompasso entre a centralização normativa e a cultura de redes. Nesse sentido, a respeito da validade das fontes jurídicas, será possível apresentar tanto aquelas teorias que mantêm a contradição quanto as que apresentam novas perspectivas ao estágio atual de comunicação.

2 O Estado como legislador maior

A modernidade criou a figura do Estado Moderno devido às suas necessidades próprias. O projeto das novas monarquias e repúblicas, e os ideais do modo de vida liberal (privada e coletivamente), não teriam se concretizado senão pela formação dessa entidade. São elementos de caráter político, econômico e cultural que dão ao Estado uma nova faceta — mais moderna, a qual é composta por um novo conjunto de instituições de governo legítimas e munidas de autoridade. Essa interpretação rememora as observações de outros autores acerca da formação dessa nova instituição (WOLKMER, 1990).

Weber (1992) assegura que o elemento da coercibilidade é aspecto fundamental dessa nova forma de gestão dos laços sociais. Bonavides, por sua vez, lembra, ao tratar da acepção filosófica do termo, por conceitos que atravessam autores como Kant e Burdeau, como o direito, a submissão dos homens e a impessoalidade no trato dessa instituição são elementos próprios dessa forma de Estado (BONAVIDES, 2000).

Logicamente, tomado o Estado como legítimo mantenedor da ordem social, coube a ele determinar as suas regras, ficando a atividade normativa concentrada no seu domínio. As repúblicas que emergiram a partir da modernidade passaram a se pautar por esse pressuposto, buscando assegurar a elas, e somente a elas, a capacidade de inovar na ordem jurídica. É nesse sentido, por exemplo, principalmente após as revoluções liberais, que será afirmada a primazia do princípio da legalidade, elemento, até hoje, determinante de toda a ordem jurídica. Ninguém, senão o Estado (na figura dos seus representantes), teria legitimidade para tanto.

Entre outras razões encontrava-se, sobretudo, a tentativa de blindar o direito contra a interferência de outros sistemas, tais como a religião, os costumes e a moral. Surgia uma nova concepção da política no horizonte do continente europeu que visava ao rompimento com a estrutura solidificada pelo regime feudalista. Esse novo paradigma (o Estado Moderno) foi ganhando corpo com os postulados de teóricos daquele momento, sobretudo nas obras tanto de Hobbes quanto de Bodin (VESTING, 2015).

Imagine-se, a exemplo, a ideia de soberania desenvolvida por Bodin. De demasiada importância, esse elemento relaciona a criação da norma jurídica com a atividade criativa dessa entidade. Essa criatividade, no entanto, a despeito de não estar em posição hierarquicamente superior à vontade de Deus, era um puro ato voluntário da autoridade que exercia esse poder. A natureza, o divino, legitimavam essa atividade criativa por parte do soberano, o seu representante terreno.

O direito ganhou sua própria autonomia e se desvinculou dessas espécies de sistemas sociais, formando um sistema cuja unidade sobrevinha da vontade desse núcleo de poder a que se chamava *soberano*. Mais tarde, em função dos problemas que essa concepção trazia, a unidade do sistema jurídico passou a se vincular à norma constitucional, entendimento lançado pelo antigo constitucionalismo no século XVIII, mas em cujas bases passaria a estar a constituição como norma fundamental.

De acordo com os ditames desse movimento, a norma constitucional se traduzia na exclusiva forma de vinculação da organização social, uma herança do interesse político em limitar o soberano, que para tudo pressupunha ter poder. Ela é, antes de tudo, aquela ordenação una, harmônica e escrita na qual as liberdades e o direito eram declarados e fixados os limites do poder político. Ou seja, um modelo supremo, que conforma e controla, formal e materialmente, todo o corpo de normas e atos políticos.

No entanto, esse entendimento vem a se modificar. Conforme demonstra Tércio Sampaio, após séculos de teorias que centravam nas mãos do Estado a possibilidade de serem regulados os fenômenos sociais, o cenário observa uma mudança ultimamente. Se o direito era um instrumento de domínio do Estado sobre as circunstâncias abstratamente definidas por ele pelo processo legislativo, na sociedade da hipercomunicação isso muda. Agora, o direito é, sobretudo, uma regulação, e essa tarefa, que antes somente no Estado se concentrava, deve ser expandida aos demais sistemas sociais (FERRAZ JR., 2018).

Nesse sentido, ganha o direito maior legitimidade em face dos indivíduos, componentes de cada ordem sistemática complexa. Os sistemas passam, dentro das suas expectativas, das suas intenções e dos seus padrões conceituais, a desenvolver um modo próprio de regular o seu funcionamento. Em um contexto de crise da

democracia liberal representativa, na qual as relações entre os sujeitos e as instituições não são mais recíprocas, o direito passa a figurar como regulação, não mais como domínio que pouco devolve ao cidadão e ao indivíduo.

Mais análises sobre esse novo paradigma que aqui se busca discutir e consolidar serão trazidas em momento oportuno por este trabalho. No momento, estas notas introdutórias levantam apenas uma contextualização do momento histórico em voga e daquilo que um dia foi construído e pensado pela dogmática moderna como a forma de entender tanto a sistemática como a teoria das fontes jurídicas.

3 Liberdade de expressão: o poder das redes

O mundo já sente a revolução deflagrada pelas grandes empresas de tecnologia tanto no plano da comunicação quanto no político-econômico; já responde, porém, ao poder que elas construíram. De diferentes formas, essas gigantes impactam múltiplos segmentos da vida contemporânea. Nas relações de consumo, no cotidiano do trabalho, no debate público, entre outros setores da vida humana, esses grupos exercem uma intensa participação. Em síntese, pode-se dizer que essas grandes empresas são, hoje, onipresentes.

Hoje, como se disse, as relações humanas subordinam-se à influência, participação e ingerência dessas grandes empresas, sobretudo em um campo fundamental: o processo de deliberação política por meio das redes sociais. A forma rápida e acessível de manuseio das redes sociais, que combina a velocidade de transmissão do pensamento com a facilidade do seu uso, promoveu novas dinâmicas no modo de interação entre os diversos atores sociais. Os confrontos entre eles, embora virtuais, se intensificaram em decorrência das características próprias desses meios.

Em decorrência da ampla facilidade de acesso a esses meios, bem como da eficiente transmissão da informação (rápida e segura), essas grandes bolhas de conexão são abertas a múltiplas manifestações, reforçando a pluralidade desses ambientes. Unidos esses três elementos, cumpre-se a intenção dessas plataformas, o exercício de uma comunicação rápida, segura e aberta a todos — sem qualquer tipo de segregação entre as falas expressas. Dito isso, poder-se-ia imaginar que a democratização e a intersecção cultural são os grandes alicerces dessas redes. No entanto, qual o limite às manifestações nesses meios? E quem deve definir o que neles pode ser ou não dito?

Diversas situações já puseram a questão em debate para a opinião pública, acadêmicos, grupos políticos e as próprias empresas que têm o poder sobre as redes. Serão vistas algumas delas a partir de agora.

Há algum tempo, por exemplo, entraram em conflito a rede Twitter e o alto escalão do Poder Executivo da Índia. O motivo: manifestações, na rede, favoráveis a grupos de agricultores que promoviam uma série de manifestações contra novas leis rurais. De um lado, queria o governo indiano o bloqueio imediato de usuários considerados subversivos; do outro, argumentava o Twitter que essa prática não seria adotada, uma vez que, segundo a rede social, estariam aqueles cidadãos exercendo o seu direito de crítica e que qualquer restrição de conteúdo seria contrária aos próprios princípios da rede.

Vale observar que a tentativa de bloquear as respectivas contas “subversivas” não emergiu do Poder Judiciário indiano, mas sim do Poder Executivo, ou seja, tratava-se de um imperativo visivelmente discricionário e arbitrário, sem qualquer vinculação legal. Porém, situações semelhantes ocorrem em outros países, cultural e politicamente diversos, nos quais alguns dos pedidos realizados são acatados e outros são descartados pelas redes sociais — via pedido judicial ou não —, como no caso exposto, abrindo uma série de desconfiças acerca das suas posições.

Outro exemplo se deu após a edição da nova Lei de Segurança Nacional pela China contra a ilha de Hong Kong, a qual lutava pela ampliação de suas liberdades democráticas. Empresas norte-americanas que controlam, hoje, o acesso e o tráfego das informações virtuais logo se preocuparam, pois viram a nova lei como um potencial atentado às liberdades. Temendo a perseguição dos seus usuários, grupos como o Facebook, o Google e o Twitter — de acesso impossibilitado no território chinês — rapidamente interromperam o envio de dados requisitados pelo governo insular. Impediu-se a perseguição pessoal em função de manifestações políticas.

Caso emblemático, no entanto, envolveu o bloqueio pelo Twitter, medida seguida por outras companhias *a posteriori*, da conta do ex-presidente americano Donald J. Trump após a invasão, por seus apoiadores, da sede do Poder Legislativo em Washington. Não serão debatidas as causas, consequências e a simbologia desse evento — assim como não foi discutido em outros exemplos trazidos —, bem como não será analisada a construção

histórica e ideológica da liberdade de expressão no contexto americano. Porém, o exemplo possui uma grande representatividade por tratar de um atentado à dita maior democracia mundial e de uma limitação a um direito fundamental ao regime.

Os exemplos supramencionados são apenas alguns dentre tantos outros que servem para demonstrar como a propagação dos discursos no seio das redes sociais faz conflitar os interesses dessas plataformas e dos Estados nacionais. Além de uma dimensão ético-ideológica — segundo a qual as redes devem garantir a manifestação do discurso —, ressalta-se que os interesses de base econômica são latentes, visto que a ação e a propagação de informações são a grande fonte de recursos dessas empresas.

A análise precisa ser passada neste momento às possibilidades abertas pela teoria do direito, enquanto campo que garante as estruturas e as formas de funcionalidade do sistema jurídico, para a regulação dessas novas formas de interação social. Entre os múltiplos conceitos nevrálgicos a esse campo, será feita uma discussão mais centrada no âmbito da validade das normas jurídicas. Isso porque todo o debate acerca da regulação desses meios gira em torno da própria concepção de validade do sistema.

4 A fundamentação normativa da validade

Passado o último momento, o trabalho é remetido, agora, para a seara da teoria do direito. Neste e no tópico seguinte serão tratadas duas diferentes formas de entender a validade das normas jurídicas e a fundamentação da sua validade. Em ambos os tópicos, existe a finalidade de indicar como podem (ou não) ambas as teorias abarcar a regularização da liberdade de expressão no âmbito das redes sociais e como se dá a dinâmica entre as diversas normas que compõem o ordenamento jurídico em cada uma delas. Veja-se.

A partir do século XIX, em consequência do fortalecimento da figura do Estado, este como instituição central da qual irradiam as forças vinculantes de comportamentos, começa-se a trabalhar uma nova forma de distinção entre direito positivo e natural (BOBBIO, 2006). Nesse sentido, a concepção de “positivo” se transmuta, sobretudo quanto à função desse conceito, referindo-se, claramente, àquele direito cujas origens se destacam das demais, como os costumes e a religião.

Esse “momento da diferença”, em que do Estado tentam ser afastadas influências da tradição pelos projetos sistemáticos modernos, buscou fundamentar o direito como um sistema cientificamente autônomo. Dentro desse contexto, a teoria do direito chegou, sobretudo na obra de Kelsen, a uma diferenciação radical entre o mundo do direito, desenrolado pelo princípio da imputação, e o mundo dos fenômenos naturais, desenrolado pelo princípio da causalidade. A diferença entre os dois reside, conforme explica o autor austríaco, no seguinte:

As Leis naturais, da natureza, devem orientar-se pelos fatos. Os fatos das ações e omissões humanas, porém, devem orientar-se pelas normas que à ciência jurídica compete descrever. Por isso, as proposições que descrevem o direito têm de ser asserções normativas ou de dever ser (Soll-Aussagen) (KELSEN, 2009, p. 98).

É dessa diferenciação entre dois mundos, na qual o direito emerge como sistema lógico e autônomo, capaz de dar aos fenômenos fáticos por ele circunscritos uma interpretação especificamente jurídica, que se desenvolve a dinâmica jurídica em Kelsen. Uma vez que as normas jurídicas não fazem parte do mundo do ser, por serem um *dever*, definidas pela vontade legislativa, a sua validade decorre, conforme ele afirma: “Do fato de algo ser não pode seguir-se que algo *deve ser*; assim como do fato de algo *dever ser* se não pode seguir que algo é. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma” (KELSEN, 2009, p. 215).

Esse é o pressuposto essencial da obra kelseniana.

Porém, partindo disso, a teoria questiona o fundamento da normatividade, qual mandamento inicia a linha lógica por meio da qual o ordenamento se constrói e se estabelece. Em resposta a esse problema, Kelsen desenvolve a ideia da Norma Fundamental (*Grundnorm*), uma norma pressuposta e superior a partir da qual todo o sistema jurídico é formado. Ela é responsável por definir os critérios formais de validade, sem os quais nenhuma norma poderá ser válida e, portanto, existir na ordem jurídica.

Destarte, a Norma Fundamental é a “fonte comum” do direito, o seu fundamento de validade. Por essa razão, o direito é capaz de tornar uma unidade, fazendo com que dele emergam as normas que constituirão toda a ordem

jurídica. Normas essas que poderão ser de conteúdo variável, ou seja, materialmente independentes, visto que não cabe à própria Norma Fundamental determinar a sua substância. Pelo *princípio dinâmico*, essa sistemática que promove um ordenamento escalonado torna-se possível.

A racionalidade herdada da sistemática moderna e direcionada ao direito pelo positivismo jurídico encontra em Kelsen uma profunda teorização, que foge das formulações jusnaturalistas sobre a validade. Segundo o próprio autor, é a Norma Fundamental que obriga à obediência aos mandamentos de Deus pelos homens e, em consequência, valida os mandamentos de Cristo; igualmente, ela vincula e os faz obedecer a esses mandamentos.

Como pressuposto do direito, a Norma Fundamental conduz a normatividade interna do Poder Constituinte à legislação infraconstitucional. Assim, a consequência direta desse raciocínio é a vinculação da validade de todo o direito interno à Norma Fundamental, a qual reproduz um sistema escalonado e, conseqüentemente, hierárquico entre as normas. Nesse ponto mora o problema da teoria pura do direito, no qual este trabalho estará focado a partir de agora.

A reprodução de um sistema escalonado, cujo formato subjuga algumas fontes do direito a outras, tem amplas dificuldades de acompanhar as mudanças e a comunicação aceleradas do mundo atual. Pela teoria pura, toda a operação do sistema jurídico se vê condicionada por uma sequência de esquemas interpretativos pouco flexíveis e, como lembra Thomas Vesting, de um purismo semântico, desconsiderando uma imensa rede de comunicações criadas pelo tecido social (VESTING, 2015).

A própria literatura kelseniana associa a validade com o conceito de eficácia, uma vez que todo o esquema de validade fica comprometido se a norma não se faz eficaz (VESTING, 2015). Todavia, a construção teórica da teoria pura é incapaz de manter a eficácia do sistema jurídico, uma vez que essa estrutura desfavorece por completo a evolução da língua, que ocorre no nível comunitário (das práticas comunitárias “pré-reflexivas”, segundo Wittgenstein).

Buscando entender melhor essa crítica, cumpre abrir uma breve discussão acerca do papel da linguística na teoria pura do direito. O problema mencionado no parágrafo acima decorre justamente do entendimento dado à interpretação da norma jurídica. O purismo semântico é estabelecido para uma regra que se pretende abstrata e universal, capaz de regular, por meio de um silogismo, um plexo de situações diversas.

Essa visão deriva da linguística saussuriana (de base teórica neokantiana, assim como a teoria pura) e promete uma unidade, pelo signo, entre significado e significante. A língua surge como uma instituição autônoma, na qual um significante se combina a um significado definindo, ontologicamente, o sentido e a definição de um nome. Exatamente nesse ponto reside o pecado do entendimento trazido por Saussure: a negligência cometida por ele quanto ao processo de regularização e autorrenovação da linguagem via práxis cultural.

Essa construção, que perpassa autores como Kant, Saussure e Kelsen, tem como pressuposto a submissão do concreto ao geral. É dizer que, da mesma forma que um comportamento deve obedecer a um imperativo categórico estável no tempo, e uma determinada palavra a um signo estabilizado, uma normatividade abstrata pode regular os fatos supervenientes mecânica e logicamente. Regras gerais e abstratas obedecem a um “esquema interpretativo” determinado pela sistemática própria do ordenamento — sistemática que une regra e aplicação da regra de modo unívoco.

Ou seja, a partir de um “silogismo”, de uma aplicação da regra ao fato, o direito é capaz de regular múltiplas situações para as quais seja provocado, situações previstas por ele como relevantes, verdadeiros fatos jurídicos.

Porém, hoje, o direito não pode continuar submetido a um esquema interpretativo como este em comento. Não é mais possível associar a uma única regra múltiplas situações fáticas, pois a evolução constante e rápida da sociedade e da língua não permite a sobrevivência a longo prazo de normas que se pretendem estáveis para tudo bem regular. Nesse liame, a revolução promovida pela *linguistic turn*, como aponta Thomas Vesting, foi de fundamental importância a romper essa visão. Com essa mudança, o uso da regra passa a ocupar um local de importância na teoria do direito.

Em Wittgenstein, a linguagem é vista como um comportamento, como um hábito próprio de uma dada comunidade, formada pela sua *práxis linguística*, pela fala usual, e não mais por uma definição que deriva do pensamento e é fixada pela vontade. O indivíduo é levado a seguir uma regra que não depende dele, mas que é construída por meio da repetição de certas condutas linguísticas. Nesse sentido, há uma inversão no entendimento:

a práxis cria a regra; a regra, contudo, não o faz. Portanto, o sujeito segue as regras da língua que a sua comunidade convencionou.

Essa visão pragmática da regra e do seu uso se aplica da seguinte forma ao direito: não são mais possíveis regulações e normas estáticas ou pouco flexíveis em um contexto de comunicações rápidas e evoluções constantes na língua e no uso que dela se faz. Relacionam-se a práxis jurídica e o uso que a língua faz da norma, de modo que um novo entendimento surge para integrar a norma e dar-lhe um novo sentido, o qual se torna dominante, mas que logo pode ser substituído por uma compreensão diferente que por parte da comunidade quanto ao seu sentido. É o que transparece em Biletzki e Matar¹:

Em vez desses sintomas do “anseio por generalidade” do filósofo, ele aponta para a “semelhança de família” como a analogia mais adequada às formas de se conectar usos particulares da mesma palavra. Não há razão para se buscar, como tradicionalmente — e dogmaticamente — fizemos, um núcleo essencial em que o significado de uma palavra esteja localizado e que seja, portanto, comum a todos os usos daquela palavra. Deveríamos, em vez disso, percorrer os usos da palavra através de “uma complicada rede de similaridades que se sobrepõem e se cruzam” (BILETZKI; MATAR, 2020).

É o fim de um esquema meramente dedutivo e pouco aberto a diferentes interpretações, o qual se fecha e não permite que o vernáculo jurídico conheça a alteridade. Mas, para além da hermenêutica, das novas interpretações que podem ser dadas aos fenômenos circunscritos pela norma, essa é uma nova forma de integração do sistema, que permite a sua abertura cognitiva. Isso democratiza e torna o direito uma rede de conexões comunicativas flexíveis e abertas ao que lhe é externo sem corromper a sua própria lógica (a bilateralidade lícito/ilícito).

Contudo, diante da dominância do modelo no qual a “legolatria” estatal conduzida por uma constituição figura como elemento, é preciso reconhecer a mudança havida na relação entre diferentes regulações possíveis. Desse modo, é necessário também buscar correspondentes teóricos que deem sustentação, no direito, a essa forma de entender e absorver a nova dinâmica comunicacional, sobretudo em uma sociedade em rede. É justamente esse o sentido seguido pela teoria dos sistemas sociais, a qual passamos a investigar.

5 A Teoria dos sistemas e a validade

A fim de distinguirmos os pressupostos de validade da teoria pura e os da teoria dos sistemas, bem como a dinâmica própria que ganham as normas dentro do esquema desta última, é preciso entender, primeiro, a teoria dos sistemas como elemento próprio do seu tempo, no que tange ao sistema jurídico pensado por ela.

Diferente dos ideais de unidade, como um pressuposto de organização e lógica do sistema jurídico, que buscava a teoria pura do direito, a teoria dos sistemas parte da ideia de diferença na sua formação. O sistema jurídico não mais se organizaria a partir do concatenamento entre normas, ligação orientada por uma norma fundamental. Agora, a diferença, ou seja, aquela marcação entre o que faz parte do direito (sistema jurídico) e aquilo que não o é (ambiente), distinguiria as suas comunicações daquelas que dele não fazem parte (LUHMANN, 1990, p. 1-21, *apud* GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 27).

Invariavelmente, essa distinção entre o que faz ou não parte do sistema remete à pergunta: como então se estabilizariam as comunicações jurídicas dentro do seu sistema, uma vez que não se conectam a qualquer ponto comum? A resposta a essa pergunta vem por meio do apresentado conceito de autopoiese trazido por Luhmann (1987, p. 7, *apud* GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 27). A autopoiese é a repetição, na prática, de eventos estáveis (comunicações) e próprios de cada sistema, e essa estabilização é atingida a partir da repetição sucedida desses eventos no tempo, formando normas estabilizadas. É a formação dessas normas que torna possível a sua reutilização *a posteriori*.

No momento em que um sistema opera por meio dos seus eventos próprios, ele se diferencia de outros sistemas automaticamente. O sistema jurídico difere do religioso, uma vez que aquele opera por intermédio de eventos tais como a sentença, o processo administrativo, a sindicância, entre outros, que pertencem a ele. Desse

¹ A tradução desse verbete foi realizada pelo professor Gustavo Coelho e se encontra disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/sep-ludwig-wittgenstein-ea/>.

modo, o sistema jurídico fecha-se ao ambiente em função da sua lógica interna *sui generis*, que *usa* a linguagem ao seu modo. Na medida do tempo, cada sistema se desenha a partir das suas comunicações estabilizadas (normas).

As comunicações são o lado interno e operacional do sistema, como lembra Vesting, que segue a leitura de Spencer Brown (VESTING, 2015). O lado interno interage, sim, com o ambiente, mas apenas as suas informações reverberam nele se acolhidas pelo sistema. Dito isso, percebe-se como, a partir da diferença marcada entre ambos os lados, consegue-se formar uma unidade que se constrói com a autopoiese (ou autorreferência), pela dinâmica autêntica da parte de dentro do sistema.

É preciso dizer, não obstante, que o desenvolvimento autorreferencial do sistema jurídico não elimina as contribuições externas (do ambiente ou de outros subsistemas). O direito trabalha a partir de um código binário próprio, o que significa que as comunicações que são realizadas pelos eventos jurídicos no seu interior respondem ao binarismo lícito/ilícito. O seu código é inalterável, sob o risco de qualquer interferência substancial nele corromper essa formação, o que se denomina alopoiese.

A corrupção do código operacional é prejudicial ao sistema; não significa, contudo, que o sistema se mantenha totalmente imunizado às repercussões externas. Isso porque o direito decorreu daquilo que, antes da sua especificação, era outro sistema. Assim, todos os subsistemas comunicam-se entre si, de modo que uma informação proveniente de outro espaço (como a economia, por exemplo) poderá ser absorvida no direito, obedecendo ao seu esquema, como um comportamento lícito ou ilícito.

Diferente dos pressupostos kelsenianos já relatados, a distinção entre o fato e a norma, na lógica luhmanniana, não se dá de maneira tão radical como propusera o austríaco. Entrementes, deve-se pontuar que a abertura cognitiva que há no sistema jurídico não significa uma suavização entre ambos os elementos. O fato é percebido pelo sistema, sim, mas este terá autonomia devido à sua autorreferencialidade para dar a interpretação que as suas comunicações pragmaticamente definiram.

Dito isso, é possível chegar ao ponto essencial deste item para a pesquisa: a contradição entre o modelo hierárquico pensado pela teoria pura, dominante por toda a segunda metade do século XX, e a proposição heterárquica dada pela teoria dos sistemas. Diferente daquela, o direito na teoria em análise se comporta em forma de redes, livrando-se da concepção hierárquica moderna. Essa mudança interfere substancialmente na forma como o sistema jurídico passa a interpretar a norma jurídica e dotá-la de validade de modo oposto.

O esquema dedutivo de interpretação da norma é a uma de suas primeiras vítimas: “No lugar das etapas indutivas e dedutivas verticais do sistema jurídico-positivista surge uma rede de interconexão horizontal, dinâmica e recursiva entre operações, uma ‘fabricação-justificação’ [*Recht-Fertigung*] contínua do Direito” (VESTING, 2015, p. 152).

Nesse íterim, a aplicação do direito deixa de ser aquele processo mecânico e matemático no qual a um determinado evento se aplica uma norma X — visto que haveria entre a norma e o fato observado a conexão que permitisse a subsunção deste àquela. As estruturas do direito (legislação, jurisprudência, doutrina, entre outros) conversam entre si de maneira não escalonada, e é a partir dessa movimentação constante que novas estruturas vêm a se formar e consolidar para serem aplicadas doravante — autopoiese.

Se antes eram superestimados pelo direito valores como a logicidade e a unidade das normas jurídicas, tais valores saem de plano ou, pelo menos, são reinterpretados. Diante da cultura da impressão, esses elementos ganharam maior importância em face do fato de seu meio de comunicação (o livro) ser capaz de oferecer ao seu conteúdo uma logicidade e uma unidade como nunca se havia visto. Um livro é um todo, com início, meio e fim, que se sabe onde inicia e termina, garantindo, com isso, a harmonia entre cada uma de suas partes e a coesão do texto final.

A unidade procura, antes de tudo, padronizar. Somadas à impressão tipográfica, portanto, as necessidades da modernidade, do indivíduo e do capital, os quais requerem segurança na execução dos seus negócios, um todo único e estável de regras à vida social. No entanto, a cultura computacional e a vida em rede não permitem mais essa padronização e devem aceitar a descontinuidade como característica das suas mídias. A comunicação contemporânea e a ocorrência de fatos com intensa velocidade precisam ser comportadas por um modelo de

sistema que aceite essas suas novas características, que saiba trabalhar com a mudança repentina e o fluxo de comunicações.

Na teoria dos sistemas, a validade repousa sobre a autopoiese do sistema jurídico. A validade, nesse sistema, constrói-se e se transforma; não mais é dada por um ponto final que garante a unidade do ordenamento jurídico e que a partir desse ponto se forma. A série de comunicações (como uma sentença, um contrato firmado, um ato nulificado), muitas delas divergentes entre si, forma a própria lógica do sistema.

Aqui reside uma diferença fundamental da teoria dos sistemas para a teoria pura de Kelsen. Em Kelsen, os fatos devem caber na moldura posta pelas normas e pelas interpretações possíveis, um movimento de cima para baixo. Em Luhmann, a norma será produto do tempo, e nele haverá um diálogo constante entre diversos eventos jurídicos, a fim de, por meio do seu código binário, selecionar aquilo que fará parte do lado lícito ou ilícito do sistema. Não há mais uma determinação hierárquica, mas uma eterna comunicação entre eventos já estabilizados (a lei, a doutrina, os contratos) entre si e entre os fatos que a ele se opõem.

É no sentido dessas mudanças que se baseia o modelo da heterarquia das fontes. Rompe-se com a fixação no Estado tratada outrora. O Estado não é mais a instância única de produção do direito, e se permite a comunicação com mais liberdade entre outras partes do sistema, tais como a doutrina, na sua formação. Como uma rede, as fontes não são mais dadas hierarquicamente, umas se situando sobre as outras, de modo que as de cima coordenam as de baixo e garantem certa previsibilidade na maneira como os eventos serão manejados. Observa-se o apontamento de Vesting:

O monopólio estatal da atividade legisladora deve ser substituído por uma concorrência legisladora, pela ideia de uma rede flexível de fontes do direito que não pode mais ser fundada em relações de prevalência e subordinação. A hierarquia das fontes do Direito (centrada no Estado) deve ser abandonada, portanto, em prol de uma ideia de uma heterarquia das fontes do direito (2015, p. 205).

Nesse ínterim, percebe-se que essa nova proposta de validação do ordenamento jurídico analisada se adapta melhor às condições da comunicação que hoje se interpõem. A partir da sistemática em rede é possível pensar novas perspectivas de validação que não derivem diretamente do aparato estatal-legislativo. Desses pressupostos extrai-se o conceito de heterarquia, o qual permite o trabalho recursivo, bem como a entrada no sistema de ruídos que podem vir a se estabilizar como norma.

São as práticas e convenções sociais (ou *communities of practice*) exprimidas pela linguagem que vêm a formar novas normas. Esse processo é dado à medida que grupos sociais determinados refletem, por meio das regras impostas entre eles e pela comunicação, o entendimento do seu ambiente. Como relata Vesting (2015, p. 207), o direito deve tomar “de modo cooperativo” as práticas comunicativas desenvolvidas em sociedade, de modo que, pela heterarquia das fontes, essas novas visões dialoguem com o sistema e, se aceitas, possam estabilizar as suas expectativas nele.

É a partir dessa ideia que o próximo tópico demonstrará como é possível acomodar uma regulação própria em meio às regras estatais pelas redes de comunicação em massa. De igual maneira, refletir-se-á acerca da viabilidade política diante dessa alternativa.

6 Um balanço das possibilidades

Esse novo entendimento acerca da dinamização do sistema jurídico vem acompanhado (ou melhor, ocasionado) por uma série de mudanças econômicas e culturais que confluem para um só movimento, a globalização. É no contexto de mudanças estruturais que permitem ao homem comunicações e trocas rápidas que outras formas de compreender a relação entre os diversos sistemas sociais complexos, capazes de formar o seu próprio regramento, se fazem pertinentes. Um momento histórico no qual as fronteiras nacionais se esvaem.

Como regulação, e não mais domínio, o direito deve passar a buscar complementação ao seu conjunto de normas. Em função da multiplicidade de entendimentos compartilhados por diversos atores sociais advindos de diferentíssimos ambientes culturais, o direito não é capaz de atribuir regras abstratas com pretensão de eficácia universal. Nesse sentido, é por meio de uma rede heterárquica, capaz de abarcar as produções normativas dos

sistemas complexos, que deve ser rompido o monopólio da atividade legislativa e assumida uma verdadeira concorrência.

Essa nova forma de enxergar a organização do conjunto de normas jurídicas permite que sejam abertos aos atores privados debates que lhes são essenciais, sem desprezar o que já fora posto. Isso porque, é bem verdade, o Estado sofreu uma enorme perda na sua capacidade cognitiva nesse momento histórico em que a jurisdição constitucional se tornou peremptória. No entanto, entendendo heteraquicamente a dinâmica jurídica, deve-se assegurar a permanência da Constituição naquilo em que ela exerce efetividade (a separação dos Poderes, a proteção das minorias, entre outras normas fundamentais).

Por meio das suas *communities of practices*, cada sistema social complexo tem a possibilidade de definir o seu próprio regramento e de remodelá-lo a partir da sua autorreferencialidade. Cada sistema compartilha entre os seus integrantes comunicações e regras próprias do seu modo de compreender e regular as relações havidas no seu interior. Dessa forma, esses sistemas se autorregulam de maneira efetiva por haver um domínio cognitivo da sua própria dinâmica introversa.

Seguindo a linha de Teubner (2003, p. 21, *apud* VESTING, 2015, p. 205), prodígio nessa matéria, seria aceitar a formação de constituições sociais. Cada uma dessas constituições é formada pela série de comunicações compartilhadas no seu âmago e forma uma estrutura interna própria, sendo capazes, assim, de autorregular-se. A outra face dessa nova percepção diz respeito à temeridade desses sistemas em serem afetados pelos programas do processo político, buscando assegurar algo para além da sua autonomia: a sua sobrevivência.

Conforme aduz Carvalho (2021), esse fenômeno de formação de novos corpos constitutivos reflete um novo processo de diferenciação social. Nele, formam-se novos âmbitos de formação do direito a partir da legitimação social desses sistemas. É o desenvolvimento de uma ordem constitucional não formal (mas legítima), que responde à incapacidade de regulação universal pelo Estado.

Porém, como se poderia pensar, não se trata de abandonar a capacidade reprodutiva do Estado e, por conseguinte, a própria força normativa da Constituição. Seria aproveitar a Constituição como um instrumento de bloqueio a eventuais regulações de caráter abusivo, que fossem de encontro a todas as expectativas constitucionais (liberdades individuais, direitos políticos, entre outros). As constituições ainda seriam parâmetro para a ordem jurídica, por serem parte integrante e fundamental do sistema jurídico. Cuida-se apenas de assumir que essas instituições não são (porque nunca foram) estruturas oniscientes.

Não se trata de um “parâmetro” no sentido de superioridade que essa palavra geralmente carrega e como o constitucionalismo hodierno traz (ao instituir as normas constitucionais como parâmetro do controle de constitucionalidade, por exemplo). A Constituição deve ser um parâmetro porque faz circular princípios e regras (comunicações) já consolidados pelos tribunais e pela práxis jurídica. Nesse sentido é que deve ser compreendida a Constituição em meio ao ordenamento jurídico.

A regulação promovida por cada sistema social permite maior adequação entre o direito e a prática social. No entanto, por se tratar das redes sociais, é importante fazer algumas ressalvas. Não é desconhecida, conforme já se demonstrou anteriormente, a forte presença dos veículos de mídia digital no debate público hoje. Ao mesmo tempo que se busca maior eficiência na aplicação da norma jurídica, dispõem esses meios de capacidade regulatória própria, por outro lado, seria aumentar o poder de interferência nas discussões políticas a níveis até então desconhecidos.

Some-se a isso o fato de as redes sociais, diferentemente do Estado constitucional, não adotarem princípios de isonomia e não possuírem o dever de neutralidade ao decidirem casos concretos. Ao decidirem sobre a possibilidade de manutenção de uma postagem, imagem, vídeo ou mensagem de apoio vinda de determinado partido ou grupo político, as redes sociais passariam a decidir discricionariamente.

Contudo, é preciso entender o argumento aqui proposto não como uma carta branca às redes sociais para disporem livremente sobre o que pode valer ou não. Aceitar a heterarquia das fontes do direito não é admitir a independência de um centro de normatividade e o seu desligamento em relação aos outros. Significa dotar cada uma dessas fontes de capacidade regulatória, mas, *pari passu*, permitir a harmonização entre as regras de cada uma delas. Desse modo, as comunicações se entrelaçam, dialogam e formam novas comunicações (novas normas) até que sejam novamente confrontadas.

Aqui entra o papel das constituições nesse arcabouço teórico promovido pela teoria dos sistemas. As liberdades fundamentais são comunicações jurídicas que o tempo tratou de consolidar e que hoje trabalham como limites. Se um dia esses limites se dirigiram ao Estado contra o seu regime absolutista, essas normas fundamentais devem limitar também a própria discricionariedade das redes e das suas regras. As redes sociais devem gozar de um amplo espaço de regulação, mas essa amplitude jamais deve implicar a aceitação de discursos contrários a essas liberdades.

7 Considerações finais

Do quanto exposto no presente artigo, percebe-se que a teoria dos sistemas é capaz, sim, de absorver a lógica de produção normativa do sistema das redes sociais. Como vantagens desse processo de abertura do sistema jurídico a produções externas, levanta-se a capacidade e a eficiência que os novos sistemas e o próprio direito adquirem com a autorregulação. De outro lado, é preciso bem compreender essa teoria, pois a afirmação anterior não indica um abandono das fontes estatais, mas um regime de complementação.

Essa complementação se faz cara, uma vez que certos riscos são assumidos diante do poderio crescente das redes sociais e do aumento de poder que uma interpretação equivocada pode ensejar. Trata-se de aprimorar a atividade do sistema jurídico, propondo uma interpretação que fuja da rigidez e da verticalidade do entendimento kelseniano, que guia a doutrina e o entendimento dos tribunais ainda hoje.

Portanto, jamais se propõe uma liberdade total, mas um regime de harmonização entre as fontes do direito, de modo que se admitam produções das chamadas *communities of practices* como partes integrantes e essenciais na formação do ordenamento jurídico.

8 Referências

- BILETZKI, Anat; MATAR, Anat. LUDWIG Wittgenstein. In: THE STANFORD Encyclopedia of Philosophy Archive. Spring 2020 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/wittgenstein/>. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2020.
- CARVALHO, Leonardo Cerqueira e. A constitucionalização das esferas sociais autônomas segundo o constitucionalismo social de Gunther Teubner. *IDP Law Review*, Brasília, v. 1, n. 1, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/issue/view/220/showToc>. Acesso em: 15 fev. 2022.
- FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2018.
- GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- KATIE, Paul. U.S. tech giants suspend review of Hong Kong data requests, TikTok to pull out. *Reuters*, London, 6 jul. 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/uk-facebook-whatsapp-law-hongkong-idUKKBN2471E5>. Acesso em: 3 fev. 2021.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- OVIDE, Shira. Twitter vs. India. *New York Times*, New York, 11 fev. 2021. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/02/11/technology/twitter-vs-india.html>. Acesso em: 3 fev. 2021.
- PURNELL, Newley; XIAO, Eva. Facebook, Twitter, Google face free-speech test in Hong Kong. *Wall Street Journal*, Hong Kong, 3 jul. 2020. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/facebook-twitter-google-face-free-speech-test-in-hong-kong-11593790205>. Acesso em: 2 fev. 2021.

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

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1992.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1990.