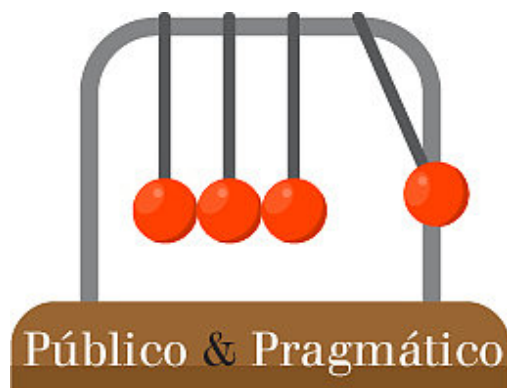


## Autorregulação privada: novos desafios pragmáticos



"ada"? Reposta: para a doutrina tradicional, absolutamente nada [1].

De fato, a partir de uma visão monista do Direito, só pode haver, no

máximo, uma "autorregulação privada publicamente regulada" [2].

Nessa perspectiva monista não é possível enxergar o *jurídico* fora do Estado, nem fora da norma jurídica. Tudo o que é produzido fora do Estado ou fora da norma jurídica é considerado *extrajurídico*, podendo ser considerado, no máximo, objeto de um contrato ou de uma regulação estatal.

E o *poder* exercido fora do Estado, ou seja, por entidades privadas é sempre considerado, nessa perspectiva, *extrajurídico*, ora denominado *poder econômico*, *poder de fato*, *poder social*, *poder tecnológico* etc.

Mas nunca um poder *jurídico*.

O pluralismo jurídico, entretanto, oferece outras explicações teóricas para o exercício deste tipo de poder por assim dizer "privado".

É possível encontrar na doutrina basicamente três tipos de pluralismo jurídico: o "normativo", o "sociológico" e o "institucional" [3].

O "pluralismo normativo" não foge da perspectiva monista do direito e continua centrado no Estado. O "poder privado" continua sendo *extrajurídico*, podendo se transformar em *jurídico* apenas e tão somente quando houver uma forma de *reconhecimento estatal* (e.g. da delegação de poderes, que continuam sendo "públicos").

Nessa perspectiva monista, só existe o poder público, mas não o "poder privado", ao menos não sob o ponto de vista jurídico.

De outro lado, o "pluralismo sociológico", embora pareça se afastar da visão monista do Direito na tentativa de suprir as suas deficiências, acaba se rendendo a ela ao continuar chamando o "poder privado" de poder extrajurídico, agora renomeado ("resignificado") para "comunicação social", que só ganha status de jurídico quando, após "irritações mútuas", acaba reconhecido pelo Estado e, conseqüentemente, transformado em norma jurídica.



Esse segundo tipo de pluralismo jurídico tem começado a invadir a doutrina [4] e a jurisprudência [5] brasileiras nos últimos anos.

Mas o objetivo aqui não é falar desse tipo de pluralismo jurídico, embora ele contribua para o diagnóstico de que realmente existe uma crise epistemológica [6].

E, finalmente, existe um terceiro tipo de pluralismo jurídico: o chamado "pluralismo institucional", que, com raras exceções, é praticamente esquecido pela doutrina [7].

Na perspectiva do pluralismo institucional, o "poder privado" deixa de ser enxergado meramente como algo *extrajurídico* e passa a ser dotado de caráter *jurídico*.

Isto mesmo, o "poder privado" passa a ser considerado capaz de gerar "direito novo" de forma independente e autônoma em relação às normas jurídicas estatais.

Na falta de melhor compreensão teórica (e na falta de léxico próprio), essa praxe acaba sendo varrida para debaixo do tapete, ou melhor, para debaixo do contrato, sujeitando-se apenas à mera regulação estatal ou, no máximo, à uma correção.

O poder exercido pelas plataformas digitais através da criação de regras e normas internas de funcionamento constitui um bom exemplo.

A doutrina tradicional só consegue enxergar este poder sob a perspectiva (que não deixa de ser normativista) do contrato, aproximando e equiparando, e.g., os "termos e condições de uso", os "termos de adesão" e as "políticas de privacidade" ao contrato — como se contrato fosse —, sujeito apenas e tão somente à regulação estatal, quaisquer que sejam os seus tipos (exclusiva ou em correção).

O resultado é que, na insuficiência dessa resposta teórica, o cidadão comum, "usuário" das plataformas digitais, fica ainda mais vulnerável, porquanto acaba sendo tratado apenas como mera "parte" do contrato (o contratante), ainda que este contrato possa ser objeto de regulação estatal.

Ocorre que o Estado não é nem onipresente, nem onisciente. E nem sempre tem condições de exercer o seu poder *jurídico* de maneira adequada e na velocidade necessária para desenhar o modelo regulatório desejável.

E, nesse ínterim — que vai da ciência da existência por exemplo de uma inovação tecnológica até a efetiva regulação estatal —, o que se vê é um "vácuo regulatório" que simplesmente não pode ser suprido pela teoria do contrato e o seu elemento-chave que é o consentimento.

O cidadão comum, repita-se, acaba ficando completamente vulnerável ao "poder privado" das plataformas digitais, compreendido simplesmente como *extrajurídico* e, conseqüentemente, meramente arbitrário.

Resolver esta "charada regulatória" parece ser o grande desafio prático do direito contemporâneo, mormente se se considerar que vem se afirmando cada vez mais o adágio segundo o qual "é permitido o que não é proibido" tanto em norma jurídica constitucional [8] como infraconstitucional [9], o que é reafirmado pela doutrina [10].

Parece realmente necessário (esta é ao menos a proposta) que a solução passe por uma nova compreensão teórica que considere o "poder privado" como um elemento *jurídico* e não meramente *extrajurídico*, para o que o "pluralismo institucional" tem muito a contribuir.

Compreender que a "autorregulação privada" (*e.g.*: *by design* ou *by default*), realizada antes de qualquer regulação estatal, também é Direito (também é "jurídica"), pode representar um grande salto dogmático e, conseqüentemente, uma importante e nova garantia em favor da proteção dos direitos fundamentais.

Por quê?

Resposta: porque a "autorregulação privada", enquanto "norma institucional" (? norma estatal), também é uma norma *jurídica*, uma espécie de "microdireito" [11], sendo dotada, conseqüentemente, de uma *normatividade* capaz, em alguma medida, de conter o exercício do poder (uma forma de autocontenção), seja ele qual for (público ou privado), como já visualizava o saudoso Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

*"As regras institucionais, por fim, expressas ou não, pautarão as condições de ação do poder institucional: interesses (objetivos), vontade (agentes) e capacidade (meios). A fidelidade a essas regras é que mantem a integridade da instituição; de outro modo, ela se desgasta e se deteriora na negação da sua própria vocação. Eis porque a institucionalização é o primeiro e necessário passo para a contenção do poder"* [12].

Daí porque parece necessário novo vocabulário para explicar teoricamente novos desafios pragmáticos do Direito contemporâneo.

Thomas Kuhn, na década de 60, realizou uma grande empreitada na tentativa de identificar traços comuns entre diversas revoluções científicas operadas ao longo dos últimos séculos.

Entre esses traços comuns o que mais chama a atenção é justamente a necessidade que a ciência tem (e não parece ser diferente em relação à ciência jurídica) de criar "novos conceitos" e "novo vocabulário" para superar as crises epistemológicas [13].

O conceito "autorregulação privada" parece realmente novo, principalmente porque se apoia, se não em novos, ao menos em paradigmas esquecidos pela doutrina tradicional cujos (velhos) paradigmas têm se mostrados insuficientes para resolver os desafios pragmáticos contemporâneos, lembrando, como nota Thomas Kuhn, que *"nenhuma experiência pode ser concebida sem o apoio de alguma espécie de teoria"* [14].

E o outro lado da moeda também parece verdadeiro: *"O processo de aprendizado de uma teoria depende do estudo das aplicações, incluindo-se aí a prática na resolução de problemas, seja com um lápis e papel, seja com instrumentos num laboratório"* [15].

Depois de ler Thomas Kuhn, começa a ficar mais clara e se tornar mais compreensível a postura da doutrina tradicional (a "ciência normal" no seu vocabulário) de resistir e rejeitar "novidades", como o conceito de "autorregulação privada" ora proposto.

Contudo, o que de certa maneira conforta e deixa à vontade é que *"as primeiras versões da maioria dos paradigmas são grosseiras"* e *"até que a sua atração estética possa ser plenamente desenvolvida, a maior parte da comunidade científica já terá sido persuadida por outros meios"* [16].

Pode parecer um conceito absurdo, fundado num paradigma absurdo? Sem dúvida que pode.

Mas, como diz Thomas Kuhn, *"precisa ter fé na capacidade do novo paradigma para resolver os grandes problemas com que se defronta, sabendo que o paradigma anterior fracassou em alguns deles. Uma decisão deste tipo só pode ser feita com base na fé"* [17].

Só o tempo dirá.

A proposta de uma nova ferramenta (um novo conceito teórico) está ao alcance de todos, inclusive das entidades privadas que desempenham atividade econômica no mundo digital.

Basta colocar em prática. Só assim será possível construir um *"Direito Administrativo para otimistas"* [18].

[1] Na plenária da 1ª Jornada de Direito Administrativo, realizada em agosto de 2020, o conceito "autorregulação privada" foi rejeitado por ampla maioria exatamente por não ser "reconhecido" pela doutrina tradicional, deixando assim de fazer parte do Enunciado nº 38 cuja redação final ficou assim: *"A realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) por órgãos e entidades da administração pública federal deve contemplar a alternativa de não regulação estatal ou desregulação, conforme o caso"*. A proposta, rejeitada, era exatamente para que se incluísse a "autorregulação privada" como objeto de análise na AIR ao lado da "não regulação estatal" e da "desregulação".

[2] Cf.: GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008, p.185-186.

[3] Cf.: AUBY, Jean-Bernard. *La globalization, le droit et l'État*, 2ª edição. Paris: LGDJ, 2010, p.204-206.

[4] Cf.: VENTURINI, Otavio. Teoria do direito administrativo global e standards: desafios à estatalidade do direito. 1ª edição. São Paulo: Almedina, 2020. Também, cf.: SOMBRA, Thiago Luís Santos. Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais: pluralismo jurídico e transparência em perspectiva. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

[5] Cf.: STF: ADIS 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431 MC. Destaque para o dispositivo da decisão: "[...] Na sequência, por maioria, deferiu parcialmente a cautelar para: a) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas; [...]".

[6] Como revela Thomas Kuhn, "*a proliferação de versões de uma teoria é um sintoma muito usual de crise*". Cf.: A estrutura das revoluções científicas; tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2018, p.151.

[7] Para compreender a importância do resgate do pluralismo institucional e da criação de novos conceitos jurídicos como o de "autorregulação privada", cf.: DOMINGUES, Rafael Augusto Silva. O ato administrativo praticado por entidades privadas na atividade econômica. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: 2020.

[8] CF: Art.170, "Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

[9] Lei 13.874/2019: Art. 2º. "São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: I – a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; (...) III – a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas".

[10] Cf.: Hermêutica *pro libertatem*. Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019/coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.40.

[11] Embora numa perspectiva diferente (sociológica), a doutrina começa a utilizar termos próximos como "*microinstruções*", "*microdiretivas*" e "*micropoder*". Cf.: FERRAZ, JUNIOR, Tercio Sampaio *et ali*. A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira, São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p.182-186.



---

[12] Cf.: Teoria do Poder: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992, p.125.

[13] Cf.: A estrutura das revoluções científicas; tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2018, p.131.

[14] Cf.: A estrutura das revoluções científicas; tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2018, p.171.

[15] Cf.: A estrutura das revoluções científicas; tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2018, p.120.

[16] Cf.: A estrutura das revoluções científicas; tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2018, p.255.

[17] Cf.: A estrutura das revoluções científicas; tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2018, p.258.

[18] Um contraponto ao caminho trilhado por um "direito administrativo para céticos" (título da obra do grande administrativista Carlos Ari Sundfeld).