

A ORDEM NORMATIVA DA INTERNET¹*EL ORDEN NORMATIVO DE INTERNET**NORMATIVE ORDERS WORKING PAPER*Matthias C. Kettemann²

Resumo: Este artigo reflete sobre a atuação do Direito na internet, reconhecendo já existirem normas aplicadas à internet, mas identificando a ausência de ordem estruturante subjacente. Assim, o argumento que apresenta é da necessidade de ordem para estabilizarmos as expectativas normativas e para entendermos a implementação da finalidade dos processos sócio-políticos dentro da governança da internet. A conclusão aponta que houve uma virada normativa na internet, permitindo que as normas que afetam seu uso e seu desenvolvimento se autoconstituam e desenvolvem e legitimem outras normas da própria internet.

Palavras-chave: Direito; Internet; Ordem normativa.

Resumen: En este artículo se reflexiona sobre el funcionamiento de la Ley en Internet, reconociendo que ya existen normas que se aplican a Internet, pero identificando la ausencia de un orden estructural subyacente. Así pues, el argumento que presenta es la necesidad de orden para estabilizar las expectativas normativas y comprender la aplicación de la finalidad de los procesos sociopolíticos en el marco de la gobernanza de Internet. En la conclusión se señala que se ha producido un giro normativo en Internet, que permite que las normas que afectan a su uso y desarrollo se autoconstituyan y desarrollen y legitimen otras normas de la propia Internet.

Palavras-claves: Derecho; Internet; Orden normativo.

Abstract: This article reflects on the performance of the Law on the Internet, recognizing that there are already rules applied to the Internet, but identifying the absence of an underlying structural order. Thus, the argument it presents is the need for order to stabilize normative expectations and to understand the implementation of the purpose of socio-political processes within Internet governance. The conclusion points out that there has been a normative turnaround in the Internet, allowing the norms that affect its use and development to self-constitutionalize and develop and legitimize other norms of the Internet itself.

Keywords: Law; Internet; Normative orders.

¹ Traduzido para o português Thaiana Conrado Nogueira (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1781-5612>), assistente editorial da Revista Culturas Jurídicas e mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF)

² Pesquisador sênior do Leibniz Instituto de Pesquisa de Mídia | *Hans-Bredow-Institut* (HBI) e chefe de seu programa de pesquisa sobre criação de regras no espaço on-line. Em 2020, é professor visitante de Direito Internacional nas Universidades de Heidelberg e Jena. Estudou direito internacional em Cambridge, Genebra e na *Harvard Law School* e concluiu seu trabalho de pós-doutorado no *Cluster of Excellence* na Universidade de Frankfurt.

I. INTRODUÇÃO: DIREITO COMO UMA FORÇA DE ORDEM

Direito é força de ordem. Ele reage, normalmente com um atraso de tempo necessário, ao progresso tecnológico. Apenas doze anos após Samuel Morse apresentar o primeiro sistema de telégrafo viável em Nova York, em 1838, e seis anos após a conclusão da primeira linha de telégrafo de Washington a Baltimore, os Estados da Europa Central concordaram em criar uma estrutura internacional para os telégrafos. Faz muito mais de doze anos desde que as tecnologias subjacentes à popularidade da internet hoje, como a “*World Wide Web*”, foram inventadas. Não surgiu uma estrutura internacional, embora as abordagens normativas sejam abundantes. Existem normas aplicadas à internet, mas falta o reconhecimento da existência de uma ordem estruturante subjacente. Isso motiva o presente estudo³.

II. DIMENSÃO DA DISORDEM

Todo sistema legal (e mesmo sistemas não legais) tem certas tendências caóticas no sentido de que a ordem é (normalmente) artificial e o caos é o estado da natureza. Ainda que as forças de desordem nos sistemas legais tradicionais sejam domadas por meio de instituições formais (direito nacional) ou por meio do controle descentralizado (direito internacional), não há instituições que produzam e garantam a execução de normas para a internet global. Isso é uma ameaça ao projeto de regulação da internet, que se baseia em compromissos com um objetivo normativo comum. Três dimensões da desordem (efervescência, atritos, fraturas) e uma força abrangente da desordem (fragmentação) podem ser identificadas.

A efervescência normativa está presente quando diferentes normas são aplicáveis a situações semelhantes, sem indicações claras de quando uma norma é preferível em relação à outra. Um exemplo clássico de efervescência normativa na internet é a tendência dos princípios na internet. Enquanto as primeiras coleções de princípios continham compromissos claros com as metas regulatórias centrais, como a sociedade da informação baseada no direito

³ Essa contribuição é baseada nas pesquisas conduzidas para a habilitação do autor no *Cluster of Excellence “The Surgence of Normative Order”*, Universidade de Frankfurt / Main, entre 2013 e 2018. Para uma apresentação mais extensa do conceito de “ordem normativa da Internet”, com notas de rodapé extensivas, veja KETTEMANN, *The Normative Order of the Internet. A Theory of Rule and Regulation Online* (Oxford: OUP, 2020).

internacional, diferentes grupos de atores começaram a desenvolver novos princípios que, ao invés de procurar aumentar por reiteração a atração normativa dos princípios existentes, geraram variação no conteúdo normativo, motivada por interesses setoriais particulares. Em apenas 18 declarações, 22 questões foram enquadradas normativamente, mas sem referências à linguagem previamente acordada e sem sensibilidade à liquidificação dos compromissos por sua variação.

Os atritos normativos são conflitos normativos mais sérios, que vão além da coexistência não hierárquica de normas duplicadas (efervescência), mas ainda não causam, mesmo em conjunto, uma falha na ordem *on-line* (fraturas). São abundantes os exemplos de atrito normativo, pois os tribunais nacionais geralmente divergem em seus julgamentos sobre questões factualmente semelhantes, o que leva a conflitos jurisdicionais - como amplamente demonstram as consequências do caso LICRA v. Yahoo!⁴. Questões de atrito normativo surgem especialmente quando se comparam e aplicam as respostas normativas das ordens normativas nacionais ao desafio de regular os intermediários. Os atritos podem resultar de conflitos legais diretos (com um órgão judicial ordenando um resultado diferente do seguinte) ou de conflitos substanciais entre as preferências de estados e empresas ou indivíduos e empresas. Um exemplo discutido no capítulo é o tratamento da responsabilidade dos intermediários, outro é o dos atritos com relação às regras aplicáveis aos espaços públicos e privados nas configurações *on-line*. Um outro exemplo seria o atrito entre a exigência das autoridades de obter acesso a informações confidenciais de clientes no âmbito do combate ao crime e o interesse das empresas em manter essas informações em segurança. Resumindo, surgem atritos, especialmente, quando regras legítimas produzem interferências desproporcionais.

Fraturas normativas, como apresentadas aqui, evidenciam um problema maior de regras na internet. Ele se refere a conflitos substanciais que podem causar desordem. Entre os exemplos discutidos neste capítulo, nós encontramos fraturas resultantes da aplicação de regras baseadas em leis internacionais e regras baseadas em leis não internacionais, incluindo *soft law standards*. Mesmo o GGE, que se propôs a esclarecer a aplicação do direito internacional na internet durante dois ciclos de análise, falhou em distinguir, em seu relatório de 2015, normas, regras, princípios, entendimentos e compromissos existentes.

⁴ Tribunal de Grande Instância de Paris. Liga contra o Racismo e a Antissemitismo da União dos Estudantes Judeus da France c. Yahoo! Inc. e Sociedade Yahoo! França (LICRA x Yahoo!), 22 de maio de 2000. Veja também: EUA - Tribunal de Apelações dos Estados Unidos, Nono Circuito, 433 F.3d 1199, Yahoo! Inc. v. LICRA e UEJF, 12 de janeiro de 2006.

Uma nova fratura surgiu entre as abordagens normativas universais e particulares (orientadas pela soberania, anti-universais) adotadas pelos Estados. Estados orientados para a soberania, como Rússia, Emirados Árabes Unidos, China, Arábia Saudita, Argélia, Sudão e Egito, defendem maior controle governamental da internet, nacionalizam provedores de telecomunicações, estabelecem leis para a localização de dados e aplicam fortes penalidades à dissidência on-line (ou filtram o discurso dissidente). Essa abordagem geralmente é associada a referências gerais aos aspectos normativos da governança da internet, incluindo o “*multistakeholderism*”. Isso mostra, novamente, a maleabilidade do conceito até o ponto em que ele não pode mais ser usado para denotar a integração efetiva, que confere legitimidade a todos os atores relevantes em seus respectivos papéis. Frequentemente, as abordagens normativas da internet orientadas pela soberania são acopladas a soluções baseadas em território, incluindo regras de localização de dados ou decretos de nacionalização de lucros de empresas de internet ativas globalmente.

Também ocorreu uma fratura substancial em relação ao tratamento da guerra cibernética na ordem normativa da internet. Enquanto as referências à Carta das Nações Unidas, sendo um documento fundamental, tem estado presentes há muito tempo no ordenamento normativo da internet, as referências concretas, no capítulo VII, ao “uso da força” e ao “ataque armado” foram contestadas. Os estados orientados pela soberania, incluindo os acusados no passado de terem cometido ataques cibernéticos, argumentam contra a aplicação da Carta antes que as técnicas de atribuição se tornem mais confiáveis.⁵

Finalmente, surgiu uma fratura no que diz respeito à confiança na integridade da internet, devido às práticas maciças de vigilância online que desestabilizam as relações de confiança. Muito embora a vigilância, mesmo secreta, seja necessária em uma sociedade democrática sob circunstâncias específicas, as práticas de muitos Estados, principalmente dos “Cinco Olhos” e da Alemanha, têm violado as regras internacionais. O TEDH tem mostrado em julgamentos importantes quais são as obrigações que os Estados possuem em relação à proteção da privacidade. Nesses julgamentos se inserem *Weber e Saravia v. Alemanha*, *Klass e outros v. Alemanha* (os juízes devem revisar medidas de vigilância), *Bucur e Toma v. Romênia* (os denunciantes devem ser protegidos), *Iordachi e outros v. Moldávia* (ao legitimar uma interferência, 'segurança nacional' deve ser interpretada de maneira restrita) e *El-Masri*

⁵ Cf. SEGAL, Adam. *The Development of Cyber Norms at the United Nations Ends in Deadlock. Now What?* Council on Foreign Relations. 29 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.cfr.org/blog/development-cyber-norms-united-nations-ends-deadlock-now-what>.

v. *antiga República Jugoslava da Macedônia* (a CEDH pode ter um impacto extraterritorial; necessidade de controlar os serviços de segurança)⁶.

Argumenta-se que, assim como a coesão social é impactada pelos avanços tecnológicos, a própria regulamentação relacionada à tecnologia pode se fragmentar. Indra Spiecker gen. Döhmman, por exemplo, identifica a digitalização (juntamente com a globalização) como um dos principais fatores de fragmentação. Esta seção identificou três arenas principais de fragmentação: técnica, comercial e legal.

A fragmentação técnica impede a total interoperabilidade da infraestrutura subjacente à internet. A fragmentação comercial é causada por *business practices* que restringem ou previnem a universalidade da internet, como "prisões" criadas pelas empresas, que tentam "trancar" seus clientes ao tornar a extração de dados muito difícil e ao usar perfis únicos nas plataformas. A fragmentação político-legal ou governamental inclui políticas, leis e julgamentos que impactam na universalidade ou na natureza sem fronteiras da internet, inibindo o uso gratuito da internet por meio de, por exemplo, filtros. Mas mesmo os casos que aumentam a proteção dos direitos humanos podem levar à fragmentação, introduzindo sub-regimes específicos da internet dentro de jurisdições regionais/nacionais (como os casos *Delfi*, *MTE* e *Pihl* do TEDH, estabelecendo um regime de tarefas de monitoramento direcionadas para certos intermediários)⁷.

Embora as forças centrífugas contribuam para a emergência de redundâncias normativas, conflitos de normas e fraturas estruturais, bem como para a fragmentação, existem forças técnicas compensatórias (os invariantes da internet). Eles são a base de uma força de desfragmentação técnica que o Direito - através da virada normativa - realiza por meio de normas.

Em um nível normativo diferente, o Relatório de Fragmentação da ILC chegou a uma conclusão semelhante, argumentando que “será necessário conferir atenção crescente à colisão de normas e regimes e às regras, métodos e técnicas para lidar com essas colisões.”⁸

⁶ Veja casos relacionados com as atividades dos “Cinco Olhos”: *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom* (aplicação n° 58170/13) and *Bureau of Investigative Journalism and Alice Ross v. the United Kingdom* (aplicação n° 62322/14).

⁷ ECtHR, *Delfi AS v. Estonia* (16 de junho de 2015), aplicação n°. 64569/09; ECtHR, *MTE and Index.hu ZRT v. Hungary* (2 de fevereiro de 2016), aplicação n°. 22947/13; ECtHR (3^a section), *Pihl v. Sweden* (7 de fevereiro de 2017), aplicação n° 74742/14.

⁸ ILC, Fragmentação do Direito Internacional: dificuldades relacionadas com a diversificação e expansão do Direito Internacional, Relatório do Grupo de Estudos da Comissão de Direito Internacional. 13 de abril de 2006, A/CN.4/L.682249 (ênfase removida).

Em particular, o Relatório aconselhou prestar mais atenção ao papel da VCLT como base de um “Direito Internacional de conflitos” e “atenção à noção e operação de 'regimes’”.⁹

A teoria da interoperabilidade e as abordagens de conflitos de leis baseadas em jurisdição fornecem algumas respostas para a ordem *on-line* de como pode ser uma lei de conflitos para a internet. Mas o mais interessante aqui é a noção e operação de regimes. O relatório identifica três tipos de regimes, incluindo “conjuntos especiais de regras e princípios sobre a administração de um determinado problema” e “ramos especiais do direito internacional com seus próprios princípios, instituições e teleologia”.¹⁰ A internet provavelmente é muito multifacetada para ser considerada passível de ser administrada como um “problema determinado”. Em vez disso, ela poderia ser considerada um regime no sentido de um ramo especial do (não apenas) Direito Internacional. Como demonstrado acima, a ordem *on-line* tem seus próprios princípios e finalidade (teleologia); ela ainda não possui instituições apropriadas além de redes informais, estruturas não-governamentais e estruturas *ad hoc* com presença formal de diferentes atores. Mas pode-se argumentar que as instituições são suplantadas pela estrutura única de desenvolvimento normativo e aplicação descentralizada, dependendo da norma relevante; e que normas dentro do normativo exercem força de conformidade mesmo sem instituições.

O Relatório de Fragmentação argumenta que um regime pode funcionar fora dos tratados “de maneira mais 'cultural’”.¹¹ Os regimes também podem ter participantes não-governamentais e “representar interesses não-governamentais de uma maneira que possa influenciar sua interpretação e operação.” O *modus operandi* pode ser diferente dos regimes dos tratados: “[...] muitas vezes, os regimes operam com base na coordenação administrativa e no ‘apoio mútuo’, com objetivo de buscar os resultados ideais”.¹²

Assim como a “inversão de hierarquias é uma experiência libertadora”¹³, o estabelecimento de hierarquias flexíveis de normas (ou ordens de normas, ordens normativas) pode ser estabilizador e, portanto, também uma experiência libertadora - libertando os atores da incerteza normativa. Essa reconstrução de uma ordem normativa demanda um

⁹ Ibid.

¹⁰ ILC, Relatório de Fragmentação, 252.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Ibid., com referências a ser “apenas possivelmente a única maneira pela qual o Direito pode ser uma arte dos justos”, conforme sugerido por Jacques Derrida. Claro, Derrida está de acordo com Thomas S. Kuhn. Hierarquias são muito parecidas com paradigmas dominantes; O “fluxo” de Koskenniemi é a “mudança de paradigma” de Kuhn, embora seja difícil argumentar que a lei se tornou a qualquer momento, com ambas as hierarquias no fluxo e paradigmas sendo derrubados por revoluções científicas.

entendimento das teorias transnacionais da ordem e, em particular, uma base sólida nas tentativas teóricas de sustentar uma ordem *on-line*.

III. PREVISÃO DA VIRADA NORMATIVA

Para Pierre Bourdieu, a codificação precisa ser acompanhada de uma teoria sobre os efeitos da codificação.¹⁴ A codificação permite “a introdução de uma normatividade explícita, a célula da gramática ou do direito”.¹⁵ A codificação produz objetivação e formalização, racionalização e normalização e, portanto, controle de coerência. Isso muda a natureza das coisas: “imutabilidade de estatuto ontológico”.¹⁶ A ordem normativa estabelecida por lei, no entanto, não é transhistórica, mas contingente: advogados, que veem essa continuidade temporal e social da lei, são “guardiões da hipocrisia coletiva”¹⁷, embora, mesmo na hipocrisia, eles exerçam um poder social substancial. Podemos evitar essa armadilha se não nos envolvermos em codificação formal. A ordem normativa da internet não é um exercício de alteração do *status* ontológico do artefato. Pelo contrário, é uma construção necessária de uma abordagem no sentido de ordenar a interação de atores normativamente relevantes e de interfacear as camadas normativas.

Variando Bourdieu, o estudo no qual este artigo se baseia postula que conceber e encontrar uma ordem *on-line* é necessário como um pressuposto essencial para as interações sociais. De fato, Boris Groys descreve a vida humana como um “diálogo prolongado com o mundo”. Esse diálogo é baseado em certos pressupostos filosóficos que definem seu meio e forma, e hoje “praticamos nosso diálogo com o mundo principalmente pela internet”. Querendo fazer uma pergunta ao mundo, “agimos como usuários da internet”. Sob o atual regime da internet, os intermediários (Groys se concentra no Google) definem as regras sob as quais podemos fazer essa pergunta. Hoje, diz Groys, “o Google desempenha o papel tradicionalmente cumprido pela filosofia e religião. [Essa é] a primeira máquina filosófica

¹⁴ NOUR, Soraya. *Bourdieu's juridisches Feld: Die juridische Dimension der sozialen Emanzipation*, in: BUCKEL et. al. (eds.) (2012), 179-199 (191).

¹⁵ BOURDIEU, Pierre. *Habitus, code et codification*, *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* (1986), 40-44 (42).

¹⁶ *Ibdi*.

¹⁷ BOURDIEU, Pierre. *Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*, in: CHAZEL, F. e COMMAILLE, J. (eds.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris 1991, 95-99.

conhecida que regula nosso diálogo com o mundo [...]”.¹⁸ Ao dar um contexto específico às palavras pesquisadas, o Google “pressupõe e codifica a dissolução radical da linguagem em conjuntos de palavras individuais”. Assim, o Google dissolve todos os discursos, transformando-os em nuvens de palavras que funcionam como coleções de palavras além da gramática.”¹⁹

O estado atual da internet parece semelhante, se suplantarmos "palavras" por "normas" e "gramática" por "ordem". Este é o argumento apresentado aqui: nós nos deparamos com normas *on-line* sem ordem; e precisamos de ordem para estabilizarmos as expectativas normativas e para entendermos a implementação da finalidade dos processos sócio-políticos coletados dentro do rubrum da governança da internet.

Assim como a teoria ordena o mundo, ordenar a si mesmo – baseado na teoria – é uma forma de fazer o mundo. Citando Nelson Goodman, Andrew Bianchi observa que "teorias são formas de criação de mundo".²⁰ Goodman, em seu próprio *Ways of Worldmaking*, descreve composição e decomposição, via rótulos, ponderando, de acordo com a relevância/irrelevância ou outras categorias, ordenação, exclusão e suplementação e deformação (correções ou distorções) como "formas" de fazer o mundo. Exclusão e suplementação são especialmente interessantes aqui. Goodman vê o cientista

rejeitando ou purificando a maioria das entidades e eventos do mundo das coisas comuns, enquanto está gerando quantidades de preenchimento para curvas sugeridas por dados esparsos, e erigindo estruturas elaboradas com base em observações escassas para construir um mundo em conformidade com os conceitos escolhidos e obedecendo às suas leis universais.²¹

Vemos que Goodman é crítico em relação à ordenação e parece sugerir que os cientistas desenvolvam a ordem por si mesmos, e não pelos "ordenados". Esta é uma armadilha que procuramos evitar. De qualquer modo, podemos concordar que a ordem normativa da internet é um exercício de sistematização e exclusão sistemática.²² Este estudo tenta mostrar como as normas da ordem se relacionam com a ordem como um todo e, assim,

¹⁸ GROYS, Boris. *Google: Words beyond Grammar, 100 Notes – 100 Thoughts*, N.º. 46, DOCUMENTA (13) (Ostfildern: Hatje Cantz, 2012), 4-6.

¹⁹ *Ibid.*, 7.

²⁰ BIANCHI, Andrea. *International Law Theories. An Inquiry into Different Ways of Thinking* (Oxford: OUP, 2016), 16.

²¹ GOODMAN, Nelson. *Ways of Worldmaking* (Indianapolis, IN: HACKETT, 1978), 7 et seq. (15).

²² Goodman (1978), 15: “A substituição de um sistema chamado analógico por um chamado digital por meio da articulação de etapas separadas envolve a exclusão; por exemplo, usar um termômetro digital com leituras em décimos de grau é reconhecer que nenhuma temperatura está entre 90 e 90,1 graus”.

“obedecem” às “leis universais”. No entanto, em um estudo mais amplo, nós defendemos que as razões epistemológicas para a adoção de uma abordagem normativa para regular a digitalização dominam. Variando Goodman, obedecer a leis universais faz sentido quando elas nos impressionaram por sua efetividade e legitimidade.

IV. A ORDEM NORMATIVA DA INTERNET

1. Conceito

Em uma análise recente das normas de cibersegurança, dois autores identificaram um “enorme vazio na regulação internacional” após o “fracasso” das negociações no GGE. Se correto, isso seria problemático, especialmente à luz de “ataques cibernéticos recentes com alcance global”.²³ Mas não há um vazio normativo²⁴, menos ainda um “grande”. O marco regulatório da internet como um todo e a cibersegurança em particular, como mostra este estudo, são flexíveis, elásticos e escalonáveis: chamamos isso de ordem normativa da internet.

Ninguém duvidaria que a ordem social básica liberal e democrática da Alemanha, a *freiheit-ich-demokratische Grundordnung*, se baseie no Direito, em particular no Direito Constitucional. A “ordem normativa” da Alemanha é uma ordem profundamente legal. No entanto, dentro do sistema jurídico alemão, existem normas de caráter muito diferentes, que vão desde normas não vinculantes ao DIN (*Deutsche Industrienorm*; Norma Industrial Alemã), que exercem força normativa por meio da autoridade epistêmica²⁵, até garantias de direitos fundamentais consagradas em Lei Fundamental (*Grundgesetz*). A existência de normas não vinculantes em um sistema normativo não prejudica a sua qualificação como sistema ou ordem legal.

Os sistemas jurídicos nacionais consistem principalmente de normas formalmente vinculativas na perspectiva kelseniana²⁶ e apenas algumas poucas normas não vinculativas.

²³ CHRISTAKIS, Theodore; BANNELIER, Karine. Reinventing Multilateral Cybersecurity Negotiation after the Failure of the UN GGE and Wannacry: *The OECD Solution*. EJIL Talk, 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/reinventing-multilateral-cybersecurity-negotiation-after-the-failure-of-the-un-gge-and-wannacry-the-oecd-solution>.

²⁴ SIMILARLY, Emilie Legris; WALAS, Dimitri. *Regulation of Cyberspace by International Law*. ESIL Reflection, 7 (2018) 1. Disponível em: <http://www.esil-sedi.eu/node/2060>.

²⁵ Apesar de algumas serem mencionadas em leis e, portanto, fazerem parte, por referência, do sistema jurídico.

²⁶ KELSEN, Hans; RECHTSLEHRE, Reine, 1934, 21. (JESTAEDT, Matthias, ed.; RECHTSLEHRE, Reine. Studienausgabe der 1. Auflage, 1934) (Tübingen: SIEBECK, Mohr, 2008), 33.

Isso é particularmente verdadeiro para países com forte proteção do Estado de Direito, pois o princípio da legalidade prescreve que qualquer ação estatal precisa se basear na Lei. Isso desencoraja a inovação normativa, mas salvaguarda os direitos fundamentais, o que é uma troca válida, considerando os interesses conflitantes envolvidos. Na ordem normativa da internet, o inverso é observável. Dependendo de como se aborda a definição da ordem, há diversos instrumentos normativos presentes: das leis nacionais e regulamentações internacionais aos arranjos da regulação transnacionais, a maioria dos quais, especialmente na terceira categoria, não são formalmente vinculantes.

Ao introduzir o conceito de “ordem normativa”, esse estudo se referiu à abordagem de Forst e Günther, que veem normas menos em termos de legalidade, baseadas na formalidade, e mais em termos de funcionalidade. As normas, para eles, são “razões práticas para agir [contendo] a alegação de ser vinculante para o destinatário”²⁷. Essas alegações são narrativizadas e contextualizadas, habituadas a práticas, contidas em costumes (normatividade implícita e instituída) e convencionadas como contratos sociais (implícitos, novamente) ou como tratados (normatividade constituída explícita). As alegações de vinculação não são, portanto, legais, no sentido de terem como premissa um procedimento legal para garantir a conformidade, mas, no entanto, exercem, mediante sua alegação de vinculação, uma certa força de conformidade.

Mas as normas, no contexto deste estudo, são legais no sentido de que moldam e enquadram o espaço jurídico (*Rechtsraum*), contribuem para garantir a paz legal (*Rechtsfrieden*), estabelecem uma lei de colisão (*Kollisionsrecht*) entre os regimes aplicáveis e são amplamente tratadas como normas legais ou, pelo menos, heurísticas de legalidade, que reduzem os encargos das decisões.

Consideradas em conjunto, as normas que constituem a ordem normativa da internet (aquelas que são normalmente relevantes para a internet e a digitalidade) formam uma ordem jurídica de multicamadas. Isso não significa que elas sejam ordenadas centralmente ou hierarquicamente em camadas. Uma ordem normativa é um “complexo de normas e valores com os quais a estrutura fundamental de uma sociedade (ou a estrutura de relações internacionais, supranacionais ou transnacionais) é legitimada, em particular o exercício da

²⁷ FORST, Rainer; GÜNTHER, Klaus. *Die Herausbildung normativer Ordnungen. Zur Idee eines interdisziplinären Forschungsprogramms*. In: FORST, Rainer; GÜNTHER, Klaus (eds.). *Die Herausbildung normativer Ordnungen. Interdisziplinäre Perspektiven* (Frankfurt/New York: Campus, 2011), 11-30.

autoridade política e a distribuição de bens básicos²⁸. Estas são as funções legais principais. Ao mesmo tempo, a ordem normativa da internet é mais do que uma ordem puramente legal, uma vez que se baseia em normas e processos que não podem ser facilmente conceituados nas estruturas de linguagem, lógica e legitimidade dos sistemas jurídicos tradicionais.

A ordem se estende à regulamentação e legitimação (ou ao fornecimento de ferramentas normativas para a contestação) do exercício da autoridade pública ou privada e à distribuição de bens básicos em relação ao uso e desenvolvimento da internet por múltiplos atores, incluindo acesso à internet e acesso ao conteúdo da internet. Ela consagra um Estado de Normas, o conjunto de normas e expectativas normativas que moldam o uso e o desenvolvimento da Internet, o que leva a um Estado de Direito.

A medida de legalidade da ordem normativa não pode ser a “Constituição Política” (dos Estados), contra a qual seria insuficiente (assim como é a ordem jurídica internacional). Em vez disso, o critério normativo deve ser a ordem normativa da *Eigenverfassung* da internet²⁹, instituída por práticas, e auto e heteroconstituída. As normas da terceira categoria (acordos reguladores transnacionais, padrões da Internet...) podem não ser normas legais nas abordagens legais nacionais ou internacionais tradicionais (são o *tertium*), mas podem ser consideradas como possuidoras de algumas ou até mesmo da maioria das qualidades das normas legais (*Rechtsnormqualität*), se atenderem a *checks and balances* baseados em direitos humanos internos, transnacionalizados e objetivos, quanto à sua produção, conteúdo e aplicação³⁰.

2. Condições de Legitimidade

A nossa hipótese é de que a ordem normativa da internet é uma ordem legítima. Internacionalmente, a integração de todos os atores nos processos de definição de normas procedimentaliza legitimidade. Nacionalmente, como será discutido no próximo capítulo, os procedimentos existentes para legitimar normas não legais podem ser aplicados *mutatis*

²⁸ FORST, Rainer; GÜNTHER, Klaus (2011), 15: “Unter ‘normativer Ordnung’ verstehen wir den Komplex von Normen und Werten, mit denen die Grundstruktur einer Gesellschaft (beziehungsweise die Struktur inter- bzw. supra- oder transnationaler Verhältnisse) legitimiert wird, namentlich die Ausübung politischer Autorität und die Verteilung von elementaren Lebens- und Grundgütern” (tradução do autor).

²⁹ TEUBNER, Gunther. *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, 63 ZaÖRV (2003), 1-28 (22).

³⁰ E VESTING, Thomas: *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke* (Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2015), 144.

mutandis, com o mesmo resultado. Voltando ao nível internacional, podemos verificar que uma parte substancial das normas que compõem a ordem normativa da internet são normas do direito internacional. Assim, a constatação de Louis Henkin de que "quase todas as nações observam quase todos os princípios do direito internacional e quase todas as suas obrigações quase o tempo todo"³¹ é relevante para avaliar as condições de legitimidade da ordem normativa da internet. De fato, a legitimidade está intimamente ligada ao comportamento de confirmação de regras. Sem um senso de obrigação (que pode estar fundado na superioridade epistêmica de uma abordagem normativa), o comportamento em conformidade com as regras continua esporádico e errático.

Esse senso de obrigação está vinculado à legitimidade percebida de uma norma³². Thomas M. Franck definiu legitimidade como propriedade de uma regra ou instituição (ou, pode-se acrescentar, uma ordem) "que exerce por si mesma uma força no sentido do seu cumprimento sobre os normativamente endereçados, porque eles acreditam que a regra ou instituição surgiu e opera de acordo com os princípios do processo correto que geralmente são aceitos"³³. O processo correto é uma maneira de formular demandas pertinentes aos processos relacionados à gênese das normas. Franck argumentou ainda que a legitimidade de uma única norma (e, portanto, a conformidade) depende de sua determinação (conteúdo normativo determinável), validação simbólica por meio de uma figura/instituição de autoridade, coerência e adesão a um sistema mais amplo de regras³⁴. A variação desses critérios será útil para avaliar a legitimidade das normas da ordem *on-line*.

O nível de normatividade de uma ordem normativa varia. A normatividade de uma norma - e de uma ordem normativa - é uma de suas propriedades. Ela está relacionada à sua legitimidade, que depende dela³⁵. É impossível fazer uma afirmação geral sobre a legitimidade das normas da ordem normativa da Internet. Dependendo do seu caráter (normas jurídicas internacionais, normas jurídicas nacionais, normas que fazem parte dos arranjos regulatórios transnacionais), elas já estão situadas em estruturas de legitimidade estabelecidas que não precisam ser fundamentalmente revisadas para a Internet. Basta

³¹ HENKIN, Louis. *How Nations Behave*, 2^a ed. (New York: Columbia University Press, 1979). Para estudos empíricos confirmando Henkin, veja: HONGJU KOH, Harold. *Why Do Nations Obey International Law?*, 106 *Yale Law Journal* (1996-1997), 2599-2659.

³² FRANCK, Thomas M. *The Power of Legitimacy Among Nations* (Oxford: Oxford University Press, 1990). Para uma interpretação mais recente, veja: FRANCK, Thomas M. *The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium*, 100 *AJIL* (2006), 88.

³³ Thomas M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations* (Oxford: Oxford University Press, 1990), 24

³⁴ Cf. FRANCK, Thomas M. *Fairness in the International Legal and Institutional System*, 240 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1993) Vol. III, 26.

³⁵ Cf. KOLLER, Peter. *Theorie des Rechts. Eine Einführung*, 2^a ed. (Vienna: Böhlau, 1997).

considerar: ao aplicar o princípio de não intervenção, bem estabelecido no direito internacional, às configurações on-line, não há uma necessidade óbvia de fornecer uma teoria da legitimidade do princípio (regra do direito consuetudinário). Do mesmo modo, as leis nacionais que estabelecem certas obrigações para os intermediários, como o alemão *Netzwerk-durchsetzungsgesetz*, podem ser falhas, mas sua legitimidade como lei não está *prima facie* em questão. Somente em casos de violação substancial dos princípios fundamentais da ordem normativa da internet (como níveis mínimos de consulta a todos os atores relevantes) é que a legitimidade das normas do direito nacional ou internacional deverá ser revisitada para fins de verificação da sua posição dentro a ordem normativa da internet.

Isso não é verdade para normas de ordem específicas, como princípios de governança da internet, e para a própria ordem em si. Sua legitimidade precisa ser demonstrada. As normas pertencentes à ordem normativa da internet são aquelas que possuem (1) conexão material (não trivial) e (2) normativa (não meramente factual) com a internet como uma rede de redes. Com base nos critérios de Franck para a legitimidade das normas, essas normas precisam ser formal e materialmente legitimadas. A legitimação formal é alcançada por meio da validação simbólica que se dá com a emergência de normas em um processo de múltiplas partes interessadas.

Para a norma ser materialmente legitimada, é necessário:

- ser suficientemente determinada para a sua finalidade (permitindo, assim, instrumentos não vinculantes);
- respeitar os princípios fundamentais da ordem normativa da internet,
- estar de acordo com os valores da ordem, expressos em seus princípios; e
- aderir sistematicamente à ordem normativa como um todo.

Assim, formalmente, a legitimidade dentro da ordem normativa da internet é procedimentalizada (essa é a dimensão de entrada e de rendimento da legitimidade). As normas que emergem desses processos geralmente são boas soluções normativas epistemicamente. Essa é a dimensão de saída da legitimidade.

3. A Ordem Explicada

A ordem normativa da internet abrange processos geradores de normas e inclui, por meio desses processos, ações normativamente relevantes por todos os atores. Esses atores

desenvolvem expectativas normativas, que são debatidas, contestadas e realizadas com base em princípios compartilhados dentro da ordem. O estudo mostra quais princípios substanciais e processuais são aplicáveis, incluindo compromissos para garantir os direitos humanos, manter a internet como um espaço não fragmentado, e garantir a segurança, estabilidade, confiabilidade da internet, com base em uma forte cooperação entre atores. Essa cooperação também é procedimentalizada dentro da ordem.

Cada campo de normas dentro da ordem - direito internacional, direito nacional, arranjos normativos transnacionais - é legitimado tanto por meio de processos normativos tradicionais quanto pela sua integração em ordens jurídicas nacionais. Cada grupo de atores é legitimado direta ou indiretamente e transfere esse potencial de legitimidade para o resultado normativo, que é frequentemente epistemicamente legítimo. A ordem normativa em si é legítima como uma ordem necessária para garantir a proteção da internet. O processo de justificação da ordem é narrativizado. Como qualquer participante tem o direito de se justificar contra normas e práticas de maneira geralmente recíprocas, a ordem normativa da internet é uma ordem de justificação.

A ordem normativa da internet, assim estabelecida, analisada e legitimada, é tanto uma construção empírico-conceitual quanto normativa: ela fornece narrativas de legitimidade (e justificação) e funciona como um espaço normativo elástico, com princípios e processos para solucionar conflitos de políticas públicas relacionados à salvaguarda da integridade da internet e à proteção dos estados e sociedades, pessoas físicas e jurídicas, dos perigos relacionados ao uso e uso indevido da internet. Isso inclui o *tertium* normativo e, portanto, uma teoria unificadora. Essas normas transnacionais e arranjos normativos transcendem soluções normativas binárias e podem neutralizar difusões de responsabilidade regulatória em contextos transnacionais.

Estabelecer a ordem normativa da internet foi um exercício conservador, no qual a *última ratio* não era proteger a internet, que é apenas um instrumento tecnológico, mas sim os interesses de todos os atores, individual e coletivamente, no uso e desenvolvimento da internet, na medida em que isso invoque o exercício da autoridade pública ou privada e a distribuição de bens básicos.

V. CONCLUSÕES

Há uma ordem normativa da internet. Essa ordem integra normas material e normativamente relacionadas ao uso e desenvolvimento da internet em três níveis diferentes (regional, nacional, internacional), de dois tipos (de autoria privada e pública) e de caráter diferente (de *ius cogens* aos padrões técnicos). Como ordem legal, opera por meio da lei e analogamente a ela. Seus atores – Estados, pessoas jurídicas, pessoas físicas - cumprem diversas funções como empreendedores normativos, aplicadores e impositores das normas. As narrativas de justificação da ordem controlam novas normas por meio da avaliação da sua consistência técnica e da sua consonância jurídico-cultural em relação aos propósitos da ordem. Muito embora não sem elementos autônomos, a ordem normativa da internet está interligada por meio de relações de legitimação com ordens legais nacionais e internacionais.

A ordem é composta por leis internacionais, leis nacionais e arranjos regulatórios transnacionais de normatividade variável. Além das normas internacionais e nacionais, existe uma 'terceira' categoria de normas, um *tertium* normativo, que apenas recentemente emergiu como uma categoria normativa por si só. As normas de *tertium* são fundamentalmente normas técnicas e normas de *soft law* que emergem no espaço contestado entre necessidade técnica e valores sócio-legais. Elas evidenciam uma normatividade variável e transcendem as soluções normativas binárias, podendo, assim, neutralizar as difusões da responsabilidade regulatória nas configurações transnacionais.

A normatividade da ordem molda a tecnicidade. A orientação tecnológica da normatividade não jurídica, incluindo seu foco nos códigos e nos padrões, precisa ser reorientada por meio de uma abordagem normativa baseada em valor, enquanto os mecanismos internos efetivos de (re)produção de normas dos padrões privados precisam ser adotados. Assim, não é a tecnicidade que molda a normatividade. Em vez de permitir que um meio técnico defina nossos valores sociais, são os valores incorporados na ordem normativa da internet que definem a evolução das tecnologias subjacentes à internet por meio de enquadramento normativo e das intervenções regulatórias. A normatividade baseada em valor deve influenciar a definição de padrões para garantir a primazia dos compromissos legais internacionais e de suas contrapartidas legais nacionais, na determinação da finalidade da ordem normativa da internet. Em vez de aceitar argumentos por necessidade técnica, demonstramos que as normas técnicas são colocadas adequadamente no quadro comum, orientado por valores, da ordem normativa da Internet.

As forças de desordem normativa da Internet podem ser identificadas e combatidas. As forças centrífugas contribuem para a emergência de redundâncias normativas (“efervescência normativa”), conflitos reais de normas entre camadas reguladoras e esferas normativas geograficamente limitadas (“fricção normativa”), problemas estruturais substanciais (“fraturas normativas”) e problemas políticos, comerciais e de fragmentação tecnológica da internet. No entanto, invariantes técnicas da internet exercem forças de desfragmentação. Estes são então normativamente reificados dentro da ordem normativa da internet.

A internet deu uma guinada normativa. O estudo no qual este trabalho se baseia mostra que ocorreu uma virada normativa na internet, permitindo que as normas que afetam seu uso e desenvolvimento se autoconstituam e – por meio de processos normativos autônomos - desenvolvam e legitimem outras normas da ordem. Essa abordagem tem um potencial explicativo e preditivo considerável em relação à evolução das normas e como esse processo afetará a internet. Por exemplo, o estudo demonstra que as tentativas de empreendedorismo normativo que estão em dissonância com os princípios-chave da ordem normativa ou que não aderem a outras normas de ordem falharão.

A ordem normativa da Internet é uma ordem legal e legítima, que é conectada e legitimada por processos legais internacionais e nacionais. É, ainda, uma ordem legítima de normas. Os processos de legitimação de normas ocorrem dentro da ordem, mas também por meio do sistema jurídico nacional e internacional. Internacionalmente, o processo de criação de normas, que permite a integração de todos os atores, legitima o resultado normativo. Nacionalmente, as normas de *tertium* têm sido progressivamente reconhecidas nas ordens jurídicas por meio de processos de aplicação formal e informal, transposição e referência.