

Fake news

Regulação ou metarregulação?

LUCAS FUCCI AMATO

Resumo: Tomando como referência teórica principal a sociologia sistêmica desenvolvida por Niklas Luhmann e suas aplicações no Direito, este artigo reflete sobre os desafios para o tratamento jurídico da disseminação de notícias falsas. Aborda primeiramente a coevolução entre formas de sociedade e meios de disseminação da comunicação, delimitando as *fake news* como fenômeno típico de uma sociedade digital. A seguir, define a emergência da autorregulação privada como uma expressão do Direito contemporâneo e nota a necessidade da metarregulação: de regular (pelo Direito estatal) a autorregulação (privada). Finalmente, analisa o art. 31 do Projeto de Lei das *fake news* (ou Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet). Assim, o texto destaca as potencialidades do instituto da “autorregulação regulada” previsto nessa legislação para que sejam construídas experimentalmente normas capazes de disciplinar os comportamentos e as responsabilidades emergentes com o desenvolvimento das novas tecnologias e plataformas digitais.

Palavras-chave: Notícias falsas. Autorregulação. Opinião pública. Direito digital. Internet.

Fake news: regulation or meta-regulation?

Abstract: Taking as main theoretical reference the systemic sociology developed by Niklas Luhmann and its applications in law, this paper reflects about the challenges for the legal treatment of fake news dissemination. It approaches firstly the coevolution between forms of society and media for disseminating communication, defining fake news as a phenomenon typical of the digital society. Then, it defines the emergence of private self-regulation as an expression of contemporary law and notes the need for meta-regulation: for regulating (through state law) the (private) self-regulation. Finally, it analyzes article 31 of the Fake News bill (or Brazilian Law on Freedom, Responsibility and Transparency on the Internet). Thus, the paper notes the potential of the institute of

Recebido em 10/8/20
Aprovado em 18/9/20

“regulated self-regulation” foreseen in this legislation so that standards constructed experimentally can be capable of disciplining the behaviors and responsibilities emerging with the development of new technologies and digital platforms.

Keywords: Fake news. Self-regulation. Public opinion. Digital law. Internet.

1 Introdução

O tema das *fake news* emergiu como expressão contemporânea de uma sociedade mundial que se reproduz sobretudo por meio da comunicação digital. A atual pandemia do novo coronavírus (Covid-19) reforçou a tendência à digitalização dos diversos âmbitos sociais: ensino e trabalho, campanhas políticas, informação instantânea, tratamentos de saúde. Mas, afinal, qual a especificidade das *fake news* em relação a mentiras ou notícias falsas divulgadas por outros meios? Como o Estado pode tratar das responsabilidades e condutas atinentes à produção e disseminação de notícias falsas, gerenciando dilemas que envolvem direito à privacidade, liberdade de expressão, exercício de direitos políticos e potenciais abusos de poder econômico?

Este artigo defende a hipótese de que a novidade, o grau de especificidade das tecnologias digitais, sua transterritorialidade e sua múltipla interferência sistêmica – na saúde, na economia, na política, na educação e em diversos outros campos – recomendam que o Estado não busque regular diretamente os comportamentos, mas vise primeiramente regular a autorregulação privada das plataformas digitais e redes sociais, as quais devem ser cobradas para desenvolver os mecanismos de responsabilização e os parâmetros de sancionamento devidos em relação a seus usuários. Esse primeiro passo – de regular a autorregulação – é o que se chama de “metarregulação”. Ela serve tanto para evitar a interferência estatal descontrolada sobre o exercício da comunicação digital quanto para prevenir que as empresas de mídia digital se imunizem diante das repercussões que seus serviços geram em toda a sociedade.

Centrado na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann e em suas aplicações na Sociologia e Teoria do Direito, este artigo propõe em primeiro lugar uma delimitação histórica do conceito de *fake news*, com base em um entendimento da evolução social dos meios de disseminação da comunicação. A seguir, o trabalho aborda as formas regulatórias emergentes contemporaneamente, que não se resumem à definição direta de

regras sobre condutas e responsabilidades nem à simples estipulação de princípios ou objetivos de políticas públicas. As formas jurídicas podem consistir em critérios procedimentais para uma regulação estatal da autorregulação privada. Finalmente, o trabalho analisa o conceito de *autorregulação regulada* proposto pelo Projeto de Lei (PL) das *fake news*, em tramitação no Congresso Nacional.

2 Evolução social e meios de disseminação da comunicação

Luhmann (2012, p. 36) propõe substituir a metáfora da comunicação como transmissão de informação entre emissor e receptor por um conceito composto por três elementos: informação, uso (ou mensagem) e compreensão. A informação é distinguida em relação a um pano de fundo de sentidos já conhecidos; é a novidade (*news*) em relação à redundância. A mensagem é o ato de dar a conhecer uma informação, é a *performance* que um comunicador faz para produzir a informação¹. Por sua vez, a compreensão envolve discernir a informação propriamente dita (o conteúdo das proposições, o que foi dito) e os complementos contidos na mensagem (como foi dito). Como mostra o antropólogo Bateson (2000, p. 9-13), informações são “diferenças que fazem a diferença”; por isso, além das informações ditas, há informações “de outro tipo” contidas nos gestos, entonações e contextos. Apenas depois de compreender, alguém pode

¹ Apenas para ilustrar o entendimento da mensagem ou uso, poderíamos fazer um paralelo entre a concepção construtivista-sistêmica de Luhmann e a filosofia analítica, mencionando a teoria dos atos de fala de Austin (1962). Essa teoria descreve a “força ilocucionária” presente no ato de comunicação, para além do sentido gramatical de suas proposições; assim, as frases podem adquirir, por exemplo, o caráter de um veredito, de um exercício de poder ou influência, de uma desculpa, de promessa ou aposta, ou de exposição de alguma definição ou postulado.

dar sequência à comunicação, concordando ou rejeitando o que disse seu interlocutor.

A comunicação, por todos esses pressupostos, é um evento improvável. No entanto, é o elemento básico da sociedade. Como a sociedade supera, então, tal improbabilidade e se viabiliza? Luhmann (1981, p. 123-124) desdobra tal problemática em um tripé.

Em primeiro lugar, as mentes são sistemas fechados que reproduzem pensamento. Não temos acesso aos pensamentos dos outros. Vivemos em dupla contingência: não sabemos o que os outros estão pensando sobre o que estamos pensando. Os sistemas sociais são conjuntos de comunicações. Dada a separação das mentes, a comunicação só pode ser entendida dentro de um contexto, de um quadro de referência. Esse quadro é dado pelas expectativas, que são as microestruturas sociais, a teia de pressupostos que compartilhamos para podermos entender o que é comunicado.

Em segundo lugar, os sistemas sociais de interação – comunicação presencial, face a face – são muito fugazes. Os encontros duram pouco, são instáveis e difíceis de serem agendados e concretizados. Daí ser necessário construir sistemas sociais mais duráveis. É o caso das organizações, sistemas encarregados de tomar decisões, que contam com uma hierarquia definida de papéis complementares e que distinguem entre membros e não membros.

Em terceiro lugar, há o problema de como garantir sucesso na comunicação, o que demanda que alguém entenda a informação dada por outrem, confie nela e a tome como motivação para prosseguir com sua própria comunicação, em acordo ou desacordo. Os “meios de sucesso” da comunicação são simbolicamente generalizados: o poder, o dinheiro, a validade de uma norma, a verdade de uma afirmação. Para gerenciar o uso desses meios e desenvolver os critérios (programas) de aplicação dos seus

códigos (governo/oposição, ter/não ter, lícito/ilícito, verdadeiro/falso), a sociedade evoluiu de modo a construir sistemas funcionais, como a política, a economia, o Direito e a ciência. Existem, portanto, três níveis de sistemas sociais dentro do sistema social maior, que é a sociedade – trata-se das interações, organizações e sistemas funcionais.

Ao lado desses meios de sucesso – símbolos que motivam a atenção para uma comunicação –, há os “meios de disseminação” (LUHMANN, 2012, p. 120-123). São a infraestrutura material ou a tecnologia que permite gerar redundância na comunicação – confirmar a informação, transformando a novidade em conhecimento comum compartilhado. O quadro a seguir esquematiza a coevolução entre os tipos de sociedade (formas de diferenciação social, como diz Luhmann (2013, cap. 4)) e os meios de disseminação da comunicação.

Quadro

Evolução social e meios de disseminação da comunicação

Forma de diferenciação social	Meios de disseminação	Característica
<i>Segmentária</i>	Comunicação oral face a face	Disseminação de informação restrita, baixa e lenta, basicamente entre conhecidos (membros da mesma comunidade).
<i>Centro-periferia</i>	Escrita	Disseminação mais ampla, sobretudo entre elites letradas.
<i>Hierárquica</i>	Imprensa	Nascimento da opinião pública, impulsionada pelos meios de comunicação de massa.
<i>Funcional</i>	Meios digitais	Poucos controles de seleção e certificação da informação; disseminação descentralizada em massa, de conhecidos a estranhos.

Fonte: elaborado pelo autor.

As sociedades segmentares eram aqueles grupos ligados principalmente pelo parentesco e com uma profunda distinção entre os de dentro e de fora, os membros e os estranhos. Podemos pensar no exemplo de uma tribo, com seus ascendentes comuns, seus laços de amizade e seu distanciamento de outras tribos, vistas como inimigas. Essa forma de sociedade tem um modo típico de comunicação. A comunicação presencial e oral implicava restringir a variabilidade da comunicação – seu uso, sua mensagem e compreensão supunham a adesão à mesma comunidade de vida e valores. A interação, a comunicação entre os presentes, era então estritamente limitada pelas estruturas, ou seja, pelas expectativas profundamente compartilhadas dentro do mesmo grupo. O Direito era costumeiro e interativo, sendo reafirmado por meio de rituais.

Quando algum grupo acumula mais recursos (terras e ferramentas, defesa militar e poder político, influência sacerdotal para definir a verdade, o certo e o errado), ele emerge como um centro e entra em uma relação geográfica assimétrica com suas periferias. Isso ocorria nas cidades-Estados e impérios antigos ou nas relações entre as áreas urbanas e rurais. Essa dependência geográfica também fomentou a dependência social, as relações de patronagem e clientelismo – como a relação entre a aristocracia e as pessoas livres, mas pobres – em sociedades marcadas pela escravidão. A comunicação torna-se mais complexa e variável, pois a escrita introduz mais possibilidades de variação de temas, e o distanciamento entre o escritor e o leitor implica maior liberdade de usos, mensagens, compreensão e interpretação. As mensagens podem durar e ser interpretadas em diferentes contextos espaciais, temporais e sociais. Interpretar é produzir textos com base em textos. Mas a alfabetização ainda é uma prerrogativa de um pequeno grupo social de reis e estudiosos, nobres e sacerdotes. O Direito é uma mistura de costumes e convenções sociais, com alguns decretos imperiais, e pode ser aplicado equitativamente pelos sábios no exercício de sua prudência. “O conceito aristotélico de justiça distributiva, por exemplo, assume a existência de uma sociedade estratificada na qual não há dúvida de que as pessoas diferem umas das outras por nascimento, sendo livres ou não livres, e por categoria” (LUHMANN, 2004, p. 218, tradução nossa).

A sociedade estratificada e hierárquica – como na ordem feudal e aristocrática europeia – emerge da concentração dos recursos nos centros, e então toda a sociedade (tanto os centros como as periferias) passa a ser integrada em uma hierarquia abrangente de estratos. A forma de diferenciação é aquela entre os nobres e o povo, com suas diferenças de experiência

de mundo e estilos de vida. A comunicação é restrita pelas expectativas compartilhadas dentro dessa ordem social, como se ela fosse um espelho da hierarquia divina das coisas e dos seres: o cristianismo definia os limites da variação admitida em crenças e mensagens. Gutenberg inventou a imprensa no século XV, e no século XVI a reforma protestante desvalorizou o papel da hierarquia da igreja como um intermediário entre os crentes e Deus. Promoveu-se o letramento; a Bíblia tornou-se um sucesso editorial, pois podia ser impressa, e sua leitura tornou-se a principal forma de praticar a fé. Esse foi o período das guerras religiosas na Europa.

A disseminação das habilidades de escrita e leitura deu origem à “opinião pública” – primeiro em clubes literários, depois em um público anônimo espelhado pela imprensa e colocado como o titular último da soberania política. As teorias do contrato social pareciam fundar a legitimidade do Estado sobre a vontade do povo. Mas essas teorias dos direitos naturais chegaram a um paradoxo: se qualquer um, nascido com uma razão natural, pudesse decidir o que era justo e injusto, o mundo chegaria a uma anarquia; seria necessário um soberano para definir a lei, para convencionar os critérios do lícito e do ilícito. A moral torna-se uma questão de crença pessoal – assim como a religião e a ideologia política. O Direito torna-se Direito positivo, estatal (LUHMANN, 2004, p. 139, 254-256 e 426).

A nova escala de comunicação e complexidade leva ao conflito, e a era das revoluções liberais culmina na formalização dos direitos naturais em declarações de direitos, constituições e códigos. O Direito é identificado com textos – lei, jurisprudência, doutrina jurídica. A sociedade moderna coloca a humanidade e o mundo como seu horizonte final de comunicação, apesar de ter formas nacionais de poder e legalidade. Como a política, o Direito, a religião ou a economia, os meios de comunicação de massa tornam-se

um sistema funcional, com seu próprio ambiente interno (seu público) e suas próprias organizações (imprensa e editoras, empresas de rádio e televisão). O sistema dos meios de comunicação de massa, diz Luhmann (2000), torna-se o principal mecanismo de memória social, responsável por definir o que devemos lembrar e o que devemos esquecer.

Como havia analisado Habermas (1989), as revoluções liberais do século XVIII, que adiantaram algumas das bases institucionais da democracia representativa contemporânea, foram produzidas em um contexto de revolução nos meios de disseminação: a emergência da imprensa livre e da publicação livre de livros e folhetos, agora sem censura real. A semântica da “sociedade civil” passou então a significar a transição do autoritarismo e da estratificação (do antigo regime) para a sociedade liberal, uma sociedade de classes com grupos de opinião relativamente fluidos (KOSELLECK, 2002). Uma nova cultura urbana – estruturada não apenas por técnicas de imprensa (no sistema de mídia de massa), mas também pela difusão da alfabetização (sistema de educação) e pelo crescimento das universidades (sistema da ciência) – promoveu novas arenas de divulgação e debate de ideias políticas. Enquanto até então a política era uma questão da aristocracia que ocupava os órgãos políticos, começando nos níveis locais de governo (como nas câmaras das vilas do Brasil colonial²), agora ela estava desligada do vínculo exclusivo com a nobreza.

Não é mais a comunicação que parte de um centro político (do rei, da família real, da sociedade nobre da Corte ou do clero) e caminha no sentido de muitos súditos, mas antes a comunicação de casa a casa, de vizinho a vizinho – esse é o modelo segundo o qual começa a circular o conhecimento de opinião nas grandes cidades como Londres com auxílio dos meios de imprensa. [...] a opinião pública se transforma em uma nova forma de poder anônimo e invisível, em um sujeito (ficcional) que não pode mais ser contornado em assuntos públicos (VESTING, 2020, p. 197).

Como observa Vesting (2020), essa sociedade burguesa comercial – a “sociedade civil” na época do Iluminismo – valoriza a autoapresentação do indivíduo nas relações comerciais e na bolsa de valores, nos cafés, clubes e sociedades literárias, no teatro e na ópera, na política e na moral (como na concepção de Adam Smith sobre o “espectador imparcial”, perspectiva crucial para uma teoria dos “sentimentos morais”). Cada um observa a si mesmo e aos outros através do espelho da “opinião pública”, pedindo empatia e atraindo simpatia ou antipatia. Agora todos podem reagir às decisões parlamentares, formulando sua própria opinião. No Direito, a

² Ver Caldeira (2015, p. 44).

esfera pública emerge em torno dos “direitos do cidadão” e dos “direitos subjetivos”. Na economia, por meio dos preços no mercado, onde cada um representa algum fator de produção (tais como tecnologias para os inventores, capital para a burguesia e trabalho para o proletariado). No século XIX, surgiram novas mídias: jornais diários, fotografia, filmes mudos, rádio e livros de bolso. Isso pressionou a cultura burguesa contra a cultura de massa. A opinião pública ganharia então uma configuração pluralista-corporativa, sendo modelada em seus temas por organizações formais da “sociedade civil”: sindicatos trabalhistas e patronais, partidos políticos (elitistas ou de massa), igrejas, associações, editoras e estações de rádio. O Direito foi pressionado a reconhecer direitos coletivos e liberdade de associação. Em linguagem sistêmica, surge uma periferia política diferenciada, agrupando as comunicações individuais e mediando entre o Estado (o centro organizacional do sistema) e a opinião pública (a esfera pública da política). O valor social e o peso político de uma pessoa variam de acordo com sua filiação e posição em alguma organização e carreira, seja no Estado, seja na empresa privada.

A transição da oralidade para a escrita, a formação da imprensa e o desenvolvimento dos meios de comunicação de massa tiveram seus contornos próprios no caso brasileiro³. Aqui a imprensa só se desenvolve mais amplamente a partir da vinda da Família Real, em 1808; até 1821, porém, só havia a Imprensa Régia, submetida à censura oficial. Poucas faculdades, como as de Direito e Medicina, foram sendo criadas. O voto era censitário e a sociedade mostrava uma combinação de estratificação social rígida com escravidão. Tardamente, em especial durante a República Velha, é que haverá um crescimento maior dos veículos de imprensa,

³ Ver Amato (2019).

mas a Constituição de 1891 ainda vedava o voto aos analfabetos. Havia, então, uma cisão entre a opinião pública que formava e refletia as posições dos letrados (jornais) e a opinião popular formatada por um veículo que se democratizava: o rádio. A insatisfação popular, sua incompreensão ou rejeição de parâmetros modernos (de saúde, por exemplo, como no episódio da Revolta da Vacina em 1904), via-se sem canais institucionais de processamento pelo sistema político. A população de uma sociedade rural em desagregação perdia suas referências costumeiras e locais de sentido; estava agora submetida não apenas à escassez de informação, mas também a relações de clientelismo que colocavam seu voto sob controle direto dos “coronéis” latifundiários. A revolução de 1930 propôs organizar a opinião pública por meio de grupos profissionais, colocando o corporativismo como solução urbana e industrial para uma sociedade que deixava de ser predominantemente rural e agrária. As universidades formarão uma nova elite profissional. O populismo se desenvolverá também, como modalidade de comunicação típica de uma sociedade de massas ainda carentes de participação política. No período democrático sob a Constituição de 1946, a televisão chega ao Brasil e progressivamente se transformará no principal meio de formação da opinião pública. A partir de então, o controle desse meio – regulado mediante concessões públicas – virá a ser uma das chaves da comunicação política. A inclusão das massas populares no processo político demandará ora as boas relações com (ou concessão das) as principais empresas de comunicação, ora seu controle político autoritário (por exemplo, pela censura oficial). É revelador que, entre 1960 – quando os brasileiros elegeram o último presidente civil antes do golpe militar – e 1990 – quando tomou posse o primeiro presidente eleito diretamente após a ditadura –, o percentual de votantes em relação à população

total brasileira tenha saltado de 18% para 50% (NICOLAU, 2004, p. 46). Só a partir de então é que mais da metade da população brasileira realmente compareceria às urnas.

É nesse contexto de sua história política e midiática que o Brasil adentra o século XXI, a era dos meios digitais de comunicação. O surgimento de novas tecnologias de comunicação e sua instrumentalização pela disputa eleitoral representaram novos desafios para um processo eleitoral adequado, no qual o poder econômico e midiático dos candidatos deveria ser filtrado por regras impessoais limitadoras dos meios admitidos na competição política. O Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral têm sido confrontados com essa exigência, especialmente desde as eleições nacionais de 2018, sobretudo na disputa presidencial – na qual o amplo uso de notícias falsas levou a reclamações judiciais perante os tribunais superiores.

Notadamente na última década, o que emerge é uma opinião pública desagregada, baseada em comunidades fluidas e em fluxos de comunicação intermediados pelas empresas digitais globais. As empresas tradicionais de mídia de massa – como os canais de TV – tornam-se cada vez mais dissociadas do público em geral e de suas percepções e opiniões, que são fabricadas, refletidas e ecoadas alhures. Assim,

chega-se à situação de que fenômenos muito novos como aqueles das *shit-storms* e das *fake news* tornaram-se possíveis: uma cultura de permanente transgressão e dissolução de fronteiras, do constante oscilar entre a expressão de opinião (em conformidade com as regras) e a ofensa (em desconformidade com as regras), entre esfera pública e esfera privada, entre a crítica legítima e suspeitas delirantes etc. (VESTING, 2020, p. 205).

O renomado escritor e estudioso da comunicação e semiótica Umberto Eco profetizou: “[a] mídia social dá o direito de falar a legiões

de imbecis que antes só falavam no bar após um copo de vinho, sem prejudicar a comunidade”. Ontem, diz Eco (apud NICOLETTI, 2019, tradução nossa), “[e]les eram imediatamente silenciados, enquanto agora eles têm o mesmo direito de falar que um ganhador do Prêmio Nobel. É a invasão dos imbecis”.

A novidade do advento das “redes sociais” digitais é que a diferenciação interna entre o público que consome informações e as empresas de mídia que selecionam, produzem e divulgam a mensagem chega a um curto-circuito. Os guardiões da informação são desacreditados – a imprensa é vista como parcial, como amiga ou inimiga do governo ou da oposição. Uma multidão de pessoas se tornou produtora e consumidora de informações, e não há uma posição final de observação de segunda ordem que possa atestar com segurança a verdade ou a inverdade das notícias (mesmo as agências de *fact-checking* são colocadas sob as suspeitas de parcialidade que atingem os meios tradicionais de comunicação de massa). A interação – por presença física ou por telefone – podia disseminar mentiras e erros, mas seu nível e velocidade de difusão eram limitados. Quando as pessoas podem dizer a grupos cada vez mais amplos e interligados quais são suas opiniões, pontos de vista ou “descobertas”, a comunicação pessoal eleva-se ao nível do sistema funcional de mídia. A informação como um todo e as mensagens – incluindo notícias falsas – também se tornam desligadas de seus fornecedores originais e passam a pertencer ao sistema “anônimo” da comunicação digital autorreferente. Em um mundo de credos livres e divergentes, a comunicação não é restringida por costumes comuns, como em uma tribo. Mas uma organização neotribal de credos políticos emerge para pressionar os limites de tolerância que o Estado liberal institucionalizou após as guerras religiosas. Uma crise generalizada de expectativas contamina

uma sociedade que foi estruturada por meio de papéis específicos e de competências comunicativas delimitadas: da política e dos políticos, da ciência e dos especialistas, do Direito e dos juristas. Neste contexto de crise, surge o populismo para simplificar excessivamente os resultados das pesquisas científicas, para desconfiar dos especialistas, para corroer os procedimentos de tomada de decisão política sob o Estado de Direito.

A democracia contemporânea baseia-se em uma triangulação processual entre uma esfera pública (uma opinião pública generalizada pelo sistema funcional dos meios de comunicação de massa), organizações periféricas (partidos, grupos e movimentos que agrupam programas e reivindicações políticas) e a organização central (o Estado, sua burocracia e seus poderes políticos, cuja tomada de poder é institucionalizada por meio da cisão entre governo e oposição) (LUHMANN, 2014b; TORRES NAFARRATE, 2009). Pela representação, as decisões são desdobradas em decisões sobre quem irá decidir. Há uma tendência de que os políticos se tornem mais profissionais. O povo toma uma decisão de segunda ordem: elege aqueles que decidirão sobre questões substantivas, criando leis e definindo políticas públicas; uma autonomia relativa é institucionalizada entre o eleitor e o eleito, já que o mandato é representativo, não imperativo. A separação de Poderes idealizada nos séculos XVII e XVIII vem a se alterar, especialmente sob o impacto dos partidos de massa, organizados a partir dos séculos XIX e XX.

Essa engenharia institucional dá origem a um modelo de competição partidária pluralista (DAHL, 1989): em sua dinâmica, os cidadãos votariam com base em uma identificação ideológica com os valores e programas professados pelos partidos. Eles escolheriam confiar em significados abstratos e impessoais debatidos e esclarecidos publicamente na arena da opinião

pública – uma arena dentro do sistema político, mas dependente dos serviços prestados por um acoplamento estrutural com o sistema dos meios de comunicação de massa. Mesmo que a democracia atual seja definida como uma competição entre as elites pelo voto das massas (SCHUMPETER, 2003, cap. 22), esse cenário institucional é crucial para a identificação anônima e generalizada das tendências e posições na esfera da opinião pública.

As distorções do modelo liberal-democrático de competição partidária pluralista são conhecidas na história política brasileira, embora – como a onda global contemporânea de populismos autoritários de direita – não tenham um caráter nacional distinto. Dois pares de distorções típicas afetam esse esquema básico de democracia eleitoral: por um lado, o clientelismo e o corporativismo; por outro, o populismo e o autoritarismo. Esses tipos combinam-se em diferentes graus, dependendo do contexto histórico. O novo protagonismo das redes digitais desestabiliza a representação política (e outros setores, como a saúde pública), assim como a emergência da imprensa, da televisão ou do rádio alteraram a base comunicacional em que a sociedade e seus subsistemas se reproduzem. A própria representação política assume ares de mandato imperativo, em conexão constante com os eleitores e suas demandas repercutidas nas redes.

Vesting (2020) analisa a mudança na formação da opinião pública trazida pela inteligência artificial e pela gestão de *big data*. Empresas especializadas em fornecer *marketing* customizado de acordo com algoritmos de aprendizado automático que agregam dados sobre preferências de potenciais eleitores (como pistas que deixamos em redes sociais) possibilitam uma abordagem muito mais personalizada e eficiente a nichos do eleitorado do que os comícios em praças públicas ou discursos na televisão, eventos

comumente usados pelos políticos como meios para “falar diretamente às massas”. Esse fenômeno implica em grande medida uma substituição da identificação com ideologias, programas e partidos – que medeiam entre preferências individuais e problemas e agendas coletivas – pela abordagem personalizada da própria identidade, situação particular, necessidades familiares e preocupações imediatas. Os dados psicométricos permitem que as campanhas eleitorais tracem o perfil de seus alvos à medida que esses eleitores constroem comunicativamente sua própria identidade, por meio das informações que produzem e consomem em redes digitais. A política observa cada um como cada um pretende ser observado, de acordo com os rastros deixados na rede mundial⁴. Assim, os sistemas sociais (como a política) decodificam os corpos e mentes dos indivíduos – configurando as *personae* políticas dos eleitores e construindo os discursos e gestos dos personagens-candidatos.

Desse modo, cada um pode ser apenas seu próprio Narciso, o que dificulta a tarefa, essencial para o sistema político e para a democracia representativa, de agregar opiniões individuais e coletivas e formular uma opinião pública universalista. A resposta jurídica usual – simplesmente ampliar o alcance da “liberdade de expressão” – pode então violar a tolerância e o pluralismo em que se baseia a própria sociedade diferenciada. Uma nova governança das autonomias digitais é necessária. Devem-se discernir, por exemplo, as mídias sociais de acesso público ou menos privado – como *Facebook* (funcionando desde 2004), *YouTube* (2005), *Twitter* (2006) ou *Instagram* (2013) – e a comunicação privada por redes digitais, como em grupos de *WhatsApp* (2009). Enquanto a autorregulação do conteúdo (inclusive de mensagens extremistas políticas)

está avançando em relação ao primeiro grupo (por exemplo, o *Facebook* criou em 2020 um Conselho de Supervisão), isso é muito mais difícil em relação à comunicação em grupos efetivamente privados.

Retomando as definições conceituais do início deste tópico, podemos compreender a especificidade do fenômeno das *fake news*. Não se trata da mentira propagada dentro de uma pequena comunidade com fronteiras locais, nem da quebra dos segredos da corte em uma sociedade estratificada. Trata-se de um fenômeno vinculado à própria tecnologia dos novos meios de comunicação de massa – as plataformas digitais⁵. Os meios de disseminação são responsáveis pela redundância social. Os meios digitais protagonizam a dinâmica em que a informação atrai a atenção dos usuários por ser facilmente decodificada e atrair uma forte apreciação moral (de apoio ou repulsa) – até aí, também o rádio ou a televisão constroem sua audiência dessa maneira. Porém, especificamente nos meios digitais há uma distinção no nível da mensagem: a informação é confirmada por uma série de mensagens similares de pessoas de confiança (geralmente parentes, amigos e colegas de trabalho). Assim, por meio da redundância (que caracteriza o aspecto massificado dos meios de disseminação), a mentira repetida ganha o valor social de “verdade”. Nas plataformas digitais, os controles sobre as fontes e a acreditação da informação são inexistentes (livre acesso e publicação nas redes) ou desautorizados (quando a mídia tradicional ou as agências de *fact-checking* repercutem as informações das redes, fazendo

⁵ Baecker (2006) propõe relacionar as fases típicas da evolução social com algumas teorias paradigmáticas: à fase da escrita corresponderia a emergência do finalismo aristotélico; o racionalismo individual cartesiano (ou kantiano) expressaria o advento da imprensa; a teoria dos sistemas sociais de Luhmann (com seus conceitos como autopoiese, autorreferência, autologia e codificação binária) seria a expressão descritiva da sociedade organizada pelos *media* digitais.

⁴ Sobre a construção de “perfis”, ver Moeller e D’Ambrosio (2019).

uma observação “de segunda ordem” do que as redes sociais observaram). Assim, a compreensão que se tem da mensagem (confiança quanto ao “transmissor”) e da informação (moralmente carregada) passa a constituir uma “narrativa” *prêt-à-porter*. Essas bolhas de comunicação digital engajam as pessoas em uma rede que já provê os contra-argumentos para narrativas discrepantes e para a desautorização de informações e mensagens que venham a conflitar com o repertório cultivado dentro do grupo. Formam-se expectativas com alta carga normativa – de resistir diante de fatos que as contrariem – e baixa capacidade cognitiva de aprender com os fatos e revisar crenças.

3 Regulação ou metarregulação?

Diante das novas tecnologias de comunicação, a privacidade dos dados pessoais foi posta em risco pela instrumentalização de tais informações para fins eleitorais e comerciais, com efeitos políticos, sanitários e educacionais, entre outros. Como uma questão de fronteira, tal fenômeno envolve fluxos de comunicação transnacionais. Como um problema jurídico da sociedade mundial, a questão levanta propostas e iniciativas de regulamentação além do nível dos sistemas jurídicos nacionais, o que não exclui – apenas torna mais complexas – as tentativas de lidar com o problema no nível da constituição, das leis e das sentenças produzidas dentro de uma determinada ordem nacional (doméstica).

Uma profunda dúvida diz respeito a como programar o Direito no complexo cenário contemporâneo da sociedade mundial baseada na mídia digital. O modelo racionalista para os positivistas formalistas do século XIX era a filosofia moral de Kant: uma “racionalidade rígida, dedutiva, abrangente [...] pronta, embalada em um imperativo incondicional” (VESTING, 2018, p. 18, tradução nossa); assim se construiu a imagem do Direito (ao lado da ética) como conjunto de signos, um sistema linguístico ou ideal, uma hierarquia única (estatal) de fontes (oficiais), com as normas sendo escalonadas por relações lógicas de validade e formando um conjunto completo e coerente.

Há um século, Weber (1978, p. 880-889) chamava tal concepção de “racionalidade formal” – uma pretensão de sistematização completa das premissas decisórias do Direito –, mas já notava tendências “antiformalistas” ou de “materialização” do Direito, isto é, de permeabilidade a juízos políticos, econômicos ou éticos não previamente filtrados pelas normas positivadas. De fato, o Direito liberal buscava sua plena autonomia, sua imunização diante de outros juízos (tidos como subjetivos) que pudessem incidir sobre a justificação das decisões administrativas ou judiciais

de aplicação da norma, ao passo que o Direito do Estado social buscou construir uma maior “responsividade”, autorizando juízos discricionários em busca da justiça substantiva no caso concreto (NONET; SELZNICK, 2001).

Nos termos da sociologia jurídica sistêmica (LUHMANN, 1983, cap. 4-5, 2004, p. 196-203, 2014a, p. 174-185), pode-se associar a primeira forma de normatização jurídica com a construção de programas decisórios condicionais, com hipóteses de incidência claramente delimitadas e consequências devidas bem estipuladas (se x , então y). Por sua vez, o Estado social procurou construir compensações, pela via do Direito público, às formas clássicas do Direito privado. Para tanto, disseminou cláusulas abertas, como as de “função social” ou “ordem pública”, e trouxe para o próprio Direito privado juízos mais concretos e particularísticos; por exemplo, por meio da verificação da “boa-fé” ou da ausência de “abuso de direito”. Todos esses padrões normativos dão maior abertura a um juízo equitativo e finalístico, compensatório da rigidez das regras universais, gerais e abstratas. Especialmente no Direito público, a definição principiológica ou a mera demarcação de objetivos de política pública fornecem programas decisórios finalísticos, que definem um estado a ser atingido, mas não predefinem os meios para concretizá-lo. Tal indeterminação precisa ser gerenciada no momento de aplicação do princípio ou da *policy*. Nesse momento ocorre uma “condicionalização” dos programas finalísticos: é preciso definir as hipóteses e consequências autorizadas pelo Direito positivo, moldando a regra para o caso concreto. De um lado, o intérprete-aplicador (tipicamente, o administrador ou juiz) é imunizado das responsabilidades (jurídicas ou políticas) de sua decisão sobre quais meios são propícios a atingir os fins definidos; de outro, uma decisão judicial buscará analisar os meios e fins nos limites do caso concreto (por exemplo, analisando a proporcionalidade de medidas alternativas), sem considerar as medidas mais eficazes “em geral” (fora das alternativas delimitadas na controvérsia sob juízo). Nesse sentido, embora sujeito a justificar a adequação e necessidade de suas escolhas, o administrador permanece com uma discricionariedade relativa para definir, por juízo de conveniência e oportunidade, as formas de concretização da política pública.

Essa visão de exclusividade estatal-nacional da programação jurídica vem cedendo diante da globalização econômica, sanitária, científica e comunicacional. Crises, pandemias, pesquisas e estratégias de comunicação espriam-se além das fronteiras do Estado-nação, embora demandem que este também as gerencie. Com isso, para o Direito, “[e]m vez da hierarquia contínua e linear que a imagem da pirâmide expressava, aparecem hierarquias descontínuas, como outras tantas pirâmides inacabadas, e

hierarquias enredadas que formam ‘anéis estranhos’, retomando a imagem de Hofstadter”, diz Delmas-Marty (2004, p. 87-88), visualizando entre ordens jurídicas diversas relações de “hierarquias descontínuas e pirâmides inacabadas”. Em um só sistema jurídico (sob os pressupostos da soberania política e do monismo jurídico), há critérios consensuais para a integração de lacunas regulatórias e para a solução do conflito aparente de normas. Entretanto, entre ordens jurídicas diversas, há uma colisão cujos desdobramentos não estão programados.

Por isso, se Luhmann sustentava uma imagem predominantemente estatal do Direito (nacional ou internacional) (THORNHILL, 2021), vários teóricos sistêmicos do Direito têm procurado, desde fins do século XX, apontar a emergência de ordens jurídicas transnacionais, setoriais, não estatais, as quais acabam criando uma normatividade própria para lidar com problemas comuns a toda a sociedade mundial – caso do comércio internacional, da internet, dos direitos humanos, do esporte, da saúde e, agora, das *fake news*.

Da hierarquia unitária de normas passa-se a uma rede heterárquica de padrões e ordenamentos conflitantes (LADEUR, 1997, 1999). Hoje, o sistema jurídico aparece como uma arena da sociedade em que disputam espaço vários ordenamentos conflitantes, “um *loop* infinito de incessante adiamento”, e a autoridade e a justificação do Direito repousam em última instância sobre “uma racionalidade difusa (sem centro)” (VESTING, 2018, p. 21-23, tradução nossa). As Constituições modernas surgiram como uma Carta, um único documento representando a unidade do Estado-nação soberano, mas agora seus equivalentes – como a ordem transnacional dos direitos humanos e digitais – só podem evoluir como regulamentações fragmentadas e setoriais⁶, com múltiplas ligações e mediações entre si⁷, seguindo a transterritorialidade, heterogeneidade e as infinitas autorreferências e heterorreferências proporcionadas pela comunicação na rede mundial de computadores, com sua ilimitada hiperligação.

O tratamento jurídico das *fake news*, de sua produção e disseminação, de suas repercussões e responsabilidades, coloca especiais desafios ao sistema jurídico, especialmente ao Direito estatal nacional. Esse ordenamento tem dificuldades em processar demandas que são, ao mesmo tempo: (1) ainda pouco programadas pelas instâncias políticas e burocráticas (legislação e regulação); (2) altamente baseadas em expectativas cognitivas (a *expertise* a respeito dos novos meios de disseminação da informação); (3) com múltiplas interferências sistêmicas (especialmente

⁶ Ver Teubner (2012).

⁷ Ver Neves (2009).

na política, na mídia, na economia, na ciência e na saúde); e (4) de caráter transfronteiriço (tecnologias mundiais privadas).

Segundo a teoria dos sistemas (LUHMANN, 2004, cap. 7, 2014a, cap. 4), a programação do sistema jurídico baseia-se em “decisões programantes” tomadas por organizações da periferia do sistema jurídico (como os parlamentos, os acordos privados, os regulamentos administrativos, as formas de mediação e solução adequada de disputas) e em “decisões programadas” tomadas pelas organizações centrais do sistema jurídico (os tribunais). Portanto, o déficit de programação característico de problemas jurídicos emergentes impele os tribunais a decidir sem dispor de critérios seguros, elaborados pela legislação, consolidados pela jurisprudência ou convencionados pela doutrina. Nesses problemas exemplares, como é o caso da regulação das *fake news*, uma providência importante é adensar a periferia do sistema jurídico (desenvolvendo critérios e organizações para programarem os conflitos potenciais), sem o quê os tribunais sofrem ao mesmo tempo uma avalanche de casos e uma falta de bases jurídicas para lastrear suas decisões.

Assim, também cabe considerar que o Direito funciona especialmente com base em expectativas contrafáticas, ao passo que sistemas como economia, ciência e os meios de comunicação de massa trabalham primacialmente com expectativas cognitivas (LUHMANN, 2014a, p. 31-39). A insegurança do Direito – em não dispor de critérios para mensurar o risco que as novas tecnologias trazem para a privacidade dos cidadãos, para as regras do jogo da disputa eleitoral ou para a saúde pública – pode provocar disfuncionalidades no sistema jurídico, retardando respostas adequadas. As tentativas de regulação nacional do tema esbarram no caráter transnacional dos fluxos comunicativos de dados e de sua comercialização. A questão

torna-se, então, um problema de regulação dentro do pluralismo jurídico da sociedade mundial.

A definição estrita de programas condicionais implica um regramento minudente das situações, o que parece não recomendável diante de uma temática emergente como as *fake news* e de uma tecnologia ainda restrita ao controle de algumas poucas empresas transnacionais, como as plataformas das redes sociais digitais.

A indicação indeterminada de programas finalísticos abre zonas de controvérsia e discricionariedade dentro da Administração Pública e do Judiciário. Parece tratar-se de uma ferramenta também imprópria para um tema que envolve repercussões jurídicas sensíveis, como o conflito potencial entre liberdade de expressão, privacidade de dados pessoais e direitos políticos, sanitários ou educacionais.

Uma sociedade complexa e diferenciada em várias arenas comunicativas coloca uma série de problemas específicos com um grau de incerteza tal que a simples ordenação “de cima para baixo” pelo Estado pode criar um Direito incapaz de tratá-los. Seu pressuposto, afinal, é um Estado autossuficiente, isolado e uma hierarquia de comando e controle, em que a política e o alto escalão da Administração Pública planejam, e os funcionários em contato direto com os cidadãos simplesmente executam o que lhes foi comandado nas diversas áreas das políticas públicas (educacionais, sanitárias, científicas, econômicas). Em contraponto a tal configuração jurídico-estatal surge o diagnóstico de que a legislação, a jurisprudência e o regramento administrativo podem ser instrumentos excessivamente rígidos, lentos ou insensíveis para enquadrar juridicamente fenômenos emergentes. As teorias políticas, jurídicas e econômicas passam a valorizar então os discursos da “regulação” e da “governança”. A teoria jurídica passa a falar de “direito reflexivo”,

“programas relacionais”, “procedimentalização” e “autorregulação regulada” (como será discutido no próximo tópico).

Para sumarizar o que está em jogo na redefinição do perfil jurídico das políticas públicas diante dos modelos recebidos de paradigmas liberais e social-democratas, seria necessário evitar o “trilema regulatório” (TEUBNER, 1986a). Em suma, um Direito sem capacidade de concretizar e executar suas prescrições recai no simbolismo: não consegue estruturar suficientemente as expectativas, fazendo proliferar proclamações vagas e ambíguas de valores.

De outra parte, um Direito mobilizado como simples instrumento do poder estatal perde consistência, é invadido e alienado por imperativos de outros sistemas, dissipa-se em sua auto-organização, torna-se disfuncional: não consegue generalizar congruentemente expectativas normativas, fazendo-as resistir a desilusões. Por vezes, usa-se o Direito como mero canal de comunicação de mensagens políticas, econômicas, educacionais, sem aceitação dos controles jurídicos internos, de consistência, procedimentos devidos e garantias. Ao lado do simbolismo e do instrumentalismo, há um outro beco sem saída: a “juridificação” (TEUBNER, 1987), entendida como hiper-regulação dos sistemas sociais (economia, política, educação, ciência) pelo Direito.

Positivamente, a saída do trilema regulatório (TEUBNER, 1986a) enfatiza então as necessidades de coordenação entre os sistemas (em oposição à legislação ou regulação “simbólica”), de externalização (promovendo a concepção de mecanismos de autorregulação, em contraste com a “juridificação”) e de autonomia (atenção à autorreferência jurídica, impedindo o “instrumentalismo”). Um exemplo (TEUBNER, 1986b) seriam os mecanismos de codeterminação capazes de auto-organizar dentro das empresas uma “democracia industrial” – o papel

do Estado seria induzir, negociar, coordenar as empresas para que desenvolvam esses mecanismos, e não impô-los externamente.

Por vezes se diz que o Estado social keynesiano, com maior atuação no planejamento e na intervenção econômica, é um “Estado regulador”. Esse é o sentido norte-americano da configuração governamental que emergiu a partir da crise de 1929 e desenvolveu no âmbito do Estado uma série de agências, corporações e empresas públicas voltadas a regular setores como os serviços públicos e âmbitos como o mercado de capitais, o mercado de crédito imobiliário, as relações de trabalho e o desenvolvimento regional. Nesse sentido, as novas formas estatais e mistas de governo e governança seriam então “pós-regulatórias” (CALVO GARCÍA, 2018). Em outros casos, diz-se que o Estado regulador é justamente aquele que adota uma institucionalidade neoliberal, que abre espaço à iniciativa privada e às organizações sociais – justamente, à autorregulação – e retrai-se de sua atividade planejadora e empreendedora direta, concentrando-se na regulação setorial e na defesa da concorrência (FARIA, 1999, 2011). Tendo esclarecido a equivocidade do termo, o que importa é notar que os discursos e as formas jurídicas que marcam a passagem de um governo nacional hierárquico e unitário para uma governança mista (público-privada) e multinível, e de uma regulamentação administrativa minudente (pelo Estado) para uma regulação à distância das atividades privadas (econômicas, midiáticas, sanitárias), trazem tanto indícios descritivos importantes quanto pretensões de legitimação problemáticas (AMATO, 2013-2014; CHRISTODOULIDIS, 2020).

À luz de um modelo privatista relacional, a abertura dos enquadramentos do Direito público à negociação entre várias “partes interessadas” (*stakeholders*) expressa uma nova semântica jurídica, mais tecnificada e que cog-

nitiviza expectativas normativas, *i.e.*, submete a *expertises* tecnocráticas e a critérios “prudenciais” de gerenciamento de riscos as bases da legitimidade jurídica. Externaliza-as para a ciência e a economia (“experimentais” e “competitivas”), em vez de remetê-las ao sistema político (“representativo” ou “participativo”). Essa espécie de desvio da politização decisória pode recair então facilmente em uma tecnificação mercadológica. E no neocorporativismo procedimental reapresentam-se, então, os velhos problemas do corporativismo: nem todos estão incluídos e organizados para negociar, de modo que a juridicidade imanente aos sistemas funcionais e organizacionais, esse “direito reflexivo” heterárquico, divergente da solução unitária estatal-burocrática, não pode realizar sequer uma “democracia organizacional” se meramente abandonado à autorregulação (FARIA, 1999, p. 281-291). Muito menos esse Direito pode ser referido como uma “autoconstitucionalização” propelida espontaneamente por investidores e consumidores no mercado – na linha de Teubner (2012) –, prescindindo do sistema político e da mediação estatal mais universalista⁸.

Em vez de abandonar os temas difíceis à autorregulação privada, pode-se tanto pensar em formas (estatais) de Direito privado que abram espaço e definam parâmetros para a formação de ordens jurídicas privadas (mais complexas que os negócios jurídicos atípicos abrangidos tradicionalmente na concepção de autonomia privada) quanto em quadros de Direito público que tratem da autorregulação. Nesse sentido, Amato (2018, p. 256-257) sugere a categoria constitucional de direitos fundamentais de “autonomia”. Simplesmente vedar a autorregulação e pretender substituí-la por uma direção estatal seria contraproducente em

setores altamente complexos e especializados: neles, a coexistência de diversas ordens jurídicas e de ordens jurídicas de perfis variados (algumas estatais, outras privadas) pode levar a uma dinâmica de aprendizados regulatórios mútuos. Por outro lado, não se pode deixar as ordens autorreguladas construírem uma imunidade absoluta diante das ordens estatais democraticamente legitimadas. Logo, tais direitos de autonomia poderiam funcionar como pretensões que garantissem o monitoramento da ordem jurídica autorregulada pelo Direito estatal (nacional, internacional ou supranacional) e a exigibilidade do devido processamento de violações e reclamações na ordem privada. Esses direitos seriam uma das formas possíveis de “metarregulação”, isto é, de regular a capacidade autorregulatória de organizações e redes setoriais.

4 Autorregulação na Lei das *fake news*

Diante de sistemas especializados – como o dos meios de comunicação de massa –, o Direito estatal precisa alinhar-se à dinâmica autorreferente do sistema no qual intervém, transformando-se mais em uma “inter-referência” (WILLKE, 1992, p. 379, 2016, p. 27-33). A intervenção exige autolimitação do sistema interventor e adaptação aos critérios e dinâmicas do sistema que está sendo apoiado, com fomento à capacidade de organização desse sistema. A construção de interfaces procedimentais – âmbitos de negociação (conselhos, comitês, comissões), organizações intermediárias mistas (público-privadas), procedimentos regulados de seleção e monitoramento – ajuda a encaminhar produtivamente os conflitos e reger os discursos dos representantes de cada sistema funcional e organizacional em heterorreferên-

⁸ Ver a crítica de Amato (2015).

cia. O que se visa, afinal, é menos ao consenso do que à conectividade de novas informações, à tradução das comunicações de um sistema a outro, conforme seus códigos, programas e intransparências mútuas. O ponto de chegada é uma expansão das opções (comunicativas, políticas, educativas, sanitárias, assistenciais, artísticas) para cada sistema; portanto, uma ampliação de sua liberdade.

Teubner (1983, 1986a, 1992) designa como “direito reflexivo” as formas jurídicas que se distanciam do sistema político estatal e se implantam na dinâmica autorreferente de outros sistemas (como a economia, as empresas e os sindicatos, ou a educação, as escolas e as associações de pais)⁹. Outros autores chamam tal formatação jurídica autorregulatória de “programas relacionais” (WILLKE, 1986) ou de “procedimentalização” (WIETHÖLTER, 1986, 2011). Nessa dinâmica de procedimentalização dos conflitos, o órgão decisório trata de estabelecer os parâmetros (normas e garantias processuais, e não os objetivos ou resultados) pelos quais as partes do conflito devem prosseguir na sua relação contínua, no decurso da qual devem realinhar as suas expectativas, resolvendo elas próprias as escolhas concorrentes de meios e as diferentes interpretações dos fins. De fato, aqui o juiz ou árbitro é transformado em mediador e, em seguida, fomenta a negociação em curso pelas partes de uma cooperação da qual surge um conflito. O regulador (legislador, administrador ou juiz) visa não a executar regras pré-definidas para resolver as controvérsias, nem simplesmente a definir qual seria a justiça substantiva naquele caso, e sim atua para garantir as condições organizacionais para que aquelas relações sociais prossigam e construam o consenso entre suas partes por meio de justificativas argumentadas, incluindo ocasiões

⁹ Ver também Rehbinder (1992).

para a construção, crítica e reconstrução das formas institucionais dessas relações.

Portanto, há basicamente três métodos de raciocínio e decisão jurídica, os quais enfatizam: (1) decisões tomadas com base em programas mais estruturados, com definição de hipótese e conseqüente normativo (regras); (2) decisões guiadas por programas menos estruturados, com orientação a fins, mas indefinição de meios (princípios, políticas, propósitos); (3) decisões de segunda ordem, que terceirizam a solução dos conflitos a outra arena, mas procuram garantir que ela cumpra parâmetros de “legalidade” ou “devido processo” (procedimentalização).

A referência a “procedimentalização” ou “reflexividade” não aponta simplesmente para as “normas de organização” como contrapartes lógicas das “normas de conduta”, sendo estas programas condicionais ou finalísticos. Tem-se em vista um modelo específico dessas normas de organização: elas externalizam as decisões de um ato arbitral de certa autoridade para a autonomia das partes em uma relação continuada, em cujo curso podem surgir conflitos. Na verdade, tem-se em mente uma mudança geral no perfil dos próprios procedimentos judiciais, administrativos, legislativos e privados – um afastamento da rígida burocracia formalizada, hierarquizada e autocontida em todos esses campos. No entanto, essa mudança no perfil jurídico e gerencial de organização e procedimento é um movimento mais refinado e qualitativo, diferente do mero abandono: “deslegalização”, “desjudicialização”, “desregulamentação” ou “desformalização” como fugas ao amparo jurídico que colocam algumas áreas e pessoas de volta a um “estado de natureza” (com certeza, com traços mais hobbesianos do que rousseauianos). A personalidade jurídica tem de ser assegurada com uma concepção diferente dos direitos, deveres, poderes e res-

ponsabilidades, e esperam-se alterações correspondentes na organização. Isso é diferente de amplificar uma imunidade em face do controle jurídico e, em seguida, reforçar as assimetrias e vulnerabilidades sociais.

Dáí surge a questão da “metarregulação”¹⁰ ou da “autorregulação regulada” (SCHULZ; HELD, 2004; PORTER; RONIT, 2006) – isto é, da necessidade e dos modos de regular a autorregulação, quando indisponível um centro ou ápice que pudesse coordenar ou dirigir as ordens jurídicas em conflito. A combinação entre regulação estatal e autorregulação privada depende de organizações intermediárias que acoplem o sistema jurídico a outros sistemas sociais (como, no caso das *fake news*, o sistema dos meios de comunicação). Sciulli (1992, cap. 6) sugeriu que esses parâmetros mirassem o que Fuller (1969, p. 33-94) definiu como as aspirações de uma ordem jurídica: 1) generalidade; 2) promulgação (informação); 3) prospectividade (não retroatividade); 4) clareza (sobre o reconhecimento do cumprimento ou descumprimento das normas, *i.e.*, *compliance*); 5) não contradição (das prescrições); 6) possibilidade (do que é prescrito); 7) constância; 8) congruência (entre condutas e deveres proclamados).

Nas diversas escalas de governo, mecanismos de regulação da autorregulação assentam-se em um tripé que busca catalisar a capacidade de aprendizagem e autocontrole organizacional¹¹. Em primeiro lugar, esses mecanismos devem garantir transparência (acesso e visibilidade das informações) ao público e avaliação por corpos independentes (com mandato desvinculado da chefia da própria agência ou departamento que estão monitorando). Depois, devem ter vias de recebimento e processamento de denúncias

pelas partes interessadas e de investigação e sanção das condutas desconformes. Finalmente, legitimam-se na medida em que procedimentalizam a inclusão decisória das partes afetadas, o que pode ter diferentes graus: desde a mera consulta ou audiência a essas partes até direitos mais amplos de voto e veto.

Claramente inspirada nessa conceitualidade sistêmica¹², a versão revisada do Projeto de “Lei das *fake news*” (ou Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, PL nº 2.630/2020) (BRASIL, 2020a) – aprovada em junho de 2020 no Senado Federal e remetida à Câmara dos Deputados – incorporou em seu art. 31 o conceito de *autorregulação regulada*¹³, prevendo que a autorregulação nesse setor seja “certificada pelo Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet”, visto como uma forma de institucionalizar “o princípio da correção, onde Estado e iniciativa privada atuam juntos para melhorar o ambiente, neste caso, da Internet” (BRASIL, 2020b, p. [14]). Esse princípio está presente no Direito da Internet em diversos ordenamentos e propostas regulatórias, como na lei alemã para a melhoria da aplicação da lei nas redes sociais (*NetzDG*, de 2017)¹⁴ ou em recomendações da União Europeia sobre a regulação das mídias (desde 2004)¹⁵.

O art. 31 da Lei brasileira projetada (BRASIL, 2020a) visa aos “provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada” e traça diretrizes para que abram canais de reclamação e monitoramento de denúncias, desenvolvam procedimentos para a suspensão de contas inautênticas, construam uma normatividade própria por meio de resoluções e súmulas e garantam a transparência mediante relatórios periódicos ao

¹⁰ Ver Parker (2007); Gunningham (2012).

¹¹ Ver Lall (2017).

¹² Ver Abboud e Campos (2020).

¹³ Agradeço as indicações de Ricardo Campos a esse respeito.

¹⁴ Ver Lateur (2020).

¹⁵ Ver Marsden (2004).

Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet (um órgão misto, com representantes de diversos Poderes e agências do Estado e da sociedade civil). Claramente, trata-se de uma forma de neocorporativismo procedimental, voltada à “metarregulação”, e não à regulação estatal direta. As normas diretamente relacionadas a comportamentos nas redes digitais devem ser desenvolvidas pelos provedores privados em seu órgão autorregulatório, sob a supervisão do órgão público-privado, que é o Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet.

O instituto da “autorregulação regulada” tem grande potencial para viabilizar a construção jurídica experimental de parâmetros normativos para lidar com o fenômeno da disseminação das notícias falsas. Pode servir de parâmetro também para o tratamento jurídico de outros temas e setores. A legislação brasileira mostra assim um caminho alternativo ao regramento direto, pelo Estado, das condutas dos usuários e provedores das redes sociais, bem como à pura definição principiológica, que poderia expandir ainda mais – dada a indeterminação inerente a esse tipo de programa jurídico – o potencial interventivo das autoridades públicas nas comunicações privadas. De outro lado, como as próprias empresas privadas de comunicação digital podem constituir uma forma de poder econômico e comunicativo suscetível a abusos, a providência de instituir um conselho misto para regular a autorregulação abre caminho para algum controle também da responsabilidade dessas empresas.

Com o aprendizado mútuo entre o Direito estatal (em seu papel “metarregulador”) e o Direito autorregulado, há espaço maior para apreciar o caráter técnico da própria programação digital e traduzi-lo para as formas jurídicas de tipificação de condutas, responsabilidades e sanções. A interação periódica entre o Conselho de Transparência e a instituição de autorregulação das empresas de mídia digital deve reforçar a corrigibilidade das próprias normas que venham a ser criadas, testadas e modificadas, inclusive para se atualizarem em relação à evolução tecnológica. Claro que o problema da “captura regulatória” não desaparece no caso do órgão regulador da autorregulação; entretanto, trata-se de uma arquitetura institucional com potencial para garantir, por meio dos representantes de vários órgãos estatais e da sociedade civil, que controles mútuos sejam instituídos com base na concorrência entre esses diversos representantes e seus interesses e, ao mesmo tempo, que potenciais conflitos contem com procedimentos e arenas adequados para sua resolução.

Remetendo a construção do Direito para a autorregulação privada – uma outra ordem jurídica, autônoma ou parcialmente autônoma (TEUBNER, 1993) –, o Direito estatal não apenas consegue supervisioná-la (regular a autorregulação), mas também pode aprender com

a dinâmica de construção de procedimentos, normas e doutrinas que tem lugar nessa ordem jurídica paralela, em que há maior contato com o conhecimento dos próprios desenvolvedores das plataformas digitais e maior flexibilidade para adaptar e corrigir os parâmetros normativos. A partir daí o Direito estatal poderá adensar suas formas contratuais, legislativas e doutrinárias, criando as bases para que o Judiciário – agora em uma posição ao mesmo tempo subsidiária e subsidiada por critérios decisórios mais consistentes – possa arbitrar casos envolvendo os conflitos variados encetados pela disseminação de notícias falsas, como questões de privacidade de dados, disputas eleitorais, responsabilidades políticas ou abuso de poder econômico. O maior ganho potencial da autorregulação regulada, portanto, é institucionalizar uma dinâmica de observação e aprendizagem mútua entre Direito estatal e ordem jurídica privada, o que parece essencial em tópicos ainda pouco programados pelo sistema jurídico.

5 Considerações finais

O Direito liberal do século XIX foi paradigmaticamente concretizado nas codificações de Direito privado e penal, que visavam a estipular programas decisórios para cada conduta específica, definindo de antemão os fatos típicos e as consequências a serem impostas pela Administração, Judiciário e Polícia. O Direito social-democrata do século XX abriu espaço para considerações de justiça material no caso concreto, com isso ampliando as margens de incerteza e discricionariedade decisória para legisladores, administradores e julgadores (pense-se nas concessões de rádio e televisão e em seus critérios constitucionais).

No século XXI parecem emergir temas complexos e uma nova forma de conceber e

institucionalizar o sistema jurídico. Na dimensão material, o caráter altamente especializado dos problemas exige a colaboração de especialistas, e as normas jurídicas adquirem um caráter altamente cognitivo: tornam-se muitas vezes regras técnicas, nas quais a constatação dos fatos, o enquadramento das condutas e a definição das sanções tornam-se mais controversos do que o próprio juízo normativo sobre a aprovação ou reprovação dos comportamentos. Na dimensão temporal, abre-se caminho para legislações temporárias, experimentais ou para mecanismos mais flexíveis e corrigíveis de normatização. Na dimensão social, é necessário mobilizar o apoio dos próprios regulados internalizando-os na construção e aplicação da regulação: os potenciais sancionados participam da definição dos parâmetros que balizam o comportamento seu e de seus concorrentes e colaboradores.

A disseminação de notícias falsas pelos meios digitais, com sua novidade e seu potencial viral sobre múltiplas áreas da sociedade, demanda que o Direito não apenas defina normativamente os direitos, deveres, poderes e responsabilidades, os procedimentos e sanções, mas que procure definir, antes disso, os próprios canais pelos quais podem ser construídos os programas e órgãos decisórios capazes de lidar em primeira mão com esse fenômeno emergente e com a tipificação dos instrumentos preventivos e repressivos ao abuso da comunicação digital. A Lei brasileira sobre as *fake news* indica caminhar nesse sentido e, assim, tem potencial de se tornar um modelo para outros setores de políticas públicas. Sua própria dinâmica de concretização pode despertar problemas de desenho institucional que demandem a revisão dos parâmetros de “autorregulação regulada” e, com isso, o aperfeiçoamento incremental do ecossistema regulatório e de suas organizações e procedimentos.

Sobre o autor

Lucas Fucci Amato é doutor e bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor pela USP, São Paulo, SP, Brasil, com estágio pós-doutoral na Universidade de Oxford, Oxford, Reino Unido, e estágio doutoral na Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, EUA; professor da graduação e da pós-graduação (mestrado e doutorado) do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, SP, Brasil; pesquisador associado da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: lucasfamato@gmail.com

Pesquisa financiada por projeto regular da Fapesp (processo 2019/22197-7).

Como citar este artigo

(ABNT)

AMATO, Lucas Fucci. *Fake news: regulação ou metarregulação?* *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 29-53, abr./jun. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p29

(APA)

Amato, L. F. (2021). *Fake news: regulação ou metarregulação?* *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(230), 29-53. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p29

Referências

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo do direito proceduralizado: regulação de redes sociais e proceduralização. In: ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). *Fake news e regulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 121-141. (Coleção Direito e Estado em Transformação, 1).

AMATO, Lucas Fucci. Direitos humanos e sistema econômico: estrutura e semântica de um fragmento constitucional global. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 150-161, jul./dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.21910/rbsd.v2n2.2015.21>. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/21/41>. Acesso em: 12 ago. 2020.

_____. Governança e regulação: legitimidade e novas formas de programação do direito. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico: RFDFE*, [s. l.], ano 3, n. 4, p. 139-158, set./fev. 2013-2014.

_____. *Inovações constitucionais: direitos e poderes*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.

_____. Victor Nunes Leal e a sociologia do constitucionalismo brasileiro. *Revista Direito Mackenzie*, [São Paulo], v. 13, n. 1, p. 1-26, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v13n1e12752>. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/12956/10397>. Acesso em: 12 ago. 2020.

AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. Oxford, UK: Clarendon Press, 1962. (The William James Lectures, 1955).

BAECKER, Dirk. Niklas Luhmann in the society of the computer. *Cybernetics & Human Knowing: a Journal of Second-Order Cybernetics, Autopoiesis, and Cyber-Semiotics*, [s. l.], v. 13, p. 25-40, 2006.

BATESON, Gregory. *Steps to an ecology of mind*. Chicago: Chicago University Press, 2000.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 2.630, de 2020*. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília, DF: Senado Federal, 2020a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 13 ago. 2020.

_____. Senado Federal. [Relatório legislativo]. De Plenário, sobre o Projeto de Lei nº 2.630, de 2020, do Senador Alessandro Vieira, que institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília, DF: Senado Federal, 2020b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8127226&ts=1593475817049&disposition=inline>. Acesso em: 12 ago. 2020.

CALDEIRA, Jorge. *Nem céu nem inferno: ensaios para uma visão renovada da história do Brasil*. São Paulo: Três Estrelas, 2015.

CALVO GARCÍA, Manuel. La intervención en la economía a través de normas: contextos y encrucijadas de la regulación. In: JORNADA DE DERECHO CONSTITUCIONAL: INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA, 6., 2018, Bucaramanga. [Anales]. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2018. p. 10-43. Disponível em: https://www.unab.edu.co/sites/default/files/Publicaciones_academicas/Memorias%20VI%20Jornadas%20de%20DrchISSN.pdf. Acesso em: 12 ago. 2020.

CHRISTODOULIDIS, Emiliós A. The myth of democratic governance. In: KJAER, Poul F. (ed.). *The law of political economy: transformation in the function of law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2020. p. 62-88.

DAHL, Robert A. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University Press, 1989.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Justiça e Direito).

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011. (Série Direito em Debate. Direito, Desenvolvimento, Justiça).

FULLER, Lon L. *The morality of law*. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1969. (Storrs Lectures on Jurisprudence, 1963).

GUNNINGHAM, Neil. Regulatory reform and reflexive regulation: beyond command and control. In: BROUSSEAU, Eric; DEDEURWAERDERE, Tom; SIEBENHÜNER, Bernd (ed.). *Reflexive governance for global public goods*. Cambridge, MA: MIT Press, 2012. p. 85-104. (Politics, Science, and the Environment).

HABERMAS, Jürgen. *The structural transformation of the public sphere: an inquiry into a category of bourgeois society*. Translated by Thomas Burger with the assistance of Frederick Lawrence. Cambridge, UK: Polity, 1989. (Studies in Contemporary German Social Thought).

KOSELLECK, Reinhart. Three bürgerliche worlds?: preliminary theoretical-historical remarks on the comparative semantics of civil society in Germany, England, and France. In: _____. *The practice of conceptual history: timing history, spacing concepts*. Translated by Todd Samuel Presner and others. Stanford, CA: Stanford University Press, 2002. p. 208-217. (Cultural Memory in the Present).

LADÉUR, Karl-Heinz. Por um novo direito das redes digitais: digitalização como objeto contratual, uso contratual de “meios sociais”, proteção de terceiros contra violações a direitos da personalidade por meio de *cyber courts*. Tradução de Pedro Henrique Ribeiro. In: ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). *Fake news e regulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 143-191. (Coleção Direito e Estado em Transformação, 1).

_____. The theory of autopoiesis as an approach to a better understanding of postmodern law: from the hierarchy of norms to the heterarchy of changing patterns of legal inter-relationships. *European University Institute Working Paper*, [Fiesole], n. 99/3, p. 1-44, 1999. Disponível em: https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/law99_3.pdf. Acesso em: 13 ago. 2020.

_____. Towards a legal theory of supranationality: the viability of the network concept. *European Law Journal*, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 33-54, Mar. 1997. DOI: <https://doi.org/10.1111/1468-0386.00018>.

LALL, Ranjit. Beyond institutional design: explaining the performance of international organizations. *International Organization*, [s. l.], v. 71, n. 2, p. 245-280, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0020818317000066>. Disponível em: https://scholar.harvard.edu/files/ranjitlall/files/lall_io_2017.pdf. Acesso em: 13 ago. 2020.

LUHMANN, Niklas. *A sociological theory of law*. Translated by Elizabeth King-Utz and Martin Albrow. 2nd ed. Abingdon, UK: Routledge, 2014a.

_____. *Fin y racionalidad en los sistemas: sobre la función de los fines en los sistemas sociales*. Traducción de Jaime Nicolás Muñiz. Madrid: Nacional, 1983. (Serie Cultura y Sociedad).

_____. *Law as a social system*. Translated by Klaus A. Ziegert. Oxford, UK: Oxford University Press, 2004. (Oxford Socio-Legal Studies).

_____. *Sociología política*. Traducción de Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Trotta, 2014b.

_____. The improbability of communication. *International Social Science Journal*, [s. l.], v. 33, n. 1, p. 122-132, 1981.

_____. *Theory of society*. Translated by Rhodes Barrett. Stanford, CA: Stanford University Press, 2012. v. 1. (Cultural Memory in the Present).

_____. *Theory of society*. Translated by Rhodes Barrett. Stanford, CA: Stanford University Press, 2013. v. 2. (Cultural Memory in the Present).

_____. *The reality of the mass media*. Translated by Kathleen Cross. Stanford, CA: Stanford University Press, 2000.

MARSDEN, Christopher T. Co- and self-regulation in European media and internet sectors: the results of Oxford University's study www.selfregulation.info. In: MÖLLER, Christian; AMOUROUX, Arnaud (ed.). *The media freedom internet cookbook*. Vienna: OSCE, 2004. p. 76-100. (Representative on Freedom of the Media). Disponível em: <https://www.osce.org/files/f/documents/b/b/13836.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2020.

MOELLER, Hans-Georg; D'AMBROSIO, Paul J. Sincerity, authenticity and proficity: notes on the problem, a vocabulary and a history of identity. *Philosophy & Social Criticism*, [s. l.], v. 45, n. 5, p. 575-596, June 2019. DOI: <https://doi.org/10.1177/0191453718799801>.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. (Biblioteca Jurídica WMF).

NICOLAU, Jairo. *História do voto no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. (Descobrimos o Brasil).

NICOLETTI, Gianluca. Umberto Eco: "con i social parola a legioni di imbecilli". *La Stampa*, [s. l.], 23 giugno 2019. Disponível em: <https://www.lastampa.it/cultura/2015/06/11/news/umberto-eco-con-i-social-parola-a-legioni-di-imbecilli-1.35250428>. Acesso em: 13 ago. 2020.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Law & society in transition: toward responsive law*. 2nd ed. New Brunswick, NJ: Transaction, 2001.

PARKER, Christine. Meta-regulation: legal accountability for corporate social responsibility. In: MCBARNET, Doreen; VOICULESCU, Aurora; CAMPBELL, Tom (ed.). *The new corporate accountability: corporate social responsibility and the law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2007. p. 207-237.

PORTER, Tony; RONIT, Karsten. Self-regulation as policy process: the multiple and criss-crossing stages of private rule-making. *Policy Sciences*, [s. l.], v. 39, n. 1, p. 41-72, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11077-006-9008-5>.

REHBINDER, Eckard. Reflexive law and practice: the corporate officer for environmental protection as an example. In: TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (ed.). *State, law, and economy as autopoietic systems: regulation and autonomy in a new perspective*. Milan: Giuffrè, 1992. p. 579-608. (European Yearbook in the Sociology of Law, 1991-1992).

SCHULZ, Wolfgang; HELD, Thorsten. *Regulated self-regulation as a form of modern government: an analysis of case studies from media and telecommunications law*. Eastleigh, UK: John Libbey Pub., 2004.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. 5th ed. London: Routledge, 2003.

SCIULLI, David. *Theory of societal constitutionalism: foundations of a non-Marxist critical theory*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1992. (The Arnold and Caroline Rose Monograph Series of the American Sociological Association).

TEUBNER, Gunther. After legal instrumentalism?: strategic models of post-regulatory law. In: _____ (ed.). *Dilemmas of law in the welfare state*. Berlin: Walter de Gruyter, 1986a. p. 299-325. (European University Institute – Series A, 3).

_____. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Translated by Gareth Norbury. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. (Oxford Constitutional Theory).

_____. Industrial democracy through law?: social functions of law in institutional innovations. In: DAINITITH, Terence; TEUBNER, Gunther (ed.). *Contract and organization: legal analysis in the light of economic and social theory*. Berlin: Walter de Gruyter, 1986b. p. 261-273. (European University Institute – Series A, 5).

_____. Juridification: concepts, aspects, limits, solutions. In: _____ (ed.). *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law*. Berlin: Walter de Gruyter, 1987. p. 3-48. (European University Institute – Series A, 6).

_____. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução e prefácio de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

_____. Social order from legislative noise?: autopoietic closure as a problem for legal regulation. In: TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (ed.). *State, law, and economy as autopoietic systems: regulation and autonomy in a new perspective*. Milan: Giuffrè, 1992. p. 609-649. (European Yearbook in the Sociology of Law, 1991-1992).

_____. Substantive and reflexive elements in modern law. *Law & Society Review*, [s. l.], v. 17, n. 2, p. 239-285, 1983. DOI: <https://doi.org/10.2307/3053348>.

THORNHILL, Chris. A historical sociology of constitutions and democracy. In: CAMPILONGO, Celso; AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco (ed.). *Luhmann and socio-legal research: an empirical agenda for social systems theory*. London: Routledge, 2021. p. 247-262.

TORRES NAFARRATE, Javier (comp.). *Niklas Luhmann: la política como sistema*. México, DF: Universidad Iberoamericana, 2009. (Colección Teoría Social).

VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. Tradução de Pedro Henrique Ribeiro. In: ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). *Fake news e regulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 189-210. (Coleção Direito e Estado em Transformação, 1).

_____. *Legal theory and the media of law*. Translated by James C. Wagner. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2018. (Elgar Studies in Legal Theory).

WEBER, Max. *Economy and society: an outline of interpretive sociology*. Edited by Guenther Roth and Claus Wittich. Translated by Ephraim Fischhoff *et al.* Berkeley: University of California Press, 1978.

WIETHÖLTER, Rudolf. Materialization and proceduralization in modern law. Translated by Iain Fraser. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Dilemmas of law in the welfare state*. Berlin: Walter de Gruyter, 1986. p. 221-249. (European University Institute – Series A, 3).

_____. Proceduralization of the category of law. Translated by Iain Fraser. *German Law Journal*, [s. l.], v. 12, n. 1, p. 465-473, Jan. 2011. DOI: <https://doi.org/10.1017/S2071832200016941>. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/4175046E8901DD561DDD15B448629A03/S2071832200016941a.pdf/proceduralization_of_the_category_of_law.pdf. Acesso em: 13 ago. 2020.

WILLKE, Helmut. Formas de autoorientación de la sociedad. *Revista MAD*, [Santiago], n. 34, p. 1-35, 2016. DOI: <https://doi.org/10.5354/0718-0527.2016.40608>. Disponível em: <https://revistamad.uchile.cl/index.php/RMAD/article/view/40608/42149>. Acesso em: 13 ago. 2020.

_____. Societal guidance through law? In: TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (ed.). *State, law, and economy as autopoietic systems: regulation and autonomy in a new perspective*. Milan: Giuffrè, 1992. p. 353-387. (European Yearbook in the Sociology of Law, 1991-1992).

_____. Three types of legal structure: the conditional, the purposive and the relational program. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Dilemmas of law in the welfare state*. Berlin: Walter de Gruyter, 1986. p. 280-298. (European University Institute – Series A, 3).