

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

EDGARD SILVA DE CASTRO

**CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E MODERAÇÃO DE CONTEÚDO: A
TENSÃO ENTRE A REGULAÇÃO PRIVADA E A REGULAÇÃO PÚBLICA E O
PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

BRASÍLIA-DF

2023

EDGARD SILVA DE CASTRO

**CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E MODERAÇÃO DE CONTEÚDO: A
TENSÃO ENTRE A REGULAÇÃO PRIVADA E A REGULAÇÃO PÚBLICA E O
PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes e Coorientação do Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes, apresentada como critério parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional.

BRASÍLIA-DF

2023

EDGARD SILVA DE CASTRO

**CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E MODERAÇÃO DE CONTEÚDO: A
TENSÃO ENTRE A REGULAÇÃO PRIVADA E A REGULAÇÃO PÚBLICA E O
PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional

Data da defesa: 20/12/2023

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes
Nome do Prof. Orientador
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes
Nome do Prof. Coorientador
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho
Nome do Prof. Avaliador 1
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior
Nome do Prof. Avaliador 2
Universidade de São Paulo (USP)

Ao IDP pela alteridade com minhas particularidades, aos meus orientadores pela
percuciência em todo o processo e à Olímpia Tavares pelo suporte e apoio.

AGRADECIMENTOS

Com especial distinção a meus orientadores. Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes. Primeiro, pelo compartilhamento da experiência e conhecimento. Segundo, pela paciência e cordialidade de todos os contatos. Muito Obrigado. Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes. Por todas as lições em todos os textos, em especial aquelas ofertadas na qualificação, principalmente quando me transmitiu confiança acerca do rumo da pesquisa. Muito Obrigado.

Ao Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP): A todos que de qualquer forma me auxiliaram e ao corpo da Biblioteca Ministro Moreira Alves, muito obrigado. Com alegria à Olímpia Maria Tavares Daher: A Sra. é e sempre será a grande responsável por este mestrado ter saído do papel e ter chegado ao final. Meus pais: Célia Maria e Ernane Ferreira, obrigado por todo o apoio nessa vida, material e imaterial.

Obrigado a todos que me propiciaram conhecimento até aqui desde a graduação na Universidade Católica de Goiás (hoje PUC Goiás), passando por todas as especializações *lato sensu*, estágios e à trajetória na advocacia.

Até mesmo as nossas virtudes devem caminhar com passo leve. Semelhantes aos versos de
Homero é preciso que apareçam e *passem*.
Friedrich Nietzsche.

A constituição regula um mundo que em parte já não existe ou é socialmente irrelevante, se
levarmos em consideração as novas gerações de nativos digitais.
Francisco Balaguer Callejón.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. CONSTITUCIONALISMO DIGITAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA.....	16
1.1 A 4ª revolução industrial ou revolução tecnológica.....	16
1.2 As causas e consequências do processo modificativo mais amplo da história.....	17
1.3 O (s) constitucionalismos.....	18
1.3.1 O Constitucionalismo digital.....	20
1.3.2 Conceitos para se compreender o Direito e o constitucionalismo digital: algoritmo, digitalização, <i>big data</i> , dados e inteligência artificial.....	21
1.3.3 O constitucionalismo digital é um conceito em construção: elementos de uma teoria constitucional contemporânea?.....	22
1.4 Democracia plural e recíproca: sugestões para o ciberespaço.....	24
1.5 Direitos fundamentais na contemporaneidade.....	28
2 PLATAFORMAS DIGITAIS, MODERAÇÃO DE CONTEÚDO E REGULAÇÃO.....	30
2.1 A formação da sociedade de plataforma.....	30
2.2 Moderação de conteúdo.....	32
2.2.1 A primazia do conceito e do contexto da virtualidade.....	32
2.3 Moderação de conteúdo e regulação.....	34
2.3.1 A regulação privada: políticas e termos de condições e uso nas plataformas de redes sociais.....	35
2.3.1.1 Facebook.....	35
2.3.1.2 Twitter.....	37
2.3.1.3 Youtube.....	39
2.3.2 A regulação pública.....	43
2.3.2.1 O marco civil da internet no Brasil, a LGPD e o PL das <i>fake news</i> : a baixa densidade normativa brasileira e suas consequências.....	43
2.3.2.2 As legislações europeia, alemã e norte-americana em matéria de moderação de conteúdo: contributos para a discussão brasileira.....	48

3 A TENSÃO ENTRE REGULAÇÃO PRIVADA E REGULAÇÃO PÚBLICA E O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	58
3.1 Apontamentos indispensáveis acerca da jurisdição constitucional.....	58
3.2 A contemporaneidade: jurisdição constitucional, ciência e tecnologia.....	61
3.2.1 Decisões automatizadas são legítimas?.....	63
3.2.2 Os plenários virtuais valem-se desse contexto e nele se legitimam?.....	64
3.2.3 A celeridade processual sugere ou impõe o uso intensivo de tecnologia, inclusive automatização? Encontra realização no constitucionalismo digital?.....	66
3.3 O panorama da tensão regulatória: a formação de um “paradigma de regulação” na moderação de conteúdo.....	66
3.4. Espraçamento moderatório temático hodierno.....	68
3.4.1 O encontro da jurisdição constitucional com a moderação de conteúdo.....	68
3.4.2 A moderação se limita ao combate das <i>fake news</i> ?.....	77
3.4.3 Os desafios da consubstanciação do conteúdo sensível: discricionariedade ou técnica eletiva?.....	84
3.4.4 “Moderados” e “Moderadores” na berlinda da Jurisdição Constitucional: Como pode o STF lidar com os temas 533 e 987 da repercussão geral?.....	85
3.4.5 O due process com a complementariedade dos vetores conteudísticos - o status internacional da discussão e o case brasileiro.....	98
3.5 A priorização da exclusividade da moderação de conteúdo em face das cartas de direitos da internet.....	113
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	116
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	118

RESUMO

O estudo aborda a evolução do Direito em resposta aos desafios da sociedade desde suas origens, destacando o constitucionalismo como marco importante. Ao longo dos séculos, o constitucionalismo moderno se desenvolveu, especialmente após as guerras mundiais, culminando no neoconstitucionalismo. O estudo analisa a transição para a era digital, destacando a exponencialidade da sociedade pós-moderna e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo. A pesquisa destaca o surgimento da internet e da vida digital, levando à necessidade de adaptação do constitucionalismo, resultando no constitucionalismo digital. A moderação de conteúdo nas plataformas online emerge como um desafio central, abordando a tensão entre regulação privada e pública. O estudo foca no papel do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro nesse contexto. Tem por objetivo analisar as principais ramificações da moderação de conteúdo, quais as respostas fornecidas pelo STF e o que elas representam dentro do constitucionalismo digital e da regulação tecnológica. A metodologia dedutiva e qualitativa é aplicada na análise histórica, na moderação de conteúdo e na jurisprudência do STF. A conclusão destaca a importância do constitucionalismo digital na regulamentação das plataformas, enfatizando os valores constitucionais como liberdade, igualdade e fraternidade. O STF é reconhecido como um ator relevante na definição de critérios para a moderação de conteúdo, equilibrando a regulação pública e privada. A pesquisa contribui para a compreensão do papel do STF na sociedade digital e fornece insights para a regulação eficaz da moderação de conteúdo.

Palavras-Chave: Constitucionalismo Digital; Moderação de Conteúdo; Supremo Tribunal Federal; Regulação Processual.

ABSTRACT

The study delves into the evolution of law in response to societal challenges from its origins, emphasizing constitutionalism as a pivotal milestone. Over the centuries, modern constitutionalism has evolved, especially after the World Wars, culminating in neoconstitutionalism. The research scrutinizes the transition to the digital era, highlighting the exponential nature of post-modern society and its impact on contemporary constitutionalism. It underscores the emergence of the internet and digital life, necessitating an adaptation of constitutionalism, resulting in digital constitutionalism. Content moderation on online platforms emerges as a central challenge, addressing the tension between private and public regulation. The study focuses on the role of the Brazilian Supreme Federal Court (STF) in this context, aiming to analyze the primary ramifications of content moderation, the responses provided by the STF, and their significance within digital constitutionalism and technological regulation. The deductive and qualitative methodology is applied to historical analysis, content moderation, and STF jurisprudence. The conclusion highlights the significance of digital constitutionalism in regulating platforms, emphasizing constitutional values such as freedom, equality, and fraternity. The STF is acknowledged as a relevant actor in defining criteria for content moderation, balancing public and private regulation. The research contributes to understanding the STF's role in the digital society and provides insights for effective content moderation regulation.

Keywords: Digital Constitutionalism; Content Moderation; Supreme Federal Court; Post-Modern Society. Procedural Regulation.

INTRODUÇÃO

O Direito por essência, acompanha os agrupamentos humanos desde as mais priscas eras. Fato é que sempre foi ladeado por outros saberes necessários ao desenvolvimento da vida humana. Este conjunto de ferramentas nos trouxe da briga pela sobrevivência, por intermédio da busca de nutrição, proteção contra intempéries e ameaças externas até a era digital, a qual os seres humanos vivenciam atualmente.

Este trajeto, em um discurso histórico, não é linear, mas mutável. Por vezes, em um movimento de retorno ao passado, outras vezes de projeção ao futuro e agora pode-se dizer exponencial. Esta exponencialidade da terceira década do século XXI carrega as características da sociedade pós-moderna, paradoxal, que são o fim das metanarrativas, do fim do fim da história e das indecibilidades, tratando especificamente do Direito.

A velocidade de desenvolvimento do Direito sempre foi ditada pelos outros saberes, os quais diante das dificuldades apresentadas, reclamava atenção das ferramentas jurídicas. Tal fato visava com que suas pautas fossem em um primeiro momento apaziguadas e, posteriormente, normatizadas.

Um dos primeiros fenômenos que acompanha o Direito é o constitucionalismo, marcado geneticamente pela definição dos critérios gerais básicos de convivência dos seres humanos. Assim, um dia, toda e qualquer sociedade teve uma Constituição. Essa é a concepção básica do constitucionalismo, de acordo com o que se lê ordinariamente na literatura.

Contudo, o constitucionalismo se aperfeiçoou ao longo do tempo, com acontecimentos e documentos criados, como a Carta Inglesa de 1215, que trazia à tona, um condensamento de várias teorias e ferramentas criadas anteriormente, principalmente pelos gregos e romanos. Por mais limitada e direcionada que seja, esta Carta marca o constitucionalismo antigo.

Estes resquícios só receberam atenção especial com a transição do governo dos homens para o das “leis”. Isso ocorreu no século XVIII, com os burgueses reclamando sua participação na vida política, vez que, desde o século XIV enchiam os cofres dos europeus, atuando como exploradores em alguns países e colonizadores em outros.

Importante é que o constitucionalismo moderno se revela nas revoluções francesa e americana como um suspiro importante da humanidade, que demonstrou sua preocupação com a organização daquilo que dissemos parágrafos atrás: definir critérios básicos de

convivência, marcadamente com o fato de que o Rei não poderia mais decapitar seus súditos a seu bel prazer.

Assim, temos aqui um fato imprescindível: a estipulação em um documento escrito, público e válido para todos, estado e sociedade, apto a impulsionar os humanos para vivências diferentes, vez que, agora eram bradadas a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Três, essencialmente, valores, lidos e relidos posteriormente nas conhecidas gerações de direitos representam hoje, em uma roupagem normativa, aquilo que temos de mais caro que é a possibilidade de ter uma vida tranquila.

Isto foi deturpado posteriormente com as Guerras Mundiais, que demonstraram que não era suficiente trazer por escrito nossos valores, direitos e normas essenciais, pois uma constituição, como definido na literatura, pode ser uma “simples folha de papel”. Alemanha e Itália, ao contrário do que define a maioria da ciência jurídica não praticaram o holocausto com base nas Constituições existentes. O que eles fizeram foi deturpar os textos a seu favor, por intermédio de decisões judiciais recalcitrantes.

Este interstício que relembrou o tempo da subjugação do humano ao Estado, só que em patamares muito mais dificultosos à permanência dos indivíduos no solo terráqueo trouxe aprendizado importante, que gerou um “novo” constitucionalismo, já em meados dos anos 1950. Dessa época até os anos 2000 apresentou-se à sociedade um Direito mais próximo da sociedade. Houve o desenvolvimento efetivo da norma jurídica, como categoria essencial e importante, para que se pudesse aplicar as ferramentas do *jurídico* de forma mais categórica e direcionada.

A própria Alemanha, responsável pelo terrível retrocesso do holocausto, conjuntamente com a Itália, os Estados Unidos da América (EUA) e o Reino Unido construíram esse “novo” constitucionalismo. Principalmente da Alemanha vieram contribuições importantes como a “A Força Normativa da Constituição” e o “princípio da proporcionalidade”, que, ao lado do desenvolvimento da norma jurídica traduzem o conjunto de novas habilidades para gerir a vida em sociedade.

Esse novo constitucionalismo, cunhado em 1997 de *neoconstitucionalismo*, e posteriormente nos anos 2000 de constitucionalismo contemporâneo gerou importantes avanços no Estado e na Sociedade. Aqueles três valores franceses (liberdade, igualdade e fraternidade) receberam carga significativa de conteúdo realizável, pelo intermédio da conjunção da dualidade indispensável: democracia e direitos fundamentais.

Ocorre que ao lado dessa evolução, a sociedade andou por outros caminhos, principalmente com a cientificação, a tecnocracia, o avanço das ciências biológicas e o surgimento de ferramentas que possibilitaram ao humano organizar e acumular informações, tendo em conta que a sociedade só aumentava e era preciso dar conta de sistematizar tudo aquilo que estava acontecendo.

Assim, embrionariamente foi concebido o algoritmo que é justamente uma sequência de instruções para resolução de problemas, em um universo composto por equipamentos e máquinas que já vinham sendo desenvolvidas desde o século XIX. Essa criação que se desenrolou nas décadas seguintes, com duas personalidades americanas responsáveis pelo *background* da vida contemporânea (Bill Gates e Steve Jobs) nasceu linear e se tornou exponencial.

Se tornou exponencial, dada a velocidade notável de aperfeiçoamento de seus institutos, sistematizados hoje na ciência da computação e na tecnologia da informação. Aqui une-se uma das principais, senão principal exteriorização dessa nova forma de organizar a experiência humana que é a *world wide web (www)*, mundialmente conhecida pelo epíteto *internet*.

Lenta e discada em 1994 evoluiu rapidamente, principalmente no que se refere ao número de usuários, em uma velocidade sem precedentes na história humana. E nela surgiu a vida digital, ou a representação da era digital. Plataformas de interação foram criadas, ambientes de trabalho, de aprendizado, comunicação, informação, vida pública, estatal. Temos hoje numa metáfora do longa metragem *Matrix*, quase que um transplante da vida real, presencial, para a vida digital.

Com isso o constitucionalismo teve que se aperfeiçoar e hoje é trabalhado o “constitucionalismo digital”, em resposta à revolução digital. Constitucionalismo este ainda em construção, que encontra dificuldade em estabelecer definições em face da exponencialidade da revolução tecnológica. O hoje praticamente não se mantém e o que se tem são projeções de mais velocidade, mais dados e também aumento da gama de ferramentas que possibilitem uma vida melhor.

Nesta era digital, das redes e das plataformas, este constitucionalismo digital foi conclamado a se pronunciar acerca daquilo que era veiculado nas redes. Claro é que essa preocupação não nasce no direito constitucional, mas na legislação inferior, e, antes de tudo, da própria sociedade.

Assim tem-se que o conteúdo veiculado na sociedade digital merece hoje enorme atenção, em virtude justamente de tudo aquilo que humanidade aprendeu com acontecimentos anteriores, ou seja, não seria possível admitir um livre trânsito de informações sem qualquer controle. Países como Alemanha e EUA, pioneiros nessa preocupação, emitiram por intermédio das principais plataformas da rede as primeiras diretrizes de moderação de conteúdo no mundo.

Neste cenário a tecnologia da informação agiu primeiro que o Direito e ali, com seus algoritmos criou cenários de vedação de circulação de informações, com parâmetros técnicos digitais, ainda em estágio de estudo e desvendamento por toda a sociedade e estado.

De novo, o Direito, conclamado a agir passou a atuar fortemente nesse controle de informações, e hoje é natural tratar da “moderação de conteúdo”. Partindo daquilo que empresas como *Facebook e YouTube*, já vinham fazendo, os produtores de normas jurídicas passaram a se debruçar sobre a importância de definir critérios gerais e mínimos daquilo que é transmitido nas redes.

Foi se materializando assim dualisticamente controles privados e públicos, ou seja, propostas regulatórias vindas das empresas e dos entes públicos passaram a se interconectar e a gerar tensões, naturais por sinal, haja vista que o diálogo efetivo entre Direito e tecnologia é relativamente recente.

As propostas públicas para reger o conteúdo das redes, pelo menos no Brasil têm três aportes legislativos: Lei de Acesso à Informação, Marco Civil da *Internet* e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Ocorre, que não são específicos em matéria de moderação, mas contém normas pontuais acerca da matéria.

Por outro prisma, a regulação privada das empresas, essencialmente técnica se revela superficialmente nos termos de adesão ao uso das plataformas, mas não se resumem a isto, haja vista que seu mote principal é a criação de tecnologias que permitem ou excluem conteúdos e comportamentos.

Com isto, diante da tensão entre regulação privada e regulação pública, o constitucionalismo digital vem se apresentando como movimento potencialmente sintonizador de diretrizes responsáveis por uma regulação que equalize aqueles três valores franceses, em um cenário novo, mas que exteriorize todas as conquistas da sociedade até os dias atuais.

É do constitucionalismo digital que decola o importante movimento das Cortes Constitucionais, que vem se pronunciando acerca da moderação de conteúdo. E aqui é

perceptível que uma Corte Suprema, em uma sociedade como a brasileira, que vem experienciando no século XXI, uma proeminência do Poder Judiciário, tem o condão de quando provocada fornecer elementos seguros de direção no que tange ao conteúdo moderado.

É natural apontar que a moderação de conteúdo se revela em comandos que tangenciam a liberdade como marco imponente. Mas outros também tem que ser considerados, como a igualdade, a privacidade, a segurança e a proteção não só das minorias, mas de todos que utilizam as redes digitalmente constituídas.

Transbordam da tensão privada *versus* pública questões cruciais, como a regulação processual e a regulação material. São competências dos moderadores e responsabilidades dos moderados se a definição de conteúdo deve se pautar apenas pela “sensibilidade”, ou por outros critérios, e ainda se essa moderação se limita a questões de veracidade e conformidade com elementos fáticos aferíveis de forma efetiva.

Com esta breve exposição é possível sistematizar a pesquisa da seguinte forma. O assunto em estudo Direito e tecnologia. O tema é o constitucionalismo digital e a moderação de conteúdo. O problema é a tensão regulatória privada e pública. Nos capítulos que se seguem este breve esboço será esmiuçado, com o foco na pergunta do presente estudo, que é um: o Supremo Tribunal Federal (STF) já contribuiu, contribui e se o fez de que forma, acerca da tensão entre regulação privada e pública, no cenário conceitual no constitucionalismo digital?

Esta pergunta não torna a pesquisa meramente descritiva tendo em vista que é acompanhada das reflexões acima expostas, ou seja, será aprofundada a questão da tensão regulatória e de suas mais importantes e atuais ramificações acima identificadas, por intermédio da análise das decisões colegiadas da corte acerca da moderação de conteúdo, existentes, pelo menos até a data da redação desta introdução.

O objetivo geral é analisar as principais ramificações da moderação de conteúdo, quais as respostas fornecidas pelo STF e o que elas representam dentro do constitucionalismo digital e da regulação tecnológica. Os objetivos específicos são: (a) identificar a revolução digital com seus principais elementos e sua interação com o Direito, (b) demonstrar as potencialidades do constitucionalismo digital para a moderação de conteúdo, (c) definir os contornos da regulação privada e regulação pública e as tensões encontradas, demonstrando o porquê dos recortes feitos, (d) buscar no STF, as respostas fornecidas pela Corte, (e),

buscar diante das respostas encontradas um fio condutor da moderação de conteúdo no contexto do constitucionalismo digital e da atuação do STF.

A presente pesquisa se justifica, em face primeiro da atualidade do tema e da urgência de se fornecerem contribuições para moderados e moderadores, para que atuem com segurança, responsabilidade, liberdade e privacidade nos ambientes das plataformas da rede digital. Em especial, as questões eleitas, em debate daqui para o porvir após a devida conclusão podem servir de material de consulta e apoio, na regulação privada, na regulação pública e até mesmo ao STF, que poderá visualizar o que tem feito.

A metodologia e método são dedutivos em essência, mas com elementos de pesquisa qualitativa, já que se partirá do geral para o específico, também com dialeticidade (tensão) e finalizando com elementos qualitativos, presentes na análise de documentos da jurisprudência do STF.

A dissertação será escrita de acordo com o seguinte plano de execução. O primeiro capítulo será escrito com viés historiográfico, contemplando a um só tempo direito e tecnologia em evolução e interação, desaguando no constitucionalismo digital.

O segundo capítulo trará todo o tema da moderação de conteúdo, privada e pública, com análise das plataformas digitais e da legislação nacional com apontamentos do que existe nos EUA, Alemanha e União Europeia.

O terceiro capítulo será tecido com o viés de contribuir pontualmente com o problema e a pergunta de pesquisa, por intermédio da análise da jurisprudência do STF, identificando elementos jurídicos proeminentes com a contribuição do constitucionalismo digital (considerando seus antecessores). Não obstante será trazida a proeminência do paradigma da regulação no contexto da moderação de conteúdo, como estratégia teórica da pesquisa.

1 O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

1.1 A 4ª revolução industrial ou revolução tecnológica

Desde os tempos em que o homem passou a viver em coletividade como resultado da necessidade de sobreviver, haja vista os desafios impostos pelas intempéries naturais, ele vem aperfeiçoando suas técnicas, ferramentas e equipamentos que intermediam seu contato com o meio natural.

A primeira mudança profunda em nossa maneira de viver, a transição do forrageamento (a busca por alimentos) para a agricultura, ocorreu há cerca de 10.000 anos e foi possível graças à domesticação dos animais. A revolução agrícola combinou a força dos animais e a dos seres humanos em benefício, da produção, do transporte e da comunicação. Pouco a pouco, a produção de alimentos melhorou, estimulando o crescimento da população e possibilitando assentamentos humanos cada vez maiores. Isso acabou levando à urbanização e ao surgimento das cidades (SCHWAB, 2016).

A primeira revolução industrial é fruto das ferrovias e da máquina a vapor (1760-1840). A segunda se inicia no fim do século XIX e adentra ao século XX, com a descoberta da eletricidade e da criação da linha de montagem. A terceira revolução industrial é fruto dos anos 1960 e é comumente chamada de revolução digital, como informa, pois foi impulsionada pelo desenvolvimento dos semicondutores, da computação em *mainframe* (1960), da computação pessoal (1970) e da *internet* (1990) (SCHWAB, 2016).

Schwab (2016) informa que estamos experienciando uma quarta revolução industrial, baseada na revolução digital, só que mais aperfeiçoada, ou seja, é caracterizada por uma *internet* mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina). Um exemplo por ele citado dessa transformação é o de que o tear mecanizado (a marca da primeira revolução industrial) levou quase 120 anos para se espalhar para fora da Europa. Em contraste, a *internet* espalhou-se pelo globo em menos de uma década.

Em um voo de relance, a 4ª revolução industrial é marcada por diversas características que podem ser sintetizadas nas megatendências. Estas podem ser separadas

em categorias físicas: veículos autônomos, impressão em 3D, robótica avançada e novos materiais. E também em categorias digitais: *internet* das coisas e *blockchain*¹.

Diante do cenário apresentado, a 4ª revolução industrial nada mais é do que o retrato da terceira década do século XXI, em que vivemos hoje, ou seja, de aceleração das tecnologias, da medicina, dos transportes, das comunicações e do processo de experimentar o processo de vivência próprio de cada um.

No próximo tópico será possível observar quais as causas mais profundas desse processo de revolução tecnológica acelerada da 4ª Revolução Industrial e suas consequências para o mundo atual e futuro.

1.2 As causas e consequências do processo modificativo mais amplo da história

A era digital como a conhecemos, como visto no tópico anterior nasceu nos anos 1960, mas só cresceu vertiginosamente com a *internet* nos anos 1990. Esse movimento exponencial sem precedentes na história humana tem modificado todos os setores da vida coletiva, de modo que a digitalização do empírico é uma realidade incontestável.

Para Frazão (2019), um dos mais importantes, senão o mais importante fator de transformação para a sociedade digital é a elaboração dos computadores. Embrionários no século XIX, quando Ada Lovelace desenvolveu o primeiro algoritmo implementado por um computador. Ada Lovelace foi a responsável por elaborar os cálculos matemáticos que permitiram que a máquina analítica de Charles Babbage pudesse computar determinadas funções matemáticas.

Alan Turing, matemático britânico, também precursor da ciência da computação, foi responsável pelos primeiros testes com máquinas computacionais e é considerado o formalizador do conceito de algoritmo. Estes primeiros cientistas foram tão importantes, que seus nomes são e serão lembrados para sempre à ideia da ciência da computação e da inteligência artificial (FRAZÃO, 2019).

¹ O termo foi criado em 2008 por autor anônimo que utiliza o pseudônimo de Satoshi Nakamoto. A *blockchain* surgiu como um protocolo de transação descentralizado que utiliza a rede *peer-to-peer* com participantes não-confiáveis, sem depender de uma autoridade central. A utilização dessa tecnologia permite o compartilhamento seguro e descentralizado de informações sem a dependência de terceiros (NAKAMOTO, 2008). Uma *blockchain* é um protocolo de troca de valor, o qual confirma que cada unidade de valor foi transferida apenas uma vez; esta qualidade remove a característica de reprodutibilidade infinita de um ativo digital (PESSERL, 2021).

Importante ressaltar que as causas do processo da revolução tecnológica são atrelados à expansão demográfica e à necessidade de organização da vida em coletividade precipuamente em face da urgente organização daquilo que nós os humanos vínhamos produzindo durante séculos. Isso quer se revelar na chamada armazenagem de dados.

Isto é afirmado em face de a proeminente necessidade das ciências armazenarem suas conquistas, mas não só isto, mas também, manipulá-las, transformá-las e traduzi-las em melhorias para a vida humana. Suas causas são ainda absolutamente decorrentes da evolução da espécie humana, haja vista que a medida que o *homo sapiens* se desenvolve e adquire novas habilidades agrega atributos novos, como o de transformar o ambiente a sua volta, para facilitar suas atividades e aumentar sua durabilidade vital no espaço terráqueo.

É possível dizer que uma das maiores causas da revolução tecnológica é o desenvolvimento do cérebro humano, em uma perspectiva *darwiniana*, que propicia novas descobertas, novos achados, novos inventos, enfim a evolução pura.

No plano das consequências, traçando uma linha no mínimo natural, não há como negar que a sociedade mundial irá experimentar diversos sabores e dissabores. Os ganhos com certeza serão maiores, claro se os humanos evoluírem eticamente para tanto, pois se o contrário ocorrer, o que acontecerá será fatalmente o fim da história, com a hecatombe nuclear.

Entretanto, estas considerações aqui feitas tem apenas o efeito de produzir um *background* para a discussão maior que é a moderação de conteúdo em conjunto com o constitucionalismo digital com o afunilamento da tensão regulatória pública e a tensão privada e o papel do STF nessa tensão.

Portanto, qual o *link* deste *background*? certamente o de oferecer elementos acerca da revolução tecnológica, de seus meandros, do qual emerge a *internet* e, conseqüentemente, a moderação de conteúdo.

1.3 O (s) constitucionalismo (s)

Antes de adentrar ao constitucionalismo digital, imprescindível é anotar algumas impressões acerca deste conceito. Constitucionalismo na perspectiva desta pesquisa tem duas acepções retiradas da experiência do pesquisador. A primeira ligada ao movimento de que, toda sociedade em qualquer momento de sua existência teve uma constituição, enquanto

pacto fundante de sua existência. A segunda é aquela ligada aos movimentos libertários do século XIX das constituições escritas garantidoras dos direitos humanos-fundamentais.

Entretanto, em um esboço científico coadunando com as lições de Canotilho (2008), diz-se que não há um constitucionalismo, mas constitucionalismos, ou seja, constitucionalismo português, japonês, brasileiro, francês, entre outros, mas que é possível extrair uma ideia geral do que vem a ser. O constitucionalismo é a teoria (ou a ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político social da comunidade. Trata-se de um conceito que carrega em si um claro juízo de valor. É no fundo uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Em um exercício comparativo, a experiência do pesquisador se confunde com a da fonte aqui utilizada, pois Canotilho (2008) também se serve da dualidade: constitucionalismo enquanto movimento libertário do século XIX e movimento constitucionalista antigo. Certo é que as conquistas do constitucionalismo são indiscutíveis, haja vista que a sociedade mundial galgou direitos e garantias desde priscas eras até a atual terceira década do século XXI que lhe servem de amparo para uma vida relativamente segura frente aos arbítrios do Estado e de seus governantes.

O constitucionalismo é também responsável pela materialização da sedimentação das camadas de direitos conquistados no decorrer dos séculos, que garantiram e garantem uma tríade clichê da revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Importante notar que as dimensões dos direitos humanos que foram sendo sedimentados ao longo dos últimos 200 anos são na verdade releituras de valores conquistados a duras penas pela sociedade mundial diante de sangue, guerra e luta. Tudo isto, desde, pelo menos os hebreus. Assim, liberdade e igualdade não foram inaugurados com as revoluções libertárias. Sim, foram reconhecidas e positivadas, mas reflexos de lutas de 2000 anos de reflexões, guerras, leituras e discussões.

Com a evolução natural da sociedade houve a opção pela sociedade comercial burguesa e pelo comércio. Desde a sociedade moderna e as grandes navegações, o homem se tornou mercadoria latente, apesar de já o ser desde os escravocratas. Todavia, com a intensificação do comércio no fim do século XIX vieram os conflitos e a 1ª Guerra Mundial e como consequência a 2ª Guerra Mundial e o holocausto.

O holocausto, assim como a revolução digital produziu mudanças profundas na sociedade. Isso porque, a humanidade entendeu que não poderia mais caminhar como estava

caminhando e, desta forma, o direito constitucional recebeu novas ferramentas e equipamentos e por que não, nova releitura.

Foi a chegada do neoconstitucionalismo ou do constitucionalismo contemporâneo, marcado pela força dos princípios, da força normativa da constituição, a interpretação especificamente constitucional, dos métodos de específicos de interpretar a Constituição.

Um importante estudo que bem delinea esse *neoconstitucionalismo* o demarca em três estacas: marco histórico, teórico e filosófico e filosófico (BARROSO, 2011). No marco histórico a principal referência do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã) de 1949, e, especialmente a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A segunda referência é a Constituição da Itália de 1947 e a Corte constitucional de 1956. No Brasil a Constituição de 1988 (BARROSO, 2011).

O marco filosófico é o pós positivismo. Seu marco é a confluência do jusnaturalismo e do positivismo. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2011)

Já na perspectiva do marco teórico, constitui-se como a força normativa da constituição; expansão da jurisdição constitucional; desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2011).

1.3.1 O constitucionalismo digital

Com base nos elementos colhidos nas linhas anteriores é possível ter um *background* mínimo de compreensão do que vem a ser o constitucionalismo digital, pois, tecemos considerações acerca da revolução tecnológica e também do constitucionalismo. Assim há como pelo menos pisar em um solo menos arenoso, o qual como cediço é por demais noviço no mundo jurídico.

É lugar comum também o conhecimento de que o constitucionalismo digital lida com problemas ligados a intersecção entre Direito e tecnologia, que envolvam normas, princípios, regras, postulados, preceitos, enunciados que se movam no mundo do direito constitucional. Este ponto de partida é fundamental. Daqui, cientificamente é necessário enunciar conceitos

da ciência da computação e da tecnologia da informação que embasem colocações calcadas em alicerces firmes. É o que se verá no tópico seguinte.

1.3.2 Conceitos para se compreender o Direito e o constitucionalismo digital: algoritmo, digitalização, *big data*, dados e inteligência artificial

Assim como nos referimos no início da pesquisa, acerca das primeiras mudanças radicais operadas na sociedade, agora aqui no tocante ao constitucionalismo digital, a literatura costuma se referir a outro movimento importante relacionado a evolução humana que é a tipografia, a qual teve seu lugar na história.

Em consonância com o que também já foi dito, mas agora com veemência trataremos da digitalização e, com ela, a transformação digital da economia, da cultura, da política, da comunicação pública e privada, e provavelmente de quase todas as áreas da vida. Palavras-chave para caracterizar o desenvolvimento técnico são, por exemplo, algoritmos, *big data*, inteligência artificial, robótica e *blockchain* (HOFFMANN-RIEM, 2022).

Um elemento do uso de técnicas digitais é o uso de *big data*. O termo se refere à dimensão e à diversidade dos dados que podem ser utilizados para a aplicação das tecnologias digitais, bem como às várias possibilidades de as combinar e avaliar e de as tratar pelas autoridades públicas e privadas em diferentes contextos (HOFFMANN-RIEM, 2022).

O termo algoritmo é antigo. Inicialmente ele foi usado para designar uma regra de ação clara que é usada para resolver certos problemas em etapas individuais definidas. Há muito tempo as máquinas têm sido tecnicamente controladas por algoritmos. Em matemática e ciência da computação, um algoritmo é uma sequência finita de ações executáveis que visam obter uma solução para um determinado tipo de problema (ZIVIANI, 2011).

O uso de técnicas digitais requer dados em forma digitalizada. Na literatura da teoria da informação, os dados são entendidos como sinais ou símbolos de mensagens que podem ser formalizados e (arbitrariamente) reproduzidos e facilmente transportados com a ajuda de meios técnicos adequados. Dados como tais não têm significado. Entretanto, podem ser portadores de informações, ou seja, de informações codificadas.

De acordo com o regulamento instituído pelo Parlamento Europeu e do Conselho (artigo 3º) em matéria de inteligência artificial, um sistema de inteligência artificial (sistema de IA) é um programa informático desenvolvido, tendo em vista um determinado conjunto de objetivos definidos por seres humanos a fim de criar resultados, com por exemplo,

conteúdos, previsões, recomendações ou decisões, que influenciam os ambientes com os quais interage (EUROPEAN COMMISSION, 2020).

1.3.3 O constitucionalismo digital é um conceito em construção: elementos de uma teoria constitucional contemporânea²?

A expressão “constitucionalismo digital” foi utilizada nos estudos sobre o tema para se referir a um movimento constitucional de defesa da limitação do poder privado de atores da *internet*, em oposição à ideia do poder político estatal. No estudo de Mendes e Fernandes (2020), o constitucionalismo digital desponta e se organiza a partir de prescrições normativas comuns de reconhecimento, afirmação e proteção de direitos fundamentais no ciberespaço.

O marco teórico inicial do constitucionalismo digital se deu com Gill, Redeker e Gasser (2015):

Apresentamos a proposta provisória de “constitucionalismo digital” como um termo comum para ligar uma constelação de iniciativas que procuraram articular um conjunto de direitos políticos, normas de governação e limitações ao exercício do poder na Internet. Tais documentos remontam a pelo menos vinte e cinco anos, com autores que incluem órgãos políticos internacionais, governos nacionais, empresas tecnológicas, grupos da sociedade civil e alguns dos líderes mais influentes do mundo na governação da Internet. Apesar da sua natureza duradoura e das implicações políticas potencialmente vastas, tem havido estudos sistemáticos muito limitados sobre este fenómeno. Para começar a preencher esta lacuna, revisámos um conjunto de trinta esforços diversos, cada um dos quais procura articular ou promover um conjunto de direitos, princípios e normas de governação para a Internet. Em vez de produzir um diretório exaustivo, tentamos selecionar as amostras mais representativas e influentes para discussão.

O que há de diferente hoje com certeza é a especificidade da proteção dos agentes que tramitam no cenário virtual e do próprio cenário virtual, tendo em conta, a multiplicação de atitudes, velocidade de troca de informações e possibilidade de violação de direitos sem que possa haver resposta rápida dos órgãos reguladores públicos e privados.

O constitucionalismo digital é a resposta do direito constitucional à revolução tecnológica, ou ainda, aquilo que a esfera jurídica sempre o fez desde os gregos e romanos, fornecer elementos normatizadores para os fenômenos da vida real. Certo é que a digitalização da vida física é um movimento sem volta, vez que, o ser humano não consegue mais retroceder em seus afazeres diários.

² Expressão do Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho – Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital. CONJUR. 22/01/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-22/observatorio-constitucional-alguns-apontamentos-constitucionalismo-digital/>. Acesso em: 01/11/2023.

Vida comercial, laboral, acadêmica, social, emocional, relacional, seja lá qual for, toda ela, vai passar pela digitalização, seja pela facilidade, ou pelo movimento que o humano criou para si, o digital é a realidade hodierna. E isso depende de uma resposta tanto dos agentes reguladores privados quanto públicos.

Os agentes privados que são essencialmente as plataformas de redes sociais já vem adiantando seus passos por intermédio da inteligência artificial e dos termos de aceitação de seus produtos. Os agentes públicos ainda trôpegos, mas em ação, estão criando suas linhas de ação e os estão fazendo por linhas intercomunitárias nacionais e internacionais.

Ocorre que, no cenário constitucional é altamente incipiente a regulação. Por isso é muito difícil fornecer conceitos seguros acerca do que venha a ser um constitucionalismo digital. O que temos, são conceitos vagos e abstratos, mas que mesmo desta natureza, podem ser abstraídos de estudos importantes já produzidos.

Nessa vagueza público institucional, no Brasil por exemplo, temos pouco a oferecer, como por exemplo na Lei 12.965/2014, o chamado Marco Civil da Internet (MCI), que serve de baliza hermenêutica para o Judiciário, o que digamos é muito pouco. Há também a Lei Geral de Proteção de Dados e em trâmite no Congresso Nacional a vulgarmente a PL das *Fake News*.

Para Edoardo Celeste (2023), por exemplo:

Um complexo processo de constitucionalização está em curso na sociedade contemporânea. Uma multiplicidade de contra-ações normativas está surgindo para enfrentar os desafios da revolução digital. No entanto, não há um único autor constitucional. Assim como em um vasto canteiro de obras existem várias empreiteiras trabalhando ao mesmo tempo, também, em um ambiente globalizado, a constitucionalização ocorre simultaneamente em diferentes níveis sociais (CELESTE, 2023, p. 81).

Trazendo a lume o constitucionalismo digital o autor ainda elucida que:

O constitucionalismo contemporâneo não foi extraído da rocha da história como um bloco de mármore monolítico. O constitucionalismo se desenvolveu mais como uma cebola. Seus valores fundamentais internos moldaram progressivamente outras camadas externas: princípios brotando para enfrentar o complexidades emergentes da sociedade. Nas palavras de Chris Thornhill: as normas constitucionais são construídas como camadas dentro da estrutura inclusiva em evolução do sistema político; novas normas constitucionais são articuladas, progressivamente, à medida que o sistema político da sociedade é exposto a desafios e demandas, que não consegue absorver, e à medida que requer complexidade normativa adicional para sustentar suas funções de inclusão. A chave para entender as constituições, portanto, é examinar as normas constitucionais como um aparato adaptativo construído historicamente, que está intimamente relacionado com as distintas pressões inclusivas na sociedade. Hoje,

os princípios constitucionais existentes não podem mais resolver todos os desafios da sociedade contemporânea. A forma externa do constitucionalismo necessariamente muda novamente. Novas camadas constitucionais são acrescentadas progressivamente às já existentes. Novos princípios surgem para articular os valores fundamentais do constitucionalismo à luz das questões problemáticas da sociedade contemporânea, incluindo, mas não se limitando a, os desafios do digital evolução. O constitucionalismo está em mutação em múltiplas frentes. No entanto, a escala de transformação provocada pelo advento da revolução digital é tal que se pode distinguir nitidamente a multiplicidade de novas camadas normativas que abordam esse fenômeno. Um novo broto na teoria constitucionalista: o que se poderia chamar de “constitucionalismo digital” (CELESTE, 2023, p. 137).

Nesta tradução livre acima, da obra “Constitucionalismo Digital” de Eduardo Celeste é possível extrair elementos fundantes do constitucionalismo digital, o qual como concebemos é fruto do condensamento dos constitucionalismos anteriores, todavia, com arraigamento da revolução digital.

1.4 Democracia plural e recíproca: sugestões para o ciberespaço

A ideia central de democracia trazida pela Grécia antiga vem sendo desdobrada há milênios em torno do epíteto “governo do povo”. Ademais, esse governo do povo gravita em torno sempre da ideia de deliberação e representação. Dito de outra forma, a maioria das democracias globo a fora tem o formato deliberativo e representativo, o que equivale a dizer em governo da maioria, fundado e fulcrado hodiernamente nos direitos fundamentais e no sufrágio universal (CASTRO, 2022).

A questão da deliberação é austeramente importante na medida em que é por intermédio do exercício de reflexões e discussões sobre as temáticas sensíveis à determinado povo e conseqüentemente a seu país, no intuito de tomar decisões, que os dirigentes públicos agem imbuídos da soberania popular. Já a representatividade encarta valores sublimes, uma vez que é por intermédio dela que o povo tem sua voz levada a efeito nas instituições de Estado, pelo instrumento do sufrágio (CASTRO, 2022).

Por mais de dois séculos, a democracia tem sido objeto de debate e luta. Os detentores do poder às vezes alegam que governam em nome do povo, e essa afirmação às vezes é contestada por movimentos sociais. Em vários momentos da história mundial da democratização, movimentos específicos desempenharam papéis especiais: o movimento pela abolição da escravatura, o movimento trabalhista, o movimento pelos direitos das mulheres. Em outras ocasiões, os detentores do poder reformista em um país tentaram emular

as práticas de outros países. Tais processos redefiniram continuamente o significado de democracia (MARKOFF, 2014).

Destacam-se alguns momentos dramáticos ao longo destes séculos: momentos em que fala-se em democracia, os governos buscam reformas e os movimentos sociais exigem a democracia. Quando esse é o caso em muitos países simultaneamente, temos uma onda democrática. Nosso próprio momento histórico segue a crista de uma dessas ondas - a maior onda até hoje, na verdade (MARKOFF, 2014).

Durante uma onda democrática³, a organização dos governos é alterada – às vezes por reformas pacíficas, às vezes por derrubadas dramáticas – de maneiras amplamente consideradas mais democráticas. Durante essa onda democrática, há muita discussão sobre as virtudes da democracia, os movimentos sociais muitas vezes exigem mais democracia e as pessoas em posições de autoridade proclamam suas intenções democráticas. Durante as ondas antidemocráticas, os governos são transformados de maneiras amplamente consideradas antidemocráticas, os movimentos sociais proclamam sua intenção de acabar com a democracia e as figuras do governo expressam com orgulho sua hostilidade à democracia (MARKOFF, 2014).

As democracias contemporâneas vivem um momento de expiação diante da emergência do recrudescimento do populismo a nível global. Estratégias de desinformação e discursos sectários de radicalização política têm influenciado o debate público, colocando em risco garantias individuais. Se o século passado assistiu a um claro processo de espraiamento de ordens constitucionais baseadas na representatividade e no pluralismo, os tempos atuais parecem indicar um verdadeiro movimento de reversão dessas conquistas. O corolário natural dessa realidade é a emergência de movimentos populares com pautas largas e bastante abrangentes que dão cores à manifestação da virtude política (MENDES, 2022).

³ O Brasil vive atualmente o seu mais longo período histórico de ordem democrática. A Constituição Federal de 1988 superou institucionalmente um modelo de democracia meramente formal baseado no autoritarismo do Regime Militar iniciado em 1964. Coube ao texto constitucional reunir as aspirações de uma sociedade que se afastava de mais de duas décadas de repressão. Isso explica seu foco em uma agenda social que transcende de longe aspectos meramente formais. Em um país onde o acesso aos direitos sociais básicos ainda não foi garantido a milhões de pessoas, não surpreende que a Assembleia Constituinte de 1987 tenha sido tão generosa. A Carta Magna também refletiu a perspectiva de que um Estado Constitucional é também um local de síntese e de proclamação dessas aspirações historicamente esquecidas. Avaliando o processo democrático brasileiro Boaventura de Souza Santos pontua em sentido diferente que a redemocratização brasileira envolveu, simultaneamente, grandes doses de continuidade política misturadas com algumas doses de inovação política. Em nível político, apesar dos primeiros indícios de formas de organização social, as forças hegemônicas ao longo do processo de modernização mantiveram o controle sobre o sistema político. Houve não apenas a continuidade em termos de políticas. Um dos mais importantes resquícios do autoritarismo, o fortalecimento da influência das redes clientelistas sobre o sistema político, foi não apenas mantido como também reforçado (MENDES, 2022).

As mudanças tecnológicas continuam a reagrupar as pessoas de novas maneiras. As migrações colossais de pessoas induzidas por mudanças econômicas ou conflitos políticos, a capacidade de manter contatos através dos oceanos por meio de redes de comunicação cada vez mais elaboradas e as orientações cada vez mais distantes das elites econômicas e políticas lidando com negócios distantes e governos distantes. A consciência de outras culturas faz parte da vida diária (MARKOFF, 2014).

Desta forma, a invenção de novos modos de regulação política surge como uma das tarefas que se impõem com urgência à humanidade. Moralmente desejável quando caminha no sentido de um aprofundamento da democracia, essa invenção envolve a saúde pública ao condicionar a resolução dos problemas graves e complexos de nosso tempo. Desenvolvemos aqui a hipótese “utópica” de uma democracia direta acompanhada por computador, ou de uma ágora virtual, mais capaz de nos fazer atravessar as águas turbulentas da mutação antropológica do que os sistemas representativos atuais (LEVY, 2007).

A ideia de uma democracia em tempo real não tem nada de paradoxal, uma vez que a democracia é, por natureza, em tempo real. Em sua acepção mais comum, de fato, ela se contrapõe à arbitrariedade do tirano, ou ao poder de uma minoria, e estabelece uma lei válida para todos e decidida por todos (ou, pelo menos, da maioria) — o que significa que o objetivo da democracia é realizar e conservar a *autonomia* do grupo de cidadãos: a cidade dá a si suas próprias leis (LEVY, 2007).

A democracia representativa é um fenômeno que, embora seja uma realidade para os homens, pressupõe as instituições tradicionais da democracia representativa. No entanto, as novas tecnologias, principalmente, as redes sociais, apontam para um enorme espaço público virtual, que desafia as estruturas de mediação democrático-representativas, sejam elas públicas (a começar pelos parlamentos) ou privadas (a grande mídia tradicional). Trata-se de um processo natural, espontâneo e inexorável, mas que não pode avançar em detrimento das instituições democrático-representativas sob pena de desvirtuar o próprio regime democrático (AMARAL JÚNIOR, 2022).

Esse “enorme espaço público virtual” descrito por Amaral Júnior (2022) é o “ciberespaço”, que não é um lugar, mas vários lugares. Há algo único nas interações nesses espaços e algo especialmente único em como eles são regulados. O “código” é um regulador no ciberespaço porque define os termos que é oferecido. E aqueles que definem esses termos reconhecem cada vez mais o código como um meio de alcançar os comportamentos que mais os beneficiam. (LESSIG, 2006).

O primeiro desafio colocado ao Estado de direito no ciberespaço é dirigido ao que foi o seu principal elemento identitário: o sistema democrático e o pluralismo que é inseparavelmente ligado a ele. Na verdade, o constitucionalismo democrático no ciberespaço levanta numerosos problemas e dificuldades, alguns dos quais são novos no contexto jurídico-político experiência (MORAIS; MENDES; VESTING, 2022).

Essa ideia plural é perseguida também ao que parece por Callejón (2022), que traz a metáfora de antigo provérbio árabe acerca da verdade, segundo o qual a verdade é um espelho que caiu do céu e ao entrar em contato com a terra se despedaçou em muitos pedaços, de tal forma que cada pessoa só tem um pedaço da verdade. Assim, para saber a verdade temos que juntar, teremos que juntar todas essas peças.

Esta metáfora explica-nos o significado da democracia representativa como democracia pluralista. Faz-nos ver, antes de mais, a inutilidade de uma abordagem unitária baseada na ideia de uniformidades ou unidades fictícias, que não correspondem à realidade das coisas, com a existência de um pluralismo social e político a partir do qual iremos, necessariamente, ter de tirar consequências para a governação democrática da sociedade. (CALLEJÓN, 2022).

Faz-nos ver também, por outro lado, a necessidade de considerar as verdades dos outros não como algo a perseguir ou excluir, mas antes como algo necessário para conhecer a verdade como um todo, para construirmos juntos uma verdade que certamente não será a nossa nem a verdade dos outros, mas sim uma verdade comum, resultante do acordo, do consenso e do compromisso que são elementos fundamentais de uma democracia constitucional (CALLEJÓN, 2022).

Pluralismo e reciprocidade são elementos fundamentais para complementar deliberação e representação. Isso porque, sem pluralismo a democracia não conquista os indivíduos (as) ocupantes daquele território. A diversidade dos dias atuais é de grande monta, pelo que, o sistema deve ser plural. Quem tem reciprocidade consegue se encaixar nas mais diversas situações, o que faz com que a democracia abrace esse valor e o eleja como fundante (CASTRO, 2022).

Assim como anotamos em outra oportunidade e resta transcrito no parágrafo anterior é de bom tom repetir: A reciprocidade se traduz em alteridade, ou seja, respeito mútuo: esta deveria ser a leitura da democracia digital. A facilidade com que a informação trafega pelas vias da inteligência algorítmica revela por um lado a face preocupante do comportamento de

parte da sociedade humana, entretanto há quem ocupe espaço ladeado às vias do estreito cumprimento do dever de alteridade.

As redes sociais revelam exatamente isso, fatias do comportamento humano agrupadas ao dever de respeito mútuo, que se preocupam com o que veiculam, que circulam com cuidado e “sabem onde pisam”, e, tantas outras condensadas no prumo da limitada agremiação de *likes* e *views*, ou pior, alinhadas à prática de literais incumprimentos normativos. Não é à toa que a pesquisa tem por objeto a tensão da “moderação de conteúdo”, ou seja, em razão da pluralidade da sociedade, emerge nas plataformas, o comportamento diversificado que faz surgir a dupla regulação, tanto na esfera das plataformas, quanto dos entes nacionais e transnacionais (aqui incluídos organizações governamentais e não governamentais).

1.5 Direitos fundamentais na contemporaneidade

Direitos fundamentais⁴ são direitos humanos catalogados por determinado Estado, com o diferencial da “fundamentalidade”, ou seja, cada País diz que direitos são “fundamentais” naquele território e tempo. O Brasil foi pioneiro na utilização da expressão⁵.

Egídio (2022) pontua que hoje em dia, os direitos fundamentais podem ser exercidos na arena “clássica” ou na arena digital, e, as redes sociais também correspondem a um forma legítima de participação democrática. Isto pode se verificar pelo fato de vários líderes terem contas no Twitter ou no Instagram, beneficiando assim das potencialidades que o recurso a estas redes pode ter na disseminação de ideias, alcance de destinatários e potencial impacto.

⁴ Entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental há estreitas conexões. Sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Se a recíproca é verdadeira, isso já é duvidoso. Ela não é verdade irá quando há normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos. Seria possível responder à pergunta acerca da existência desse tipo de normas por meio da definição segundo a qual são consideradas como normas de direitos fundamentais somente as normas que outorgam direitos fundamentais. Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais seriam, assim, sempre dois lados da mesma moeda (ALEXY, 2008).

⁵ Uma breve análise sobre a evolução constitucional brasileira mostra que a CF 88, inspirada principalmente no constitucionalismo alemão, português e espanhol, foi a primeira a lançar mão da expressão genérica *direitos e garantias fundamentais*, abrangendo as diversas espécies de direitos (individuais e coletivos, sociais, nacionalidade, direitos políticos), o que aproxima o direito constitucional positivo pátrio da tendência dominante no âmbito do direito comparado, especialmente a partir da Lei Fundamental da Alemanha, de 1949. Ao passo que no âmbito da filosofia política e das ciências sociais de um modo geral, bem como no plano do direito internacional, a expressão mais utilizada seja a de direitos humanos, no domínio do direito constitucional a opção terminológica pelos direitos fundamentais acaba sendo a mais afinada com o significado e conteúdo de tais direitos na Constituição, tanto em homenagem ao direito constitucional positivo, quanto em virtude do regime jurídico reforçado dos direitos assegurado pelo constituinte (SARLET, 2018).

Celeste (2023) relaciona como novos direitos, o devido processo legal *online*, o direito de acesso à *internet*, o direito a um fórum digital, e, os já relacionados, direito a e-democracia e a proteção de dados.

A relação entre a internet e a teoria constitucional dos direitos fundamentais é ambivalente, pois, se por um lado a tecnologia pode ser utilizada como ferramenta concretizadora dos objetivos clássicos do constitucionalismo, no sentido de regular o poder político e garantir direitos fundamentais, por outro, cria a necessidade da proteção desses direitos que passam a se sujeitar a novas formas de violação nos ambientes digitais. (GOMIDE, 2023).

Outro ponto importante no Brasil é a Emenda Constitucional n. 115/2022 que assegurou a proteção de dados como garantia fundamental. A previsão constitucional reforçou os princípios da LGPD e destacou a ideia de que os dados pessoais são relevantes e só podem ser utilizados pela iniciativa privada ou pelo Poder Público diante da demonstração de interesse legítimo (SIMONETTI, 2022).

2 PLATAFORMAS DIGITAIS, MODERAÇÃO DE CONTEÚDO E REGULAÇÃO

2.1 A formação da sociedade de plataforma

Segundo Teubner (1999) atualmente, a desconstrução da distinção público/privado já se tornou quase um ritual, mas ninguém sabe exatamente por qual outra classificação se poderia substituí-la. Cientistas sociais analisaram repetidamente a separação entre Estado e sociedade, mas, em seu lugar, veem apenas uma politização de toda a sociedade.

Teubner (1999) tem a ideia de policontextualidade, ao invés do conceito simplista e binário separatista das esferas público/privada:

Não gostaria de sugerir apenas a rejeição da separação entre setor público e privado como uma simplificação grosseira demais da atual estrutura social, mas também proporia o abandono de todas as ideias de uma fusão de aspectos públicos e privados. Ao invés disso, a simples dicotomia público/privado deveria ser substituída pela ideia mais sofisticada da *policontextualidade*. Isso significa que as atividades da sociedade não podem mais ser analisadas com ajuda de uma única classificação binária; ao contrário, a atual fragmentação da sociedade numa multiplicidade de atores sociais exige uma multiplicidade de setores sociais exige uma multiplicidade de perspectivas de autodescrição. Analogamente, o singelo dualismo Estado/sociedade, refletido na divisão do direito em público e privado, deve ser substituído por uma pluralidade de setores sociais reproduzindo-se, por sua vez, no direito. (...). Nem o direito público (como o direito dos processos políticos) nem o direito privado (como o direito dos processos econômicos) tem condições de desenvolver estruturas jurídicas adequadas contexturas da sociedade civil (TEUBNER, 1999, p. 117).

A construção teórica de Teubner (1999) vai de encontro à Luhmann (2016):

Sobre o conceito do sistema observante, a teoria dos sistemas explora o acesso a uma epistemologia construtivista considerada em termos muito gerais. Nessa epistemologia, não devem ser entendidos apenas sistemas especialistas em cognição, mas sistemas de todo tipo, que estabeleçam observações autoproduzidas a fim de regular sua relação com o ambiente – para o qual ela não tem acesso direto mediante suas operações –, tampouco sistemas como religião, arte, economia, política e mesmo o direito. A associação de construções tão distintas e policontextuais tem de ser produzida por uma teoria de observação de segunda ordem. Do ponto a que se chegou, é possível vislumbrar duas possibilidades e, de maneira equivalente, um modo de observar jurídico e outro da sociologia do direito (sempre: o direito como um sistema auto-observante). O sociólogo observa o direito de fora, o jurista o observa de dentro. O sociólogo é atrelado unicamente por seu próprio sistema, que dele pode exigir, por exemplo, “investigações empíricas”. O jurista, por sua vez, obedece somente ao seu próprio sistema; o sistema aqui, contudo, é o próprio sistema do direito. Assim, uma teoria sociológica de direito acabaria por ser uma descrição externa ao sistema do direito; não obstante, seria uma teoria adequada se descrevesse o sistema como algo que se descreve a si mesmo (teoria que, nos dias de hoje, tentou explicar-se somente pela sociologia do direito). Já uma teoria jurídica do direito seria uma autodescrição do sistema de direito, e essa autodescrição teria de levar em conta

que auto-observações e autodescrições de seu objeto só podem apreendê-lo se o distinguirem de outros objetos. Teriam de identificá-lo e, portanto, distingui-lo, para poder associar-se a ele. Quanto a isso, o que se tem hoje são apenas fórmulas problemáticas, como “direito e sociedade”, que acabam operando mais como incentivo ao equívoco de pensar que poderia existir direito fora da sociedade (LUHMANN, 2016, p. 13).

O sistema policontextual por certo é o mais condizente com a atual quadra da história da sociedade: fragmentada, heterárquica (diferença e diversidade)⁶ e complexa. A isso é preciso acrescentar a transição do poder entre o agrupamento das organizações (sociedade organizada, partidos políticos, sindicatos, entidades de classe, entidades representativas) para a pulverização nos grupamentos localizados nas plataformas digitais.

O termo “sociedade de plataforma” refere-se a uma sociedade na qual o tráfego social e econômico é cada vez mais canalizado por um ecossistema de plataforma on-line global (predominantemente corporativo) que é orientado por algoritmos e alimentado por dados. Para entender bem o que está em jogo aqui, definiremos e desvendaremos o que queremos dizer quando falamos de “plataforma” e “ecossistema de plataforma”, construções essencialmente metafóricas que se tornaram aceitas como termos abrangentes (VAN DIJCK, 2018).

Uma plataforma on-line é uma arquitetura digital programável projetada para organizar as interações entre usuários, não apenas usuários finais, mas também entidades corporativas e órgãos públicos. Ela é voltada para a coleta sistemática, o processamento algorítmico, a circulação e a monetização dos dados do usuário. As plataformas individuais não podem ser vistas separadamente umas das outras, mas evoluem no contexto de um ambiente estruturado por sua própria lógica. Um “ecossistema de plataforma” é um conjunto de plataformas em rede, regido por um conjunto específico de mecanismos que molda as práticas cotidianas (VAN DIJCK, 2018).

Embora, as grandes plataformas, especialmente aquelas manejadas pelas “*big five*”⁷, possam dominar o ecossistema, elas não são as únicas concorrentes. Governos, empresas estabelecidas (pequenas e grandes), empreendedores individuais, organizações não

⁶ A insatisfação dos arqueólogos com o modelo de complexidade sociocultural de bando-tribo-chefe-estado resultou no reexame epistemológico da hierarquia, na exploração da heterarquia e no histórico e fluxo contextual entre eles. Este cálculo das relações de poder dentro e entre as políticas ajuda a compreender como ocorrem as mudanças de poder e em que condições as diversas distribuições de poder constituem estáveis e instáveis configurações. As relações de poder, embora baseadas em sistemas de valores, deixam evidências físicas quando a sua importância é classificada e reclassificada por indivíduos, grupos e organizações à medida que as condições mudam. A relação de heterarquia oferece uma nova abordagem para o estudo da agência, do conflito e da cooperação (CRUMLEY, 1995).

⁷ GAFAM – Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft.

governamentais, cooperativas, consumidores e cidadãos participam da formação das práticas econômicas e sociais da sociedade das plataformas. Evidentemente, os conflitos entre os atores todos com seus próprios interesses, ocorrem em vários níveis: local, nacional, supranacional e global (VAN DIJCK, 2018).

O capitalismo de vigilância reivindica de maneira unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais. Embora alguns desses dados sejam aplicados para o aprimoramento de produtos e serviços, o restante é declarado como *superávit comportamental* do proprietário, alimentando avançados processos de fabricação conhecidos como “inteligência de máquina” e manufaturado em *produtos de predição* que antecipam o que um determinado indivíduo faria agora, daqui a pouco e mais tarde. Por um, esses produtos de predições são comercializados num novo tipo de mercado para predições comportamentais que chamo de *mercados de comportamentos futuros*. Os capitalistas de vigilância têm acumulado uma riqueza enorme a partir dessas operações comerciais, uma vez que muitas companhias estão ávidas para apostar no nosso comportamento futuro (ZUBOFF, 2019).

2.2 Moderação de conteúdo

2.2.1 A primazia do conceito e contexto na virtualidade

A moderação de conteúdo das plataformas de redes sociais ocupa a centralidade do debate não só do direito e constitucionalismo digitais em face da urgência de medidas de regulação que tragam lume à atividade exercida pelos milhões e bilhões de usuários espalhados pela superfície do planeta, nas redes, dado ao fato de hoje vivermos na sociedade das plataformas⁸.

Um conceito da *Digital Services Act* (DSA), que é a normativa europeia que trata da dos serviços digitais a define como:

⁸ O LinkedIn, uma rede fundada em 2002, nasceu com a missão de conectar empresas e profissionais do setor corporativo. Mas, com o tempo, a plataforma evoluiu para suportar interações sociais. O Last.fm, um serviço de compartilhamento de gostos musicais, lançado também em 2002, já trazia algumas interações sociais embutidas. No entanto, a primeira rede social — que nasceu nos moldes do que se espera de uma — foi a Classmates.com, fundada em 1995, nos primórdios dos porões da internet. <https://tecnoblog.net/responde/qual-foi-a-primeira-rede-social-criada-na-internet/>, Acesso em: 01 nov. 2023.

Atividades, automatizadas ou não, empreendidas por prestadores de serviços intermediários, destinadas em especial a detectar, identificar e combater os conteúdos ilegais ou informações incompatíveis com os seus termos e condições fornecidos pelos destinatários do serviço, incluindo as medidas tomadas que afetam a disponibilidade, visibilidade e acessibilidade desses conteúdos ilegais ou dessas informações, como a despromoção, a desmonetização, a desativação do acesso ou a supressão dos mesmos, ou que afetem a capacidade de os destinatários do serviço fornecerem essas informações, como a cessação ou suspensão da conta de um destinatário. Mas moderação hoje não se resume a atividades automatizadas ou não empreendidas por prestadores de serviços intermediários (EUROPEAN COMMISSION, 2020).

Para Poletto e Moraes (2022), a moderação de conteúdo é a atividade das plataformas digitais de triagem de todo o conteúdo publicado pelos usuários, bem como marcação desse conteúdo como o que pode ou não estar no ambiente digital, de acordo com as regras da empresa, com o intuito de proteger os usuários e prevenir abusos.

Grimmelmann (2015) elenca seis técnicas de moderação de conteúdo que as plataformas exercem na organização do fluxo de conteúdo dos autores para seus leitores. A primeira forma é a exclusão do conteúdo (*deletion*) que opera removendo a publicação que esteja em desacordo com as regras impostas pela plataforma. A segunda é a moderação de edição (*editing*), que consiste na alteração de conteúdo que varia em corrigir erros de digitação alterando a essência de um post, isto é, o moderador rejeita a verdade do autor e as substitui pela dele próprio (GRIMMELMANN, 2015).

A terceira técnica é a anotação (*annotation*), a qual se traduz pela adição de informações ou por comentários no conteúdo (GRIMMELMANN, 2015). Um exemplo é o sistema de feedbacks dos compradores e vendedores nas plataformas de e-commerce na qual usuários escrevem comentários e críticas bem como os likes e comentários no Facebook e Instagram (POLETO; MORAIS, 2022).

A seguir, a quarta técnica a síntese (*synthesis*) é a combinação de transformação de conteúdo. O Wikipédia é o principal exemplo dessa organização de fluxo, uma vez que os usuários podem promover pequenas e heterogêneas mudanças sintetizadas em uma enciclopédia digital (GRIMMELMANN, 2015).

A filtragem de conteúdo (*filtering*) é uma ferramenta não destrutiva como exclusão, mas que pode resultar no mesmo efeito prático. A operacionalização desse fluxo sustenta-se como um motor de busca que filtra o conteúdo e apresenta apenas os mais relevantes aos leitores (GRIMMELMANN, 2015). A exemplificação mais precisa acontece na linha do tempo das redes sociais do Facebook e Instagram que apresentam no início da página o

conteúdo mais relevante e o menos relevante no final, resultando em uma “exclusão” deste último (POLETO; MORAIS, 2022).

Por último, a formatação (*formatting*) é o modelo de moderação de conteúdo que apresenta uma tipografia melhorada ao exibir informações aos leitores, tornando a legibilidade ordenada e rápida (GRIMMELMANN, 2015).

2.3 Moderação de conteúdo e regulação

A fundamentação da regulação e, por consequência, do direito regulatório, encontra-se na necessidade de proteção de um determinado objeto errático. Não se pode negar que a competição tem sido identificada como tal objeto e opera um efeito decisivo no modelo regulatório atual. Ela é, portanto, um dos fundamentos da regulação, todavia também não se apresenta como seu fundamento central. O cerne da regulação reside em outra seara qualificadora do mercado⁹: o direito à igualdade (ARANHA, 2018).

Em matéria de regulação é importante ponderar por transparência, adotando entendimento de que a fim de aprimorar a legitimidade democrática nas decisões tomadas pelas plataformas encarregadas da moderação de conteúdo, é essencial que a sociedade compreenda os padrões que orientam as escolhas dos agentes privados ao identificar, analisar e remover conteúdos prejudiciais, assim como os parâmetros utilizados nos sistemas de recomendação algorítmica. Além de disponibilizar informações gerais sobre os termos e condições de uso da plataforma, ou até mesmo apresentar relatórios periódicos, as demandas por transparência devem abranger diversos aspectos relacionados ao funcionamento desses modelos de negócios. Por exemplo, é relevante compreender como os algoritmos operam, quais são os critérios dos sistemas de recomendação e como as políticas internas são aplicadas por meio de órgãos e procedimentos internos. A divulgação desses critérios é significativa tanto em si mesma quanto para possibilitar que as plataformas possam ser responsabilizadas por suas decisões, seja por outros interessados ou por instituições independentes (SUZOR et al., 2019).

Assim, mesmo sem obrigações legais formais, existem expectativas sociais de que estes decisores privados devem respeitar os valores do Estado de Direito Informalmente, então, espera-se que os sistemas de moderação de conteúdo observem alguns dos valores

⁹ Vital Moreira (1997) reconhece a existência de regulação social, diferente assim da de mercado, com aspecto do comportamento dos sujeitos num determinado domínio jurídico.

fundamentais do direito público, incluindo os procedimentos, regularidade dural e não arbitrariedade (NAPOLITANO, 2012).

Segundo Balkin (2020) não se deve regulamentar as mídias sociais a menos que se entenda o desejo regulá-las. As redes sociais já construíram uma esfera pública digital na qual são os intervenientes mais importantes. O objetivo deveria ser tornar essa esfera pública digital vibrante e saudável, para que promova o princípio da liberdade de expressão – democracia política, democracia cultural e o crescimento e difusão do conhecimento. Para atingir esses objetivos será preciso de instituições intermediárias confiáveis com os tipos corretos de normas. O objetivo da regulamentação deve ser dar às empresas de redes sociais incentivos para assumirem as suas responsabilidades apropriadas na esfera pública digital.

2.3.1 A regulação privada: as políticas e termos de condições e uso nas plataformas de redes sociais

2.3.1.1 Facebook

O Facebook possui quase 2,5 bilhões de usuários ativos na atualidade, mais de ¼ da população mundial, dados oficiais das nações unidas, que ultrapassou 8 bilhões de habitantes em 2022¹⁰.

Os padrões da comunidade do *Facebook* descrevem o que é ou não permitido na plataforma (FACEBOOK, 2023)¹¹. Para tanto, a rede social, introduz este material da seguinte forma:

Todos os dias, as pessoas usam o Facebook para compartilhar experiências, conectar-se com amigos e familiares, e criar comunidades. É um serviço para mais de duas bilhões de pessoas de diferentes países e culturas se expressarem livremente em vários idiomas. A Meta reconhece a importância de o Facebook ser um espaço onde as pessoas possam se comunicar e leva a sério o papel de eliminar dos seus serviços todo tipo de abuso. Por isso desenvolvemos padrões para o que é e o que não é permitido no Facebook. Esses padrões são baseados no feedback das pessoas e nas orientações de especialistas de algumas áreas, como tecnologia, segurança pública e direitos humanos. Para garantir que todas as vozes sejam valorizadas, criamos, com muito cuidado, padrões que incluem diferentes pontos de vista e crenças, em especial de pessoas e comunidades que possam ser ignoradas ou marginalizadas.

¹⁰ <https://news.un.org/pt/tags/populacao-mundial>.

¹¹ <https://transparency.fb.com/pt-br/policies/community-standards/>

Os padrões acima informados são: autenticidade, que pode ser definida no ambiente *Facebook*, pela vontade da plataforma de não contar com perfis falsos; segurança, definida pelo compromisso de fazer da plataforma um lugar seguro, com a remoção de conteúdo que possa contribuir para o risco de danos à segurança física das pessoas; privacidade, que dá às pessoas a liberdade de serem elas mesmas, escolher como e quando compartilhar no *Facebook* e criar conexões mais facilmente; e dignidade, segundo a qual, a plataforma espera que as pessoas respeitem a dignidade alheia e não assediem ou difamem terceiros.

A plataforma possui padrões de sua comunidade que se aplicam a todas as pessoas no mundo inteiro e a todos os tipos de conteúdo. Cada seção dos padrões da comunidade começa com um fundamento da política que define as metas e apresenta trechos específicos que destaca o seguinte (FACEBOOK, 2023): Conteúdo que não é permitido; e conteúdo que requer mais informação ou contexto para a tomada de providências; que é permitido com uma tela de aviso; ou que é permitido, mas apenas maiores de 18 anos de idade podem vê-lo. O conteúdo dos padrões da comunidade é dividido da seguinte forma (FACEBOOK, 2023):

Violência e comportamento criminoso:

- a) Violência e incitação
- b) Organizações e indivíduos perigosos
- c) Coordenação de danos e incitação ao crime
- d) Produtos e serviços restritos
- e) Fraude e engano

Segurança

- a) Suicídio e automutilação
- b) Exploração sexual, abuso ou nudez infantil
- c) Exploração sexual de adultos
- d) Bullying e assédio
- e) Exploração humana
- f) Violações de privacidade

Conteúdo questionável

- a) Discurso de ódio
- b) Conteúdo violento e explícito
- c) Nudez e atividade sexual de adultos
- d) Proposta de cunho sexual

Integridade e Autenticidade

- a) Integridade da conta e identidade autêntica
- b) Spam
- c) Segurança Cibernética
- d) Comportamento não autêntico
- e) Desinformação
- f) Transformação em memorial

Respeito à Propriedade Intelectual

- a) Propriedade Intelectual

Solicitações e decisões relativas à conteúdo

- a) Solicitações de usuários
- b) Proteção adicional de menores de idade

A regulação privada do Facebook é nitidamente material, ou substancial, como se pode ver acima, com a divisão em matérias delimitadas, contudo a plataforma também informa como as equipes de análise de moderação de conteúdo trabalham. A plataforma trabalha basicamente com três perguntas:

Gravidade: Qual é a probabilidade de o conteúdo causar danos, tanto on-line como off-line?

Efeito viral: Com que rapidez a URL do conteúdo está sendo compartilhada?

Probabilidade de violação: Qual é a probabilidade de o conteúdo em questão realmente violar nossas políticas?

De acordo com informações retiradas da Política da comunidade, as perguntas acima são respondidas pela análise da inteligência artificial, sendo que a equipe humana entra em ação para fazer julgamento difíceis, muitas vezes sutis, sendo que, sempre que os analistas tomam decisões, suas ações são usadas para melhorar a tecnologia.

O contrário também acontece, quando a tecnologia ajuda as equipes de análise humana a fazerem o que fazem de melhor (FACEBOOK, 2023). Isso traz o conceito de *machine learning*, vez que, as máquinas aprendem com os casos corriqueiros e se aperfeiçoam, deixando tempo útil para os humanos se debruçarem com os casos, novos, difíceis, sutis e complexos.

O procedimento de acordo com a plataforma para remoção de conteúdo é feito com um aviso de violação de alguma das matérias acima enumeradas enviado na caixa de entrada do Facebook, com uma breve descrição do motivo pelo qual o conteúdo não foi permitido, sendo que o usuário, pode contestar, respondendo e informando, já que a própria plataforma informa em seu sítio eletrônico que comete erros eventualmente, ocasião em que o conteúdo pode ser reestabelecido.

2.3.1.2 Twitter

Os termos de termos de serviço do Twitter estão vigentes desde 10 de junho de 2022, disponíveis no sítio eletrônico da plataforma e se dividem em seis tópicos: 1. Quem pode

utilizar os serviços; 2. Privacidade. 3. Conteúdo nos Serviços; 4. Utilização dos Serviços; 5. Isenções e limitações de responsabilidade; 6. Geral.

No que tange ao tópico 1, somente pode utilizar os serviços quem concordar em celebrar um contrato vinculante com o Twitter e não for uma pessoa impedida de receber serviços sob as leis da jurisdição aplicável. Em qualquer hipótese, o usuário deve ter no mínimo 13 anos de idade (TWITTER, 2023). Já no que se refere ao item 2, da privacidade, trata da coleta e uso de dados do usuário. O item 3, que é o que mais interessa à pesquisa tem a seguinte descrição do sítio eletrônico da plataforma:

Você é responsável por seu uso dos Serviços e por qualquer Conteúdo fornecido, incluindo a conformidade com leis, regras e regulamentos aplicáveis. Você só deve fornecer Conteúdo com o qual esteja confortável em compartilhar com outras pessoas. Qualquer uso ou confiança em qualquer Conteúdo ou materiais publicados pelos Serviços ou obtidos por você pelos Serviços é de sua inteira responsabilidade. Não aprovamos, apoiamos, declaramos nem garantimos a integridade, veracidade, exatidão ou confiabilidade de qualquer Conteúdo ou comunicado publicado pelos Serviços, tampouco endossamos opiniões expressas por eles. Você compreende que, ao utilizar os Serviços, pode estar exposto a Conteúdo ofensivo, prejudicial, impreciso, inadequado ou, em alguns casos, a publicações identificadas de modo indevido ou fraudulentas. Todo o Conteúdo é de responsabilidade exclusiva da pessoa que o criar. Não podemos monitorar ou controlar o Conteúdo postado através dos Serviços, e não podemos nos responsabilizar por tal Conteúdo. Reservamo-nos o direito de remover o Conteúdo que viole o Acordo do Usuário, incluindo, por exemplo, violações de direitos autorais ou de marcas comerciais ou outra apropriação indébita de propriedade intelectual, falsa identidade, conduta ilegal ou assédio. Constan informações relacionadas às políticas específicas e ao processo para denunciar ou reclamar quanto a violação em nossa central de ajuda.

O Twitter em sequência remete o leitor ao link¹² onde constam informações relacionadas às políticas específicas e ao processo para denunciar ou reclamar quanto à violação em sua central de ajuda. A plataforma prevê também tipos de violações que o usuário pode denunciar por meio da central de ajuda, que são divididas por “matérias”:

- a) Uso não autorizado de marca registrada
- b) Uso não autorizado de material protegido por direitos autorais
- c) Venda ou promoção de mercadorias falsificadas
- d) Política de privacidade em relação à crianças
- e) Exploração sexual de menores
- f) Pornografia
- g) Falsa identidade de uma pessoa ou marca
- h) Informações privadas publicadas no Twitter
- i) Comportamento abusivo e ameaças violentas
- j) Spam e abuso do sistema
- k) Violação da política de anúncios do Twitter

¹² <https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/twitter-report-violation#specific-violations>

O Twitter possui ainda “política de mídia sensível”, publicada em janeiro de 2023 (TWITTER, 2023)¹³, assim definida no sítio eletrônico da plataforma:

Não é permitido publicar mídias que apresentem conteúdo gráfico nem compartilhar conteúdo violento ou adulto em vídeos ao vivo ou em imagens do perfil, imagens no banner da lista ou fotos de capa da Comunidade. Mídias extremamente agressivas e que retratam conteúdo adulto e violência sexual e/ou agressão, zoofilia ou necrofilia também não são permitidas. As pessoas usam o Twitter para mostrar o que está acontecendo no mundo e normalmente compartilham imagens e vídeos como parte da conversa. De vez em quando, essas mídias podem conter assuntos sensíveis, incluindo conteúdo gráfico, nudez adulta e comportamento sexual. Entendemos que algumas pessoas podem não querer serem expostas a conteúdo sensível e é por isso que balanceamos a permissão para que as pessoas compartilhem esse tipo de mídia com ferramentas para pessoas que querem evitar esse conteúdo. Por isso, você não pode incluir conteúdo gráfico ou nudez adulta e comportamento sexual nas áreas de alta visibilidade do Twitter, incluindo vídeos ao vivo e imagens do perfil e da capa ou fotos de capa da Lista ou da Comunidade. Se você compartilhar esse tipo de conteúdo no Twitter, deverá classificar sua conta como sensível. Ao fazer isso, as imagens e os vídeos ficarão cobertos por uma proteção (ou mensagem de aviso) com a qual é preciso concordar antes de ter acesso às mídias. Ao usar esse recurso, as pessoas que não querem ver imagens sensíveis podem evitá-las ou tomarem uma decisão informada antes de escolher vê-las. Restringimos também qualquer mídia sensível, como nudez adulta e comportamento sexual, para quem tem menos de 18 anos ou para quem não incluiu data de nascimento no perfil. Saiba mais sobre conteúdo com restrição de idade aqui. Nesta política, há também alguns tipos de conteúdo de mídias sensíveis que não permitimos em nenhuma circunstância, pois elas podem normalizar a violência e causar desconforto em quem vê.

Para a plataforma há exceções, ou seja, de acordo com o provedor de aplicações o usuário pode compartilhar conteúdo explícito e outras formas e conteúdo de nudez adulta e comportamento sexual produzido consensualmente em seus Tweets, desde que essas mídias sejam marcadas como sensíveis.

Caso haja violação do conteúdo sensível, a plataforma exige a remoção, na primeira publicação, caso haja reiteração por parte do usuário, a conta do mesmo será permanentemente suspensa. Se o usuário acreditar que sua conta foi suspensa por engano este pode enviar uma contestação.

2.3.1.3 YouTube

Os termos de serviço do YouTube¹⁴ não são muito diferentes dos utilizados pelo Facebook e pelo Twitter. Para a pesquisa, o recorte utilizado, que é o da moderação de

¹³ <https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/media-policy>

¹⁴ <https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt>

conteúdo é o que trata de: “Quem pode usar o serviço?”, “Seu uso do serviço” e “Seu conteúdo e conduta”.

Nos termos que tratam de quem pode usar o serviço há restrição de idade, para crianças de no mínimo 13 anos, entretanto há o YouTube kids, para determinadas regiões do mundo que não tem limite de idade. Em seguida há a permissão dos pais ou responsável, para aqueles que tem menos de 18 anos, que para usar a plataforma, declaram ter recebido a permissão dos pais para usar o serviço. Por fim se o usuário estiver usando o serviço em nome de uma empresa, declara ter permissão da referida pessoa jurídica.

Já na etapa seguinte a plataforma traz regras acerca do “Seu uso do serviço”. Elas se dividem em categorias. A primeira delas é a do conteúdo no serviço (YOUTUBE, 2022):

Conteúdo no serviço

O conteúdo do Serviço inclui vídeos, áudio (por exemplo, músicas e outros sons), imagens, fotos, texto (como comentários e scripts), marcas (incluindo nomes comerciais, marcas comerciais, marcas de serviço ou logotipos), recursos interativos, software, métricas e outros materiais, que são fornecidos por você, pelo YouTube ou por terceiros (coletivamente, "Conteúdo").

A segunda também importante para a pesquisa e contida no grupo “Seu uso do serviço” é a de “permissões e restrições” (YOUTUBE, 2022). Assim não é permitido:

1. acessar, reproduzir, fazer download, distribuir, transmitir, exibir, vender, licenciar, alterar, modificar ou usar de outra forma qualquer parte do Serviço ou qualquer Conteúdo, exceto: (a) se autorizado de forma expressa pelo Serviço; ou (b) mediante uma permissão prévia por escrito do YouTube e, se aplicável, dos respectivos detentores dos direitos;
2. burlar, desabilitar, fraudar ou interferir com qualquer parte do Serviço (ou tentar realizar essas ações), incluindo recursos relacionados à segurança ou que (a) impeçam ou restrinjam a cópia ou outro uso do Conteúdo ou (b) limitem o uso do Serviço ou Conteúdo;
3. acessar o Serviço usando qualquer meio automatizado (como robôs, botnets ou scrapers), exceto (a) no caso de mecanismos de pesquisa públicos compatíveis com o arquivo robots.txt do YouTube; ou (b) mediante permissão prévia por escrito do YouTube;
4. coletar qualquer informação que possa identificar uma pessoa (por exemplo, nomes de usuário ou faces), a menos que permitido pelo usuário em questão ou se autorizado na seção (3) acima;
5. usar o Serviço para distribuir conteúdo promocional ou comercial não solicitado ou outras solicitações indesejadas ou em massa;
6. causar ou incentivar avaliações imprecisas de envolvimento real dos usuários com o Serviço, inclusive pagar ou fornecer incentivos para que as pessoas assistam

conteúdo, marcar um vídeo com "Gostei" ou "Não gostei", inscrever-se em um canal, ou manipular as métricas de qualquer outra maneira;

7. usar indevidamente qualquer processo de denúncia, sinalização, reclamação, disputa ou contestação, inclusive enviando argumentos infundados, vexatórios ou frívolos;

8. realizar concursos no Serviço ou por meio dele que não estejam em conformidade com as Políticas e Diretrizes de Concursos do YouTube;

9. usar o Serviço para assistir ou ouvir Conteúdo para fins comerciais, não pessoais (por exemplo, a exibição de vídeos ou reprodução de músicas no Serviço para fins públicos não é permitido); ou

10. usar o Serviço para (a) vender publicidade, patrocínios ou promoções colocadas sobre, ao redor ou dentro do Serviço ou Conteúdo, exceto aqueles permitidos nas Políticas de Publicidade do YouTube (como colocações de produtos compatíveis); ou (b) vender publicidade, patrocínios ou promoções em qualquer página de qualquer site ou aplicativo que contenha apenas Conteúdo do Serviço, ou em que o Conteúdo seja a base para tais vendas (por exemplo, vender anúncios em uma página da Web em que os vídeos do YouTube são o principal atrativo para os visitantes).

Já no item seguinte “seu conteúdo e conduta” há referências também a tipos de uploads de conteúdos permitidos na plataforma. No que tange ao conteúdo sensível o YouTube possui sua política, assim como Facebook e Twitter. No sítio eletrônico da plataforma há todas as diretrizes a serem observadas, dentre as quais está incluído o conteúdo sensível. Vejamos o resumo inicial¹⁵:

Usar o YouTube significa participar de uma comunidade de pessoas do mundo todo. As diretrizes abaixo ajudam a manter a plataforma divertida e agradável para todos. Estas políticas se aplicam a todos os tipos de conteúdo na plataforma, incluindo conteúdo não listado e privado, comentários, links, postagens na Comunidade, miniaturas etc.

As diretrizes se dividem em: spam e práticas enganosas; conteúdo sensível; conteúdo violento ou perigoso; produtos regulamentados; e desinformação; Vejamos cada um deles separadamente.

Segundo o YouTube, na categoria “Spam e práticas enganosas”, a base da comunidade do YouTube é a confiança, onde não é permitida a postagem de conteúdo com a intenção de aplicar golpes, enganar, enviar spam ou cometer fraude. Essa política se subdivide em:

¹⁵ <https://support.google.com/youtube/answer/9288567?hl=pt-BR>

- a) Políticas de spam, práticas enganosas e golpes
- b) Políticas de falsificação de identidade
- c) Política de links externos
- d) Política de engajamento falso
- e) Política sobre playlists
- f) Outras políticas

Já na categoria conteúdo sensível, a plataforma descreve que o desiderato é proteger os espectadores, os criadores de conteúdo e, principalmente, os menores de idade. Por isso há regras sobre sexo e nudez, segurança infantil e automutilação. O conteúdo sensível se subdivide em:

- a) Políticas de nudez e conteúdo sexual
- b) Política de miniaturas
- c) Política de segurança infantil
- d) Política sobre suicídio e automutilação
- e) Política sobre linguagem vulgar

Na cessão que veicula conteúdo violento ou perigoso, não são permitidos na plataforma, discursos de ódio, comportamento predatório, violência explícita, ataques maliciosos e conteúdo que promova comportamentos nocivos ou perigosos. Aqui o YouTube possui políticas sobre:

- a) Política de conteúdo perigoso ou nocivo
- b) Políticas sobre conteúdo violento ou explícito
- c) Política contra organizações criminosas violentas
- d) Política de discurso de ódio
- e) Política contra assédio e bullying virtual

Há também política sobre produtos regulamentados, na qual há menção acerca de produtos que não podem ser vendidos no Youtube. É subdividida em: políticas sobre a venda de produtos ou serviços ilegais ou regulamentados; e política contra armas de fogo.

Por fim, nessas diretrizes há política contra desinformação, na qual o Youtube não permite certos tipos de conteúdo enganoso que pode causar danos graves, o que inclui riscos reais, como a promoção de medicamentos ou tratamentos nocivos, conteúdo tecnicamente manipulado ou vídeos que interfiram em processos democráticos e se subdivide em:

- a) Políticas contra desinformação
- b) Políticas contra desinformação em eleições
- c) Políticas contra desinformações médicas relacionadas à COVID-19
- d) Políticas contra desinformação sobre vacinas

O YouTube, assim como o Facebook e o Twitter preveem processos simplificados de notificação de usuários acerca de conteúdo nocivo postado, para que o mesmo seja removido, e, em caso de manutenção da conduta, a ação da plataforma é no sentido de remoção da conta do infrator.

2.3.2 A regulação pública

2.3.2.1 O marco civil da internet no Brasil, a LGPD e o PL das fake news: a baixa densidade normativa brasileira e suas consequências

A regulação pública decorre da necessidade observada pelo Estado de intervir na realidade do serviço prestado pelas plataformas de redes sociais, haja vista que a autorregulação não se demonstrou suficiente para conter as demandas geradas pelos usuários nas plataformas.

Isto porque, processualmente não há normas claras nos provedores de aplicação tratando da moderação de conteúdo, mas apenas simples regras de remoção dos conteúdos que as plataformas entendem indevidos. Contudo, em se tratando de regulação substancial ou material, algumas plataformas como o Facebook por exemplo trazem restrições negativas consideráveis, que vão de encontro por exemplo ao conteúdo sensível da LGPD.

Em 2007 a modelo Daniela Cicarelli teve vídeo íntimo divulgado na plataforma *YouTube*, sem sua autorização, e o vídeo viralizou, tendo sido retirado de circulação, somente, com decisão judicial, que tirou do ar o próprio *YouTube*. Naquela época não havia ainda o Marco Civil da Internet, e, o magistrado se valeu do Poder Geral de Cautela, para tirar o site do ar. Souza, Lemos e Botino (2014, p. 62), comentando o caso, assim se pronunciaram:

À época, dado o vácuo legislativo, no que diz respeito à regulação da internet, o fundamento para tal decisão foi o instituto do poder geral de cautela. À luz dos quadrantes previstos no ordenamento jurídico brasileiro, trata-se de faculdade conferida ao magistrado para que esse possa, em caráter cautela, agir de forma necessária para cessar lesão ou ameaça de lesão a direito ainda que não conste do pedido das partes ou não haja previsão legal.

O Marco Civil da Internet é uma Lei Ordinária (Lei 12.965/2014) que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as

diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria (art. 1º).

Seu fundamento é o respeito à liberdade de expressão bem como: I - o reconhecimento da escala mundial da rede; II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III - a pluralidade e a diversidade; IV - a abertura e a colaboração; V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI - a finalidade social da rede (art. 2º).

Pela referida Lei, o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário, entre outros, são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei e na que dispõe sobre a proteção de dados pessoais; (art. 7º).

O Marco Civil da Internet prevê ainda regras relativas à proteção de dados dos usuários aos provedores de aplicações, hoje conhecidos como plataformas, ou redes sociais. É o caso do artigo 10, que dispõe que a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. A disponibilização dos dados depende de ordem judicial (Parágrafo Único).

Especificamente acerca da moderação de conteúdo e da regulação pública tratam os artigos 19, 20, 21 e 22. Vale ressaltar que este artigo o 20, o 21 e o 22 serão trabalhados no capítulo 3 de forma acurada, no contexto do RE 1.037.396/DF e dos tópicos da tensão regulatória e do papel da Jurisdição Constitucional, pelo que neste momento sua menção é no contexto do Marco Civil tão somente:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

É possível perceber que, “o provedor de aplicações”, ou redes sociais, só podem ser responsabilizados civilmente, por conteúdos gerados por terceiros em seu âmbito, se não tomarem providências após determinação judicial para tanto para tornarem indisponível, o referido conteúdo tido por infringente.

Vale destacar que o artigo 19, parágrafo 4º prevê a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

O modelo de responsabilidade de intermediários do MCI é delineado por quatro regras sobre o tema, em seus artigos 18 a 21. A primeira delas, de acordo com Zingales (2013), está no artigo 18, o qual estabelece que o provedor de conexão não pode ser responsabilizado por conflitos de direitos devido a conteúdo postado por terceiros. Trata-se de uma conclusão decorrente da compreensão de que provedores de conexão são “meros condutores” de infraestrutura tecnológica para os consumidores e não possuem relação com o conteúdo postado pelos usuários ou com demais malefícios e atitudes nocivas operadas por terceiros na rede mundial de computadores (ZINGALES, 2013).

A segunda regra, que é a regra geral do MCI e decorre do artigo 19, traz limitações à responsabilidade dos intermediários, especificamente se direcionando aos provedores de aplicação da internet. O artigo estipula a regra geral a partir da qual provedores de aplicação

da internet não podem ser responsabilizados civilmente por danos decorrentes de conteúdos produzidos por terceiros, a não ser que haja uma ordem específica determinando a indisponibilização de tais conteúdos, e esteja dentro das possibilidades técnicas dos intermediários tornar a indisponibilização possível. Em resumo, as plataformas digitais podem responder de forma subjetiva por omissão, em caso de manutenção de conteúdos ilegais e ilícitos que poderiam (em termos de capacidade técnica) ser por elas removidos, após expedição de ordem judicial (ZINGALES, 2013).

A terceira regra, que versa sobre direitos autorais, decorrer do parágrafo 2º do artigo 19 e é reafirmada pelo artigo 31 do MCI, excepciona a aplicação da regra geral de responsabilidade para casos envolvendo direitos de autor e conexos (HARTMAN, 2018).

Já a quarta regra para responsabilidade de intermediários presente no MCI traz uma excepcionalidade ao regime geral, de responsabilidade subjetiva por omissão, para casos relativos à divulgação de imagens, vídeos e materiais que contenham nudez ou de natureza privada (HARTMANN, 2018). O artigo 21 do MCI versa sobre os casos de violação de direitos de intimidade e privacidade, para os quais o MCI prevê a possibilidade de que os sujeitos que tiveram seus direitos ofendidos possam enviar uma notificação legal à plataforma. De acordo com o artigo, os provedores de aplicação, também poderão ser responsabilizados de forma subsidiária se, após, recebimento de notificação legal, deixarem de promover a indisponibilização do conteúdo de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço.

Por sua vez, o Projeto de Lei n. 2630, de 2020 do Senador Alessandro Vieira (Cidadania/SE), que institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet (PL das Fake News), nos termos do seu artigo 1º estabelece normas, diretrizes e mecanismos de transparência de redes sociais e de serviços de mensageria privada através da internet, para desestimular o seu abuso ou manipulação com potencial de dar causa a danos individuais ou coletivos.

Importante destacar que, o PL destaca que a Lei não se aplicará a provedores de aplicação que oferte serviços de rede social com menos de dois milhões de usuários registrados. O PL também destaca de forma importante o que é “conteúdo” e “conteúdo patrocinado”:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

VII - conteúdo: dados ou informações, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento em sentido amplo,

contidos em qualquer meio, suporte ou formato, compartilhados em uma aplicação de internet, independentemente da forma de distribuição, publicação ou transmissão utilizada pela internet;

VIII - conteúdo patrocinado: qualquer conteúdo criado, postado, compartilhado ou oferecido como comentário por indivíduos em troca de pagamento pecuniário ou valor estimável em dinheiro;

Além disso traz conceitos de desinformação e rede social:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

II - desinformação: conteúdo, em parte ou no todo, inequivocamente falso ou enganoso, passível de verificação, colocado fora de contexto, manipulado ou forjado, com potencial de causar danos individuais ou coletivos, ressalvado o ânimo humorístico ou de paródia.

X - rede social: aplicação de internet que realiza a conexão entre si de usuários permitindo a comunicação, o compartilhamento e a disseminação de conteúdo em um mesmo sistema de informação, através de contas conectadas ou acessíveis entre si de forma articulada.

No que tange à responsabilização dos provedores de aplicação no combate à desinformação, o PL das Fake News, vai além do que trata o Marco Civil da Internet, pois traz uma regulamentação mais abrangente. O artigo 2º do PL se reporta à consideração dos princípios da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados).

Ocorre que, o PL ao chegar na Câmara dos Deputados recebeu nova versão do Relator, Deputado Orlando Silva (PCdoB-SP). Em 08/02/2023, a Câmara dos Deputados noticiou que o Deputado iria se reunir no dia seguinte com representantes do Governo Federal para discutir o PL cuja urgência fora rejeitada em 2022 pela casa.

Essa nova versão bem mais abrangente, contém outras normas e vai além que a versão do Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE). Isso porque traz três partes importantes, que a versão do Senador não contempla. São elas: “Procedimentos de devido processo”, “autorregulação regulada” e “comitê gestor da internet”.

O primeiro grupo citado, qual seja, “procedimentos de devido processo” (art. 15) , são normas de regulação processual, que se reportam à regulação privada, no que tange à exclusão, indisponibilização, redução de alcance ou sinalização de conteúdo. Ademais, este dispositivo remete ao artigo 33, o qual ao prever o “comitê gestor da internet”, faz referência à criação de um conduta, para correção, dos provedores de aplicação na internet.

A criação de um código de conduta parece ser uma medida interessante, tanto do ponto de vista substancial, quanto processual, para a moderação de conteúdo, vez que, ditaria rumos importantes, em todos os sentidos na regulação privada e na regulação pública, pois traçaria linhas nas quais moderadores e moderados poderiam seguir com mais segurança. Isso se coaduna com a Carta de Direitos da Internet, que será tratada ao final.

Quanto à “autorregulação regulada o PL das fake News assim dispõe:

Art. 35 Os provedores poderão criar instituição de autorregulação voltada à transparência e à responsabilidade no uso da internet, com as seguintes atribuições:

I - criar e administrar plataforma digital voltada ao recebimento de denúncias sobre conteúdo ou contas e tomada de decisão sobre medidas a serem implementadas por seus associados, bem como a revisão de decisões de conteúdos e contas, por meio de provocação por aqueles afetados diretamente pela decisão;

II - tomar decisões, em tempo útil e eficaz, sobre as denúncias e revisão de medidas abrangidos por esta lei; e

III - desenvolver, em articulação com as empresas de telefonia móvel, boas práticas para suspensão das contas de usuários cuja autenticidade for questionada ou cuja inautenticidade for estabelecida;

§ 1º A instituição de autorregulação aprovará resoluções e súmulas de modo a regular seus procedimentos de análise.

§ 2º A instituição de autorregulação terá natureza de associação nos termos do Código Civil.

Sobre o tema por todos ver Abboud e Campos (2021) trabalhados no capítulo 3.

2.3.2.2 As legislações europeia, alemã e norte-americana em matéria de moderação de conteúdo: contributos para a discussão brasileira

No âmbito mundial há regramentos diversos acerca da moderação de conteúdo, sendo predominantes o cenário da União Europeia, da Alemanha e dos EUA. Países como França e Inglaterra também se destacam, contudo, os três anteriores são proeminentes em matéria de moderação de conteúdo.

A União Europeia por exemplo desde os anos 2000 já possui material legislativo acerca do mercado digital, qual seja, a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 08.-6.2000. Hoje entretanto, após, a *Digital Services Act* (Lei de Serviços Digitais), que culminou no Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19.10.2022 há outro panorama na Região.

Carvalho, Lima e Farinha (2021), chamam a atenção para o fato de que a proposta de Lei do Serviços Digitais foi o culminar de anos de inovação tecnológica que precisou ser acompanhada das necessárias atualizações legislativas, sendo que, segundo a comissão, foram três os principais motivos que levaram a esta proposta.

Em primeiro lugar, desde a adoção da Diretiva 2000/31/CE, o desenvolvimento de novos serviços digitais atingiu patamares cada vez maiores que exigiram a atualização do quadro jurídico europeu no que diz respeito ao mercado digital. Em segundo lugar, a utilização constante destes novos serviços e plataformas tornou-se uma fonte de novos riscos, tanto para os consumidores como para a sociedade em geral, pelo que é necessário regulá-los de forma a mitigar estes potenciais perigos. Por fim, o atual cenário a pandemia da COVID-19 chamou a atenção para as tecnologias.

Segundo os autores supracitados, a DSA é um instrumento destinado a reforçar as responsabilidades dos serviços intermediários¹⁶ (ABBOUD, 2021). O texto foi escrito antes de se concretizar o Regulamento, o qual concretizou a escrita dos autores, que se baseava no projeto da DSA. Assim a mesma se divide em cinco capítulos principais: 1. Disposições Gerais; 2) Obrigação de *Due Diligence* para um ambiente on-line transparente e seguro; 3) Responsabilidade dos Prestadores de Serviços de Intermediação, Cooperação, Sanções e Execução; 4) Disposições comuns de Execução 5) Disposições Finais.

Conhecer a estrutura geral do Regulamento Europeu é importante, mas mais importante ainda para o recorte da pesquisa é extrair da normativa os preceitos relativos à moderação de conteúdo. Sendo assim vejamos quais são os momentos em que a diretiva trata da matéria com maior propriedade e estrutura. Já nos considerandos, no de número 45 importante destacar que:

Embora a liberdade contratual dos prestadores de serviços intermediários deva, em princípio, ser respeitada, é conveniente estabelecer determinadas regras sobre o conteúdo, a aplicação e a execução dos termos e condições desses prestadores no interesse da transparência, da proteção dos destinatários do serviço e da prevenção de resultados injustos ou arbitrários. Os prestadores de serviços intermediários deverão indicar de forma clara e manter atualizadas, nos seus

¹⁶ Serviço intermediário de acordo com o artigo 3º do Regulamento 2022 é um dos seguintes serviços da sociedade da informação: um serviço de «simple transporte», que consiste na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço ou na concessão de acesso a uma rede de comunicações, ii) um serviço de «armazenagem temporária» que consiste na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço, que envolve a armazenagem automática, intermédia e temporária dessas informações efetuada apenas com o objetivo de tornar mais eficaz a transmissão posterior das informações a outros destinatários, a pedido destes, iii) um serviço de «alojamento virtual» que consiste na armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço e a pedido do mesmo.

termos e condições, as informações com base nas quais podem restringir a prestação dos seus serviços. Designadamente, deverão incluir informações sobre quaisquer políticas, procedimentos, medidas e instrumentos utilizados para efeitos de moderação de conteúdos, incluindo a tomada de decisões algorítmicas e a análise humana, bem como as regras processuais do respetivo sistema interno de gestão de reclamações. Os prestadores de serviços intermediários deverão também incluir informações sobre o direito a rescindir a utilização do serviço. Os prestadores de serviços intermediários podem utilizar nas condições do serviço elementos gráficos, como ícones ou imagens, para ilustrar os principais elementos dos requisitos de informação previstos no presente regulamento. Os prestadores deverão informar os destinatários do seu serviço, através dos meios adequados, das alterações significativas introduzidas nos termos e condições, por exemplo quando alteram as regras em matéria de informações permitidas no seu serviço, ou outras alterações desse tipo que possam afetar diretamente a capacidade dos destinatários de utilizarem o serviço.

O próximo de extrema relevância é o de número 84:

Ao avaliarem esses riscos sistémicos, os fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão e dos motores de pesquisa em linha de muito grande dimensão deverão centrar-se nos sistemas ou noutros elementos que possam contribuir para os riscos, incluindo todos os sistemas algorítmicos que possam ser relevantes, em especial os seus sistemas de recomendação e os seus sistemas de publicidade, prestando atenção às práticas conexas de recolha e utilização de dados. Deverão também avaliar se os seus termos e condições e a respetiva aplicação são adequados, bem como os seus processos de moderação de conteúdos, ferramentas técnicas e recursos afetados. Ao avaliarem os riscos sistémicos identificados no presente regulamento, esses fornecedores deverão também concentrar-se nas informações que não são ilegais, mas que contribuem para os riscos sistémicos identificados no presente regulamento. Por conseguinte, tais fornecedores deverão prestar especial atenção à forma como os seus serviços são utilizados para difundir ou amplificar conteúdos enganosos ou suscetíveis de induzir em erro, como a desinformação. Sempre que a amplificação algorítmica das informações contribua para os riscos sistémicos, os referidos fornecedores deverão ter devidamente em conta este facto nas suas avaliações dos riscos. Se os riscos forem localizados ou existirem diferenças linguísticas, esses fornecedores deverão também ter em conta este facto nas suas avaliações dos riscos. Os fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão e de motores de pesquisa em linha de muito grande dimensão deverão, em especial, avaliar a forma como a conceção e o funcionamento dos seus serviços, bem como a manipulação e a utilização intencionais e, frequentemente, coordenadas dos seus serviços, ou a violação sistémica das suas condições de serviço, contribuem para esses riscos. Tais riscos podem decorrer, por exemplo, da utilização não autêntica do serviço, como a criação de contas falsas, a utilização de robôs digitais ou a utilização enganosa de um serviço, e de outros comportamentos automatizados ou parcialmente automatizados, o que pode conduzir à rápida e generalizada difusão ao público de informação que seja conteúdo ilegal ou incompatível com os termos e condições de uma plataforma em linha ou de um motor de pesquisa em linha e que contribua para campanhas de desinformação.

Há regras específicas também nos considerandos 87, 91, 96 e 151, contudo o de maior impacto é o de número 149, que trata das reclamações de usuários acerca de conteúdo removido, sob a forma coletiva de organismos, associações e organizações, remoções estas com impacto na liberdade de expressão:

Sem prejuízo do direito dos destinatários dos serviços de recorrerem a um representante nos termos da Diretiva (UE) 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho (33), ou a qualquer outro tipo de representação ao abrigo do direito nacional, os destinatários dos serviços deverão também ter o direito de mandar uma pessoa coletiva ou um organismo público para exercer os direitos que lhes são conferidos pelo presente regulamento. Esses direitos podem incluir os direitos relacionados com a apresentação de notificações, a contestação das decisões tomadas pelos prestadores de serviços intermediários e a apresentação de reclamações contra os prestadores por infrações ao presente regulamento. Determinados organismos, organizações e associações têm conhecimentos especializados e competências especiais para detetar e sinalizar decisões de moderação de conteúdos erróneas ou injustificadas, e as suas reclamações em nome dos destinatários do serviço podem ter um impacto positivo na liberdade de expressão e de informação em geral, pelo que os fornecedores de plataformas em linha deverão tratar essas reclamações sem demora injustificada.

A questão da responsabilidade da plataforma, ou “provedor de aplicação” difere da brasileira, pois é mais específica e é definida em um Capítulo inteiro do Regulamento, contendo 7 artigos. Aqui, cabe apenas a descrição da normativa, sendo que a discussão acerca dos critérios de responsabilidade e competência será feita no capítulo 3, no ambiente da Jurisdição Constitucional. Sendo assim, neste momento será feita apenas a menção dos dispositivos conjuntamente com os da Lei Alemã e Norte Americana, pois o recorte da pesquisa, no tocante à aplicação se cinge ao âmbito da Jurisdição Constitucional. É claro que a aplicação em outras sendas tem que ser dita, pois é dela que se parte para a Jurisdição Constitucional, entretanto, a discussão em si se cinge e se concentra no capítulo 3.

O primeiro é o artigo 4º (simples transporte) e traz regramento, no caso de prestações de um serviço da sociedade da informação que consista na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas pelo destinatário do serviço ou em facultar o acesso a uma rede de comunicações, o prestador do serviço não é responsável pelas informações transmitidas ou acedidas, desde que: não esteja na origem da transmissão; não selecione o destinatário da transmissão; e não selecione nem modifique as informações objeto da transmissão.

O presente artigo ainda dispõe que as atividades de transmissão e de facultamento de acesso mencionadas no n. 1 deste artigo 4º abrangem a armazenagem automática, intermédia e transitória das informações transmitidas, desde que essa armazenagem sirva exclusivamente para a execução da transmissão na rede de comunicações e a sua duração não exceda o tempo considerado razoavelmente necessário a essa transmissão. Esta norma é repetida nos artigos 5º e 6º.

O artigo seguinte 5º (armazenagem temporária) estabelece que em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço, o prestador do serviço não é responsável pela armazenagem automática, intermédia e temporária dessas informações, efetuada apenas com o objetivo de tornar mais eficaz ou mais segura a transmissão posterior das informações a outros destinatários do serviço, a pedido dos mesmos, desde que o prestador:

- a) Não modifique as informações;
- b) Respeite as condições de acesso às informações;
- c) Respeite as regras relativas à atualização das informações, indicadas de forma amplamente reconhecida e utilizada pelo sector;
- d) Não interfira com a utilização legítima da tecnologia, tal como amplamente reconhecida e utilizada pelo sector, aproveitando-a para obter dados sobre a utilização das informações;
- e) Atue com diligência para suprimir ou bloquear o acesso às informações que armazenou, logo que tome conhecimento efetivo de que as informações foram suprimidas da rede na fonte de transmissão inicial, de que o acesso às mesmas foi bloqueado, ou de que uma autoridade judiciária ou administrativa ordenou essa supressão ou desativação de acesso.

No artigo 6º que trata do chamado alojamento virtual, que se refere ao caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista na armazenagem de informações prestadas por um destinatário do serviço, o prestador de serviço não é responsável pelas informações armazenadas a pedido de um destinatário do serviço, desde que atendidas as seguintes condições alternativamente:

- a) Não tenha conhecimento efetivo da atividade ou conteúdo ilegal e, no que se refere a uma ação de indenização por perdas e danos, não tenha conhecimento de fatos ou de circunstâncias que evidenciem a ilegalidade ou do conteúdo; ou
- b) A partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, atue com diligência no sentido de suprimir ou desativar o acesso aos conteúdos ilegais.

Há duas exceções a estas regras: A primeira ocorre quando o destinatário do serviço atue sob autoridade ou controle do prestador. A segunda no que respeita à responsabilidade, nos termos do direito em matéria de defesa dos consumidores, de plataformas em linha que permitem aos consumidores celebrar contratos à distância com comerciantes, sempre que essas plataformas apresentem o elemento específico de informação ou permitam, de qualquer outra forma, que a transação específica em causa induza um consumidor médio a acreditar que a informação, o produto ou o serviço objeto da transação é fornecido pela

própria plataforma em linha ou por um destinatário do serviço que atue sob a sua, autoridade ou controlo.

Da mesma forma dos artigos antecedentes, o disposto no artigo não afeta a possibilidade de uma autoridade judiciária ou administrativa, de acordo com o sistema jurídico de um Estado-Membro, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infração.

Seguindo, no artigo 8º há regra importante acerca da inexistência de obrigações gerais de vigilância ou de apuramento ativo dos fatos, que se consubstancia no comando de que não será imposta aos prestadores qualquer obrigação geral de controlar as informações que os prestadores de serviços intermediários transmitem ou armazenam, nem de procurar ativamente fatos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes.

Já o artigo 9º concerne às decisões de atuação contra conteúdos ilegais. Este artigo é fundamental para a moderação de conteúdo, na medida em que traça diretrizes para que a decisão moderatória tenha validade:

- i) uma referência à base jurídica da ordem ao abrigo do direito da União ou do direito nacional,
- ii) uma exposição dos motivos pelos quais a informação é considerada conteúdo ilegal, fazendo referência a uma ou mais disposições específicas do direito da União ou do direito nacional que seja conforme com o direito da União, informações que identifiquem a autoridade que emite a ordem,
- iii) informações claras que permitam ao prestador de serviços intermediários identificar e localizar o conteúdo ilegal em causa, como um ou mais URL e, se necessário, informações adicionais,
- iv) informações sobre os mecanismos de reparação à disposição do prestador de serviços intermediários e do destinatário do serviço que forneceu o conteúdo,
- v) se aplicável, informações sobre a autoridade que deve receber as informações sobre o efeito conferido às ordens.

Destacando por fim no artigo 10, acerca das decisões de prestação de informações, no n. 2, esta decisão deverá incluir os seguintes elementos:

- i) a remissão para a base jurídica da ordem ao abrigo do direito da União ou do direito nacional,
- ii) informações que identifiquem a autoridade emitente,
- iii) informações claras que permitam ao prestador de serviços intermediários identificar o destinatário ou destinatários específicos a respeito dos quais são procuradas informações, tais como um ou mais nomes de conta ou identificadores únicos,

iv) uma exposição de motivos que explique o objetivo para o qual a informação é necessária e a razão pela qual a exigência de fornecer a informação é necessária e proporcionada para determinar o cumprimento, pelos destinatários dos serviços intermediários, do direito da União ou do direito nacional que seja conforme com o direito da União aplicáveis, a menos que tal exposição não possa ser apresentada por motivos relacionados com a prevenção, investigação, deteção e repressão de crimes,

v) informações sobre os mecanismos de correção à disposição do prestador e dos destinatários do serviço em causa,

vi) se for caso disso, informações sobre a autoridade que recebe as informações sobre o seguimento dado às decisões.

A normativa da DSA como foi possível observar neste recorte é muito mais ampla do que qualquer perspectiva em *terrae brasilis* pelo que os órgãos normativos nacionais podem observar bastante as normas da União Europeia para a produção de sua normativa própria.

Além do que como vimos, temos em solo nacional lampejos de normatividade pública, o que sequer se compara com a tessitura da normativa da União. Além do que há que se observar que o DSA é recente (2022), pelo que, suas tratativas e indicativos revelam maturidade e eclosão normativa de grande valia (EUROPEAN COMMISSION, 2022).

A Alemanha possui polêmica normativa acerca da regulação da internet e consequentemente sobre a moderação de conteúdo. Vigente entre os alemães a chamada *Network Enforcement Act* (Lei de Aplicação da Rede), aprovada em junho de 2017 e que entrou em vigor em janeiro de 2018 pelo *Bundestag*.

A referida Lei se aplica aos prestadores de serviço de telemedia com mais de 2 milhões de usuários e tem em seu escopo, na Seção 1 os prestadores de serviço com fins lucrativos que exploram plataformas de internet concebidas para permitir aos utilizadores partilhar qualquer conteúdo com outros utilizadores ou disponibilizar esses conteúdos ao público (redes sociais). O conteúdo ilegal se atine ao n. 3 e se refere a artigos do Código Penal Alemão.

A Lei alemã é muito direta em matéria de moderação de conteúdo, ou seja, ela traz comandos concisos e objetivos acerca da matéria. A seção 2 trata dos relatórios obrigatórios que os provedores devem enviar periodicamente ao poder público.

A seção 3 cuida do tratamento de reclamações sobre conteúdo ilegal. Segundo a Lei, o procedimento deve garantir que o provedor da rede social:

(1) toma nota imediata da reclamação e verifica se o conteúdo relatado na reclamação é ilegal e sujeito a remoção ou se o acesso ao conteúdo deve ser bloqueado,

(2) remova ou bloqueie o acesso a conteúdo manifestamente ilícito em até 24 horas após o recebimento da reclamação; isso não se aplica se a rede social tiver chegado a acordo com a autoridade policial competente sobre um prazo mais longo para excluir ou bloquear qualquer conteúdo manifestamente ilegal,

(3) remove ou bloqueia o acesso a todo o conteúdo ilegal imediatamente, geralmente dentro de 7 dias após o recebimento da reclamação; o prazo de 7 dias pode ser excedido se

a) A decisão sobre a ilicitude do conteúdo depender da falsidade de uma alegação fática ou depender manifestamente de outras circunstâncias fáticas; nesses casos, a rede social pode dar ao usuário a oportunidade de responder à reclamação antes que a decisão seja proferida;

b) a rede social remeter a decisão relativa à ilegalidade a uma instituição de autorregulação reconhecida nos termos das alíneas (6) a (8) no prazo de 7 dias a contar da resseção da reclamação e concordar em aceitar a decisão dessa instituição.

(4) em caso de remoção, retém o conteúdo como prova e o armazena para esse fim no âmbito das Diretivas 2000/31/CE e 2010/13/UE por um período de dez semanas,

(5) notifique imediatamente a pessoa que apresenta a reclamação e o usuário sobre qualquer decisão, além de fornecer-lhes os motivos de sua decisão,

(6) Uma instituição será reconhecida como uma instituição de autorregulação na acepção desta Lei se:

1. a independência e expertise de seus analistas são asseguradas,

2. instalações apropriadas estão disponíveis e uma análise imediata dentro de um período de 7 dias é garantida,

3. possui regulamento interno que regula o alcance e a estrutura da análise, estipula os requisitos de submissão das redes sociais afiliadas e prevê a possibilidade de revisão das decisões.

4. foi criado um serviço de reclamações e

5. a instituição é financiada por vários provedores ou estabelecimentos de redes sociais, garantindo a existência de facilidades adequadas. Além disso, a instituição deve permanecer aberta à admissão de outros provedores, em particular das redes sociais.

(7) As decisões que levem ao reconhecimento de instituições de autorregulação serão proferidas pela autoridade administrativa indicada na seção 4.

(8) O reconhecimento pode ser total ou parcialmente retirado ou vinculado a requisitos suplementares se qualquer uma das condições de reconhecimento não for mais atendida posteriormente.

(9) A autoridade administrativa nomeada na seção 4 também pode estipular que a possibilidade de um provedor de rede social encaminhar decisões de acordo com a subseção (2) número (3) letra (b) seja impedida por um período determinado se

houver um razoável a expectativa de que o prestador em causa não cumpra as obrigações previstas no n.º 3 do n.º 2 do artigo 3.º ao aderir ao sistema de autorregulação.

Os demais artigos tratam diretamente da imposição de multas por descumprimento de comandos da Lei, que podem chegar a cinco milhões de euros. A Lei é extremamente reduzida, porém muito densa, pois trata de maneira eficaz da matéria.

Já nos Estados Unidos da América a matéria é regulada pela Seção 230 do Título 47 da Lei de Telecomunicações de 1996. A seção 230 possui a denominação proteção para bloqueio privado e triagem de material ofensivo. De acordo com a Seção 230 é a Política dos EUA:

b) Política

(1) promover o desenvolvimento contínuo da Internet e outros serviços de computador interativos e outras mídias interativas;

(2) preservar o vibrante e competitivo mercado livre que existe atualmente para a Internet e outros serviços de computador interativos, livres de regulamentação federal ou estadual;

(3) encorajar o desenvolvimento de tecnologias que maximizem o controle do usuário sobre quais informações são recebidos por indivíduos, famílias e escolas que usam a Internet e outros serviços interativos de computador;

(4) remover desincentivos para o desenvolvimento e utilização de tecnologias de bloqueio e filtragem que capacitar os pais a restringirem o acesso de seus filhos a material on-line censurável ou inapropriado; e

(5) garantir a aplicação vigorosa das leis criminais federais para deter e punir o tráfico de obscenidade, perseguição e assédio por meio de computador.

(c) Proteção para bloqueio e triagem do "Bom Samaritano" de material ofensivo

1) Tratamento do editor ou orador Nenhum provedor ou usuário de um serviço de computador interativo deve ser tratado como o editor ou orador de qualquer informações fornecidas por outro provedor de conteúdo de informações.

2) Responsabilidade Civil – Nenhum provedor ou usuário de um serviço de computador interativo será responsabilizado por:

a) Qualquer ação tomada voluntariamente de boa-fé para restringir o acesso ou a disponibilidade de material que o provedor ou usuário considere obsceno, lascivo, imundo, excessivamente violento, assediador ou censurável, independentemente de tal material ser ou não protegido constitucionalmente; ou

b) Qualquer ação tomada habilitar ou disponibilizar aos provedores de conteúdo de informação ou outros os meios técnicos para restringir o acesso ao material descrito no parágrafo 1.

Para Stroppa et al. (2022), o regime de responsabilização determinado pela Seção 230 do CDA impulsionou o desenvolvimento de provedores de conteúdo e de aplicações e a expansão da internet, permitindo que se desenvolvessem aplicações como as conhecemos atualmente, sendo um sistema aberto e que permitiria comunicação e formas de relacionamentos desintermediadas e livres de censura. Os referidos autores ponderam que:

Contudo, a Seção 230 passou a ser percebida como garantidora de imunidades excessivas às plataformas digitais, em especial após o advento de empresas como o Facebook e o Twitter, que atualmente conseguem concentrar e canalizar a disputa pela possibilidade de ser visto e ouvido. A ascensão e o gigantismo alcançado por tais plataformas digitais, que funcionam como grandes mediadoras não apenas entre os indivíduos, mas também entre os diversos sistemas da sociedade, embasam argumentações que entendem existir um anacronismo na Seção 230 do CDA. Nesse sentido, a justificativa inicial de concessão de imunidade para proteger as empresas perante os Estados e em face de possíveis condenações a reparações de danos confere, atualmente, uma liberdade significativa para as redes sociais, o que recebe críticas atualmente.

A normativa americana ao contrário da alemã é mais aberta e como veremos influenciou o marco civil da internet no Brasil. Maiores contornos e conexões com os outros sistemas serão vistos no capítulo seguinte, contexto da jurisdição constitucional.

3 A TENSÃO ENTRE REGULAÇÃO PRIVADA E REGULAÇÃO PÚBLICA E O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1 Apontamentos indispensáveis acerca da jurisdição constitucional

A Jurisdição é a “função” do Estado de dizer o Direito ao caso concreto diante das pretensões resistidas (contendas, conflitos) (CARNELLUTTI, 1959). São elementos constitutivos da Jurisdição o conhecimento do caso e o julgamento, ou, como diziam os Romanos, *notio et iudicium*. *Notio* compreende a atribuição de ordenar as diligências para determinação do ponto litigioso e prova do *facto* e *ccircunstancias*; *iudicium* consiste na decisão da causa, proferindo o juiz a sentença declarando o direito aplicável (ALMEIDA JÚNIOR, 1940).

Esta função existe há milênios só que sem esta roupagem técnica e aparelhagem criadas precipuamente no decorrer do século XVIII e XIX, com a Revolução Francesa e a teorização de Montesquieu e mentes posteriores. Assim sempre houve a presença do Direito Judiciário entre nós. Essa clássica definição do direito pátrio recebe reforço no direito comparado:

Tratando, desde el punto de vista material u objetivo, las diversas funciones del Estado, se há afirmado oportunamente que la jurisdiccional se identifica con la “actividad ecaminada a comprobar y hacer valer concretamente, em los casos particulares, el ordenamento jurídico estatal”; pero se há anadido tambien que el mismo Estado, com su intervencion objetiva, siempre solicitada, viene, al mismo Estado, “a tutelar los intereses, que aun siendo protegidos por normas de derecho objetivo, han quedado insatisfechos sea porque hay incertidumbre sobre los términos de la norma que debiera tutelarlos, sea porque esta última, aun siendo reconocida por todos, no se há repetido em la hipótesis examinada” (RUFFIA, 1973).

A âncora do estado. A justiça constitucional é uma aquisição recente, uma aquisição do nosso tempo. No entanto, a necessidade e as tentativas de defender a estrutura fundamental da vida social e política que chamamos de "constituição" são tão antigas como a reflexão sobre os problemas mais importantes da coexistência entre os seres humanos (ZAGREBELSKY, 2018).

Num apanágio muito breve, a jurisdição constitucional se manifesta por intermédio do controle de constitucionalidade, que por sua vez se baseia no código binário da

(constitucionalidade/inconstitucionalidade) dos atos normativos inferiores à Constituição, ou seja numa relação de causa e consequência (uma coisa e outra coisa).

A garantia jurisdicional da constituição – a jurisdição constitucional – é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Estas funções também têm um carácter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas. Por conseguinte, costumam-se distinguir as funções estatais em legislação e execução, que se opõem assim como a criação ou a produção do direito se opõem à aplicação do direito considerado como simples reprodução (MIRANDA, 1945).

A mesma dupla função explicitada por Paolo Ruffia se repete em sua visão para a jurisdição constitucional:

El mismo doble significado con que suele emplearse ordinariamente la expression. Jurisdiccion (número 176) se aplica naturalmente también, a aquella particular especificacion suya denominada de jurisdiccion constitucional. De manera que, mas precisamente, esta última mientras: a) em sentido objetivo se identifica com “las funciones jurisdiccionales realizadas para la tutela de derechos e intereses relativos a material constitucional” (número 37: los cuales derivam, por lo regular, cuando la Constitucion es rígida, de pretensiones diretamente fundadas em normas formalmente constitucionales); b) em sentido subjetivo, em cambio, senala “los organos diversos de la magistratura ordinaria que ejercen las mismas funciones” (valiendose, a menudo, como es comprensible, de procedimientos tambien muy diferentes de los judiciales comunes).

É principalmente por meio da jurisdição constitucional que o Poder Judiciário se insere, hoje, no equilíbrio de poderes. A tarefa da jurisdição constitucional é decidir com autoridade, os casos de violação ao texto constitucional. Essa atividade inclui tanto o controle dos poderes estatais, como a tarefa da concretização e evolução do direito constitucional (ABBOUD, 2021).

O reconhecimento da supremacia da Constituição¹⁷ e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos. As formas de controle de

¹⁷ A controvérsia sobre a jurisdição constitucional, ápice de uma disputa entre dois dos mais notáveis juristas europeus do início do século XX, mostra-se relevante ainda hoje. O debate sobre o papel a ser desempenhado pelas Cortes Constitucionais, atores importantes e, às vezes, decisivos da vida institucional de inúmeros países na atualidade, obriga os estudiosos a contemplarem as considerações de Schmitt (e, inequivocamente, as reflexões de Kelsen) a propósito do tema. Como se sabe, tais controvérsias manifestam-se sob formas diversas, referindo-se aos limites da jurisdição constitucional, à jurisdição constitucional e democracia, à jurisdição constitucional e política, à jurisdição constitucional e divisão de poderes, para ficarmos em alguns exemplos que têm ocupado a moderna teoria constitucional. (MENDES, 2007).

constitucionalidade são as mais diversas: Quanto ao órgão - *quem controla*: controle político, controle jurisdicional e controle misto; Quanto ao modo ou à forma de controle: incidental ou principal; Quanto momento do controle: preventivo e repressivo ou sucessivo. (MENDES, 2021).

Por certo a principal divisão do controle de constitucionalidade advém da história e se subdivide nas experiências norte americana e europeia de aferição de compatibilidade com a Lei Maior. A primeira experiência marcada de controle de constitucionalidade é norte-americana e surgiu de dentro de um caso concreto (Marbury x Madison 1803) e a europeia advém da teorização piramidal de Hans Kelsen em 1920.

O controle de constitucionalidade difuso ou americano assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional. O controle concentrado de constitucionalidade defere a atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional. O controle concentrado tem ampla variedade de organização, podendo a própria Corte Constitucional ser composta por membros vitalícios ou por membros detentores de mandato, em geral, com prazo bastante alargado (MENDES; BRANCO, 2021).

Questão de importância capital para o exercício das atividades jurisdicionais das Cortes Constitucionais diz respeito à possibilidade de exame de fatos legislativos ou prognoses legislativas aceitos ou adotados pelo legislador ao promulgar uma dada norma. No que concerne à relação da Corte Constitucional com os tribunais ordinários, especialmente no contexto do recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerge*), reitera-se a orientação segundo a qual a verificação e a apreciação de fatos são da jurisdição ordinária. Enfatiza-se, nessa linha, que o tribunal não é uma simples Corte de Revisão (MENDES, 2014).

A primeira Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, introduziu uma nova concepção do Poder Judiciário. A influência da doutrina constitucional americana contribuiu para que se outorgasse ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da Constituição e da ordem federativa, reconhecendo-se-lhe a competência para aferir a constitucionalidade da aplicação do direito através de um recurso especial (Constituição de 1891, art. 59, n. 3, parágrafo 1º, a). Foi-lhe confiada, também, competência para decisão de causas e conflitos entre a União e os Estados ou entre Estados-Membros (Constituição de 1891, art. 59, parágrafo 1º, c). Pressuposto inarredável do controle judicial era a efetiva ou

pretensa lesão a determinado direito. A possibilidade de utilização da ação direta de inconstitucionalidade não foi cogitada. Tal orientação expressava a ideia de que a sua adoção contribuiria para a abertura de conflitos entre poderes (MENDES, 2014).

Consagrou-se com o advento da República o modelo difuso do controle de constitucionalidade. Em 1934, introduziu-se a ação direta como procedimento preliminar do processo de intervenção (CF/1934, art. 12). Em 1946, consolidou-se o desenvolvimento da representação para efeitos de intervenção contra lei ou ato normativo estadual (CF/46, art. 8º, parágrafo único). E somente em 1965, com a adoção da representação de inconstitucionalidade, passou a integrar nosso sistema o controle abstrato de normas (Emenda n. 16/65 à Constituição de 1946) (MENDES, 2014).

Ao final dos anos 1980, conviviam no sistema de controle de constitucionalidade elementos do sistema difuso e do sistema concentrado de constitucionalidade, ensejando-se *modelo híbrido* ou *misto* de controle. Apesar disso, o monopólio da ação direta exercido pelo Procurador Geral da República, que, em grande medida, realiza a ideia de designação de um advogado da Constituição, defendida por Kelsen em 1928, não produziu alteração substancial em todo o sistema de controle. A ação direta subsistiu como elemento acidental no âmbito de um sistema difuso predominante (MENDES, 2014).

Entretanto, o panorama mudou, pelo menos formalmente, com a Constituição de 1988. O Constituinte manteve o direito de o Procurador-Geral da República propor a ação de inconstitucionalidade. Este é todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a tomar esta iniciativa (CF, art. 103). A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao STF, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, presteza e a celeridade desses modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência (MENDES, 2014).

3.2 A contemporaneidade: jurisdição constitucional, ciência e tecnologia

A jurisdição constitucional desde o início da transição da era digital, para alguns sociedade contemporânea, para outros pós-modernidade, vem enfrentando desafios sem precedentes. E a maioria deles estão imiscuídos nos meandros da ciência e da tecnologia.

Dois exemplos ilustram esta afirmação: a interrupção da gestação por anencefalia e a da pesquisa com células tronco-embrionárias.

Em seu voto da ADI 3510/DF, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, presidente da Corte à época acerca das células tronco assim pontuou:

Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos. Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais. Cito, a exemplificativo, a famosa decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Roe vs. Wade*, assim como as decisões do Tribunal Constitucional alemão nos casos sobre o aborto (BVerfGE 39, 1, 1975; BVerfGE 88, 203, 1993).

Em continuação e se valendo dos argumentos Hans Jonas, o Ministro assim asseverou:

A história nos ensinou que é toda a humanidade que sai perdendo diante de tentativas, sempre frustradas, de barrar o progresso científico e tecnológico. Nas felizes palavras de Hans Jonas: "O que vale a pena reter no caso da ciência e da técnica, em especial depois da sua simbiose, é que se há uma história de êxito, essa é a história de ambas; um êxito contínuo, condicionado por uma lógica interna, e portanto prometendo seguir assim no futuro. Não creio que se possa dizer o mesmo de nenhum outro esforço humano que se alongue pelo tempo". À utopia do progresso científico, não obstante, deve-se contrapor o princípio responsabilidade, não como obstáculo ou retrocesso, mas como exigência de uma nova ética para o agir humano, uma ética de responsabilidade proporcional à amplitude do poder do homem e de sua técnica. Essa ética de responsabilidade implica, assim, uma espécie de humildade, não no sentido de pequenez, mas em decorrência da excessiva grandeza do poder do homem. Como bem assevera Hans Jonas, "em vista do potencial quase escatológico dos nossos processos técnicos, o próprio desconhecimento das consequências últimas é motivo para uma contenção responsável" (STJ, ADI 3510, Voto Ministro Gilmar Mendes).

A ciência depende imprescindivelmente da responsabilidade do humano, pelo que o progresso científico, e, neste viés, a revolução digital sempre será contida pela aspiração de manutenção da vida humana em solo terráqueo. Assim, inteligência artificial, internet, evolução algorítmica e por consequência, provedores de aplicação (redes sociais) e a

moderação de conteúdo, sempre serão pautadas pela responsabilidade para com as vidas humanas.

3.2.1 Decisões automatizadas são legítimas?

A legitimidade das decisões automatizadas é tema que margeia a moderação de conteúdo pois, a moderação, enquanto atividade é exercida, em sua maioria, por inteligência artificial algorítmica e ao mesmo tempo se aplica à jurisdição e à jurisdição constitucional, numa abordagem científica e tecnológica.

Um primeiro e talvez mais intenso uso da tecnologia no sistema de justiça é a potencial aplicação de inteligência artificial na condução dos procedimentos e na tomada de decisão. Ao invés de simplesmente programar os computadores para realizarem tarefas repetitivas, trata-se de fazê-los aprender e construir outros caminhos para atingir resultados pré-definidos. (CABRAL, 2020).

E esses sistemas têm sido usados para montar decisões judiciais. A filtragem operada pelos algoritmos dos dados existentes a respeito de leis, regulamentos, precedentes, pode deles extrair previsões sobre o resultado adequado para um determinado litígio. Técnicas preditivas têm sido usadas em muitos países e a tendência é que essa utilização cresça em ritmo exponencial nos próximos anos. Ferramentas para análise de big data, se construídas com algoritmos corretos e com acesso a bancos de dados adequados, podem identificar quais processos possam ser agrupados para instrução ou decisão conjunta; e podem prever qual o resultado correto para uma determinada disputa judicial. (CABRAL, 2020).

No Brasil, por exemplo, isso já é uma realidade em diversos tribunais. O Tribunal de Contas da União – órgão administrativo que julga a correção da aplicação de recursos públicos na esfera federal – desenvolveu os robôs Alice, Sofia e Mônica para poder analisar milhares de dados referentes a compras realizadas por órgãos públicos, a fim de verificar irregularidades (como sobrepreço ou existência de produtos similares mais baratos) e sugerir aprimoramento dos processos de aquisição de bens pela Administração Pública (CABRAL, 2020).

O próprio STF está desenvolvendo um sistema de inteligência artificial, batizado de Victor, que terá como finalidade precípua analisar os dados de milhares de processos e recursos para identificar similitudes, propondo a utilização de mecanismos de tratamento em bloco de processos judiciais, como os recursos repetitivos e a repercussão geral no recurso

extraordinário. Como se pode imaginar, o impacto dessa tecnologia é muito intenso (CABRAL, 2020).

De fato, ao atribuir a entes automatizados a realização de tarefas que tenham como consequência a participação, total ou parcial, em um processo decisório com impactos relevantes, surge uma demanda clara pela possibilidade de escrutínio dos diversos elementos deste processo decisório. Ainda que sistemas de inteligência artificial possam apresentar enormes vantagens de escala ou mesmo precisão em relação a decisões humanas em diversas searas, sua legitimidade não deriva meramente destas métricas – que podem, inclusive, ser ajustadas mediante critérios utilitaristas ou mesmo instrumentalizadas para determinadas finalidades. Assim, a demanda por uma espécie de instância na qual estas possíveis “falhas” possam ser verificadas e avaliadas acaba, dada a natureza destas decisões, por ser componente ínsito à sua própria natureza e fator imprescindível para a legitimação de seu uso (WIMMER; DONEDÁ, 2021).

A indagação do tópico não pode ser facilmente respondida, mas em um voo de relance é possível apontar que há legitimidade, em face da confiança que a sociedade nutre na ciência e na tecnologia, pelo que a inteligência artificial e a métrica algorítmica por serem resultado de décadas de estudos e testes são sim confiáveis e respondem pela presteza das decisões automatizadas, contudo, não existe um aporte sem exceções nestas tecnologias, dada à imprescindibilidade de intervenção humana, naquilo em que a ciência não alcança.

Além do que, as decisões automatizadas não são aplicáveis a toda e qualquer seara da seara jurídica. Certo é que, demandas repetitivas e de massa, são certamente as preferíveis para a aplicação da tecnologia, como as envolvendo direito previdenciário e direito tributário. Já outros campos, que demandem análise percuciente de fatos e provas, ou ainda, os casos difíceis, dependerão sempre e certamente da análise humana.

3.2.2 Os plenários virtuais valem-se desse contexto e nele se legitimam?

Os tribunais modernos podem ser atribuídos diretamente a órgãos que surgiram há cerca de 900 anos e, atualmente, estão no centro de todas as sociedades democráticas, realizando uma variedade notável de trabalhos. Eles lidam com brigas entre cidadãos, desentendimentos familiares, conflitos entre indivíduos e o Estado e disputas entre empresas. Eles determinam a culpa ou a inocência de pessoas acusadas de crimes e resolvem questões delicadas de segurança nacional.

Na resolução de disputas, os juízes aplicam a lei quando ela é clara, trazem clareza quando há incerteza, desenvolvem a lei (até certo ponto) conforme as mudanças nas circunstâncias exigem e estabelecem precedentes que influenciam casos posteriores. As sentenças dos tribunais estão à frente de todas as outras decisões na sociedade - elas são obrigatórias, executáveis e apoiadas, em última instância, pelos poderes coercitivos do Estado (SUSSKIND, 2019).

Nossos tribunais, portanto, trazem paz e segurança para a vida pessoal dos cidadãos, promovem a estabilidade no mundo comercial, desencorajam e punem condutas inaceitáveis e proporcionam equilíbrio nos assuntos e operações dos governos. As atividades diárias dos tribunais independentes reforçam os valores comuns e aprofundam a coesão social. Democracias civilizadas e economias de mercado não poderiam funcionar efetivamente sem eles (SUSSKIND, 2019).

O aumento da quantidade absoluta de decisões proferidas pelo PV e da sua proporção em relação ao total de julgamentos realizados pelo Tribunal Pleno e pelas Turmas corrobora a hipótese de que as sessões do PV passaram a representar expressiva participação na atividade jurisdicional do STF, tornando-se relevante mecanismo decisório do Tribunal e contribuindo para a operacionalização de um novo desenho de sua governança, no tocante à prestação jurisdicional – especialmente no período desafiador da pandemia de Covid-19 (STF, 2022).

A regulamentação do PV no período anterior à pandemia – em especial, sua ampliação por meio da ER nº 52/2019 – contribuiu para que o Supremo Tribunal Federal se habituasse ao julgamento de uma gama ampliada de processos via PV e pudesse dar continuidade ao ritmo de julgamentos realizados pela Corte mesmo durante a crise sanitária.

A impossibilidade da realização de sessões presenciais no período da pandemia da COVID-19 e a possibilidade, após a edição da ER nº 53/2020, de apreciação no ambiente assíncrono, inclusive de casos em relação aos quais o Tribunal não possuísse jurisprudência dominante, implicou provável complexificação dos processos levados a julgamento via PV (STF, 2022).

Corrobora esse processo de complexificação dos casos levados ao ambiente virtual a constatação do aumento da diversificação dos posicionamentos manifestados pelos ministros nos julgamentos realizados durante a pandemia em seus órgãos colegiados, que culminou na ampliação de casos julgados com ao menos um voto divergente (STF, 2022).

3.2.3 A celeridade processual sugere ou impõe o uso intensivo de tecnologia, inclusive automatização? Encontra realização no constitucionalismo digital?

A celeridade processual é uma realidade no ordenamento constitucional pátrio desde a emenda constitucional n. 45 de 2004, a qual inseriu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da CRFB de 1988, que contém a seguinte redação:

Art. 5º. (...)

LXXVIII – a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

De lá até os dias atuais houve a edição de legislação ordinária no sentido da concretização do referido princípio, precipuamente, a criação do processo eletrônico no Brasil. Certamente, o uso da tecnologia e da automação são imposição da celeridade processual, pois a digitalização, o *machine learning*, *big data*, os algoritmos e a inteligência artificial enquanto fenômeno da revolução digital é instrumento apto a viabilizar a construção de um sistema de justiça efetivamente mais próximo dos ditames realizatórios dos direitos e garantias fundamentais, em termos mais precisos, o acesso à justiça e seus corolários (devido processo legal, contraditório e ampla defesa).

Para o Poder Judiciário, mecanismos como estes têm espaço de aplicação na fundamentação das decisões judiciais. Programas de computador podem identificar as normas (leis e precedentes) aplicáveis e produzir minutas das decisões prontas para a assinatura dos juízes (LOBE, 2018). Se tiverem êxito nessa atividade, podem contribuir para uma aceleração da tramitação dos processos de maneira nunca antes vista, o que pode realizar concretamente o princípio da duração razoável dos processos (CABRAL, 2020).

3.3 O panorama da tensão regulatória: a formação de um “paradigma de regulação” na moderação de conteúdo

O diagrama da tensão entre regulação privada e regulação pública se forma sob duas perspectivas: 1) fenômeno observado; 2) Atividade.

A tensão sob o enfoque do fenômeno vem ocorrendo comumente nas esferas da (i) liberdade de expressão; (ii) responsabilidade civil; (iii) desinformação; (iv) conteúdo sensível. Os itens i e ii são os mais tradicionais, podendo se falar até numa esfera de

moderação de conteúdo. O (iii) e o (iv) são mais recentes e assim guardam relação com a perspectiva de um “paradigma¹⁸ de regulação”. No Brasil, o Marco Civil da Internet não consegue lidar com os itens (iii) e (iv) e com outros como o discurso de ódio, pois não foi pensado para tanto.

A regulação pensada na perspectiva da atividade exercida tanto pela regulação privada, quanto pela regulação pública, se manifesta sob a forma de regulação processual e regulação substancial também representa um “paradigma de regulação” na moderação de conteúdo.

Celeste (2023) estabelece tensões de micro e macrogovernança que geram um dilema normativo complexo para as empresas de mídia social. Para ele a questão central é: quais regras devem reger o conteúdo online? Normas privadas, que garantiriam a coerência ao nível da plataforma, mas são determinadas arbitrariamente pelas empresas, ou leis votadas democraticamente? E se mais leis nacionais ou normas internacionais forem simultaneamente aplicáveis a um único espaço virtual de redes sociais, que se estende por vários países ao redor do mundo, que lei escolher? Como evitar o risco de ter uma abordagem nacional ou internacional imposta imperialisticamente às outras sem recorrer a terceiras e mais neutras normas privadas das empresas de redes sociais?

A concepção do ambiente das redes sociais como um fórum público colide com a abordagem privada da sua dimensão micro, que é completamente dominada pelas próprias plataformas e gerida como um espaço privado independente. Esta tensão está na base de um complexo dilema normativo, cuja questão central é: Que regras devem reger os conteúdos online? Normas privadas ou leis votadas democraticamente? Se mais leis nacionais ou normas internacionais forem aplicáveis simultaneamente, qual lei deverá ser face à dupla questão do autoritarismo constitucional dos termos de serviço das plataformas online e do potencial imperialismo normativo de impor uma abordagem jurídica dominante, muitos têm defendido a aplicação de padrões internacionais de direitos humanos como uma solução para as questões de plataforma, governança (CELESTE et al., 2023).

¹⁸ Paradigma é uma estrutura mental – composta por teorias, experiências, métodos e instrumentos – que serve para o pensamento organizar, de determinado modo, a realidade e os seus eventos. Essa estrutura, que comporta fatores também psicológicos e filosóficos, é assumida e partilhada pelo conjunto dos membros da comunidade científica e, por causa disso, necessariamente, emerge dali uma unidade social fundada numa visão de mundo consensual: “Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma” (KUHN, 1998; p. 219)

Os sistemas¹⁹ micro e macro de governança de conteúdos não são mutuamente exclusivos, mas o seu grau de complementaridade ainda precisa de ser melhorado. As principais tensões entre estas duas camadas de governação são geradas por dois fatores: as fronteiras pouco nítidas entre as dimensões privada e pública do ecossistema das redes sociais e a inevitável fragmentação da resposta reguladora estatal a nível global (CELESTE et al., 2023).

Outra proposta é a de Farinho (2021) segundo o qual, resulta claro que até o momento nos sistemas jurídicos de matriz constitucional e democrática, assentes num quadro de direitos liberdades fundamentais a constituir um dos extremos do espectro e os desígnios legislativos de prossecução de interesses públicos por intermédio ou no âmbito de redes sociais a constituir o outro extremo do espectro.

3.4 Espriamento moderatório temático hodierno

3.4.1 O encontro da jurisdição constitucional com a moderação de conteúdo

A pergunta central da pesquisa se concentra na contribuição do STF frente à tensão regulatória privada x pública na moderação de conteúdo. A formulação desta resposta foi efetivada mediante a provocação da Corte por intermédio da Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação (SAE) - Coordenadoria de Difusão da Informação (CODI)²⁰, em três ocasiões diferentes.

O sistema do STF permite que usuários enviem suas demandas jurisprudenciais e as recebam pelo mesmo canal, de maneira fácil e rápida. Este critério foi escolhido tendo em conta sua praticidade, tecnicidade e capacidade de organização, na medida em que, os servidores do Tribunal, por tratarem diuturnamente com as questões jurisprudenciais, por certo conseguem com mais eficiência encontrar o material objeto de busca.

Diante disso foram três solicitações ao Tribunal. A primeira (número da solicitação: 2916) em 05/06/2023 respondida em 06/06/2023, da qual advieram 21 (julgados), sendo 8 (oito) acórdãos e 13 (treze) decisões monocráticas. A segunda (número da solicitação: 2966):

¹⁹ O que Edoardo Celeste nomina como sistemas micro e macro a pesquisa deu o nome de regulação privada e regulação pública, respectivamente.

²⁰ <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisajurisprudenciaexterno.asp>. O sistema funciona mediante cadastro e requerimento do material na própria plataforma. Após processamento das informações o Tribunal envia o material.

em 17/06/2023, respondida em 19//06/2023, contendo 6 (seis) decisões colegiadas e 10 decisões monocráticas. A terceira (número da solicitação: 3623) registrada em 06/12/2023 com devolutiva em 07/12/2023 com doze (doze) julgados colegiados e 13 (treze) julgados monocráticos. Total de 62 ocorrências.

A primeira pesquisa teve por objeto: “moderação de conteúdo no STF”, a segunda perguntou, qual teria sido a primeira decisão sobre o tema e a terceira mais específica - Moderação de conteúdo em redes sociais em matéria de: 1. Responsabilidade civil 2. *Fake News* 3. Conteúdo Sensível 4. Regulação. Cada uma retornou com base de dados distinta, sendo que se repetiram apenas dois julgados nas três solicitações. Isso demonstra, conjuntamente com as indexações que cada um desses casos traz, que há mais ocorrências no sítio do Tribunal, sendo que a exaustão da aferição não seria possível neste cronograma.

O *discrimine* para a utilização dos julgados na pesquisa foi, com base na teoria da decisão judicial, a *existência de determinações relacionadas à moderação de conteúdo* (1); e a *presença de determinações atinentes à tensão regulatória privada/pública na moderação* no primeiro plano (dispositivo – ementa). Os julgados que continham na ementa elementos do *discrimine* foram considerados específicos e os que não continham, inespecíficos. Entretanto, a pesquisa demandou a leitura de todos os acórdãos e decisões monocráticas, para a compreensão da *ratio decidendi*²¹.

O Supremo Tribunal Federal vem tendo contato com a moderação de conteúdo desde a chegada dos primeiros processos (Repercussão geral reconhecida em 28/06/2017) envolvendo a temática do RE 1057258 (Tema 533): Descrição: Agravo em recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, II, IV, IX, XIV, XXXIII e XXXV; e 220, §§ 1º, 2º e 6º, da Constituição Federal, se, à falta de regulamentação legal da matéria, os aludidos princípios constitucionais incidem diretamente, de modo a existir o dever de empresa hospedeira de sítio na rede mundial de computadores de fiscalizar o conteúdo publicado em seus domínios eletrônicos e de retirar do ar informações consideradas ofensivas, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Em data próxima (Repercussão geral reconhecida em 02/03/2018) no RE 1037396 (Tema 987) na temática: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, incs. II, IV, IX, XIV e XXXVI, e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição da República, a

²¹ O Código de Processo Civil assim dispõe: Artigo 504. Não Fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que impõe condição para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos de terceiros, houve outro ponto de contato.

Em seguida o outro momento digno de nota se deu em junho de 2020 com o julgamento da ADPF 572, a qual envolveu desinformação. Para evitar redundâncias ela será descrita no tópico próprio. Em sequência, em 2021, a Corte cuidou da ADI 6991 e seus apensos, a qual trazia em seu bojo a aferição de constitucionalidade da Medida Provisória 1.068/2021, da então Presidência da República, ocupada por Jair Messias Bolsonaro, a qual tratava de várias matérias afetas a moderação, matérias estas, que estavam sendo objeto de estudos a anos, desde a edição do Marco Civil da Internet, e, que seriam regulamentadas de “bate pronto”, por uma Medida Provisória, o que foi negado pelo Tribunal, que deferiu Medida Cautelar na ADI:

Ações diretas de inconstitucionalidade. Medida Provisória 1.068/2021. Alterações no Marco Civil da Internet e na Lei dos Direitos Autorais. Veiculação de matérias pré-excluídas do âmbito temático das medidas provisórias. Extensão às medidas provisórias das vedações atinentes às leis delegadas. Impossibilidade de dispor, por meio de MP, sobre direitos individuais (art. 68, § 1º, II, CF). Direitos fundamentais como ferramenta de contenção do arbítrio estatal. O regime de liberdades públicas submete-se à reserva de lei congressual. Relação de conexidade entre a cidadania e os direitos individuais. Inidoneidade, em consequência, da medida provisória para dispor sobre tais temas (art. 62, § 1º, I, a, CF). Direito processual. Inadmissibilidade (art. 62, § 1º, I, b, CF). Manifesta e indubitável ausência do requisito constitucional da urgência (art. 62, caput, CF). Medida cautelar deferida, ad referendum do Plenário. 1. A Emenda Constitucional 32/2001 promoveu substancial alteração no instituto da medida provisória, passando a vedar, expressamente, a sua reedição, dispondo sobre o rito procedimental para aprovação e pré-excluindo determinadas matérias do âmbito temático de tais atos normativos. 2. A despeito da promulgação da Emenda Constitucional 32/2001 que veicula restrições materiais à edição de medidas provisórias, subsistem ainda, em nosso ordenamento constitucional, limites implícitos ao poder normativo presidencial. Precedente. 3. As vedações inscritas no art. 68 da Constituição Federal relativas às leis delegadas são igualmente aplicáveis no âmbito das medidas provisórias. 4. Consubstanciaria verdadeira aberração jurídica vedar a delegação legislativa de certas matérias ao Presidente da República, mas, de outro lado, permitir a sua veiculação por meio de medida provisória. 5. Toda e qualquer conformação de direitos fundamentais implica, necessariamente, restringi-los, de modo que somente lei em sentido formal, oriunda do Congresso Nacional, pode fazê-lo, por questões atinentes à legitimidade democrática, por maior transparência, por qualidade deliberativa, por possibilidade de participação de atores da sociedade civil e pela reserva constitucional de lei congressual. 6. Os direitos fundamentais, sobretudo os atinentes às liberdades públicas, são pressupostos para o exercício do direito à cidadania. Portanto, cidadania e direitos individuais são conceitos indissociáveis. Precedentes. 7. A Constituição Federal, ao vedar, expressamente, em seu art. 62, § 1º, a, a edição de medida provisória que verse sobre cidadania, umbilicalmente afastou do âmbito de normatividade do instituto disposições referentes a direitos

fundamentais. 8. Os direitos individuais objetivam, especialmente, a proteção dos cidadãos frente aos arbítrios do Estado. Possibilitar ao Presidente da República, Chefe do Poder Executivo, a restrição de direitos fundamentais por meio de instrumento unilateral – a medida provisória –, sem qualquer participação ativa de representantes do povo e da sociedade civil, revela-se incompatível com o propósito de contenção do abuso estatal. 9. Medida Provisória que dispõe, entre outros temas, sobre questões concernentes a direito processual. Inadmissibilidade ante a norma inscrita no art. 62, § 1º, I, b, da Constituição Federal. 10. A natureza instável das medidas provisórias – caracterizada pela temporariedade de sua eficácia e transitoriedade de seu conteúdo, alinhada à incerteza e à indefinição quanto à sua aprovação – mostra-se, em tudo, incompatível com a necessidade de segurança jurídica e previsibilidade objetiva exigidas pelo postulado do devido processo legal. 11. Hipótese excepcional que permite constatar, *ictu oculi*, a ausência do requisito da urgência (art. 62, caput, CF), pela caracterização do abuso do poder normativo presidencial. 12. Medida cautelar deferida, *ad referendum* do Plenário, para suspender, na íntegra, a eficácia da Medida Provisória 1.068/2021.

1. Trata-se de sete ações diretas de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizadas pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB (ADI 6.991/DF), pelo Partido Solidariedade – SD (ADI 6.992/DF), pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB (ADI 6.993/DF), pelo Partido dos Trabalhadores – PT (ADI 6.994/DF), pelo Partido Novo – NOVO (ADI 6.995/DF), pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT (ADI 6.996/DF) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB (ADI 6.998/DF), em face da íntegra da Medida Provisória 1.068/2021, que altera a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e a Lei 9.610/1998 (Lei dos Direitos Autorais). 3. Segundo os autores, a MP 1.068/2021, ao disciplinar a forma de exclusão e suspensão de contas de usuários de redes sociais, com rol taxativo quanto às hipóteses de justa causa para efetivação de tais medidas, viola (i) a lógica jurídica do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), (ii) o princípio da livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, caput, CF), (iii) o princípio da função social da empresa (arts. 5º, XXIII, e 170, III, CF), (iv) o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), (v) o princípio da proporcionalidade, (vi) a dignidade da pessoa humana e a cidadania (art. 1º, II e III, CF), (vii) o princípio da intimidade e da vida privada, e a proteção à imagem e à honra das pessoas (art. 5º, X, CF), (viii) o princípio da vedação do retrocesso, (ix) o princípio da liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX, CF), (x) o regime democrático (art. 1º, CF) e (xi) os princípios da segurança jurídica e eficiência (arts. 5º, XXXVI e 37, caput, CF) além de esvaziar o esforço institucional empreendido pelos Poderes Legislativo e Judiciário no combate à desinformação (*fake news*) e impedir a retirada de conteúdos que veiculem crimes contra a honra. 4. Apontam a ausência dos requisitos atinentes à edição de medida provisória previstos no art. 62, caput, da Constituição da República, a evidenciar a inconstitucionalidade formal do ato impugnado. Aduzem transgredidos os arts. 62, § 1º, I, a e b, e 68, § 1º, II, da Carta Política, enquanto veiculada na medida provisória matéria relativa a direitos políticos, a processo civil e à cidadania. 5. À alegação de que configurados o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, requerem a concessão de medida cautelar para suspender, *in totum*, os efeitos da Medida Provisória 1.068, de 06 de setembro de 2021. 6. Pleiteiam, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade da MP 1.068/2021. 7. Considerada a relevância da matéria constitucional objeto da ação, bem como a urgência qualificada da tutela jurisdicional requerida, solicitei informações prévias ao Senhor Presidente da República, bem como abri vista para manifestação do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, no prazo comum de 48h (quarenta e oito horas). 8. O Senhor Presidente da República prestou informações, sustentando, em síntese, que (i) não está configurada a violação da liberdade de expressão, porquanto a MP em questão a maximiza, (ii) o controle de conteúdo publicado em redes sociais não faz parte do núcleo essencial do princípio da livre iniciativa, (iii) não há transgressão à função social da empresa, inócua interferência no modelo de negócios das redes sociais, (iv) razoável o prazo de 30 (trinta) dias para as plataformas se adequarem ao disposto na MP, inexistindo, sob qualquer ângulo, violação do princípio da

proporcionalidade, e (v) os direitos fundamentais aplicam-se imediatamente mesmo às relações jurídicas privadas, contendo a MP normas para observância do direito à liberdade de expressão nas redes sociais. 9. O Advogado-Geral da União manifestou-se pelo indeferimento do pedido de medida cautelar, ante a ausência dos requisitos legais. 10. O Procurador-Geral da República, Doutor Augusto Aras, opinou pelo deferimento da medida cautelar, com a suspensão dos efeitos da Medida Provisória 1.068/2021. É o breve relato. Decido. 15. Além das restrições acima delineadas subsistem limites materiais implícitos à edição de medida provisória (ADI 4.717/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 05.4.2018, DJe 15.02.2019), como por exemplo, a inviabilidade de veicular matéria de iniciativa de outro Poder (CRUZ, Fabrício Bittencourt da. Medida provisória: dogmas e realidades. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 107-8). Nesse sentido, inclusive, as vedações inscritas no art. 68 da Constituição Federal são igualmente aplicáveis no âmbito das medidas provisórias. Se aquelas matérias são impassíveis de delegação ao Presidente da República, tampouco podem ser objeto de tal espécie normativa. Consubstanciaria, a meu juízo, verdadeira aberração jurídica vedar a delegação legislativa de certas matérias ao Presidente da República, mas entender autorizada a sua veiculação por medida provisória, ato igualmente de natureza legislativa, ainda que precária, como visto. Tenho para mim, desse modo, que as disposições normativas do art. 68 da Carta Política são inteiramente extensíveis às medidas provisórias, o que conduz, por si só, ao deferimento, in casu, da medida cautelar requerida, uma vez veiculadas, de forma inequívoca, na MP 1.068/2021, normas concernentes a direitos individuais. Com efeito, a teor do art. 68, § 1º, II, da Constituição Federal, é perfeitamente possível falar em reserva de lei congressual, a evidenciar a inidoneidade da veiculação de restrições a direitos fundamentais por meio diverso, inclusive por medidas provisórias – ato normativo primário, reitero – que se caracteriza por sua temporariedade. E a razão para tanto é muito bem explicitada por Jorge Reis Novais, ao afirmar que: “(...) a justificação material da reserva de lei parlamentar reside, hoje, quase exclusivamente, não tanto numa, todavia ainda assim, maior legitimidade democrática do Parlamento, mas, sobretudo, nos ganhos de transparência, pluralismo, participação e integração proporcionados pelo processo legislativo parlamentar relativamente a legislação oriunda do Executivo nacional. Por isso, a relevância jusfundamental não se esgota numa valoração abstracta da matéria em causa, mas determina-se essencialmente numa apreciação tópica em que, como se disse, a reserva de lei parlamentar se justificará, nas zonas duvidosas, sempre que esses ganhos, valorados em função da matéria em causa e da natureza da intervenção normativa em apreciação, sobrelevarem as razões que apontem no sentido de uma normação mais rápida ou menos pluralisticamente exigente.” (NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra Editora, 2003. p. 876-878). Por outras palavras, forte no magistério da doutrina e frente ao conteúdo normativo do art. 68 da Constituição da República, entendo que há no direito constitucional pátrio matérias pertencentes à reserva absoluta do Legislativo, insuscetíveis de delegação. Em que pese, no sistema brasileiro, não se confundir a competência presidencial disposta no art. 62 da CF com a delegação legislativa, nem por isso o Presidente da República pode, por meio de medida provisória, dispor sobre aqueles conteúdos definidos no § 1.º do art. 68. Se tais matérias configuram reserva absoluta do Legislativo, não podendo, então, sofrer delegação, é porque o Constituinte não admite, sobre elas, a livre e indiscriminada incursão do Poder Executivo (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Medidas Provisórias. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 86-7). Tenho por inequívoca, portanto, a inviabilidade da veiculação, por meio de medida provisória, de matérias atinentes a direitos e garantias fundamentais. E não se alegue que a medida provisória em análise, em vez de restringir, apenas disciplina o exercício dos direitos individuais nas redes sociais, maximizando sua proteção, o que seria lícito por meio de referida espécie normativa. Toda regulação dos direitos fundamentais é, por sua natureza mesma, restritiva e limitadora, pois recorta um pedaço da realidade para fazê-lo objeto das suas disposições (COELHO, Inocêncio Mártires.

Sobre a Federalização dos Crimes contra os Direitos Humanos. In *Direito Público*, v. 2 n. 8, 2005, p. 145-153). A rigor, como acentuado por Virgílio Afonso da Silva, a distinção entre restrição e regulamentação é algo muito tênue, se não impossível. Regulamentar direitos fundamentais implica, sempre, restringi-los, e restringir direitos fundamentais tem sempre como objetivo regulamentar seu exercício (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 231). Nessa linha, toda conformação de direitos fundamentais implica, necessariamente, restringi-los, de modo que, a meu juízo e como acima explicitado, somente lei em sentido formal, oriunda do Congresso Nacional, pode fazê-lo, por questões atinentes à legitimidade democrática, por maior transparência, por qualidade deliberativa, por possibilidade de participação de atores da sociedade civil e pela reserva constitucional de lei congressual 16. Há, na hipótese em exame, outras razões que corroboram a necessidade de deferimento do pedido de medida cautelar. O direito à cidadania, como se sabe, não se restringe ao exercício do sufrágio e à disciplina das capacidades políticas ativa (*ius suffragii*) e passiva (*ius honorum*). Pelo contrário. A noção jurídica de cidadania encerra um universo conceitual muito mais amplo, estendendo-se, também, ao plano das liberdades individuais e de todas as dimensões da experiência humana próprias à realização de sua dignidade existencial. Sob essa perspectiva, a Constituição Federal acha-se permeada de institutos fundados no direito à cidadania, intimamente conectado, por exemplo, ao Estado Democrático de Direito, à própria noção conceitual de dignidade da pessoa humana, aos direitos e garantias fundamentais e ao dever estatal de propiciar o acesso dos cidadãos às condições materiais mínimas necessárias à subsistência. Sobreleva, nessa diretriz, que a jurisprudência desta Suprema Corte já firmou entendimento de que os direitos fundamentais, sobretudo os atinentes às liberdades públicas, são pressupostos para o exercício do direito à cidadania (ADPF 460/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 29.6.2020, DJe 13.8.2020). A cidadania somente pode ser exercida de forma livre, desinibida e responsável quando asseguradas determinadas posições jurídicas aos cidadãos em face do Estado. Evidencia-se, pois, que cidadania e direitos individuais são conceitos indissociáveis. Desse modo, na linha da jurisprudência desta Casa, o direito à cidadania tem evidente relação de conexidade com os direitos individuais, o que, torno a enfatizar, reforça a exclusão do espectro regulamentador das medidas provisórias de qualquer tema a eles relacionados. Significa dizer, portanto, que a Constituição Federal, ao vedar, expressamente, em seu art. 62, § 1º, a, a edição de medida provisória que verse sobre cidadania, umbilicalmente afastou do âmbito de normatividade das medidas provisórias disposições referentes a direitos fundamentais. Isso porque os direitos individuais objetivam, especialmente, a proteção dos cidadãos frente aos arbítrios do Estado. Possibilitar ao Presidente da República, Chefe do Poder Executivo, a restrição de direitos fundamentais por meio de instrumento unilateral – a medida provisória –, sem qualquer participação ativa de representantes do povo e da sociedade civil, revela-se incompatível com a contenção do abuso estatal. Em suma: (i) as vedações inscritas no art. 68 da Constituição da República são extensíveis às medidas provisórias, (ii) toda norma conformadora de direitos fundamentais restringe o exercício de tais prerrogativas jurídicas e (iii) nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, o direito à cidadania está intimamente vinculado aos direitos individuais. 17. Há, ainda, aspecto outro de relevo a ser considerado, em face das projeções da medida provisória impugnada no âmbito do direito processual. Veicula ela, aparentemente, normas de conteúdo processual civil, à evidência, por exemplo, da alteração implementada no parágrafo único do art. 1º da Lei 12.965/2014 (competência jurisdicional) e da inclusão do art. 8-A na mesma lei (normas procedimentais). É preciso acentuar, nesse contexto, que o devido processo legal caracteriza-se como um sobreprincípio que articula e alimenta diversas garantias fundamentais processuais previstas na Constituição de 1988 (MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentário ao artigo 5º, LIV*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et. al. (Coord.). *Comentários à constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 463), ou seja, possui, no âmbito do direito constitucional, relevância

ímpar e se espria para toda ordem jurídica. Não foi por outro motivo que o constituinte reformador pré-excluiu do âmbito das medidas provisórias as projeções concretizadoras de referido princípio, vedando, por isso mesmo, a edição de tais espécies normativas consubstanciadoras de normas processuais. A natureza instável das medidas provisórias – caracterizada pela temporariedade de sua eficácia e transitoriedade de seu conteúdo, alinhada à incerteza e à indefinição quanto à sua aprovação – mostra-se, em tudo, incompatível com a necessidade de segurança jurídica e previsibilidade objetiva exigidas pelo postulado do devido processo legal. Tendo em vista as peculiaridades acima demonstradas, o constituinte reformador afastou, expressamente, da amplitude temática das medidas provisórias a adoção de normas pertinentes ao direito processual, exatamente em razão do devido processo traduzir expressão de um modelo de tutela de direitos fundado na necessidade de estabilidade e assertividade. 18. É preciso destacar, de outro lado, que a própria exposição de motivos da Medida Provisória 1.068/2021 não deixa dúvida quanto à presença de normas pertinentes ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, ao direito ao recurso, à motivação das decisões, ao exercício da cidadania, dentre outros. Confira-se: “(...) 6. Para tanto, são acrescidos dispositivos ao Marco Civil da Internet que tratam de maneira mais específica os direitos e garantias dos usuários de redes sociais, entre os quais o direito a informações claras, públicas e objetivas sobre quaisquer políticas, procedimentos, medidas e instrumentos utilizados para efeitos de eventual moderação de conteúdo, bem como o direito ao exercício do contraditório, ampla defesa e recurso nas hipóteses de moderação de conteúdo pelo provedor de rede social. 7. Além disso, prevê-se o direito de restituição do conteúdo disponibilizado pelo usuário na rede social e a exigência de justa causa e de motivação nos casos de cancelamento ou suspensão de funcionalidades de contas ou perfis mantidos pelos usuários de redes sociais, bem como nos casos de exclusão de conteúdo gerado por eles. Finalmente, o provedor de redes sociais é obrigado a notificar o usuário, identificando a medida adotada e apresentando a motivação da decisão de moderação e as informações sobre prazos, canais eletrônicos de comunicação e procedimentos para a contestação e a eventual revisão da decisão. (...) 9. Neste contexto, ressalta-se que a urgência e a relevância da medida decorrem do fato de que a remoção arbitrária e imotivada de contas, perfis e conteúdos por provedores de redes sociais, além de prejudicar debate público de ideias e prejudicar o exercício da cidadania, resulta em um quadro de violação em massa de direitos e garantias fundamentais como liberdade de expressão, devido processo legal e proibição da censura. Esse quadro de urgência e relevância é fortalecido pelo fato de que as medidas restritivas voltadas a impedir a circulação e aglomeração de pessoas durante a pandemia da Covid-19 aumentaram sobremaneira a importância das redes sociais como ambiente de exercício dos direitos fundamentais, inclusive de discussão de políticas públicas e outras questões inerentes ao exercício da cidadania.” Como exsurge do texto transcrito, o próprio Poder Executivo federal revela a pretensão de regulamentar matérias que fogem do âmbito normativo da medida provisória, em contrariedade ao art. 62, § 1º, I, a e b, da Constituição da República. É dizer, a própria exposição de motivos da MP 1.068/2021 corrobora a assertiva de que tal ato normativo disciplina matérias pré-excluídas do âmbito do instituto. 19. Salta aos olhos, ainda, a indubitável ausência de urgência nos moldes impostos pela Constituição Federal. É certa – como explicitarei acima – a absoluta excepcionalidade do controle jurisdicional dos requisitos constitucionais da relevância e da urgência inscritos no art. 62, caput, da Carta Política, mas estamos diante de hipótese na qual o abuso do poder normativo presidencial está, aparentemente, configurado. Não obstante tenha entrado em vigor na data de sua publicação, o art. 3º da Medida Provisória 1.068/2021 concede o prazo de 30 (trinta) dias para as redes sociais se adequarem ao que nela disposto, ou seja, mesmo em vigor os seus efeitos foram postergados no tempo. Acaso efetivamente urgente a adoção de referido instrumento normativo, seus efeitos seriam imediatos, sem a concessão de qualquer lapso temporal para sua concreta efetivação. Ademais, a exposição de motivos da MP 1.068/2021 não se desincumbiu do ônus de demonstrar de forma fundamentada e

suficiente a presença do requisito da urgência, notadamente em matéria de tamanha complexidade e vicissitudes, a evidenciar a ausência de tal requisito constitucional, do que resulta aparente inconstitucionalidade formal. Registro que, em determinadas hipóteses, frente a situações de manifesta inobservância dos requisitos constitucionais da relevância e da urgência, esta Suprema Corte tem deferido medidas cautelares e julgado procedentes pedidos em ações diretas de inconstitucionalidade. Em 1998, por exemplo, ao exame da medida cautelar na ADI 1.753/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, o Tribunal Pleno, por unanimidade, deferiu o pleito de urgência pelo descumprimento da exigência constitucional prevista no art. 62, caput, da Constituição Federal. Portanto, insere-se no âmbito de competência deste Tribunal a apreciação do requisito constitucional em apreço.

20. Pontuo, por fim, a complexidade e a peculiaridade das diversas questões envolvidas na MP 1.068/2021. A propagação de fake news, de discursos de ódio, de ataques às instituições e à própria democracia, bem como a regulamentação da retirada de conteúdos de redes sociais consubstanciam um dos maiores desafios contemporâneos à conformação dos direitos fundamentais. Não por outra razão este Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior Eleitoral e o Congresso Nacional têm enfrentado, cada um dentro de suas competências constitucionais, tais temas com a promoção de debates públicos, instauração de Comissão Parlamentar, dentre outros métodos e expedientes. Abrangem eles questões de elevadíssima complexidade, que não prescindem, por óbvio, de ampla, transparente, plural - inclusive com a participação de especialistas técnicos da sociedade civil -, e aberta deliberação legislativa. O aperfeiçoamento da legislação já existente encontra no Congresso Nacional a arena política por excelência, o locus adequado para discussão, elaboração e desenvolvimento – a partir dos dados científicos coletados, dos debates promovidos, das negociações engendradas – da legislação pertinente às questões suscitadas. Nessa linha, o Procurador-Geral da República, Doutor Augusto Aras, defende a suspensão cautelar da MP 1.068/2021: “O tema posto em discussão nesta ação direta de inconstitucionalidade é um dos mais complexos do atual estágio de evolução dos direitos e garantias fundamentais. Os limites do controle estatal e particular (dentro do espectro dos limites horizontais dos direitos fundamentais) sobre conteúdos hospedados e disponibilizados na internet, mais especificamente nas chamadas “redes sociais”, em face das liberdades de expressão, de comunicação e de manifestação do pensamento é uma das questões que demandam a permanente atualização da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o alcance dos direitos fundamentais. (...) No mesmo julgado [ADPF 572/DF], consignou o Ministro Gilmar Mendes, após registrar que a divulgação massiva de fake news pela internet não é um problema isolado do Estado Brasileiro, que “essa situação tem levado analistas a concluir que estamos no meio de ‘um ataque mundial, com base na internet, sobre democracias’, no qual a primeira baixa é ‘a confiança no regime democrático’”. É nesse contexto que se insere o conteúdo da MP 1.068/2021. Trata-se de diploma que, com o exposto intuito de compatibilizar as liberdades de expressão, de comunicação e de manifestação do pensamento com a possibilidade de moderação dos conteúdos veiculados em redes sociais, vedou que as empresas detentoras dessas redes determinem a exclusão, o cancelamento ou a suspensão, total ou parcial, de serviços e funcionalidades de contas ou de perfis nelas presentes, ressalvadas as hipóteses de justa causa expressamente enumeradas na MP 1.068/2021. (...) Embora a Presidência da República e a Advocacia-Geral da União já tenham se manifestado sobre o pedido de medida cautelar, é prudente que o tema seja amplamente debatido tanto no âmbito do próprio Congresso Nacional — sede própria para discussões que envolvam elevado grau de accountability —, quanto, no julgamento desta ação direta de inconstitucionalidade, por técnicos, por representantes da sociedade civil e pelas próprias empresas que hospedam os conteúdos das redes sociais, a fim de que confirmem subsídios e elementos técnicos indispensáveis para a correta compreensão e solução da matéria sob o ponto de vista das inconstitucionalidades arguidas. (...) Sem prejuízo de análise mais detida dessas questões em oportunidade próxima, parece de todo modo justificado o deferimento do pedido de medida cautelar, porque

presente o perigo na demora (*periculum in mora*) da prestação jurisdicional capaz de justificar a suspensão dos efeitos da MP 1.068/2021 até o julgamento definitivo da matéria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. O cenário mundial tem sido palco de amplas discussões acerca dos limites de direitos e da concordância prática dos múltiplos interesses, à luz das novas tecnologias, notadamente na maneira como nos relacionamos por meio de redes sociais. O debate do tema está na pauta de canais de deliberação social e política e é inadiável, motivo pelo qual parece relevante, por ora, centrar a presente análise num dos requisitos da tutela de urgência, qual seja, o perigo da demora (*periculum in mora*) do provimento jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal. (...) A alteração legal repentina do Marco Civil da Internet pela MP 1.068/2021, com prazo exíguo para adaptação, e previsão de imediata responsabilização pelo descumprimento de seus termos geram insegurança jurídica para as empresas e provedores envolvidos, mormente em matéria com tanta evidência para o convívio social nos dias atuais. Aliado a isso, tenha-se em mente que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) 2.630/2020 — denominado “Lei das Fake News” —, que visa a disciplinar matéria abrangida pela medida provisória ora impugnada, sendo prudente que se aguarde a definição sobre os valores contrapostos, após amplo e legítimo debate, na seara apropriada. Nesse cenário, parece justificável, ao menos cautelarmente e enquanto não debatidas as inovações em ambiente legislativo, manterem-se as disposições que possibilitam a moderação dos provedores do modo como estabelecido na Lei do Marco Civil da Internet, sem as alterações promovidas pela MP 1.068/2021, prestigiando-se, dessa forma, a segurança jurídica, a fim de não se causar inadvertida perturbação nesse ambiente de intensa interação social.” Bem evidenciado, no parecer ministerial, o *periculum in mora*, tendo em vista que as empresas e provedores de redes sociais estão, no momento, em situação de manifesta insegurança jurídica, despendendo recursos humanos e econômicos para adequação de suas políticas e de seus termos de uso a medida de duvidosa constitucionalidade. 21. Tenho por presentes, na espécie, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, além de suficientes os aspectos antes expostos para o deferimento do pedido de medida cautelar, sem prejuízo do enfrentamento dos demais fundamentos suscitados quando do julgamento de mérito das presentes ações diretas de controle concentrado. 22. Assinalo, finalmente, por necessário, que a presente decisão não impede que o eminente Presidente do Congresso Nacional formule, eventualmente, juízo negativo de admissibilidade quanto à Medida Provisória 1.068/2021, extinguindo desde logo o procedimento legislativo resultante de sua edição. 23. Ante o exposto, defiro o pedido de medida cautelar, ad referendum do Plenário desta Corte — e para tanto estou a solicitar, nesta mesma data, ao Presidente do STF, a inclusão destas ADI’s em sessão virtual extraordinária —, para suspender, na íntegra, a eficácia da Medida Provisória 1.068/2021. 24. Por fim, considerando que as ações diretas de inconstitucionalidade 6.992/DF, 6.993/DF, 6.994/DF, 6.995/DF, 6.996/DF e 6.998/DF, a mim distribuídas por prevenção (art. 77-B, RISTF), igualmente impugnam a validade constitucional da Medida Provisória 1.068/2020, determino a tramitação conjunta dos feitos, com a reprodução desta decisão nos autos respectivos.

Além de deferir a medida cautelar o Tribunal, apesar de não se manifestar expressamente sobre a moderação, deu sinais de qual é seu posicionamento acerca da matéria, ou seja, indicou a forte presença do respeito e obediência à teoria dos direitos fundamentais, com remissão à ADPF 577, necessidade de manifestação do Legislativo (PL das fake News) e presença da questão da regulação privada.

3.4.2 A moderação se limita ao combate das *fake news*?

Responder ao tópico certamente é tarefa aparentemente simples quando se olha para a perspectiva da pesquisa, todavia, quando se adota o perfil tradicional da moderação de conteúdo, e, para o volume que possui tanto na mídia, literatura quanto na atividade julgadora da jurisdição constitucional - o fenômeno da desinformação - certamente, a indagação ganha ares de sobressalto.

E a temática é exatamente o problema da verdade. Dito de outro modo, antes que se pesquise os acontecimentos atinentes a desinformação é preciso um pouco de conhecimento acerca da verdade e conseqüentemente da mentira. Haberle (2008) indaga: Tem o cidadão direito à verdade? Existe um direito humano à verdade? Fundamenta-se o Estado constitucional no plano teórico tão intensivamente sobre a verdade quanto ele é conexamente obrigado à equidade e ao bem-comum? Existem, eventualmente, verdades relativas ou transitórias?

Haberle (2008) continua as indagações sob forma verticalizada. É a verdade, por exemplo, uma declaração filosófica a qual pode ser verificada, através de critérios lógicos, crítico-linguísticos, empíricos ou outros quaisquer? Denomina-se verdade a conformidade das declarações com o mundo exterior ou interessa o significado (declarações como ações compreensíveis), como, por exemplo, na forma das posições extremas do positivismo do Círculo de Viena (primado da verdade) ou da teoria dos jogos de linguagem de *Ludwig Wittgenstein* (primado do significado)? Deve-se pesquisar diferentemente sobre a verdade de acordo com a especialidade da disciplina científica? E por fim: não existe junto à verdade das ciências uma outra possibilidade de verdade (*Hans-Georg Gadamer*) como a poesia ou a arte em geral?

Haberle (2008) contempla uma primeira resposta com base em Habermas que compreende a verdade como a conformidade de uma alegação ou, respectivamente, como a capacidade de consenso no discurso dos participantes, o qual entretanto, está sob a ideia orientadora de um diálogo livre e universal. Neste prumo é que ele estabelece suas considerações teórico constitucionais, em um universo de princípios, vias e procedimentos do Estado constitucional como fórum para o pluralismo de ideias.

Este *protótipo* de Estado Constitucional para Haberle (2008) ou, respectivamente, da democracia pluralista se apresenta hoje como o mais bem sucedido modelo antagônico (certamente ainda carente de reformas) ao Estado totalitário de qualquer *couleur* e a todas as

pretensões fundamentalistas de verdade, aos monopólios de informação e às ideologias imutáveis. Assim, ele se caracteriza exatamente pelo fato de não estar em posse de verdades eternas pré-constituídas, mas sim de ser predestinado apenas a uma mera busca da verdade. Ele se fundamenta sobre verdades provisórias, revidáveis, as quais ele, a princípio, acolhe no plural e não no singular e também não as decreta.

A busca da verdade, como elemento provisório, mutável, por certo está dentro do contexto da sociedade pós-moderna. A pós-modernidade corresponde, na perspectiva do sujeito, à assimilação da inexistência das metanarrativas. A contemporaneidade não aceita que a sociedade se funda em valores absolutos, homogêneos e transcendentais. Do mesmo modo que inexiste fim da história, também não há fundamento metafísico isolado a justificar o Estado, a sociedade, a democracia e o direito (ABBOUD, 2021).

Vista a questão verdade apontemos a tensão regulatória no campo da desinformação. Ela começa, com a explanação do fenômeno, para após a digressão seguir no campo normativo.

O PL das *Fake News*, como vimos, no capítulo 2, traz uma proposta de conceito de desinformação:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

II - desinformação: conteúdo, em parte ou no todo, inequivocamente falso ou enganoso, passível de verificação, colocado fora de contexto, manipulado ou forjado, com potencial de causar danos individuais ou coletivos, ressalvado o ânimo humorístico ou de paródia.

Toffoli (2021) nos adianta que boatos, lendas urbanas e mentiras espalhadas maliciosamente – inclusive no contexto eleitoral – sempre existiram e dá exemplo de desenho datado de 1894 do pioneiro cartunista americano Frederick Burr Opper, colaborador dos melhores jornais da época, que já ilustrava um cidadão segurando um jornal com o termo *fake News*, representando o alvoroço criado pelos boatos.

Nohara (2020) vai além. Para ela apesar de situarem seu início na Antiguidade Clássica, quando se desenvolveram a política e a retórica, ainda assim se pode especular que ele acompanhe o ser humano desde o momento em que este começa a se comunicar, podendo, portanto, divulgar fatos verdadeiros ou disseminar deliberadamente notícias que são falsas para obtenção de algum benefício. A novidade do termo advém da revolução digital. Gross (2018) vai neste sentido ao apontar que:

Notícias falsas, argumentam alguns, é uma tradução que não capta o que é distintivo do fenômeno que se busca nomear pela expressão Fake News. Segundo essas críticas, notícias falsas não são desconhecidas do debate público, o qual já convive com falsidade há tempos. Muitos são os casos conhecidos de erro de apuração e mesmo de má-fé ocorridos na mídia tradicional. Ou seja, o debate público já conhece os riscos da falsidade e, segundo essas críticas, possui mecanismos para enfrentá-la. A novidade que se denota pela expressão Fake News, segundo essas críticas, está relacionada a um modelo distinto de produção e consumo de informação que se articulou na era digital. Trata-se do deslocamento parcial da importância da mídia tradicional para a Internet, assumindo essa um papel cada vez mais relevante como fonte de informação e como lugar do debate público. Três, talvez, sejam as características do meio digital que permitem compreender a novidade que se busca articular com a expressão Fake News: i) na Internet, os custos e barreiras à entrada para produção e disseminação de conteúdo são radicalmente mais baixos, permitindo uma fragmentação da produção de conteúdo e a transformação de todo usuário da rede em potencial produtor de conteúdo. Ademais, a informação se alastra mais rapidamente e de forma que dificulta o seu rastreamento; ii) a Internet facilita o anonimato; iii) por fim, o modo de financiamento da produção e disseminação de conteúdo na Internet é diferente. Na Internet, o consumidor financia o acesso a grande parte do conteúdo não por meio de pagamento direto ao produtor ou disseminador de conteúdo, mas por meio de fornecimento dos seus dados. Esses dados permitem formular o perfil de consumo, político e das inclinações e preferências em geral dos usuários da Internet. Esse banco de dados viabiliza o novo modelo da publicidade direcionada: as plataformas de conteúdo on-line vendem publicidade para o público específico que o anunciante tem interesse de alcançar. Os recursos pagos pelos anunciantes são aquilo que financia em grande parte tanto os provedores de aplicações de Internet quanto os produtores de informação on-line (os recursos são divididos entre provedores de aplicações de Internet e produtores e disseminadores de conteúdo).

No que tange à verdade e a mentira a literatura tem seu contraponto. Vivemos em um estado de liberdade e, como tal, tudo o que não for proibido, está permitido. Portanto, nesse cenário, enquanto o silêncio permite, somente a palavra, ou seja, a lei, pode proibir. Por isso, para proibir uma prática é preciso, antes de tudo, defini-la. Mas como definir fake-news, sobretudo em um momento em que tudo parece ser fake news. A tradução literal como notícias falsas não resolve o problema, ao menos no campo jurídico, afinal a mentira não é objeto do direito (RAIS; SALES, 2020). Nessa perspectiva a preocupação do direito não é isoladamente com a mentira, mas sim como dano efetivo ou potencial. Com a culpa ou com a vontade do agente em praticar aquele ato.

No tocante ao tema sobre a possibilidade de regulação de *fake news*, do ponto de visto do direito administrativo, vamos localizar essa crise do direito administrativo na passagem de uma sociedade centrada em organizações para uma sociedade centrada em redes típicas da economia de plataformas surgidas nos últimos anos. Com isso, ficarão mais claras tanto as transformações atuais que inserem o direito público, quanto as possibilidades e limites de uma possível regulação. A inovação de um modelo de regulação para o âmbito

dinâmico das redes sociais deve necessariamente incorporar elementos da auto-organização do setor privado e, ao mesmo tempo, não abrir mão completamente da implementação ou estruturação de interesses públicos mesmo que por via indireta. Nesse ponto, o paradigma do direito da proceduralização, exemplificado aqui no instituto da autorregulação regulada, oferece um adequado caminho para lidar com as novas demandas (ABBOUD, 2021).

O modelo da proceduralização possui várias vertentes, porém comunga, dentro dessa diversidade, de um diagnóstico único da sociedade moderna: o da crise do direito regulatório devido ao aumento da complexidade social, seja na centralidade política, seja na centralidade da jurisdição constitucional dos modelos anteriores. Especialmente em âmbitos complexos como os das novas tecnologias, o conhecimento necessário para a tomada da decisão não se encontra no Estado, tornando assim necessária a criação de novas formas de geração do conhecimento dentro do direito regulatório estatal que incorpore o conhecimento advindo da sociedade (ABBOUD; CAMPOS, 2019).

Nesse contexto, o modelo regulatório da autorregulação regulada se apresenta como um importante mecanismo para lidar com a regulação das plataformas digitais, pois elas incorporam os elementos centrais do modelo da proceduralização como modelo do direito, posicionando-se perante os modelos da ponderação e do *quod omnes tangit* como um moderno paradigma do direito. Os elementos centrais do modelo da proceduralização, os quais viabilizam sua aplicação em contextos das novas tecnologias, são: flexibilização e capacidade de aprendizagem criadas dentro de uma temporalização do processo de tomada de decisão visando à geração de conhecimento em setores de alta tecnologia (ABBOUD; CAMPOS, 2019).

O STF já enfrentou pela via do controle direto de constitucionalidade o fenômeno da desinformação na ADPF 572, assim ementada, ainda que de forma reflexa, ou indireta, vez que, na referida ação o objeto era o incitamento ao fechamento da Corte e a ameaça de violência (morte) a seus membros, por intermédio das redes sociais, daí a análise das *fake news*:

Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ADPF. PORTARIA GP Nº 69 DE 2019. PRELIMINARES SUPERADAS. JULGAMENTO DE MEDIDA CAUTELAR CONVERTIDO NO MÉRITO. PROCESSO SUFICIENTEMENTE INSTRUÍDO. INCITAMENTO AO FECHAMENTO DO STF. AMEAÇA DE MORTE E PRISÃO DE SEUS MEMBROS. DESOBEDIÊNCIA. PEDIDO IMPROCEDENTE NAS ESPECÍFICAS E PRÓPRIAS CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO EXCLUSIVAMENTE ENVOLVIDAS COM A PORTARIA IMPUGNADA. LIMITES. PEÇA INFORMATIVA. ACOMPANHAMENTO PELO

MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA VINCULANTE Nº 14. OBJETO LIMITADO A MANIFESTAÇÕES QUE DENOTEM RISCO EFETIVO À INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA. 1. Preliminarmente, trata-se de partido político com representação no Congresso Nacional e, portanto, legitimado universal apto à jurisdição do controle abstrato de constitucionalidade, e a procuração atende à “descrição mínima do objeto digno de hostilização”. A alegação de descabimento pela ofensa reflexa é questão que se confunde com o mérito, uma vez que o autor sustenta que o ato impugnado ofendeu diretamente à Constituição. E, na esteira da jurisprudência desta Corte, compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental e, diante da vocação da Constituição de 1988 de reinstaurar o Estado Democrático de Direito, fundado na “dignidade da pessoa humana” (CR, art. 1º, III), a liberdade pessoal e a garantia do devido processo legal, e seus corolários, assim como o princípio do juiz natural, são preceitos fundamentais. Por fim, a subsidiariedade exigida para o cabimento da ADPF resigna-se com a ineficácia de outro meio e, aqui, nenhum outro parece, de fato, solver todas as alegadas violações decorrentes da instauração e das decisões subsequentes. 2. Nos limites desse processo, diante de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros, de apregoada desobediência a decisões judiciais, arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada totalmente improcedente, nos termos expressos em que foi formulado o pedido ao final da petição inicial, para declarar a constitucionalidade da Portaria GP n.º 69/2019 enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF, nas específicas e próprias circunstâncias de fato com esse ato exclusivamente envolvidas. 3. Resta assentado o sentido adequado do referido ato a fim de que o procedimento, no limite de uma peça informativa: (a) seja acompanhado pelo Ministério Público; (b) seja integralmente observada a Súmula Vinculante nº14; (c) limite o objeto do inquérito a manifestações que, denotando risco efetivo à independência do Poder Judiciário (CRFB, art. 2º), pela via da ameaça aos membros do Supremo Tribunal Federal e a seus familiares, atentam contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a Democracia; e (d) observe a proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos termos da Constituição, excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais. (ADPF 572, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 18-06-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12-11-2020 PUBLIC 13-11-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-087 DIVULG 06-05-2021 PUBLIC 07-05-2021).

Também se discutia o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Corte, por parte daqueles que teriam o dever legal de preservar o sigilo. Além disso, examinava-se a existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com a finalidade de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e o Estado de Direito (MENDES, 2022).

Dentre alguns dos fatos submetidos à análise, no âmbito do Inquérito, merecem destaque, para os fins da presente pesquisa, a divulgação de notícias falsas que vinculariam oito dos onze ministros do STF ao narcotráfico internacional, o que teria ensejado, inclusive, apresentação de denúncia na Organização das Nações Unidas (ONU). Essas informações

falsas foram divulgadas por meio de textos e vídeos que circularam em aplicativos de comunicação. Demais disso, outras desinformações passaram a envolver a vinculação de ministro da Corte a conhecida organização criminosa nacional, inclusive com a divulgação de uma inexistente conversa na qual se combinava a realização de um atentado em Brasília, com o uso de um atirador *sniper* (MENDES, 2022).

No bojo da ADPF n. 572, não se defende que o Estado ou ao Poder Judiciário devam decidir sobre a qualidade de uma informação, ou mesmo sobre qual deveria ser veiculada ou não. Ainda se deve tratar a liberdade como direito ou princípio preferencial. Todavia, os casos como o da ADPF n. 572, em que se verifica a atuação organizada com o objetivo de minar as instituições e cometer crimes, não estão dentro do âmbito de alcance desse direito fundamental. O objeto e os fatos do Inquérito nQ 4.718 foram bem delimitados e buscavam apurar ataques ao STF e aos seus ministros por intermédio de uma estrutura organizada de divulgação de *fake News*. Tais fatos podem configurar, em tese, os crimes de ameaça, calúnia, difamação e injúria, organização criminosa e delitos constantes da lei de segurança nacional. Portanto, não se poderia invocar o direito à liberdade de expressão como subterfúgio para a prática de crimes (MENDES, 2022).

A notícia falsa atinge todo o ambiente social, na medida em que retira a capacidade de o cidadão acompanhar os atos estatais de maneira coerente e verídica. Por esse motivo, em nome das garantias constitucionais e do Estado de Direito, as *Fake News* devem ser reprimidas e evitadas, o que demanda a criação políticas públicas de conscientização, bem como de medidas regulatórias eficientes (MENDES, 2022). No voto do Ministro Gilmar Mendes restou assentado:

É importante que se diga: não se trata de liberdade de expressão. O uso orquestrado de robôs, recursos e pessoas para divulgar, de forma sistemática, ataques ao STF, ameaças pessoais aos Ministros e a seus familiares, passa longe da mera crítica ou manifestação de opinião. Trata-se, na verdade, de movimento organizado e orquestrado, que busca atacar um dos poderes responsáveis pela garantia dos direitos fundamentais (art. 102 da CF/88) e das regras do jogo democrático.

Neste sentido:

TUTELA PROVISÓRIA ANTECEDENTE. MEDIDA CAUTELAR. NÃO REFERENDO. DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – TSE. PROBABILIDADE DO DIREITO E PERIGO DA DEMORA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DE PROVIMENTO DO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACERTO DA DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. PERIGO DA DEMORA INVERSO. PROCESSO

ELEITORAL. NOTÍCIAS FALSAS. SEGURANÇA JURÍDICA. ELEIÇÕES. 1. Havendo perigo da demora em sentido inverso, decorrente da ausência de probabilidade de provimento do agravo em recurso extraordinário contra decisão do TSE, não há que se conceder a tutela provisória. **2. Não pode partido político, candidato ou agente político eleito invocar normas constitucionais e direitos fundamentais para erodir a democracia constitucional brasileira.** **3. Não se deve confundir o livre debate público de ideias e a livre disputa eleitoral com a autorização para disseminar desinformação, preconceitos e ataques ao sistema eletrônico de votação, ao regular andamento do processo eleitoral, ao livre exercício da soberania popular e à democracia.** **4. A jurisprudência reiterada do TSE e do Supremo Tribunal Federal reconhecem que não há liberdade de expressão, nem imunidade parlamentar, que ampare a disseminação de informações falsas por redes sociais e na internet.** Ausência de inovação jurisprudencial a respeito dessas temáticas. 5. Tutela provisória não referendada. (TPA 39 MC-Ref, Relator(a): NUNES MARQUES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 07-06-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 12-09-2022 PUBLIC 13-09-2022).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMEN-TAL NA PETIÇÃO. BLOQUEIO DE PERFIS NAS REDES SOCIAIS UTILIZADOS PARA A PROPAGAÇÃO DE DISCURSOS COM CONTEÚDO DE ÓDIO, SUBVERSÃO DA ORDEM E INCENTIVO À QUEBRA DA NORMALIDADE INSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. FORNECIMENTO DE DADOS DOS PERFIS/CONTAS INDICADOS. DESCUMPRIMENTO DOLOSO POR PARTE DO PROVEDOR DE SERVIÇOS. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS COERCITIVAS. MULTA PROCESSUAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A liberdade de expressão é consagrada constitucionalmente e balizada **pelo binômio LIBERDADE E RESPONSABILIDADE, ou seja, o exercício desse direito não pode ser utilizado como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas.** Não se confunde liberdade de expressão com impunidade para agressão. 2. Dessa maneira, uma vez desvirtuado criminosamente o exercício da liberdade de expressão, a Constituição Federal e a legislação autorizam medidas repressivas civis e penais, tanto de natureza cautelar quanto definitivas. **3. O descumprimento doloso pelo provedor implicado indica, de forma objetiva, a concordância com a continuidade do cometimento dos crimes em apuração, e a negativa ao atendimento da ordem judicial verdadeira colaboração indireta para a continuidade da atividade criminosa, por meio de mecanismo fraudulento.** 4. Agravo Regimental desprovido. [Pet 9.176 AgR, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 14-11-2022, P, DJE de 13-3-2023.]

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. UTILIZAÇÃO DE PERFIS NAS REDES SOCIAIS PARA A PROPAGAÇÃO DE DISCURSOS COM CONTEÚDO DE ÓDIO, SUBVERSÃO DA ORDEM E INCENTIVO À QUEBRA DA NORMALIDADE INSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA. ABUSO DO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO NO BLOQUEIO DE PERFIS PARA FAZER CESSAR A ATIVIDADE CRIMINOSA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **1. A liberdade de expressão é consagrada constitucionalmente e balizada pelo binômio LIBERDADE E RESPONSABILIDADE, ou seja, o exercício desse direito não pode ser utilizado como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas. Não se confunde liberdade de expressão com impunidade para agressão.** **2. Dessa maneira, uma vez desvirtuado criminosamente o exercício da liberdade de expressão, a Constituição Federal e a legislação autorizam medidas repressivas civis e penais, tanto de natureza cautelar quanto definitivas.** 3. Agravo Regimental desprovido. [Pet 10.391 AgR, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 14-11-2022, P, DJE de 14-2-2023.]

Fazendo o necessário contraponto da garantia da liberdade de expressão:

(...). Nesse aspecto, **a jurisprudência do STF firmada a partir do julgamento da ADPF 130 consagrou que as garantias de liberdade plena de informação e de imprensa somente podem ser integralmente preservadas se entendidas como proibitivas de qualquer tipo de censura prévia.** No caso, o ato judicial reclamado considerou que “[a] postagem em rede social de conteúdo que impute a alguém a prática de crime constitui manifestação que desborda das balizas delineadas pelo estatuto constitucional das liberdades, para violar os direitos inerentes à honra e à imagem (art. 5º, X, da CF/88), em ordem a justificar a excepcional intervenção do Poder Judiciário para determinar a remoção do conteúdo ofensivo”. (eDOC 6, p. 2) Contudo, extrai-se dos autos que o reclamante veiculou post, em sua rede social jornalística, com informações que estão disponíveis no Portal da Transparência da Câmara Municipal de Teresina e que dizem respeito a gastos efetivados por detentores de cargos públicos no exercício do mandato. **Me parece que o fato de o reclamante apontar a possível existência de irregularidade nos gastos públicos, por si só, não tipifica crime, tampouco autoriza a interferência do Poder Judiciário no sentido de proibir as postagens jornalísticas, sob pena de afronta à liberdade de expressão.** Assim, entendo que o Juízo reclamado, ao obstaculizar a divulgação da matéria jornalística, afrontou a decisão desta Corte formalizada na ADPF 130. (STF - Rcl: 47041 PI XXXXX-32.2021.1.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 09/12/2021, Data de Publicação: 13/12/2021).

Esse é em síntese o panorama da desinformação na pesquisa.

3.4.3 Os desafios da consubstanciação do conteúdo sensível: discricionariedade ou técnica eletiva?

Conteúdo sensível tem definição tanto na regulação privada quando na pública da moderação de conteúdo. Como vimos, Facebook, Youtube e Instagram tem definições próprias de conteúdo sensível. No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados, trata a matéria da seguinte forma:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

Foi possível encontrar apenas um julgado envolvendo conteúdo sensível na jurisprudência do STF e ele não trata propriamente de moderação de conteúdo (ARE) 1356144:

2. Não é possível impedir a parte ré de ter acesso aos documentos que instruem os autos, ainda que sigilosos, sobretudo quando servirem para formar o convencimento do juiz sobre matéria levada à apreciação, sob pena de violação frontal aos princípios da ampla defesa e do contraditório. 3. Tratando-se de aparente conflito entre o direito à intimidade do autor e o direito do réu ao contraditório e à ampla defesa, a decretação de sigilo dos documentos que ostentam *conteúdo sensível* e a permissão de acesso apenas às partes é a solução que melhor atende aos fins da justiça, porquanto não afasta completamente os direitos questionados nem despreza integralmente o sentido de proteção previsto em ambos. 4. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. Agravo Interno prejudicado.

A regulação privada hoje é a grande responsável pelo controle do controle sensível nos provedores de aplicação, pelo que a aferição da tensão resta prejudicada, na medida em que, a previsão da LGPD é abstrata aos moldes do preconizado nas plataformas, de modo que, a jurisdição constitucional brasileira, pelo menos, de acordo com a pesquisa ainda não se manifestou.

3.4.4 “Moderados” e “Moderadores” na berlinda da Jurisdição Constitucional: Como pode o STF lidar com os temas 533 e 987 da repercussão geral?

Responsabilidades de moderadores e moderados foi uma forma que a pesquisa encontrou de encarar abstratamente alguns dos fenômenos mais abordados da moderação de conteúdo: liberdade de expressão e responsabilidade dos intermediários on-line, pelas lentes da teoria geral do direito e do direito constitucional. A ideia é dar um passo atrás e perquirir quais são as competências e capacidades antes das responsabilidades de ambas as partes, tanto do lado de quem modera, quanto do lado de quem é moderado. Este é o primeiro ponto de tensão que será submetido ao crivo da jurisdição constitucional.

Assim moderador é todo aquele responsável pela prática do ato de moderação de conteúdo, assim entendida, de acordo o DSA europeu incrementado pela possibilidade da moderação ser feito pelo ente público. Moderado por sua vez é aquele que praticou o ato na rede social que foi objeto do ato de moderação seja pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público.

Ademais, a questão da responsabilidade tradicionalmente analisada na literatura (ANDRIGHI; GUARIENTO, 2014), foram trazidas nesta pesquisa (BOTTINO; LEMOS; SOUZA, 2018). O Mote da pesquisa é perquirir o tema, pela lente da teoria geral do direito e do constitucionalismo digital, pelo que, os aportes teóricos emergirão desta senda.

a) Separações propedêuticas necessárias

Pessoa é o ser a que se atribuem direitos e obrigações. Personalidade é aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações. Na ordem política, toma, ordinariamente, a feição de cidadania, que é a aptidão para exercer direitos políticos, e é soberania, quando atribuída ao Estado, que aliás, tem igualmente uma personalidade civil e outra internacional, ou antes, a sua personalidade é uma figura de três faces: a política, a civil e a internacional (BEVILÁQUA, 1929).

Cumpra distinguir a personalidade da capacidade, que é a extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade, ou como diz Teixeira de Freitas, o modo de ser geral das pessoas. Podemos definir capacidade a aptidão de alguém para exercer por si os atos da vida civil. É o que muitos civilistas (Teixeira de Freitas, 1896) denominam capacidade de fato, diversa da capacidade de direito, que seria a aptidão para adquirir direitos e exercê-los por si ou por outrem (BEVILÁQUA, 1929).

Na caracterização das pessoas físicas e jurídicas, tendo em vista sua aptidão para serem sujeitos de direito, a dogmática analítica costuma valer-se de dois outros conceitos: o de capacidade e o de competência. O termo capacidade costuma ser usado para expressar uma aptidão. Diz-se que o sujeito capaz está apto a exercitar seus próprios direitos. Esta seria a capacidade jurídica. O outro sentido refere-se à aptidão para agir. Neste segundo sentido, a capacidade conhece graus, admitindo-se distinção entre plenamente capazes e absolutamente incapazes e relativamente incapazes (FERRAZ JÚNIOR, 2007).

A capacidade jurídica adquire-se com o nascimento da pessoa, muito embora antes já haja a proteção do nascituro. A capacidade de ação, de exercer por si, plenamente os direitos e deveres correspondentes à capacidade jurídica, depende de circunstâncias previstas no ordenamento. Enquanto não chega a capacidade de fato (BEVILÁQUA, 1929) mesmo que relativa existe o instrumento da representação.

Existem basicamente dois tipos de representação. A pública e a particular. A particular se dá por procuração e a pública por mandato. Isso nos conduz ao conceito de competência. Em princípio quando a dogmática quer referir-se ao poder jurídico conferido a pessoas físicas e jurídicas privadas, ele fala em capacidade de ação. Quando fala em pessoas jurídicas de direito público fala em competência.

Em síntese, a distinção entre capacidade e competência pode ser explicada pelo modo como são elas normalmente estabelecidas. Competência e capacidade, são formas de poder

jurídico, isto é, de aptidão, do sujeito para o exercício impositivo de comportamentos ou para si próprio (capacidade) ou para terceiros (competência). Assim, para que um sujeito seja capaz ou competente é preciso o estabelecimento, por meio de normas, da autorização para agir e das respectivas condições (FERRAZ JÚNIOR, 2007).

A capacidade enquanto poder de autovincular-se é poder não qualificado (qualquer pessoa tem), autônomo (é usado para obrigar a própria pessoa), é discricionário (exerce-se livremente) e é transferível (pode ser transferível a outro sujeito). A competência enquanto poder de impor vinculações a terceiros é poder qualificado (conferido apenas a certos sujeitos), é poder que se exerce não para si próprio, mas para outro (heteronomia), é poder vinculado a certas condições (não se exerce livremente) e não é transferível (pode ser delegado, quem delega não perde) (FERRAZ JÚNIOR, 2007).

Estas distinções são importantes na medida em que moderados e moderadores podem ter capacidades e competências, haja vista que ambos utilizam as plataformas das redes sociais sendo que há intercessões de papéis. Por exemplo, há entes públicos, quase todos, que tem perfis nas redes sociais, e, estes mesmos entes são ou foram responsáveis por emitirem comandos moderatórios de regulação pública. As plataformas que são entes de direito privado dotados de capacidade de agir, teriam então uma competência regulatória aos moldes dos entes públicos? E as plataformas que têm perfis próprios em seus domínios, quais são os limites que dão a si próprias?

A afirmação de que alguém tem uma obrigação ou a ela está sujeito implica realmente a existência de uma norma; entretanto, nem sempre ocorre que, onde existem normas, o padrão de comportamento por elas exigido seja compreendido em termos da ideia de obrigação. “Ele devia ter feito...” e “Ele tinha a obrigação de...” não são sempre expressões intercambiáveis, embora sejam semelhantes por fazerem referência implícita a padrões existentes de conduta ou por serem usadas para se tirar conclusões em casos particulares a partir de uma norma geral (HART, 2009).

O ideário de Hart (2009) é umbilicalmente ligado a substancia de dever, dever jurídico. Esse é o preceito primário do direito que se violado ocasiona a sanção. Aqui surge a primazia do código binário da licitude/ilicitude. Hart (2009) não se refere ao direito das obrigações mas a teoria do fato jurídico *lato sensu*, da qual emerge *a posteriori* a responsabilidade civil, ponto de partida da pesquisa neste tópico específico.

Todo fato jurídico, seja lícito ou ilícito, se caracteriza pela presença de um determinado elemento fático que constitui o cerne do núcleo de seu suporte fático que

constitui o cerne do núcleo de seu suporte fático. No caso da ilicitude, como gênero, o elemento cerne do suporte fático consiste na contrariedade a direito; vale dizer: a ilicitude tem como pressuposto essencial o ser contrária a direito. Assim, todo fato, seja evento ou conduta, que implique violação da ordem jurídica, negando os fins do direito é ilícito (MELLO, 2004).

b) Das responsabilidades dos Moderados

A responsabilidade dos usuários das plataformas das redes sociais é tema minimamente explorado, perto da outra ponta da relação que é o da responsabilidade dos moderadores privados, ou seja, as plataformas. Isso já é algo intrigante do ponto de vista ontológico, haja vista que, quem deveria ser observado primeiro é quem insere o conteúdo nas plataformas e não aquele que suporta ou modera o conteúdo. É a velha e eterna questão. Estamos sempre perseguindo direito e nos esquecendo de deveres.

O segundo ponto importante é que a liberdade de expressão é alocada sempre no *locus* das fake news. Questão metodológica intrigante do ponto de vista estrutural da teoria da moderação na medida em que liberdade (não só de expressão) é vetor regulatório substancial que arrima toda a moderação incluída a questão filosófica fática da duplicidade verdade/inverdade e emissão da vontade. Dito de outro modo, a literatura em geral se preocupa muito em responsabilizar os intermediários on-line frisando o direito do consumidor e ao mesmo tempo não aloca adequadamente os vetores regulatórios.

Isso porque é de bom alvitre ordenar a real situação dos fenômenos. Antes de se acionar a regulação privada e a regulação pública e até mesmo a autorregulação regulada é preciso se atinar para os fatos. A internet é uma realidade com a qual temos que lidar cotidianamente. Para trabalhar no virtual temos que ter dois critérios: verdade e saber como emitir vontade. É o Eu se responsabilizando. A maioria dos moderados usa as plataformas descriteriosamente, sem se atentar aos dois critérios aqui levantados. Verdade e Emissão de Vontade. Primeiro eu lido com a verdade depois eu emito a vontade. Se os moderados agissem assim a internet seria outra.

Mas, o ser humano tem a leve mania de ser cruel consigo mesmo. Mentir para agradar. Mentir para simular. Mentir para sufragar. Mentir para sensibilizar. Ora, as redes são construções alienígenas ou humanas. Seriam senão, um aperfeiçoamento de tudo aquilo

que já construímos durante séculos de existência. Um aperfeiçoamento para demonstrar geralmente o que não existe.

O primeiro ponto que emerge para responsabilizar o moderado é a questão da capacidade. Se as redes sociais estabelecem idades mínimas de 13 anos para seus moderados (usuários), e, a capacidade civil no Brasil, relativa começa aos 16, e, a total aos 18, como responsabilizar um moderado dessa faixa etária por um conteúdo ilícito que ele veiculou, a não ser na pessoa de seus responsáveis legais? Mas também, como é delicada a utilização por crianças e adolescentes de redes sociais, sem a devida vigilância dos responsáveis legais?

É de bom alvitre lembrar que estamos do lado dos usuários dos serviços e que até agora a questão foi analisada sob a ótica da teoria geral do direito. Entretanto a literatura situa as relações entre moderados e moderadores no âmbito do direito do consumidor com ingerências pontuais do direito civil, precipuamente no que tange à teoria da responsabilidade objetiva. Ocorre que, sem a teoria geral os ramos não sobrevivem. Necessário é entender que moderados detém certas capacidades e que moderadores tem suas competências e que o intercambio destas potencialidades é que gera os deveres jurídicos perpetrados em responsabilidades.

Para a pesquisa a responsabilização de moderados não se situa simplesmente na relação consumerista. É antes de tudo constitucional, filosófica, de teoria geral do direito. O Moderado tem primeiro capacidade jurídica (artigo 1º do código civil). Tem capacidade de fato para contratar o serviço das redes sociais quando não incidentes as limitações civilistas. Pode até ser vulnerável e hipossuficiente a depender do tipo de relação que se estabelece na ágora virtual.

A responsabilização civil dos usuários (Moderados) deve ser mais levantada pela literatura, mas de forma estruturada, com princípios gerais que a norteiem. Isso guiará fortemente o outro lado da moeda. De plano é preciso reforçar com vigor a dualidade dos vetores regulatórios processuais e substanciais, de modo que nos últimos não se fale apenas em liberdade, mas também em igualdade e democracia. Os três caminhos de Pontes de Miranda são fontes históricas que norteiam o debate de forma candente.

A questão da diferenciação do ato de emissão de vontade se intencional ou não e se verídico ou inverídico são tenazes à proporcionar liames à responsabilização dos moderados. Só assim se perquire se há direitos, ou seja, após a análise dos deveres. A pesquisa parece ter critérios rígidos mas o *discrimine* é um só, desde o início dos trabalhos: moderação de conteúdo é atividade que depende hoje do paradigma da regulação.

Os limites da responsabilização dos Moderados entre Moderados certamente estarão numa relação de concordância prática de liberdade, igualdade e democracia: sempre poderá haver zonas de tensão, mas em geral ocorre o direito e o não direito. A ponderação é a exceção da exceção. A concordância prática é medida mais adequada.

A ADPF 130 de Relatoria do então Ministro Ayres Brito é um amálgama de suma importância para definir o terreno da responsabilidade nos meandros da Jurisdição Constitucional. Tanto é verdade, que todos os julgados, ou quase todos relacionados a *liberdade de expressão* no Supremo citam invariavelmente a referida ADPF. Todos os votos dos Ministros que participaram do julgamento consistem em lições valiosas acerca da liberdade de expressão.

É certo que o objeto central da ADPF 130 foi a já não recepcionada Lei de Imprensa pela Constituição de 1988. Entretanto seus pormenores esmiúçam a liberdade de expressão na doutrina de base, na literatura contemporânea e no direito comparado. Em destaque no acórdão:

Do que decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade, até porque, sob o prisma do conjunto da sociedade, quanto mais se afirma a igualdade como característica central de um povo, mais a liberdade ganha o tônus de responsabilidade. É que os iguais dispõem de reais condições de reagir altivamente às injustiças, desafios e provocações do cotidiano, de modo a refrear os excessos ou abusos, partam de ondem partirem venham de onde vierem.

Já no voto vista no então Ministro Menezes Direito:

Esse sistema próprio de equilíbrio entre a liberdade da comunicação e o respeito aos direitos da personalidade provoca imperativamente uma análise científica daquilo que nosso Presidente, Ministro Gilmar Mendes, examinando decisões da Corte Constitucional alemã, particularmente quando do julgamento do chamado "Caso Lebach", chamou de processo da ponderação. De fato, disse o Ministro Gilmar que "no processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio de direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão acima referida, na qual restou íntegro o direito de noticiar fatos criminosos, ainda que submetida a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito da personalidade" (Revista de Informação Legislativa nº 122/297).

Dos dois trechos do julgado, anteriores à discussão da regulação da internet e conseqüentemente à moderação de conteúdo é tenaz o movimento no sentido de que liberdade e responsabilidade no âmbito da Jurisdição Constitucional são umbilicalmente ligadas, interdependentes, por isso entender o processo de responsabilização dos atores que

navegam nas plataformas de redes sociais é antes perceber o processo de construção do direito de liberdade que lhe dá estrutura.

Assim sendo não há como perceber a importância da responsabilidade sem antes entender os meandros da liberdade que cada um tem de se expressar. E este liame é deveras melindroso a cada dia que passa, quando se pensa na transformação da sociedade das organizações para a sociedade das plataformas. A velocidade com que a informação transita é avassaladora e os atores sociais parecem não conseguir ainda acompanhar a formação do cenário que se apresenta.

Pontes de Miranda (1945) alerta para a indissociação entre a liberdade de ação e de pensamento, sendo assim solidárias, pois:

Suponhamos que não temos liberdade física e temos a de pensar: ficamos reduzidos, praticamente, a não pensar, pois não podemos executar o que pensamos, nem, talvez, dar-lhe forma, impressa ou gesticular. Fôra só pensarmos como Epiteto e sofrermos que se nos quebre a perna. (A escravidão fêz o pensador grego, ainda depois de livre, não escrever). Se tentamos executar o que pensamos, prendem-nos, porque só nos deram a liberdade de pensar. Portanto, a própria premissa é falsa. Se podemos pensar e não podemos ser livres fisicamente, não é certo que podemos pensar. Cindíramos pensamento e ação; e eles reparecem juntos, incididos. Tal a condição humana, do “ser que pensa”. Se podemos mover-nos e fazer tudo que queremos, porém não pensar livremente,, estamos reduzidos à condição de animais na selva. Se pensamos de modo diferente dos que dominam somos presos. Portanto, a própria premissa é falsa. Se podemos mover-nos e não podemos pensar livremente, não podemos mover-nos. Isso mostra que as liberdades são impartíveis. Cada uma das que se referem ao espírito ou cada uma das que se referem ao corpo é sempre compósita: um tanto de liberdade de pensamento, um tanto de liberdade física, em porções diferentes.

Pontes de Miranda em 1945 imbuído dos valores que mesclaram seus Comentários a Constituição de 1946 bem sabia dissecar a questão das liberdades, haja vista que, por certo pensar e agir são volitilidades humanas interligadas, e, aqui trazem à tona a importância para a caracterização das responsabilidades o fato de que, todo aquele que age antes pensou, e a dupla liberdade – pensar e agir – resta indubitavelmente ligada à psique, outra ordem de liberdade que Pontes bem dissertava há mais de 80 anos²².

Mesmo que se diga que há aqueles que “agem sem pensar”, tal fato seria assim impossível, pois o que houve por certo, foi um pensamento desligado do senso racional do que se esperava de seu comportamento, mas não um “agir sem pensar”. Assim a liberdade é

²² A liberdade é da psique, e não só da consciência ou do pensamento. Entenda-se por psique, conforme a Psicologia do agora, mais do que funções localizadas no cérebro ou lidas como tais, A liberdade da psique abrange tudo que serve enunciar, auxiliar os enunciados (gestos, projeções, etc) e dar sentido, bem como tudo que não é o movimento só ou a abstenção dele.

na visão Pontiana solidária, o que por certo acaba por fazer sentido, na medida em que somos os seres vivos dotados do órgão biológico mais desenvolvido da face da terra, que é o cérebro. Este cérebro nos dota deste direito-dever tão caro que é o dueto liberdade-responsabilidade.

Estas considerações fazem parte de um desiderato maior por certo que é o de demonstrar ao leitor que os posicionamentos de Pontes de Miranda nos levam ao cenário mais amplo de que liberdade tem seu tônus de dever. Mas que dever seria este. Dever de responsabilidade.

Uma vez enunciadas as liberdades de pensar e agir solidárias é tempo de tratar da liberdade-responsabilidade de emitir o pensamento. Para Pontes de Miranda na liberdade de emissão de pensamento é que acontece o real encontro entre a liberdade individual de pensar e o Estado e a “ordem pública”. A liberdade de emissão do pensamento é essencial à inteligência humana, porque se confessa a dúvida, ou se discute o que duvida, se comunica o que se sabe e se submete aos outros, o que se pensa ser certo e talvez não o seja.

Chegando ao ponto fulcral das responsabilidades traduzidas em parte nos limites da liberdade de emissão do pensamento Pontes de Miranda enuncia que os limites são a ofensa à vida, à liberdade, à igualdade e aos meios legais de ascensão ao poder e que a ofensividade é o único critério que possa justificar a limitação. Por isso liberdade sempre deve estar ladeada de responsabilidade. Há precedente no STF:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. UTILIZAÇÃO DE PERFIS NAS REDES SOCIAIS PARA A PROPAGAÇÃO DE DIS-CURSOS COM CONTEÚDO DE ÓDIO, SUBVERSÃO DA ORDEM E INCENTIVO À QUEBRA DA NORMALIDADE INSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA. ABUSO DO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO NO BLOQUEIO DE PERFIS PARA FAZER CESSAR A ATIVIDADE CRIMINOSA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **1. A liberdade de expressão é consagrada constitucionalmente e balizada pelo binômio LIBERDADE E RESPONSABILIDADE, ou seja, o exercício desse direito não pode ser utilizado como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas. Não se confunde liberdade de expressão com impunidade para agressão. 2. Dessa maneira, uma vez desvirtuado criminosamente o exercício da liberdade de expressão, a Constituição Federal e a legislação autorizam medidas repressivas civis e penais, tanto de natureza cautelar quanto definitivas.** 3. Agravo Regimental desprovido. [Pet 10.391 AgR, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 14-11-2022, P, DJE de 14-2-2023.]

A responsabilidade pelo exercício da liberdade de expressão deve ser reparado preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização segundo a Corte²³:

“Direito Constitucional. Agravo regimental em reclamação. Liberdade de expressão. Decisão judicial que determinou a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico. Afronta ao julgado na ADPF 130. Procedência. 1. O Supremo Tribunal Federal tem sido mais flexível na admissão de reclamação em matéria de liberdade de expressão, em razão da persistente vulneração desse direito na cultura brasileira, inclusive por via judicial. 2. No julgamento da ADPF 130, o STF proibiu enfaticamente a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões. 3. A liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades. 4. Eventual uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização. Ao determinar a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico de meio de comunicação, a decisão reclamada violou essa orientação. 5. Reclamação julgada procedente”. (Rcl 22.328, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 10.5.2018).

Outro aspecto importante que decorre da utilização das redes sociais e do princípio de um Estado de Direito democrático diz respeito à responsabilização dos líderes políticos que podem ser exercido através das redes sociais ou por causa de atos praticados nas redes sociais. Neste sentido, podemos considerar o caso português e os factos que levou à demissão do Ministro da Cultura João Soares, após publicação de uma publicação na rede social Facebook. Isto leva também à discussão de outro ponto importante: será que os líderes políticos têm direito a ter menos direitos do que os outros cidadãos, nomeadamente o direito honrar e aceitar críticas? (EGÍDIO, 2022).

c) Da responsabilidade dos moderadores

No capítulo 2 foi contemplada, a juridicidade de tal tema sob a ótica do Marco Civil da Internet, pelo que, daqui por diante, o será pela da jurisdição constitucional.

Mendes e Fernandes (2021) adiantam que independentemente da interpretação que poderá vir a ser conferida pelo STF em relação ao Marco Civil da Internet nesse ponto,

²³ Rcl 11.292-MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 3.3.2011; Rcl 16.074-MC, proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente), Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 6.8.2013; Rcl-AgR 19.548, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 14.12.2015; Rcl 22.328, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 10.5.2018; Rcl 28.747, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Redator do acórdão Min. Luiz Fux, DJe 12.11.2018.

reconhece-se que o problema da responsabilidade de intermediários pelo conteúdo de terceiros dificilmente se resolve pela formulação, em termos abstratos, de uma aferição do cumprimento do dever de proteção dos direitos fundamentais pelo legislador. É uma nomenclatura mais ampla apta a incluir a questão da responsabilidade dos intermediários on-line.

É possível afirmar que a doutrina nacional tem interpretado que o art. 19 do MCI representou uma opção do legislador pelo modelo de responsabilização judicial, com o intuito de preservar a liberdade de expressão na internet, ainda que em detrimento do controle absoluto do usuário sobre a informação. Essa escolha, porém, não significa necessariamente que o provedor esteja impedido de realizar a remoção do conteúdo na inexistência de ordem judicial (MENDES, 2023).

Em continuidade Mendes (2023) explicita que caso, a partir de uma notificação extrajudicial de um usuário, a empresa constate que está diante de uma violação dos termos de uso da rede social, por exemplo, a empresa poderá proceder a retirada do conteúdo, ainda que sem ordem judicial. Assim, na realidade, o art. 19 do MCI não prevê que a única hipótese de remoção de conteúdo consiste na existência de ordem judicial, mas, ao contrário, explicita que sempre que tal ordem existir, o conteúdo deve ser removido pela plataforma.

Arrematando Mendes (2023) assinalada o real papel do artigo 19 do MCI no Brasil diante desse desenho institucional adotado pelo MCI, é legítimo afirmar que boa parte do sistema de moderação de conteúdo on-line no Brasil está concentrado no exercício de estratégias de autorregulação por parte das plataformas. Todos esses fatores levam a crer que, embora o artigo 19 do MCI tenha sido de inegável importância para a construção de uma internet plural e aberta no país, hoje o dispositivo se mostra ultrapassado. A corroborar esse diagnóstico, diversas iniciativas estrangeiras têm construído regimes de responsabilidade mais sofisticados para a operação de plataformas digitais. É importante buscar um meio do caminho entre um regime de liberdade total das plataformas e um regime de controle estatal completo do conteúdo. Essa tem sido, até aqui, a tentativa de jurisdições democráticas estrangeiras.

Como já foi dito a lição mais paradigmática que permeia esta temática está posta em julgamento no Supremo é o RE (Tema 987 da repercussão geral) de relatoria do Ministro Dias Toffoli, no qual se discute a constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da

Internet²⁴. O debate a ser enfrentado segundo Mendes e Fernandes (2021) consiste em saber se é constitucional a exigência de uma ordem judicial para compelir o provedor a remover

²⁴ No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, responsável por uniformizar a interpretação da legislação federal, consolidando a jurisprudência nacional, a 2ª, 3ª e 4ª Turmas já tiveram a oportunidade de se debruçar sobre o tema, havendo, por enquanto, divergência de posicionamento entre elas. A matéria foi originariamente tratada pela 2ª Turma, no julgamento de recurso especial derivado de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de Rondônia em defesa de menores que estariam sendo ofendidos por mensagens postadas em páginas de famoso *site* de relacionamento via Internet. Entre os pedidos formulados, estava a imposição ao provedor da obrigação de impedir a criação de novas páginas *ej* ou comunidades com teor ofensivo semelhante ao noticiado. De acordo com o voto condutor, acompanhado à unanimidade pelos demais ministros, "quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na Internet é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos *direitos da personalidade* de internautas e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais comezinhos da vida em comunidade, seja ela real, seja virtual". Com base nessas considerações, a 2ª Turma entendeu ser insuficiente a conduta do provedor, de apenas excluir as páginas apontadas como ofensivas e identificar seus criadores, consignando que "reprimir certas páginas ofensivas já criadas, mas nada fazer para impedir o surgimento de outras tantas, com conteúdo igualou assemelhado, é, em tese, estimular um jogo de Tom e Jerry, que em nada reme dia, mas só prolonga, a situação de exposição, de angústia e de impotência das vítimas das ofensas". Em resumo, portanto, o entendimento da 2ª Turma do STJ foi de que não basta ao provedor, após notificação, suprimir dados insultuosos, cabendo a ele ir além e agir de forma preventiva, exercendo um juízo prévio acerca do conteúdo de todas as páginas criadas por seus usuários, evitando a postagem de material considerado impróprio. A 3ª Turma, por sua vez, analisou dois recursos especiais³⁰ derivados de ações de indenização por dano moral ajuizadas contra o provedor por pessoas que se sentiram ofendidas por material postado por outros usuários do *site* de relacionamentos. Em ambos os processos, as instâncias ordinárias deferiram a tutela antecipada pleiteada, para determinar a supressão das respectivas páginas do *site*. Nesses casos, a 3ª Turma, por unanimidade, entendeu que a fiscalização prévia, pelo provedor, do teor das informações postadas na *web* por cada usuário não é dever intrínseco ao serviço prestado, bem como que eventual dano moral emergente de mensagens com conteúdo ofensivo não constitui risco inerente à atividade, não incidindo, pois, a responsabilidade objetiva dos arts. 14 do CDC e 927, parágrafo único, do CC/02. Ressalvou, porém, que ao tomar ciência de que determinado texto ou imagem inserido no *site* possui conteúdo ilícito, cabe ao provedor agir prontamente, retirando o material do ar, acrescentando, ainda, ser sua obrigação adotar as medidas que, caso a caso, estejam ao seu dispor para a individualização dos usuários, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano. Nesse aspecto, porém, a 3ª Turma considerou desnecessário exigir os dados pessoais de cada usuário, afirmando que "o provedor de conteúdo que registra o número de protocolo (IP) na Internet dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de Internet". Embora não tenha apreciado a responsabilidade civil do provedor pelas ofensas veiculadas na Internet, a 4ª Turma, julgando processo análogo,³¹ complementou o raciocínio desenvolvido pela 3ª Turma, assentando que as informações difamantes a terceiros devem ser excluídas do *site* "independentemente da indicação precisa, pelo ofendido, das páginas em que foram veiculadas as ofensas (URRs)". A URL, sigla que corresponde à expressão *Universal Resource Locator*, que em português significa localizador universal de recursos, consiste num endereço virtual, isto é, diretrizes que indicam o caminho até determinado *site* ou página. No que concerne ao momento em que esse controle deve ser exercido, a 4ª Turma se alinhou ao entendimento da 2ª Turma, afirmando que a fiscalização há de ser prévia, sustentando que, "no caso de uma empresa de Internet de grande porte, deve-se presumir seja sabedora da existência da mensagem eventualmente ofensiva tão logo tenha sido postada em seu ambiente virtual, independentemente de indicação por parte do ofendido". Diante disso, conclui que as mensagens consideradas ofensivas à honra de terceiros deveriam ser "capturadas inclusive por mecanismos de programação", ressalvando que aquelas que dependessem de um juízo de valor, "poderiam ser examinadas por um corpo técnico especializado, quiçá jurídico ou orientado por especialistas do direito". Como se vê, o entendimento em torno da matéria, mesmo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ainda suscita dúvidas, estando longe de ser pacificado. A maior dificuldade parece estar em se definir um limite ideal de controle do conteúdo dos *sites* de relacionamento *online*; um fiel para a balança que, ao mesmo tempo, permita a liberdade de manifestação do pensamento, sem, no entanto, ameaçar a dignidade do ser humano e o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família; tudo isso sem tolher a rapidez e a versatilidade da Internet - uma das suas maiores virtudes (ANDRIGHI; GUARIENTO, 2014).

determinado conteúdo ou se o simples descumprimento de uma notificação extrajudicial do usuário bastaria para caracterizar a responsabilidade do provedor perante a legislação consumerista.

Em continuidade para ambos é possível afirmar que parte da doutrina nacional tem interpretado que o art. 19 do MCI representou uma opção do legislador pelo modelo de responsabilização judicial, com o intuito de preservar a liberdade de expressão na internet, ainda que em detrimento do controle absoluto do usuário sobre a informação. Essa escolha, porém, não significa necessariamente que o provedor esteja impedido de realizar a remoção do conteúdo na inexistência de ordem judicial.

Os autores acreditam que a partir da incorporação dos valores do constitucionalismo digital, o exercício do controle de constitucionalidade do art. 19 do MCI deve materialmente levar em conta, em uma dimensão de facticidade, o grau de comprometimento dos atores privados com o preceito constitucional de liberdade de expressão (art. 5º, inciso IV, da CF/88). Isso pode significar eventualmente uma abertura da jurisdição constitucional à avaliação em concreto das práticas de conformação de direitos de personalidade pelas plataformas digitais, ainda que sob a óptica da teoria mediata de eficácia horizontal. A experiência acumulada do Poder Judiciário no tratamento dessas questões certamente pode contribuir para uma aferição dos riscos e benefícios do regime de responsabilidade subjetiva dos provedores de *internet* (MENDES; FERNANDES, 2021).

No que tange à competência dos moderadores a situação é bem mais ampla. As plataformas vem agindo como verdadeiros atores estatais na regulação da moderação de conteúdo, quase como uma “jurisdição constitucional privada”, na medida em que ponderam situações práticas de direitos fundamentais nas relações privadas a todo tempo, seja, sob a forma de instrumentos de inteligência artificial com algoritmos, ou utilizando inteligência humana, exercendo a moderação de conteúdo.

d) Os temas 533 e 987 da repercussão geral e a perspectiva da regulação enquanto atividade

Os temas pendentes de julgamento 533 e 987 estão assim ementados respectivamente:

Tema 533: Dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário.

Descrição: Agravo em recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, II, IV, IX, XIV, XXXIII e XXXV; e 220, §§ 1º, 2º e 6º, da Constituição Federal, se, à falta de regulamentação legal da matéria, os aludidos princípios constitucionais incidem diretamente, de modo a existir o dever de empresa hospedeira de sítio na rede mundial de computadores de fiscalizar o conteúdo publicado em seus domínios eletrônicos e de retirar do ar informações consideradas ofensivas, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Tema 987 - Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros.

Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, incs. II, IV, IX, XIV e XXXVI, e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição da República, a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que impõe condição para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos de terceiros.

Ambos os temas – o 533 com mais ênfase – envolvem a perspectiva da regulação enquanto atividade, haja vista que por certo modernamente a regulação é a temática que mais engloba os aspectos da moderação de conteúdo. Isso porque seu conjunto de vetores processuais e contedúísticos cuida de todos os aspectos moderatórios sem se esgueirar em uma matéria de forma superficial.

O problema do tema 533: *à luz dos artigos 5º, II, IV, IX, XIV, XXXIII e XXXV; e 220, §§ 1º, 2º e 6º, da Constituição Federal, se, à falta de regulamentação legal da matéria, os aludidos princípios constitucionais incidem diretamente, de modo a existir o dever de empresa hospedeira de sítio na rede mundial de computadores de fiscalizar o conteúdo publicado em seus domínios eletrônicos e de retirar do ar informações consideradas ofensivas, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário* nitidamente depende de regulação, pelo que a aplicação conjunta dos princípios de direito comparado pode auxiliar nesse processo como demonstrado nas linhas anteriores.

A aplicação conjunta do *due process* com os vetores substanciais em caráter complementar subsidiário por certo trará benesses ao processo de julgamento do tema 533, na medida em que objetiva e centraliza a discussão em patamares não só normativos mas éticos e parametrizados.

No que tange ao tema 987, o problema é envolvimento à constitucionalidade do artigo 19 do marco civil da internet: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, incs. II, IV, IX, XIV e XXXVI, e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição da República, a

constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que impõe condição para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos de terceiros.

Esse tema por certo já é mais centralizado no paradigma da responsabilidade civil, mas não deixa de trazer elementos de regulação, pois a regulação é o paradigma seguinte da moderação de conteúdo, que engloba os demais anteriores. A regulação é o presente e o futuro da moderação de conteúdo, pelo que deve ser levada em conta nas discussões de moderação sejam elas de responsabilidade civil, fake News ou conteúdo sensível.

Assim em ambos os casos, a jurisdição constitucional tem a oportunidade de utilizar os vetores regulatórios para dirimir os dois casos. Em primeiro com a regulação processual que é protagonista, haja vista que como já delineado as plataformas devem ter liberdade para conformar a regulação substancial, o que eleva a garantia da liberdade de expressão e evita a censura. E por segundo, a regulação substancial deve vir garantida pelos termos e condições de uso das plataformas lastreados estes nas declarações de direitos já existentes mundo a fora, sendo importante notar as iniciativas das cartas de direitos da internet.

3.4.5 O *due process* com a complementariedade dos vetores conteudísticos - o *status* internacional da discussão e o *case* brasileiro

Afunilando o debate no tocante ao paradigma da tensão regulatória, analogicamente, do lado da regulação privada há o paradigma da proteção da neutralidade de conteúdo on-line (*contente neutrality*), o qual é comumente associado à tradição de direitos negativos de liberdade de expressão. Esse primeiro paradigma que é tradicionalmente adotado se estrutura a partir de regimes jurídicos de responsabilidade fraca dos intermediários pelo conteúdo de terceiros. Para além das leis estatais, a moderação do conteúdo on-line é majoritariamente desempenhada por mecanismos de autorregulação das próprias plataformas. Em linhas gerais, o artigo 19 do Marco Civil da Internet corresponde a esse paradigma de neutralidade do conteúdo (MENDES, 2023).

O segundo paradigma, que é de desenvolvimento mais recente, é o paradigma de regulação procedimental do discurso on-line. Esse paradigma nasce da presunção de que a liberdade de expressão na internet requer não apenas uma proteção contra a intervenção do estado, mas uma intervenção estatal ativa que promova direitos fundamentais e garanta mecanismos de proteção de uma mídia democrática como um benefício social da

pluralidade. Tal paradigma está sendo desenvolvido nas legislações europeias recentes. Ele se baseia na criação de obrigações positivas para as redes sociais, sobretudo voltadas a uma maior transparência nas decisões de moderação de conteúdo e na assunção de compromissos de maior cautela no tratamento de manifestações ilícitas na internet (MENDES, 2023).

É este o diagrama da tensão (ou o contraste de paradigmas na dicção do texto de março de 2023) da regulação da moderação de conteúdo das plataformas de redes sociais no Brasil. No cenário internacional a questão não é muito diferente, mas se direciona de acordo com a legislação de cada local. EUA, Alemanha e União Europeia em face de seus documentos oficiais tem cenários um pouco mais específicos. Entretanto isto não muda muito o panorama geral da moderação tendo em conta que as plataformas têm “termos e políticas” que são basicamente mundiais.

Entretanto um contraponto tem que ser feito, para que não se confundam as coisas. Liberdade de Expressão, Redes Sociais e Democracia ao tratar da regulação processual, ou procedimental, trata de uma espécie de regulação, pois moderação é gênero da qual emergem regulação público e privada, e das quais emanam regulação processual e regulação substancial.

Em uma breve linha de definição - que não se encontra na literatura de maneira marcada - é possível apontar que a divisão entre regulação processual e regulação substancial, reflete a atividade da regulação da moderação de conteúdo consistente na separação de regras e princípios atinentes, respectivamente a procedimentos e matérias objeto da atividade moderatória das plataformas e entes públicos.

Mais ainda, regulação processual é aquela baseada em processos, em formas, em procedimentos, em meios, em sistemas e desenhos, humanos ou automatizados de moderação de conteúdo, sejam privados ou públicos. Exemplificando, o protocolo adotado pela plataforma, para retirada de um conteúdo (sem aqui adentrar a qual seja ele), desde a notificação do moderado, ou o bloqueio do próprio moderado por reiteração de comportamento tido por nocivo é um tipo de regulação processual.

Já a eleição do conteúdo que será objeto da regulação é uma regulação substancial. Como exemplo, temos o que as plataformas fazem ao definir em seus termos e condições, as “matérias sensíveis”, ao eleger como não aceito em seus domínios o “racismo”, o “discurso de ódio”, entre outros.

No presente texto serão analisados primeiramente na linha do tempo, o entendimento recente acerca do dilema da regulação processual e regulação material, numa volta ao

passado, que depois vai de encontro à problematização que é feita em torno do protagonismo, da interdependência e da complementariedade, ou seja, primeiro o texto mergulha entre a DSA europeia (2022), a NetzDG da Alemanha (2017) e a Seção 230 do CDA dos EUA (1996). Depois retorna de volta, passando pela literatura e adentra nos *Santa Clara Principles (Versão 1.0 2018 e Versão 2.0 2022)*.

Em Liberdade de Expressão, Redes Sociais e Democracia foi estabelecido que a NetzDG alemã e o DSA da União Europeia, adotam estratégias de regulação bastante sofisticadas. Justamente para não incidir no risco de comprometer a liberdade de expressão, nenhuma dessas legislações define exaustivamente quais conteúdos seriam ilícitos. Há um forte consenso de que são preferíveis regulações baseadas em processos (*process-based regulations*) que coloquem sob os ombros das plataformas a responsabilidade de desenhar os seus serviços de forma mais segura para resultados danosos.

Para Woods e Perrin (2022), a experiência de outros setores complexos sugere que a regulamentação baseada em processos orientada para a prevenção de resultados nocivos, que atribui às empresas a responsabilidade de projetar serviços com segurança, funcionará melhor. A abordagem do poluidor-pagador coloca o ônus de volta na empresa que permite o dano e é economicamente eficiente, além de apelar para algum senso de justiça.

Conhecer a estrutura geral do Regulamento Europeu é importante, mas mais importante ainda é extrair da normativa os preceitos relativos à moderação de conteúdo. Sendo assim vejamos quais são os momentos em que a diretiva trata da matéria com maior propriedade e estrutura. Assim em linha de destaque abaixo relembremos²⁵ as “normas” da DSA e da NetzDG, para então elaborar a tessitura acerca da linha de pensamento que será desenvolvida. Já nos “considerandos”, da DSA, no de número 45 importante destacar que:

Embora a liberdade contratual dos prestadores de serviços intermediários deva, em princípio, ser respeitada, é conveniente **estabelecer determinadas regras sobre o conteúdo**, a aplicação e a execução dos termos e condições desses prestadores no interesse da transparência, da **proteção dos destinatários do serviço e da prevenção de resultados injustos ou arbitrários**. Os prestadores de serviços intermediários deverão **indicar de forma clara e manter atualizadas, nos seus termos e condições, as informações com base nas quais podem restringir a prestação dos seus serviços**. Designadamente, deverão incluir informações sobre quaisquer políticas, procedimentos, medidas e instrumentos utilizados para efeitos de moderação de conteúdos, incluindo a tomada de decisões algorítmicas e a análise humana, **bem como as regras processuais do respetivo sistema interno de gestão de reclamações**. Os prestadores de serviços intermediários deverão também incluir informações sobre o direito a rescindir a utilização do serviço. **Os prestadores de serviços intermediários podem utilizar**

²⁵ Essas normas foram apresentadas no capítulo 2.

nas condições do serviço elementos gráficos, como ícones ou imagens, para ilustrar os principais elementos dos requisitos de informação previstos no presente regulamento. Os prestadores deverão informar os destinatários do seu serviço, através dos meios adequados, das alterações significativas introduzidas nos termos e condições, por exemplo quando alteram as regras em matéria de informações permitidas no seu serviço, ou outras alterações desse tipo que possam afetar diretamente a capacidade dos destinatários de utilizarem o serviço.

Há regras específicas também nos considerandos 87, 91, 96 e 151, contudo o de maior impacto é o de número 149, que trata das reclamações de usuários acerca de conteúdo removido, sob a forma coletiva de organismos, associações e organizações, remoções estas com impacto na liberdade de expressão:

Sem prejuízo do direito dos destinatários dos serviços de recorrerem a um representante nos termos da Diretiva (UE) 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho (33), ou a qualquer outro tipo de representação ao abrigo do direito nacional, os destinatários dos serviços deverão também ter o direito de mandar uma pessoa coletiva ou um organismo público para exercer os direitos que lhes são conferidos pelo presente regulamento. **Esses direitos podem incluir os direitos relacionados com a apresentação de notificações, a contestação das decisões tomadas pelos prestadores de serviços intermediários e a apresentação de reclamações contra os prestadores por infrações ao presente regulamento. Determinados organismos, organizações e associações têm conhecimentos especializados e competências especiais para detetar e sinalizar decisões de moderação de conteúdos erróneas ou injustificadas, e as suas reclamações em nome dos destinatários do serviço podem ter um impacto positivo na liberdade de expressão e de informação em geral, pelo que os fornecedores de plataformas em linha deverão tratar essas reclamações sem demora injustificada.**

Aqui se vê protagonismo da regulação processual quando o artigo se dirige à *inexistência de obrigações gerais de vigilância ou de apuramento ativo de fatos* e à *não imposição aos prestadores de qualquer obrigação geral de controle de informações que transmitem ou armazenam ou procurar ativamente*, o que redundará em regulação material que são *fatos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes*.

Já o artigo 9º concerne às decisões de atuação contra conteúdos ilegais. Este artigo é fundamental para a moderação de conteúdo, na medida em que traça diretrizes para que a decisão moderatória tenha validade:

- i) uma referência à base jurídica da ordem ao abrigo do direito da União ou do direito nacional,
- ii) uma exposição dos motivos pelos quais a informação é considerada conteúdo ilegal, fazendo referência a uma ou mais disposições específicas do direito da União ou do direito nacional que seja conforme com o direito da União,

- iii) informações que identifiquem a autoridade que emite a ordem,
- iv) informações claras que permitam ao prestador de serviços intermediários identificar e localizar o conteúdo ilegal em causa, como um ou mais URL e, se necessário, informações adicionais,
- v) informações sobre os mecanismos de reparação à disposição do prestador de serviços intermediários e do destinatário do serviço que forneceu o conteúdo,
- vi) se aplicável, informações sobre a autoridade que deve receber as informações sobre o efeito conferido às ordens;

A questão da fundamentação da decisão na moderação de conteúdo destacada no artigo 9º esclarece enfim, conjuntamente com os esclarecimentos atinentes aos pormenores dos artigos antecedentes, o porquê de Mendes (2023) ter evidenciado o protagonismo da regulação processual. Isso se deve ao fato de que os seis incisos trazem mais conteúdo procedimental do que substancial. Há uma diferença importa do de número (ii) para os demais, que será delineada em sequência ao parágrafo seguinte.

O inciso (i) quando se reporta a *uma referência à base jurídica da ordem*, o de número (iii) quando exige *informações que identifiquem a autoridade que emite a ordem*, o de número (iv) ao trazer referência literal às *informações claras que permitam ao prestações de serviços intermediários identificar e localizar o conteúdo ilegal em causa, como um ou mais URL e, se necessário, informações adicionais*, por sua vez o de número (v) quando traz como indispensáveis as *informações sobre os mecanismos de reparação à disposição do prestador de serviços intermediários e do destinatário do serviço que forneceu o conteúdo* e o de número (vi) sem maior expressão é e aplicação subsidiária, mas versa sobre *informações das autoridades que deve receber as informações sobre o efeito conferido às ordens*.

O inciso (ii) tem conotação inicial procedimental pois estabelece a obrigatoriedade de uma *exposição de motivos*, ou seja, trata do dever de fundamentação, evidentemente de natureza constitucional-processual (no direito pátrio, artigo 93, IX, CF/88), para depois de forma complementar receber carga de natureza substancial, ao dizer *informação considerada conteúdo ilegal* e termina novamente fortemente processual quando diz *fazendo referência a uma ou mais disposições específicas do direito da União ou do direito nacional que seja conforme com o direito da União*.

Destacando por fim no artigo 10, que tem redação muito similar ao artigo 9º, mas que versa acerca das decisões de prestação de informações, ou seja, nitidamente já no *caput*, eminentemente processual, que esta decisão deverá incluir os seguintes elementos:

i) a remissão para a base jurídica da ordem ao abrigo do direito da União ou do direito nacional,

ii) informações que identifiquem a autoridade emitente,

iii) informações claras que permitam ao prestador de serviços intermediários identificar o destinatário ou destinatários específicos a respeito dos quais são procuradas informações, tais como um ou mais nomes de conta ou identificadores únicos,

iv) uma exposição de motivos que explique o objetivo para o qual a informação é necessária e a razão pela qual a exigência de fornecer a informação é necessária e proporcionada para determinar o cumprimento, pelos destinatários dos serviços intermediários, do direito da União ou do direito nacional que seja conforme com o direito da União aplicáveis, a menos que tal exposição não possa ser apresentada por motivos relacionados com a prevenção, investigação, deteção e repressão de crimes,

v) informações sobre os mecanismos de correção à disposição do prestador e dos destinatários do serviço em causa,

vi) se for caso disso, informações sobre a autoridade que recebe as informações sobre o seguimento dado às decisões.

A Alemanha possui polémica normativa acerca da regulação da internet e consequentemente sobre a moderação de conteúdo. Vige entre os alemães a chamada *Network Enforcement Act* (Lei de Aplicação da Rede), aprovada em junho de 2017 e que entrou em vigor em janeiro de 2018 pelo *Bundestag*.

A referida Lei se aplica aos prestadores de serviço de telemedia com mais de 2 milhões de usuários e tem em seu espoco, na Seção 1 os prestadores de serviço com fins lucrativos que exploram plataformas de internet concebidas para permitir aos utilizadores partilhar qualquer conteúdo com outros utilizadores ou disponibilizar esses conteúdos ao público (redes sociais). O conteúdo ilegal se atine ao n. 3 e se refere a artigos do Código Penal Alemão. A Lei alemã é muito direta em matéria de moderação de conteúdo, ou seja, ela traz comandos concisos e objetivos acerca da matéria. A seção 2 trata dos relatórios obrigatórios que os provedores devem enviar periodicamente ao poder público.

É perceptível que na Alemanha a regulação pública possui o protagonismo da regulação processual, sem haver a necessidade de muitos destaques no texto principal, pois de todo ele emergem regras procedimentais. A NetzDG é anterior a DSA europeia e a mesma é fruto dos processos que a justiça alemã enfrentou desde o advento das plataformas naquela

País. É possível afirmar que a falta de regulação processual por parte da regulação privada é geratriz da regulação processual pública alemã.

Adentrando ao que foi esboçado em *Liberdade de Expressão, Redes Sociais e Democracia*, a visão alemã de regulação em moderação de conteúdo perpassa as raias da simples procedimentalização (que equivaleria à uma sistematização de políticas e termos mais básicos para as plataformas como o faz a DSA, em matéria de processo e estrutura embora de maneira tímida) e adentra ao sistema de uma processualização estruturada por intermédio de princípios e regras que vem das fontes do direito posto.

Isso se confirma quando se analisam suas três seções. A de N. 1 e a N. 2 que se referem a regulação material, respectivamente trazem, *uma regra geral de permissão de compartilhamento de conteúdo sem maiores ressalvas substanciais* e *uma remição ao código penal alemão no que atine a conteúdo ilegal compartilhado*. Isso perfilha exatamente o que se diz tendente para o porvir em *Liberdade de Expressão, Redes Sociais e Democracia*. Já a regulação processual é altamente publicizada e técnica, pois seu diferencial são os procedimentos que são muito marcados, com prazos e formas definidas, além de haver regras para que se considere a plataforma como uma instituição de autorregulação.

Esse protagonismo da regulação processual em solo alemão, que como visto é anterior à DSA europeia e hoje com ele convive, pelo que torna-se notadamente imperioso observar todo o cenário antes de que se firme qualquer ponto de vista de maneira marcada. Este posicionamento depende por exemplo da análise do *case* dos EUA. Lá a matéria é regulada pela Seção 230 do Título 47 da Lei de Telecomunicações de 1996.

Nos EUA a regulação pública é de densidade muito baixa, nos moldes do que ocorre no Brasil, sendo que de acordo com Ramos (2021) o quadro que se faz presente ao menos até pouco tempo na moderação de conteúdo faz sentido dentro das abordagens que temos disponíveis: materialmente, as plataformas adotam uma perspectiva estatal-democrática, de defesa da liberdade de expressão, porque isso lhes interessa – na medida em que sua atividade depende, essencialmente, de que cada vez mais pessoas se manifestem nos ambientes que administram.

Processualmente, as plataformas adotam uma perspectiva que é tudo menos estatal—democrática, de procedimentos opacos, sem participação nem recorribilidade, porque isso também lhes interessa – na medida em que a ausência desses mecanismos gera menos restrições às suas decisões e lhes confere mais liberdade e poder para decidir aquilo que os seus usuários podem ou não podem dizer, de uma forma menos custosa. Conjugados esses

interesses e perspectivas, eles geram um modelo curioso, mas justificável: e como se as plataformas tivessem implantado um sistema híbrido, que diz garantir os direitos da Constituição dos Estados Unidos tomando decisões como um Tribunal da Arábia Saudita. (RAMOS, 2021).

Ramos (2021) oferece argumentos relevantes do ponto de vista dogmático, na medida em que acaba por dinamizar a tensão da regulação pública, com a regulação privada, pois, se de um lado *Liberdade de Expressão, Redes Sociais e Democracia* traz a questão de que as legislações estão buscando frisar a legislação processual, por outro lado, Ramos (2021) aponta que a regulação privada até certo ponto era altamente material sem qualquer interesse em clarear como era feita sua regulação processual.

Ocorre que há um lapso temporal importante entre os textos de Mendes (2023) que é de 13 de março de 2023 e que aponta para a NetzDG de 2018 o DSA de 2022 e o trabalho de Ramos (2021) no que tange ao contraste de paradigmas da regulação processual e material não mira na regulação pública, mas na regulação privada, exceção feita à realidade dos EUA, contudo esboçada às margens da jurisdição constitucional daquele País.

Este caráter seletivo e estratégico das decisões que determinam a moderação de conteúdo fica ainda mais evidente quando as respostas das perguntas de caráter material são cotejadas com as de caráter procedimental. Aqui, as plataformas se afastam completamente da inspiração constatada no âmbito material, constituindo procedimentos que nada tem que ver com a forma como o Estado toma decisões a respeito da liberdade de expressão. É como se a atenção dispensada pelas plataformas à Primeira Emenda não tivesse avançado à Quinta e à Décima Quarta Emendas, nas quais consta a cláusula do devido processo legal. (RAMOS, 2021).

Feito o declive da DSA europeia ao encontro da Seção 230 da CDA dos EUA (2022 a 1996) é tempo de alcançar um dos marcos mais significativos da história da moderação de conteúdo, que se encontra na linha do tempo num movimento de subida em direção a 2018 e depois a 2022. Este marco se consubstancia num documento denominado *Santa Clara Principles*²⁶, discutido, elaborado e desenvolvido na cidade de Santa Clara, Califórnia, EUA,

²⁶ Em 2018, à ocasião das conferências Moderação de Conteúdos em Escala em Santa Clara, Califórnia, Estados Unidos, um grupo de organizações de direitos humanos, ativistas e peritos acadêmicos desenvolveu e lançou um conjunto de três princípios para melhor obter uma maior transparência e responsabilização da moderação cada vez mais agressiva de conteúdo gerado por usuários em plataformas digitais. Estes princípios receberam o nome do primeiro local do encontro em Santa Clara, CA e representam recomendações de passos iniciais que empresas engajadas na moderação de conteúdos devem tomar para oferecer devido processo real

em 2018. Em sua primeira versão eles eram divididos em: Princípio N. 1 Números; Princípio N. 2 Aviso e Princípio N. 3 Apelação.

Princípio n. 1 Números: As empresas devem publicar o número de publicações removidas e de contas temporariamente suspensas em razão de violações de suas diretrizes de conteúdo. Este princípio refletia o objetivo da transparência segundo Ramos (2021).

Princípio n. 2 Aviso: As empresas devem fornecer um aviso a cada conteúdo é retirado ou cuja conta é suspensa sobre a razão pela qual houve a remoção ou a suspensão. O objetivo deste princípio segundo RAMOS é garantir que o usuário possa participar do procedimento de moderação de conteúdo, em particular recebendo (i) um aviso que o notifique de uma ação da plataforma contra ele; e informações sobre (ii) qual conteúdo é proibido, (iii) como o procedimento de detecção funciona; (iv) quais fundamentos levaram à sanção; e (v) qual foi o resultado de uma publicação que ele reportou.

Princípio n. 3 Apelação: As empresas devem estabelecer uma possibilidade para oportuna apelação de qualquer remoção de conteúdo ou suspensão de conta, algo que abrange, no longo prazo “processos de revisão externa e independente. O objetivo desse princípio é garantir que a decisão de plataforma que impacta na liberdade de expressão de um usuário não seja definitiva, mas possa ser revista pela própria empresa; ou preferencialmente, por um agente externo.

aos geradores de conteúdo impactados e assegurar que a fiscalização dos diretrizes de conteúdo seja equitativa, sem preconceitos, proporcional e com respeito aos direitos do usuário. Isto foi a primeira versão dos Princípios de Santa Clara. Desde 2018, doze grandes empresas, incluindo Apple, Facebook (Meta), Google, Reddit, Twitter, e Github—tem subscritas de Santa Clara e o número total de empresas que ofereçam transparência e proteções processuais aumentou, como também o nível de transparência e proteções processuais oferecidas por algumas das empresas maiores. Ao mesmo tempo, a importância do papel desempenhado pelas empresas na sociedade continua a crescer, resultando em cada vez mais responsabilidade para oferecer suficientes níveis de transparência nas suas decisões, para garantir a responsabilidade. Por estes motivos, um grupo diversificado de organizações, ativistas e peritos acadêmicos trabalharam juntos em 2020 e 2021 para desenvolver a segunda versão dos Princípios de Santa Clara. Foram desenvolvidos através de um processo de consulta com mais de 50 organizações e indivíduos, e um processo minucioso de elaboração e revisão. Aproveitando da experiência e perícia de várias partes do mundo, esta segunda versão dos Princípios de Santa Clara reflete melhor as expectativas e necessidades da comunidade global. Esta segunda versão dos Princípios de Santa Clara se divide em Princípios Fundamentais e Operacionais. Os Princípios Fundamentais são gerais e transversais que devem ser considerados por todas as empresas, independentemente do modelo de negócios, idade e tamanho, quando se trata de moderação de conteúdo. Cada princípio está apresentando junto com orientação sobre a sua implementação. Os Princípios Operacionais apresentam de forma mais específica as expectativas das empresas maiores e mais maduras em relação a etapas e aspectos específicos do processo de moderação de conteúdo. As empresas menores, mais novas e com menos recursos também podem utilizar os Princípios Operacionais para orientação e informar a sua prática futura. Em contraste com os padrões mínimos apresentados na primeira versão, esta segunda oferece maior especificidade sobre exatamente quais informações precisam para garantir a transparência e responsabilidade. Esta segunda versão dos Princípios de Santa Clara aumenta a área onde requer transparência sobre o que é considerado “conteúdo” e “ação” que a empresa adota. **O termo “conteúdo” se refere a todo conteúdo gerado por usuário, pago ou não, num serviço, incluindo propaganda comercial. Os termos “ação” e “acionado” se referem a qualquer forma de fiscalização empreendida pela empresa em relação ao conteúdo ou conta do usuário devido a inadimplência as suas regras e políticas, inclusive (mas não somente) a remoção de conteúdo, rebaixamento de ranking de conteúdo por algoritmo, e suspensão (temporária ou permanente) de contas.** A presente segunda versão dos Princípios de Santa Clara foi desenvolvida para apoiar as empresas com cumprimento das suas responsabilidades de respeitar os direitos humanos e aumentar a sua responsabilização, e para ajudar os defensores de direitos humanos no seu trabalho. **Não foram elaborados para oferecer um modelo para regulamentos legais.**

Ramos (2021) fez uma correlação dos três princípios com as ideias de transparência, participação e recorribilidade. Em 2018, tratando basicamente da regulação privada, ele apontou que havia em verdade, opacidade, ausência de participação e irrecorribilidade, devido às práticas das plataformas que eram muito pouco voltadas ao cumprimento do que restou estabelecido nos princípios.

Para Ramos (2021), que escreve acerca da 1ª versão dos *Santa Clara Principles* as plataformas passaram a adotar comportamento um tanto quanto mais preocupado com a regulação processual. Estamos aqui situados no interstício 2016-2020. Ocorre que como veremos mais a frente isso não durou muito, dado ao fato de hoje (2023), elas não se preocuparem em esmiuçar em seus sítios eletrônicos as regras procedimentais de moderação de conteúdo.

Os Princípios de Santa Clara refletem hoje 2023 uma preocupação aos moldes do que restou registrado na DSA europeia, ou seja, regulação processual protagonista e regulação substancial simultaneamente de forma complementarizada e interdependente. Por isso foi importante ir e voltar no tempo, pois o ponto de partida saiu de *Liberdade de Expressão, Redes Sociais e Democracia* situado no agora, adentrou no passado e ressurgiu no presente. Os princípios de Santa Clara hoje se dividem em: Fundamentais, Operacionais e Princípios para Governos e Outros Atores Governamentais.

Denotando a ideia de complementariedade e interdependência no principal princípio de Santa Clara: “Princípios Fundamentais” a referência é primeiramente aos Direitos Humanos e Devido Processo, ou seja, uma clara conjugação de regulação material e regulação substancial:

Princípio: Empresas devem garantir que considerações sobre **direitos humanos e devido processo sejam integradas em toda etapa do processo de moderação de conteúdos e divulgar informação mostrando com tal integração ocorre.** Empresas soamente devem usar processo automatizado para identificar ou remover conteúdo ou suspender conta, junto ou sem revisão humana, quando há alto grau de confiança na qualidade e precisão do processo. Empresas devem também oferecer métodos claros e acessíveis aos usuários para obter auxílio em caso que haja ação sobre seu conteúdo ou conta.

O princípio traduz claramente a nota de integração entre direitos humanos e devido processo em todas as etapas do processo com notas de publicidade, transparência e eficiência. Tudo isto fica muito claro nas expressões que são usadas no princípio. Em uma analogia ao que dispõe nossa Constituição a questão dos direitos humanos está inserida nas declarações de direitos das revoluções burguesas da França e dos EUA, mas mais

precisamente na Carta da ONU de 1947 e o devido processo legal sob o espectro constitucional encartado na CRFB/1988 no artigo 5º, LIV.

Seguindo com a IMPLEMENTAÇÃO dos Princípios Fundamentais, os Princípios de Santa Clara são incisivos tanto no que atine à regulação substancial e no tocante à regulação processual:

Implementação: Deve ser garantido ao usuário que as considerações de direitos humanos e devido processo foram integradas em toda etapa do processo de moderação de conteúdo, incluindo de ser informado sobre:

- Como foram considerados os direitos humanos - em particular, os direitos de liberdade de expressão e de não-discriminação - no desenvolvimento das regras e políticas;
- Como foi considerada a importância do devido processo na fiscalização das regras e políticas, particularmente, como garante a integridade a administração equitativa do processo; e
- Até que ponto a empresa utiliza processos automatizados na moderação de conteúdo e como foram considerados os direitos humanos no seu uso.

Em seguida há regras e políticas compreensíveis:

Princípio: Empresas devem divulgar regras e políticas claras e exatas sobre quando haverá ação sobre conteúdo ou conta do usuário, num local facilmente acessível e centralizado.

Implementação: O usuário deve poder rapidamente entender o seguinte:

* Que tipo de conteúdo é proibido pela empresa e será removido, com orientação detalhada e exemplos de conteúdo permitidos e não-permitidos.

* Que tipo de conteúdo provocara ação da empresa além de remoção, tipo rebaixamento de ranking por algoritmo, com orientação detalhada e exemplos sobre cada tipo de conteúdo e ação; e

* Quais são as circunstâncias que levariam a empresa a suspender a conta do usuário, de forma temporária ou permanente.

É importante notar o quão difícil é separar estanquemente em cada conjunto dos princípios a regulação processual da substancial. Veja-se por exemplo acima, no princípio a expressão se refere *a regras claras e exatas sobre quando haverá ação sobre conteúdo ou conta do usuário, num local facilmente acessível e centralizado*. Já na implementação a expressão aponta no sentido de *que tipo de conteúdo é proibido pela empresa e será removido, com orientação detalhada e exemplos de conteúdo permitidos e não-permitidos*. Logo em seguida a orientação é acerca de *que tipo de conteúdo provocará acao da empresa além de remoção, tipo de rebaixamento de ranking por algoritmo, com orientação detalhada*

e exemplos sobre cada tipo de conteúdo e ação. Por fim a implementação é no sentido de que quais são as circunstâncias que levariam a empresa a suspender a conta do usuário, de forma temporária ou permanente.

Num só conjunto de regras e políticas foi possível notar regulação processual e substancial juntas. Na sequência outro item do primeiro grande princípio reflete a preocupação com a regulação processual, que é o de número “5. Integridade e Explicabilidade”:

Princípio: Empresas devem garantir que seus sistemas de moderação de conteúdo, tanto os componentes automatizados como não-automatizados, funcionam de forma confiável e eficaz. Isto inclui a busca de precisão e não- discriminação nos métodos de detecção, submetendo-se a avaliações regulares, e oferecendo mecanismos de notificação e apelação equitativos. Empresas devem monitorar de forma ativa a qualidade das decisões para assegurar altos níveis de confiança, e são encorajadas a compartilhar com o público dados sobre a precisão dos seus sistemas e abrir seu processo e sistemas algorítmicos a auditoria externa periódica. Empresas devem tentar assegurar que pedidos de ação são autênticos e não resultado de bots ou ataques coordenados.

Em sequência o segundo grande princípio de Santa Clara nominado de **“Princípios Operacionais”**, contempla uma série de sub-princípios atinentes principalmente a regulação processual e à regulação substancial, nesta vertente do protagonismo com complementariedade. Isto porque, no *caput* do princípio a preocupação latente se define pela complementariedade, mas na especificação sobressai a regulação processual, com pequenos momentos de regulação material:

O Princípio de Números reflete a importância da transparência na moderação de conteúdo, tanto para o usuário que busca entender as decisões sobre a sua fala como para a sociedade em geral. Empresas devem relatar informações que refletem a gama de ações que ela pode tomar contra o conteúdo e conta do usuário devido a violações das suas regras e políticas, para que o usuário e pesquisadores entendam e confiam nos sistemas em uso.

Empresas devem divulgar informações sobre peças de conteúdo e contas acionadas, analisado por país ou região, se disponível, e a categoria de regra violada, além destes aspectos:

- Número total de peças de conteúdo acionadas e contas suspensas.
- Número de apelações de decisões a acionar conteúdo ou suspender contas.
- Número (ou porcentagem) de apelações exitosas que resultam no retorno das peças de conteúdo ou ativação de contas, e o número (ou porcentagem) de apelações não-exitosas; e
- Número (ou porcentagem) de apelações exitosas ou não de conteúdo originalmente marcado por detecção automatizada.
- Número de mensagens ou contas reativadas proativamente pela empresa, sem apelação, após reconhecer que foram acionadas ou suspensas por engano.

- Números que refletem a fiscalização de políticas contra fala que incita ódio, por grupo ou característico alvo, quando aparente, embora empresas não devam coletar dados sobre grupos alvo para este fim.
- Números relacionados com remoção e restrição de conteúdos feitas durante períodos de crise, como durante a pandemia COVID-19 e períodos de conflito violento.

Um exemplo marcante de complementariedade está nas expressões *número de apelações de decisões a acionar conteúdo ou suspender contas; números que refletem a fiscalização de políticas contra fala que incita ódio, por grupo ou característico alvo, quando aparente*; Seguindo é perceptível que os processos de moderação de conteúdo por vezes estão interconectados, pois o procedimento de análise automatizado ou não depende da observação do conteúdo que está posto naquele caso em concreto:

Devido ao aumento no papel desempenhado por processos automatizados na moderação de conteúdo, requer transparência sobre o uso destas ferramentas decisórias automatizadas para entender bem os processos e sistemas das empresas. Além dos números sobre o uso de automatização solicitado acima, as empresas devem divulgar informações sobre:

- Quando e como processos automatizados são utilizados (sozinhos ou com supervisão humana) ao acionar conteúdo.
- As categorias e tipos de conteúdo onde se utilizam processos automatizados;
- Os critérios chaves utilizados por processos automatizados para tomar decisões;
- As taxas de sucesso/precisão/confiança dos processos automatizados, incluindo mudanças ao longo do tempo e diferenças entre línguas e categorias de conteúdo;
- Até onde existe supervisão humana sobre processos automatizados, inclusive a capacidade do usuário a pedir revisão humana de qualquer decisão de moderação automatizada de conteúdo.
- O número (ou porcentagem) de apelações exitosas e não quando conteúdo foi originalmente marcado por detecção automatizada, por formato de conteúdo e categoria de violação;
- Participação em bases de dados de compartilhamento de hash com outras empresas e como a empresa lida com conteúdo marcado através destas iniciativas.

Todos os dados devem ser apresentados em relatórios regulares, idealmente trimestrais, em formato de licença aberta, e legível por máquina.

Empresas devem notificar cada usuário cuja conteúdo for removido, conta suspensa, ou quando alguma outra ação for tomada devida a inadimplência com as regras e políticas do serviço, sobre o motivo de cada remoção, suspensão ou ação. Quaisquer exceções a esta regra, por exemplo, quando o conteúdo se qualifica como *spam*, *phishing* ou *malware*, devem ser bem explicitadas nas regras e políticas da empresa.

Ao notificar o usuário sobre porque sua mensagem foi acionada, as empresas devem assegurar que a notificação inclui:

- URL, trecho do conteúdo e/ou outra informação suficiente para permitir identificação do conteúdo acionado.
- A clausula especifica das diretrizes que o conteúdo violou.

- Como foi detectado e removido o conteúdo (marcado por outro usuário, marcador confiável, detecção automatizado ou denúncia externa legal ou outra).
- Informação específica sobre envolvimento de ator governamental na marcação ou em mandar a ação. Conteúdo marcado por ator governamental deve ser identificado como tal, e o ator governamental específico identificado, a menos que seja proibido por lei. Quando se alega que o conteúdo esteja em violação a legislação local, e não as regras e políticas da empresa, o usuário deve ser informado do dispositivo relevante da lei local.

Outros padrões para notificação adequada incluem:

- A notificação deve ser tempestiva e incluir uma explicação do processo pelo qual o usuário pode apelar a decisão, incluindo prazos de tempo ou relevantes requisitos processuais.
- Notificações devem ser disponíveis de forma durável e acessível mesmo se a conta do usuário seja suspensa ou fechada.
- Usuários que marcam conteúdo devem ser apresentados com um histórico de conteúdos que relataram e os resultados dos processos de moderação.
- Notificações devem ser redigidos na língua da mensagem original ou na língua de interface selecionada pelo usuário.
- Notificações devem apresentar informações ao usuário sobre canais de suporte de usuário disponíveis e como acessá-los.
- Quando apropriado, a notificação deve também ser enviada a outras pessoas relevantes, incluindo administradores de grupos e marcadores. Isto deve incluir uma notificação que aparece no mesmo local do conteúdo que foi removido.

Novamente, todos os princípios da Carta de Santa Clara acima elencados apontam primeiro, no sentido de uma regulação processual depois de uma complementariedade com a regulação substancial. Por isso é que o princípio da apelação inserido na gama do 2º grande princípio é marcadamente interdependente como abaixo se denota dos grifos efetuados:

O princípio de Apelação lida com a obrigação das empresas a disponibilizar aos usuários processos de explicação, revisão e apelação. **O usuário deve ser capaz a adequadamente acessar canais que ofereçam informações sobre a decisão de ação e processos disponíveis de apelação uma vez tomada a decisão inicial de ação.** Empresas devem oferecer oportunidade real para **apelação tempestiva de decisões de remover conteúdo, mantendo conteúdo marcado, suspender conta, ou qualquer outro tipo de ação que afeta os direitos humanos do usuário, inclusive o direito de livre expressão.** De acordo com o **princípio de proporcionalidade, as empresas devem priorizar oferecer apelação para as restrições mais graves, tal como remoção de conteúdo e suspensão de conta.**

Empresas devem assegurar que a apelação inclui:

- Um **processo claro e facilmente acessível do usuário, com detalhes cronológicos para o usuário e a capacidade rastrear o processo.**
- Revisão humana por pessoa ou painel de pessoas que não estiveram envolvidas na decisão inicial.
- A pessoa ou painel de pessoas participando na revisão devem ter familiaridade com a língua e contexto cultural do conteúdo relevante a apelação.
- **Oportunidade para o usuário apresentar adicionais informações para apoiar a apelação que será considerada na revisão.**

- Notificação dos resultados da revisão e declaração do raciocínio suficiente para permitir o usuário a entender a decisão.

No longo prazo, processos independentes de revisão talvez sejam componente importante para o usuário pode buscar a reintegração. Onde existem tais processos, as empresas devem oferecer informação sobre como acessa-los ao usuário. **Empresas devem garantir que, até onde tem controle ou influência sobre os processos independentes de revisão, estes também aderem aos Princípios de Santa Clara, e que emitem relatórios regulares de transparência, com informações claras ao usuário sobre o andamento da sua apelação e a justificativa de qualquer decisão.**

Empresas devem considerar se, em certas circunstâncias, o processo de apelação deve ser acelerado, por exemplo, **se o usuário seja alvo de uma tentativa abusiva de derruba do seu conteúdo, ou quando o conteúdo tiver validade/importância em certo momento, tal como conteúdo político durante período eleitoral.** Quando for acelerado o processo, a empresa deve apresentar regras e políticas claras sobre quando ocorre e se o usuário pode solicitar apelação acelerada.

O protagonismo da regulação processual é latente, mas desponta da DSA e dos Princípios de Santa Clara a complementariedade e a interdependência da regulação substancial. No Supremo Tribunal Federal à guisa de ilustração é possível observar alguns exemplos de regulação de forma imbricada:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. MEDIDA LIMINAR. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO. REMOÇÃO DE CONTEÚDO PUBLICADO NA REDE SOCIAL TWITTER. I. OS FATOS RELEVANTES 1. Assessor para Assuntos Internacionais da Presidência da República teria realizado, em evento no Senado Federal, gesto utilizado por movimentos extremistas, com simbologia ligada à supremacia branca. As imagens de fato sugerem essa possibilidade e inúmeros órgãos de imprensa as interpretaram nesse sentido. 2. Também esse foi o entendimento do Ministério Público Federal, que ofereceu denúncia contra o referido assessor pelo crime de racismo. A denúncia foi recebida, com instauração da respectiva ação penal. Porém, em 1º grau de jurisdição, o réu veio a ser absolvido. II. O OBJETO DA RECLAMAÇÃO 3. Diante dos fatos narrados no item 1 acima, o jornalista – aqui reclamante – fez duas postagens em sua conta na rede social Twitter com o seguinte teor: “Judeus querem punição ao nazista” e “Já prenderam o nazistinha?”. Nenhuma das duas postagens citou o nome do assessor. Decisão judicial, no entanto, determinou que fossem excluídas do aplicativo em que veiculadas. III. A POSIÇÃO PREFERENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO 4. De longa data, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido o caráter preferencial da liberdade de expressão na Constituição brasileira, por ser elemento essencial para (i) a manifestação da personalidade humana, (ii) a democracia, por propiciar a livre circulação de informações, ideias e opiniões e (iii) o registro da história e da cultura de um povo. 5. Por essa razão, o STF atribui eficácia transcendente aos motivos determinantes da decisão proferida na ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, que reconheceu a não recepção em bloco da Lei de Imprensa do Regime Militar e a vedação constitucional à censura, como regra geral. Esta a decisão invocada como paradigma na presente Reclamação, havendo inúmeros precedentes na linha do acolhimento de pedidos dessa natureza. 6. Evidentemente, a liberdade de expressão não tem caráter absoluto e pode eventualmente ter que ser ponderada com outros direitos e interesses coletivos. A propósito, no mundo contemporâneo, além da imprensa tradicional, também as mídias sociais se tornaram relevante

esfera pública para circulação de informações, ideias e opiniões. Sujeitam-se, assim, à mesma proteção e aos mesmos limites. **IV. O CONTROLE DE CONTEÚDO DE PUBLICAÇÕES NAS MÍDIAS SOCIAIS** 7. **Há razoável consenso mundial de que as mídias sociais, vias nas quais as publicações não sofrem qualquer controle editorial, não podem se tornar espaços para comportamentos inautênticos e cometimento de crimes. Como consequência, embora se assegure a liberdade de expressão manifestada nas plataformas tecnológicas, são inaceitáveis comportamentos como, por exemplo: (i) terrorismo, (ii) pedofilia, (iii) incitação ao crime e à violência, (iv) ameaças e ataques às instituições democráticas, (v) discursos de ódio e (vi) anticientificismo que coloque em risco a vida e à saúde das pessoas, entre outros. 8. Porém, fora dos casos como os referidos acima, bem como de manifestações dolosamente falsas – e outras condutas, a serem identificadas com extremo cuidado –, a liberdade de opinião e de crítica deve ser preservada nas redes sociais.** No caso em exame, merecem destaque: (i) o fato de que não foi citado o nome da pessoa que se sentiu ofendida; e (ii) o próprio Ministério Público e o juiz que recebeu a denúncia consideraram plausível a prática do gesto de supremacia branca, concepção que remete ao nazismo. Além disso, as postagens questionadas foram feitas antes da decisão absoluta de 1º grau. E, de todo modo, a presunção de inocência não é obstáculo à interpretação razoável dos fatos em sentido diverso ao que tenha sido feito pelo Juízo. V CONCLUSÃO 9. Pelas razões expostas, em juízo cautelar sumário, concedo a medida liminar para suspender os efeitos da decisão reclamada, restabelecendo as postagens suprimidas.” (Rcl 48.723, DJe 26.10.2021).

A Reclamação Constitucional 48.723 tem no seu dispositivo a regulação processual (*determinação de restabelecimento das postagens suprimidas*) e na *ratio decidendi*, a regulação substancial (*embora se assegure a liberdade de expressão manifestada nas plataformas tecnológicas, são inaceitáveis comportamentos como, por exemplo: (i) terrorismo, (ii) pedofilia, (iii) incitação ao crime e à violência, (iv) ameaças e ataques às instituições democráticas, (v) discursos de ódio e (vi) anticientificismo que coloque em risco a vida e à saúde das pessoas, entre outros. 8. Porém, fora dos casos como os referidos acima, bem como de manifestações dolosamente falsas – e outras condutas, a serem identificadas com extremo cuidado –, a liberdade de opinião e de crítica deve ser preservada nas redes sociais*).

3.5 A priorização da exclusividade da moderação de conteúdo em face das cartas de direitos da internet

Uma solução simples para a questão de quais as normas que devem reger a moderação de conteúdo on-line não pode ser representada por um mero transplante legal. Adotar a lei de um país ou referir-se a padrões internacionais de direitos humanos são opções que escondem uma série de problemas significativos, em particular devido ao facto de estes quadros jurídicos não se destinarem a governar um ambiente transnacional e plural

dominado por atores privados como o de plataformas on-line. É necessário um duplo trabalho de tradução e adaptação para garantir que os padrões das redes sociais cumpram os direitos fundamentais (CELESTE, 2023).

Por um lado, as normas internacionais e nacionais que consagram os princípios dos direitos fundamentais têm de ser recontextualizadas à luz das especificidades do ambiente das redes sociais e, por outro lado, os padrões das plataformas devem ser reformulados, a fim de incorporarem progressivamente estes valores. Parece ser necessário um processo de “constitucionalização” do ambiente das redes sociais (CELESTE, 2021).

Incutir os princípios fundamentais do constitucionalismo contemporâneo na arquitetura dos meios de comunicação social significaria preservar a eficácia jurídica das normas das plataformas, reforçando ao mesmo tempo a sua capacidade de promover o respeito pelos direitos fundamentais no ambiente multinacional e plural que governam. (CELESTE, 2021).

Assim a solução que Celeste (2021) propõe é incutir os princípios fundamentais do constitucionalismo contemporâneo²⁷ na arquitetura dos meios de comunicação social significaria preservar a eficácia jurídica das normas das plataformas, reforçando ao mesmo tempo a sua capacidade de promover o respeito pelos direitos fundamentais no ambiente multinacional e plural que governam.

No que tange às suas colocações do mero transplante legal das normas legais e internacionais e à reformulação das mesmas para o ambiente das plataformas das redes sociais, a pesquisa aborda a temática na tangente da especificidade. No tópico antecedente foi trabalhado à exaustão o contraponto da regulação processual x regulação substancial, como linha de frente para a moderação de conteúdo nesta terceira década do século XXI, por intermédio da imbricação do DSA com os princípios de Santa Clara.

Para Suzor et al (2019) os Princípios de Santa Clara (2018) são os mais recentes de uma série de exigências para que as plataformas façam mais informações disponíveis sobre como eles moderam o conteúdo. Os princípios são uma declaração conjunta do Estado civil grupos da sociedade e acadêmicos (incluindo nós mesmos) que descreve os tipos de estatísticas agregadas que apresentam um ponto de partida útil para a análise da moderação

²⁷ A pesquisa se alinha com Celeste neste ponto, no que tange à obediência as conquistas dos últimos 70 anos do constitucionalismo contemporâneo. Este interstício carrega carga valorativa da qual a sociedade não só brasileira, mas mundial não pode se apartar, pois se começarmos a dizer que estamos em um constitucionalismo digital sem guardar a concepção de uma Constituição axiologicamente principiológica e aplicável diretamente à vida de seus concidadãos (Hesse; Alexy; Dworkyn) estaremos fadados a admitir retrocessos latentes como já o fizemos em tempos passados não tão longínquos assim.

de conteúdo em nível de sistema, com base em parte nos resultados preliminares de nossa pesquisa abaixo. Eles instam as plataformas a melhorar a transparência em dois níveis de abstração: aviso individual sobre decisões específicas e informações regularmente agregadas.

É importante frisar que o trabalho de Suzor et al (2019) é relativo a 1ª versão dos Princípios de Santa Clara, sendo que a 2ª versão (2022) é muito mais elaborada, no que tange à regulação.

Estas normativas (DSA e Santa Clara) cada qual à sua maneira carregam o atributo da especificidade de aplicação à moderação de conteúdo, pelo que, para a pesquisa, fogem ao que Celeste (2021) entende ser a regra de ataque em seu trabalho de mero transplante legal. O mero transplante legal, seria a citação da CRFB/1988 (artigo 5º, LIV) ou da Carta da ONU de 1948 (30 artigos), esta última com menção aos direitos humanos.

Celeste (2021) trata da Carta IRPC²⁸, da qual se extraem por exemplo, a regulação processual: no direito n. 18, DIREITO A DECISÃO LEGAL E A JULGAMENTO JUSTO PARA AS AÇÕES QUE ENVOLVEM A INTERNET: a) Direito a uma solução legal; b) Direito a um julgamento justo; c) Direito ao devido processo legal. Na outra ponta por exemplo da regulação substancial, no direito n. 5, 5 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO NA INTERNET: a) Liberdade de protesto Online; b) Proteção contra a censura; c) Direito à informação; d) Liberdade dos meios de comunicação; e) Proteção contra discurso de ódio.

É certo que as cartas de direitos da internet são um caminho muito plausível para a moderação de conteúdo, mas elas não tratam só de moderação de conteúdo, seu próprio nome diz tudo: *internet bill of rights*. Elas tratam da internet. O que foi feito no item anterior (regulação processual x regulação material) é um exercício único e exclusivo para a moderação de conteúdo, daí o chamamento à sua reflexão.

²⁸ <https://internetrightsandprinciples.org/charter/>. Acesso em 01 nov. 2023.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade contemporânea gerada pelo desenvolvimento dos meios de produção fez surgir a tecnologia, a ciência e a busca por informação. Com isso os meios computacionais foram e são o instrumento de verificação e crescimento da lógica sociológica do século XXI. A internet por sua vez é onde a informação trafega de forma cada vez mais veloz, estando o direito a caminhar cada vez mais depressa para acompanhar o desenvolvimento e evolução sociais.

A tríade que orienta o substrato da moderação de conteúdo é composta por: constitucionalismo, democracia e direitos fundamentais. Certo é que cada um recebe uma “leitura” diferente, dado ao momento histórico em que perpassam, mas em essência, as conquistas de cada um, devem sempre, estar amontoadas na memória, pois é só assim que podem receber a nomenclatura que reclamam, ou seja, dentro do processo histórico.

É possível aferir a alcunha “digital”, a qualquer um dos três, em face da “revolução digital”, que a pesquisa também contemplou. A literatura convencionou também a expressão “ciberespaço” à democracia, bem como a partícula “E”. Aos direitos fundamentais não restou individualizada nenhuma expressão em específico, apenas a “digital”, em referência, ao direito a proteção de dados, em face da Emenda Constitucional 115/2022.

Especificamente no que tange à democracia foi observada a questão do pluralismo e reciprocidade enquanto valores fundantes para o presente e futuro, tendo em vista a necessidade de composição de pontos de vista divergentes na “ágora virtual”, pelo critério da alteridade (respeito mútuo), apto a informar as relações que são objeto da atividade da moderação de conteúdo.

O contexto policontextual e heterárquico (multilateral) que concebe a um só tempo a sociedade de plataforma e de vigilância depende imprescindivelmente da atividade que é objeto central da pesquisa (moderação de conteúdo), haja vista, a complexidade do tecido social, e, do corpo das plataformas, sendo importante notar que, o *status* moderatório reside particularmente na salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais, principalmente os advindos da revolução digital.

Assim, na origem do termo, quem faz moderação são as plataformas, as quais atuam com a moderação de sua lente de observação, com base em suas políticas e termos de uso e condições. Na pesquisa restou definido que a expressão moderação está atualmente ampliada na perspectiva do “sujeito que regula” (privada e pública), do “objeto observado” (liberdade

de expressão/privacidade, (des)informação, conteúdo sensível e consequente dever de responsabilidade quanto aos três), quanto da “atividade em si” que hoje está relacionada à critérios baseados em operações normativas (processual/substancial).

A tensão da regulação está situada na perspectiva do sujeito que regula, haja vista que há comandos que se interconectam emanados da regulação privada e da regulação pública. As formas mais comuns são as encontradas em disposições vindas das plataformas em via de contato com as das normações públicas e da sociedade civil. Ou, como, no caso do Brasil, um dos Países que vem experimentando a judicialização da moderação de conteúdo, sobretudo na seara da jurisdição constitucional.

A ADI 6991 tratou em específico da constitucionalidade da Medida Provisória n. 1.068/2021, que por sua vez versava sobre moderação de conteúdo, sendo que na espécie, o STF pontuou questões importantes, como a obrigatoriedade de obediência à teoria dos direitos fundamentais, a não possibilidade de tratativa por medida provisória das matérias contidas no marco civil da internet, por tratarem justamente de direitos e garantias fundamentais e da necessidade de edição de comando legislativo atinente a matéria.

A ADPF 572 tinha por objeto o inquérito que apurava denúncias de crimes contra membros da corte, inclusive incitamento ao fechamento da casa, contudo, por intermédio das redes sociais, pelo que, foi trabalhada a questão da desinformação. Neste plano a Corte tratou da matéria, sob o enfoque também dos direitos fundamentais, na tangente da ADPF 130, com o contributo de que não cabe ao Estado dispor sobre o que deve ou não ser publicado com o diferencial de que esta regra se diferencia no caso da prática de crime, sobretudo sob a via maciça das redes sociais.

Para o julgamento dos temas 533 e 987 a pesquisa conclui que a superação das tensões da perspectiva do sujeito (privada x pública), que desaguam na figura da perspectiva do objeto observado (responsabilidade dos moderadores) pode se dar com a perspectiva da atividade em si (DSA europeu e os Princípios de Santa Clara, de forma imbricada), ou seja, regulação processual como protagonista e regulação substancial de forma complementar.

A título de complementação seria de bom alvitre que a Corte procedesse com os debates em torno da figura da “responsabilidade de moderados e moderadores no ciberespaço” de maneira ampla sob a perspectiva da teoria geral do direito, da e-democracia, do constitucionalismo digital e dos direitos fundamentais tendo conta a abertura semântica do tema 533, e, não apenas dos intermediários on-line, considerando a teoria pátria das competências e capacidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, G.; CAMPOS, R. A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado: regulação de redes sociais e proceduralização. In: ABBOUD, G.; NERY JR, N.; CAMPOS, R. **Fake News e Regulação**. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019.

ABBOUD, G. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: RT, 2021.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA JÚNIOR, J. M. **Direito judiciário brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

AMARAL JÚNIOR, J. L. M. Rule of law, democracy and new technologies. In: MORAIS, C. B.; MENDES, G. F.; VESTING, T. (Eds). **Rule of law in cyberspace**. Estados Unidos: Springer, 2022.

ANDRIGHI, F. N.; GUARIENTO, D. B. A responsabilidade civil das redes sociais virtuais pelo conteúdo das informações veiculadas. In: ANDRIGHI, F. N. (Coord.). **Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 234-247.

ARANHA, M. I. **Manual do Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 4. ed. Londres: Laccademia Publishing, 2018.

BALKIN, J. M. **How to Regulate (and Not Regulate) Social Media**. Knight Institute Occasional Paper Series, No. 1, March 25, 2020.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: BARROSO, L. R.; CLEVE, C. M. (Orgs). **Doutrinas essenciais**. Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BEVILÁQUA, C. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

BOTTINO, C.; LEMOS, R.; SOUZA, C. A. **Marco Civil da Internet: Jurisprudência comentada**. São Paulo: RT, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional 48723**, Decisão Monocrática. Rel. Luís Roberto Barros j. 26.04.2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Casa Civil, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2023.

_____. **Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília: Casa Civil, 2022. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=E MENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de%20dados%20pessoais.>. Acesso em: 10 ago. 2023.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Secretaria Geral, 2014. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 10 ago. 2023.

_____. **Projeto de Lei. PL 2630/2020.** Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

CABRAL, A. P. Processo e tecnologia. In: WOLKART, E. N. (Coord.). **Direito, processo e tecnologia.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CALLEJÓN, F. B. **A constituição do algoritmo.** São Paulo: Forense, 2023.

_____. The crisis of the representative democracy in the face of digital democracy. In: MORAIS, C. B.; MENDES, G. F.; VESTING, T. (Eds). **Rule of law in cyberspace.** Estados Unidos: Springer, 2022.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 2008.

CARNELUTTI, F. **Instituciones del proceso civil.** Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-América, 1959.

CARVALO, J. M.; LIMA, F. A.; FARINHA, M. Introduction to the digital services act, content moderation and consumer protection. **Revista de Direito e Tecnologia**, v. 3, n. 1, p. 71-104, 2021.

CASTRO, E. S. **Democracia contemporânea e jurisdição constitucional: juízo de ponderação e o paradigma da proceduralização.** Artigo apresentado à disciplina Direito constitucional pós-moderno do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (mestrado) em Direito Constitucional do IDP, 2022.

CELESTE, E. Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 15, n. 45, p. 63-91, 2021

_____. **Digital constitutionalism: the role of internet bill of rights.** New York: Routledge, 2023.

CELESTE, E. et al. **The content governance dilemma. digital constitutionalism, social media and the search for a global standard.** Estados Unidos: Springer, 2023.

CRUMLEY, C. Hierarchy and the analysis of complex societies. In: SCHIFFER, M. B. **Archaeological Method and Theory.** New York, 1995.

DOUEK, E. Content moderation as systems thinking. **Forthcoming Harvard Law Review**, v. 136, 2022.

EGÍDIO, M. M. Social networks and the exercise of fundamental rights: public administration and the digitalization of fundamental rights. In: MORAIS, C. B.; MENDES, G. F.; VESTING, T. (Eds). **Rule of law in cyberspace**. Estados Unidos: Springer, 2022.

EUROPEAN COMMISSION. **Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act)**. COM(2020) 825. 15 dez. 2020. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0825>>. Acesso em: 15 abr. 2023.

FACEBOOK. **Padrões da Comunidade do Facebook**: os padrões da comunidade do facebook descrevem o que é ou não permitido na plataforma. Disponível em: <<https://transparency.fb.com/pt-br/policies/community-standards/>>. Acesso em: 13 ago. 2023.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010

FRAZÃO, A. **Inteligência artificial e Direito**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GILL, L.; REDEKER, D.; GASSER, U. **Towards Digital Constitutionalism?** Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights. Network Electronic Paper Collection, 2015.

GRIMMELMANN, J. The virtues of moderation. **Yale Journal of Law & Technology**. v. 17, p. 41-109, 2015.

GROSS, C. Fake news e democracia: discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão. In: RAIS, D. (Coord.). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

HABERLE, P. **Os problemas da verdade no estado constitucional**. Porto Alegre: SAFE, 2008.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HARTMANN, I. A. M. **Manifestação, honra e ódio na internet**: a proteção da liberdade de expressão por meio da capacidade comunicativa e da autorregulação. 2018. 314 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

HOFFMANN-RIEM, W. **Teoria geral do Direito digital**. Rio de Janeiro: Forense, 2022

FÓRUM DE GOVERNANÇA DA INTERNET DAS NAÇÕES UNIDAS (IGF); INSTITUTO DE TECNOLOGIA & SOCIEDADE DO RIO (ITS). Carta de Direitos Humanos e Princípios para a Internet. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/01/IRPC_booklet_brazilian-portuguese_final_v2.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2023.

KELLER, C. I.; MENDES, L. S.; FERNANDES, V. Moderação de conteúdo em plataformas digitais: caminhos para a regulação no Brasil. **Cadernos Adenauer**, XXIV, n. 1, p. 63-87, 2023.

KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LESSIG, L. **Code: and other laws of cyberspace. Version 2.0**. Nova York: Basic Books, 2006.

LÉVY, P. **A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço**. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

LOBE, A. **Wenn Programmierer mächtiger als Politiker werden**. Süddeutsche Zeitung, 2018. Disponível em: <https://www.sueddeutsche.de/digital/digitalisierung-und-demokratie-hey-mark-zuckerberg-meine-demokratie-ist-nicht-dein-labor-1.4049824>. Acesso em: 10 set. 2023.

LUHMANN, N. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARKOFF, J. **Waves of democracy: Social movements and political change**. 2. ed. United States: Paradigm Publishers, 2014.

MELLO, M. B. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. São Paulo, Saraiva, 2004.

MENDES, G. F. A problemática das fake news no Estado de direito: uma análise do julgamento da ADPF 572. In: BRANCO, P. G. G. (Coord.). **Eleições e democracia na era digital**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 69-84.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MENDES, G. F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Jurisdição constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Jurisdição constitucional, democracia em crise e a efetivação de direitos fundamentais no Brasil. In: GOMES, A. C. N.; ALBERGARIA, B.; CANOTIHO, M. R. (Coords.). **Direito constitucional: diálogos em homenagem ao 80. aniversário de J. J. Gomes Canotilho**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 195-209

_____. **Liberdade de expressão, redes sociais e democracia**. Brasília: Centro de Estudos do Judiciário/Globo/IDP, 2023.

_____. Apresentação. In: SCHMITT, C. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MENDES, G. F.; FERNANDES, V. O. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, v. 16, n. 1, p. 1-33, 2020.

MENDES, G. F.; FERNANDES, V. O. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas da internet: o dilema da moderação de conteúdo em redes sociais na perspectiva comparada Brasil-Alemanha. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 31, ano 9. p. 33-68. 2022.

MIRANDA, P. **Democracia liberdade igualdade**: os três caminhos. Rio de Janeiro: José Olympio, 1945.

MORAIS, C. B.; MENDES, G. F.; VESTING, T. (Eds). **Rule of law in cyberspace**. Estados Unidos: Springer, 2022.

NAKAMOTO, S. Bitcoin: **A peer-to-peer electronic cash system**. 2008. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2023.

NAPOLITANO, G. **Conflicts in administrative law: struggles, games and negotiations between political, institutional and economic actors**. University of Rome III - Department of Law Date Written: September 9, 2012

NEMITZ, Paul; PFEFFER, Matthias. Determining Our Tecchnological and Democratic Future: A Wish List. In: **Regulating Big Tech. Policy Responses to Difital Dominance**. New York: OXFORD University Press, 2022.

NOHARA, I. P. Desafios da ciberdemocracia diante do fenômeno das fake news: regulação estatal em face dos perigos da desinformação. In. RAIS, D. (Coord.). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

PASQUALE, F. Platform neutrality: enhancing freedom of expression in spheres of private power, **Theoretical Inquiries in Law**, v. 17, n. 1, p. 487–513, 2016.

PESSERL, A. NFT 2.0: blockchains, mercado fonográfico e distribuição direta de direitos autorais. **Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade**, v. 1, n. 1, p. 255-294, 2021.

POLETTO, Á. E; MORAIS, F. S. A moderação de conteúdo em massa por plataformas privadas de redes sociais. **Prisma Jurídico**, v. 21, n. 1, p. 108–126, 2022.

RAIS, D.; SALES, S. Fake news, deep fakes e eleições. In. RAIS, D. (Coord.). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

RAMOS, C. E. V. **Direito das Plataformas Digitais**. Curitiba: Juruá, 2021.

RUFFIA, P. B. **Derecho constitucional: prologo y notas bibliograficas de Pablo Lucas Verdú**. Madri: Tecnos, 1973.

SANTA CLARA PRINCIPLES. **Princípios de Santa Clara**: on transparency and accountability in content moderation, 2020. Disponível em: <<https://santaclaraprinciples.org/pt/cfp/>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

SARLET, I. W. Notas introdutórias ao sistema de direitos e garantias fundamentais. In: CANOTILHO, G. et al. (Coord.). **Constituição do Brasil comentada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2018.

SCHWAB, K. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016

STROPPIA, T. **Plataformas digitais e moderação de conteúdo: por uma regulação democrática**. Belo Horizonte: Forum, 2021.

SUSSKIND, R. **Online courts and the future of justice**. Londres: Oxford, 2019.

SUZOR, N. et al, What do we mean when we talk about transparency? toward meaningful transparency in commercial content moderation, **International Journal of Communication**, v. 13, n. 1, p. 1526–1543, 2019,

TEIXEIRA DE FREITAS, A. **Consolidação das Leis Civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.

TEUBNER, G. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: UNIMEP, 2005.

TOFFOLI, J. A. D. Fake news, desinformação e liberdade de expressão. In: ABBOUD, G.; NERY JR, N.; CAMPOS, R. **Fake News e Regulação**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019.

TWITTER. **Denunciar violações**. Disponível em: <<https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/x-report-violation#specific-violations>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

_____. **Política de mídia sensível**. Disponível em: <<https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/media-policy>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

VAN DIJCK, J. **The platform society: public values in a connective world**. Estados Unidos: Oxford University Press: 2018.

WIMMER, M.; DONEDA, D. “Falhas de IA” e a intervenção humana em decisões automatizadas: parâmetros para a legitimação pela humanização. **Revista Direito Público**, v. 18, n. 100, p. 374-406, 2021.

WOODS, L.; PERRIN, W. Obliging platforms to accept a duty of care. In: MOORE, M.; TAMBINI, D. (Eds.). **Regulating big tech: policy responses to digital dominance**. Oxford: Oxford University Press, 2022.

YOUTUBE. **Termos de Serviço**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt>>. Acesso em 10 ago. 2023.

_____. **Diretrizes da comunidade do YouTube.** Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/9288567?hl=pt-BR>>. Acesso em 10 ago. 2023.

ZAGREBELSKY, G. **Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni.** Milano: Il Mulino Strumenti, 2018.

ZINGALES, N. Accountability 2.0: towards a special responsibility for internet intermediaries. **GigaNet: Global Internet Governance Academic Network.** Annual Symposium 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2809830>>. Acesso em: 15 abr. 2023.

ZIVIANI, N. **Projeto de algoritmos.** São Paulo: Cengage, 2011.

ZUBOFF, S. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder.** Rio de Janeiro: Intrínseca: 2021.