

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA –
IDP
ESCOLA DE DIREITO DO BRASIL – EDIRB
MESTRADO PROFISSIONAL INTERDISCIPLINAR EM DIREITO, JUSTIÇA E
DESENVOLVIMENTO

**MODERAÇÃO DE CONTEÚDO EM REDES SOCIAIS: UMA ANÁLISE SOB A
PERSPECTIVA DO DEVIDO PROCESSO TECNOLÓGICO**

EVELYN MORENO WECK

SÃO PAULO

2024

EVELYN MORENO WECK

**MODERAÇÃO DE CONTEÚDO EM REDES SOCIAIS: UMA ANÁLISE SOB A
PERSPECTIVA DO DEVIDO PROCESSO TECNOLÓGICO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado Interdisciplinar Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Paulo Lordelo

SÃO PAULO

2024

Código de catalogação na publicação – CIP

W387m Weck, Evelyn Moreno

Moderação de conteúdo em redes sociais: uma análise sob a perspectiva do devido processo tecnológico / Evelyn Moreno Weck. — Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2024.

154 f.: il. color.

Orientador: Prof. Dr. João Paulo Lordelo

Dissertação (Mestrado acadêmico em Direito, Justiça e Desenvolvimento) — Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, 2025.

1. Princípio constitucional. 2. Devido processo legal. 3. Redes sociais. 4. Autorregulação. I.Título

CDDir 341.2

EVELYN MORENO WECK

**MODERAÇÃO DE CONTEÚDO EM REDES SOCIAIS: UMA ANÁLISE SOB A
PERSPECTIVA DO DEVIDO PROCESSO TECNOLÓGICO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado Interdisciplinar Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Data da defesa: 17 de dezembro de 2024.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador Dr. João Paulo Lordelo
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Prof. Dr. João Paulo Bachur
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à Deus pela graça que se renova a cada dia. Aos meus pais, Osmar e Shirley, que representam o amor humano que mais se aproxima do divino.

Agradeço ao Professor João Paulo Lordelo, pela generosidade e paciência, por ser um orientador na acepção da palavra. Ao Luiz Rodrigues Wambier, meu Professor da vida toda, amigo e companheiro das trincheiras. Ao Professor João Paulo Bachur, uma das vezes que despertou em mim o interesse pelos estudos da disciplina de direito digital.

Às minhas amigas Regiane Liblik e Simone Bortolini, pelo apoio que me fez seguir a diante. Aos amigos que fiz no mestrado do IDP e seguirão comigo para a vida: Carina Gimenez, Eduardo Costa, Flávia Braga, Ida Andrade, José Victor Siqueira e Tatyana Botelho.

Por fim, agradeço aos meus sobrinhos, Felipe e Gabriel, que fazem tudo valer a pena.

“Aja de modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a terra” (Hans Jonas).

RESUMO

A presente dissertação de mestrado tem por **objeto** avaliar a disciplina da moderação de conteúdo em redes sociais sob a ótica do devido processo tecnológico. Seu objetivo é investigar como o uso de algoritmos por agentes privados no processo decisório são marcadas pela opacidade, que as tornam imprevisíveis e não explicáveis, podendo afetar direitos fundamentais, como a liberdade de expressão. Avalia-se as possíveis consequências da imposição de regras mais rígidas para o modelo de negócio das plataformas para o desenvolvimento tecnológico. Dentro do escopo proposto, a pesquisa analisa os modelos regulatórios americano, alemão e europeu, evidenciando a autorregulação regulada como o arranjo regulatório que melhor equilibra inovação tecnológica e proteção de direitos. Considerando essas premissas teóricas, analisa a tendência de que as medidas de implementação tecnológica, que resolvem os conflitos no âmbito das próprias plataformas digitais, podem ser adotadas no contexto brasileiro. A pesquisa se desenvolve a partir do seguinte **problema**: o sistema decisório de moderação de conteúdo pelas plataformas digitais, no contexto brasileiro, concretiza o ideal de julgamento justo ao qual a cláusula do devido processo legal se propõe? Nesse sentido, a **hipótese** é a de que as disposições do *Digital Services Act* europeu, que preveem deveres procedimentais para as plataformas digitais, conferem concretude à teoria do devido processo tecnológico nas relações privadas. Por isso, será utilizada a **metodologia** de direito comparado, avaliando a necessidade de um arcabouço legal brasileiro robusto para garantir transparência e *accountability* nas plataformas digitais, inspirado nas melhores práticas internacionais.

Palavras-chave: Moderação de Conteúdo. Redes Sociais. Devido Processo Tecnológico. Autorregulação Regulada. Governança da Internet.

ABSTRACT

This master's dissertation aims to evaluate the regulation of content moderation on social media platforms from the perspective of technological due process. Its objective is to investigate how the use of algorithms by private entities in decision-making processes—characterized by opacity that renders them unpredictable and inexplicable—can affect fundamental rights such as freedom of expression. The study proposes an examination of the consequences of imposing stricter rules on platform business models and their impact on technological development. Within this scope, the research analyzes regulatory models in the United States, Germany, and Europe, highlighting regulated self-regulation as the regulatory framework that best balances technological innovation and rights protection. Based on these theoretical premises, the dissertation explores the tendency of adopting technological implementation measures—resolving conflicts within the platforms themselves—in the Brazilian context. The research is driven by the following **problem**: does the decision-making system for content moderation by digital platforms in Brazil fulfill the ideal of fair judgment as proposed by the due process clause? The **hypothesis** suggests that the provisions of the European Digital Services Act, which establish procedural obligations for digital platforms, provide substance to the theory of technological due process in private relations. To address this, the **methodology** employs comparative law, assessing the need for a robust Brazilian legal framework to ensure transparency and accountability in digital platforms, inspired by international best practices.

Keywords: Content Moderation. Social Media. Technological Due Process. Regulated Self-Regulation. Internet Governance.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Placar das audiências públicas realizadas pelo STF, dos Temas de repercussão geral 978 e 533.....	85
Figura 2 - Pirâmide de <i>Enforcement</i> Regulatório.....	96
Figura 3 – Fluxograma com o roteiro decisório do FSM.....	102
Figura 4 – Gráfico de decisões do STJ por tipo de ações.....	136
Figura 5 – Gráfico de pedidos formulados nas ações em grau recursal no STJ.....	136

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABIN	Agência Brasileira de Inteligência
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIA	<i>Artificial Intelligence Act</i>
ART	Artigo
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
BL	Banda Larga
CCB	Código Civil Brasileiro
CDA	<i>Communications Decency Act</i>
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEO	<i>Chief Executive Officer</i>
CGI.br	Comitê Gestor da Internet no Brasil
CR	Constituição da República
DA	<i>Data Act</i>
DCE	Diretiva de Comércio Eletrônico
DMA	<i>Digital Markets Act</i>
DSA	<i>Digital Services Act</i>
EBIA	Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial
ECAD	Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
FSM	<i>Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter</i>
IA	Inteligência Artificial
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados
MCI	Marco Civil da Internet
NetzDG	<i>Netzwerkdurchsetzungsgesetz</i>
PIB	Produto Interno Bruto
PL	Projeto de Lei
SERPRO	Serviço Federal de Processamento de Dados
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UBC	União Brasileira de Compositores
UE	União Europeia

TJRJ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TSE Tribunal Superior Eleitoral

VLOPs *Very Large Online Platforms*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. A TRANSCENDÊNCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL PARA O MUNDO VIRTUAL.....	19
1.1. ESTADO DE DIREITO	19
1.2. AMEAÇAS A DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS REDES SOCIAIS.....	20
1.3. O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL COMO MEDIDA DE CONTENÇÃO DO DESEQUILÍBRIO CONSTITUCIONAL MOTIVADO PELA TECNOLOGIA DIGITAL	26
1.3.1. Constitucionalismo Global: a descentralização da soberania Estatal.....	32
1.4. A ESTRATÉGIA DIGITAL NA UNIÃO EUROPEIA.....	35
1.5. O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO AMBIENTE DIGITAL NO BRASIL.....	38
2. DEVIDO PROCESSO TECNOLÓGICO: DIREITO À TRANSPARÊNCIA E À PARTICIPAÇÃO DAS PARTES INTERESSADAS NO PROCESSO DECISÓRIO ..	45
2.1. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DEVIDO PROCESSO LEGAL	46
2.1.1. As dimensões do devido processo: procedimental (<i>procedural due process</i>) e substantiva (<i>substantive due process</i>).....	53
2.1.2. A eficácia horizontal do devido processo legal nas relações particulares.....	55
2.1.2. Devido processo digital, ou tecnológico	61
2.2. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA.....	68
3. AUTORREGULAÇÃO REGULADA E GOVERNANÇA PRIVADA: CONTROLE E MODERAÇÃO DE CONTEÚDO DE TERCEIROS PELAS PLATAFORMAS DIGITAIS.....	74
3.1. O PASSADO, O PRESENTE E A (EXPECTATIVA) DO FUTURO DA REGULAÇÃO	75
3.1.1. O regime de (ir)responsabilidade nos Estados Unidos, determinado pela Seção 230 do <i>Communications Decency Act</i> (CDA).....	75
3.1.2. O Marco Civil da Internet e os debates sobre a inconstitucionalidade do artigo 19	80
3.2. AUTORREGULAÇÃO.....	87
3.3. AUTORREGULAÇÃO REGULADA COMO ALTERNATIVA PARA A INTERNET.....	91

3.3.1. Regulação Responsiva.....	96
3.3.2. O modelo alemão de autorregulação regulada: <i>netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG</i>	98
3.4. MODERAÇÃO DE CONTEÚDO COMO FONTE DE RECEITA E EXERCÍCIO DE GOVERNANÇA.....	103
3.5. MECANISMOS UTILIZADOS PELAS PLATAFORMAS PARA MODERAÇÃO DE CONTEÚDO.....	110
4. GARANTIAS PROCESSUAIS PARA MODERAÇÃO DE CONTEÚDO NAS REDES SOCIAIS	114
4.1. A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSELHO DE SUPERVISÃO DO FACEBOOK: O PRIMEIRO PASSO EM DIREÇÃO AO DEVIDO PROCESSO TECNOLÓGICO ...	114
4.2. O REGULAMENTO DE SERVIÇOS DIGITAIS EUROPEU (<i>DIGITAL SERVICES ACT – DSA</i>)	119
4.2.1. Diretrizes de devido processo tecnológico contempladas no <i>Digital Services Act – DSA</i>	124
4.3. O PADRÃO REGULATÓRIO EUROPEU E A TEORIA DO EFEITO BRUXELAS	131
4.4. O ARCABOUÇO BRASILEIRO QUE REGE AS RELAÇÕES EM AMBIENTE DIGITAL	134
CONSIDERAÇÕES FINAIS	139

INTRODUÇÃO

A revolução industrial pode ser considerada um dos marcos mais significativos para a humanidade. O período registrou uma paradigmática ruptura dos meios de produção, com a redução de custos operacionais e desenvolvimento tecnológico que resultaram em melhorias gradativas na qualidade de vida da população.

Ao longo da história, outras revoluções impulsionaram o desenvolvimento tecnológico, tais como a revolução informacional, a ascensão da internet, da informática e da robótica, que deram origem às redes sociais, que se popularizaram em pouco tempo e transformaram os meios de comunicação para além das formas até então conhecidas (telefonia fixa, comunicação em massa unidirecional, rádio e televisão). Tecnologia, para Clara Iglesias Keller e Patricia Baptista, “pode ser considerado qualquer processo com capacidade de transformação da realidade, física ou virtual”¹.

A tecnologia modificou a noção de tempo e distância, transformou a experiência humana da comunicação e impulsionou novas formas de arranjos sociais. A infraestrutura da internet, se tornou gradualmente importante na vida contemporânea, até alcançar o nível indispensável. Ferramentas tecnológicas como *e-mails* e *smarthphones* adquiriram destaque nas relações pessoais e profissionais. Incontáveis foram os avanços tecnológicos que proporcionaram melhorias em diversas áreas do conhecimento em benefício da sociedade.

O mundo experimenta atualmente uma nova revolução: a da inteligência artificial. A partir de uma revisão de artigos científicos da área, Felipe Medon explica, em palavras simples, que inteligência artificial pode ser conceituada como “um ente não humano que age de maneira inteligente, espelhando-se na própria inteligência humana”². O mundialmente conhecido Teste de Turing³, desenvolvido pelo precursor cientista

¹ BAPTISTA, Patricia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 273, p. 123–163, 2016. DOI: 10.12660/rda.v273.2016.66659. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/66659>. Acesso em: 30 out. 2024.

² MEDON, Felipe. *Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil: autonomia, riscos e solidariedade* / Filipe Medon – Salvador: Editora JusPodvm, 2020, p. 82.

³ Como leciona Roberto N. Onody, Professor de física da IFSC – USP, em 1950, Alan Turing propôs o seguinte teste: “uma pessoa, um computador e um interrogador humano (juiz) são mantidos em salas separadas e, novamente, só podem se comunicar por texto impresso. A máquina e o ser humano manterão uma conversa entre si. O juiz deverá analisar o conteúdo e tentar distinguir qual é a máquina e qual é o ser humano. A pergunta que Turing se fazia era: poderia a máquina imitar o pensamento humano e confundir o juiz?” (Disponível em: <https://www2.ifsc.usp.br/portal-ifsc/teste-de-turing-e-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 07 set. 2024).

computacional e criptoanalista Alan Turing, é realizado a partir de uma metodologia que afere se determinado sistema da IA é “operacionalmente satisfatório” quando perguntas são feitas a humanos e máquinas, não sendo possível averiguar qual deles forneceu a resposta. Ao que tudo indica, caminhamos para o momento em que os sistemas de IA espelharão as decisões humanas.

Há uma relação direta entre o desenvolvimento tecnológico e o capitalismo de aceleração. Eis o paradoxo das ciências humanas na atualidade: a tecnologia dá ou tira tempo?⁴ Nesse processo de aceleração da vida cotidiana, emerge a necessidade colocar mais vida dentro do mesmo dia, de poder realizar mais. Para atender a esse atual anseio social, a ciência volta a sua atenção para o desenvolvimento de ferramentas tecnológicas que possibilitam que as tarefas sejam realizadas de modo mais rápido e assertivo.

Os dados têm um papel de protagonista dessa história. Quanto maior a quantidade de dados analisados, maior a acurácia. As novidades passam a ser temas como Internet das coisas (IoT), assistentes virtuais (SIRI, ALEXA, AMAZON e Sistema de recomendação da Netflix), IA generativa (ChatGPT e Gemini AI) e sistemas de *Cloud Computing*.

As atuais demandas socioeconômicas exigem uma infraestrutura em que o fluxo de dados possa trafegar de forma vertical e horizontal em todo o sistema automatizado, possibilitando a interoperabilidade do processo.⁵

Para fazer frente a essa expectativa de aceleração do desenvolvimento tecnológico, em julho de 2022, a tecnologia 5G passou a ser ofertada no Brasil, trazendo mudanças quantitativas e qualitativas no transporte de dados⁶. Isso significa um avanço em relação à tecnologia anterior no que se refere à velocidade, latência e consumo para chegar a resultados mais assertivos⁷.

⁴ Nesse sentido: A vida acelerada do capitalismo digital. A tecnologia dá ou tira tempo? Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/noticias/547048-a-vida-acelerada-do-capitalismo-digital-a-tecnologia-da-ou-tira-tempo->. Acesso em 27/07/2024.

⁵ VDI. Infraestrutura para a indústria 4.0. Disponível em: <https://www.vdi brasil.com/infraestrutura-para-a-industria-4-0/>. Acesso em 20/07/2024.

⁶ Agência Brasil explica: o que é a tecnologia 5G. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/agencia-brasil-explica-o-que-e-tecnologia-5g>. acesso em: 20/07/2024.

⁷ Internet 5G chegará para mais 236 cidades brasileiras a partir da próxima segunda-feira (27). Disponível em: <https://www.gov.br/mcom/pt-br/noticias/2024/maio/internet-5g-chegara-para-mais-236-cidades-brasileiras-a-partir-da-proxima-segunda-feira-27>. Acesso em 20/07/2024.

Em abril de 2023, o CADE publicou um estudo sobre o mercado de telecomunicações, apontando que os avanços nesta área vão muito além de soluções de conectividade⁸.

A expansão do setor oferece os insumos necessários para o fomento de outros setores produtivos essenciais. Por exemplo: na construção civil, permitindo o manejo remoto de equipamentos como guindastes e escavadeiras “tornando os locais de obras mais seguros”. Na indústria automobilística, os veículos autônomos prometem revolucionar o sistema de transporte. A tecnologia veicular permite que os veículos se comuniquem entre si e ofereçam respostas precisas, como o momento certo para mudança de faixa, para atender aos comandos dos semáforos, e, assim, reagir a situações de risco. Estima-se que a tecnologia poderá gerar melhorias para mobilidade urbana – com a redução do tráfego - e sustentabilidade – a partir da definição eficiente de rotas que leva à economia de combustível.⁹ Na área da saúde, a inteligência artificial se destaca pela otimização do tempo de tomada de decisão, o que é especialmente relevante para setores de Emergência e Oncologia. De acordo com Rafaela Nogarolli, “a integração entre médicos e IA tem o potencial de melhorar o fluxo do trabalho clínico, aprimorar os cuidados de saúde e reduzir o risco de erro humano”¹⁰.

No trabalho denominado “Visão 2035: Brasil, país desenvolvido”, em que são propostas agendas setoriais para alcance da meta de desenvolvimento, o BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) cita estudo realizado pelo Banco Mundial, que identificou que a cada dez pontos percentuais de aumento na penetração da banda larga (BL) nos países em desenvolvimento resulta em um aumento de 1,38 pontos percentuais do PIB per capita¹¹. Há uma relação direta entre inclusão e letramento digital com melhoria das condições sociais.

⁸ Mercado de Telecomunicações: telefonia, acesso à internet e infraestrutura. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Mercados-de-Telecomunicacoes_2023.pdf. Acesso em 19/07/2024.

⁹ Quais os caminhos da mobilidade com carros autônomos? O especialista Fábio Dutra Souza explica. Disponível em: <https://istoe.com.br/quais-os-caminhos-da-mobilidade-com-carros-autonomos/>. Acesso em: 18/08/2024.

¹⁰ NOGAROLLI, Rafaela. Responsabilidade civil médica e inteligência artificial: culpa médica e deveres de conduta no século XXI / Rafaela Nogarolli. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 160.

¹¹ “São muitas as evidências da importância do uso de tecnologias digitais e serviços de internet para o desenvolvimento econômico e social. Segundo o Banco Mundial, dez pontos percentuais (p.p.) de aumento na penetração da banda larga (BL) nos países em desenvolvimento podem propiciar um aumento de 1,38 p.p. no produto interno bruto (PIB) per capita (QIANG; ROSSOTTO; KIMURA, 2009). A internet passou a ter um caráter de essencialidade, em virtude das externalidades positivas de sua difusão. A provisão de serviços adequados tornou-se um gargalo importante a ser superado, tanto para a elevação da produtividade e da competitividade do país quanto para a redução de desigualdades”. Disponível em:

É consensual o fato de que as novas tecnologias, viabilizadas pelos avanços no setor de telecomunicações, contribuem significativamente para a humanidade. Porém, a vida cada vez mais conectada também vem acompanhada de problemas novos, aos quais o direito precisa responder.

As redes sociais podem ser conceituadas como uma espécie de plataformas digitais que conectam pessoas globalmente¹², possibilitando o convívio virtual através do “intercâmbio de informações pessoais”¹³.

A circulação de conteúdo gerado pelos usuários das redes sociais possibilita a formação de um banco de dados pessoais de proporções colossais, utilizado para atender aos interesses eminentemente econômicos das *Big Techs*¹⁴. Nesse contexto, direitos fundamentais (como igualdade e isonomia), não raras vezes, são desrespeitados em razão de tecnologias de processamento de dados por meio de algoritmos para tomada de decisões, que impactam em aspectos importantes da vida (como saúde, mercado de seguros, concessão de crédito bancário e direitos sociais)¹⁵.

No epicentro dos estudos sobre o uso de inteligência artificial no âmbito das plataformas digitais está a disciplina da moderação de conteúdo. Trata-se de uma forma de controle do fluxo informacional (o que pode, ou não, ser publicado), realizada

https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/16040/3/PRLiv214078_Visao_2035_compl_P.pdf. Acesso em: 20/07/2024.

¹² De acordo com Maria Celina de Bodin e Chiara Teffé, as características das redes sociais são as seguintes: “i) a existência de um ambiente propício à interação entre os usuários na plataforma; ii) o pedido de dados pessoais para a criação de perfis, que são vinculados a contas determinadas; iii) a articulação de uma lista de outros usuários com os quais se compartilha conexões; e iv) o oferecimento de ferramentas que permitem e estimulam que o usuário adicione seu próprio conteúdo na rede, como fotografias, comentários, músicas, vídeos ou links para outros sites, de modo que ocorra a expansão da estrutura da própria rede social¹³”. (MORAES, Maria Celina Bodin de; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet*. Pensar, Fortaleza, v. 22, n.1, p.108-146, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/6272>. Acesso em 1º dez. 2024).

¹³ Sobre isso, ver: MARTINS, Guilherme Magalhães. Vulnerabilidade e responsabilidade civil na internet: a inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 137. ano 30. p. 33-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2021. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/42502>. Acesso em 08 set. de 2024.

¹⁴ Prossegue o mesmo autor discorrendo que: “Os dados pessoais têm sido utilizados por governos e grandes players econômicos para a criação de um *one-way mirror*, possibilitando que tais agentes saibam tudo dos cidadãos, enquanto esses nada sabem dos primeiros. Isso acontece por meio de um monitoramento e vigília constantes sobre cada passo da vida das pessoas, levando a um capitalismo de vigilância, cuja principal consequência é a constituição de uma sociedade também de vigilância. As redes sociais virtuais traduzem, portanto, uma nova modalidade de banco de dados, afora as implicações decorrentes da liberdade de expressão dos seus usuários, que deve encontrar justificativa e razão de ser nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR) e da solidariedade social (art. 3º, I, CR).

¹⁵ Nesse sentido, conforme MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA FERNANDES, Victor. *Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma Agenda de Pesquisa para o Caso Brasileiro*. *Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo*, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020.

majoritariamente por meios automatizados, a partir de um conjunto de regras institucionalizadas nos seus próprios “Termos de Uso”.

No decorrer dos anos, a moderação de conteúdo em plataformas digitais evoluiu de uma atividade secundária para um componente central na governança dessas plataformas. A questão tem sido examinada mundialmente sob a perspectiva regulatória: de um lado, questiona-se o esgotamento do modelo de autorregulação, que orientou as primeiras décadas das plataformas digitais; de outro, indaga-se se o arranjo regulatório da autorregulação regulada, com a presença do Estado, conforme adotado pela Alemanha (NetzDG) e pela União Europeia (com o *Digital Services Act* – DSA), propiciariam condições favoráveis ao desenvolvimento tecnológico ao mesmo tempo em que permitiriam aos usuários o exercício político de expressão.

A opacidade dos processos de moderação de conteúdo - que gera o fundado receio de desrespeito aos direitos fundamentais dos seus usuários – é um dos fatores determinantes para os debates sobre regulação. Faltam às decisões automatizadas transparência e previsibilidade, pilares que sustentam a cláusula do devido processo legal.

É verdade que, em última análise, a questão toca na liberdade de expressão. Porém, o objetivo deste trabalho é analisar a disciplina da moderação de conteúdo sob o aspecto instrumental: os processos de decisões - em sua maioria automatizados -, à luz da garantia do devido processo legal no contexto da governança privada exercida pelas plataformas digitais. Atualmente, a cláusula do devido processo legal, em sua versão mais moderna, incorpora a teoria do devido processo digital ou tecnológico, que surge como uma forma de equilibrar o uso de algoritmos na tomada de decisões com os valores assegurados pelo devido processo legal tradicional, permitindo que os usuários afetados possam se insurgir, no sentido de modificar determinada decisão de moderação em sentido amplo.

A pergunta problema que se propõe é a seguinte: o sistema decisório de moderação de conteúdo pelas plataformas digitais, no contexto brasileiro, concretiza o ideal de julgamento justo ao qual a cláusula do devido processo legal se propõe?

Para responder a essa pergunta será utilizada a metodologia de direito comparado, tendo como parâmetro a estrutura legislativa do recém aprovado Regulamento Europeu, o *Digital Services Act* – DSA, novo regime para serviços digitais, que estabelece um conjunto de deveres e responsabilidades de natureza procedimental pelas plataformas de redes sociais. **Objetivos gerais:** a partir da análise das disposições do DSA da Europa, que preveem a implementação de sistema de notificação de reclamações, a concessão de

prazo para resposta, dever de motivação das decisões de moderação, o sistema interno de resolução extrajudicial de conflitos e mecanismos de resolução extrajudicial de litígios, compreender se a metodologia adotada para moderação no contexto brasileiro oferece a transparência e previsibilidade que conferem concretude à teoria do devido processo tecnológico. Os **objetivos específicos**, a sua vez, visam a: (i) analisar o contexto geral contemporâneo da sociedade em rede e as ameaças à democracia nas redes sociais, de modo que, a partir dessas premissas, a teoria do constitucionalismo digital desponta como um desdobramento do modelo clássico de constitucionalismo adaptado ao mundo digital e de aplicabilidade global; (ii) compreender o sentido e alcance dos direitos e garantias fundamentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente a garantia fundamental do devido processo legal, contemporaneamente pensada sob a perspectiva das decisões automatizadas (devido processo tecnológico); (iii) analisar os desafios locais e as premissas teóricas inerentes aos arranjos regulatórios, bem como as iniciativas legislativas para regulação da moderação de conteúdo; (iv) o quarto e último objetivo específico tratará da possibilidade de aplicação global do marco regulatório europeu, o *Digital Services Act – DSA*, a partir das teorias do Constitucionalismo Global e Efeito Bruxelas.

O estudo sobre direito comparado será desenvolvido através de: (i) análise documental, especialmente de textos legislativos de repositórios dos países analisados; e (ii) revisão bibliográfica, mediante consulta de livros e artigos sobre os eixos temáticos deste estudo, com especial atenção ao tema da moderação de conteúdo e regulação da internet. A estrutura se divide em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, será abordada a necessidade de uma nova infraestrutura jurídica para os tempos modernos, examinando-se a organização do poder no Estado de Direito, a valorização do pensamento e da liberdade de expressão e os riscos ao Constitucionalismo no contexto das plataformas de redes sociais. Analisar-se-á o enfraquecimento dos princípios do Estado de Direito e dos direitos fundamentais nesses ambientes, a necessidade de adaptação da Constituição aos novos poderes privados e a teoria do constitucionalismo digital como resposta aos desafios contemporâneos, buscando transpor direitos fundamentais clássicos para a internet.

O segundo capítulo explorará a necessidade de conformar os direitos fundamentais no controle privado de conteúdo em plataformas de redes sociais, com foco na cláusula do devido processo legal. Após, analisará o conceito, as dimensões (processual e material) e a evolução do devido processo legal, incluindo sua aplicação às

relações entre particulares em casos de desequilíbrio de poder. Por fim, será estudado o conceito de devido processo tecnológico como adaptação do devido processo legal às decisões automatizadas, a garantia do contraditório e da ampla defesa e a importância da transparência e da participação dos usuários nos processos decisórios das plataformas digitais.

Na sequência, no terceiro capítulo, ao tratar da disciplina conferida ao tema pelo direito administrativo, o estudo se concentrará, em primeiro lugar, no regime de responsabilidade de plataformas digitais nos Estados Unidos e no Brasil, destacando a imunidade conferida pela Seção 230 do *Communications Decency Act* (CDA) e o artigo 19 do Marco Civil da Internet, respectivamente, bem como os debates sobre a necessidade de atualização desses regimes frente ao poder atual das plataformas. Explorará os conceitos de autorregulação, autorregulação regulada, coregulação e governança privada, com foco na moderação de conteúdo como instrumento de controle do discurso *online*. Apresentará as diferentes técnicas de moderação utilizadas pelas plataformas, incluindo revisão editorial, detecção automática, moderação por *design* e sinalização da comunidade, discutindo suas vantagens, desvantagens e desafios.

O quarto e último capítulo examinará as medidas adotadas para equilibrar a relação entre plataformas digitais e seus usuários no contexto da moderação de conteúdo, buscando a implementação do devido processo tecnológico. Analisará a evolução da moderação de conteúdo no Facebook, desde suas práticas rudimentares até a criação do Conselho de Supervisão (*Oversight Board*) como mecanismo de transparência e responsabilização. Abordará o Regulamento de Serviços Digitais (*DSA*) da União Europeia, com foco em suas disposições sobre notificação e remoção de conteúdo ilegal, sistemas internos de resolução de conflitos, sinalizadores de confiança, obrigações de transparência e *accountability* para plataformas, além da figura do "coordenador de serviços digitais". A partir da teoria do "Efeito Bruxelas", será verificada a possibilidade de o modelo regulatório europeu ser adotado globalmente. Ao final, será traçado o arcabouço jurídico brasileiro que rege as relações em ambiente digital, composto por um microsistema de normas, incluindo o Marco Civil da Internet, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, a Lei do *E-commerce*, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral.

1. A TRANSCENDÊNCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL PARA O MUNDO VIRTUAL

Novos tempos exigem uma nova infraestrutura jurídica. Essa é a premissa que norteará este capítulo.

No caminho para a resposta ao problema formulado neste trabalho, em primeiro lugar, será necessário tratar brevemente sobre a forma de organização de poder no Estado de Direito, o elemento de transformação intrínseco a essa forma de arranjo político e a valorização do pensamento e liberdade de expressão.

A seguir, serão abordados os riscos ao Constitucionalismo, o rompimento com a ideia de Estados Nacionais e o enfraquecimento dos princípios do Estado Democrático e direitos fundamentais no âmbito das plataformas de redes sociais. Nesse contexto de problemas multifacetados, se discorrerá sobre a corrente teórica do constitucionalismo digital, um conceito em construção, que estuda propostas para transposição de direitos fundamentais clássicos para a internet, como resposta aos desafios contemporâneos. Será visto que, o uso de algoritmos que resultar na limitação, ou impedimento, ao exercício de liberdade de expressão, restrição às informações e à autodeterminação informacional, por via transversa, configura hipótese de censura e violação indevida à direitos fundamentais.

Por fim, serão abordadas as iniciativas legislativas e o posicionamento jurisprudencial da União Europeia e do Brasil, alicerçadas nos valores da teoria do Constitucionalismo Digital.

1.1. ESTADO DE DIREITO

A Constituição do Brasil de 1988 normatizou o conceito de Estado Democrático de Direito.¹⁶, que congrega a ideia de democracia e direitos humanos.

¹⁶ De acordo com Lênio Luiz Streck e Jose Luiz Bolzan de Moraes, são princípios do Estado Democrático de Direito: “A – Constitucionalidade: vínculo do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como elemento básico de garantia jurídica; B – Organização Democrática da Sociedade; C – sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja Estado “de distância”, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado “antropologicamente amigo”, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; D – Justiça social como mecanismos corretivos das desigualdades; E – Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; F – Especialização de Poderes e de Funções, marcada por um novo relacionamento vinculada à produção dos “resultados” buscados pelos “fins” constitucionais; G – Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de

Seu núcleo existencial contempla valores liberais como a limitação de poder e o respeito a direitos fundamentais. Para José Afonso da Silva, esse arranjo político congrega “os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito não como simples reunião formal dos respectivos elementos”. A conjunção dos dois princípios produz um conceito que os sobreleva, “na medida que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”¹⁷.

Lênio Luiz Streck e Jose Luiz Bolzan de Moraes lecionam que o caráter democrático incorporado ao Estado de Direito implica na “constante mutação e ampliação dos seus conteúdos”:

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva e futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência¹⁸.

É da essência dos regimes democráticos modernos o respeito ao livre pensamento, que se reflete no princípio da liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, valores fortemente ameaçados pelo ecossistema cibernético.

1.2. AMEAÇAS A DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS REDES SOCIAIS

A inteligência artificial vem moldando o comportamento humano. As redes sociais instrumentalizam tendências de comportamento, estética e consumo, produzindo significativas mudanças na forma de viver em sociedade. Em poucas palavras, André Karan e Amanda Antonelo descrevem a dinâmica da sociedade em rede, os usuários

regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; H – Segurança e certeza jurídicas” (STRECK, Lênio Luiz, MORAIS Jose Luiz Bolzan de. Comentários à Constituição do Brasil / J.J. Gomes Canotilho... [et al.]; outros coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Streck e Gilmar Ferreira Mendes. – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 115).

¹⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo / José Afonso da Silva. – 42. ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2019, p. 114.

¹⁸ STRECK, Lênio Luiz, MORAIS Jose Luiz Bolzan de. Comentários à Constituição do Brasil / J.J. Gomes Canotilho... [et al.]; outros coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Streck e Gilmar Ferreira Mendes. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 115.

fornecem “ parcela de sua privacidade e intimidade aos grandes players de tecnologia em troca de acesso às plataformas de redes sociais e do uso, pretensamente gratuito, de serviços online”¹⁹. Outro aspecto importante da sociedade em rede é descrito por Frederick Mostert: a viralidade, o volume, a velocidade e a amplificação de um único post nas mídias sociais “tem, potencialmente, um alcance muito maior do que o Financial Times ou o New York Times jamais tiveram no mundo da mídia do século XX”²⁰.

Analisaremos, neste momento, as repercussões que a vida desenvolvida em espaço virtual pode causar à democracia e aos direitos fundamentais como intimidade, liberdade de informação e até direitos políticos.

A arquitetura de comunicação denominada internet traz em si a lógica da descentralização de autoridade. Como lecionam Gilmar Mendes e Victor Fernandes, “o modelo de governança da internet se afasta da predominância de uma autoridade central hierárquica qual ocorre dentro dos Estados Nacionais”, cedendo lugar para um modelo de “redes multilaterais em que atores independentes e operacionalmente autônomos se articulam reciprocamente”²¹. Isso possibilitou que diversas áreas setoriais passassem a ser reguladas por atores privados, como por exemplo: empresas multinacionais, sindicatos e tribunais arbitrais internacionais.

As transformações tecnológicas foram significativamente impulsionadas a partir de dois fenômenos²². Primeiramente, pelo processo de internacionalização

¹⁹ TRINDADE, André Karam; ANTONELLO, Amanda. Constitucionalismo digital: um convidado (in)esperado. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 18, n. 1, p. e4816, maio 2023. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4816>. Acesso em: 11 set. de 2024.

²⁰ MOSTERT, Frederick. “Digital Due Process”: A Need for Online Justice. Disponível em: <https://academic.oup.com/jiplp/article-abstract/15/5/378/5802452?redirectedFrom=PDF>. Acesso em 05 out. 2024.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA FERNANDES, Victor. Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma Agenda de Pesquisa para o Caso Brasileiro. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020.

²² Sobre o tema, Nilton Correia da Silva: “As estatísticas de evolução temporal da área de IA mostram um avanço muito significativo a partir do final dos anos 1990. Verificam-se aumentos notáveis na produção científica (o crescimento de publicações anuais de artigos em IA supera muito a quantidade geral publicada na área de Ciência da Computação (CC) entre 1996 e 2017 – Figura 5, oferta de vagas de trabalho, abertura de novas empresas (entre 2015 e 2018 houve um aumento de startups em IA na ordem de 113% - Figura 6), bem como em investimentos financeiros (*venture capital*). Esse notório desenvolvimento foi impulsionado por alguns principais fatores, como a própria evolução metodológica da área – modelos matemáticos que permitem mimetização de funções humanas de reconhecimento visual, de voz e textos, bem como da função humana de correlacionar informações para tomadas de decisões. O decréscimo dos custos computacionais agregados à oferta cada vez maior de dados multimídias (vídeos, imagens, áudio, texto e números) também foram fatores importantes que contribuíram com o sucesso dos modelos de IA, os quais demandam muito poder de processamento e grandes quantidades de dados para serem assertivos em tarefas de classificação de texto, de reconhecimento de faces, de reconhecimento de voz, de predições e agrupamentos de informações” (SILVA, Nilton Correia da, Inteligência artificial e direito: ética,

conhecido como globalização, que acabou com a ideia de isolamento que se dissipou com a Internet. Ocorreram alterações de grande envergadura nos meios de produção, as relações de trabalho, finanças e desenvolvimento. A revolução tecnológica foi fortemente marcada no campo da informática e no mercado de telecomunicações²³. Mas não é só. A globalização impulsionou uma profunda remodelação política, eis que desvinculou a Constituição da figura do Estado-nação, rompendo com o conceito de territorialidade (descentralização do poder estatal). Clara Iglesias Keller e Patricia Baptista afirmam que “as inovações tecnológicas constituem a linha de frente da globalização”²⁴.

Durante anos, o progresso tecnológico aconteceu de forma orgânica, em uma velocidade amplamente assimilada pelo senso coletivo, até que o segundo evento aconteceu: a pandemia da COVID-19. Para a manutenção da vida, naquele momento, foi necessária a adoção de medidas de distanciamento social e restrição de atividades econômicas por recomendação de saúde das autoridades sanitárias. Georges Abboud e Ricardo Campos destacam que esse acontecimento exigiu dos Estados medidas de enfrentamento conjunto em prol do “sistema global como um todo, visando, em primeiro lugar, a preservação de vidas humanas, mas também, “pela retomada das marchas econômicas, igualmente essenciais à manutenção do sistema que dá a cada um o seu sustento.”²⁵. Naquele momento, a sociedade se virtualizou, acelerando em muitos anos o progresso tecnológico.

Essa breve contextualização é importante para a compreensão de que a Constituição foi originariamente estruturada como meio de controle de poderes públicos, mas, no atual momento de desenvolvimento tecnológico, precisa se adaptar aos novos poderes privados violadores dos direitos e liberdades individuais²⁶, com destaque para as plataformas de redes sociais.

regulação e responsabilidade / Ana Frazão e Caitlin Mulholland, coordenação – 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 41)

²³Gorender, Jacob. Globalização, tecnologia e relações de trabalho. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40141997000100017>. Acesso em 17 jul. 2024.

²⁴ BAPTISTA, Patricia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 273, p. 123–163, 2016. DOI: 10.12660/rda.v273.2016.66659. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/66659>. Acesso em: 30 out. 2024.

²⁵ Esclarecem os autores que: “(...) a pandemia referida demonstrou, de forma incontestável, a integração entre sociedades e economias, por exemplo, a dificuldade e a necessidade de promoção de vacinação global, bem como a dependência econômica e o desabastecimento que o fechamento local de um país provoca em relação aos demais”. (ABBOUD, Georges, CAMPOS, Ricardo. *Constitucionalismo Global* / Georges Abboud [et al.]. –1. ed. – São Paulo, SP: Editora Contracorrente, 2022, p. 21).

²⁶ Como descrevem Gilmar Mendes e Victor Fernandes: “A noção de dever de proteção enquanto válvula de conformação e controle do papel do legislador revela-se limitada para a superação dos conflitos entre direitos fundamentais no ciberespaço principalmente porque, no contexto das normas formas de

A essência do modelo de negócios dessas empresas é a extração massiva de dados, que são processados por um conjunto de técnicas denominada *Big Data*, com a finalidade de mapear o comportamento humano para os mais diversos fins, podendo chegar a resultados imprevisíveis.

Os problemas começam, como registra Juan Francisco Sánchez Barrilao, com um “progresso tecnológico muito intenso” e um “recoo do poder público em sua capacidade de atender às necessidades presentes e futuras de natureza técnica”, o que “altera a capacidade normativa ordinária de adaptar-se constantemente ao novo”. Para o autor, o Direito Constitucional pensado apenas para problemas típicos da vida analógica apresenta “mera resposta ao passado” Em relação às mazelas da vida digital há uma omissão no Direito Constitucional que, por via transversa, favorece a “evolução e exploração informática que não respeita tanto o direito das pessoas, tal como acontece com o direito democrático”²⁷.

A partir dessa constatação, o autor propõe uma “transição constitucional”, entre um passado analógico e um futuro híbrido (parte analógico, parte digital), para que “progressivamente decanemos novas categorias jurídico-constitucional à medida que o progresso digital avança, enquanto deslocamos aqueles que já não são úteis”²⁸.

Francisco Balaguer Callejón descreve que a Constituição foi desenvolvida como instrumento de limitação do poder público, naturalmente, sob uma perspectiva

autocomunicação de massa, são os próprios atores privados que definem as regras e condições de exercício de liberdades públicas. Nesse sentido, intermediários como redes sociais, ferramentas de buscas e plataformas de conteúdo têm adquirido verdadeiros poderes de adjudicação e conformação de garantias individuais relacionadas à privacidade e à liberdade de expressão, privacidade, censura, autodeterminação e acesso à informação, o que desloca o centro do *enforcement* dos direitos fundamentais da esfera pública para a esfera privada. Ao invés de figurarem como agentes meramente passivos na intermediação de conteúdos produzidos por terceiros, empresas como Facebook, Google e Amazon são capazes de interferir no fluxo de informações, por meio de filtros, bloqueios ou reprodução em massa de conteúdos produzidos pelos seus usuários. Essa interferência no fluxo informacional também é caracterizada pelo uso intensivo de algoritmos e ferramentas de *Big Data* que permitem às plataformas manipular e controlar a forma de propagação dos conteúdos privados de forma pouco transparente” (MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA FERNANDES, Victor. *Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma Agenda de Pesquisa para o Caso Brasileiro*. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020).

²⁷ Juan Francisco Sánchez Barrilao: BARRILAO, J. F. S. *CONSTITUCIONALISMO DIGITAL: ENTRE REALIDAD DIGITAL, PROSPECTIVA TECNOLÓGICA Y MERA DISTOPÍA CONSTITUCIONAL*. Revista da AJURIS - QUALIS A2, [S. l.], v. 49, n. 152, p. 395-418, 2022. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1318>. Acesso em: 14 jul. 2024.

²⁸ Juan Francisco Sánchez Barrilao: BARRILAO, J. F. S. *CONSTITUCIONALISMO DIGITAL: ENTRE REALIDAD DIGITAL, PROSPECTIVA TECNOLÓGICA Y MERA DISTOPÍA CONSTITUCIONAL*. Revista da AJURIS - QUALIS A2, [S. l.], v. 49, n. 152, p. 395-418, 2022. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1318>. Acesso em: 14 jul. 2024.

analogica²⁹. A força normativa parece estar enfraquecendo frente à dinâmica da sociedade da informação. Evidentemente, trinta e seis anos após a promulgação da CR, mudaram substancialmente a natureza dos direitos tutelados.

Como descreve o autor, as tecnologias emergentes, por si sós, produzem a “crise da democracia representativa”. Isto é possível por meio do uso de ferramentas tecnológicas como “aplicativos fechados e hierarquizados que terminam monopolizando os processos comunicativos e o espaço público”. O cerne do problema é que os aplicativos são configurados para estimular movimentos populistas e reforçar posicionamentos “radicais e antidemocráticos, para gerar mais atenção do público e obter maior benefícios publicitários”³⁰.

O autor destaca o poder das grandes companhias tecnológicas, que se posicionam como “os autênticos mediadores que controlam os processos comunicativos e que contribuem para configurar o espaço público”. Porém, o exercício do poder de controle ocorre de forma negativa, eis que “não realizam uma função política de construção do espaço público e da democracia pluralista”. Como estratégia de negócio, por meio dos algoritmos, as plataformas criam um ambiente que conduz à “instabilidade política e social”. Diante disso, tendo o pluralismo como um “princípio estruturante de nossos sistemas constitucionais”, faz um importante alerta: “ao passo que os algoritmos forem ocupando espaços de decisão política ou administrativa, podemos assistir a um enfraquecimento dos princípios que fundamentam a democracia pluralista”³¹.

A questão não se limita a um discurso acadêmico. É uma realidade emergente. Especificamente no contexto das plataformas de redes sociais, objeto deste estudo, Ricardo Campos descreve que moderação de conteúdo é a manifestação da “gestão transnacional privada da dimensão coletiva da comunicação, com claras consequências para a formação da opinião pública nos Estados-nação”³².

²⁹ Callejón, F. B., & Randazzo, A. (2024). A constituição do algoritmo - entrevista com Francisco Balaguer Callejón. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, 24(2), 349–366. <https://doi.org/10.18593/ejl.34483>. Acesso em 14 jul. 2024.

³⁰ Callejón, F. B., & Randazzo, A. (2024). A constituição do algoritmo - entrevista com Francisco Balaguer Callejón. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, 24(2), 349–366. <https://doi.org/10.18593/ejl.34483>. Acesso em 14 jul. 2024.

³¹ Callejón, F. B., & Randazzo, A. (2024). A constituição do algoritmo - entrevista com Francisco Balaguer Callejón. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, 24(2), 349–366. <https://doi.org/10.18593/ejl.34483>. Acesso em 14 jul. 2024.

³² CAMPOS, Ricardo, *Metamorfoses do Direito Global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia* / Ricardo Campos. – São Paulo, SP: Editora Contracorrente, 2023, p. 310.

No plano empírico já se comprovou a manipulação do fluxo informacional com o propósito de interferir em resultados de eleições³³, desmantelando as bases dos sistemas democráticos. Um exemplo é o evento divulgado pelos jornais *The New York Times* e *The Guardian* a respeito de um sistema de manipulação de dados pela Empresa *Meta* em parceria com a *Cambridge Analytica* para manipulação de dados de mais de 87 milhões de usuários, de modo a influenciar no resultado das eleições que levou à vitória de Donald Trump em 2016, nos Estados Unidos. As investigações revelaram que a *Cambridge Analytica* teria adquirido o acesso a informações pessoais de usuários do Facebook, que permitiram o desenvolvimento de um sistema preditivo capaz de influenciar as escolhas dos eleitores americanos³⁴.

No genocídio ocorrido em Myanmar, a ONU indicou que, mais uma vez, a influência da empresa *Meta* na manipulação da velocidade dos acontecimentos foi decisiva na propagação de discursos de ódio que resultou na violação de direitos humanos. A rede social é a principal fonte de informação do país³⁵ e, à época dos fatos, não tinha uma política consistente de moderação de conteúdo, o que permitiu o aumento da violência³⁶.

Esses foram dois principais eventos que revelaram ao mundo o despreparo de uma empresa gigante como a *Meta* para uma atividade elementar do seu modelo de negócios: o exercício de moderação de conteúdo e mitigação de danos catastróficos às democracias e direitos fundamentais.

Passado algum tempo, Mark Zuckerberg – fundador, presidente e CEO da empresa *Meta*³⁷ - admitiu que falhas na gestão de conteúdos foram determinantes para a ocorrência eventos de repercussões históricas significativamente negativas e assumiu o

³³ Nas palavras de João Paulo Lordelo: “no contexto das redes sociais, ambiente que se tornou o palco principal da difusão de ideias, detendo a capacidade de influenciar até mesmo o processo eleitoral. Atualmente, não há dúvidas de que essas plataformas passaram a servir como arena pública de debate – inclusive eleitoral, com capacidade de ponderação de direitos fundamentais, controle de acesso e moderação de conteúdo”. (LORDELO, João Paulo. *Constitucionalismo digital e devido processo legal* – São Paulo: Editora Juspodvim, 2022, p. 166).

³⁴ Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43461751>. Acesso em 15 jul. 2024.

³⁵ Facebook: como a rede social se tornou peça central na crise política de Mianmar. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55944504>. Acesso em 15 jul. 2024.

³⁶ Facebook foi crucial para limpeza étnica do século XXI em Myanmar. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/12/internacional/1523553344_423934.html. Acesso em 15 jul. 2024.

³⁷ META. Disponível em: <https://about.meta.com/br/media-gallery/executives/mark-zuckerberg/>. Acesso em: 1 set. 2024.

compromisso de implementar melhores práticas³⁸. A partir dessa declaração foi criado o *Oversight board*, um marco de governança na internet e iniciativa precursora do modelo de autorregulação, temas centrais desse trabalho e que serão analisados com mais profundidade, respectivamente nos itens 4.1 e 3.2.

1.3. O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL COMO MEDIDA DE CONTENÇÃO DO DESEQUILÍBRIO CONSTITUCIONAL MOTIVADO PELA TECNOLOGIA DIGITAL

A concentração de poder nas mãos de agentes privados e seus efeitos deletérios é um tema analisado com atenção pela academia. Na lógica do modelo de negócios das plataformas das redes sociais, há uma relação direta entre a maximização dos lucros e a inobservância a direitos fundamentais, especialmente no que se refere ao uso indiscriminado de dados pessoais e ao livre exercício da liberdade de expressão. O potencial lucrativo dessas empresas é superlativo. Em 2023, ano em que o Facebook chegou aos 20 anos de sua história, a empresa mãe, a Meta, atingiu o valor de mercado de US\$ 1,22 trilhão, o que ultrapassa o Produto Interno Bruto (PIB) de muitos países. Para melhor ilustrar essa relação, de acordo com o Fundo Monetário Internacional, o PIB do Brasil, em 2023, foi de US\$ 2,13 trilhões³⁹.

É nesse contexto que envolve três vertentes: intenso desenvolvimento tecnológico; lucros estratosféricos e ameaças a direitos fundamentais que a teoria do constitucionalismo digital desponta como um desdobramento do modelo clássico de constitucionalismo adaptado ao mundo digital e de aplicabilidade global, com a fixação de estratégias para proteção dos princípios e valores constitucionais mediante a limitação do poder das plataformas online.

O autor italiano Giovanni De Gregorio considera que a disciplina propõe uma nova forma de pensar o direito constitucional, funcionando como um “escudo contra o exercício discricionário de poder pelas plataformas online no ambiente digital”⁴⁰.

³⁸ Um Zuckerberg mais humilde reconhece erros do Facebook e pede ajuda externa. Disponível em <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2018/11/15/um-zuckerberg-mais-humilde-reconhece-erros-do-facebook-e-pede-ajuda-externa.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 15 jul. 2024..

³⁹ FORBES. *20 anos de Facebook: a história da rede social que mudou o mundo*. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2024/02/20-anos-de-facebook-conheca-a-historia-da-rede-social-que-mudou-o-mundo/>. Acesso em 10 out. 2024.

⁴⁰ DE GREGORIO, Giovanni, The rise of digital constitutionalism in the European Union, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 19, Issue 1, January 2021, Pages 41–70. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moab001>. Acesso em: 12 out. 2024.

Em âmbito nacional, João Paulo Lordelo é um dos doutrinadores que se dedica ao estudo da teoria do constitucionalismo digital. O autor elucida que se trata de “conjunto de iniciativas jurídicas” que conformam “o exercício de direitos políticos, normas de governança e limitações ao exercício do poder no ambiente digital”⁴¹. O núcleo central da teoria do constitucionalismo digital é a “proteção de direitos de indivíduos contra ações de atores privados que desempenham funções públicas, ou quase públicas”. Um exemplo clássico é o exercício de moderação de conteúdos realizada pelas plataformas de redes sociais, que é o tema deste trabalho.

Para Jane Reis Gonçalves e Clara Iglesias Keller, as teorias do constitucionalismo digital se estruturam na “confluência de dois fenômenos – constitucionalismo e digitalização”⁴². As autoras entendem que ainda não há um consenso a respeito do conceito de constitucionalismo digital e advertem que há uma “desordem conceitual que compromete a integridade epistêmica do constitucionalismo digital e sua utilidade como teoria explicativa e de legitimação”. De todo modo, reconhecem que as correntes doutrinárias não são incompatíveis “com a noção clássica de constitucionalismo”.

A posição defendida pelas autoras é que o constitucionalismo digital não pode ser considerado uma nova área do conhecimento jurídico, eis que as teorias defendidas “se limitam a reconhecer o acréscimo de um novo tema na agenda do constitucionalismo tradicional”, a partir da concepção de que “o constitucionalismo é um fenômeno dinâmico voltado, historicamente, ao enfrentamento dos novos desafios e anexar novas agendas e conteúdo”. André Karam e Amanda Antonelo perfilham de posição crítica semelhante, defendendo que a expressão constitucionalismo digital contém uma incoerência gramatical: é o constitucionalismo que vem empregado para “qualificar” o digital, e não o contrário⁴³. Para eles, as celeumas decorrentes das tecnologias “não justificam o

⁴¹ LORDELO, João Paulo. Constitucionalismo digital e devido processo legal – São Paulo: Editora Juspodvim, 2022, p. 154/155.

⁴² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, n.4, v. 13, p. 2648-2689. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/5bpy8smKHgXbKqKzDWDCZQm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 jul. 2024.

⁴³ TRINDADE, André Karam; ANTONELLO, Amanda. Constitucionalismo digital: um convidado (in)esperado. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 18, n. 1, p. e4816, maio 2023. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4816>. Acesso em: 11/09/2024. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2022.v18i1.4816>.

alargamento do conceito de Constituição – nem a transposição parcial de seus elementos – além de assumir o risco de seu esvaziamento normativo”⁴⁴.

A ideia de limitação do “poder de autoridades públicas e de atores privados nas suas relações com os usuários”, contemplada na teoria do constitucionalismo digital é defendida Gilmar Mendes e Victor Fernandes⁴⁵, duas influentes vozes que defendem a aplicação da teoria em âmbito nacional. A perspectiva dos autores é a de que a teoria não se volta à alteração dos textos constitucionais, mas, no plano infraconstitucional, “os princípios e valores atribuídos ao Constitucionalismo Digital podem servir de parâmetros normativos para o controle de constitucionalidade de leis da internet”⁴⁶.

Edoardo Celeste destaca que se tratar de uma ideologia, “pensada como uma declinação do constitucionalismo moderno”, com dois objetivos definidos: a proteção dos direitos fundamentais e “equilíbrio constitucional produzido pela tecnologia digital”⁴⁷. O autor se posiciona pela criação de um conjunto estruturado de “contramedidas normativas” customizadas para situações típicas da sociedade digital contemporânea, no sentido balizar os poderes no ambiente constitucional. Conforme elucida, a literatura diverge a respeito de duas características fundamentais: se a limitação proposta seria apenas ao poder privado, ou se estenderia ao poder público.

A partir disso, propõe uma revisão bibliográfica sobre a temática do constitucionalismo digital, estabelecendo os pontos de aproximação entre as formulações teóricas.

O conceito de constitucionalismo digital, na doutrina de Brian Fitzgerald⁴⁸, leva em consideração que a sociedade da informação rompe com os conceitos tradicionais de territorialidade e centralização. Diante disso, sua proposta é pela estruturação de

⁴⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, n.4, v. 13, p. 2648-2689. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/5bpy8smKHgXbKqKzDWDCZQm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 jul. 2024.

⁴⁵ Sobre isso: MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA FERNANDES, Victor. *Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma Agenda de Pesquisa para o Caso Brasileiro*. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020.

⁴⁶ Prosseguem os autores discorrendo que: “a transformação teórica da jurisdição constitucional brasileira voltada à proteção de direitos fundamentais no ciberespaço requer (i) a redefinição da perspectiva tradicional da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e ainda (ii) a abertura do controle de constitucionalidade à compreensão do fenômeno de re-territorialização da internet pelos Estados Nacionais”.

⁴⁷ CELESTE, Edoardo. *Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital*. Tradução de Paulo Rená da Silva Santarém. Revisão de Graziela Azevedo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul./dez. 2021.

⁴⁸ FITZGERALD, Brian. *Software as Discourse? A Constitutionalism for Information Society*. *Alternative Law Property Review*, v. 24, n. 3, p. 144-149, 1999. Disponível em: <https://www5.austlii.edu.au/au/journals/AltLawJl/1999/25.html>. Acesso em 27 jul. 2024.

mecanismos de governança e autorregulação entre entes públicos e privados, disciplinados pelo direito privado, ou seja, o direito privado dos Estados exerceria o papel constitucional de limitador da autorregulação dos atores privados.

Paul Berman⁴⁹, diverge desse posicionamento. O autor reconhece o papel soberano da Constituição na orientação de todas as normas que integram o ordenamento jurídico, quer sejam provenientes de agentes públicos ou privados. Dessa forma, as plataformas digitais encontrariam um limite legal no texto constitucional, especialmente nas disposições que tratam de valores fundamentais como os direitos fundamentais e a limitação do poder.

O termo Constitucionalismo Digital foi adotado pela primeira vez por Nicolas Suzor⁵⁰ em sua tese de doutoramento, o que foi replicado pelos teóricos que o seguiram. Para o autor, são cinco os principais eixos de atenção do constitucionalismo digital: (i) consentimento significativo dos usuários com as regras da plataforma; (ii) transparência sobre os processos de tomada de decisão e fornecimento de informações sobre aplicação das suas regras (termos de uso); (iii) igualdade e previsibilidade a respeito das regras; (iv) devido processo legal, com o oferecimento de mecanismos de recurso para contestar as decisões da plataforma; e (v) respeito aos Direitos humanos dos usuários.⁵¹

Seguindo a corrente doutrinária de Brian Fitzgerald, defende que o poder dos atores privados encontra limites no texto constitucional. De outro lado, na linha adotada por Paul Berman, considera-se a autorregulação das comunidades virtuais legítima, ainda que seja unilateralmente estabelecida, sob a perspectiva de que os usuários fornecem a ela seu consentimento. Porém, deve se sujeitar aos limites do direito contratual, que desempenha um papel instrumental de assegurar os valores estabelecidos pelo Estado no exercício da regulamentação das comunidades virtuais.

⁴⁹ BERMAN, Paul Schiff. Cyberspace and the State Action Debate: the Cultural Value of Applying Constitutional Norms to “Private” Regulation. *University of Colorado Law Review*, v. 71, n. 4, p. 1263-1310, 2000 Disponível em: [Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to 'Private' Regulation](#). Acesso em 27 jul. 2024.

⁵⁰ SUZOR, Nicolas. Digital constitutionalism and the role of the rule of law in the governance of virtual communities. Tese de Doutorado (Doutorado em Filosofia - Queensland University of Technology, Brisbane, 2010). Disponível em: https://eprints.qut.edu.au/37636/1/Nicolas_Suzor_Thesis.pdf. Acesso em 27 jul. 2024.

⁵¹ SUZOR, Nicolas, Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms (September 2016). GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2016, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2909889> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909889>. Acesso em 12 out. 2024.

A evolução da teoria de Gill, Redecker e Gasser.⁵² levou ao reconhecimento que “as empresas privadas podem limitar ou contribuir para a realização dos direitos digitais percebidos”. Nessa concepção ampliada do constitucionalismo digital, os autores defendem que a limitação de poder se opera tanto para o poder público quanto para o privado. O constitucionalismo digital é considerado um instituto que se subdivide em sete categorias: direitos e garantias fundamentais; limitações ao exercício do poder; governança e participação civil dos usuários; privacidade e vigilância na internet; acesso à educação; neutralidade da rede e; direitos econômicos. A crítica a essa teoria está ancorada na limitação conceitual associada apenas ao surgimento de cartas de direitos na internet, que ainda não produziram normas específicas compartilhadas.

O modelo de negócios das redes sociais se sustenta e se desenvolve através do processamento e uso indiscriminado de dados por algoritmos para a criação de perfis. As preocupações se agravam, pois, as plataformas estabelecem os termos de uso e dos serviços, o que pode ser considerada uma função normativa, que pode restringir direitos fundamentais de liberdade, de modo prejudicial aos indivíduos. A par desses fenômenos, Gilmar Mendes e Victor Fernandes.⁵³ descrevem que:

no contexto das novas formas de autocomunicação em massa, são os próprios atores privados que definem as regras e condições de exercício de liberdades públicas. Nesse sentido, intermediários como redes sociais, ferramentas de buscas e plataformas de conteúdo têm adquirido verdadeiros poderes de adjudicação e conformação de garantias individuais relacionadas à privacidade e à liberdade de expressão, privacidade, censura, autodeterminação e acesso à informação, o que desloca o centro do *enforcement* dos direitos fundamentais da esfera pública para a esfera privada.

Assim, sob a perspectiva do Constitucionalismo Digital, justifica-se a necessidade do redimensionamento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais precisa ser “repensada a partir de uma perspectiva de institucionalização social de proteção da liberdade de expressão”.

⁵² GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to Craft an internet bill of rights. Berkman Center Research Publication, Cambridge, n. 15, v. [S.I.], p. 1-26, nov., 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120. Acesso em 27 jul. 2024.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA FERNANDES, Victor. Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma Agenda de Pesquisa para o Caso Brasileiro. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020.

Gunter Teubner.⁵⁴ elucida que “as garantias dos direitos fundamentais também podem ser eficazes contra violações por parte de “terceiros” – atores privados transnacionais”. Isto, mediante a imposição de “deveres de proteção à comunidade internacional de Estados”, no sentido de estabelecer uma vinculação dos agentes privados aos direitos fundamentais”.

Na mesma linha, Giovanni De Gregorio defende que a emergência de regimes transnacionais justifica a extensão das obrigações constitucionais a atores privados que exercem funções quase públicas, como meio para garantir a responsabilidade das plataformas online e proteger os direitos dos usuários no ambiente digital. Essa abordagem visa evitar a autoconstitucionalização de regulamentações privadas, submetendo-as aos ditames dos direitos fundamentais. O autor reconhece que há riscos na aplicação generalizada do efeito horizontal de problemas de segurança jurídica e aumento do ativismo judicial.⁵⁵

Um dos grandes dilemas da atualidade é como conformar a instituição de regras de governança às estruturas privadas, no sentido de observar a proteção aos direitos fundamentais, sem impedir a inovação. Francisco Balaguer Callejón sugere o que parece ser um caminho de conciliação entre o desenvolvimento tecnológico e as Constituições, que é o objetivo central da teoria do Constitucionalismo Digital:

É preciso fazer ver à sociedade que uma coisa é o desenvolvimento tecnológico, contra o que a constituição nunca estará, porque é um instrumento de progresso, de bem-estar e de crescimento dos direitos, e outra, muito diferente, é o interesse das grandes companhias tecnológicas que pretendem orientar e configurar este desenvolvimento unicamente em função de seus interesses econômicos. É preciso estabelecer um equilíbrio entre os interesses dessas companhias e os interesses da sociedade, os interesses públicos que a constituição representa. Através da construção de novas narrativas constitucionais, no marco da constituição do algoritmo, poderemos voltar a situá-la no centro da vida pública, como o que sempre foi: um fator civilizatório, um instrumento de progresso a serviço da humanidade.⁵⁶

⁵⁴ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: IDP/Saraiva, 2016, pg. 60.

⁵⁵ DE GREGORIO, Giovanni, *From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society* (2018). 11(2) *European Journal of Legal Studies* 2019, 65-103, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3365106>. Acesso em 12 out. 2024.

⁵⁶ Callejón, F. B., & Randazzo, A. (2024). A constituição do algoritmo - entrevista com Francisco Balaguer Callejón. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, 24(2), 349–366. <https://doi.org/10.18593/ejll.34483>. Acesso em 14 jul. 2024.

1.3.1. CONSTITUCIONALISMO GLOBAL: A DESCENTRALIZAÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL

A internet tem como uma das suas principais características a indivisibilidade, o que significa que as comunicações que trafegam por essa infraestrutura chegam a todos os países. O alcance global da internet, como tratado linhas acima, também trouxe problemas globais enfrentados com maior ou menor grau de rigidez pelas legislações nacionais. A transnacionalização dos sistemas constitucionais, como uma possível solução para problemas comuns das nações, é um aspecto inerente ao constitucionalismo digital.

Em razão do aumento progressivo das “novas interações trazidas pelos avanços tecnológicos e pela globalização”⁵⁷, orientados na teoria Habermasiana, Georges Abboud e Ricardo Campos defendem a reconstrução do Direito Constitucional, de modo a propiciar “um âmbito de reflexão interno do Direito aos processos de evolução das novas tecnologias”.

Destacam que “nenhuma democracia constitucional vive em completo isolamento, conseqüentemente, as respectivas jurisdições constitucionais também não”⁵⁸. Existem zonas de sobreposições entre Direito Constitucional Internacional e Direito Constitucional Doméstico, que despontam no processo de globalização, porém, não resultam na uniformização das legislações nacionais. As diferenças se mantêm “nos detalhes”. Os dois sistemas devem coexistir e encontrar o caminho para a harmonização.

Nessa ordem de ideias, destacam a relevância da “participação dos Tribunais Estaduais na cadeia de decisões do constitucionalismo global”, que precisam dialogar com as Cortes Constitucionais internacionais para fins de cooperação e intercâmbio de informações, o que não configura “uma tendência de atrofia dos Tribunais Constitucionais”⁵⁹. Ao contrário, o diálogo entre Tribunais enseja “a expansão de

⁵⁷ ABBOUD, Georges, CAMPOS, Ricardo. *Constitucionalismo Global* / Georges Abboud [et al.]. –1. ed. – São Paulo, SP: Editora Contracorrente, 2022, p. 12.

⁵⁸ Afirmam os autores que: “Se, no passado, a globalização crescente poderia ser vislumbrada como estertor do constitucionalismo – dado que o Direito Constitucional nasce se consolida em estreita isomorfia com a figura do Estado-nação -, fato é que o constitucionalismo se reconfigurou ao mundo cada vez mais conectado e globalizado. Tanto assim é que hoje falamos de constitucionalismo global, digital e novas interações entre os constitucionalismos nacionais, bem como o surgimento de estruturas supranacionais (União Europeia) que se regulam à luz do constitucionalismo” (ABBOD, Georges, CAMPOS, Ricardo. *Constitucionalismo Global*/Georges Abboud [et al.]. –1. ed. – São Paulo, SP: Editora Contracorrente, 2022, p. 13).

⁵⁹ Prosseguem discorrendo que: “Essa estruturação se faz necessária não apenas porque o diálogo já é uma realidade, mas também porque o diálogo é, contemporaneamente, a ferramenta fundamental para

conquistas civilizatórias para temas universalizáveis, e.g., princípios constitucionais (dignidade, legalidade, devido processo legal) e direitos fundamentais”⁶⁰.

Em diversas oportunidades, apontam os autores, o Supremo Tribunal Federal embasou suas decisões em precedentes estrangeiros. Com destaque para o midiático julgamento da Ação Penal n. 470, conhecida como “mensalão” e o HC 82424/RS que classificou como crime de racismo a publicação de conteúdo antissemita em livro.

A partir da concepção de que os mesmos direitos fundamentais são protegidos pelos Estados democráticos, a incorporação de precedentes de Cortes Constitucionais internacionais aos julgados dos Tribunais Constitucionais internos possibilita que se estabeleça uma certa estabilidade e previsibilidade por meio de um sistema coeso de parâmetros decisórios no que se refere à fatos geradores comuns de violações de direitos individuais dos usuários de plataformas de redes sociais. Indo além, sabendo-se que a jurisprudência inspira a produção legislativa consentânea com a realidade social, precedentes internacionais acabam irradiando efeitos para o ordenamento nacional, do que emerge a função constitucionalizante global dos Tribunais Internacionais. Esse parece ser o caminho natural de cumprimento da agenda do Constitucionalismo Digital.

Sobre o tema, mais uma vez, Gilmar Mendes e Victor Fernandes elucidam que o fenômeno da transnacionalização é marcado pelo “protagonismo de Cortes Internacionais e de organismos *multistakeholders* de governança”, atores que flexibilizam as fronteiras que separavam o Direito Constitucional Nacional do Direito Internacional.

A presença desses atores é a causa da “reorganização das forças de poder na internet em decorrência da atribuição de funções públicas a entidades não governamentais e a importantes atores privados”, rompendo com o modelo tradicional de Direito Constitucional das Nações, marcado pela presença de uma “autoridade central hierárquica”⁶¹.

A relevância da atuação dos tribunais constitucionais no processo de transnacionalização também é destacada pelos Autores, na medida em que há um desafio

assegurarmos a interconexão entre globalização e constitucionalismo” (ABBOUD, Georges, CAMPOS, Ricardo. *Constitucionalismo Global* / Georges ABBoud, Georges, CAMPOS, Ricardo. *Constitucionalismo Global* / Georges Abboud [et al.]. –1. ed. – São Paulo, SP: Editora Contracorrente, 2022, p. 16/20).

⁶⁰ ABBoud, Georges, CAMPOS, Ricardo. *Constitucionalismo Global* / Georges Abboud [et al.]. –1. ed. – São Paulo, SP: Editora Contracorrente, 2022, p. 26.

⁶¹ Sobre isso: MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA FERNANDES, Victor. *Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma Agenda de Pesquisa para o Caso Brasileiro*. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020.

consubstanciado na incorporação dos padrões decisórios transnacionais às suas rotinas de deliberações domésticas que versam sobre direitos fundamentais, especialmente no âmbito digital.

A propósito, seguindo a lógica do constitucionalismo global, em 17 de novembro de 2024, no julgamento do Recurso Especial n.º 2.147.711⁶², de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que os efeitos de uma decisão proferida no Brasil contra uma plataforma digital, podem se estender para outros países, determinando a indisponibilidade de conteúdo considerado ilegal. O caso envolvia a publicação compartilhamento de conteúdo falso sobre uma empresa brasileira no setor de alimentação (existência de ratos em suas dependências) em plataforma de compartilhamento de vídeo de provedor de aplicação (YouTube). O STJ considerou insuficiente a ordem de indisponibilidade restrita ao Brasil, “pois comprovado o acesso e a disponibilidade do conteúdo infrator na mesma aplicação em outros países”. Vale destaque alguns pontos da ementa do acórdão que evidenciam os eixos estruturantes da decisão:

“9. O art. 11 do MCI consolidou o desdobramento da jurisdição brasileira com caráter transfronteiriço e sem qualquer limitação geográfica sobre os provedores de aplicações, bastando que os dados sejam coletados no território nacional para atrair a aplicação do direito brasileiro, tendo o legislador pátrio expressado claramente a intenção de "impedir que provedores que atuam no País, mas que não guardem os dados e os registros em território nacional, deixem de se subordinar às determinações administrativas e judiciais relativas à sua disponibilização ou retirada". Parecer do Senado Federal no Projeto de Lei da Câmara 21/2014.

12. É irrazoável o argumento de que não cabe ao judiciário brasileiro limitar acesso de internautas estrangeiros a conteúdo considerado infrator segundo o direito pátrio, pois é política institucional global do provedor de aplicação de agir "voluntariamente em algumas decisões judiciais que não são direcionadas" ao provedor "em consideração à autoridade dos tribunais para determinar se uma parte do conteúdo é ilegal de acordo com a legislação local", atestando maior probabilidade de remoção de "links para um conteúdo considerado falso por um tribunal, inclusive em jurisdições além do mandado original". Relatório de Transparência de 2024 (<https://transparencyreport.google.com/government-removals>).

13. A ordem de indisponibilidade de conteúdo afeta interesse brasileiro e é fundamentada em normas brasileiras, sendo um mero efeito natural sua efetivação de forma transfronteiriça diante do caráter global que

⁶² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 2.147.711/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/11/2024, DJe de 26/11/2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=2147711&O=JT>. Acesso em 26 nov. 2024.

permeia a rede mundial de computadores, que é por definição um "sistema...estruturado em escala mundial" (art. 5º, I, do MCI).

14. É esse o sentido da lei brasileira quando se refere ao "âmbito" dos serviços prestados pelos provedores de aplicações (art. 19 do MCI): se o serviço é global, também poderá ser mundial o alcance da ordem judicial específica de indisponibilidade de conteúdo infrator.

15. Inexiste ofensa em tese à soberania estrangeira a efetivação de forma global de uma ordem judicial (civil) específica de indisponibilidade de conteúdo, considerado infrator segundo o direito brasileiro.

17. (Aditamento ao Voto:) A extraterritorialidade da ordem de remoção de conteúdo difamatório com efeito transfronteiriço está alinhada à regra do controle singular de publicação abusiva - diretiva internacional da ONU que orienta como boa prática de limitação adequada de conteúdo na internet a concentração da responsabilização civil no menor número de foros para evitar dupla penalização por publicação do mesmo conteúdo em diferentes jurisdições. Uma plataforma, uma ação judicial. Orientação do Relator Especial da ONU de Liberdade de Opinião e Expressão.

A teoria do Constitucionalismo Global, portanto, propõe um conjunto de regras e princípios que orientam as decisões de Tribunais Constitucionais – a partir de precedentes de Cortes Internacionais – legislações infraconstitucionais que conferem interpretação uniforme e atualizada à realidade global da era digital das próprias Constituições, estabelecendo o que tecnicamente se pode chamar de interoperabilidade.⁶³ de sistemas constitucionais, como é a própria Internet.

1.4. A ESTRATÉGIA DIGITAL NA UNIÃO EUROPEIA

Como não poderia ser diferente, a teoria do constitucionalismo digital deve ser analisada pela perspectiva Europeia. Na vanguarda, há muito tempo a União Europeia vem manifestando a preocupação com o uso de algoritmos preditivos e as violações a direitos fundamentais pelo crescente uso das tecnologias digitais.

Giovanni De Gregorio analisa o desenvolvimento da política da União Europeia em relação às tecnologias digitais, que passou de uma perspectiva liberal na regulação da internet para uma abordagem constitucional, voltada à proteção dos direitos individuais e valores democráticos. O estudo descreve três fases na política digital da UE:

⁶³ Para o Governo brasileiro: “Para que se conquiste a interoperabilidade, as pessoas devem estar engajadas num esforço contínuo para assegurar que sistemas, processos e culturas de uma organização sejam gerenciados e direcionados para maximizar oportunidades de troca e reuso de informações, interna e externamente ao governo federal”. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/acao-a-informacao/acoes-e-programas/programa-projetos-acoes-obras-atividades/geoprocessamento-1/interoperabilidade>. Acesso em 18 ago. 2024.

o liberalismo digital, o ativismo judicial⁶⁴ e o constitucionalismo digital⁶⁵. Destaca que a fragmentação e falta de atualização das legislações europeias de proteção de dados⁶⁶ acabaram favorecendo o desenvolvimento de um ambiente propício para a concentração de poder nas mãos de empresas de tecnologia, e, por via transversa, permitindo determinadas violações à direitos fundamentais. Isso levou à necessidade de uma nova abordagem constitucional para lidar com os desafios digitais.

Assim, com base na experiência histórica do tratamento do problema do uso irrestrito dos dados pessoais de forma fragmentada – que, a pretexto de proteger, acabou desprotegendo direitos fundamentais dos cidadãos europeus -, faz o prognóstico de que a UE está em vias de entrar numa nova fase, em que o modelo de proteção dos direitos humanos e valores democráticos adotado de forma pioneira dentro do Bloco Econômico se estenderá para além das fronteiras da UE, num contexto de crescente influência global das plataformas online, passando a ser regra global para o enfrentamento de problemas comuns, sem ofender a soberania digital de cada nação⁶⁷.

Apesar das dificuldades para incorporação de regras padronizadas pela União Europeia ao direito interno dos Estados-membros, o zelo pelo tema daquele continente se refletiu na elaboração de diversos atos normativos, que inspiraram outros países a

⁶⁴ O autor indica que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), por meio de decisões-chave como *Google France, L'Oréal, Scarlet, Netlog, Digital Rights Ireland, Schrems* e *Google Spain*, tem reconhecido os desafios colocados pelas plataformas online e interpretado a legislação da UE para proteger os direitos fundamentais no ambiente digital.

⁶⁵ DE GREGORIO, Giovanni, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 19, Issue 1, January 2021, Pages 41–70. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moab001>. Acesso em: 12 out. 2024.

⁶⁶ Especificamente sobre isso, descreve o autor que: “Ao contrário dos regulamentos, que são aplicáveis imediatamente no direito interno dos Estados-membros após sua entrada em vigor, as diretivas fornecem apenas o resultado a ser alcançado e não são geralmente aplicáveis sem implementação doméstica. Portanto, a margem de discricionariedade na implementação da Diretiva de Proteção de Dados no nível dos Estados-membros é outra razão para a fragmentação legal no campo da proteção de dados. Mesmo que essas considerações também possam ser estendidas à Diretiva de Comércio Eletrônico, no entanto, neste caso, o sistema jurídico heterogêneo de proteção de dados na Europa, decorrente da mistura de diferentes tradições domésticas e da margem de discricionariedade deixada pela Diretiva de Proteção de Dados aos Estados-membros, pode ser considerado um dos principais obstáculos para que a lei de proteção de dados enfrente uniformemente os desafios da sociedade da informação” (DE GREGORIO, Giovanni, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 19, Issue 1, January 2021, Pages 41–70. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moab001>. Acesso em: 12/10/2024. Tradução no original).

⁶⁷ A partir dessa constatação, apresenta uma estratégia de criação de um Mercado Único Digital (DSM) da UE visa promover um ambiente digital que beneficie os cidadãos e as empresas, ao mesmo tempo em que protege os direitos fundamentais e os valores democráticos. O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR), a Diretiva sobre Direitos Autorais no Mercado Único Digital e a proposta de Regulamento sobre Conteúdo Terrorista exemplificam essa abordagem, ao impor novas obrigações para as plataformas online (DE GREGORIO, Giovanni, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 19, Issue 1, January 2021, Pages 41–70. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moab001>. Acesso em: 12 out. 2024).

iniciarem o processo de adequação de seus ordenamentos jurídicos ao fenômeno do constitucionalismo global. A lógica dessas normas é, a um só tempo, reconhecer direitos dos usuários e estabelecer obrigações às plataformas que realizam atividades que se enquadram no conceito legal de tratamento de dados, que fundamentam o processo de tomada de decisão automatizada⁶⁸.

Não é objetivo deste trabalho fazer um resgate histórico de todas as iniciativas legislativas Europeias. Destacaremos apenas as mais recentes, que são fruto da evolução e amadurecimento do tema do Constitucionalismo Digital no Continente.

Em 2018 entrou em vigor o Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (Regulamento 2016/679), que disciplina a proteção de dados pessoais⁶⁹. O destaque são as previsões voltadas à proteção do direito à autodeterminação informacional, ao direito ao esquecimento, à portabilidade de dados. De outro lado, impõe medidas de salvaguarda, consistente em deveres das plataformas de realizarem atividades de impacto de proteção de dados e *accountability*. Nos anos seguintes, novas iniciativas foram propostas, no sentido de aperfeiçoar o arcabouço legislativo sobre o tema, com o objetivo de assegurar que a internet seja um ambiente ético e confiável.

Em 2019, a Comissão Europeia publicou um guia de princípios éticos com objetivo de promover uma IA confiável denominado *Ethics guidelines for trustworthy AI*⁷⁰, que deve conter três requisitos ao longo do ciclo de vida do sistema: cumprir todas as obrigações legais aplicáveis; atender a princípios e valores éticos e robustez tanto do ponto de vista técnico como social.

Passado um ano, foi publicado o *White Paper On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust*⁷¹, evoluindo ainda mais na proteção de direitos fundamentais. O documento a responsabilidade pela regulação de sistemas de inteligência artificial não é exclusividade do setor privado, estendendo-a ao setor público.

⁶⁸ É o que explica: LORDELO, João Paulo. Constitucionalismo digital e devido processo legal – São Paulo: Editora Juspodvim, 2022, p. 224.

⁶⁹ Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em 28 jul. 2024.

⁷⁰ Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>. Acesso em 28 jul. 2024.

⁷¹ Disponível em: https://commission.europa.eu/document/download/d2ec4039-c5be-423a-81ef-b9e44e79825b_en?filename=commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf. Acesso em 28 jul. 2024

A Resolução n. 405 – P9_TA (2021) foi aprovada pelo Parlamento Europeu em outubro de 2021, versando sobre a inteligência artificial no direito penal e a sua utilização pelas autoridades policiais e judiciárias em casos penais (2020/2016(INI)).⁷²

Recentemente (março de 2024), o Parlamento Europeu aprovou o pacote *Digital Services Act (DSA)*, *Digital Markets Act (DMA)*, para regular o funcionamento das plataformas no âmbito da UE.⁷³, além, do Artificial Intelligence Act (AIA).⁷⁴ e o Data Act (DA), que definem regras sobre o fornecimento e uso de inteligência artificial na União Europeia, umas das mais importantes leis integrantes da Estratégia Digital Europeia.

É indubitável que a Europa tem pavimentado um sólido caminho no sentido da proteção dos direitos fundamentais, que tem sido copiado pelo mundo. Como destaca João Paulo Lordelo, são duas frentes de preocupações: a primeira “é a continuidade e o aperfeiçoamento da regulação do ambiente digital”, e segunda tem foco voltado ao “desenvolvimento do constitucionalismo global capaz de harmonizar a heterogeneidade da disciplina da internet e das ferramentas de IA no mundo”.⁷⁵

1.5. O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO AMBIENTE DIGITAL NO BRASIL

De acordo com o estudo realizado pela Comscore “Tendências de Social Media 2023”, o Brasil é o terceiro país que mais consome redes sociais em todo o mundo, ficando atrás da Índia e Indonésia, e à frente de Estados Unidos, México e Argentina. A pesquisa revelou que os 131,5 milhões de usuários conectados no Brasil têm passado cada

⁷² Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405_PT.pdf. Acesso em: 28 jul. 2024

⁷³ A esse respeito: “A terminologia reflete as ambições da Comissão: embora, tecnicamente, tanto a DSA quanto a DMA sejam regulamentos conforme o significado do Artigo 288(2) do TFUE, as propostas são apresentadas como “atos” — uma expressão do desejo da Comissão de definir a estrutura central para a economia digital com impacto global” (WAGNER, Gerhard; EIFERT, Martin; METZGER, Axel; SCHWEITZER, Heike. (2021). Taming the giants: The DMA/DSA package. *Common Market Law Review*. 58. 987-1028. 10.54648/COLA2021065. DOI:10.54648/COLA2021065 Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/359561491_Taming_the_giants_The_DMADSA_package. Acesso em 12 nov. 2024).

⁷⁴ UNIÃO EUROPEIA. Lei da UE sobre IA: primeira regulamentação sobre inteligência artificial. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence>. Acesso 22 nov. 2024.

⁷⁵ LORDELO, João Paulo. Constitucionalismo digital e devido processo legal – São Paulo: Editora Juspodvim, 2022, p. 230.

vez mais tempo na internet, somando 356 bilhões de minutos, o que equivale a 46 horas de conexão por usuário no mês em plataformas digitais.⁷⁶

De acordo com a entidade representante do setor de telecomunicações e de conectividade, a Conexis Brasil Digital, as *big techs* são responsáveis por mais de 82% do tráfego total na infraestrutura das redes das Operadoras de internet⁷⁷.

Com esses números superlativos, o Brasil também precisou construir a sua história alinhada aos princípios inerentes ao constitucionalismo digital, que inspiraram leis e decisões judiciais, voltadas à proteção de direitos na internet.

Em 2014, entrou em vigor o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), que disciplina regras para utilização do ciberespaço, pode ser considerado uma manifestação do constitucionalismo digital positivado, pois “incorpora diversos elementos da crescente literatura”⁷⁸ a respeito do tema. O MCI “contemplou cláusulas gerais e princípios de conformação de direitos individuais no ciberespaço que servem de baliza hermenêutica para o judiciário”. Cita-se, por exemplo, o disposto no art. 3º, inciso I, que protege a liberdade de expressão como manifestação do pensamento.⁷⁹; inciso II que já positivou a proteção da privacidade⁸⁰; inciso VII que protege a natureza participativa da rede⁸¹. O diploma inovou ao positivizar o importantíssimo princípio de governança da internet, que determina a “preservação e garantia da neutralidade de rede”⁸², por meio do art.3º, inciso

⁷⁶ FORBES. Brasil é o terceiro maior consumidor de redes sociais em todo o mundo. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/03/brasil-e-o-terceiro-pais-que-mais-consome-redes-sociais-em-todo-o-mundo/>. Acesso em 12 nov. 2024.

⁷⁷ AGÊNCIA BRASIL. Taxa para uso da infraestrutura de operadoras divide teles e big techs. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2023-12/taxa-para-uso-da-infraestrutura-de-operadoras-divide-teles-e-big-techs>. Acesso em 12 nov. 2024.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA FERNANDES, Victor. Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma Agenda de Pesquisa para o Caso Brasileiro. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020.

⁷⁹ “Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal”.

⁸⁰ “II - proteção da privacidade”.

⁸¹ “VII - preservação da natureza participativa da rede”.

⁸² O Comitê Gestor da Internet (CGI) editou a Resolução CGI.br/RES/2009/003/P, que estabelece princípios para a governança e uso da internet no Brasil, definindo a respeito da neutralidade que “Filtragem ou privilégios de tráfego devem respeitar apenas critérios técnicos e éticos, não sendo admissíveis motivos políticos, comerciais, religiosos, culturais, ou qualquer outra forma de discriminação ou favorecimento”. (Disponível em: <https://cgi.br/resolucoes/documento/2009/003/#:~:text=O%20uso%20da%20Internet%20deve,uma%20so cidade%20justa%20e%20democr%C3%A1tica>. Acesso em: 1º set. 2024).

IV, e art. 9º⁸³. Outro importante tema contemplado no MCI é a preservação da autodeterminação informativa, nos artigos 8º⁸⁴ e 10º⁸⁵.

Em resumo, como descreve Guilherme Guimarães Martins, “o Marco Civil enuncia como tríplice vertente a preservação da neutralidade da Rede, a privacidade e a liberdade de expressão”⁸⁶.

O art. 19⁸⁷ prevê a responsabilidade dos intermediários por conteúdos publicados por terceiros e tem como objetivo primordial a defesa da liberdade de expressão. O atual estágio dos debates a respeito da constitucionalidade deste dispositivo específico será abordado separadamente no terceiro capítulo.

Seguindo a linha do tempo, no ano de 2018, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei n.º 13.709/2018)⁸⁸, que disciplina sobre o tratamento responsável de dados pessoais de terceiros, com a finalidade de “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”⁸⁹. Seguindo uma nova tendência legislativa global de prevenção – rompendo, de certo modo, com a cultura da reparação a LGPD contempla deveres prévios de mitigação de riscos.

Também em 2018, no âmbito da Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial – EBIA, o Governo Federal, por meio do Ministério das Comunicações, adotou

⁸³ “Art. 9º. o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”.

⁸⁴ “A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet”.

⁸⁵ “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”.

⁸⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães. Vulnerabilidade e responsabilidade civil na internet: a inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil. Revista de Direito do Consumidor. vol. 137. ano 30. p. 33-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2021. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a8989420000191d3a61a20894c8522&docguid=Ib998b5f0226f11ec861bae90dcc97b3c&hitguid=Ib998b5f0226f11ec861bae90dcc97b3c&spos=2&epos=2&td=879&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 08 set. 2024.

⁸⁷ “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”.

⁸⁸ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em 27 jul. 2024.

⁸⁹ LORDELO, João Paulo. Constitucionalismo digital e devido processo legal – São Paulo: Editora Juspodvim, 2022, p. 234.

diversas iniciativas para o direcionamento do desenvolvimento ético dos sistemas de IA: (i) Decreto nº 9.319/2018, que “Institui o Sistema Nacional para a Transformação Digital e estabelece a estrutura de governança para a implantação da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital”⁹⁰; (ii) Portaria MCTIC nº 1.556/2018, que aprovou a Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital)⁹¹; (iii) Portaria MCTI n.º 4.617/2021, que “Institui a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial e seus eixos temáticos.⁹²”; e (iv) Portaria MCTI nº 6.543, de 16.11.2022, que aprovou a Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital) para o ciclo 2022-2026.⁹³

Em continuidade, a Emenda Constitucional 115, de 10 de fevereiro de 2022 acrescentou o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, preconizando que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”⁹⁴. Em que pese o reconhecimento anterior pelo Supremo Tribunal Federal da proteção de dados como um direito fundamental implícito, a positivação formal no texto constitucional, pelo princípio da hierarquia das leis assume especial relevância, pois qualifica o tema a um *status* de superioridade em relação às demais leis que integram o ordenamento jurídico e vincula o legislador infraconstitucional.

A Emenda Constitucional 115⁹⁵ reflete o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da temática da privacidade e proteção de dados. As iniciativas do constitucionalismo digital orientaram o julgamento de cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.387), propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB (ADI 6387), pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB (ADI 6388), pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB (ADI 6389), pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL (ADI 6390) e pelo Partido Comunista do Brasil (ADI 6393), considerado um marco histórico para o direito

⁹⁰ SENADO FEDERAL. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/26379635#:~:text=Institui%20o%20Sistema%20Nacional%20para,Brasileira%20para%20a%20Transfor ma%C3%A7%C3%A3o%20Digital.&text=EXECUTIVO%20%2C%20ORGANIZA%C3%87%C3%83 O%20ADMINISTRATIVA%20%2C%20POLITICA%20TECNOLOGICA%20>. Acesso em: 07 set. 2024.

⁹¹ BRASIL. Disponível em: https://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/legislacao/portarias/Portaria_MCTIC_n_1556_de_21032018.html. Acesso em 07 set. 2024.

⁹² BRASIL. Disponível em: https://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/legislacao/portarias/Portaria_MCTI_n_4617_de_06042021.html. Acesso em 07 set. 2024.

⁹³ BRASIL. Disponível em: https://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/legislacao/portarias/Portaria_MCT_n_6543_de_16112022.html. Acesso em: 07 set. 2024.

⁹⁴ Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~: text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de %20dados%20pessoais](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de %20dados%20pessoais). Acesso em 21 jul. 2024.

⁹⁵ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~: text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de %20dados%20pessoais. Acesso em 27 jul. 2024.

fundamental à privacidade no Brasil. O Plenário do STF, por maioria de votos, confirmou a liminar concedida pela relatora, Ministra Rosa Weber, no sentido de suspender a eficácia da Medida Provisória 954/2020, que prevê o compartilhamento de dados de usuários por prestadoras de serviços de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para dar suporte à produção estatística oficial durante a pandemia da COVID-19.⁹⁶

⁹⁶ Eis a ementa do acórdão em referência: “MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO. 1. Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. 2. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais não observam os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados. 3. O Regulamento Sanitário Internacional (RSI 2005) adotado no âmbito da Organização Mundial de Saúde exige, quando essencial o tratamento de dados pessoais para a avaliação e o manejo de um risco para a saúde pública, a garantia de que os dados pessoais manipulados sejam “adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito” e “conservados apenas pelo tempo necessário.” (artigo 45, § 2º, alíneas “b” e “d”). 4. Consideradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, não emerge da Medida Provisória nº 954/2020, nos moldes em que editada, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia. 5. Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP nº 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. 6. Ao não apresentar mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger, de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na transmissão, seja no tratamento, o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados pessoais compartilhados, a MP nº 954/2020 descumpra as exigências que exsurgem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros. 7. Mostra-se excessiva a conservação de dados pessoais coletados, pelo ente público, por trinta dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública, tempo manifestamente excedente ao estritamente necessário para o atendimento da sua finalidade declarada. 8. Agrava a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados a circunstância de que, embora aprovada, ainda não vigora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais. O fragilizado ambiente protetivo impõe cuidadoso escrutínio sobre medidas como a implementada na MP nº 954/2020. 9. O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição. 10. Fumus boni juris e periculum in mora demonstrados. Deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel. 11. Medida cautelar referendada”. (ADI 6387 MC-Ref, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 07-05-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020).

Essa foi a primeira oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados e à autodeterminação informacional.

No ano de 2020, o Partido Socialista Brasileiro – PSB propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 695⁹⁷, por meio da qual impugnou o Decreto 10.046/2019, que permitiu o autorizou o compartilhamento dos dados pessoais de aproximadamente 76 milhões entre o Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO) e a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN).

A tese defendida pela pelo PSB foi a de que “a transferência massiva e indiscriminada dos dados pessoais de todos os portadores de CNH no país para a Agência Brasileira de Inteligência” desatenderia aos preceitos da Lei Geral de Proteção de Dados e à autodeterminação informativa, sob o fundamento de que “está sendo operacionalizada sem transparência e à revelia dos titulares dos dados” e que após a coleta haveria violação ao princípio da finalidade, pois “aqueles dados pessoais foram inicialmente coletados, destinando-os a um órgão e a um propósito inteiramente incompatíveis com a finalidade original”.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que é possível o compartilhamento de dados, desde que observados requisitos de necessidade, finalidade, razoabilidade previstos na Lei Geral de Proteção de Dados e desde que limitados ao mínimo necessário⁹⁸. Como se depreende do acórdão, a solução passava pela “interpretação do

⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 695. Relator Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, DJE publicado em 19/06/2023.

⁹⁸ Por maioria de votos o STF conheceu a ação direta e a arguição de descumprimento de preceito fundamental e, por maioria de votos, julgou parcialmente procedentes os pedidos para conferir “interpretação conforme ao Decreto 10.046/2019, traduzida nos seguintes termos: 1. O compartilhamento de dados pessoais entre órgãos e entidades da Administração Pública, pressupõe: a) eleição de propósitos legítimos, específicos e Explícitos para o tratamento de dados (art. 6º, inciso I, da Lei 13.709/2018); b) compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas (art. 6º, inciso II); c) limitação do compartilhamento ao mínimo necessário para o atendimento da finalidade informada (art. 6º, inciso III); bem como o cumprimento integral dos requisitos, garantias e procedimentos estabelecidos na Lei Geral de Proteção de Dados, no que for compatível com o setor público. 2. O compartilhamento de dados pessoais entre órgãos públicos pressupõe rigorosa observância do art. 23, inciso I, da Lei 13.709/2018, que determina seja dada a devida publicidade às hipóteses em que cada entidade governamental compartilha ou tem acesso a banco de dados pessoais, “fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos”. 3. O acesso de órgãos e entidades governamentais ao Cadastro Base do Cidadão fica condicionado ao atendimento integral das diretrizes acima arroladas, cabendo ao Comitê Central de Governança de Dados, no Exercício das competências aludidas no art. 21, incisos VI, VII e VIII, do Decreto 10.046/2019: 3.1. prever mecanismos rigorosos de controle de acesso ao Cadastro Base do Cidadão, o qual será limitado a órgãos e entidades que comprovarem real necessidade de acesso aos dados pessoais nele reunidos. Nesse sentido, a permissão de acesso somente poderá ser concedida para o alcance de propósitos legítimos, específicos e explícitos, sendo limitada a informações que sejam indispensáveis ao atendimento do interesse público, nos termos do art. 7º, inciso III, e art. 23,

Decreto 10.046/2019 que o coloque em conformidade com a Constituição Federal” a partir da “constante atualização da dos direitos fundamentais”. Nesse sentido, citam-se alguns trechos do voto-condutor do relator, Ministro Gilmar Mendes:

“A discussão travada nestes autos testa as possibilidades e os limites da proteção constitucional do direito à privacidade (art. 5º, inciso X, da CF), vis-à-vis os riscos desencadeados pelo constante avanço tecnológico que caracteriza a nossa sociedade da informação.

Na era digital, as novas tecnologias de comunicação se tornaram condição necessária para a realização de direitos básicos – como se faz evidente no campo da liberdade de expressão, de manifestação política e de liberdade religiosa. Contudo, verifica-se que esses mesmos avanços tecnológicos suscitam riscos generalizados de violação de direitos fundamentais básicos.

(...)

O direito fundamental à igualdade – enquanto núcleo de qualquer ordem constitucional – é submetido a graves riscos diante da evolução tecnológica. O crescimento exponencial das atividades de coleta, tratamento e análise de dados pessoais possibilita que governos e empresas utilizem algoritmos e ferramentas de *data analytics*, promovendo classificações e estereotipagens discriminatórias de grupos sociais na tomada de decisões estratégicas para a vida social, como a alocação de oportunidades de acesso a emprego, negócios e outros bens sociais. Essas decisões são claramente passíveis de interferência por vieses e inconsistências que naturalmente marcam as análises estatísticas que os algoritmos desempenham”.

Nesse paradigmático julgamento, o STF reconheceu a necessidade da constitucionalização da proteção de dados em um contexto tecnológico de riscos reais

caput e inciso I, da Lei 13.709/2018; 3.2. justificar de maneira formal, prévia e minudentemente, à luz dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e dos princípios gerais de proteção da LGPD, tanto a necessidade de inclusão de novos dados pessoais na base integradora (art. 21, inciso VII) como a escolha das bases temáticas que comporão o Cadastro Base do Cidadão (art. 21, inciso VIII). 3.3. instituir medidas de segurança compatíveis com os princípios de proteção da LGPD, em especial a criação de sistema eletrônico de registro de acesso, para efeito de responsabilização em caso de abuso. 4. O compartilhamento de informações pessoais em atividades de inteligência observará o disposto em legislação específica e os parâmetros fixados no julgamento da ADI 6.529, Rel. Min. Cármen Lúcia, quais sejam: (i) adoção de medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; (ii) instauração de procedimento administrativo formal, acompanhado de prévia e exaustiva motivação, para permitir o controle de legalidade pelo Poder Judiciário; (iii) utilização de sistemas eletrônicos de segurança e de registro de acesso, inclusive para efeito de responsabilização em caso de abuso; e (iv) observância dos princípios gerais de proteção e dos direitos do titular previstos na LGPD, no que for compatível com o exercício dessa função estatal. 5. O tratamento de dados pessoais promovido por órgãos públicos ao arripio dos parâmetros legais e constitucionais importará a responsabilidade civil do Estado pelos danos suportados pelos particulares, na forma dos arts. 42 e seguintes da Lei 13.709/2018, associada ao exercício do direito de regresso contra os servidores e agentes políticos responsáveis pelo ato ilícito, em caso de culpa ou dolo. 6. A transgressão dolosa ao dever de publicidade estabelecido no art. 23, inciso I, da LGPD, fora das hipóteses constitucionais de sigilo, importará a responsabilização do agente estatal por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, inciso IV, da Lei 8.429/1992, sem prejuízo da aplicação das sanções disciplinares previstas nos estatutos dos servidores públicos federais, municipais e estaduais”.

para a privacidade diante das possibilidades de coleta e tratamento de dados para fins diversos.

O caminho em direção a um ambiente digital ético é longo, ainda há muito que ser feito. É disso que tratam as diversas iniciativas em andamento, voltadas à regulação dos provedores de aplicação. Para fazer frente aos novos desafios regulatórios, desde 2019 algumas propostas legislativas de regulação do ciberespaço foram recepcionadas pelo Congresso Nacional, por exemplo: (i) PL 5051/2019⁹⁹; (ii) PL 21/2020¹⁰⁰; (iii) PL 872/2021¹⁰¹; (iv) PL 2.630/2020¹⁰² e (v) PL 2.338/2023¹⁰³.

2. DEVIDO PROCESSO TECNOLÓGICO: DIREITO À TRANSPARÊNCIA E À PARTICIPAÇÃO DAS PARTES INTERESSADAS NO PROCESSO DECISÓRIO

O debate envolvendo a conformação dos direitos fundamentais no controle privado do conteúdo veiculado pelos usuários das plataformas de redes sociais vem ganhando destaque na mesma medida em que a vida se expande para o mundo digital.

O exercício de moderação de conteúdo de terceiros é um mecanismo de controle de descumprimentos aos termos de uso e regras da comunidade. Trata-se tecnicamente de uma decisão que soluciona conflitos no âmbito das redes sociais e produz efeitos na esfera de direitos dos usuários em maior, ou menor grau, a depender da situação concreta. Precisamente por isso, deve observar alguns ritos processuais prescritos em Lei. Nesse contexto, a aferição de eventual dissociação entre a metodologia adotada para o exercício da moderação de conteúdo e banimento de usuários de redes sociais e os direitos e liberdades estabelecidos em lei precisa ser realizada a partir dos princípios constitucionais a que aludem o art. 5º da CR.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, os princípios constitucionais fundamentais “expressam as decisões políticas mais importantes – Estado democrático

⁹⁹ SENADO FEDERAL. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>. Acesso em: 07/09/2024.

¹⁰⁰ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 21, de 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151547>. Acesso em 08 dez. 2024.

¹⁰¹ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 872, de 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/147434>. Acesso em 08 dez. 2024.

¹⁰² CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 2630/2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2256735&fichaAmigavel=nao>. Acesso em 08 dez. 2024.

¹⁰³ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 2338, de 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em 08 dez. 2024.

de direito, dignidade da pessoa humana - e são os de maior grau de abstração”¹⁰⁴. O autor destaca que o efeito produzido pelo descumprimento de uma norma jurídica é equivalente “à não produção dos efeitos a que se destina, ensejando sanção judicial”.

Longe de pretender realizar alguma análise dogmática que ainda não tenha sido feita a respeito dos princípios constitucionais gerais, este capítulo examinará o princípio do devido processo legal, que alicerça o sistema processual brasileiro e confere efetividade aos direitos fundamentais¹⁰⁵.

Em primeiro lugar, será objeto de análise o conceito do princípio do devido processo legal, que congrega diversas garantias processuais de salvaguarda ao indivíduo frente às ações estatais. Em determinadas situações, em que há desequilíbrio de poderes entre particulares, admite-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações privadas. Em adição, frente aos novos desafios jurídicos estruturais decorrentes do desenvolvimento e uso da IA, será analisado conceito do devido processo tecnológico, que busca uma adaptação do conceito tradicional da cláusula do devido processo legal dentro do contexto de decisões automatizadas, ou seja, sem a participação humana.

Compreendido o seu sentido e alcance e como um desdobramento do próprio princípio do devido processo legal, passa-se à fixação do conteúdo da garantia do contraditório e ampla defesa.

2.1. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DEVIDO PROCESSO LEGAL

Previsto no art. 5º, LIV da Constituição, o princípio do devido processo legal se enquadra no conceito legal de garantia¹⁰⁶ de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

De acordo com João Paulo Lordelo, trata-se do “conjunto de três palavras” com significativa representação de “pensar politicamente e juridicamente”¹⁰⁷. A cláusula do devido processo legal tem função instrumental de limitação ao exercício de poder

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 341/342.

¹⁰⁵ ABOUD, Georges. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 342.

¹⁰⁶ Como ensina J.J. Canotilho: “Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção de direitos. As garantias traduziam-se querer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (...)”. (Canotilho, J.J. Direito Constitucional e teoria da constituição – 7ª ed. 14 reimp. Coimbra: Almedina, 2003, pg 396).

¹⁰⁷ LORDELO, João Paulo. Constitucionalismo digital e devido processo legal – São Paulo: Editora Juspodvim, 2022, p. 28.

Estatual de interferência na esfera de direitos dos particulares. Nela se materializa a ideia de resistência¹⁰⁸, de segurança e previsibilidade, características típicas dos sistemas republicanos e democráticos “dos quais são extraídos os princípios pelos quais as instituições governamentais devem atuar e os procedimentos pelos quais esses princípios são operados”¹⁰⁹.

A compreensão do sentido e alcance do instituto passa por um breve - e necessário - esboço histórico. A origem do *due process of law* remonta à Grécia antiga. Porém, foi na idade média que a cláusula do devido processo legal teve o seu “marco textual fundamental” na Magna Carta de 1215 (Capítulos 39 e 40), de João Sem-Terra, quando o rei foi compelido a negociar barões revoltados, apesar de a sua consolidação ocorrer alguns séculos depois junto com a *rule of law* inglesa¹¹⁰. O instituto visava à proteção da sociedade inglesa contra os poderes arbitrários do Estado absolutista. Nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier, “O art. 39 da Magna Carta (LGL\1988\3) consagrou o direito de cada cidadão inglês, de ser submetido aos procedimentos de um justo processo, decorrente de previsão legal”¹¹¹.

Da mesma forma, o princípio do devido processo legal foi adotado no sistema norte-americano como medida de contenção de arbitrariedades estatais. A garantia ganhou robustez conceitual a partir da incorporação à Constituição norte-americana (*due process of law*), por meio das Emendas nºs V (1791) e XIV (1869)¹¹², exigindo-se o devido processo legal para todo e qualquer ato Estatal limitativo de direitos como a vida, liberdade e propriedade. Como elucida Gilmar Ferreira Mendes, no contexto norte-

¹⁰⁸ Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/95/edicao-1/principio-do-devido-processo-legal-no-processo-administrativo>. Acesso em 30 jun. 2024.

¹⁰⁹ LORDELO, João Paulo. Constitucionalismo digital e devido processo legal – São Paulo: Editora Juspodvim, 2022, p. 30.

¹¹⁰ LORDELO, João Paulo. Constitucionalismo digital e devido processo legal – São Paulo: Editora Juspodvim, 2022, p. 31-35.

¹¹¹ Wambier, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. Revista de Processo | vol. 63/1991 | p. 54 - 63 | Jul - Set / 1991. Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 181 | Out / 2011 DTR\1991\125. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a8981d7000001923df42054a753cb2a&docguid=I50b2dce0f25711dfab6f010000000000&hitguid=I50b2dce0f25711dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=2&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 24 set. 2024.

¹¹² “All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. (Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992?lang=en. Acesso em 09 jun. 2024.)

americano, a evolução da interpretação do sentido e alcance do devido processo legal consolidou o seu caráter dúplice, com uma dimensão processual e outra material¹¹³.

Ao longo dos séculos, naturalmente, o conceito do princípio do devido processo legal evoluiu e se adequou às realidades sociais de cada momento. Foi incorporado às Constituições de diversas nações democráticas. Assim, nas palavras de Gilmar Mendes, a concepção original “acabou sendo incorporada ao conjunto de axiomas fundamentais do constitucionalismo contemporâneo”¹¹⁴.

Kate Crawford e Jason Schultz destacam o papel histórico do devido processo legal como instrumento de separação de poderes, que se transmuta em garantia ao cidadão, na medida em que “garante que aqueles que criam leis gerais sejam mantidos separados tanto daqueles que são chamados a aplicá-las em circunstâncias específicas quanto daqueles que julgam se esses casos têm mérito”. Defendem que, independentemente da edição de leis que repercutem na esfera de direitos dos cidadãos (tais como liberdade e propriedade), “sua aplicação requer um processo justo supervisionado por um árbitro neutro”¹¹⁵.

No Brasil, desde 1934, a noção do princípio do devido processo já inspirava as Constituições. Ainda que não previsto textualmente nas Constituições, a garantia era implícita por meio por meio dos dispositivos que disciplinavam o direito à ampla defesa, ao contraditório, à isonomia, além de outros que estruturavam o conceito do *due process*.

Foi somente na CR de 1988 que o princípio do devido processo legal passou a constar expressamente no texto constitucional. Isso aconteceu em um momento histórico muito específico: a transição do regime ditatorial para a fase democrática. O espírito do constituinte, como não poderia deixar de ser, era de impedir a repetição de abusos do Estado, caraterísticos da fase anterior, “contra a liberdade dos indivíduos,

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil / J.J. Gomes Canotilho... [et al.]; outros coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Streck e Gilmar Ferreira Mendes. – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 460.

¹¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil / J.J. Gomes Canotilho... [et al.]; outros coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Streck e Gilmar Ferreira Mendes. – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 461.

¹¹⁵ CRAWFORD, Kate and SCHULTZ, Jason, Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms (October 1, 2013). Boston College Law Review, Vol. 55, No. 93, 2014, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-64, NYU Law and Economics Research Paper No. 13-36, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2325784>. Acesso em 06 out. 2024. Traduzido no original.

muitas vezes sem a observância do processo definido legalmente”¹¹⁶. Luiz Rodrigues Wambier explica que:

“(…) o princípio do devido processo legal, depois de inserido no texto constitucional, de, mandamento garantidor do acesso do cidadão às decisões do sistema judiciário, mediante normas processuais adremente estabelecidas ao nível da elaboração legislativa, e do qual decorrem alguns postulados básicos para o sistema democrático, tais como o do julgamento por um juiz natural, o da instrução contraditória com amplitude de defesa, o da assistência judiciária aos necessitados, isto é, que pretendam a decisão judicial, mas não disponham de meios ,para custear a ativação do sistema judiciário, dentre tantos outros, de igual relevância. Todos juntos, possibilitam a existência de um sistema processual, de origem constitucional, em que todos os esforços são desenvolvidos no sentido de se oferecer ao cidadão, um meio eficaz e seguro de busca de soluções para os conflitos de interesse, individuais ou coletivos, em que esteja envolvido”¹¹⁷.

Pelo princípio da supremacia constitucional, a Constituição ostenta uma posição de hierarquia superior às demais leis e atos normativos dentro da estruturação do ordenamento jurídico. Isso significa que todas as leis e atos normativos devem se conciliar com o texto constitucional. Mais que isso, como informa Luís Roberto Barroso, “Como consequência do princípio da supremacia constitucional, nenhuma lei ou ato normativo – a rigor, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se for incompatível com a Constituição”¹¹⁸.

A classificação por grau de subordinação é essencial para a garantia do controle de constitucionalidade das normas, ou para a resolução de conflitos que possam surgir eventualmente entre elas.¹¹⁹ Por isso, forma orgânica, todos os ramos do direito devem guardar congruência com os seus ditames. Indo além, como acentua Paulo

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil / J.J. Gomes Canotilho... [et al.]; outros coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Streck e Gilmar Ferreira Mendes. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 461.

¹¹⁷ Wambier, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. Revista de Processo | vol. 63/1991 | p. 54 - 63 | Jul - Set / 1991. Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 181 | Out / 2011 DTR\1991\125. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a8981d700001923df42054a753cb2a&docguid=I50b2dce0f25711dfab6f01000000000&hitguid=I50b2dce0f25711dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=2&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 24 set. 2024.

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Comentários à Constituição do Brasil / J.J. Gomes Canotilho... [et al.]; outros coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Streck e Gilmar Ferreira Mendes. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 92.

¹¹⁹ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-conheca-a-hierarquia-das-leis-brasileiras/>. Acesso em 13 jun. 2024.

Bonavides, os diversos princípios constitucionais subordinam os dois ramos do processo – civil e penal – ao Direito Constitucional¹²⁰.

No direito processual brasileiro, ramo de interesse neste estudo, o princípio do devido processo, norma constitucional que congrega a ideia de limitação do poder estatal legal, exerce a função de coluna estrutural. É tão evidente o cunho processual da cláusula do devido processo legal que o Código de Processo Civil de 2015 dedicou o seu primeiro capítulo às normas fundamentais do processo civil, com disposições que consolidam no texto infraconstitucional algumas das garantias orientadas pela noção do devido processo legal.

O devido processo legal se concretizou como um postulado de outras garantias fundamentais, ostentando a posição de princípio estruturante para os outros princípios constitucionais. A esse respeito, Nelson Nery Junior, explana que “É por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécie¹²¹”. A abrangência de devido processo, foi muito bem explicada pelo Autor:

“O devido processo (processo justo) pressupõe a incidência da isonomia; do contraditório; do direito à prova; da igualdade de armas; da motivação das decisões administrativas e judiciais; do direito ao silêncio; do direito de não produzir provas contra si mesmo e de não se autoincriminar; do direito de estar presente em todos os atos do processo e fisicamente nas audiências; do direito de comunicar-se em sua própria língua e nos atos do processo; da presunção de inocência; do direito de duplo grau de jurisdição no processo penal; do direito à publicidade dos atos processuais; do direito à duração razoável do processo; do direito ao julgador administrativo e ao acusador e juíza natural; do direito a juiz e tribunal independentes e imparciais; do direito de ser comunicado previamente dos atos do juízo, inclusive sobre as questões que o juiz deva decidir *ex officio*, entre outras derivados do *procedural due process of law*”.

A cláusula do devido processo legal, portanto, possui duas importantes dimensões. A uma só vez, protege direitos e garantias fundamentais contra abusos, excessos e arbitrariedades pelo Poder Público (dimensão material) e vincula o Estado à

¹²⁰ Prossegue o autor destacando que: “(...) com a “publicização” do processo, por obra de novas correntes doutrinárias no Direito Processual contemporâneo, os laços do Direito Constitucional com o Direito Processual se fizeram tão íntimos e apertados que dessa união parece resultar uma nova disciplina em gestação: o Direito Processual Constitucional” (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional – 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 48).

¹²¹ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal – 13 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 110 e 123.

instauração de um processo previamente posto para a prática de atos restritivos de direitos e liberdades (dimensão processual).

Processo, como descrevem Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, “é uma técnica para solução imperativa de conflitos, criada a partir da experiência dos que operam nos juízos e tribunais”¹²². Para os autores, os institutos de direito processual devem tomar como “superiores premissas” os princípios positivados na Constituição.

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini descrevem que devido processo legal contempla a ideia de previsibilidade, na medida em que “significa o processo cujo procedimento e cujas consequências tenham sido previstas em lei”¹²³. De acordo com os autores, a concepção de processo não é exclusiva ao contexto da jurisdição. Nos ordenamentos jurídicos modernos “há uma verdadeira processualização das demais atividades estatais, permitindo-se, cada vez mais, que os cidadãos participem do procedimento de produção dos atos públicos”¹²⁴. Os autores explicam que a expressão direito processual é mais adequada aos tempos atuais, pois, contempla “instrumentos não estatais de solução de conflitos que também se desenvolvem por meio de processos, mas não integram a jurisdição estatal, ainda que com ela se relacionem (arbitragem, mediação...)”¹²⁵.

Isso significa que devido processo não é simplesmente aquele que segue o roteiro de atos coordenados previstos no diploma processual. É necessário que seja,

¹²² Dinamarco, Cândido Rangel; Lopes, Bruno Vasconcelos. Teoria Geral do novo processo civil - 2ª ed. - São Paulo: Malheiros, 2017, p. 15.

¹²³ Prosseguem os autores descrevendo que, para além dessa primeira dimensão da cláusula do devido processo legal há outras duas: “Numa segunda dimensão, trata-se da exigência de que a atuação jurisdicional esteja em sintonia com os valores constitucionais processuais e substanciais. Por fim, há uma terceira e fundamental acepção: o princípio do *due process of law* impõe a configuração normativa e a realização prática de um processo razoável à luz dos direitos e garantias fundamentais. Não são admitidas soluções caprichosas, desarrazoadas, ainda que aparentemente amparadas em texto legal. Devem sempre ser ponderados os valores constitucionais envolvidos, de modo a se adotar a solução que se revele a mais consentânea possível com a ordem constitucional. Nesse sentido, a garantia do devido processo tem íntima relação com o critério da proporcionalidade” (Wambier, Luiz Rodrigues e Talamini, Eduardo. Curso avançado de processo civil volume 1: Teoria geral do processo – 9. ed. em e-book baseada na 20. ed. impressa- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-3.11)”.
¹²⁴ Wambier, Luiz Rodrigues e Talamini, Eduardo. Curso avançado de processo civil volume 1: Teoria geral do processo – 9. ed. em e-book baseada na 20. ed. impressa- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-1.3.

¹²⁵ Wambier, Luiz Rodrigues e Talamini, Eduardo. Curso avançado de processo civil volume 1: Teoria geral do processo – 9. ed. em e-book baseada na 20. ed. impressa- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-1.3.

também, justo e adequado.¹²⁶ No mesmo sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se orientou no sentido de que “as restrições às liberdades individuais pelo poder punitivo do Estado devem ocorrer somente na medida do necessário para o atingimento da finalidade almejada”.¹²⁷

O tema já foi muitas vezes debatido no âmbito do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do HC 94.016, de relatoria do Ministro Celso de Mello, destacaram-se as diversas vertentes do devido processo legal:

O exame da cláusula referente ao "due process of law" permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. (HC 94016, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16-09-2008, DJe-038 DIVULG 26-02-2009 PUBLIC 27-02-2009 EMENT VOL-02350-02 PP-00266 RTJ VOL-00209-02 PP-00702).

¹²⁶ A esse respeito, mais uma vez quem elucida é Gilmar Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil / J.J. Gomes Canotilho... [et al.]; outros coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Streck e Gilmar Ferreira Mendes. – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 461).

¹²⁷ “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA PARA DETERMINAR A SOLTURA DO PACIENTE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 2. A cláusula do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF) orienta que as restrições às liberdades individuais pelo poder punitivo do Estado devem ocorrer somente na medida do necessário para o atingimento da finalidade almejada. Nesse sentido, a prisão preventiva é medida de ultima ratio, a ser aplicada somente quando as medidas cautelares dela diversas revelarem-se concretamente inadequadas (art. 282, § 6º, CPP). 3. A mera alusão à gravidade abstrata do delito e à quantidade da droga apreendida não é suficiente para demonstrar a periculosidade do agente e, conseqüentemente, não importa em risco à ordem pública que justifique a segregação cautelar. 4. Agravo regimental desprovido.” (HC 199779 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 27-03-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 26-04-2023 PUBLIC 27-04-2023).

2.1.1. As dimensões do devido processo: procedimental (*procedural due process*) e substantiva (*substantive due process*)

A leitura apressada do art. 5º, LIV da Constituição pode levar à equivocada consideração de que o instituto poderia ser concebido sob a perspectiva exclusivamente processual. No entanto, a partir da experiência do direito norte-americano, a garantia do devido processo legal se divide em duas dimensões: processual (*procedural due process*) e material, ou substantiva (*substantive due process*).

O que se entende atualmente como devido processo legal no âmbito material, ou substantivo, é um típico exemplo de interpretação legal que acompanha a evolução jurisprudencial, seara que melhor absorve as tendências e novas necessidades sociais. Nas palavras de Fredie Didier Jr, “devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas”¹²⁸. Nessa ordem de ideias, pela vertente substantiva, a cláusula do devido processo legal contempla em seu núcleo existencial as garantias da razoabilidade e proporcionalidade na ação estatal¹²⁹.

A construção teórica teve ser marco inicial nos EUA, no histórico julgamento *Lochner v. New York*, realizado no ano de 1905¹³⁰. No caso, fora examinada a legalidade de uma lei do Estado de Nova Iorque, que limitava a jornada para trabalhadores de padarias e a proibição expressa de ultrapassar os limites temporais fixados. Para a Suprema Corte, a legislação padecia de vício de constitucionalidade, ancorada no entendimento de que é desproporcional a intervenção do Estado na definição das balizas das relações de trabalho.

¹²⁸ DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento – 19 ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 79.

¹²⁹ Os princípios do devido processo legal e as garantias da razoabilidade e proporcionalidade são singularmente complementares. Essa relação é muito clara nas palavras de J. J. Canotilho, ao tratar do princípio da proibição do excesso, enraizado na cultura jurídica europeia: “Através de **standards** jurisprudenciais como o da proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, é possível recolocar a administração (e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão. Assim, quando se pedir a um juiz uma apreciação dos danos causados pela carga policial numa manifestação, o que se visa não é contestar a legitimidade da administração na defesa do interesse e ordem público mas sim o de averiguar da razoabilidade, proporcionalidade e necessidade da medida policial (...). Esse controlo – razoabilidade-coerência, razoabilidade-adequação, proporcionalidade-adequação – é hoje objecto de difusão em toda Europa através do Tribunal de Justiça das Comunidades (cfr. Tratado da União Europeia, art. 5º, segundo a numeração do Tratado de Amsterdão). Trata-se, afinal, de um controlo de natureza *equitativa* que, não pondo em causa os poderes constitucionalmente competentes para a prática de actos autoritativos e sem afectar a certeza do direito, contribui para a integração do “momento de justiça” no palco da conflitualidade social”. ((Canotilho, J.J. Direito Constitucional e teoria da constituição – 7ª ed. 14 reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 268/269 – grifos no original).

¹³⁰ Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>. Acesso em: 30/06/2024.

Como bem destacam João Paulo Lordelo e Rosa Carolina Pontes Teixeira o fundamento da decisão não foi “a deficiência de um procedimento formal”, mas, sim, a “falta de razoabilidade na intervenção no direito”¹³¹, o que, por via transversa, desrespeito o postulado do devido processo legal.

No direito brasileiro, a dimensão substancial do devido processo legal orientou o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em algumas oportunidades. Por todos os julgados, cita-se a decisão monocrática proferida no RE 374.981, de relatoria do ministro Celso de Mello, que tratava de matéria tributária¹³²:

“SANÇÕES POLÍTICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO. INADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE MEIOS GRAVOSOS E INDIRETOS DE COERÇÃO ESTATAL DESTINADOS A COMPELIR O CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A PAGAR O TRIBUTOS (SÚMULAS 70, 323 E 547 DO STF). RESTRIÇÕES ESTATAIS, QUE, FUNDADAS EM EXIGÊNCIAS QUE TRANSGRIDEM OS POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO, CULMINAM POR INVIABILIZAR, SEM JUSTO FUNDAMENTO, O EXERCÍCIO, PELO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL LÍCITA. LIMITAÇÕES ARBITRÁRIAS QUE NÃO PODEM SER IMPOSTAS PELO ESTADO AO CONTRIBUINTE EM DÉBITO, SOB PENA DE OFENSA AO "SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW". IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O ESTADO LEGISLAR DE MODO ABUSIVO OU IMODERADO (RTJ 160/140-141 - RTJ 173/807-808 - RTJ 178/22-24). O PODER DE TRIBUTAR - QUE ENCONTRA LIMITAÇÕES ESSENCIAIS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL, INSTITUÍDAS EM FAVOR DO CONTRIBUINTE - "NÃO PODE CHEGAR À DESMEDIDA DO PODER DE DESTRUIR" (MIN. OROSIMBO NONATO, RDA 34/132) [...]"

No plano procedimental, naturalmente, contempla-se a noção de que os direitos e liberdades assegurados em lei somente podem ser restringidos mediante a prévia instauração de um processo previsto em lei¹³³. As garantias processuais que se desdobram

¹³¹ João Paulo; Teixeira, Rosa Carolina Pontes . Devido processo legal: uma história e uma proposta. Revista de Processo. vol. 333. ano 47. p. 17-40. São Paulo: Ed. RT, novembro 2022. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/170280>. Acesso em: 30 jun. 2024.

¹³² Brasil. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20374981%22&base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 30 jun. 2024.

¹³³ MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil / J.J. Gomes Canotilho... [et al.]; outros coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Streck e Gilmar Ferreira Mendes. – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 460.

a partir do devido processo legal são: “direito ao contraditório, ao juiz natural, a um processo com duração razoável, dentre outras”¹³⁴.

2.1.2. A eficácia horizontal do devido processo legal nas relações particulares

É certo que a cláusula do devido processo legal foi concebida para limitar o poder público. Porém, a sociedade está em constante transformação, o que torna inevitável a atualização histórica da Constituição. Salomão George Leite descreve que “a concretização dos direitos fundamentais é um problema situado no contexto normativo”, eis que deve se estabelecer uma “interconexão entre a ordem constitucional e a realidade com a qual se quer dialogar no momento de se construir a decisão jurídica”¹³⁵.

A partir de técnicas hermenêuticas, sem alteração textual da lei, promove-se a mutação do seu sentido e alcance (sem ultrapassar a barreira da inconstitucionalidade) de modo a conferir à norma interpretação condizente com as incertezas e intranquilidades contemporâneas.¹³⁶ Ou seja, a CR se amolda à realidade social, pois, se assim não fosse, colocaríamos em risco o seu próprio texto.¹³⁷

Nesse contexto, a interpretação dos vocábulos contidos no art. 5º LIV da CR capaz de conferir resposta constitucional adequada aos problemas sociais atuais é de que a cláusula do devido processo legal se aplica a todo e qualquer processo, seja judicial,

¹³⁴ É como leciona Fredie Didier Jr. (Didier Jr. Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento – 19 ed. -Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 78).

¹³⁵ LEITE, Salomão George. Curso de Direitos Fundamentais: em homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 77.

¹³⁶ A esse respeito, Luís Roberto Barroso elucida que se trata de “mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação no seu texto”, ressaltando, porém, que “para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular” (¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luis Roberto Barroso. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146/149).

¹³⁷ Assim, escreveu Konrad Hesse: “(...) uma mudança das relações fáticas pode — ou deve — provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito: Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente”. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20-%20Hesse.pdf. Acesso em 14 abr. 2023.

administrativo, arbitral (reconhecido como método válido de jurisdição), e aos conflitos submetidos aos métodos de solução consensual.

Contemporaneamente, pelo dinamismo do direito, parte da literatura admite que a cláusula do devido processo legal se vincule, também, às relações particulares frente aos poderes privados.¹³⁸ Existem outras correntes doutrinárias, uma que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e outra que defende a eficácia indireta, ou mediata, que não serão analisadas neste trabalho.

De forma precursora, Paula Sarno Braga defende a ideia de que os direitos fundamentais podem funcionar como mecanismos limitadores à autonomia da vontade.¹³⁹ A teoria está alicerçada na premissa de que nem sempre haverá simetria entre as partes “que participam do processo de produção de norma negocial”, situação que abre espaço para “restrições abusivas aos direitos da parte hipossuficiente”. Especificamente sobre o devido processo legal, esclarece a autora que, “enquanto exigência de moderação e legalidade no exercício de poder, deve vincular os particulares, para deter e reprimir abusos e desmandos privados e negociais”¹⁴⁰.

Seguido essa mesma linha de raciocínio, Fredie Didier Jr. defende que “qualquer direito fundamental pode aplicar-se ao âmbito das relações jurídicas privadas, e o devido processo legal é um deles”¹⁴¹. Isso, porque a extensão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais vincula os particulares aos preceitos constitucionais. Por essa razão, a garantia do devido processo legal se aplica no âmbito privado, “seja na fase pré-negocial, seja na fase executiva do negócio jurídico.”¹⁴².

¹³⁸ Sobre o tema: Lordelo, João Paulo; Teixeira, Rosa Carolina Pontes. Devido processo legal: uma história e uma proposta. *Revista de Processo*. vol. 333. ano 47. p. 17-40. São Paulo: Ed. RT, novembro 2022. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/170280>. Acesso em: 30 jun. 2024.

¹³⁹ BRAGA, Paula Sarno. A aplicação do devido processo legal às relações jurídicas particulares. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2007, pg. 215. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/9073>. Acesso em 03 dez. 2024.

¹⁴⁰ BRAGA, Paula Sarno. A aplicação do devido processo legal às relações jurídicas particulares. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2007, pg. 215. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/9073>. Acesso em 03 dez. 2024.

¹⁴¹ Didier Jr. Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* – 19 ed. -Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 82.

¹⁴² Prossegue o autor narrando que: “Na fase pré-negocial, deve-se lembrar, por exemplo, que a oferta de um negócio é uma postulação e que toda norma que regula o negócio jurídico, quanto aos seus requisitos, é norma de processo negocial. Assim, também nos negócios jurídicos deve-se respeitar o devido processo legal (ex. escritura pública para transferência de imóvel: se ela não existir, não existe a tradição). Na fase executiva, deve-se ver, por exemplo, que a imposição de sanção convencional deve atender aos requisitos estabelecidos no negócio e/ou na lei abstrata, bem assim, observar o direito de defesa do infrator (ex. imputação de multa por conduta antissocial de condômino – art. 1.337, caput e parágrafo único, do Código Civil), não podendo ultrapassar os limites da razoabilidade/proporcionalidade (devido processo legal substancial)”. (Didier Jr. Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* – 19 ed. -Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 84).

Vislumbrando a necessidade de se estender a observância obrigatória da cláusula do devido processo legal para os litígios extrajudiciais, que florescem entre particulares, Cândido Rangel Dinamarco assinala que a teoria geral do processo “pode chegar a todos os campos em que alguma medida o poder é exercido”. Esclarece que:

Essa tendência expansiva legitima-se na sólida construção sistemática que ela propicia mediante a revelação de princípios superiores, inclusive em sede constitucional e com transmigração de conceitos e raciocínios mais desenvolvidos com relação ao processo civil estatal. A democratização do processo não jurisdicional com a oferta de garantias de ampla defesa, de participação (contraditório) e de observância dos modelos estabelecidos pelo direito (*due process of law*), é proveitoso resultado desse resultado fecundo de generalização (Const., art. 5º, incs LIV e LV).¹⁴³.

Esses critérios interpretativos a respeito da extensão da cláusula do devido processo legal também não são novidade na jurisprudência. Há quase trinta anos, pela primeira vez, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal reconheceu que as garantias fundamentais se estendem aos vínculos formados entre particulares e o poder privado. Nesse paradigmático julgamento, foi declarada a nulidade de decisão de exclusão de filiado de determinada associação, motivada no descumprimento do estatuto social. A solução pela anulação do ato foi amparada na violação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Veja-se:

COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. (RE 158215, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 30-04-1996, DJ 07-06-1996 PP-19830 EMENT VOL-01831-02 PP-00307 RTJ VOL-00164-02 PP-00757).

Passados alguns anos, o tema voltou à pauta do Supremo Tribunal Federal, no paradigmático julgamento do RE n. 201.819/RJ (de relatoria da Ministra Ellen Gracie, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes).¹⁴⁴ A questão de direito levada ao Poder

¹⁴³ Dinamarco, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil: volume I – 10. ed., rev. e atual. segundo o código de processo civil e de acordo com a Lei 13.256 de 4.2.2016. – São Paulo: Malheiros, 2020, p. 62.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201819, Relator(a): ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11-10-2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821. Acesso em 30 jun. 2024.

Judiciário dizia respeito à legalidade da exclusão do autor da demanda da União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos vinculada ao ECAD, da qual era filiado, motivada por infrações estatutárias, nos moldes do art. 57 do Código Civil.¹⁴⁵

De forma inovadora, o STF manteve o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que determinou a reintegração do associado aos quadros da UBC, reconhecendo que a exclusão fora realizada de forma arbitrária, sem observância às garantias inerentes ao devido processo legal.¹⁴⁶ O acórdão foi assim ementado:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas

¹⁴⁵ Os Autores Gilmar Mendes e Victor Fernandes destacam esse julgado como “um marco definidor da recepção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas na jurisprudência nacional” (MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. 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. vol. 31. ano 9. p. 33-68. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql& marg=DTR-2022-9857>>. Acesso em: 15 set. 2024).

¹⁴⁶ Acompanhando a evolução jurisprudência sobre o tema, foi editada a Lei n.º 11.127/2005, que promoveu a alteração da redação do art. 57 do CCB, que passou a prever que: “A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto”.

relações privadas, em tema de liberdades fundamentais (RE 201819, Relator(a): ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11-10-2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821).

A leitura do acórdão evidencia o cuidado do STF em permitir o alargamento da eficácia dos direitos fundamentais para as relações privadas apenas em situações muito específicas, envolvendo evidente posição de domínio de uma associação representativa de uma classe e a restrição de direitos do associado. Nesse sentido, é pertinente destacar o trecho do voto-vencedor, proferido pelo ministro Gilmar Mendes, que revela que naquele caso existia uma relação de dependência do estatutário:

“(…) as associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal”.

Com essa importante distinção compreende-se que a extensão não deve ser aplicada automaticamente a todos os casos envolvendo relação entre particulares. De forma excepcional, a transcendência das garantias fundamentais ao âmbito privado não pode ser adotada em situações de normalidade, sob o risco de estabelecer um conflito com o princípio da autonomia privada (que pressupõe situação de equivalência entre os particulares), dentre outros.¹⁴⁷

Aproximadamente vinte anos após o histórico julgamento do RE n. 201.819/RJ, o tema voltou ao centro das discussões acadêmicas em razão outra situação de evidente desequilíbrio no âmbito privado: as relações entre as plataformas de redes sociais e seus usuários. Em função das evidentes assimetrias entre os sujeitos dessa relação, em muito se assemelham às relações que se estabelecem entre o Poder Público e os cidadãos. É incontestável a posição de domínio das redes sociais em relação aos usuários, que interferem no exercício da autonomia privada. Isso, porque são as redes

¹⁴⁷ Por oportuno, Leandro Nascimento Rodrigues e Pastora do Socorro Teixeira Leal advertem que: “A eficácia direta não deve ser vista como instrumento de aniquilação do Direito Privado, que tem seus princípios e valores próprios. Pelo contrário, o ideal é que a ponderação entre os valores constitucionais e a autonomia privada seja feita pelo legislador, condicionando a atuação do aplicador do direito. A teoria da eficácia imediata, antes de afastar, dá preferência ao Direito Privado”. (Rodrigues, Leandro Nascimento, Leal, Pastora do Socorro Teixeira. (2018). A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas à luz da jurisprudência do STF: análise crítica do RE 201.819-8 e ADI 4815. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, 19(2), 11–42. Disponível em <https://doi.org/10.18759/rdgf.v19i2.1085>. Acesso em 07 jul. 2024.

sociais estabelecem os termos de uso – evidentemente, visando aos seus interesses econômicos e mercadológicos - e, em razão do descumprimento das suas regras, realizam atividades de exclusão de contas e conteúdo de terceiros. Os usuários em nada podem influenciar nesse processo de tomada de decisão, notadamente porque não têm a oportunidade do exercício do contraditório e ampla defesa.¹⁴⁸

Diante disso, parece haver uma situação de desequilíbrio de forças e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais funciona como instrumento de limitação de poder de um agente privado em relação ao outro, mais fraco.

Gilmar Mendes e Victor Fernandes informam a inclinação da jurisprudência global – especialmente alemã - à aplicação direta da eficácia horizontal nas relações privadas envolvendo as plataformas das redes sociais e seus usuários.¹⁴⁹ Destacam decisões recentes dos Tribunais Superiores e Tribunais Regionais alemães, que constituem evidências empíricas da “acentuada tendência de imposição de obrigações aos operadores de plataformas”. Pela pertinência com o tema deste estudo, cabe destaque ao julgamento mencionado pelos Autores, realizado pelo Tribunal Superior Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof*) em julho de 2021, envolvendo o controle da legalidade de remoção de conteúdo realizada pelo Facebook.¹⁵⁰ Uma das premissas que embasaram a solução aplicada ao caso foi a de que a plataforma deveria ter oportunizado ao usuário o exercício de defesa “que deveria ser cuidadosamente examinada pela plataforma em uma nova decisão”.

Essa é uma situação clássica em que a jurisprudência inspira a atualização legislativa e pode ter contribuído para a instituição do sistema de tratamento de reclamações em face de decisões tomadas pelas plataformas, disciplinada no art. 20 do *Digital Service Act*, em vigor desde 17 de fevereiro de 2024.

¹⁴⁸ BASTOS, Rafael Calhau, PEDRA, Adriano Snat'Ana (2024). Exclusão de perfis em redes sociais e o dever fundamental de respeito ao contraditório e à ampla defesa: uma análise à luz da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, 29(1), 165–186. Disponível em: <https://doi.org/10.25192/ISSN.1982-0496.RDFD.V.29.N.I.2484>. Acesso em 07 jul. 2024.

¹⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. 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*. vol. 31. ano 9. p. 33-68. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql& marg=DTR-2022-9857>>. Acesso em: 15 set. 2024.

¹⁵⁰ ALEMANHA. Tribunal de Justiça Federal (Bundesgerichtshof – BGH). Acórdão do III. Senado Civil de 29 de julho de 2021. Caso III ZR 192/20. § 90. Disponível em: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=47ce4f13cd0917d90e2df8d776db544a&nr=121561&pos=0&anz=1>. Acesso em 22 set. 2024.

Por fim, alertam os autores que a ampliação da eficácia horizontal às relações privadas desenvolvidas em rede “tensiona o próprio princípio da separação de poderes, na medida em que amplia o papel substitutivo do judiciário ante a ausência de balizas legislativas mais rígidas sobre o tema da responsabilidade dos intermediários no *NetzDG*”¹⁵¹.

2.1.2. Devido processo digital, ou tecnológico

Como visto, a cláusula do devido processo legal tem uma história de séculos. Originariamente, foi estruturada em um contexto social em que as decisões eram tomadas apenas por humanos. Pensar hoje sobre esse instituto jurídico tão antigo não nos transporta, simplesmente, para a idade média, quando estruturada a garantia contra arbitrariedades do Estado em face dos seus cidadãos. Ao longo do tempo, as transformações levaram à modulação da sua aplicação com lentes para o presente, de modo a oferecer garantias condizentes com a realidade social de cada momento. A adequação ao tempo é medida que permite o avanço civilizatório contínuo, idealizado pela constituição.

Chegamos a um tempo em que as máquinas adquiriram autonomia para tomar decisões que têm grandes repercussões na vida humana (por exemplo: moderação de conteúdo, score de crédito, calibragem de seguros, oportunidades de emprego e acesso a serviços público). Porém, pela arquitetura tecnológica, as decisões tomadas por agentes privados por meio de sistemas automatizados são marcadas pela opacidade, que pode ser atribuída, principalmente, a duas causas: o desconhecimento a respeito da qualidade dos dados (*inputs*) e da metodologia aplicada para o aprendizado das máquinas (*machine learning*). Não raras vezes, a partir de um determinado ponto do processo de *machine learning*, nem mesmo os especialistas são capazes de explicar/interpretar o roteiro interno que leva às decisões algorítmicas. Ou seja, o processo de tomada de decisões passa a ser não explicável, o que leva a duas consequências igualmente graves: o rompimento com

¹⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. 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. vol. 31. ano 9. p. 33-68. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2022-9857>>. Acesso em: 15 set. 2024.

os deveres de transparência e previsibilidade inerentes à garantia fundamental do devido processo, aumentando os riscos de violação à direitos fundamentais.¹⁵²:

Assim, contemporaneamente, a cláusula do devido processo legal, em sua formulação mais atual, contempla a teoria do devido processo digital, ou tecnológico, que emerge como medida de equilibrar a balança, compatibilizando a utilização de algoritmos para tomada de decisões e os valores protegidos pela cláusula do devido processo legal em sua concepção tradicional, com a possibilidade de impugnação dos resultados.¹⁵³.

Apresentada pela primeira vez por Danielle Citron em 2010, a teoria foi desenvolvida a partir de um problema até hoje não resolvido: “No passado, sistemas de computador ajudavam os humanos a aplicar regras a casos individuais. Agora, os sistemas automatizados se tornaram os principais tomadores de decisão”.¹⁵⁴. As reflexões apresentadas foram baseadas no contexto administrativo americano, a partir da assimilação de que à medida que os sistemas automatizados se tornam cada vez mais predominantes na tomada de decisões governamentais, as salvaguardas processuais tradicionais associadas à adjudicação individual e à formulação de regras, conforme estabelecido pelas Cláusulas do Devido Processo Legal da Constituição podem ser prejudicadas.¹⁵⁵.

Empiricamente, a tese se comprovou em três situação relatadas pela autora que resultaram em que decisões automatizadas resultaram em restrições de oportunidades: (i) o sistema de gerenciamento de benefícios do Colorado (CBMS) emitiu centenas de milhares de determinações e cálculos de benefícios incorretos para o programa Medicaid, vale-refeição e assistência social devido a erros de programação e

¹⁵² Nesse contexto, descrevem Laura Laura Schertel Mendes e Marcela Mattiuzzo: “Quanto maiores os incentivos para o uso de processamento de dados por meio de algoritmos como base para tomadas de decisão, e quanto mais prontamente disponível e baratas as tecnologias para tornar isso possível, mais urgente se torna a discussão acerca das consequências de tais procedimentos para os indivíduos e os riscos a eles associados”. As autoras elucidam o conceito de algoritmo: “é comumente descrito como um conjunto de instruções, organizadas de forma sequencial, que determina como algo deve ser feito” (SCHERTEL, Mendes, I.; MATTIUZZO, m. *discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia*. Direito Público, [S. l.], v. 16, n. 90, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3766>. Acesso em: 13 out. 2024).

¹⁵³ PEREIRA, J. S.; SOUZA JUNIOR, E. PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE O DEVIDO PROCESSO TECNOLÓGICO NA APLICAÇÃO DE PROVIMENTOS VINCULANTES POR SISTEMAS DE DECISÕES AUTOMATIZADAS. *IDP Law Review*, [S. l.], v. 1, n. n.2, 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/article/view/5642>. Acesso em: 6 out. 2024.

¹⁵⁴ CITRON, Danielle Keats, *Technological Due Process*. U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2007-26, Washington University Law Review, Vol. 85, pp. 1249-1313, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1012360>. Acesso em 06 out. 2024. Traduzido no original.

¹⁵⁵ CITRON, Danielle Keats, *Technological Due Process*. U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2007-26, Washington University Law Review, Vol. 85, pp. 1249-1313, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1012360>. Acesso em 06 out. 2024. Traduzido no original.

regras distorcidas incorporadas no código do sistema.¹⁵⁶; (ii) a lista "Proibido de Voar" impediu erroneamente milhares de viajantes aéreos inocentes de embarcar em seus voos devido a erros em seu programa de correspondência de dados. Os indivíduos na lista muitas vezes não sabem a razão da vedação do acesso ao serviço e não têm meios garantidos de limpar seus nomes.¹⁵⁷; e (iii) o Serviço Federal de Localização de Pais identificou erroneamente indivíduos como pais "caloteiros" que deviam pensão alimentícia, levando à apreensão de salários e danos ao crédito sem aviso prévio ou oportunidade de contestar as alegações.¹⁵⁸.

Uma das causas determinantes, segundo a autora, é que as regras acabam sendo definidas por programadores humanos que se envolvem no desenvolvimento de um sistema automatizado passando para as máquinas vieses que reverberam em todo o processo decisório (*inputs*). Alerta que “Essa elaboração inadvertida de regras pelos programadores constitui uma preocupante delegação de poder legislativo”¹⁵⁹. Soma-se a isso o desconhecimento da metodologia para classificação e análise preditiva. Nesse contexto, explana que os julgamentos automatizados “ofendem normas básicas de devido processo ao não fornecer tanto a notificação sobre a base de suas decisões quanto os meios para revisá-las”¹⁶⁰.

Por oportuno, como uma continuação da teoria de Citron, Kate Crawford e Jason Schultz argumentam que o papel decisório do *Big Data* “deve não apenas parecer justo, mas também ter um grau aceitável de previsibilidade, transparência e racionalidade. Sem esses valores, não podemos confiar que o *Big Data* faça parte da governança”¹⁶¹. Retratam que “há pouca ou nenhuma regulação das interações entre o designer do

¹⁵⁶ CITRON, Danielle Keats, Technological Due Process. U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2007-26, Washington University Law Review, Vol. 85, pp. 1249-1313, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1012360>. Acesso em 06 out. 2024. Traduzido no original.

¹⁵⁷ CITRON, Danielle Keats, Technological Due Process. U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2007-26, Washington University Law Review, Vol. 85, pp. 1249-1313, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1012360>. Acesso em 06 out. 2024. Traduzido no original.

¹⁵⁸ CITRON, Danielle Keats, Technological Due Process. U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2007-26, Washington University Law Review, Vol. 85, pp. 1249-1313, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1012360>. Acesso em 06 out. 2024. Traduzido no original.

¹⁵⁹ CITRON, Danielle Keats, Technological Due Process. U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2007-26, Washington University Law Review, Vol. 85, pp. 1249-1313, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1012360>. Acesso em 06 out. 2024. Traduzido no original.

¹⁶⁰ CITRON, Danielle Keats, Technological Due Process. U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2007-26, Washington University Law Review, Vol. 85, pp. 1249-1313, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1012360>. Acesso em 06 out. 2024. Traduzido no original.

¹⁶¹ CRAWFORD, Kate and SCHULTZ, Jason, Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms (October 1, 2013). Boston College Law Review, Vol. 55, No. 93, 2014, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-64, NYU Law and Economics Research Paper No. 13-36, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2325784>. Acesso em 06 out. 2024. Traduzido no original.

algoritmo (o legislador), a pessoa que supervisiona as consultas (o executivo) e o adjudicador (a saída computacional)”. Ou seja, inexistem sistemas de “pesos e contrapesos para garantir que preconceitos não estejam presentes no sistema”¹⁶². Dentre as soluções apontadas pelos autores¹⁶³, no contexto do ordenamento jurídico norte-americano, a partir do pressuposto de que a cláusula do devido processo legal exerce a função de separação de poderes, está uma forma de auditoria consistente na supervisão das decisões automatizadas por um árbitro imparcial e sem interesses financeiros. A medida permite a identificação de vieses, ou erros substanciais, inerentes aos programadores dos sistemas decisórios e que maculam a decisão.

À luz da cláusula do devido processo legal, a falta de transparência resulta na violação às garantias constitucionais que alicerçam o modelo de Estado de Direito¹⁶⁴. A falta de ciência a respeito dos critérios para a tomada de decisões das plataformas digitais impede que se avalie concretamente o nível de conformidade com o padrão legal aplicável. Dessa forma, pode-se afirmar que há cerceamento de defesa, na medida em que não há meios de contestação das decisões pelos usuários prejudicados e de responsabilização das plataformas por eventuais violações a direitos individuais¹⁶⁵. Nesse sentido Giovanni De Gregório leciona que, de um lado, “os algoritmos podem ser considerados instrumentos técnicos que facilitam várias funcionalidades de uma plataforma, como a organização de conteúdo online”, por outro lado, podem constituir “regras técnicas autoexecutáveis, eliminando até mesmo a necessidade de uma função humana executiva ou judicial”.

¹⁶² Os autores defendem que “o devido processo pode funcionar como uma técnica de gestão sistemática para o Big Data, ao descobrir erros, identificar suas causas e fornecer esquemas e incentivos para corrigi-los, tudo isso enquanto se mantém dentro dos limites das leis e normas de privacidade. Essa abordagem não apenas assegura a proteção dos dados pessoais dos indivíduos, mas também promove uma cultura de responsabilidade e melhoria contínua dentro dos sistemas de Big Data. Assim, o devido processo pode atuar como um mecanismo para garantir que as operações de Big Data sejam justas, transparentes e eficazes, contribuindo para uma governança mais responsável” (CRAWFORD, Kate and SCHULTZ, Jason, *Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms* (October 1, 2013). *Boston College Law Review*, Vol. 55, No. 93, 2014, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-64, NYU Law and Economics Research Paper No. 13-36, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2325784>. Acesso em 06 out. 2024. Traduzido no original).

¹⁶³ Propõem, também: (i) um sistema de notificação, oferecendo àqueles que possam sofrer danos de privacidade preditiva a oportunidade de intervir no processo preditivo; e (ii) contestação do processo preditivo aplicado.

¹⁶⁴ De Gregório, Giovanni, *From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society* (2018). 11(2) *European Journal of Legal Studies* 2019, 65-103, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3365106>. Acesso em 12 out. 2024.

¹⁶⁵ Quem fala isso é: DE GREGÓRIO, Giovanni, *From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society* (2018). 11(2) *European Journal of Legal Studies* 2019, 65-103, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3365106>. Acesso em 12 out. 2024.

Especificamente no contexto das plataformas digitais, o sistema decisório pode ser considerado uma caixa-preta, especialmente no que se refere às decisões sobre moderação de conteúdos de terceiros, “sem um procedimento de apelação aberto, adequado e consistente – e muitas vezes sem explicação”¹⁶⁶.

Na mesma medida em que transparência e explicabilidade dos processos conferem legitimidade às decisões automatizadas¹⁶⁷, a falta de transparência nos julgamentos realizados por agentes privados subverte a lógica do devido processo legal, justamente pela falta desses dois pilares. Especialmente no ambiente virtual, não há conhecimento prévio a respeito dos procedimentos (etapas seguidas pelas redes neurais para aprendizado de máquina - machine learning - que conduzem a uma decisão automatizada) e suas consequências¹⁶⁸. Essa dinâmica não concretiza o ideal de julgamento justo ao qual o devido processo legal se propõe.

Do ponto de vista da previsibilidade o controle do fluxo informacional pelas plataformas de redes sociais permite que a previsibilidade – tradicionalmente pensada como instrumento de proteção do cidadão contra arbitrariedades do Estado – se desloque para as mãos dos agentes privados que já ostentam uma posição de poder semelhante aos do Estado. Isto é, a partir de sistemas computacionais que classificam usuários criam perfis por critérios de inferências, as plataformas digitais é que ostentam o privilégio da previsibilidade, acentuando ainda mais a assimetria de poder entre plataformas e usuários.

Tendo em vista essa vasta possibilidade de ameaças, em 2015 foram instituídos os Princípios de Manila¹⁶⁹, documento que estabelece deveres processuais às plataformas, tais como o de transparência (artigo 6º):

- “c. Os intermediários devem publicar suas políticas de restrição de conteúdos online com uma linguagem clara e em formatos acessíveis e mantê-las atualizadas na medida em que evoluem, notificando os usuários das alterações quando aplicável.
- e. Os intermediários devem publicar relatórios de transparência que forneçam informações específicas sobre todas as restrições de

¹⁶⁶ MOSTERT, Frederick. “Digital Due Process”: A Need for Online Justice. Disponível em: <https://academic.oup.com/jiplp/article-abstract/15/5/378/5802452?redirectedFrom=PDF>. Acesso em 5 out. 2024. Traduzido no original.

¹⁶⁷ JORNAL DA USP. O devido processo tecnológico e a legitimidade das decisões automatizadas sob o contexto do PL 2338/23. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/o-devido-processo-tecnologico-e-a-legitimidade-das-decisoes-automatizadas-sob-o-contexto-do-pl-2338-23/>. Acesso em 6 out. 2024.

¹⁶⁸ Os valores que orientam a cláusula do devido processo legal são descritas por: WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil volume 1: Teoria geral do processo – 9. ed. em e-book baseada na 20. ed. impressa- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-3.11.

¹⁶⁹ MANILA. Disponível em: <https://manilaprinciples.org/pt-br.html>. Acesso em: 25 nov. 2024.

conteúdos realizadas pelo intermediário, incluindo ações tomadas devido à requisição governamental, ordens judiciais, requisições de agentes privados e a implementação de políticas de restrição de conteúdo;

f. Nos casos em que o conteúdo tenha sido restrito em um produto ou serviço do intermediário que permita a exibição de uma notificação quando alguém tenta acessá-lo, o intermediário deve exibir uma notificação clara que explique qual conteúdo foi restrito e o motivo para tanto”¹⁷⁰.

Nesse contexto, Jack M. Balkin propôs o conceito do "devido processo curatorial", que integra o dever de notificação clara e pública das políticas de regulamentação de conteúdo, direito de ser ouvido antes da remoção de conteúdo e explicação e revisão após a decisão de remover conteúdo. A linha de argumentação é a de que plataformas digitais como "curadoras de informações" coletam grandes quantidades de dados sobre seus usuários e os usam para prever e controlar o comportamento.¹⁷¹ Essa prática levanta sérias preocupações sobre manipulação e abuso de confiança assumindo o papel de fiduciárias de informações devido à sua crescente influência na esfera pública digital.¹⁷²

É indubitável a necessidade de mecanismos processuais específicos para garantir a transparência e a responsabilidade em sistemas de tomada de decisão automatizados. Uma das soluções é a implementação de sistemas decisórios auditáveis, abrangentes que registrem os dados de entrada, os processos de tomada de decisão e o raciocínio por trás de cada decisão.¹⁷³ Essas etapas possibilitam a aferição das “correlações e inferências feitas de forma algorítmica no processo de predição”¹⁷⁴, permitindo a correção de inconsistências que influenciam nas pontuações, o que atenderia

¹⁷⁰ MANILA. Disponível em: <https://manilaprinciples.org/pt-br.html>. Acesso em: 25 nov. 2024.

¹⁷¹ BALKIN, Jack M., *Free Speech is a Triangle (May 28, 2018)*. *Columbia Law Review*, 2018, *Forthcoming*, Yale Law School, Public Law Research Paper No. 640. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3186205>. Acesso em 24 nov. 2024.

¹⁷² BALKIN, Jack M., *Free Speech is a Triangle (May 28, 2018)*. *Columbia Law Review*, 2018, *Forthcoming*, Yale Law School, Public Law Research Paper No. 640. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3186205>. Acesso em 24 nov. 2024.

¹⁷³ CITRON, Danielle Keats, *Technological Due Process*. U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2007-26, *Washington University Law Review*, Vol. 85, pp. 1249-1313, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1012360>. Acesso em 06 out. 2024.

¹⁷⁴ CITRON, Danielle Keats, *Technological Due Process*. U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2007-26, *Washington University Law Review*, Vol. 85, pp. 1249-1313, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1012360>. Acesso em 06 out. 2024.

aos interesses dos avaliadores e dos indivíduos¹⁷⁵, tornando as decisões automatizadas mais transparentes e passíveis de revisão.

Frederick Mostert defende que a teoria deve oferecer as “bases para infraestrutura legal online”, de modo a “restaurar as liberdades fundamentais e apoiar o Estado de Direito no mundo digital”. Apresenta algumas medidas que refletem a cláusula do devido processo legal¹⁷⁶:

“(…) as plataformas devem disponibilizar procedimentos claros, de fácil acesso e diretos para notificar uma reclamação à plataforma, seja através de um aviso de remoção ou de permanência. As plataformas também devem fornecer informações claras, simples e acessíveis aos usuários sobre seus processos e procedimentos de moderação de conteúdo. Em casos de urgência, as plataformas devem prever a remoção rápida de conteúdo criminal sério ou de violação de direitos humanos. As plataformas devem, quando apropriado, disponibilizar acesso a informações sobre os dados dos usuários ou conteúdo de privacidade e permitir a retificação, exclusão, portabilidade de dados e controle de contas legadas. Como pode ser visto, a transparência, a responsabilização e a contestabilidade são pilares vitais do devido processo digital”¹⁷⁷.

Indo além, a adoção de medidas alinhadas com a teoria do devido processo tecnológico possibilitam a formação de um sistema de precedentes, em que uma decisão vincula decisões futuras sobre situações idênticas, visando ao estabelecimento de previsibilidade e segurança jurídica para os usuários das plataformas¹⁷⁸.

¹⁷⁵ CITRON, Danielle Keats and PASQUALE, Frank A. *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions* (2014). *Washington Law Review*, Vol. 89, 2014, p. 1-, U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2014-8, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2376209>. Acesso em 07 out. 2024.

¹⁷⁶ O autor destaca que: “o uso efetivo do “devido processo digital” no mundo cibernético já é exemplificado por uma agência das Nações Unidas. A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WIPO) implementou com sucesso procedimentos rápidos, econômicos e globais para lidar com o *cybersquatting*. Em conjunto com a ICANN, a WIPO desenvolveu a Política de Resolução de Disputas de Nomes de Domínio Uniforme (UDRP) por meio de uma série de painéis consultivos internacionais independentes que representam diferentes partes interessadas ao redor do mundo. A UDRP tem sido referida como um exemplo do Direito Mercantil em operação no ciberespaço. Isso demonstra claramente que abordar questões relacionadas à viralidade, volume e velocidade dos conflitos legais no mundo cibernético não é apenas desejável, mas também plenamente viável” (MOSTERT, Frederick. “Digital Due Process”: A Need for Online Justice. Disponível em: <https://academic.oup.com/ji/plp/article-abstract/15/5/378/5802452?redirectedFrom=PDF>. Acesso em 05 out. 2024. Traduzido no original.).

¹⁷⁷ MOSTERT, Frederick. “Digital Due Process”: A Need for Online Justice. Disponível em: <https://academic.oup.com/ji/plp/article-abstract/15/5/378/5802452?redirectedFrom=PDF>. Acesso em 05 out. 2024. Traduzido no original.

¹⁷⁸ KLONICK, Kate, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression* (June 30, 2020). *Yale Law Journal*, Vol. 129, No. 2418, 2020, p. 2463, St. John's Legal Studies Research Paper No. 20-0023, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3639234>. Acesso em 13 out. 2024.

O tema é multidisciplinar.¹⁷⁹ A violação à direitos fundamentais, decorrente da falta de transparência nos julgamentos automatizados é um problema eminentemente jurídico para o qual a literatura apresenta soluções baseadas na implementação de medidas técnicas. É uma questão de “projetar os processos e procedimentos apropriados”¹⁸⁰. O que não se pode admitir é que o uso exponencial de ferramentas tecnológicas no processo de tomada de decisões privilegie o efficientismo em face das garantias constitucionais do processo.¹⁸¹

2.2. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

Uma das manifestações da cláusula do devido processo legal é a garantia fundamental do direito de defesa, que contempla os princípios do contraditório e ampla defesa. Tais princípios constitucionais têm caráter instrumental de proteção processual e procedimental, na medida em que reduz eventuais assimetrias entre os litigantes e impõem limites insuperáveis à atuação estatal.

Nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini¹⁸² trata-se de “conquista civilizatória fundamental” que restringe um agente jurisdicional de decidir em favor de uma das partes sem ouvir a outra. Tecnicamente, “a contraface da ação do autor e recebe o nome de defesa”. Elucidam que as partes “tem o direito de apresentar seus argumentos e produzir provas sobre eles, a fim de demonstrar que tem razão.

É inconcebível, sob a perspectiva de valores democráticos, a ideia de tutela adequada em desrespeito aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Em que pese a previsão textual dos princípios do contraditório e ampla defesa no mesmo dispositivo (art. 5º, LV, da CR), os conceitos não são equivalentes.

¹⁷⁹ A esse respeito: Abboud, Georges; Pereira, João Sérgio dos Santos Soares. O devido processo na era algorítmica digital: premissas iniciais necessárias para uma leitura constitucional adequada. *Revista dos Tribunais*. vol. 1026. ano 110. p. 125-145.

¹⁸⁰ CRAWFORD, Kate and SCHULTZ, Jason, Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms (October 1, 2013). *Boston College Law Review*, Vol. 55, No. 93, 2014, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-64, NYU Law and Economics Research Paper No. 13-36, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2325784>. Acesso em 06 out. 2024. Traduzido no original.

¹⁸¹ ABBOUD, Georges; PEREIRA, João Sérgio dos Santos Soares. O devido processo na era algorítmica digital: premissas iniciais necessárias para uma leitura constitucional adequada. *Revista dos Tribunais*. vol. 1026. ano 110. p. 125-145.

¹⁸² WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil volume 1: Teoria geral do processo* – 9. ed. em e-book baseada na 20. ed. impressa- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-1.3.

O contraditório se constitui na expressão técnico-jurídica do princípio da participação.¹⁸³ Cândido Rangel Dinamarco indica que o sistema processual está construído sob a “dinâmica do pedir-alegar-provar”. Tradicionalmente, o contraditório é exercido por meio da “reação aos atos desfavoráveis, quer eles venham da parte contrária ou do juiz – reage-se à demanda inicial contestando, e à sentença adversa recorrendo”¹⁸⁴.

Na atual concepção, o contraditório deixou de ser entendido apenas como o direito de reação. O instituto se perfaz na confluência de duas garantias: a) participação efetiva das partes durante todas as fases do processo e o direito de influenciar em todas as decisões¹⁸⁵, seja apresentando ideias novas, fatos novos, ou argumentos jurídicos relevantes; e b) a decisão judicial não transcenderá os fundamentos do processo, sobre os quais as partes tiveram a oportunidade de se manifestar (garantia da não surpresa)¹⁸⁶.

Como destacam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, “com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz”¹⁸⁷, que também se submete aos princípios constitucionais. Prosseguem os autores descrevendo que, se de um lado, a lei confere direito às partes, de outro, impõe deveres aos juízes.

Foi sob essa lógica que o Código de Processo Civil formalizou o dever de cooperação entre os sujeitos do processo (do juiz perante as partes; e das partes entre si), inserto no art. 6º do CPC, sendo uma de suas dimensões o dever de diálogo, que se manifesta como um desdobramento do princípio do contraditório, conferindo a

¹⁸³ É como lecionam MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. 2 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 265-266.

¹⁸⁴ Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: volume I – 10. ed., rev. e atual. segundo o código de processo civil e de acordo com a Lei 13.256 de 4.2.2016.* – São Paulo: Malheiros, 2020, p. 289.

¹⁸⁵ JOBIM, Marco Felix. *Comentários à Constituição do Brasil / J.J. Gomes Canotilho... [et al.]; outros coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Streck e Gilmar Ferreira Mendes.* – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 460.

¹⁸⁶ Sobre isso: “A garantia constitucional do contraditório está expressa no CPC/2015, em seus arts. 7º, parte final, 9º e 10. Mas o código, ao tratar dessa garantia, não se restringiu à simples repetição da norma constitucional. O legislador deu novos contornos infraconstitucionais a garantias impressas na Constituição, reiterando, especificando e aprofundando a regulação dos princípios fundamentais do processo, a partir de um amplo complexo de normas que dão maior concretude ao contraditório”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Os recursos especiais repetitivos no contexto do novo processo civil brasileiro, em Código de Processo Civil no STF e no STJ*” (Coord. Geral Luiz Rodrigues Wambier). Salvador: JusPodivm, 2018, p. 207-220.

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. 2 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022, p. 539.

possibilidade do diálogo entre as partes e entre o juiz e as partes – que tem o dever de estimular e contribuir para a ampliação do debate.¹⁸⁸

É da essência dos regimes democráticos a concepção de que “todo poder, para ser legítimo, deve estar aberto à participação”.¹⁸⁹ Edilson Vitorelli, destaca que a participação dos litigantes atenua a “violência inerente ao processo”.¹⁹⁰ Por isso, ao oportunizar a participação igualitária dos litigantes “o sistema os trata com dignidade, os valoriza e dá a sensação de que eles controlam, pelo menos em certa medida, seus próprios destinos”.¹⁹¹

O instituto jurídico da ampla defesa, a sua vez, se traduz na ideia de defesa irrestrita.¹⁹² Ingo Wolfgang Sarlet, informa que:

“(…) constitui direito do demandado. É direito que respeita ao polo passivo do processo. O direito de defesa é direito à resistência no processo e, à luz da necessidade de paridade de armas no processo, deve ser simetricamente construído a partir do direito de ação. O direito de defesa – com os meios e recursos a ela inerentes – grava todo e qualquer processo. Jurisdicional ou não, estatal ou não, o direito de defesa se impõe como núcleo duro que contribui para a legitimação da imposição da tutela jurisdicional ao demandado. O direito à ampla defesa determina: (i) a declinação pormenorizada pelo autor da demanda das razões pelas quais pretende impor consequências jurídicas ao

¹⁸⁸ Sobre o tema: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo. 21ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 83-84.

¹⁸⁹ Essa ideia é tratada em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. 2 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022, p. 539.

¹⁹⁰ VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos [livro eletrônico]. - 2. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. -- (Coleção o novo processo civil / coordenadores Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero) 6 Mb ; ePub. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa, p. 102.

¹⁹¹ Mais adiante, na mesma obra, o doutrinador reforça a ideia de que a participação das partes litigantes está associada à ideia de dignidade, ao afirmar que: “*Sempre que o Estado priva alguém de um bem, o direito à dignidade exige que o faça por meios que garantam que os pressupostos fáticos daquela decisão efetivamente existem. Ao contribuir para essa finalidade, a participação é instrumental. Mas, além disso, a participação também tem um aspecto que ele denomina de “dignidade inerente” ao relacionamento entre indivíduo e Estado, que equivalente à participação essencial. Se o Estado adota uma decisão sem a participação do indivíduo, ele não respeita a dignidade do ser humano, tratando-o como simples objeto da ação estatal. A participação protege a autonomia do indivíduo, o direito de controlar os eventos que o afetam (...)*”. (VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos [livro eletrônico]. - 2. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. -- (Coleção o novo processo civil / coordenadores Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero) 6 Mb ; ePub. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. p. 106 – g.n.)

¹⁹² Como registra Marco Felix Jobim: “(…) a ampla defesa envolve a possibilidade de apresentar razões, seja quanto ao direito, seja em relação aos fatos; a realização adequada da prova; a concessão de prazos razoáveis para defesa e o pronunciamento das partes; conhecimento pleno de todos os elementos necessários para a preparação de defesa; intimação válida para os atos relevantes do processo; a possibilidade de carrear ao processo os elementos para o esclarecimento dos fatos; o direito de omitir-se ou calar-se, o que é hoje previsto inclusive no CPC/2015 em seu art. 379” (JOBIM, Marco Felix. Comentários à Constituição do Brasil / J.J. Gomes Canotilho... [et al.]; outros coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Streck e Gilmar Ferreira Mendes. – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 467).

demandado; (ii) a adoção de procedimento de cognição plena e exauriente como procedimento padrão para tutela dos direitos e para persecução penal; (iii) o direito à defesa pessoal e à defesa técnica no processo penal; e (iv) o direito à dupla cientificação da sentença penal condenatória.¹⁹³”.

O direito à prova é inerente à garantia da ampla defesa e visa à redução da assimetria informacional entre as partes. O juiz deve conferir às partes a possibilidade de acompanhar e participar da produção das provas.¹⁹⁴ E isso por uma razão óbvia: se a função da prova é conferir veracidade às alegações das partes, a concretude do princípio constitucional é atingida quando o direito de provar não encontrar limitação, ou restrição pelo juiz.

Como manifestação do princípio do contraditório e ampla defesa, o diploma processual em vigor estabelece que “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” (art. 9) e que nenhuma decisão poderá ser proferida “com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (art. 10).

Os dispositivos contemplam a vedação da decisão surpresa, ou de terceira via, a qual “diminui o papel de auxiliar dos próprios litigantes na solução do caso concreto”¹⁹⁵. Em linhas gerais, pode ser considerada a solução aplicada com fundamento não invocado pelas partes, ou sobre o qual não fora oportunizado às partes a oportunidade de contribuir.

Na conjuntura do atual código de processo civil, sendo dois ângulos do devido processo legal, o direito à prova deve ser interpretação em sintonia com a vedação da decisão surpresa, sobretudo em relação às questões de fato. Ninguém conhece melhor os fatos que serão objeto de subsunção ao texto legal do que as partes. Nessa ordem de ideias,

¹⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 875.

¹⁹⁴ É o que ensina: Nery Junior, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal* – 13 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 251.

¹⁹⁵ Para o Professor Arruda Alvim, a vedação da decisão surpresa é “*norma fundamental que atinge todos os julgadores, em qualquer grau de jurisdição, e diz respeito a qualquer fundamento possivelmente invocado nas decisões*”. Isso porque, seria contraditório exigir boa-fé e a cooperação dos envolvidos no processo, se “*for considerada legítima uma decisão judicial que se distancia daquilo que foi debatido pelas partes, o que diminui o papel de auxiliar dos próprios litigantes na solução do caso concreto*”. Para o Autor, o art. 10º do CPC consagra a dimensão do contraditório, na medida em que garante às partes a efetiva contribuição para o conteúdo da decisão e a impossibilidade de que “*as pessoas sejam surpreendidas, no momento da decisão judicial, com um argumento ou alegação de que não cogitaram, e cuja incidência ao caso poderia ser afastada ou modificada, se a matéria tivesse sido previamente debatida*”. (ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 18ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. P. 287-289).

deparando-se o juiz com questão fática determinante ao seu convencimento, não debatida pelas partes, na condição de “terceiro imparcial”¹⁹⁶, tem o dever (não apenas a faculdade) de torná-la objeto de instrução probatória.¹⁹⁷

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está alinhada à essa concepção e, no exercício do seu papel de conferir a melhor interpretação à legislação infraconstitucional, já definiu as bases das hipóteses que se enquadram no conceito jurídico de decisão surpresa. Por todos, cita-se a recente decisão proferida no julgamento do AgInt no REsp n. 2.108.615/CE, de relatoria da Ministra Regina Helena Costa¹⁹⁸:

“Decorrente do princípio do contraditório, a vedação a decisões surpresa tem por escopo permitir às partes, em procedimento dialógico, o exercício das faculdades de participação nos atos do processo e de exposição de argumentos para influir na decisão judicial, impondo aos juízes, mesmo em face de matérias de ordem pública e cognoscíveis de ofício, o dever de facultar prévia manifestação dos sujeitos processuais a respeito dos elementos fáticos e jurídicos a serem considerados pelo órgão julgador” (AgInt no REsp n. 2.108.615/CE, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 22/4/2024, DJe de 25/4/2024.).

Especificamente no contexto das plataformas digitais, cabe destacar o julgamento realizado em 03/10/2024 pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, confirmando a condenação de uma plataforma a indenizar um usuário por danos morais, em decorrência da desativação do seu perfil com base na violação aos Termos de Uso sem que fosse assegurado o exercício do contraditório. Pela relevância, cita-se o trecho da ementa do acórdão.¹⁹⁹:

¹⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal – 13 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 266.

¹⁹⁷ ANDRADE Érico. A atuação judicial e o contraditório: o art. 10 do CPC/2015 e as consequências da sua violação, em Revista de Processo, vol. 283/2018, p. 55 – 106, Set / 2018.

¹⁹⁸ No mesmo sentido: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. SERVIDOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 10 DO CPC/2015. DECISÃO COM BASE EM ARGUMENTO NÃO DEBATIDO PELAS PARTES. NECESSIDADE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO. CONTRADITÓRIO PREVENTIVO. DECISÃO SURPRESA. NULIDADE. OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.1. A decisão de origem está em conformidade com o que tem decidido este Superior Tribunal: “Na hipótese há de ser aplicada tal orientação jurisprudencial tendo em vista que o art. 10 do novo Código de Processo Civil estabelece que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” (AgInt no AREsp n. 1.743.765/SP, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 16/11/2021, DJe de 13/12/2021). 2. Agravo interno não provido”. (AgInt no REsp n. 2.102.097/RN, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 8/4/2024, DJe de 11/4/2024.).

¹⁹⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. 0832615-06.2022.8.19.0205 - Apelação. Des(a). Gilberto Clóvis Farias Matos - Julgamento: 03/10/2024 - DECIMA TERCEIRA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 22ª CÂMARA CÍVEL.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. REDE SOCIAL. DESATIVAÇÃO DE PERFIL. GARANTIA DO CONTRADITÓRIO. MARCO CIVIL DA INTERNET. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. CORRETA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. DANO MORAL CARACTERIZADO. REDUÇÃO DO QUANTUM COMPENSATÓRIO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. Autor que teve o perfil mantido na rede social Instagram desativado. Utilização para divulgação de material destinado a músicos. A ré alegou recebimento de denúncia de terceiros, quanto à violação de direitos de propriedade intelectual. 2. É certo que, ao aderir à plataforma, o usuário deve aceitar os termos e condições gerais de uso, e cabe ao provedor de aplicações o exercício do controle, para que o conteúdo publicado esteja de acordo com as regras e diretrizes da comunidade. E desse modo, é possível a remoção de publicações e de perfis que desrespeitem as normas estabelecidas, com vistas à manutenção da segurança no ambiente virtual. 3. Ocorre que o princípio da boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil) impõe àqueles ligados por uma relação jurídica um padrão de comportamento pautado nos deveres de lealdade, a transparência e a colaboração. E assim é que a suspensão ou o desligamento da conta não pode ser estabelecido sem a prestação de informações claras e precisas, que lhe permitam exercer o contraditório e a ampla defesa sem óbices. Artigo 20 da Lei n. 12.965/2014. 4. A ré não se desincumbiu do ônus de demonstrar que permitiu ao autor sanar as irregularidades antes da adoção da providência mais drástica.

A solução adotada evidencia a tendência de a jurisprudência nacional enaltecer a observância das garantias fundamentais nos julgamentos realizados por agentes privados, em consonância com a teoria do devido processo tecnológico.

3. AUTORREGULAÇÃO REGULADA E GOVERNANÇA PRIVADA: CONTROLE E MODERAÇÃO DE CONTEÚDO DE TERCEIROS PELAS PLATAFORMAS DIGITAIS

As primeiras legislações sobre internet foram elaboradas com base na premissa da neutralidade das plataformas digitais. Essa concepção original se dissipou ao longo de quase vinte anos, sobretudo com a constatação de que o modelo de negócio das plataformas não se resume a vender anúncios publicitários. A receita é obtida majoritariamente a partir do condicionamento do comportamento dos seus usuários para maior satisfação dos seus anunciantes.²⁰⁰ Heloisa Bianquini, nesse sentido, registra que houve “perda da inocência em relação às discussões dos anos 1999 e início dos anos 2000”²⁰¹.

A experiência revelou os efeitos adversos do sistema regulatório que orientava o modelo de negócios das plataformas de redes sociais. Houve, então, um despertar da comunidade acadêmica, que passou a investigar os processos de tomada de decisões com base no uso econômico dos dados. Nessa conjuntura, intensificaram-se globalmente dos debates envolvendo a regulação do ambiente digital, de modo a estabelecer um cenário de estabilidade das relações envolvendo atores privados, usuários de redes sociais e governos.

Neste capítulo, se examinará o contexto das leis norte-americana e brasileira que imunizaram as plataformas que intermediam conteúdo de terceiros, e as razões que levaram ao esgotamento do sistema tradicional de “não moderação”. Com essa concepção, serão analisados os institutos de direito administrativo da autorregulação e da autorregulação regulada, que combina a regulação e fiscalização estatal com a autorregulação privada. Após, será objeto de análise a disciplina da moderação de conteúdo e as técnicas de moderação de conteúdo realizadas pelas plataformas digitais.

²⁰⁰ FREDES, Andrei Ferreira. Liberdade de expressão, direito à informação e redes sociais: regulação constitucionalmente adequada sobre a moderação de conteúdo na construção de um espaço virtual democrático e plural. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2022. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/10201>. Acesso em 29 out. 2024.

²⁰¹ BIANQUINI, Heloisa. Regulação ex ante, regulação ex post e regulação responsiva: notas exploratórias sobre o processo sancionador da autoridade nacional de proteção de dados. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 397/398.

3.1. O PASSADO, O PRESENTE E A (EXPECTATIVA) DO FUTURO DA REGULAÇÃO

3.1.1. O regime de (ir)responsabilidade nos Estados Unidos, determinado pela Seção 230 do *Communications Decency Act* (CDA)

A compreensão a respeito do desenvolvimento do espaço virtual remonta ao ano de 1996, quando aprovado o regime de responsabilidade dos provedores de serviços online no direito norte-americano, com base nas disposições normativas da Seção 230 da *Communications Decency Act* (CDA), primeiro marco normativo sobre o tema que influenciou a edição de outras leis pelo mundo.

O “Ato de Decência das Comunicações” foi promulgado em 1996 para alterar a legislação americana de telecomunicações, estabelecendo um ambiente regulatório adequado aos novos serviços online²⁰², originalmente estruturado exclusivamente como intermediação de conteúdo de terceiros de forma neutra. A dinâmica do conteúdo veiculado pelos meios de comunicação virtual, produzido exclusivamente pelos usuários, foi uma disrupção para o modelo de comunicação unidirecional, com controle editorial de conteúdo pela mídia tradicional, modelo que estava no escopo de proteção da Primeira Emenda²⁰³. Tarleton Gillespie elucida que a lei não foi elaborada para o modelo específico das plataformas de mídia social, embora as plataformas tenham conseguido usufruir delas de qualquer maneira. Os regulamentos que atualmente regem as plataformas de mídia social foram concebidos para uma categoria mais ampla de serviços online e provedores de acesso²⁰⁴.

²⁰² Moderação de conteúdo [livro eletrônico]: nas plataformas digitais / coordenação Luis Felipe Salomão, Elton Leme; coordenação técnica João Paulo Bachur. -- Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2024, p. 33.

²⁰³ Nas palavras de Ricardo Campos: “Com a Primeira Emenda, o escopo da regulamentação concentrou-se nos contornos de uma sociedade na qual o indivíduo e, sobretudo, as organizações desempenham um papel crucial na construção e formação da dimensão coletiva da informação na sociedade. Portanto, o escopo de proteção da Primeira Emenda relacionava-se, por um lado, à relação entre o Estado e o indivíduo e, por outro às organizações jornalísticas como os principais veículos de comunicação de massa que davam contornos aos regimes de responsabilidade. Consequentemente, a Primeira Emenda visava classicamente proteger o indivíduo da interferência do Estado em seu direito político de se expressar e de disseminar pensamentos e opiniões e, ao mesmo tempo, estruturar a responsabilidade pela produção de informações em sua dimensão coletiva, que até então estava vinculada aos contornos epistêmicos conferidos pela sociedade das organizações” (CAMPOS, Ricardo, *Metamorfoses do Direito Global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia* / Ricardo Campos. –São Paulo, SP: Editora Contracorrente, 2023, p. 302/303).

²⁰⁴ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 33.

De todo modo, o diploma foi considerado um verdadeiro “laboratório”²⁰⁵, estabelecendo distinção conceitual entre o modelo de negócios dos intermediadores de conteúdo de terceiros e os meios de comunicação tradicionais, que produziam seus conteúdos próprios.

À época, considerou-se que, pela natureza dos serviços, os intermediários se aproximavam em maior extensão aos sistemas telefônicos, ou de mensageria, que transmitem mensagens entre emissores e receptores, sem interferir no conteúdo²⁰⁶. Por essa razão, a lei se afastou do regime de responsabilização nos moldes aplicados aos serviços editoriais, fomentando a dimensão autorreguladora das empresas e o desenvolvimento²⁰⁷.

A lei foi aprovada após a paradigmática decisão proferida pelo Tribunal Superior de Nova York no caso *Stratton Oakmont v. Prodigy*, que responsabilizou um provedor de serviços online pela sua iniciativa de moderação de conteúdo difamatório de usuário veiculado na plataforma, sob o fundamento de que, na qualidade de intermediária, não poderia realizar atividade típica de editor de conteúdo²⁰⁸.

Thomas Vesting e Ricardo Campos descrevem que a Seção 230 do CDA surge em um momento de “incertezas entre o Congresso americano e o emergente setor dos serviços digitais”²⁰⁹. O modelo – até então inédito – de auto-organização rompe com a tradição da “sociedade da organização”, regime de responsabilidade que se aplicava às mídias de comunicação de massa, como rádio, televisão e imprensa²¹⁰.

²⁰⁵ CAMPOS, Ricardo, *Metamorfoses do Direito Global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia* / Ricardo Campos. – São Paulo, SP: Editora Contracorrente, 2023, p. 300.

²⁰⁶ É como descrevem: PINHEIRO, Alexandre Pereira, PINHEIRO, Guilherme. BUSCADORES E REDES SOCIAIS: LIMITES DA MODERAÇÃO E DA LIBERDADE EDITORIAL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES NA INTERNET. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 588–605, 2021. DOI: 10.21783/rei.v7i2.520. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/520>. Acesso em: 27 out. 2024.

²⁰⁷ CAMPOS, Ricardo, *Metamorfoses do Direito Global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia* / Ricardo Campos. – São Paulo, SP: Editora Contracorrente, 2023, p. 302/303

²⁰⁸ ESTADOS UNIDOS. New York Supreme Court. *Stratton Oakmont v. Prodigy Servs Co.*, 1995. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-506/78369/20190104160222952_Hassell%20Reply%20Brief%20in%20Support%20of%20Petition.pdf. Acesso em 20 out. 2024.

²⁰⁹ VESTING, Thomas, CAMPOS, Ricardo, *Curadoria de conteúdo: regulação de mídia para o século XXI. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings...* [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 55.

²¹⁰ VESTING, Thomas, CAMPOS, Ricardo, *Curadoria de conteúdo: regulação de mídia para o século XXI. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings...* [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 55.

A Seção 230 do CDA se divide em duas partes. A primeira, disciplina uma salvaguarda para as plataformas, que não são responsabilizadas em relação a conteúdos de terceiros considerados ilegais ou ofensivos, porque essas empresas não podem ser comparadas a editores de conteúdo de terceiros. A segunda seção, ficou conhecida como bloqueio do bom samaritano (*good Samaritan blocking and screening*)²¹¹, concede imunidade às plataformas que proativamente realizem moderação de conteúdo para “restringir o acesso ou a disponibilidade de material que o provedor ou usuário considere obsceno, lascivo, indecente, sujo, excessivamente violento, hostil ou de outra forma censurável”²¹², não a considerando um “editor” por assim agir²¹³. A análise textual evidencial que a proteção se estendia sobre direitos que não tem cunho patrimonial.

Como não foi originariamente estruturada para regulação das plataformas de redes sociais, seus ditames não versam de forma direta sobre a atividade de moderação de conteúdo.²¹⁴

As balizas interpretativas da Seção 230 do CDA foram estabelecidas no julgamento do caso *Zeran v. America Online*²¹⁵, protegendo a AOL de responsabilidade

²¹¹ A esse respeito, Guilherme Pinheiro e Alexandre Pinheiro aduzem que: “(...) mesmo que a rede social, o buscador ou qualquer outro provedor de aplicações apague ou edite determinado conteúdo, isso, por si só, não o tornaria um *publisher*, um editor, para fins de responsabilidade em relação àquele conteúdo”. (PINHEIRO, A. P.; PINHEIRO, G. BUSCADORES E REDES SOCIAIS: LIMITES DA MODERAÇÃO E DA LIBERDADE EDITORIAL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES NA INTERNET. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 588–605, 2021. DOI: 10.21783/rei.v7i2.520. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/520>. Acesso em: 27 out. 2024).

²¹² Sobre isso: ALBUQUERQUE, Carlos Antônio Menezes de. Observações na Moderação de Conteúdo: iniciativas legais e sua prática na autorregulação regulada e autorregulação. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 400.

²¹³ Tarleton Gillespie afirma que: “As plataformas de mídia social estão ansiosas para manter as proteções de porto seguro consagradas na Seção 230, que as isentam de responsabilidade por quase tudo o que seus usuários possam dizer ou fazer. Mas todas elas também aproveitam a segunda parte de sua proteção: quase todas as plataformas impõem suas próprias regras e policiam seus sites em busca de conteúdo e comportamento ofensivo. Na maioria dos casos, seu policiamento incessante e sistemático vai muito mais a fundo do que a lei exige. Em termos de impacto no discurso público e na experiência vivida pelos usuários, as regras que essas plataformas impõem provavelmente importam mais do que as restrições legais sob as quais operam. O porto seguro dá às plataformas espaço para escolher quando, em que grau e por que reivindicar responsabilidade pelo material que hospedam — além do que é legalmente exigido” (GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 34 – tradução do original).

²¹⁴ ALBUQUERQUE, Carlos Antônio Menezes de. Observações na moderação de conteúdo: iniciativas legais e sua prática na autorregulação regulada e autorregulação. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 397/398.

²¹⁵ A esse respeito: “The first federal appellate court to interpret § 230(c)(1) adopted the broader reading. On November 12, 1997, the Fourth Circuit issued its opinion in *Zeran v. America Online*. The case involved

por postagens ofensivas em seus quadros de mensagens, mesmo após ter sido notificada a esse respeito. As decisões que se seguiram adotaram a mesma solução jurídica, consolidando a jurisprudência sobre a ampla imunidade às plataformas.

Como informam Thomas Vesting e Ricardo Campos, a desvinculação da “responsabilidade pela atribuição de conhecimento” estabelecida pela lei tornou-a uma verdadeira incubadora, fomentando novos negócios a partir do conteúdo produzido por terceiro²¹⁶. O modelo regulatório norte-americano, na ótica dos autores, permitiu o desenvolvimento “de um espaço criativo e inovador para testar novas possibilidades além das estruturas e experiências estabelecidas da sociedade de organizações”²¹⁷.

É certo que o regime de responsabilidade civil previsto na Seção 230 foi fundamental para o crescimento dos provedores de aplicações e para a própria expansão da internet, pavimentando o caminho para as plataformas de redes sociais que conhecemos hoje. Ricardo Campos elucida que o sucesso do novo regime como “instituição jurídica” estava condicionado à sua incorporação a outros sistemas jurídicos nacionais, o que foi determinante para a “promoção da nova economia digital”, resultado da confluência das estruturas organizacionais das plataformas, da “coprodução de conhecimento com novas técnicas de manejo do volume informacional, como aplicações de inteligência artificial e algoritmos inteligentes”²¹⁸.

Para os defensores da reformulação do sistema de responsabilização da Seção 230 do CDA, o grau de imunidade estabelecido há trinta anos seria excessivamente permissivo e incondizente com o poder das plataformas de redes sociais nos dias atuais. Como destacam Guilherme Pinheiro e Alexandre Pinheiro “O problema surge quando

offensive posts on an AOL bulletin board that purported to sell t-shirts with tasteless jokes about the recent Oklahoma City bombing. The posts instructed readers to call “Ken” at a Seattle phone number that belonged to Ken Zeran.⁸⁶ Zeran, who had nothing to do with the advertisements and did not even have an AOL account, received many angry calls and death threats.⁸⁷ Zeran repeatedly contacted AOL about the ads, but the company failed to promptly remove them or prevent their reposting” (Kosseff, Jeff, A User's Guide to Section 230, and a Legislator's Guide to Amending It (or Not) (August 14, 2021). Berkeley Technology Law Journal, Vol. 3 (Kosseff, Jeff, A User's Guide to Section 230, and a Legislator's Guide to Amending It (or Not) (August 14, 2021). Berkeley Technology Law Journal, Vol. 37, No. 2, 2022, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3905347>. Acesso em 20 out. 2024).

²¹⁶ VESTING, Thomas, CAMPOS, Ricardo, *Curadoria de conteúdo: regulação de mídia para o século XXI. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil* / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 45.

²¹⁷ VESTING, Thomas, CAMPOS, Ricardo, *Curadoria de conteúdo: regulação de mídia para o século XXI. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil* / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 66.

²¹⁸ CAMPOS, Ricardo, *Metamorfoses do Direito Global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia* / Ricardo Campos. – São Paulo, SP: Editora Contracorrente, 2023, p. 311.

empresas monopolistas, ou quase monopolistas, induzem, escondem e manipulam a expressão e o discurso, sem transparência”²¹⁹. E isso, com a finalidade essencialmente lucrativa. Não por outra razão, ocupam as primeiras posições no ranking de empresas de tecnologia com maior valor de mercado no mundo²²⁰ e não teriam chegado a esses lugares de destaque sem a realização de curadoria do conteúdo que por elas circulam em benefício dos seus interesses econômicos.

É nesse contexto que surge a necessidade de atualização da legislação que sustenta a tradição da imunidade dos intermediadores de conteúdos de terceiros. Alguns movimentos nessa direção já foram realizados. Jeff Kosseff informa que desde 2019, foram apresentadas mais de 25 propostas legislativas para alterar o regime de responsabilidade previsto da Seção 230²²¹.

É indubitável que a modelagem de intermediação de conteúdo com imunidade às plataformas fomentou o desenvolvimento tecnológico. Também não há dúvidas de que em algum ponto, as plataformas se desviaram do propósito original de intermediação em sentido estrito, transmutando-se em meios de controle do fluxo informacional e consolidando-se como novos guardiões do discurso público na internet, de maneira que a imunidade ampla deixou de fazer sentido na atualidade. Neste mesmo sentido, já se pronunciaram Ana Paula Vieira Carvalho e Ramon de Vasconcelos Negócio²²².

A implementação de novas frentes de atuação foi o divisor de águas na trajetória das plataformas, quando o modelo de negócio dos intermediários se aproximou mais dos meios de comunicação tradicionais com edição de conteúdo, desaparecendo algumas as características específicas que os diferenciavam na origem. Diferenças essas que nortearam a edição da Seção 230 do CDA.

²¹⁹ PINHEIRO, A. P.; PINHEIRO, G. Buscadores e redes sociais: limites da moderação e da liberdade editorial dos provedores de aplicações na internet. REI - Revista Estudos Institucionais, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 588–605, 2021. DOI: 10.21783/rei.v7i2.520. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/520>. Acesso em: 27 out. 2024.

²²⁰ FORBES. Quais são as maiores empresas de tecnologia do mundo em 2023. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/06/quais-sao-as-maiores-empresas-de-tecnologia-do-mundo-em-2023/#foto10>. Acesso em 28 out. 2024.

²²¹ KOSSEFF, Jeff, A User's Guide to Section 230, and a Legislator's Guide to Amending It (or Not) (August 14, 2021). Berkeley Technology Law Journal, Vol. 37, No. 2, 2022, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3905347>. Acesso em 20 out. 2024.

²²² CARVALHO, Ana & NEGÓCIO, Ramon. A autorregulação regulada e a moderação de conteúdo no facebook. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**. 9. 10.26668/IndexLawJournals/2526-0049/2023.v9i2.10013. Acesso em 28 out. 2024.

Como relata Tarleton Gillespie²²³, a moderação de conteúdo passa a ser a principal atividade exercida pelas plataformas, com repercussões na esfera de direitos fundamentais dos indivíduos, o que tem gerado debates globais a respeito do enfraquecimento do modelo americano de imunidade dos intermediadores. Com o olhar voltado para os tempos atuais, o autor defende uma solução intermediária que congregue imunidade e responsabilidade para as plataformas, com o atendimento de padrões mínimos para o exercício de moderação, como o princípio da transparência, com a disponibilização de meios adequados para impugnar as decisões tomadas pelas plataformas²²⁴.

3.1.2. O Marco Civil da Internet e os debates sobre a inconstitucionalidade do artigo 19

O modelo de regulatório brasileiro adotou a mesma lógica de imunidade das plataformas por conteúdo produzido por terceiros da Seção 230 do CDA do direito norte-americano. A semelhança entre os modelos regulatórios é que ambos não regulamentam a atividade de moderação de conteúdo de forma direta. O fazem de forma reflexa ao estabelecerem o regime de responsabilidade das plataformas²²⁵.

Nos dez anos da vigência do Marco Civil da Internet, a conscientização sobre o agravamento dos riscos aos direitos fundamentais na internet e a evolução dos debates sobre as obrigações das plataformas de redes sociais levou a diversos questionamentos a respeito do regime regulatório do MCI. O ponto de maior atenção se volta à possível incongruência do texto do artigo 19 *caput*, com os artigos. 5º, incisos II, IV, IX, XIV e XXXVI, e 220, *caput*, parágrafos 1º e 2º, da Constituição.

²²³ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 52. Disponível em: <<https://unglueitfiles.s3.amazonaws.com/ebf/5f82765552144327afd531625486f0e3.pdf>>. Acesso em 21 out. 2024.

²²⁴ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 52. Disponível em: <<https://unglueitfiles.s3.amazonaws.com/ebf/5f82765552144327afd531625486f0e3.pdf>>. Acesso em 21 out. 2024.

²²⁵ ALBUQUERQUE, Carlos Antônio Menezes de. Observações na Moderação de Conteúdo: iniciativas legais e sua prática na autorregulação regulada e autorregulação. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 398.

Com objetivo declarado de “assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”²²⁶, o dispositivo em questão estabelece o regime de responsabilidade dos provedores de aplicação²²⁷ por conteúdos ofensivos ou ilegais produzidos por terceiros. A dinâmica que orienta a teoria geral da responsabilidade civil em abstrato – ou seja, o ato ilícito que enseja o dever de indenizar –, no contexto das relações que se desenvolvem nas plataformas de redes sociais, se perfaz “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”.

O diploma adotou o modelo norte-americano *notice and takedown*, no qual o requisito que enseja a responsabilidade civil e o dever de indenizar é o descumprimento de ordem judicial para o exercício de moderação de conteúdo ilegal.

Sob a perspectiva de proteção à liberdade de expressão, o regime de responsabilidade civil dos provedores de aplicação institui um ambiente de incentivo à inércia das plataformas, pois, não havendo ordem judicial expressa para a moderação de determinado conteúdo, qualquer iniciativa nesse sentido – a despeito de impedir abusos e ilegalidades - corre o risco de ser considerada interferência arbitrária à liberdade de expressão, protegida pelo MCI²²⁸. Por outra perspectiva, a inércia estimulada pelo texto legal pode ser favorável aos interesses econômicos da plataforma, uma vez que o desconhecimento dos usuários quanto aos seus direitos, hipossuficiência e vulnerabilidade, torna baixo o risco de judicialização de pretensões à reparação por direitos violados.

Uma das críticas ao atual sistema legal é de que o tempo de ação é desfavorável ao usuário, ao invés de impedir, acaba por permitir a difusão viral de conteúdos ilegais, fakenews e discursos de ódio até o cumprimento das formalidades processuais que resultam na notificação judicial exigida pelo art. 19 *caput*.

²²⁶ BRASIL. Lei 12.965 de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 06 de jan. 2025.

²²⁷ O art. 5º, VII do MCI estabelece o conceito de “aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”.

²²⁸ Essa é a posição defendida por Anderson Scheiber (SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: DE LUCCA, Newton et al. *Direito & Internet III*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. II. p. 288.) e Ricardo Campos (CAMPOS, Ricardo. A transformação da responsabilidade dos intermediários da Internet. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da; FONSECA, Reynaldo Soares da; Sérgio Silveira Banhos; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de (Orgs.). *Democracia, justiça e cidadania: desafios e perspectivas*. Homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso. Ed. Fórum, 2020. t. 1).

A pesquisa realizada por Ivar Alberto Hartmann e Julia Iunes Monteiro revelou que até 2020 foram apresentados 49 projetos de lei perante o Congresso Nacional propondo alterações ao regime de responsabilidade dos provedores de aplicação, em sua maioria (cerca de 33%), voltadas para a supressão do requisito da prévia e específica notificação judicial para o exercício de moderação de conteúdo²²⁹.

A questão é complexa. Pelos estudiosos do tema, formularam-se teses consistentes a favor e contra o enrijecimento do sistema de responsabilidade dos provedores.

A corrente doutrinária/acadêmica que defende a inconstitucionalidade material do artigo 19 do MCI, está ancorada na premissa de que a lei, a despeito de proteger a liberdade de expressão, retiraria das plataformas a responsabilidade de moderar conteúdos ilegais e ofensivos. Cita-se, nesta linha de defesa, Guilherme Magalhães Martins, ao asseverar que a competência privativa do Poder Judiciário para notificação para moderação de conteúdo, ao invés de impedir a perpetração da ilegalidade, “impõe mais um ônus à vítima, que agora precisa provocar o Judiciário para requerer a retirada do conteúdo ofensivo, além de provocar o aumento da extensão do dano, uma vez que o mesmo ficará mais tempo disponível na rede”²³⁰. De acordo com o autor, o MCI “consagra a prevalência das situações patrimoniais sobre as existenciais”, reduzindo o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV, da CR), “em nome da exaltação de uma liberdade de expressão que não pode ser absoluta”.

Os defensores da constitucionalidade do art. 19 da Lei 12.965/2014, de outro lado, defendem que o dispositivo coloca a liberdade de expressão no centro de proteção. Gilmar Mendes e Victor Fernandes, anunciam que eventual mudança na estrutura do regime de responsabilidade dos provedores estabelecida no MCI “traz consigo o risco de

²²⁹ HARTMANN, Ivar Alberto; IUNES, Julia. Fake news no contexto de pandemia e emergência social: os deveres e responsabilidades das plataformas de redes sociais na moderação de conteúdo online entre a teoria e as proposições legislativas. *Direito Público*, v. 17, n. 94, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3CYc8IN>. Acesso em 1º set. 2024.

²³⁰ MARTINS, Guilherme Magalhães. Vulnerabilidade e responsabilidade civil na internet: a inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 137. ano 30. p. 33-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2021. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89894200000191d3a61a20894c8522&docguid=Ib998b5f0226f11ec861bae90dcc97b3c&hitguid=Ib998b5f0226f11ec861bae90dcc97b3c&spos=2&epos=2&td=879&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 08 set. 2024.

notificações extrajudiciais abusivas ou infundadas comprometerem a liberdade de manifestação e a pluralidade democrática na rede”²³¹.

Segundo Caio Miachon Tenorio e Thays Bertoncini, a declaração de inconstitucionalidade, retirando o art. 19 caput do MCI do mundo jurídico, “não resolve o problema a que se propõe”. Isto, porque “poderia provocar um vácuo normativo com capacidade desestruturante sobre todo o ecossistema das plataformas, gerando insegurança jurídica e instabilidade”²³².

Valeria Ferioli Lagrasta sustenta que esse posicionamento “traz como corolário o desincentivo à censura privada exacerbada por parte dos provedores de aplicações”²³³. Isto, porque caso possível o exercício de moderação por meio de notificação extrajudicial dos usuários, geraria um ambiente favorável à remoção indiscriminada de conteúdos como medida de contingenciamento. Trata-se do fenômeno denominado resfriador da liberdade de expressão, ou *chilling effect*, em que as plataformas realizam bloqueios excessivos de conteúdo para evitar futuras indenizações, o que acabaria por violar a liberdade de expressão.

Recentemente (27 de agosto de 2024), no julgamento do Recurso Especial n.º 2.139.749/SP, o Superior Tribunal de Justiça, no exercício do seu papel institucional de conferir interpretação à legislação infraconstitucional, se debruçou a respeito do sentido e alcance do art. 19 do MCI. Por meio deste recurso, sob a ótica da proteção à liberdade de expressão, questionou-se a legalidade da remoção de vídeos publicados por um médico neurologista no YouTube, relativos à pandemia da Covid-19, por violação da política de spam, prática enganosa e golpe²³⁴.

O voto-condutor do acórdão, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, fez uma importante distinção entre o caso *sub analise* e os enfrentados em outros

²³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. 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. vol. 31. ano 9. p. 33-68. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2022-9857>>. Acesso em: 15 set. 2024.

²³² TENORIO, Caio Miachon e BERTONCINI Thays, (In)Constitucionalidade do artigo 19 da Lei 12.965/14. Justiça? Direito digital: novas fronteiras e desafios em um mundo em transformação. Reflexões sobre o impacto da tecnologia no direito: proteção de dados, inteligência artificial, criptomoedas, ESG, recuperação de crédito, direito do consumidor e direito público / organização Solano de Camargo, Paulo Vinicius de Soares Carvalho. – 1. ed. – São Paulo: LBCA, 2023, p. 308.

²³³ LAGRASTA, Valeria Ferioli. Nota sobre o Marco Civil da Internet e a inconstitucionalidade do art. 19 da Lei 12.965/14. Revista de Direito do Consumidor. vol. 148. ano 32. p. 43-62. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. Disponível em: <https://firm.legalone.com.br/home>. Acesso em: 08 set. 2024.

²³⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 2.139.749/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 27/8/2024, DJe de 30/8/2024.

julgados da Corte, acerca da responsabilidade civil de provedores de aplicação para moderação de conteúdo: os casos anteriormente analisados “envolviam relação jurídica triangular entre o usuário da internet”, ou seja, “tratou-se de casos em que a responsabilidade civil do provedor foi analisada a partir de denúncia de terceiro, para que fosse realizada a retirada do conteúdo ofensivo”. O caso que originou o acórdão em questão, a sua vez, não houve denuncia de terceiros sobre a ilicitude dos conteúdos publicados pelo recorrente, a moderação foi realizada por iniciativa própria da plataforma, a partir da constatação de violação aos termos de uso.

O acórdão - que negou provimento ao Recurso Especial -, reconheceu a regularidade formal dos mecanismos de moderação de conteúdo em exercício de autotutela pela plataforma:

“Assim, é legítimo que um provedor de aplicação de internet, mesmo sem ordem judicial, retire de sua plataforma determinado conteúdo (texto, mensagem, vídeo, desenho etc.) quando este violar a lei ou seus termos de uso, exercendo uma espécie de autorregulação regulada: autorregulação ao observar suas próprias diretrizes de uso, regulada pelo Poder Judiciário nos casos de excessos e ilegalidades porventura praticados. É certo que o Marco Civil da Internet estabelece que o provedor de aplicações somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não o tornar indisponível (...). Todavia, esse diploma normativo não impede nem proíbe a moderação de conteúdo, que ocorre quando o próprio provedor, por iniciativa própria, retira de sua plataforma conteúdo que viola a lei ou os termos de uso. Tal indisponibilização pode ser reconhecida, até mesmo, como uma atividade lícita de *compliance* interno da empresa²³⁵.

²³⁵ Eis a ementa do acórdão: “RECURSO ESPECIAL. MARCO CIVIL DA INTERNET. PROVEDOR DE APLICAÇÃO. PLATAFORMA DE VÍDEO. PANDEMIA DA COVID-19. TERMOS DE USO. DESINFORMAÇÃO. MODERAÇÃO DE CONTEÚDO. REMOÇÃO. LEGITIMIDADE. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. SHADOWBANNING. NÃO OCORRÊNCIA. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. CONDICIONANTES. 1. A controvérsia jurídica consiste em definir se (i) o provedor de aplicação de internet (no caso, plataforma de vídeo) pode remover conteúdo de usuário que violar os termos de uso e se (ii) tal moderação de conteúdo encontra amparo no ordenamento jurídico. 2. Ausente o prequestionamento, e não tendo sido opostos embargos de declaração para suprir a deficiência, aplicam-se as Súmulas nºs 282 e 356/STF. 3. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide ante a suficiência dos elementos documentais. Tema 437/STJ. 4. Os termos de uso dos provedores de aplicação, que autorizam a moderação de conteúdo, devem estar subordinados à Constituição, às leis e a toda regulamentação aplicável direta ou indiretamente ao ecossistema da internet, sob pena de responsabilização da plataforma. 5. Moderação de conteúdo refere-se à faculdade reconhecida de as plataformas digitais estabelecerem normas para o uso do espaço que disponibilizam a terceiros, que podem incluir a capacidade de remover, suspender ou tornar indisponíveis conteúdos ou contas de usuários que violem essas normas. 6. O art. 19 da Lei Federal nº 12.965/2014 ("Marco Civil da Internet") não impede nem proíbe que o próprio provedor retire de sua plataforma o conteúdo que violar a lei ou os seus termos de uso. Essa retirada pode ser reconhecida como uma atividade lícita de compliance interno da empresa, que estará sujeita à responsabilização por eventual retirada indevida que venha a causar prejuízo injustificado ao usuário. 7. Shadowbannig consiste na moderação de conteúdo por meio do bloqueio ou restrição de um usuário ou de seu conteúdo, de modo que o banimento seja de difícil detecção pelo usuário

A constitucionalidade do art. 19 do MCI está em análise pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto dos seguintes recursos: Recurso Extraordinário n.º 1.037.396 (rel. Min. Dias Toffoli)²³⁶, representativo do Tema 987 da repercussão geral; Recurso Extraordinário n.º 1.057.258 (rel. Min. Luiz Fux)²³⁷, representativo do Tema 533 da repercussão geral (afetação ocorreu antes da promulgação do MCI) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 403²³⁸. Até a data de entrega deste trabalho, fora proferido o voto do Ministro Dias Toffoli no sentido de declarar a inconstitucionalidade do dispositivo pois, na sua ótica, as plataformas detêm condições tecnológicas de ampliação do sistema *notice and take down*²³⁹.

Em linhas muito gerais, o caso paradigma que deu origem ao Tema 978, foi uma demanda proposta perante o Juizado Especial Cível de Capivari/SP, em 17 de novembro de 2014, por Lourdes Pavioto Correa em face do Facebook. Veicula como causa de pedir a criação de perfil falso em seu nome na plataforma, com a divulgação indevida de suas fotos e publicações ofensivas a terceiros, o que causou danos reputacionais. O pedido, então, era para que o Facebook excluísse o perfil falso, informasse o IP correspondente ao perfil falso, além de reparação pelos danos causados à sua honra e imagem.

(assimetria informacional e hipossuficiência técnica). Pode ser realizado tanto por funcionários do aplicativo quanto por algoritmos e, em tese, caracterizar ato ilícito, arbitrariedade ou abuso de poder. Não ocorrência, no presente caso. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido”. (REsp n. 2.139.749/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 27/8/2024, DJe de 30/8/2024”.

²³⁶ “EMENTA Direito Constitucional. Proteção aos direitos da personalidade. Liberdade de expressão e de manifestação. Violação dos arts. 5º, incisos IV, IX, XIV; e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Prática de ato ilícito por terceiro. Dever de fiscalização e de exclusão de conteúdo pelo prestador de serviços. Reserva de jurisdição. Responsabilidade civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais. Constitucionalidade ou não do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e possibilidade de se condicionar a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente após ordem judicial específica. Repercussão geral reconhecida”. (RE 1037396 RG, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 01-03-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 03-04-2018 PUBLIC 04-04-2018).

²³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Repercussão Geral nº 533. Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 28 de junho de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5217273&numeroProcesso=1057258&classeProcesso=RE&numeroTema=533>. Acesso em: 08 set. 2024.

²³⁸ Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975500>. Acesso em 11 set. 2024.

²³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Marco Civil da Internet: relator vota por responsabilização de plataformas sem necessidade de notificação prévia. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/marco-civil-da-internet-relator-vota-por-responsabilizacao-de-plataformas-sem-necessidade-de-notificacao-previa/>. Acesso em 07 dez. 2024.

Os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, determinando-se a exclusão do perfil falso e de entrega do endereço de IP, porém, sem condenação à indenização por dano moral. A sentença foi reformada pelo Colégio Recursal de Piracicaba/SP, que afastou a obrigação do Facebook fornecer o endereço de IP usado na criação do perfil falso; declarou a inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet e condenou a empresa ré ao pagamento de indenização de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por dano moral, pela inércia em excluir o perfil falso após notificada da ilegalidade. A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário interposto pelo Facebook, em 2016, com pedido de reforma do acórdão que declarou a inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet. Em março de 2018, o relator, Ministro Dias Toffoli, reconheceu a repercussão geral do Tema de Repercussão Geral 987: “necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para responsabilização civil de provedor de internet”.

O segundo caso representativo da controvérsia, referente ao Tema 533, é um recurso extraordinário interposto antes mesmo da vigência do MCI. Trata-se de uma professora vítima de ataques ofensivos de seus alunos, que solicitou extrajudicialmente a exclusão da comunidade pela plataforma, porém, sem êxito, razão pela qual levou sua pretensão ao Poder Judiciário. A defesa apresentada pela empresa Google foi construída sob a perspectiva da sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação, ancorada na premissa de que não seria responsável pelos conteúdos publicados pelos seus usuários.

No ano de 2023 os temas voltaram à Pauta do Supremo Tribunal Federal. Foram realizadas audiências públicas com a participação de 47 *Amici Curiae* multisetoriais. Conforme mapeamento realizado pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS-Rio), chegou-se ao seguinte placar:



Figura 1 – Placar das audiências públicas realizadas nos dias 28 e 29 de março de 2023, pelo STF, dos Temas de repercussão geral 978 e 533.²⁴⁰

²⁴⁰ INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO. Vozes da Regulação. Disponível em: <https://somos.itsrio.org/vozes-da-regulacao-placar-interativo#rd-section-lfrhsshw>. Acesso em: 08 set. 2024.

As sustentações orais realizadas pelos *Amici Curiae* revelam um dissenso sobre o tema até mesmo entre as grandes empresas de tecnologia.

Está nas mãos do Supremo Tribunal Federal a decisão sobre a validade da norma legal, o que poderá alterar significativamente as bases estruturais do sistema de responsabilidade civil dos provedores de aplicação.

Sobre o tema, relevantes as considerações apresentadas por Gilmar Mendes e Victor Fernandes.²⁴¹:

A partir da incorporação dos valores do constitucionalismo digital, entendemos que 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 (LGL\1988\3)). 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”.

3.2. AUTORREGULAÇÃO

Regulação, para Julia Black, pode ser definida como “a atividade intencional de tentar controlar, ordenar ou influenciar o comportamento de outros”²⁴². A autora apresenta a noção de descentralização da função regulatória estatal, como a circunstância que afasta do Poder Público o monopólio da regulação. A regulação estatal e autorregulação podem ser entendidas como espécies do gênero, com distinções e aproximações, ambas direcionadas ao equilíbrio do setor regulado.²⁴³

²⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. 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*. vol. 31. ano 9. p. 33-68. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql& marg=DTR-2022-9857>>. Acesso em: 15 set. 2024.

²⁴² BLACK, Julia, Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a ‘Post-Regulatory’ World, *Current Legal Problems*, Volume 54, Issue 1, 2001, Pages 103–146, <https://doi.org/10.1093/clp/54.1.103>. Acesso em 20 out. 2024. Tradução no original.

²⁴³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 79-94, jan./mar. 2011, p. 8. Disponível em: <https://bit.ly/3RzldSx>. Acesso em 29 out. 2024.

A flexibilização da regulação estatal direta não é uma novidade da sociedade em rede. Iniciado no Reino Unido, o “Movimentos da Melhor Regulação”, voltava-se a proporcionar melhorias do ambiente regulatório para favorecimento de pequenos comerciantes, sob a perspectiva do regime regulatório da correção.²⁴⁴

Em âmbito nacional, um exemplo de autorregulação é o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), organização não governamental que reúne veículos de comunicação, agências de publicidade e anunciantes, com o propósito de promover a liberdade de expressão publicitária e defender as prerrogativas constitucionais da propaganda comercial.²⁴⁵

Como delineado nos itens anteriores, os parâmetros regulatórios estatais tradicionais se mostraram insuficientes frente a dinamicidade da internet, o que levou à edição de leis que incentivavam a auto organização. A consciência que orientou o processo de escolha do arranjo regulatório era a de que a internet não era um espaço regulado, ou regulável.²⁴⁶ Desse modo, predominou nas legislações nacionais o modelo de regulação privada, ou autorregulação.²⁴⁷, no qual os agentes econômicos de determinado setor, ou atividade, detentores de elevada especialização técnica e capacidade de controle, estabelecem seus regramentos próprios para regular a conduta de outros privados.²⁴⁸, sem a interferência estatal.²⁴⁹ Nas palavras de Andre Saddy:

“A autor regulação nada mais é que o estabelecimento, por meio de um documento escrito, de normas de conduta e padrões de comportamento criados por entes extraestatais ou não, cujo cumprimento foi fixado

²⁴⁴ Sobre isso, ver: KELLER, Clara Iglesias. Regulação nacional de serviços na Internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado. 2019. 361 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.bdt.uerj.br:8443/handle/1/9210>. Acesso em 30 out. 2024.

²⁴⁵ CONAR. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em 29/10/2024.

²⁴⁶ Moderação de conteúdo [livro eletrônico]: nas plataformas digitais / coordenação Luis Felipe Salomão, Elton Leme; coordenação técnica João Paulo Bachur. -- Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2024, p. 33.

²⁴⁷ Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto conceitua Autorregulação como: “mecanismo de regulação que se estabelece pela adesão e observância consensual de normas e padrões de atuação por agentes econômicos, com vistas a preservar as condições ideais de exploração de uma atividade econômica, sujeitando-os a mecanismos de incentivo, sanções premiais, censuras comportamentais ou exclusão associativa” (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 79-94, jan./mar. 2011, p. 8. Disponível em: <https://bit.ly/3RzldSx>. Acesso em 29/10/2024).

²⁴⁸ SADDY, André. Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas / André Saddy. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 85.

²⁴⁹ Sobre isso: CARVALHO, Ana Paula, NEGÓCIO, Ramon Vasconcelos. A AUTORREGULAÇÃO REGULADA E A MODERAÇÃO DE CONTEÚDO NO FACEBOOK. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias | e-ISSN: 2526-0049 | XXX Congresso Nacional | v. 9 | n. 2 | p. 20 – 37 | Jul/Dez. 2023. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/10013/pdf>. Acesso em 29 out. 2024.

previamente como objetivo a ser seguido por aqueles que elaboram, aprovam e subscrevem ou aderem a essa autorregulação (pessoa física ou pessoa(s) jurídica(s)). Trata-se, portanto, de um documento produtor de direito, à margem do Estado ou não, no qual as partes efetivamente impõem a si mesmas um elenco de comportamentos, em definitivo, de boas práticas para ditar normas que regiam sua própria atividade”²⁵⁰.

Em complemento a essa ideia, Clara Iglesias Keller registra que os arranjos de autorregulação são marcados pelo controle de um grupo de empresas ou indivíduos “sobre os seus membros através de um conjunto de regras estabelecidas pelos próprios participantes, que a elas aderem voluntariamente”²⁵¹. A autora registra que o regime da autorregulação “não apenas sustentou a arquitetura de rede aberta e descentralizada da Internet, mas também permitiu uma resposta flexível à evolução dinâmica do setor e das tecnologias emergentes”²⁵².

A fragilidade desse sistema reside na dificuldade de se manter a imparcialidade e a transparência. Justamente em razão de ostentarem melhores condições técnicas para se autorregular, há uma evidente assimetria informacional entre agentes privados autorreguladores e regulados. Por isso, destaca Floriano de Azevedo Marques Neto, a ineficiência desse mecanismo de regulação para impedir externalidades, ou para implementação de políticas públicas, de modo que o interesses difusos são atingidos apenas de forma reflexa²⁵³.

Não há garantia de que o “documento escrito”, que visa ao desenvolvimento dos interesses privados e são aceitos por adesão pelos usuários, também priorizar os interesses públicos e bem-estar da coletividade²⁵⁴. A desarmonia entre interesses público e privado, nesta modalidade de regulação, tem gerado profundos debates jurídicos.

No contexto das plataformas de redes sociais, a expressão da autorregulação se materializa por meio dos Termos e Condições de Uso, um documento com linguagem

²⁵⁰ SADDY, André. Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas / André Saddy. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 87.

²⁵¹ KELLER, Clara Iglesias. Regulação nacional de serviços na Internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado. 2019. 361 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9210>. Acesso em 30 out. 2024.

²⁵² KELLER, Clara Iglesias. Regulação nacional de serviços na Internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado. 2019. 361 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9210>. Acesso em 30 out. 2024.

²⁵³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 79-94, jan./mar. 2011, p. 8. Disponível em: <https://bit.ly/3RzldSx>. Acesso em 29 out. 2024.

²⁵⁴ SADDY, André. Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas / André Saddy. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 109.

legal, que se assemelha a um contrato²⁵⁵, estabelecendo regras de conduta do comportamento dos usuários, elaboradas unilateralmente²⁵⁶. O acesso à plataforma está condicionado ao aceite deste documento que prescreve mecanismos fiscalizatórios sobre o conteúdo que nelas circula e sanções para o caso de violações às regras²⁵⁷.

São os termos de uso que balizam o conteúdo que pode, ou não, ser divulgado por meio da plataforma, que exercem a função de governantes do discurso online²⁵⁸ e se colocam como “a instancia final responsável por influenciar comportamentos *online*”²⁵⁹. Uma parte significativa da governança privada consiste na moderação de conteúdo, que não raras vezes ultrapassa as previsões legais. Nessa ordem de ideias, Ingo Wolfgang Sarlet e Ivar Alberto Martins Hartmann, elucidam que uma das principais razões pelas quais empresas privadas de mídia social proíbem manifestações que não são ilegais, restringindo assim a liberdade de expressão além do que a lei exige, é o interesse comercial²⁶⁰. Afirmam que a intenção de aplicar instituições jurídicas desenvolvidas em um contexto antigo, moldado para os meios de comunicação em massa, é infrutífero²⁶¹.

Com o passar dos anos, emergiram-se as externalidades que evidenciaram a incapacidade da autorregulação na proteção de direitos fundamentais. Clara Iglesias Keller ilustra tal percepção com o caso da proteção de dados, em que o tratamento de

²⁵⁵ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 47.

²⁵⁶ Sobre isso ver: KLONICK, Kate, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech* (March 20, 2017). 131 Harv. L. Rev. 1598, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2937985>. Acesso em 29 out. 2024.

²⁵⁷ De acordo com o item 3.2 dos Termos de Serviço da *Meta*: “1. Você não pode usar nossos Produtos para fazer ou compartilhar conteúdo: que viole estes Termos, os Padrões da Comunidade, ou outros termos e políticas aplicáveis ao seu uso dos nossos Produtos”. Disponível em: <https://www.facebook.com/legal/terms/preview>. Acesso em 29 out. 2024.

²⁵⁸ KLONICK, Kate, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech* (March 20, 2017). 131 Harv. L. Rev. 1598, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2937985>. Acesso em 29 out. 2024.

²⁵⁹ KELLER, Clara Iglesias. *Regulação nacional de serviços na Internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado*. 2019. 361 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.btdt.uerj.br:8443/handle/1/9210>. Acesso em 30 out. 2024.

²⁶⁰ MARTINS HARTMANN, I. A.; SARLET, I. W. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO: A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS MÍDIAS SOCIAIS. *Direito Público*, [S. l.], v. 16, n. 90, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3755>. Acesso em: 30 out. 2024.

²⁶¹ MARTINS HARTMANN, I. A.; SARLET, I. W. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO: A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS MÍDIAS SOCIAIS. *Direito Público*, [S. l.], v. 16, n. 90, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3755>. Acesso em: 30 out. 2024.

dados de terceiros estava intrinsecamente ligado ao modelo de negócios de modo que a atuação estatal foi essencial para proteção dos titulares²⁶².

3.3. AUTORREGULAÇÃO REGULADA COMO ALTERNATIVA PARA A INTERNET

Regulação (em sentido amplo), para a Escola de Chicago (Econômica ou Neoclássica), é necessária para corrigir falhas de mercado (*Market failures*)²⁶³, entendido como o fenômeno decorrente da impossibilidade de o mercado atingir determinado comportamento, ou resultado desejado. George Stigler alerta que a regulação, muitas vezes, pode ser cooptada pelas próprias indústrias que visam a regular, o que ele chama de "captura regulatória"²⁶⁴. Esta ideia evidencia a importância do papel do órgão ou autoridade regulatória, mantenedor da imparcialidade e eficiência, para que a regulação não se distancie de seu objetivo original de servir ao bem-estar social.

No contexto da internet, a regulação centralizada no Estado, na estrutura tradicional de comando e controle não é a melhor opção para responder às demandas da sociedade em rede. A experiência evidenciou que os agentes privados detêm mais conhecimento a respeito das variantes mercadológicas e melhores condições técnicas específicas, tendo em mente que a regulação deve se posicionar como “catalisadora da inovação e não o contrário”²⁶⁵. Sobre isso, pertinente a teoria de Lawrence Lessig de que: “a lição mais importante sobre o direito no ciberespaço é a necessidade de se levar em conta o efeito regulatório do código”²⁶⁶. Essa concepção parece reverberar na tese defendida por Jack M. Balkin sobre o modelo regulatório triangular, composto por empresas de infraestrutura de internet como um terceiro ator crucial²⁶⁷.

²⁶² KELLER, Clara Iglesias. Regulação nacional de serviços na Internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado. 2019. 361 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9210>. Acesso em 30 out. 2024.

²⁶³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo (p. 1568). Editora Método. Edição do Kindle.

²⁶⁴ Stigler, G. J. (1971). The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 3-21.

²⁶⁵ BAPTISTA, Patricia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 273, p. 123–163, 2016. DOI: 10.12660/rda.v273.2016.66659. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/66659>. Acesso em: 30 out. 2024.

²⁶⁶ LESSIG, Lawrence. *Code: version 2.0*, Basic Books, 2006, p. 155.

²⁶⁷ BALKIN, Jack M., *Free Speech is a Triangle (May 28, 2018)*. *Columbia Law Review*, 2018, *Forthcoming*, Yale Law School, Public Law Research Paper No. 640. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3186205>. Acesso em 24 nov. 2024.

O fato é que a lógica que permeou as primeiras leis que versaram sobre intermediadores de conteúdo era a da eficiência e impulsionamento do desenvolvimento, o que não seria possível com a tradicional concepção do estado regular. A autorregulação, da mesma forma, apresenta sinais claros de esgotamento que a tornam insustentável no atual estágio do conhecimento sobre o negócio das plataformas digitais, afinal de contas, o próprio conceito de “plataforma” se alterou ao longo do tempo.²⁶⁸

Julia Black trata da legitimidade e responsabilização em regimes regulatórios policêntricos, arranjos em que o Estado não é a única fonte de autoridade, marcados por fragmentação, complexidade e interdependência entre atores estatais e não estatais. A autora argumenta que a relação entre reguladores e regulados é dialética, com interdependências e poder fluindo em ambas as direções.²⁶⁹

Chegou o momento em que é preciso construir o futuro a partir das bases do passado que deixou de funcionar. Considerando a complexidade do ambiente digital contemporâneo, o desafio regulatório que se apresenta é o estabelecimento de um arranjo institucional que se coloque dentro do espectro entre a regulação direta e autorregulação, o que é definido a depender da intensidade da participação do governo.²⁷⁰

O regime da autorregulação regulada parece ser a opção regulatória mais adequada para governança na internet, pois congrega os modelos de regulação e fiscalização estatal com a autorregulação privada.²⁷¹ Pragmaticamente, o modelo

²⁶⁸ A esse respeito: “At this point I should define the term that I have already relied on a great deal. Platform is a slippery term, in part because its meaning has changed over time, in part because it equates things that nevertheless differ in important and sometimes striking ways, and in part because it gets deployed strategically, by both stakeholders and critics. As a shorthand, “platform” too easily equates a site with the company that offers it, it implies that social media companies act with one mind, and it downplays the people involved. Platforms are sociotechnical assemblages and complex institutions; they’re not even all commercial, and the commercial ones are commercial in different ways. At the same time, “platform” is a widely used term, including by the companies themselves. And when assigning responsibility and liability (legal and otherwise) we often refer to institutions as singular entities, and for good reason. For my purposes, platforms are: online sites and services that a) host, organize, and circulate users’ shared content or social interactions for them, b) without having produced or commissioned (the bulk of) that content, c) built on an infrastructure, beneath that circulation of information, for processing data for customer service, advertising, and profit” (GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 18.

²⁶⁹ BLACK, Julia, Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a ‘Post-Regulatory’ World, *Current Legal Problems*, Volume 54, Issue 1, 2001, Pages 103–146, <https://doi.org/10.1093/clp/54.1.103>. Acesso em 20 out. 2024.

²⁷⁰ É o que diz: KELLER, Clara Iglesias. Regulação nacional de serviços na Internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado. 2019. 361 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.bdt.uerj.br:8443/handle/1/9210>. Acesso em 30 out. 2024.

²⁷¹ BAPTISTA, Patricia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 273, p. 123–

regulatório misto, ou híbrido, oferece vantagens pois combina a capacidade técnica dos agentes privados de promover o desenvolvimento tecnológico e resolver os desafios de escala, ao mesmo tempo em que garante proteção do Estado aos direitos fundamentais e valores democráticos. Isto é, os poderes público e privado se complementam naquilo que lhes falta.²⁷²

De acordo com Ramon Vasconcelos Negócio, o modelo de negócio das plataformas acabou por reintegrar “a autonomia privada e um olhar para o bem comum: a mediação da aceitação das regras de uso da plataforma e o respeito à liberdade de expressão dos usuários”, o que, para o autor, fortaleceu a noção de autorregulação regulada.²⁷³

Corregulação, a sua vez, é um modelo regulatório que envolve uma “divisão equilibrada de funções entre Estado e agentes regulados.²⁷⁴ Para Thomas Vesting e Ricardo Campos, o Estado deve oferecer incentivos efetivos para que, “por meio de coregulação e cooperação inteligentes” os agentes privados realizem a curadoria privada de conteúdo pelas plataformas digitais.²⁷⁵ Ante a complexidade das mídias digitais, os autores defendem a adoção de “formas híbridas de regulação”, estabelecendo uma relação

163, 2016. DOI: 10.12660/rda.v273.2016.66659. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/66659>. Acesso em: 30 out. 2024.

²⁷² Indo além, Clara Iglesias Kller e Patricia Baptista destacam que outro desafio a ser enfrentado é relativo à natureza e tipos de regulação: “Pertencem claramente ao direito público as discussões mais transcendentais referentes ao respeito às garantias constitucionais, como a privacidade e as liberdades de um modo geral. Nesse mesmo domínio, toda discussão que se estabelece da perspectiva da intervenção estatal no domínio econômico, inclusive quanto ao aspecto da preservação da concorrência e, em alguns casos, pelo debate em torno da extensão do conceito de serviço público (que inovações incursionam ou não nos domínios dos serviços públicos?). O direito privado, por sua vez, é referido porque muitas das relações que se estabelecem entre os particulares usuários e as plataformas digitais assumem natureza contratual e a esfera de autonomia da vontade não pode ser menosprezada.⁸¹ Os problemas de comércio eletrônico refletem diversos aspectos tradicionais do direito contratual” (BAPTISTA, Patricia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 273, p. 123–163, 2016. DOI: 10.12660/rda.v273.2016.66659. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/66659>. Acesso em: 30 out. 2024).

²⁷³ NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos. *Autorregulação digital: da normatividade excludente para o Diálogo normativo com o estado*. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 10, 2022. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/48188>. Acesso em 28 out. 2024.

²⁷⁴ KELLER, Clara Iglesias. *Regulação nacional de serviços na Internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado*. 2019. 361 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9210>. Acesso em 30 out. 2024.

²⁷⁵ VESTING, Thomas, CAMPOS, Ricardo, *Curadoria de conteúdo: regulação de mídia para o século XXI*. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 64.

de dependência da satisfação dos interesses públicos ao conhecimento técnico específico dos agentes privados que realizam a curadoria de conteúdo.²⁷⁶

Levando em conta essas premissas e as evidentes dificuldades de alcançar o ponto ótimo da regulação, a autorregulação regulada propõe uma divisão de atuação entre os poderes público e privado, sem um invadir a competência regulatória um do outro.

Por oportuno, Evelyn Douek defende um novo modelo de governança que chama de "*accountability* verificada"²⁷⁷. De um lado, há imposição de uma política de governança baseada na transparência para as plataformas, que devem divulgar claramente suas políticas de conteúdo e fornecer dados agregados sobre as ações de moderação de conteúdo realizado. A regulação estatal, a sua vez, está concentrada na definição dos princípios gerais para a moderação de conteúdo, como a proibição de discurso de ódio ilegal, mas não devem microgerenciar as decisões de moderação de conteúdo das plataformas. Os governos podem usar seu poder regulatório para obrigar as plataformas a implementar mecanismos internos de supervisão, divulgar suas políticas de conteúdo e submetê-las a auditorias independentes.

A atuação estatal pela via legislativa, portanto, se opera no âmbito procedimental, sem adentrar ao mérito das decisões internas das plataformas, de modo a promover a implementação do devido processo legal.²⁷⁸

Jack M. Balkin defende que há uma convergência de interesses entre estados-nação e empresas de internet que fortalece a autorregulação regulada. Do ponto de vista do poder público, a intenção de proteger por meio da regulação pode estar travestida da intenção de expansão da vigilância governamental e a coleta de dados sobre cidadãos.²⁷⁹

²⁷⁶ VESTING, Thomas, CAMPOS, Ricardo, *Curadoria de conteúdo: regulação de mídia para o século XXI. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil* / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 66.

²⁷⁷ DOUEK, Evelyn, *Verified Accountability: Self-Regulation of Content Moderation as an Answer to the Special Problems of Speech Regulation*, 1903 Hoover Institution 1- 37, September 2019. Disponível em: <https://law.stanford.edu/publications/verified-accountability-self-regulation-of-content-moderation-as-an-answer-to-the-special-problems-of-speech-regulation/>. Acesso em 31 out. 2024.

²⁷⁸ A autora reconhece que devido à escala das plataformas de mídia social torna impossível para elas fornecerem o mesmo nível de devido processo legal que os sistemas judiciais tradicionais (DOUEK, Evelyn, *Verified Accountability: Self-Regulation of Content Moderation as an Answer to the Special Problems of Speech Regulation*, 1903 Hoover Institution 1- 37, September 2019. Disponível em: <https://law.stanford.edu/publications/verified-accountability-self-regulation-of-content-moderation-as-an-answer-to-the-special-problems-of-speech-regulation/>. Acesso em 31 out. 2024).

²⁷⁹ BALKIN, Jack M., *Free Speech is a Triangle (May 28, 2018)*. *Columbia Law Review*, 2018, *Forthcoming*, Yale Law School, Public Law Research Paper No. 640. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3186205>. Acesso em 24 nov. 2024.

É mais fácil para os governos impor regras para um pequeno número de empresas de infraestrutura do que investigar inúmeros indivíduos online.

As empresas, por sua vez, podem se beneficiar da cooperação com os governos para evitar multas, sanções ou até mesmo a proibição de operar em determinados países. Essa dinâmica resulta em uma "dialética crescente de poder de governança e cooperação público-privada". À medida que as empresas de internet desenvolvem capacidades de vigilância e controle cada vez maiores, elas se tornam alvos mais atraentes para a cooptação por parte dos governos. A pressão governamental é um sistema de incentivo para que as empresas adotem sistemas de governança cada vez mais refinados, criando um ciclo de feedback que aumenta o poder de ambas as partes.²⁸⁰

Enfim, a autorregulação regulada é defendida pela doutrina porque propõe a combinação da autonomia das plataformas privadas com a supervisão estatal,²⁸¹ buscando garantir que a moderação de conteúdo seja realizada de forma justa, transparente e responsável, respeitando os direitos fundamentais dos usuários.²⁸² Por fim, vale destaque as recomendações de Thomas Vesting e Ricardo Campos:

“A tarefa da regulação da mídia deve ser permitir a inovação, liberar a criatividade da sociedade tecnológica, e não a criação de uma lei de mídia hostil à tecnologia que inibe o desenvolvimento das novas ideias e novos modelos de negócios, que permanece presa à ideia de regularidade abrangente (que depende, em última instância, da imprensa). A regulação das mídias para o século XXI só pode, portanto, ser uma regulação a favor da auto-organização social e das suas forças de criatividade tecnológica, mas não de ordem positiva, tendo o Estado como legislador ex-ante e os tribunais estaduais como autoridades centrais de supervisão”²⁸³.

²⁸⁰ BALKIN, Jack M., *Free Speech is a Triangle (May 28, 2018)*. *Columbia Law Review*, 2018, *Forthcoming*, Yale Law School, Public Law Research Paper No. 640. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3186205>. Acesso em 24 nov. 2024.

²⁸¹ Nas palavras de Georges Abboud: “Exigir que o controle do Código seja o mais transparente possível é o primeiro passo para continuarmos a resistir aos desmandos do Estado (inimigo tradicional da liberdade humana) e nos armarmos contra os abusos dos grandes players do mundo digital que têm se tornado cada vez mais frequentes” (ABBOUD, Georges. Verdades inconvenientes sobre direito e ciberespaço: uma pequena introdução ao mundo digital. *Revista dos Tribunais* [recurso eletrônico]. São Paulo, n.1000, fev. 2019. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/32753>. Acesso em 30 out. 2024).

²⁸² KLONICK, Kate, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech* (March 20, 2017). 131 *Harv. L. Rev.* 1598, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2937985>. Acesso em 29 out. 2024.

²⁸³ VESTING, Thomas, CAMPOS, Ricardo, *Curadoria de conteúdo: regulação de mídia para o século XXI. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]*. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 66.

3.3.1. Regulação Responsiva

Como um desdobramento da autorregulação regulada, a teoria da regulação responsiva, desenvolvida por Ian Ayres e John Braithwaite, propõe um modelo regulatório que vai além do debate estagnado entre os defensores da regulamentação estatal forte e dos agentes privados que advogam pela desregulamentação.²⁸⁴

A teoria adquire especial relevância no contexto das tecnologias emergentes, com a proposição de instituir um ambiente de diálogo e harmonia entre os setores público e privado, em que preserva a autonomia aos agentes regulados para o desenvolvimento de instrumentos de autorregulação combinada a uma intervenção estatal calibrada às características setoriais.

Os autores avaliam que a regulamentação, na prática, ocorre em "muitas salas", o que significa que ela não se limita à intervenção estatal direta. A regulamentação privada, por meio de cartéis ou associações industriais, por exemplo, pode distorcer o livre mercado e anular a concorrência, enquanto a regulamentação estatal detalhada pode ser facilmente contornada por empresas por meio de pequenas adaptações em suas práticas. A teoria defende uma abordagem mais pragmática e orientada para resultados. Essa abordagem reconhece a inevitabilidade de uma simbiose entre a regulamentação estatal e a autorregulamentação. Em conclusão, entendem que a chave para uma boa política regulatória, portanto, reside na compreensão das complexas interações entre a regulamentação estatal e as ordens privadas. Isso significa analisar como a regulamentação estatal pode influenciar e ser influenciada pela autorregulação, e como essa interação afeta os resultados desejados.²⁸⁵

A estrutura de sanções que orienta a teoria é proposta de forma escalonada, na estrutura de pirâmide de *enforcement* da regulação, que contempla uma hierarquia de intervenções, com a autorregulamentação na base e a punição não discricionária no topo.²⁸⁶

²⁸⁴ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending de Deregulation Debate*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 3. Disponível em: <https://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Responsive-Regulation-Transce.pdf>. Acesso em 31 out. 2024.

²⁸⁵ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending de Deregulation Debate*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 3. Disponível em: <https://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Responsive-Regulation-Transce.pdf>. Acesso em 31 out. 2024.

²⁸⁶ Eis os níveis de *enforcement* da pirâmide: (i) Autorregulamentação: as empresas definem seus próprios padrões de conformidade, sujeitas à supervisão estatal; (ii) Autorregulamentação Forçada: o Estado intervém para fortalecer os mecanismos de autorregulamentação, por exemplo, exigindo a criação de programas de compliance; (iii) Regulamentação de Comando: o Estado define regras específicas e as impõe às empresas; (iv) Punição Discricionária: o Estado escolhe entre diferentes sanções, dependendo da

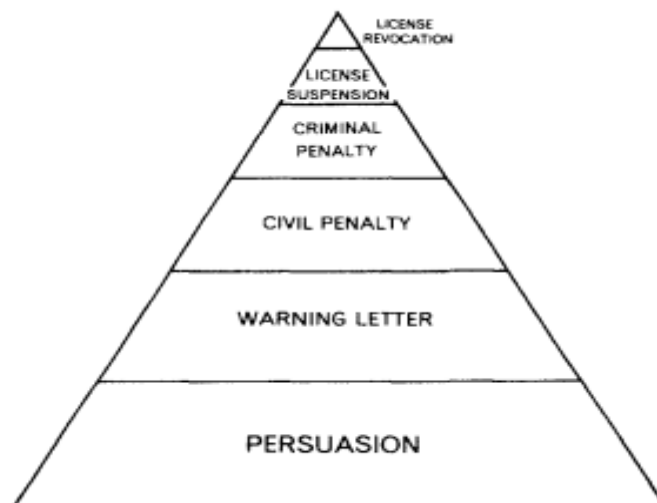


Figura 2 – Pirâmide de *Enforcement* Regulatório.²⁸⁷

A ideia central da pirâmide é que a ameaça de escalar para níveis superiores de intervenção incentiva a conformidade nos níveis inferiores. A possibilidade de punições mais severas torna as abordagens cooperativas mais eficazes. Os autores registram que se trata de um rol exemplificativo, podendo ser adaptado às situações em concreto, a depender do comportamento dos agentes regulados.

Em adição, os autores propõem o conceito do tripartismo, adicionando ao arranjo regulatório um terceiro ator a quem chama de *public interest groups*, ou PIGs.²⁸⁸ A presença desses representantes da sociedade civil contribui valiosamente com o acurado conhecimento técnico para a melhoria da regulamentação, pois, a um só tempo evita a captura prejudicial e preserva a captura eficiente, promovendo a cooperação e fortalecendo a democracia.

As recentes normativas que atualizam o regime regulatório das redes sociais parecem se amoldar com esse arranjo institucional que reúne representantes do Estado, da sociedade civil e agentes privados que atuam em cooperação.

gravidade da violação e do histórico da empresa; e (v) Punição Não-Discrecional: o Estado aplica punições fixas para todas as violações, independentemente das circunstâncias. A esse respeito: AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending de Deregulation Debate*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 35. Disponível em: <https://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Responsive-Regulation-Transce.pdf>. Acesso em 31 out. 2024.

²⁸⁷ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending de Deregulation Debate*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 3. Disponível em: <https://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Responsive-Regulation-Transce.pdf>. Acesso em 31 out. 2024.

²⁸⁸ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending de Deregulation Debate*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 35. Disponível em: <https://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Responsive-Regulation-Transce.pdf>. Acesso em 31 out. 2024.

3.3.2. O modelo alemão de autorregulação regulada: *netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG*

Fixadas as premissas teóricas, neste momento será examinado o modelo de autorregulação regulada no plano empírico, conforme adotado pela legislação alemã. Em 2017, entrou em vigor a *Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG* (Lei de Aplicação na Internet).²⁸⁹ Os ditames da *NetzDG* foram inseridos no ordenamento jurídico alemão como o artigo primeiro da Lei n.º 1.9.2017 I 3352, alterando dispositivos do *Telemediengesetz*.²⁹⁰

Essa é a primeira legislação do mundo a regular especificamente a relação das grandes plataformas de redes sociais²⁹¹ e seus usuários²⁹², instituindo regras para a moderação de conteúdo prejudicial em redes sociais.²⁹³ A *NetzDG* se aplica às plataformas com mais de 2 milhões de contas ativas no território alemão e com fins lucrativos.²⁹⁴, sendo o objetivo primordial de combater o discurso de ódio e as notícias falsas.²⁹⁵ A Lei apresenta um rol de 22 condutas já puníveis pelo Código Penal Alemão

²⁸⁹ ALEMANHA. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)*, 01 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BJNR335210017.html>. Acesso em 24 nov. 2024.

²⁹⁰ BREGA, Gabriel Ribeiro. *A regulação de conteúdo nas redes sociais: uma breve análise comparativa entre o NetzDG e a solução brasileira*. Revista de Direito GV, São Paulo, v. 19, e2305, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202305>. Acesso em 24 nov. 2024.

²⁹¹ A Lei expressamente excluiu do âmbito de abrangência as plataformas jornalísticas “que se responsabilizam pelo conteúdo que postam” e aplicativos de mensageria, como WhatsApp e Telegram. (BREGA, Gabriel Ribeiro. *A regulação de conteúdo nas redes sociais: uma breve análise comparativa entre o NetzDG e a solução brasileira*. Revista de Direito GV, São Paulo, v. 19, e2305, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202305>. Acesso em 24 nov. 2024).

²⁹² ALBUQUERQUE, Carlos Antônio Menezes de. *Observações na Moderação de Conteúdo: iniciativas legais e sua prática na autorregulação regulada e autorregulação. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 392.*

²⁹³ EIFERT, Martin, *Evaluation des NetzDG Im Auftrag des BMJV* ((Berlin: Humboldt-Universität zu Berlin, 2020). Disponível em: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/09/090920_Juristisches_Gutachten_Netz.pdf. Acesso em 24 nov. 2024.

²⁹⁴ ALBUQUERQUE, Carlos Antônio Menezes de. *Observações na Moderação de Conteúdo: iniciativas legais e sua prática na autorregulação regulada e autorregulação. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 400.*

²⁹⁵ FREIWILLIGE SELBSTKONTROLLE MULTIMEDIA-DIENSTEANBIETER (FSM). *Autorregulação segundo a NetzDG*. Disponível em: <https://www.fsm.de/en/fsm/netzdg/#review-panel>. Acesso em 22 nov. 2024.

(*StGB*) e exige que as plataformas ajam de forma mais proativa na remoção de conteúdo ilegal.²⁹⁶

A Lei estabeleceu diferenças conceituais entre os regimes regulatórios alemão e americano. Nas palavras de Ricardo Campos e Thomas Vesting, “o bem trans-subjetivo da livre formação de opinião é visto mais fortemente no direito alemão como uma base legitimadora para a ação estatal que se estende à esfera social”.²⁹⁷

O regime regulatório alemão é baseado no mecanismo de “*notice and takedown*”.²⁹⁸ Um usuário ou uma entidade governamental notifica a plataforma sobre a existência de conteúdo supostamente ilegal (*Notice*). Essa notificação pode ser feita através de ferramentas de denúncia disponibilizadas pela plataforma ou por outros. A grande novidade do marco regulatório alemão é a imposição de obrigação de remover conteúdo “manifestamente ilegal” dentro do prazo de 24 horas e “ilegal” em até 7 dias (*Takedown*), sob pena de multas em caso de inércia da plataforma.²⁹⁹

As preocupações iniciais se voltavam à possibilidade da manifestação do *overblocking*, que ameaçaria à liberdade de expressão, pois leva à remoção de conteúdo legítimo que contribui para o debate público saudável e a diversidade de opiniões. Como um desdobramento deste fenômeno, temia-se o chamado *chilling effect*, que pode ser traduzida na autocensura³⁰⁰, retraindo os usuários do exercício regular do direito de livremente se expressarem e gerando redução da confiança nas plataformas *online*.³⁰¹

Para o alcance do escopo que se propõe, a Lei fixa obrigações de *accountability*, com a obrigação de apresentação de relatórios periódicos de

²⁹⁶ HELDT, Amélie, *Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports*, *Internet Policy Review*, v. 8, n. 2, p.1-18, jun. 2019. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/214071/1/IntPolRev-2019-2-1398.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2024.

²⁹⁷ VESTING, Thomas, CAMPOS, Ricardo, *Curadoria de conteúdo: regulação de mídia para o século XXI. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 52.*

²⁹⁸ HELDT, Amélie, *Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports*, *Internet Policy Review*, v. 8, n. 2, p.1-18, jun. 2019. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/214071/1/IntPolRev-2019-2-1398.pdf>. Acesso em: 24/11/2024.

²⁹⁹ ALEMANHA. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)*, 01 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BJNR335210017.html>. Acesso em 24 nov. 2024.

³⁰⁰ EIFERT, Martin, *Evaluation des NetzDG Im Auftrag des BMJV* ((Berlin: Humboldt-Universität zu Berlin, 2020). Disponível em: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/09/090920_Juristisches_Gutachten_Netz.pdf. Acesso em 24 nov. 2024.

³⁰¹ HELDT, Amélie, *Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports*, *Internet Policy Review*, v. 8, n. 2, p.1-18, jun. 2019. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/214071/1/IntPolRev-2019-2-1398.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2024.

transparência³⁰², detalhando o número de denúncias recebidas, o número de remoções e os recursos utilizados para cumprir a lei.³⁰³

Um ano após a entrada em vigor da *NetzDG*, os relatórios de transparência evidenciaram que as preocupações iniciais com a remoção excessiva de conteúdo não se confirmaram na prática.

Conforme pesquisa realizada por Sandra Schmitz e Christian Berndt, no período avaliado: (i) o YouTube removeu 27% do conteúdo reportado sob a *NetzDG*, com a maioria das remoções ocorrendo em menos de 24 horas, parte significativa das remoções (92,97%) se deu com base nas Diretrizes da Comunidade do YouTube, e não necessariamente por ilegalidades previstas na forma da *NetzDG*; (ii) o Twitter removeu apenas 10% do conteúdo denunciado, conforme mecanismos internos que permitem que os usuários identifiquem o crime específico da *NetzDG* que acreditam ter sido violado, a maioria das denúncias se referia aos crimes de incitação ao ódio (§ 130 StGB) e insulto (§ 185 StGB); (iii) O Facebook, a sua vez, removeu 21% do conteúdo denunciado, por meio de um formulário de denúncia específico para a lei alemã, que exige informações detalhadas do denunciante, a maioria do conteúdo removido também violou os Padrões da Comunidade do Facebook, levando à remoção global, enquanto o conteúdo que violava apenas a *NetzDG* teve seu acesso bloqueado para usuários na Alemanha³⁰⁴. Os números indicam que as multas previstas em lei não estimularam as plataformas a excluir conteúdo de forma mais rígida.³⁰⁵

No terceiro ano de vigência da Lei, o governo alemão encomendou um estudo independente sobre os possíveis impactos negativos da *NetzDG*. A pesquisa realizada pelo Professor Martin Eifert, da Humboldt Universität zu Berlin, se baseou em um conjunto de dados original contendo todas as postagens e comentários em 10 páginas públicas do Facebook, de diferentes espectros políticos e sociais, entre setembro de 2017 e fevereiro de 2018. Em que pese a relatada dificuldade em avaliar empiricamente os efeitos da

³⁰² SCHMITZ, Sandra; BERNDT, Christian. The German Act on Improving Law Enforcement on Social Networks (*NetzDG*): a blunt sword? p. 31-34, dez. 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3306964>. Acesso em 24 nov. 2024.

³⁰³ HELDT, Amélie, *Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports*, *Internet Policy Review*, v. 8, n. 2, p.1-18, jun. 2019. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/214071/1/IntPolRev-2019-2-1398.pdf>. Acesso em: 24/11/2024.

³⁰⁴ SCHMITZ, Sandra; BERNDT, Christian. The German Act on Improving Law Enforcement on Social Networks (*NetzDG*): a blunt sword? p. 31-34, dez. 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3306964>. Acesso em 24 nov. 2024.

³⁰⁵ É como afirma: BREGA, Gabriel Ribeiro. *A regulação de conteúdo nas redes sociais: uma breve análise comparativa entre o NetzDG e a solução brasileira*. Revista de Direito GV, São Paulo, v. 19, e2305, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202305>. Acesso em 24 nov. 2024.

NetzDG, o estudo revelou um pequeno aumento na proporção de comentários excluídos por postagem após a entrada em vigor da Lei, mas o efeito não foi considerado excessivo, não havendo evidências claras de *overblocking*. Da mesma forma, não se comprovou na prática a ocorrência de *chilling effects*. Ao contrário, os dados sugerem um aumento no número de comentários após a implementação da lei. Além disso, a tonalidade dos comentários não se tornou mais positiva.³⁰⁶

Embora a ausência de evidências negativas do impacto regulatório, estudos sugerem que os provedores continuariam a priorizar seus próprios Padrões da Comunidade na moderação de conteúdo³⁰⁷, com a *NetzDG* atuando como uma camada adicional de regulamentação, situação que sugere uma tendência de desequilíbrio entre a autorregulação e a autorregulação regulada. Sob essa perspectiva, consideram que a lei pode não ter alterado significativamente as práticas de moderação de conteúdo dos provedores.³⁰⁸

A *NetzDG* previa o papel das agências de autorregulação, que são instituições independentes para auxiliar as plataformas na atividade de moderação de conteúdo.³⁰⁹. Assim, no contexto da *NetzDG* foi instituída a *Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter (FSM)* que, juntamente com Comitê Supervisor da Meta, seguiam uma estrutura processual para revisão das decisões sobre moderação de conteúdo. Como vigência da Lei de Serviços Digitais - *DSA*, que resultou na revogação a *NetzDG*, razão pela qual a FSM encerrou seu trabalho nessa área no final de junho de 2023.³¹⁰

Pela pertinência com o tema deste estudo, revisitaremos os aspectos processuais inovadores instituídos pelo sistema alemão de revisão, com a transferência

³⁰⁶ EIFERT, Martin, *Evaluation des NetzDG Im Auftrag des BMJV* ((Berlin: Humboldt-Universität zu Berlin, 2020). Disponível em: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/09/090920_Juristisches_Gutachten_Netz.pdf. Acesso em 24 nov. 2024.

³⁰⁷ No mesmo sentido: HELDT, Amélie, *Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports*, *Internet Policy Review*, v. 8, n. 2, p.1-18, jun. 2019. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/214071/1/IntPolRev-2019-2-1398.pdf>. Acesso em: 24/11/2024.

³⁰⁸ SCHMITZ, Sandra; BERNDT, Christian. *The German Act on Improving Law Enforcement on Social Networks (NetzDG): a blunt sword?* p. 38, dez. 2018. Disponível em: <http://tinyurl.com/yfmv7y3w>. Acesso em 24 nov. 2024.

³⁰⁹ ALBUQUERQUE, Carlos Antônio Menezes de. *Observações na Moderação de Conteúdo: iniciativas legais e sua prática na autorregulação regulada e autorregulação. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 403.*

³¹⁰ FREIWILLIGE SELBSTKONTROLLE MULTIMEDIA-DIENSTEBIETER (FSM). *Autorregulação segundo a NetzDG*. Disponível em: <https://www.fsm.de/en/fsm/netzdg/#review-panel>. Acesso em 22 nov. 2024.

da decisão sobre a ilegalidade de determinado conteúdo para a instituição de autorregulação regulada.

Recebida a reclamação, o FSM realizava o exame de admissibilidade, aferindo todos os elementos necessários se faziam presentes. Após, o FSM encaminhava a documentação para o comitê de supervisão da *NetzDG*, com a sinalização do início do prazo de 7 dias para disponibilização da decisão. O resultado era devolvido pelo presidente do Comitê para o escritório da FSM, que enviava à plataforma solicitante para a regular notificação do usuário que apresentou a notificação. O inconformismo do usuário abria a via da apelação à FSM, no prazo de 2 semanas, que passava a fluir a partir da comunicação do usuário (Seção 3(6)). Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, o caso seguiria para o presidente do Comitê de revisão da *NetzDG*, havendo duas possibilidades: admitir-se a possibilidade de revisão do entendimento, com encaminhamento ao Comitê de Revisão para uma nova decisão; ou a rejeição da reclamação.³¹¹

Didaticamente, o inovador e sofisticado processo de revisão instituído pela *NetzDG* é ilustrado pelo fluxograma abaixo:

³¹¹ ALBUQUERQUE, Carlos Antônio Menezes de. Observações na Moderação de Conteúdo: iniciativas legais e sua prática na autorregulação regulada e autorregulação. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 404-405.

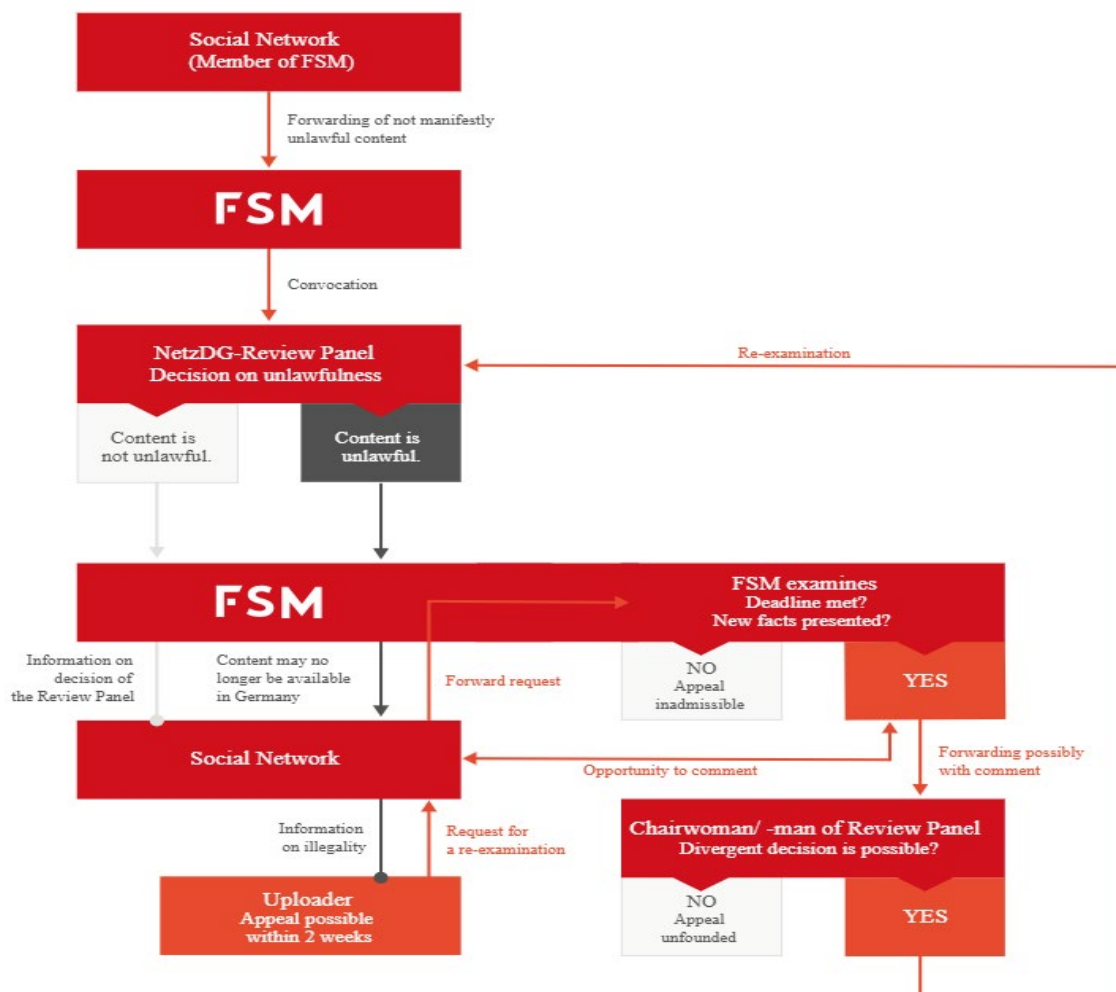


Figura 3 – Fluxograma com o roteiro decisório do FSM.³¹²

A influência da *NetzDG* no *Digital Service Act - DSA* – assim como em outras legislações integrantes de democracias constitucionais -, notadamente em relação ao dever de transparência, será avaliada no decorrer do item 4.

3.4. MODERAÇÃO DE CONTEÚDO COMO FONTE DE RECEITA E EXERCÍCIO DE GOVERNANÇA

Tarleton Gillespie leciona que na modelagem de negócios das plataformas, a neutralidade é uma ilusão cuidadosamente construída.³¹³ Essa é a concepção que se

³¹² FREIWILLIGE SELBSTKONTROLLE MULTIMEDIA-DIENSTEBIETER (FSM). Autorregulação segundo a *NetzDG*. Disponível em: <https://www.fsm.de/en/fsm/netzdg/#review-panel>. Acesso em 22 nov. 2024.

³¹³ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 52. Disponível

formou em decorrência de acontecimentos recentes, que acabaram por colocar a técnica da moderação numa posição de ameaça a direitos fundamentais e valores democráticos.

Considerada pelo autor como “um empreendimento sociotécnico”³¹⁴, moderação de conteúdo pode ser conceituada como o conjunto de ações e decisões tomadas pelas plataformas digitais para controlar e gerenciar o conteúdo gerado pelos usuários, incluindo a definição de regras sobre o que é permitido e proibido, mecanismos de detecção e revisão de conteúdo e ações de *enforcement*, como a remoção de conteúdo ou suspensão de usuários. Por outra vertente, moderação também é a técnica utilizada para recomendação de conteúdo em *feeds* de notícias e listas de tendências e a curadoria de conteúdo em destaque.

Em que pese a recente centralidade do tema nas discussões políticas e acadêmicas, desde o início empresas como Facebook (Meta) já tinham “mecanismos tecnológicos auto-organizados de curadoria de conteúdo”³¹⁵. Assim, moderação tem uma história compartilhada com as plataformas digitais.

Contrariando as expectativas do imaginário do início da internet – que se trataria de uma infraestrutura neutra, aberta à ampla e livre participação, igualitária e sem intermediários - o sucesso do modelo de negócio das plataformas não se consolidou com a intermediação de conteúdo de terceiros, mas com as informações extraídas a partir de conteúdo de terceiros por meio delas veiculado para manter “o máximo de pessoas no site, passando o máximo de tempo possível e interagindo o máximo possível”³¹⁶.

Essa é uma mudança de paradigma que não pode ser subestimada. Shoshana Zubbof narra que o Google foi pioneiro na implementação de mecanismos de *machine learning* para melhoria dos resultados de busca a partir dos “dados comportamentais colaterais”³¹⁷. A combinação dos dados e algoritmos permitiu o mapeamento das preferências dos usuários e o oferecimento de produtos inovadores e personalizados -

em: <<https://unglueitfiles.s3.amazonaws.com/ebf/5f82765552144327afd531625486f0e3.pdf>>. Acesso em 21 nov. 2024.

³¹⁴ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 197.

³¹⁵ VESTING, Thomas, CAMPOS, Ricardo, *Curadoria de conteúdo: regulação de mídia para o século XXI. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]*. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 62.

³¹⁶ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 17.

³¹⁷ ZUBBOF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder.* / Shoshana Zubbof; tradução George Schlesinger – 1. ed. Rio de Janeiro: intrínseca, 2020, p. 85.

chamado de “ciclo do reinvestimento do valor comportamental”³¹⁸. O modelo de negócios evolui para o estágio do “capitalismo de vigilância” quando o Google passou a utilizar a técnica de mineração de dados não apenas para melhorar a experiência do cliente, mas, sim, para “ler as mentes destes a fim de combinar anúncios com os seus interesses”, a partir dos vestígios colaterais do comportamento (“superavit comportamental”) realizam previsões para maior acurácia no direcionamento publicitário. O Google teve acesso a informações que valem ouro: o que um “indivíduo específico, num tempo e espaço específicos, estava pensando, sentindo e fazendo”³¹⁹³²⁰.

Deste ponto em diante, o negócio das plataformas digitais foi completamente remodelado, chegando ao momento em que plataformas passaram a ser classificadas como *gatekeepers* digitais, em função da sua posição estratégica no setor em que operam³²¹.

Ao contrário do que a sabedoria convencional diz, atos que se classificam no conceito de moderação não se limitam à exclusão de conteúdos e membros da comunidade. Envolve, também, ferramentas internas para alocação de conteúdo, que permitem marcar, classificar, pesquisar ou categorizar o que os usuários postavam, dentre outras possibilidades. Tudo passou a ser moldado em prol do lucro derivado da aproximação entre vendedores e compradores, produtores e audiências, ou aqueles encarregados de tarefas e aqueles com as habilidades necessárias para realizá-las³²², como é característico dos mercados de múltiplos lados.

³¹⁸ ZUBBOF, Shoshana, *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. / Shoshana Zubbof; tradução George Schlesinger – 1. ed. Rio de Janeiro: intrínseca, 2020, p. 85.

³¹⁹ ZUBBOF, Shoshana, *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. / Shoshana Zubbof; tradução George Schlesinger – 1. ed. Rio de Janeiro: intrínseca, 2020, p. 97.

³²⁰ De acordo com a autora: “o superavit comportamental sobre o qual se assenta a fortuna do Google pode ser considerado ativos de vigilância. Esses ativos são matérias-primas críticas na busca por receitas de vigilância e sua conversão em capital de vigilância. A lógica inteira dessa acumulação de capital é entendida com mais exatidão como capitalismo de vigilância, que é a estrutura fundacional para uma ordem econômica baseada na vigilância: uma economia de vigilância. Aqui o grande padrão é o de subordinação e hierarquia, no qual reciprocidades mais antigas entre a empresa e os usuários são subordinados ao projeto derivado de ter nosso superavit comportamental captado para ganhos alheios. Não somos mais os sujeitos da relação de valor. Tampouco somos, conforme alguns insistem, o “produto” das vendas do Google. Em vez disso, somos os objetos dos quais as matérias-primas são extraídas e expropriadas para as fábricas de predição do Google. Previsões sobre o nosso comportamento são os produtos do Google, e são vendidos aos verdadeiros clientes da empresa, mas não a nós. Nós somos os meios para os fins de outros” (ZUBBOF, Shoshana *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. / Shoshana Zubbof; tradução George Schlesinger – 1. ed. Rio de Janeiro: intrínseca, 2020, p. 115).

³²¹ Sobre isso, ver: KELLER, Clara Iglesias. *Regulação nacional de serviços na Internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado*. 2019. 361 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.bdt.uerj.br:8443/handle/1/9210>. Acesso em 30 out. 2024.

³²² GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 21.

A mudança de paradigma pode ser compreendida ao se estabelecer a relação da moderação de conteúdo com a organização indireta do feed das redes sociais. Por meio da arquitetura da plataforma, da escolha de algoritmos e de outros mecanismos, empresas como o Facebook passaram a determinar quais conteúdos serão exibidos e em que ordem, o que transformou profundamente a experiência *online*. Essa curadoria algorítmica, longe de ser neutra, molda a percepção dos usuários sobre o mundo e influencia suas interações online. A priorização de certos conteúdos em detrimento de outros pode ser motivada por interesses econômicos, como a maximização do engajamento dos usuários e a venda de espaços publicitários.³²³

Essa nova forma de disposição do conteúdo resolveu a um só tempo dois problemas das plataformas digitais: o congestionamento, quando o excesso de uso por parte dos membros sobrecarrega a capacidade da plataforma e a cacofonia, que acontece na camada de conteúdo quando a quantidade excessiva de informação dificulta que os participantes encontrem o que desejam (conteúdos ruins ofuscam os bons, em benefício privado dos produtores do conteúdo).³²⁴ O sistema de organização do *feed* evidencia como as plataformas exercem um papel ativo na seleção e hierarquização do conteúdo, rompendo com a noção de neutralidade que norteava o início da relação entre plataformas e usuários.

As novas funcionalidades transformaram a “intermediação” de conteúdo em curadoria.³²⁵ Vozes como Tarleton Gillespie e Julia Black perfilam do entendimento que as plataformas se encontram diante de uma incoerência conceitual entre a sua natureza e o produto prestado (“condutores neutros e moderadores ativos”).³²⁶³²⁷ Asseveram,

³²³ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 22.

³²⁴ GRIMMELMANN, J. The Virtues of Moderation. *Yale Journal of Law and Technology*, v. 17, n. 1, 2015.

³²⁵ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 43.

³²⁶ BLACK, Julia, Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a ‘Post-Regulatory’ World, *Current Legal Problems*, Volume 54, Issue 1, 2001, Pages 103–146, <https://doi.org/10.1093/clp/54.1.103>. Acesso em 20 out. 2024.

³²⁷ Em âmbito nacional, Rodrigo Vidal Nitrini compartilha do mesmo entendimento, asseverando que: “usuários possuem a expectativa (normalizada) de publicação irrestrita na internet (ou um direito de liberdade de expressão “a priori”), mas quando essas publicações ocorrem no ambiente desses intermediários (grandes redes sociais), estão sujeitas a regras substantivas de regulação de discursos, implementadas com uso dessas novas tecnologias” (NITRINI, Rodrigo Vital. *Liberdade de expressão nas redes sociais: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas*. Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020, p. 72. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22032021-171558/pt-br.php>. Acesso em 1º dez. 2024).

respectivamente os autores que as plataformas “são representadas como meros condutos, mas baseiam-se em fazer escolhas sobre o que os usuários veem e dizem”³²⁸, e “ao mesmo tempo em que moderam, as plataformas geralmente se enquadram como abertas, imparciais e não intervencionistas, em parte para evitar obrigações legais”³²⁹. Os efeitos colaterais se produzem sobre a liberdade de expressão e na qualidade do discurso público *online*.

A curadoria de conteúdo, sob a perspectiva contratual, é explicada por Ricardo Campos e Thomas Vesting:

“No caso de curadoria de conteúdo, não se trata de um contrato padronizado no sentido de estruturar uma relação contratual para o uso de um bem específico em uma relação claramente definida entre fabricante e cliente. Pelo contrário, trata-se de criar uma relação em que o cliente (usuário) se torna parte do produto (*feed* de notícias) e participa integralmente da coprodução de conteúdos e, portanto, da concepção do produto principal da relação contratual. Gerenciar essa contribuição para a produção do produto final é parte essencial da curadoria de conteúdo dos novos serviços digitais”³³⁰.

À medida em que plataformas digitais ganharam escalabilidade, a moderação deixou de ser “uma atividade incidental, residual, e passa a ser o core da própria rede social”³³¹. Tarleton Gillespie registra que as plataformas não sobrevivem sem moderação, mas negam que dela dependem para manter a ilusão de uma plataforma aberta e evitar responsabilidade legal e cultural.³³²

Em que pese a controvertida finalidade da moderação, parece ter se formado um certo consenso na literatura de que a moderação é um componente crucial para a governança das plataformas *online*³³³. Sem moderação, as plataformas se transformariam

³²⁸ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 21.

³²⁹ BLACK, Julia, Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a ‘Post-Regulatory’ World, *Current Legal Problems*, Volume 54, Issue 1, 2001, Pages 103–146, <https://doi.org/10.1093/clp/54.1.103>. Acesso em 20 out. 2024.

³³⁰ VESTING, Thomas, CAMPOS, Ricardo, *Curadoria de conteúdo: regulação de mídia para o século XXI. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings...* [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 57-58.

³³¹ Moderação de conteúdo [livro eletrônico]: nas plataformas digitais / coordenação Luis Felipe Salomão, Elton Leme; coordenação técnica João Paulo Bachur. -- Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2024, p. 33.

³³² GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 21.

³³³ KLONICK, Kate, The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression (June 30, 2020). *Yale Law Journal*, Vol. 129, No. 2418, 2020, p. 2463, St. John's

em depósitos de conteúdo ofensivo e seriam abandonadas pelos usuários.³³⁴ A escalabilidade do uso pelos membros criou a necessidade de mecanismos de prevenção de externalidades como abuso (comportamento que atinge indivíduos ou grupos de maneiras prejudiciais, incluindo assédio, ameaças e intimidação) e manipulação (estratégias para distorcer o fluxo normal de informação, tais como táticas para espalhar desinformação, engajar-se em ataques coordenados para silenciar opiniões divergentes ou criar contas falsas para amplificar determinados pontos de vista)³³⁵.

Nesse seguimento, a moderação é necessária para estabelecer um ambiente saudável e manter a confiança dos usuários, responder à pressão da mídia e proteger suas receitas de publicidade e evitar controvérsias que possam prejudicar sua reputação.³³⁶

James Grimmelmann acentua a essencialidade da moderação de conteúdo para o sucesso de qualquer comunidade online. Apresenta o conceito de moderação como um conjunto de técnicas que moldam a dinâmica de uma comunidade *online*. O autor realiza uma taxonomia da moderação, centrada em quatro elementos principais: membros, infraestrutura, conteúdo e moderadores. Para ele, os membros assumem diferentes papéis a depender do momento: proprietários da infraestrutura, autores e leitores de conteúdo e moderadores.³³⁷

A moderação é realizada por meio da combinação das regras internas estabelecidas nos termos de serviço - que definem as regras de conduta dentro da plataforma, das políticas de uso - que especificam as diretrizes para a publicação de conteúdo - e dos algoritmos, que filtram e organizam o conteúdo exibido aos usuários.³³⁸

Evelyn Douek, indica quais os problemas que tornam a moderação de conteúdo uma tarefa tão complexa: (i) a natureza especial da liberdade de expressão, que

Legal Studies Research Paper No. 20-0023, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3639234>. Acesso em 13 out. 2024.

³³⁴ BLACK, Julia, Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World, *Current Legal Problems*, Volume 54, Issue 1, 2001, Pages 103–146, <https://doi.org/10.1093/clp/54.1.103>. Acesso em 20/10/2024.

³³⁵ GRIMMELMANN, J. The Virtues of Moderation. *Yale Journal of Law and Technology*, v. 17, n. 1, 2015. Disponível em https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/7798/Grimmelmann_The_Virtues_of_Moderation.pdf?sequence=2. Acesso em 1º dez. 2024.

³³⁶ BLACK, Julia, Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World, *Current Legal Problems*, Volume 54, Issue 1, 2001, Pages 103–146, <https://doi.org/10.1093/clp/54.1.103>. Acesso em 20 out. 2024.

³³⁷ GRIMMELMANN, J. The Virtues of Moderation. *Yale Journal of Law and Technology*, v. 17, n. 1, 2015.

³³⁸ KLONICK, Kate, The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression (June 30, 2020). *Yale Law Journal*, Vol. 129, No. 2418, 2020, p. 2463, St. John's Legal Studies Research Paper No. 20-0023, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3639234>. Acesso em 13 out. 2024.

apesar de ser um direito fundamental, seus limites são frequentemente contestados e variam entre diferentes contextos; (ii) a escala das plataformas de mídia social, que processam uma quantidade enorme de conteúdo todos os dias, tornando impossível para os governos ou qualquer outra entidade externa o monitoramento e regulação de todas as decisões de moderação de conteúdo; (iii) necessidade de legitimidade, uma vez que as decisões de moderação de conteúdo têm um impacto significativo no discurso público e, portanto, devem ser tomadas de forma transparente e responsável.

Dentre tantas questões complexas, a conjunção de fatores como a heterogeneidade cultural e o volume colossal de conteúdo tornam a tarefa de moderar conteúdo muito sensível. Tarleton Gillespi afirma que plataformas de mídia social não são apenas grandes em escala, são qualitativamente mais complexas, sendo impossível a materialização do conceito de “comunidade”, no singular, com dois bilhões de usuários ativos. Nesse contexto, as plataformas precisam gerenciar simultaneamente comunidades, “que mudam constantemente, em várias nações, culturas e religiões, cada uma participando por diferentes razões, muitas vezes com valores e objetivos incomensuráveis”³³⁹.

Em 2023, a Forbes preparou um artigo sobre os 20 anos do Facebook, destacando a história “da rede social que mudou o mundo”³⁴⁰. O artigo descreve a ascensão meteórica da empresa Meta, que tem em seu portfólio – além do Facebook – empresas como Instagram e WhastApp e chegou ao “recorde histórico de 3 bilhões de usuários mensais em 2023”.

O enorme volume de conteúdo gerado por 3 bilhões de usuários ao redor do mundo (com adição de questões inerentes à diversidade cultural e linguística de seus usuários, o que implica em desafios na tradução, interpretação e aplicação de diretrizes de comunidade de forma consistente) torna a tarefa de identificar e moderar conteúdo extremamente complexa³⁴¹.

³³⁹ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 76.

³⁴⁰ FORBES. *20 anos de Facebook: a história da rede social que mudou o mundo*. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2024/02/20-anos-de-facebook-conheca-a-historia-da-rede-social-que-mudou-o-mundo/>. Acesso em 10 nov. 2024.

³⁴¹ BLACK, Julia, Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a ‘Post-Regulatory’ World, *Current Legal Problems*, Volume 54, Issue 1, 2001, Pages 103–146, <https://doi.org/10.1093/clp/54.1.103>. Acesso em 20 nov. 2024.

Independentemente da – natural e esperada - ausência de imparcialidade das plataformas digitais.³⁴² que visam à obtenção de lucro, cada ato de moderação de conteúdo carrega a responsabilidade de proteger seus usuários e, ao mesmo tempo, respeitar o direito político de se expressar livremente.

Do ponto de vista técnico, se faz necessária uma enorme capacidade de processamento e análise de dados para lidar com o fluxo constante de novos conteúdos, o que não é difícil imaginar, é impossível de ser realizada de forma artesanal, sendo necessária a adoção de outros mecanismos como a sinalização da comunidade e, principalmente, a detecção automática por algoritmos.

A escalabilidade ainda consiste numa barreira para a implementação de um sistema de apelação e revisão eficientes para os usuários, de modo a conferir concretude à teoria do devido processo tecnológico, o que conserva a sensação de impotência e falta de transparência.³⁴³ Longe de tentar simplificar o que não é simples, a moderação de conteúdo eficaz, em escala global, exige uma abordagem multifacetada que combine tecnologia avançada, expertise humana e transparência.

3.5. MECANISMOS UTILIZADOS PELAS PLATAFORMAS PARA MODERAÇÃO DE CONTEÚDO

É pacífica a concepção das dificuldades da moderação de conteúdo em escala. O objetivo desta parte é demonstrar, de forma não exaustiva, as “operações técnicas das estruturas de controle de discursos das redes sociais”³⁴⁴ as vantagens e desvantagens de cada uma. De acordo com Tarleton Gillespi são quatro as principais técnicas de moderação de conteúdo realizadas pelas plataformas digitais, sempre empregadas de forma combinada:

Revisão Editorial: realizada após a publicação do conteúdo, é o método que se assemelha à moderação em mídias tradicionais, plataformas como Apple e Facebook

³⁴² DOUEK, Evelyn, Facebook's "Oversight Board:" Move Fast with Stable Infrastructure and Humility, 21 N.C. J.L. & TECH. 1 (2019). Available at: <https://scholarship.law.unc.edu/ncjolt/vol21/iss1/2>. ACESSO EM 10 nov. 2024.

³⁴³ BLACK, Julia, Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World, *Current Legal Problems*, Volume 54, Issue 1, 2001, Pages 103–146, <https://doi.org/10.1093/clp/54.1.103>. Acesso em 20 out. 2024.

³⁴⁴ NITRINI, Rodrigo Vital. *Liberdade de expressão nas redes sociais: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas*. Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020, p. 72. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22032021-171558/pt-br.php>. Acesso em 1º dez. 2024.

empregam equipes internas de moderadores para revisar conteúdo, sinalizado por usuários ou detectado por algoritmos, e decidir sobre sua remoção ou manutenção.³⁴⁵. Com um volume de denúncia diário que ultrapassa a casa dos milhões, a revisão humana é dividida entre funcionários internos das plataformas e terceirizados (*crowdworkers*). De acordo com o relatório do Banco Mundial, a operação envolveu mais de 48 milhões de pessoas e um custo de cerca de 2 bilhões de dólares em 2013.³⁴⁶. O trabalho realizado por empresas independentes consiste na análise de imagens e interpretação de texto.³⁴⁷.

“Flagging”: neste sistema operacional as plataformas dividem a tarefa de moderar com os seus próprios usuários, fornecendo mecanismos para sinalizar conteúdo problemático, como o botão "denunciar" do YouTube.³⁴⁸, por exemplo. Essa abordagem pode ser mais escalável do que a revisão editorial, aproveitando o conhecimento coletivo da comunidade para identificar conteúdo que viola as diretrizes. A participação dos usuários no processo de moderação apresenta ganhos em termos de confiança e legitimidade, com o atendimento de pretensões expressamente endereçadas às plataformas digitais.³⁴⁹. Nesse método há riscos, uma vez que a sinalização da comunidade é propensa a vieses e pode ser usada para censurar ou assediar outros usuários. O desafio é garantir que os sistemas de sinalização sejam justos e transparentes.

Detecção Automática: para o autor, o melhor método para resolver o problema de escala e de subjetividade. Por meio da utilização de algoritmos e inteligência artificial, as plataformas podem detectar automaticamente certos tipos de conteúdo, como nudez, discurso de ódio ou spam pela detecção de padrões. É a metodologia mais

³⁴⁵ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 76/78.

³⁴⁶ MARCON, Daniele Verza. Moderação de conteúdo como serviço: reflexões sobre a sua transparência e terceirização. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 452.

³⁴⁷ MARCON, Daniele Verza. Moderação de conteúdo como serviço: reflexões sobre a sua transparência e terceirização. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 453.

³⁴⁸ Afirma que: “Most platforms turn largely or exclusively to their user base to help identify offensive content and behavior. This usually means a “flagging” mechanism that allows users to alert the platform to objectionable content. In this sense it is not unlike when television viewers write in to a network or to a regulatory body complaining about offensive material, though in practice it has more in common with the logic of customer service. But flags also hand over policing in part to the community, deputizing users as a first line of detection”. (GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 87).

³⁴⁹ KLONICK, Kate, The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech (March 20, 2017). 131 Harv. L. Rev. 1598, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2937985>. Acesso em 29 out. 2024.

escalável e adequada para lidar com grandes volumes de conteúdo de forma rápida e eficiente.³⁵⁰, realizando a filtragem de conteúdo conhecido. Ferramentas como o PhotoDNA utilizam técnicas de "hashing" para comparar imagens com um banco de dados de conteúdo proibido, permitindo a remoção rápida de material reincidente.³⁵¹

No entanto, a detecção automática tem limitações técnicas e pode ser imprecisa, notadamente de conteúdos que requerem análise de contexto, intenção e nuances linguísticas. Os algoritmos podem ter dificuldades em entender o contexto e a intenção, já que são treinados para identificar padrões levando a "falsos positivos" e a remoção de conteúdo legítimo.³⁵²

Nesse sentido, cite-se dois exemplos de erro no exercício de moderação que tomaram repercussões midiáticas. O primeiro é o caso da moderação realizada pela plataforma Twitter do vídeo de um meteoro, publicado pela astrônoma de Oxfordshire Mary McIntyre, que levou ao bloqueio da sua conta. O conteúdo foi equivocadamente classificado pelos sistemas de moderação automatizados do Twitter como violador das diretrizes sobre imagens íntimas.³⁵³ O segundo caso de moderação de conteúdo amplamente conhecido foi a remoção da icônica foto "Terror da Guerra", também conhecida como "Napalm Girl", do Facebook em 2016, que havia sido publicada pelo jornalista norueguês Tom Egeland para ilustrar um artigo de que tratava do terror da guerra.³⁵⁴ A remoção da postagem provavelmente ocorreu devido à combinação de sofrimento gráfico e nudez infantil presente na imagem. Evidentemente, a remoção de um documento histórico gerou uma comoção da mídia com muitas críticas no sentido de que o Facebook havia tomado a decisão errada. O editor-chefe do jornal norueguês *Aftenposten*, Espen Egil Hansen, publicou uma carta aberta a Mark Zuckerberg criticando a decisão e acusando o Facebook de exercer influência excessiva sobre as notícias.³⁵⁵

³⁵⁰ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 97.

³⁵¹ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 100.

³⁵² GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 105.

³⁵³ THE GUARDIAN. Twitter user gets account back after ban for 'intimate' image of meteor. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2022/nov/17/twitter-user-gets-account-back-after-ban-for-intimate-image-of-meteor>. Acesso em 11 nov. 2024.

³⁵⁴ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 3.

³⁵⁵ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 3.

Ambos os casos evidenciam a um só tempo, a influência significativa das plataformas de mídia social na circulação de informações e no discurso público e a dificuldade de aplicar políticas de moderação de conteúdo de forma consistente em milhões de postagens.

Moderação por Design: trata-se de um mecanismo que envolve o uso de recursos da plataforma para moldar o comportamento do usuário e a visibilidade do conteúdo, criando um ambiente que, por si só, desencoraje o compartilhamento de conteúdo indesejável. A moderação por design - muitas vezes se opera de forma invisível para o usuário, o que levanta questões sobre transparência e controle - pode ser utilizada para controlar a propagação de conteúdo problemático, restringindo sua visibilidade a determinados públicos. Em vez de remover o conteúdo completamente, a plataforma o torna menos acessível ou o direciona para grupos específicos. Por exemplo: O Tumblr utiliza a moderação por design para lidar com conteúdo adulto. Em vez de remover esse tipo de conteúdo, a plataforma o oculta dos resultados de pesquisa para usuários que não optaram por visualizá-lo.³⁵⁶

As ferramentas de controle arquitetônico incluem a filtragem de conteúdo com base na idade, localização ou preferências do usuário, o uso de algoritmos para classificar e priorizar conteúdo, e a implementação de recursos que dificultam o compartilhamento de conteúdo específico. Questões éticas emergem dessa técnica, visto que a personalização excessiva dos feeds de notícias, por exemplo, pode criar "bolhas de filtro" que isolam os usuários em suas próprias perspectivas, limitando a exposição a diferentes pontos de vista e informações.³⁵⁷

A conclusão que se extrai da análise dos pontos positivos e negativos de cada uma das técnicas de moderação é que a combinação de detecção automática com a revisão humana e a moderação por design se apresenta como uma via mais segura para lidar com os desafios da moderação de conteúdo.

³⁵⁶ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 134.

³⁵⁷ GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media* (New Haven, CT: Yale University Press, 2018), 5, p. 200.

4. GARANTIAS PROCESSUAIS PARA MODERAÇÃO DE CONTEÚDO NAS REDES SOCIAIS

Neste capítulo será realizada uma análise de direito comparado com as legislações europeias, voltadas para estabelecer o equilíbrio da relação entre as plataformas digitais e seus usuários no contexto da moderação de conteúdo, com especial relevância para as medidas que caminham para a implementação do devido processo tecnológico.

Primeiro, será feita uma breve análise do Facebook, que adequou seus processos de moderação passando de um sistema rudimentar nos primórdios até a criação do Conselho de Supervisão (*Oversight Board*). Trata-se de um mecanismo inovador para enfrentar os desafios de moderação de conteúdo em uma plataforma de escala global e que visa garantir maior transparência e responsabilidade nas decisões de moderação, publicando suas decisões e justificativas.

A seguir, será examinado o Regulamento da União Europeia que estabelece um novo regime para serviços digitais, com foco na moderação de conteúdo e na proteção dos direitos fundamentais dos usuários. O *DSA* impõe obrigações de transparência, como a justificativa detalhada das decisões de moderação e mecanismos de responsabilização para plataformas, com destaque para as plataformas muito grandes (VLOPs). O regulamento introduz um sistema de notificação e remoção de conteúdo ilegal, além de sistemas internos de resolução de conflitos e a figura dos "sinalizadores de confiança" para denúncias. A tendência de que esse modelo regulatório seja adotado globalmente se explica pela teoria do "Efeito Bruxelas".

Por fim, no contexto brasileiro, se verificará se a lacuna legislativa sobre a regulação entre plataformas digitais e seus usuários pode ser suprida por outras leis que integram o ordenamento jurídico.

4.1. A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSELHO DE SUPERVISÃO DO FACEBOOK: O PRIMEIRO PASSO EM DIREÇÃO AO DEVIDO PROCESSO TECNOLÓGICO

No ano de 2004, o então estudante de Harvard Mark Zuckerberg - atualmente CEO da empresa Meta -, desenvolveu uma plataforma com o propósito inicial de realizar

a conexão dos estudantes universitários. Em poucos anos, o Facebook se tornou a rede social mais acessada do mundo.

A história da moderação de conteúdo no Facebook foi traçada por Kate Klonick. A professora e pesquisadora informa que nos primeiros anos da plataforma, a moderação de conteúdo era realizada de forma rudimentar e sem políticas claras, por uma equipe muito pequena que se baseava em um “documento de uma página” com diretrizes básicas, tais como remover "Hitler e pessoas nuas". A premissa que norteava as decisões de moderação era “if it makes you feel bad in your gut, then go ahead and take it down”³⁵⁸. Somente no ano de 2010, Dave Willner e Jud Hoffman capitanearam a criação de políticas mais consistentes, que pavimentaram o caminho para a criação do documento denominado "Padrões da Comunidade" (*Community Standards*) para o público e os "Padrões de Abuso" (*Abuse Standards*) internos, um documento detalhado para moderadores.³⁵⁹

Mas não foi o suficiente. A plataforma passou a ser alvo de críticas e sofrer pressões por parte da comunidade acadêmica, sociedade civil e da mídia para instituir medidas que garantissem mais transparência e responsabilidade. A insatisfação generalizada com a falta de transparência dos processos internos resultou na publicação dos Padrões da Comunidade em 2018. Foi mais um passo importante, mas que não eliminou todas as preocupações, notadamente em razão dos acontecimentos da época – tais como a acusação de a Meta ter influenciado o resultado das eleições americanas, que levou à vitória de Donald Trump e o escândalo da Cambridge Analytica³⁶⁰, questões abordadas no item 2.2. Era um fato irrefutável e não resolvido com as medidas até então adotadas: a falta de transparência e responsabilidade nas decisões de moderação minava a confiança dos usuários no Facebook.

A única estratégia possível para restauração da confiança e legitimar o papel imparcialidade e ética do Facebook como árbitro do discurso online era reestruturar as regras de governança. Foi nesse contexto que em 2019 passou a ser formado o Conselho de Supervisão do Facebook, o *Oversight Board*, uma abordagem de governança mais

³⁵⁸ KLONICK, Kate. The Facebook Oversight Board: Creating an independent institution to adjudicate online free expression. *Yale Law Journal*, v. 129, [S.I.] p. 2418- 2499, 2020. Disponível em: <http://tinyurl.com/mr2purj6>. Acesso em 09 nov. 2024.

³⁵⁹ KLONICK, Kate. The Facebook Oversight Board: Creating an independent institution to adjudicate online free expression. *Yale Law Journal*, v. 129, [S.I.] p. 2418- 2499, 2020. Disponível em: <http://tinyurl.com/mr2purj6>. Acesso em 09 nov. 2024.

³⁶⁰ WONG, David; FLORIDI, Luciano. Meta’s Oversight Board: A Review and Critical Assessment. *Minds and Machines*, v. 33, n. 2, p. 261-284, out. 2023. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11023-022-09613-x>. Acesso em 09 nov. 2024.

efetiva, inovadora e participativa, com olhos para a prevenção das possíveis repercussões das eleições estadunidenses, que estavam próximas (no ano de 2020). Trata-se de um órgão dotado de independência funcional e vocacionado a revisão das decisões de moderação de conteúdo da empresa Meta, emitindo decisões vinculativas em casos específicos e recomendações não vinculativas sobre políticas da plataforma³⁶¹.

Kate Klonick descreve a criação do *Oversight Board* como uma iniciativa deliberada e organizada em três principais momentos: (i) Consulta Global e Recrutamento (Janeiro-Junho 2019): Essa fase inicial concentrou-se em ouvir as perspectivas de stakeholders e usuários em todo o mundo, permitindo a elaboração de um relatório detalhado, publicado em junho de 2019, que destacou a importância da independência, transparência e representatividade na composição do Conselho, bem como a necessidade de mecanismos eficazes de apelação e revisão de decisões; (ii) Estrutura e Design (Julho-Setembro 2019): com base no feedback da consulta global, o Facebook elaborou a Carta do Conselho de Supervisão, um documento fundamental que delineou a estrutura, a autoridade, os procedimentos e os mecanismos de independência do Conselho, composto por membros selecionados por um processo independente e representando uma diversidade de origens geográficas e áreas de especialização. A Carta também estabeleceu a autoridade do Conselho para revisar decisões de moderação de conteúdo, emitir decisões vinculativas para o Facebook em casos específicos e fornecer recomendações de políticas; (iii) Implementação (Outubro 2019 - presente): envolveu a implementação da estrutura legal e administrativa do órgão, incluindo: criação do Trust, um fundo fiduciário independente, com um financiamento inicial de US\$ 130 milhões do Facebook, para garantir a independência financeira do Conselho; Formação da LLC, com um acordo detalhando suas operações e responsabilidades; Elaboração dos Estatutos, publicados em janeiro de 2020, detalhando os procedimentos de apelação, os mecanismos de tomada de decisão, as garantias de transparência e as disposições para emendas; e Seleção dos Membros e Início das Operações, com a capacidade de revisar casos de moderação de conteúdo e emitir decisões vinculativas para o Facebook³⁶².

³⁶¹ WONG, David; FLORIDI, Luciano. Meta's Oversight Board: A Review and Critical Assessment. *Minds and Machines*, v. 33, n. 2, p. 261-284, out. 2023. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11023-022-09613-x>. Acesso em 09 nov. 2024.

³⁶² KLONICK, Kate. The Facebook Oversight Board: Creating an independent institution to adjudicate online free expression. *Yale Law Journal*, v. 129, [S.I.] p. 2418- 2499, 2020. Disponível em: <http://tinyurl.com/mr2purj6>. Acesso em 09 nov. 2024.

A desvinculação entre a Meta e o *Oversight Board* produz um maior grau de confiança de que a imparcialidade do órgão confere a transparência e legitimidade das decisões e processos de moderação de conteúdo. Isto, porque ao contrário do que ocorre nos processos internos de moderação do Facebook, o *Oversight Board* precisa publicar suas decisões e fornecer explicações detalhadas para cada caso, permitindo que os usuários e a sociedade em geral compreendam o roteiro decisório de cada ato de moderação, mesmo que discordem da solução adotada.³⁶³

O devido processo legal não é o foco principal do *Oversight Board*. Evelyn Douek aponta que a contribuição do órgão se restringe à correção de erros individuais e a definição de regras de discurso aplicáveis globalmente. De toda forma, pela natureza do serviço, é possível estabelecer uma relação, ainda que reflexa, entre o dever de publicidade do *Oversight Board* e a garantia processual, que pode gerar benefícios indiretos para os usuários. A ênfase na transparência, no raciocínio público e na construção de um sistema de precedentes pode contribuir para a moderação de conteúdo mais justa e compreensível.³⁶⁴

Em que pese o avanço para conferir legitimidade e a responsabilidade em seus processos de moderação de conteúdo por meio do *Oversight Board*, evidentemente existem pontos fracos, em grande medida decorrentes das questões já apontadas anteriormente: a escala da plataforma Facebook e velocidade da comunicação online. Essas duas vertentes são obstáculos para a compreensão adequada do contexto e evitar incompreensões (o contexto político, histórico ou social pode levar a distorções de uma frase aparentemente inofensiva).³⁶⁵

David Wong e Luciano Floridi, destacam que a atuação do *Oversight Board* está limitada a decisões sobre remoção ou manutenção de conteúdo específico, atuando de forma binária (“*binary approach*”), sem a possibilidade de aplicação de outras

³⁶³ Para Evelyn Douek: “Crucially, the FOB’s decisions will be made public and include an explanation.154 If the decision of the relevant panel is not unanimous, minority views can be included in the explanation for the decision.155 This shows that the purpose of the FOB is not only to decide outcomes and correct errors, but also to give reasons—to expose the reasoning and tensions involved in content moderation decisions” (DOUEK, Evelyn, Facebook’s “Oversight Board:” Move Fast with Stable Infrastructure and Humility, 21 N.C. J.L. & TECH. 1 (2019). Available at: <https://scholarship.law.unc.edu/ncjolt/vol21/iss1/2>. Acesso em 10 nov. 2024).

³⁶⁴ DOUEK, Evelyn, Facebook’s “Oversight Board:” Move Fast with Stable Infrastructure and Humility, 21 N.C. J.L. & TECH. 1 (2019). Available at: <https://scholarship.law.unc.edu/ncjolt/vol21/iss1/2>. Acesso em 10 nov. 2024.

³⁶⁵ DOUEK, Evelyn, Facebook’s “Oversight Board:” Move Fast with Stable Infrastructure and Humility, 21 N.C. J.L. & TECH. 1 (2019). Available at: <https://scholarship.law.unc.edu/ncjolt/vol21/iss1/2>. Acesso em 10 nov. 2024.

medidas.³⁶⁶ A jurisdição limitada é vislumbrada também pela vertente da aplicação restrita das decisões ao caso concreto, ou seja, não vinculam a empresa Meta. O *Oversight Board* também não pode interferir em aspectos mais amplos da plataforma, como algoritmos, sistemas de publicidade ou coleta de dados. Por fim, os autores destacam a falta de poder do *Oversight Board* pelo controle da Meta sobre a aplicação de seus precedentes.³⁶⁷ O sistema de precedentes afigura-se benéfico, podendo aumentar o número total de casos que analisa; aprimorar a compreensão pública sobre as regras de moderação de conteúdo; e melhorar a consistência das decisões de moderação de conteúdo, fortalecendo a confiança pública nas plataformas.³⁶⁸ A recomendação dos autores é a concessão de autonomia para o *Oversight Board* decidir quando aplicar seus precedentes, sem a interferência da Meta, inclusive para os casos em andamento, como medida de assegurar a independência do órgão.³⁶⁹

Ainda que não apresente uma solução definitiva para a falta de transparência no processo de moderação de conteúdo, a criação do *Oversight Board* é marcada pela neutralidade e imparcialidade, o que representa um passo importante na direção de uma governança digital mais transparente e responsável, em linha com os valores do constitucionalismo digital.

³⁶⁶ De acordo com os autores: “The conditions necessary to satisfy the two criteria of applying the OB’s precedent (“identical content with parallel context” and “technical and operational feasibility”), should be clarified in detail. Given the improbability of two content moderation cases being completely identical in content and the opacity of determining the feasibility of applying a past decision, greater clarity on what those standards mean and what circumstances are necessary to satisfy those standards would improve understanding of the OB’s precedent and the degree to which any given content moderation case can serve as precedente”. (WONG, David; FLORIDI, Luciano. *Meta’s Oversight Board: A Review and Critical Assessment*. *Minds and Machines*, v. 33, n. 2, p. 261-284, out. 2023. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11023-022-09613-x>. Acesso em 09 nov. 2024).

³⁶⁷ WONG, David; FLORIDI, Luciano. *Meta’s Oversight Board: A Review and Critical Assessment*. *Minds and Machines*, v. 33, n. 2, p. 261-284, out. 2023. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11023-022-09613-x>. Acesso em 09 nov. 2024.

³⁶⁸ WONG, David; FLORIDI, Luciano. *Meta’s Oversight Board: A Review and Critical Assessment*. *Minds and Machines*, v. 33, n. 2, p. 261-284, out. 2023. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11023-022-09613-x>. Acesso em 09 nov. 2024.

³⁶⁹ De acordo com os autores: “The conditions necessary to satisfy the two criteria of applying the OB’s precedent (“identical content with parallel context” and “technical and operational feasibility”), should be clarified in detail. Given the improbability of two content moderation cases being completely identical in content and the opacity of determining the feasibility of applying a past decision, greater clarity on what those standards mean and what circumstances are necessary to satisfy those standards would improve understanding of the OB’s precedent and the degree to which any given content moderation case can serve as precedente”. (WONG, David; FLORIDI, Luciano. *Meta’s Oversight Board: A Review and Critical Assessment*. *Minds and Machines*, v. 33, n. 2, p. 261-284, out. 2023. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11023-022-09613-x>. Acesso em 09 nov. 2024).

4.2. O REGULAMENTO DE SERVIÇOS DIGITAIS EUROPEU (*DIGITAL SERVICES ACT - DSA*)

Como parte fundamental da Estratégia Digital da União Europeia, em outubro de 2022 foi publicada no diário oficial a versão final do o *Digital Services Act (DSA)*, diploma que estabeleceu o novo regime regulatório europeu³⁷⁰. A partir de 17 de fevereiro de 2024, as regras passaram a ser aplicadas a todos os estados-membros da União Europeia.

O *DSA* faz parte de um pacote legislativo da Comissão Europeia que inclui o *Digital Markets Act (DMA)*, para regular o funcionamento das plataformas no âmbito da UE³⁷¹, além, do *Artificial Intelligence Act (AIA)*³⁷² e o *Data Act (DA)*, em vigor a partir de 12 de setembro de 2025³⁷³. Apresenta natureza jurídica de Regulamento, de caráter geral e seus ditames são aplicados imediatamente pelos estados-membros da UE, produzindo obrigações e proteção uniformes³⁷⁴.

O *DSA* contém dispositivos orientados para a mitigação das externalidades negativas no contexto social, como conteúdo ilegal e discurso de ódio *online*, protegendo o interesse público em um discurso livre e aberto nas plataformas digitais³⁷⁵. A técnica legislativa está orientada na premissa de que o que é ilegal no mundo analógico também não pode ser tolerado no mundo digital, como exemplo: violação a direitos fundamentais

³⁷⁰ UNIÃO EUROPEIA. *REGULAMENTO (UE) 2022/2065 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO*. 27 de outubro de 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065>. Acesso em 13 nov. 2024.

³⁷¹ A esse respeito: “A terminologia reflete as ambições da Comissão: embora, tecnicamente, tanto a DSA quanto a DMA sejam regulamentos conforme o significado do Artigo 288(2) do TFUE, as propostas são apresentadas como “atos” — uma expressão do desejo da Comissão de definir a estrutura central para a economia digital com impacto global” (WAGNER, Gerhard; EIFERT, Martin; METZGER, Axel; SCHWEITZER, Heike. (2021). *Taming the giants: The DMA/DSA package*. *Common Market Law Review*. 58. 987-1028. 10.54648/COLA2021065. DOI:10.54648/COLA2021065 Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/359561491_Taming_the_giants_The_DMADSA_package. Acesso em 12 nov. 2024).

³⁷² UNIÃO EUROPEIA. Lei da UE sobre IA: primeira regulamentação sobre inteligência artificial. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence>. Acesso 22 nov. 2024.

³⁷³ The European Data Act. Disponível em: <https://www.eu-data-act.com/>. Acesso em 22/11/2024.

³⁷⁴ FONSECA, Aline Klayse dos Santos. Regulação baseada em risco: a responsabilidade das plataformas digitais no *Digital Service Act* e o sistema escalonado de obrigações. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 362

³⁷⁵ WAGNER, Gerhard; EIFERT, Martin; METZGER, Axel; SCHWEITZER, Heike. (2021). *Taming the giants: The DMA/DSA package*. *Common Market Law Review*. 58. 987-1028. 10.54648/COLA2021065. DOI:10.54648/COLA2021065 Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/359561491_Taming_the_giants_The_DMADSA_package. Acesso em 12 nov. 2024.

dos usuários e ofensa a valores democráticos. Para atingir essa finalidade, as plataformas precisam assumir algumas responsabilidades adicionais, cooperar com autoridades locais e prestar contas. No ato da aprovação do acordo político entre o Parlamento Europeu e os Estados-membros, a presidente da Comissão Europeia, Ursula von der Leyen, destacou que o objetivo maior é a promoção de um espaço online seguro e que respeita os direitos fundamentais.³⁷⁶

O *DMA*, por sua vez, volta-se a combater a concentração de poder nos mercados dos "gatekeepers", plataformas que servem como portais importantes para usuários empresariais alcançarem usuários finais. Aplica-se aos provedores de "serviços de plataforma essenciais" com impacto significativo no mercado interno e posição entrincheirada.³⁷⁷ Um ponto comum entre ambos são as previsões que estabelecem obrigações de transparência, o *DSA* com obrigações de transparência relacionadas à moderação de conteúdo, publicidade e sistemas de recomendação; o *DMA* em relação aos serviços de publicidade, preços e ferramentas de medição de desempenho.³⁷⁸

A abordagem, neste capítulo, será estritamente do *DSA*. O Regulamento não revogou a Diretiva de Comércio Eletrônico 2000/31/EC - DCE, instituído em 8 de junho de 2000.³⁷⁹, que ocupou por mais de 20 anos a posição de principal de quadro-jurídico principal de regulação de serviços digitais na UE. Há previsão textual da sua aplicação

³⁷⁶ Ursula von der Leyen, declarou: «O acordo hoje alcançado sobre o Regulamento Serviços Digitais é histórico, tanto pela rapidez com que foi alcançado como pelo seu conteúdo. O RSD definirá regras de base melhoradas para todos os serviços em linha na UE. Assegurará que o ambiente em linha continue a ser um espaço seguro, salvaguardando a liberdade de expressão e as oportunidades para as empresas digitais. O regulamento dá efeito prático ao princípio de que aquilo que é ilegal fora de linha deve também ser considerado ilegal em linha. Quanto maior for a sua dimensão, maior será a responsabilidade das plataformas em linha. O acordo de hoje – que complementa o acordo político alcançado no mês passado sobre o Regulamento Mercados Digitais – representa uma forte mensagem a todos os europeus e a todas as empresas da UE, bem como às nossas contrapartes a nível mundial.» (European Commission. Digital Services Act: Commission welcomes political agreement on rules ensuring a safe and accountable online environment. Press Release, publicado em 23 abril 2022. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_22_2545. Acesso em 22 nov. 2024).

³⁷⁷ WAGNER, Gerhard; EIFERT, Martin; METZGER, Axel; SCHWEITZER, Heike. (2021). Taming the giants: The DMA/DSA package. *Common Market Law Review*. 58. 987-1028. 10.54648/COLA2021065. DOI:10.54648/COLA2021065 Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/359561491_Taming_the_giants_The_DMADSA_package. Acesso em 12 nov. 2024.

³⁷⁸ WAGNER, Gerhard; EIFERT, Martin; METZGER, Axel; SCHWEITZER, Heike. (2021). Taming the giants: The DMA/DSA package. *Common Market Law Review*. 58. 987-1028. 10.54648/COLA2021065. DOI:10.54648/COLA2021065 Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/359561491_Taming_the_giants_The_DMADSA_package. Acesso em 12 nov. 2024.

³⁷⁹ UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Directiva sobre o comércio electrónico»). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0031>. Acesso em 20 nov. 2024.

“sem prejuízo das regras estabelecidas noutros atos jurídicos da União que regulam outros aspetos da prestação de serviços intermediários no mercado interno ou que especificam e complementam o presente regulamento” (artigo 2º (4)). Assim, pode ser considerada uma atualização da Diretiva³⁸⁰, pois incorporou e aprimorou seus princípios, como se vê, por exemplo, na reprodução literal do artigo 14 da Diretiva no artigo 5 do *DSA*, confirmando a isenção de responsabilidade das plataformas por conteúdo de terceiros, desde que não tenham conhecimento efetivo de sua ilegalidade (*notice and take down*). O *DSA* introduz um mecanismo de "notificação e remoção" para conteúdo ilegal, baseado em leis nacionais e da EU (especialmente o *NetzDG* da Alemanha), com foco em procedimentos e obrigações de diligência para plataformas online, inaugurando um sistema fortemente baseado no *enforcement* privado. Essa modelagem regulatória visa a evitar o "superbloqueio" de conteúdo, reconhecendo que as plataformas facilitam, mas não cometem, atos ilegais.³⁸¹

O Regulamento estabelece um “regime para a isenção condicional de responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários” (artigo 1º (2.a)), afastando-se, em grande medida, do modelo de imunidade dos intermediários, marcado pela autorregulação e ausência de disposições legais específicas (o *DSA* estabelece um conjunto abrangente de obrigações, que necessitam de implementação específica pelas plataformas, supervisionadas pelo regulador. Para Nicolo Zingales o *DSA* se enquadra no conceito de meta-regulamentação, ou autorregulação forçada. Isto, porque um regulador “supervisiona outro (micro)regulador em sua gestão de risco; “imposta” porque, em caso de inadequação das práticas de autorregulamentação, o (macro) regulador tem o poder de tomar medidas de execução”³⁸². Para ele, esse é o arranjo regulatório mais adequado para lidar com um cenário de complexidade e incerteza.³⁸³

³⁸⁰ FONSECA, Aline Klayse dos Santos. Regulação baseada em risco: a responsabilidade das plataformas digitais no *Digital Service Act* e o sistema escalonado de obrigações. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 360.

³⁸¹ WAGNER, Gerhard; EIFERT, Martin; METZGER, Axel; SCHWEITZER, Heike. (2021). Taming the giants: The DMA/DSA package. *Common Market Law Review*. 58. 987-1028. 10.54648/COLA2021065. DOI:10.54648/COLA2021065 Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/359561491_Taming_the_giants_The_DMADSA_package.

³⁸² ZINGALES, Nicolo: *O DSA como uma mudança de paradigma para a devida diligência dos intermediários online: Salve a meta-regulamentação*, *VerfBlog*, 2022/11/02, <https://verfassungsblog.de/dsa-meta-regulation/>, DOI: 10.17176/20221102-215609-0 . acesso em 12 nov. 2024.

³⁸³ ZINGALES, Nicolo: *O DSA como uma mudança de paradigma para a devida diligência dos intermediários online: Salve a meta-regulamentação*, *VerfBlog*, 2022/11/02,

As regras do *DSA* se baseiam na localização do destinatário dos serviços prestados pelas plataformas, e não no local onde o intermediário tenha estabelecimento ou residência. Isso significa que, mesmo que uma plataforma não tenha estabelecimento na UE, ela estará sujeita ao *DSA* se prestar serviços a usuários localizados na União Europeia, independentemente da nacionalidade ou residência desses usuários (artigo 2º.1). Essa abordagem representa uma mudança significativa em relação à legislação anterior, que se concentrava principalmente na localização do prestador de serviços. A justificativa para essa mudança, como não poderia deixar de ser, é a proteção dos consumidores europeus, independentemente de onde a plataforma que eles utilizam esteja localizada.

A estrutura jurídico-regulatória do *Digital Service Act* é vocacionada a salvaguardar os direitos fundamentais dos usuários. O compromisso com a transparência e controle dos processos de moderação ocupa uma posição de centralidade que se traduz em normas que prescrevem o dever de fundamentação das decisões de remoção de conteúdo e restrição de acesso dos usuários às plataformas. Nesse seguimento, o artigo 15 do novo regulamento estabelece deveres de *accountability*, consistentes na apresentação anual de relatórios com um *statement of reason*, considerado um conjunto de informações essenciais sobre os fatos que resultaram no exercício de moderação e sobre os parâmetros decisórios.³⁸⁴ Como destaca Rodolfo de Assis, o dever de motivação comprova que a plataforma tem conhecimento a respeito da natureza do conteúdo restringido e permite a ciência pelo usuário da restrição ou remoção³⁸⁵, abrindo a via da revisão da decisão.³⁸⁶, no caso se discordância.

Como elemento essencial do dever de transparência, o artigo 14º estabelece obrigações de informação e transparência, consubstanciadas em justificativas clara e acessível das políticas de moderação de conteúdo das plataformas, incluindo os critérios

<https://verfassungsblog.de/dsa-meta-regulation/>, DOI: 10.17176/20221102-215609-0 . acesso em 12 nov. 2024.

³⁸⁴ ASSIS, Rodolfo. *Deveres das plataformas digitais no Digital Service Act (DSA): motivação da decisão de remoção de conteúdo e bloqueio de acesso*. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 428

³⁸⁵ ASSIS, Rodolfo. *Deveres das plataformas digitais no Digital Service Act (DSA): motivação da decisão de remoção de conteúdo e bloqueio de acesso*. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 513.

³⁸⁶ ASSIS, Rodolfo. *Deveres das plataformas digitais no Digital Service Act (DSA): motivação da decisão de remoção de conteúdo e bloqueio de acesso*. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 502

para restrição de conteúdo e os procedimentos para recurso. A novidade mais significativa é a determinação de que os intermediários devem agir “de forma diligente, objetiva e proporcionada” na aplicação dos Termos de Uso, em respeito aos direitos e interesses legítimos de todas as partes envolvidas, incluindo os direitos fundamentais dos usuários (artigo 14 (4)). Essa disposição pode ser interpretada como uma obrigação de aplicar os princípios dos direitos humanos na moderação de conteúdo, o que incluiria a garantia de princípios como a proporcionalidade, o devido processo legal e a não discriminação.³⁸⁷ A exigência de que as plataformas considerem os direitos fundamentais ao aplicar os seus Termos de Uso sugere um efeito horizontal indireto desses direitos, ou seja, a sua aplicação nas relações entre particulares (plataformas e usuários). Essa interpretação é consistente com recomendações de organismos internacionais de direitos humanos e com a jurisprudência de alguns Tribunais nacionais, como Alemanha e Holanda.³⁸⁸

O diploma legal impõe deveres de *due diligence*, por meio de um sistema escalonado de obrigações. Impõe-se obrigações de diligência a todos os provedores de serviços intermediários, graduadas de acordo com o tamanho, a natureza e o possível impacto que podem causar. Nesse contexto, há previsão de obrigações adicionais para provedores de hospedagem, plataformas online, e as plataformas muito grandes (VLOPs). Em relação aos provedores de serviços intermediários, o *DSA* determina obrigações básicas de diligência, como mecanismos de notificação e ação para lidar com conteúdo ilegal. Aos provedores de hospedagem, o *DSA* impõe obrigações adicionais, como a implementação de sistemas internos de tratamento de reclamações. Para as plataformas *online*, que são um subconjunto dos provedores de hospedagem que se caracterizam por conectar usuários para fins de compartilhamento de conteúdo, como mercados online e plataformas de mídia social, o *DSA* exige a adoção de medidas adicionais para proteger os usuários, como a moderação de conteúdo e a prevenção da disseminação de desinformação. Às plataformas muito grandes (VLOPs), com um número médio mensal de destinatários ativos do serviço na UE igual ou superior a 45 milhões (artigo 33), foram estabelecidas obrigações mais rigorosas, como a realização de avaliações anuais de riscos

³⁸⁷ A esse respeito: QUINTAIS, J.P., APPELMAN, N. and Ó Fathaigh, R. (2023) ‘Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation’, *German Law Journal*, 24(5), pp. 881–911. doi:10.1017/glj.2023.53. Disponível em: file:///C:/Users/evelyn.weck/Downloads/using-terms-and-conditions-to-apply-fundamental-rights-to-content-moderation.pdf. Acesso em 20 nov. 2024.

³⁸⁸ QUINTAIS, J.P., APPELMAN, N. and Ó Fathaigh, R. (2023) ‘Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation’, *German Law Journal*, 24(5), pp. 881–911. doi:10.1017/glj.2023.53. Disponível em: file:///C:/Users/evelyn.weck/Downloads/using-terms-and-conditions-to-apply-fundamental-rights-to-content-moderation.pdf. Acesso em 20 nov. 2024.

sistêmicos, a implementação de medidas de mitigação de riscos e a submissão a auditorias independentes.³⁸⁹

A responsabilidade gradual considera, também, os riscos decorrentes da escalabilidade. Nessa perspectiva, os considerandos 80 a 83 listam riscos sistêmicos de quatro ordens: (i) o primeiro se refere ao conteúdo manifestamente ilegal, a que alude o artigo 3º(h); (ii) o segundo diz respeito ao impacto real ou previsível do serviço no exercício dos direitos fundamentais, tais como o direito à liberdade de expressão e de informação, incluindo a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social, o direito à vida privada, o direito à proteção de dados, o direito à não discriminação, os direitos da criança e a defesa dos consumidores; (iii) a terceira categoria de riscos a que se faz referência diz respeito às repercussões negativas nos processos democráticos; e (iv) por último, os riscos relacionados a questões sensíveis como saúde e proteção da criança e adolescente.

A partir dessas definições, os considerandos 84 e 85 prescrevem que as plataformas devem promover a modelagem dos Termos de Uso bem como a realização periódica de avaliações dos riscos que realizaram os sistemas automatizados de moderação de conteúdo, de modo prevenir a ocorrência as situações de risco sistêmico.

4.2.1. Diretrizes de devido processo tecnológico contempladas no *Digital Services Act* - *DSA*

Importantes avanços do *DSA* são as disposições dos artigos 16 a 23 do *DSA*, que estabelecem uma estrutura para o oferecimento de denúncias e reclamações que observam diretrizes do devido processo tecnológico, foco principal deste estudo. A Seção 2 dedicou-se a estabelecer os mecanismos para o oferecimento de notificação sobre conteúdo ilegal, o dever de motivação das decisões das plataformas sobre moderação de conteúdo e restrição de acesso a usuários.

O artigo 16 contempla um sistema de notificação de reclamações, “para permitir que qualquer indivíduo ou entidade os notifique sobre a presença em seu serviço de itens específicos de informação que o indivíduo ou entidade considere ser conteúdo ilegal”. Carolina Xavier Santos e Maria Gabriela Grings traçam um paralelo entre o mecanismo privado de recebimento e processamento das notificações recebidas pelas

³⁸⁹ Considerandos 75 e 76 do *DSA*.

plataformas, previstos no artigo 16(2) e as regras processuais que regem o sistema postulatório, com requisitos essenciais para apresentação do pedido em juízo.³⁹⁰ As diretrizes são as seguintes: (i) explicação suficientemente fundamentada das razões pelas quais se entende que o conteúdo é ilegal; (ii) indicação clara da localização eletrônica exata dessas informações, como o URL, no sentido de facilitar a identificação do conteúdo ilegal, adaptadas ao tipo de conteúdo e ao tipo específico de serviço de alojamento; (iii) o nome e o endereço de correio eletrônico da pessoa ou entidade que apresenta a notificação; (iv) uma declaração confirmando a crença genuína do indivíduo ou entidade que apresenta a notificação de que as informações e alegações nela contidas são precisas e completas.³⁹¹

O artigo 16(3) descreve que esta notificação confere ciência à plataforma a respeito do conteúdo ilegal. A norma processual civil em vigor no Brasil define que “Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo” (artigo 269 do CPC). Assim como no sistema processual, no âmbito das plataformas digitais, afigura-se indispensável a concretização da notificação para a prática dos atos necessários para a correção de abusos e ilegalidades.³⁹²

Em que pese o *DSA* não fixe prazo para resposta, o artigo 16(5) prescreve que “sem demora injustificada, da sua decisão relativamente às informações a que se refere a notificação, fornecendo informações sobre as possibilidades de reparação relativas a essa decisão” e no artigo 16(6) estipula que “as suas decisões relativamente às informações a que as notificações se referem de forma atempada, diligente, não arbitrária e objetiva”. O artigo 16(6), em adição, endereça um dever de transparência às plataformas, consistente na informação expressa na resposta à notificação sobre a utilização de meios

³⁹⁰ SANTOS, Carolina Xavier; GRINGS, Maria Gabriela. Private Enforcement e o Regime Processual do Digital Service Act (*DSA*). O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (*DSA*) e Digital Markets Act (*DMA*) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 428.

³⁹¹ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (EU) 2022/2065. Disponível em https://www.eu-digital-services-act.com/Digital_Services_Act_Articles.html. Acesso em 17 nov. 2024.

³⁹² Augusto Tavares Rosa Marcacini destaca que: “A importância, para o processo, dos chamados atos de comunicação, a citação e a intimação, certamente é compreendida por todo e qualquer profissional do Direito que atue no contencioso. Tais atos, destinados a dar ciência às partes acerca da própria existência do processo, no caso da citação, ou dos seus demais atos, tarefa cumprida pelas intimações, garantem praticamente a observância do princípio do contraditório” (MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Citações e intimações por meio eletrônico no Novo CPC. Revista do Advogado, São Paulo, AASP, v. 126, n. 35, mai. 2015, p. 9-10 – g.n.).

automatizados para processamento ou tomada de decisão³⁹³, forma de moderação amplamente adotada pelas plataformas digitais em suas práticas.³⁹⁴

O dever de motivação das decisões de moderação está previsto no artigo 17. Se após a análise da notificação mencionada no artigo 16, a plataforma digital confirmar que se trata de conteúdo ilegal ou incompatível com os termos e condições de uso, poderá adotar uma das quatro medidas de restrição desde de que apresente aos usuários afetados pela decisão a exposição de motivos clara e específica: (i) supressão de conteúdo, a desativação do acesso a conteúdo ou a despromoção de conteúdos; (ii) suspensão, cessação ou outra restrição dos pagamentos monetários; (iii) suspensão ou cessação da prestação do serviço, parcial ou total; e (iv) suspensão ou encerramento da conta do destinatário do serviço.³⁹⁵ Contudo, a lei é omissa sobre o dever de fundamentação da decisão para os casos em que o conteúdo apontado como ilegal for considerado legal e adequados aos Termos de Uso e mantido na plataforma.³⁹⁶

O Regulamento deve ser analisado sistematicamente, de modo que o dever de motivação previsto no artigo 17 também deve ser observado nos casos de moderação voluntária, de boa-fé, realizada pelas plataformas digitais, por meio humano ou automatizado, prevista no artigo 7º³⁹⁷.

No artigo 17(3) do *DSA* apresenta os elementos mínimos (rol exemplificativo) para que a decisão seja considerada motivada: (i) a natureza da restrição adotada; o âmbito territorial da produção dos efeitos decisórios e o tempo de duração; (ii) os fatos e circunstâncias em que a decisão está baseada, se a decisão foi tomada como resposta a uma notificação recebida nos moldes do artigo 16 - e, se for estritamente necessário, a identidade do notificador -, ou após investigação voluntária, autorizada no artigo 7º; (iii) se aplicável, informações sobre a utilização de meios automatizados na tomada da

³⁹³ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (EU) 2022/2065. Disponível em https://www.eu-digital-services-act.com/Digital_Services_Act_Articles.html. Acesso em 17 nov. 2024.

³⁹⁴ GRIMMELMANN, J. The Virtues of Moderation. *Yale Journal of Law and Technology*, v. 17, n. 1, 2015, pg. 63. Disponível em https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/7798/Grimmelmann_The_Virtues_of_Moderation.pdf?sequence=2. Acesso em 1º dez. 2024.

³⁹⁵ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (EU) 2022/2065. Disponível em https://www.eu-digital-services-act.com/Digital_Services_Act_Articles.html. Acesso em 17 nov. 2024.

³⁹⁶ SANTOS, Carolina Xavier; GRINGS, Maria Gabriela. Private Enforcement e o Regime Processual do Digital Service Act (*DSA*). O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (*DSA*) e Digital Markets Act (*DMA*) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 430.

³⁹⁷ SANTOS, Carolina Xavier; GRINGS, Maria Gabriela. Private Enforcement e o Regime Processual do Digital Service Act (*DSA*). O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (*DSA*) e Digital Markets Act (*DMA*) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 430.

decisão; (iv) a subsunção dos fatos à norma violada que levou à decisão de restrição; (v) se a decisão de restrição for baseada na incompatibilidade das informações com os Termos de Uso do prestador de serviços, deverá indicar a cláusula invocada e a justificativa sobre a incompatibilidade entre a informação e a cláusula violada; (vi) informações sobre os mecanismos internos de revisão da decisão à disposição do destinatário do serviço e a possibilidade de resolução extrajudicial de litígios e vias de recurso judicial.³⁹⁸ A adoção de linguagem clara, facilmente compreensível e tão precisas e específicas quanto razoavelmente possível nas circunstâncias em causa confirma o espírito de facilitar o exercício do contraditório pelos próprios usuários dos mecanismos de notificação instituídos pelo *DSA*, sem a necessidade de representação por advogado com conhecimento jurídico.³⁹⁹

Os vocábulos contidos no artigo 18º permitem a conclusão de que é dever das plataformas digitais comunicarem às autoridades policiais ou judiciárias do, ou dos, Estados-Membros “qualquer informação que levante suspeitas de que ocorreu, está a ocorrer ou é suscetível de ocorrer um crime que envolva uma ameaça à vida ou à segurança de uma ou várias pessoas”. Em caso de dificuldade na identificação do Estado-Membro em questão, deverão levar o caso às autoridades responsáveis pela aplicação da lei do Estado-Membro em que se encontra estabelecido ou em que o seu representante legal reside.

O ponto de maior inovação do *DSA* foi o estabelecimento de um sistema interno de resolução extrajudicial de conflitos, disciplinado no artigo 20. A implementação desse sistema de fácil acesso (artigo 20(3)), automatizado e gratuito, representa uma mudança significativa na estrutura da moderação de conteúdo, funcionando como um duplo grau recursal.⁴⁰⁰ e evita que a judicialização de todas as insatisfações dos usuários.

O Regulamento assinala um prazo de seis meses – que passa a fluir no dia em que o destinatário do serviço é informado da decisão nos termos do artigo 16(5) - para

³⁹⁸ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (EU) 2022/2065. Disponível em https://www.eu-digital-services-act.com/Digital_Services_Act_Articles.html. Acesso em 17 nov. 2024.

³⁹⁹ SANTOS, Carolina Xavier; GRINGS, Maria Gabriela. Private Enforcement e o Regime Processual do Digital Service Act (*DSA*). O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (*DSA*) e Digital Markets Act (*DMA*) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 430.

⁴⁰⁰ SANTOS, Carolina Xavier; GRINGS, Maria Gabriela. Private Enforcement e o Regime Processual do Digital Service Act (*DSA*). O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (*DSA*) e Digital Markets Act (*DMA*) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 431.

que os usuários questionem qualquer decisão tomada pela plataforma, após o recebimento de uma notificação, ou tomadas ao arbítrio da própria plataforma, sob o fundamento de que constituem conteúdo ilegal ou são incompatíveis com os seus Termos de Uso e resulte em: (i) supressão, bloqueio ou restrição de conteúdo; (ii) suspensão ou cessação da prestação dos serviços aos usuários; (iii) suspensão ou encerramento da conta de um usuário; (iv) suspensão, cessação ou outra forma de restrição à capacidade de monetizar as informações fornecidas pelos usuários. Da mesma forma, por questão de isonomia, o sistema interno de gestão de reclamações também recepciona as reclamações voltadas contra as decisões desfavoráveis às notificações de ilegalidade, que optarem pela manutenção do conteúdo na plataforma.

No artigo 20(4) é estabelecido que as decisões tomadas no âmbito dos sistemas internos de reclamações devem ser “não discriminatória, diligente e não arbitrária”, sem assinalar o prazo para a decisão, apenas estabelece que devem ser proferidas sem demora justificada. Adiante, no artigo 20(5), o *DSA* determina a comunicação das decisões aos autores das notificações, sem demora justificada sobre a possibilidade de resolução extrajudicial e outras possibilidades de reparação disponíveis. Ainda, prevê o artigo 20(6) que “as decisões a que se refere o 20(5) sejam tomadas sob a supervisão de colaboradores devidamente qualificados, e não exclusivamente com base em meios automatizados⁴⁰¹. O dispositivo em questão é omissivo a respeito da possibilidade do exercício do contraditório⁴⁰².

Uma das grandes invocações da Seção 2 do *DSA* é a previsão de mecanismos de resolução extrajudicial de litígios do artigo 21. O texto prevê que as decisões tomadas no âmbito do sistema interno de gestão de reclamações, a que alude o artigo 20, poderão ser objeto de irrisignação pelos usuários, direcionadas a um organismo certificado pelo coordenador de serviços digitais do Estado-Membro em que se localiza, para resolução extrajudicial de litígio. A figura dos coordenadores, a que se fez referência, está prevista na Seção 1, são os responsáveis pela aplicação o Regulamento de Serviços

⁴⁰¹ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (EU) 2022/2065. Disponível em https://www.eu-digital-services-act.com/Digital_Services_Act_Articles.html. Acesso em 17 nov. 2024.

⁴⁰² SANTOS, Carolina Xavier; GRINGS, Maria Gabriela. Private Enforcement e o Regime Processual do Digital Service Act (*DSA*). O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (*DSA*) e Digital Markets Act (*DMA*) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 432.

Digitais às plataformas que tenham sua principal sede no Estado-Membro em que atuam (artigo 49 e 51).⁴⁰³.

A certificação do organismo é concedida pelo prazo máximo de cinco anos, que pode ser renovado, sempre que este tenha demonstrado que preenche os seguintes requisitos estabelecidos no artigo 21(3): (i) imparcialidade e independência financeira em relação às plataformas e aos usuários, ou entidades, reclamantes; (ii) conhecimento técnico específico ou mais domínios específicos ilegalidade de conteúdos, ou em relação à aplicação e execução dos Termos de Uso; (iii) a remuneração dos membros do organismo não é vinculada ao resultado do procedimento; (iv) o mecanismo deve ser de fácil acesso, através de tecnologias de comunicação eletrônica; (v) celeridade na resolução do litígio, eficiente e eficaz no que se refere aos custos, em uma das línguas oficiais da UE; e (vi) como medida transparência e previsibilidade, a resolução extrajudicial de litígios se norteará de acordo com regras processuais claras e justas, de fácil acesso e cumprirá com o direito aplicável. Eventual descumprimento de um desses critério poderá resultar na revogação da certificação (artigo 21(7)).⁴⁰⁴. Os organismos certificados têm o dever legal de elaboração de um relatório anual ao coordenador dos serviços digitais que os certificou informando o número de litígios que receberam, as informações sobre os resultados desses litígios, o tempo médio necessário para os resolver e quaisquer deficiências ou dificuldades encontradas (artigo 21(4)).

As decisões de resolução extrajudicial serão disponibilizadas no prazo de 90 dias, contados da data da formulação da reclamação. Para os casos de elevada complexidade, o prazo será prorrogado por até 90 dias, não podendo ultrapassar 180 dias. Se o julgamento for favorável ao usuário, o artigo 21(5) estabelece que a plataforma suportará as despesas decorrentes do litígio, como o pagamento das taxas devidas ao organismo de resolução extrajudicial. A mesma lógica não ocorre no caso de decisão favorável à plataforma, uma vez que, por questões de assimetria econômica entre as

⁴⁰³ CAUFFMAN, Caroline; GOANTA, Catalina. A new order: The digital services act and consumer protection. *European Journal of Risk Regulation*, v. 12, n. 4, p. 758-774, 2021. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/8E34BA8A209C61C42A1E7ADB6BB904B1/S1867299X21000088a.pdf/div-class-title-a-new-order-the-digital-services-act-and-consumer-protection-div.pdf>. Acesso em 22/11/2024.

⁴⁰⁴ SANTOS, Carolina Xavier; GRINGS, Maria Gabriela. Private Enforcement e o Regime Processual do Digital Service Act (DSA). O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 432.

partes.⁴⁰⁵, a lei desobriga o usuário de reembolsar as despesas com taxas pagas pela plataforma ao organismo de resolução extrajudicial de litígios.

O artigo 22 do *DSA* consagrou a figura dos sinalizadores de confiança, que funciona como um selo que concede acesso prioritário ao processamento de suas demandas, que são tratadas sem demora indevida. O *status* é concedido pelo coordenador dos serviços digitais do Estado-Membro em que o requerente se encontra estabelecido, mediante o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) detenha conhecimento especializado e competência para identificação e notificação de conteúdo ilegal; (ii) sejam independentes de qualquer plataforma; (iii) desempenhem as atividades a que se propõem, consistentes na apresentação de notificações de forma diligente, precisa e objetiva. A indicação implica em algumas obrigações, como a apresentação de relatório anual ao coordenador dos serviços digitais sobre as notificações apresentadas, contendo o número de notificações, a identidade do prestador de serviços e as medidas adotadas pela plataforma (artigo 22(3)). Acaso identificado um número considerável de notificações insuficientemente precisas, inexatas ou inadequadamente fundamentadas, o coordenador de serviços digitais poderá iniciar um processo investigatório, suspendendo o *status* de sinalizador de confiança durante esse período (artigo 22(6)). O *status* de confiança será revogado em definitivo a depender do resultado da investigação (artigo 22(7)).

Se os dispositivos da Seção 2 do *DSA* até aqui tratados estabelecem deveres às plataformas no exercício de moderação de conteúdo, em benefício dos usuários, em direção oposta se direciona o artigo 23, que dispõe sobre o direito de as plataformas adotarem medidas protetivas contra o uso indevido pelos usuários. As condutas consideradas abusivas devem estar descritas de forma clara e pormenorizadas nos Termos de Uso (artigo 23(4)), o que evidencia a valorização do Regulamento a elementos de autorregulação. Identificada a recorrência na disponibilização de conteúdo manifestamente ilegais (artigo 23(1)) ou na apresentação de notificações ou reclamações manifestamente infundadas, as plataformas poderão suspender a conta do usuário após notifica-lo, durante um período razoável, estabelecido a critério da plataforma (artigo 23(4)).

⁴⁰⁵ SANTOS, Carolina Xavier; GRINGS, Maria Gabriela. Private Enforcement e o Regime Processual do Digital Service Act (*DSA*). O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (*DSA*) e Digital Markets Act (*DMA*) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 432.

A abusividade é aferida de forma casuística, a partir das seguintes circunstâncias: (i) quantidade de conteúdo manifestamente ilegal publicado, ou de notificações infundadas em um determinado espaço de tempo; (ii) a proporção entre o número total de publicações; (iii) a gravidade da situação abusiva e suas consequências; e (iv) se possível, a identificação da intenção do usuário com a divulgação do conteúdo reputado ilegal.

O Regulamento de Serviços Digitais Europeu trouxe muitas novidades no sentido de orientar a relação entre as plataformas e seus usuários. Um progresso importante para a proteção direitos fundamentais individuais e das garantias procedimentais nos processos internos de tomada de decisões.

4.3. O PADRÃO REGULATÓRIO EUROPEU E A TEORIA DO EFEITO BRUXELAS

A tendência de expansão das preferências regulatórias europeias para além das fronteiras do bloco econômico se explica pela teoria do “Efeito Bruxelas”, expressão cunhada pela professora Anu Bradford da Universidade de Oxford. Especialmente no que se refere aos temas relacionados à internet e às relações entre as plataformas digitais e seus usuários a experiência revela a hegemonia regulatória da UE.⁴⁰⁶

Padronização é o base de sustentação desta teoria. Há uma tendência de grandes empresas e conglomerados de simplificação de suas práticas globais, por meio da padronização dos processos. A implementação de diferentes regras jurídicas é desafiadora do ponto de vista técnico e pode levar ao desalinhamento da atividade, por exemplo, quando determinado conteúdo deve ser moderado em determinado país e não em outros.⁴⁰⁷ Para isso, ao invés de customizar os processos de acordo com legislações locais dos mercados em que atuam, adota-se globalmente o paradigma regulatório mais

⁴⁰⁶ CARVALHO, Leticia Redis. O Efeito Bruxelas e as novas regulações sobre a moderação de conteúdo publicado em redes sociais. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 331.

⁴⁰⁷ CARVALHO, Leticia Redis. O Efeito Bruxelas e as novas regulações sobre a moderação de conteúdo publicado em redes sociais. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 347.

rígido⁴⁰⁸. Essa medida de contingenciamento promove, a um só tempo, economia de recursos com customização e conformidade, além de facilitar o comércio transfronteiriço.

Dentro do bloco econômico, o Efeito Bruxelas se perfaz na medida em que o próprio *Digital Service Act*, em grande medida, estendeu o modelo regulatório alemão da *NetzDG* para os demais Estados-membros, de modo a estabelecer um padrão regulatório coeso e pautado na transparência. Do ponto de vista técnico, a aplicação global de um único conjunto de regras, como as Diretrizes da Comunidade, é mais eficiente e menos custosa para as plataformas do que a adaptação a leis nacionais específicas.⁴⁰⁹

Segundo a teoria do Efeito Bruxelas, países que não integram a União Europeia voluntariamente passam a adotar seus regulamentos mais rígidos para viabilizar parcerias comerciais, tendo em vista a representatividade do mercado consumidor europeu que auferem um “alto valor agregado”⁴¹⁰ para empresas sediadas fora do bloco. Esse fenômeno é visto com bons olhos pela União Europeia, pois confere legitimidade às suas decisões, previsibilidade e facilita o estabelecimento de um mercado comum, reduzindo a possibilidade de colocar a suas empresas em desvantagem competitiva.⁴¹¹

Ainda, de acordo com a teoria de Anu Bradford, outros elementos que confirmam a submissão global aos parâmetros legislativos europeus, dizem respeito à indivisibilidade do objeto e “mercados inelásticos”. O primeiro ocorre quando determinada atividade não pode ser segmentada em territórios distintos. O segundo

⁴⁰⁸ CARVALHO, Leticia Redis. O Efeito Bruxelas e as novas regulações sobre a moderação de conteúdo publicado em redes sociais. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 332.

⁴⁰⁹ Nesse sentido: “We can nonetheless wonder about the added value of an additional complaint tool within the platform’s feedback mechanisms. Since (most) social media platforms operate globally, moderating content on the basis of global community guidelines is more cost-effective than if it was conducted on the basis of national regulation. Thus, the NetzDG reports could lead to the conclusion that this type of additional feedback tool, which would vary from country to country (because of national regulations), is ineffective and therefore unnecessary”. (HELDT, Amélie, *Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports*, *Internet Policy Review*, v. 8, n. 2, p.1-18, jun. 2019. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/214071/1/IntPolRev-2019-2-1398.pdf>. Acesso em: 24/11/2024).

⁴¹⁰ CARVALHO, Leticia Redis. O Efeito Bruxelas e as novas regulações sobre a moderação de conteúdo publicado em redes sociais. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 332.

⁴¹¹ CARVALHO, Leticia Redis. O Efeito Bruxelas e as novas regulações sobre a moderação de conteúdo publicado em redes sociais. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 333.

elemento, se refere à capacidade de determinada norma produzir efeitos para além dos limites geográficos do país em que editada.⁴¹²

No contexto das plataformas digitais, a aplicação da teoria do Efeito Bruxelas se confirma pelas mudanças nas atividades de moderação de conteúdo. Como demonstrado no capítulo 3.1.1, o modelo regulatório americano é o de imunidade dos intermediários em relação ao conteúdo produzido por seus usuários, o brasileiro também segue a mesma lógica (3.1.2). Porém, para viabilizar as relações políticas e comerciais transfronteiriças, as plataformas voluntariamente passaram a adotar medidas mais rígidas em suas práticas globais, aproximando-se do modelo europeu, inclusive em países em que não há exigência legal de prestação de contas e *accountability*. Como evidenciado no capítulo anterior, o exercício de moderar o conteúdo produzido por terceiros em escala é desafiador. As dificuldades seriam ainda maiores seguindo regras fragmentadas, de acordo com a legislação de cada país. É evidente que a padronização se reverte em economia de recursos como tempo e dinheiro.

Como visto no subitem anterior, o *DSA* inovou ao estabelecer deveres de transparência pelas plataformas e uma estrutura processual que contempla mecanismos internos para resolução de disputas, mecanismos de resolução extrajudicial de litígios, a figura dos sinalizadores de confiança, a distribuição do ônus pelos custos decorrentes dos processos de resolução extrajudicial de litígios, deveres de prestação de contas sobre moderação e auditorias independentes.

Assim, em relação à regulação da moderação de conteúdo, num exercício de futurismo embasado na experiência, a partir da aplicação do Efeito Bruxelas, há uma certa segurança na previsão de que se consolidará o *design* regulatório europeu, confirmando a hegemonia do bloco na instituição de regras de conduta, o que inclui, evidentemente, as previsões voltadas às garantias processuais.⁴¹³

⁴¹² CARVALHO, Leticia Redis. O Efeito Bruxelas e as novas regulações sobre a moderação de conteúdo publicado em redes sociais. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 334/335.

⁴¹³ CARVALHO, Leticia Redis. O Efeito Bruxelas e as novas regulações sobre a moderação de conteúdo publicado em redes sociais. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 353.

4.4. O ARCABOUÇO BRASILEIRO QUE REGE AS RELAÇÕES EM AMBIENTE DIGITAL

O ordenamento jurídico brasileiro, até o momento, não contempla um diploma que regula especificamente as relações entre plataformas digitais e seus usuários. Seguindo a tendência mundial de conformidade, norteadas pela teoria do Efeito Bruxelas, proposta legislativa semelhante tramita na Câmara dos Deputados, o PL 2.630/2020⁴¹⁴, que não será objeto de análise neste estudo pelas indefinições a respeito do seu futuro, notadamente em razão da criação de novo grupo de trabalho para elaboração de nova minuta de projeto de lei sobre o tema⁴¹⁵.

Porém, diante da lacuna legislativa, as soluções para eventuais problemas decorrentes das relações em ambiente digital devem ser amparadas em um conjunto de normas materiais e híbridas, que podem ser consideradas um microsistema composto pelo Marco Civil da Internet, Código de Defesa do Consumidor, Código Civil, Lei do *E-commerce*, Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD e a recente resolução do Tribunal Superior Eleitoral. Esse postulado interpretativo será brevemente explicado.

A Lei 12.965 de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), já analisado nos capítulos anteriores. Brevemente, para evitar repetição, o diploma foi inspirado no sistema norte-americano de *notice and takedown*. Protege a liberdade de expressão ao exigir ordem judicial específica para a remoção de conteúdos ilegais ou ofensivos, conforme o artigo 19. No entanto, esse regime gera críticas por favorecer a inércia das plataformas e dificultar a remoção célere de conteúdos prejudiciais, como discursos de ódio e *fake news*, ampliando os danos às vítimas. Há divergências acadêmicas quanto à constitucionalidade do dispositivo: enquanto críticos argumentam que ele não protege adequadamente as vítimas e prioriza interesses econômicos em detrimento da dignidade humana, defensores alertam contra os riscos de censura privada e ameaças à pluralidade democrática com mudanças precipitadas. A complexidade do tema gera preocupações para fora do ambiente acadêmico, se reflete nos debates legislativos e na preocupação com a segurança jurídica do ecossistema digital.

⁴¹⁴ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 2630, de 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 26 nov. 2024.

⁴¹⁵ Moderação de conteúdo [livro eletrônico]: nas plataformas digitais / coordenação Luis Felipe Salomão, Elton Leme; coordenação técnica João Paulo Bachur. -- Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2024, p. 37.

Os princípios que fundamentam a estrutura do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990) são voltados para o equilíbrio das relações de consumo de forma ampla, seja no ambiente analógico, ou virtual considerando a vulnerabilidade do consumidor, sujeito à possíveis abusos dos fornecedores. O princípio da boa-fé é um fundamento estruturante do CDC, que prevê deveres éticos e jurídicos às partes em uma relação de consumo, para que se comportem com honestidade, lealdade e transparência. Esse princípio determina que os fornecedores forneçam informações claras, precisas e completas sobre produtos e serviços, cumpram as promessas feitas e respeitem as garantias oferecidas aos consumidores, promovendo uma relação equilibrada e justa. O diploma estabelece o dever de transparência, (artigo 4º, *caput*), que alicerça as legislações internacionais mais modernas, como o *Digital Service Act – DSA*, que os consumidores compreendam completamente os termos e condições das transações realizadas – que se aplica, por analogia, aos Termos de Uso. Especificamente em relação às contratações realizadas no comércio eletrônico são tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor, alterado pela Lei 7.962 de março de 2013, o “Decreto do *E-Commerce*”⁴¹⁶ para contemplar esse novo modelo de contratação.

A proteção no ambiente virtual também encontra amparo nos ditames do Código Civil Brasileiro (Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002), que contempla os princípios da boa-fé, da *pacta sunt servanda* e do autorregramento da vontade. Todas as regras que orientam a formação e execução dos contratos tradicionais são aplicáveis aos contratos eletrônicos. Além disso, o CCB contempla o sistema de responsabilidade civil, prevista nos artigos 186 e 927 do Código Civil.

Seguindo uma estratégia global de redução de riscos inerentes às relações virtuais, a Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018 (LGPD), instituiu regras para o tratamento de dados pessoais, com o objetivo de estabelecer um ambiente virtual saudável. O diploma protege os titulares de dados pessoais (pessoas naturais) contra eventuais tratamentos ilícitos pelos Controladores e incidentes de vazamento de dados. De outro lado, o marco regulatório endereça diversos deveres às empresas (que realizam, cotidianamente, operações que se enquadram no conceito legal de tratamento de dados pessoais) de estar em conformidade e impõe obrigações específicas aos controladores e

⁴¹⁶ FONSECA, Aline Klayse dos Santos. Regulação baseada em risco: a responsabilidade das plataformas digitais no *Digital Service Act* e o sistema escalonado de obrigações. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: *Digital Service Act (DSA)* e *Digital Markets Act (DMA)* e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 358.

operadores (artigo 37). Ainda, a Seção 3 da lei estabelece um regime de responsabilidade civil ao “controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo” (artigos 42 a 45).

Recentemente, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) editou a Resolução 23.732, de 27 de fevereiro de 2024.⁴¹⁷ A iniciativa inédita regulamenta o uso de inteligência artificial (IA) na propaganda eleitoral para as Eleições Municipais de 2024, destacando a proibição de *deepfakes* (artigo 9º-C, parágrafo primeiro), a obrigação de informar o uso de IA (artigo 9º-B), restrições ao uso de robôs e a responsabilização de plataformas digitais por conteúdos ilegais (artigo 9º-E, parágrafo primeiro, inciso IV). A nova norma, considerada uma das mais avançadas globalmente, busca combater desinformação, discursos de ódio e manipulação digital, prevendo penalidades como cassação de mandato e responsabilização civil e administrativa de provedores que não removam conteúdos impróprios de forma imediata. A Resolução prevê que o TSE implementará um repositório de decisões para agilizar ações contra desinformação e exigirá das plataformas a adoção de medidas para reduzir a circulação de notícias falsas e discursos antidemocráticos.⁴¹⁸

A combinação desses diplomas tem orientado as decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros para resolver os litígios que florescem das relações em ambiente virtual, especialmente sobre moderação de conteúdo.

No estudo realizado em parceria pela Fundação Getúlio Vargas - FGV, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP e Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, foram analisados 37 Recursos Especiais em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça. Os dados analisados revelaram que as pretensões levadas à apreciação do Poder Judiciário, em sua maioria, são obrigações de fazer e não fazer.⁴¹⁹ especificamente para atuação ou cessação de ato, juntamente com a busca por reparação por danos sofridos.

⁴¹⁷ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. RESOLUÇÃO Nº 23.732, DE 27 DE FEVEREIRO DE 2024. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2024/resolucao-no-23-732-de-27-de-fevereiro-de-2024>. Acesso em 26 nov. 2024.

⁴¹⁸ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. TSE proíbe uso de inteligência artificial para criar e propagar conteúdos falsos nas eleições. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Fevereiro/tse-proibe-uso-de-inteligencia-artificial-para-criar-e-propagar-conteudos-falsos-nas-eleicoes>. Acesso em 26 nov. 2024.

⁴¹⁹ Moderação de conteúdo [livro eletrônico]: nas plataformas digitais / coordenação Luis Felipe Salomão, Elton Leme; coordenação técnica João Paulo Bachur. -- Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2024, p. 70.

De forma didática, as informações mapeadas foram ilustradas através de um gráfico:

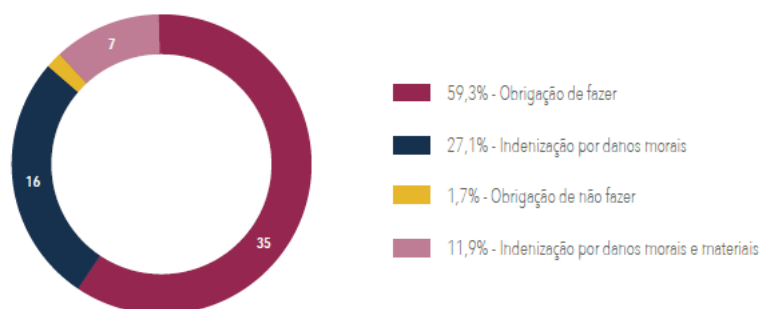


Figura 4 – Gráfico de decisões por tipo de ações.⁴²⁰

O estudo empírico revelou que há uma maior concentração de pedidos de remoção de conteúdo considerados prejudiciais (42,9%).⁴²¹:

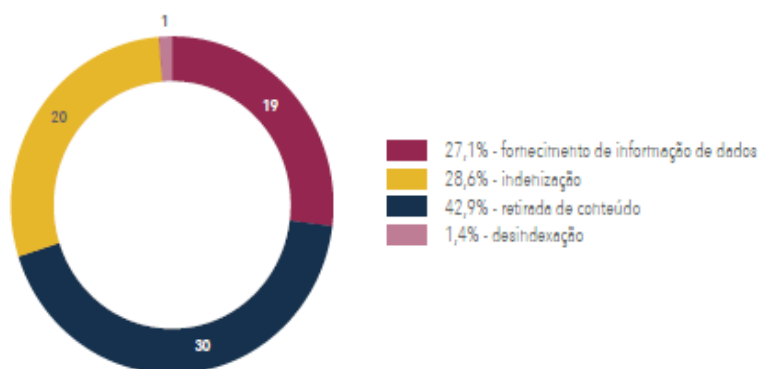


Figura 5 – Gráfico de pedidos.⁴²²

Ainda, pela relevância, o estudo revelou que as decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre moderação de conteúdo, em sua maioria, adotam o artigo 19 do MCI

⁴²⁰ Moderação de conteúdo [livro eletrônico]: nas plataformas digitais / coordenação Luis Felipe Salomão, Elton Leme; coordenação técnica João Paulo Bachur. -- Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2024, p. 70.

⁴²¹ Moderação de conteúdo [livro eletrônico]: nas plataformas digitais / coordenação Luis Felipe Salomão, Elton Leme; coordenação técnica João Paulo Bachur. -- Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2024, p. 73.

⁴²² Moderação de conteúdo [livro eletrônico]: nas plataformas digitais / coordenação Luis Felipe Salomão, Elton Leme; coordenação técnica João Paulo Bachur. -- Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2024, p. 73.

como fundamento legal para reparação de danos por conteúdos veiculados pelas plataformas digitais.⁴²³

O resultado do estudo em questão não significa que o microsistema utilizado atualmente pelo Poder Judiciário para resolver os litígios a ele submetidos tornaria dispensável uma legislação específica regulando as sensíveis relações entre plataformas digitais e usuários, nos moldes do *Digital Services Act*.

As previsões de cunho processual, tais como o sistema de notificação de reclamações, a concessão de prazo para resposta, dever de motivação das decisões de moderação, o sistema interno de resolução extrajudicial de conflitos e mecanismos de resolução extrajudicial de litígios permitem que as divergências sejam resolvidas administrativamente, no âmbito das próprias plataformas.

Essas medidas de implementação tecnológica podem levar à redução de demandas judiciais, influenciando no aumento exponencial das demandas recepcionadas pelo Poder Judiciário.⁴²⁴, com economia de recursos como tempo e dinheiro público. A preocupação se justifica tendo em vista o resultado da o Relatório Justiça em Números, divulgado em 2024 com referência ao ano anterior, que revelou o ajuizamento de 35 milhões de processos novos, sendo o maior número da série histórica de quase 20 anos, com aumento de 9,4% em relação ao ano anterior.⁴²⁵

Mas essa é uma possibilidade que se confirmará com o tempo, se o nosso ordenamento jurídico seguir o modelo de regulação europeu, que estimula a autocomposição no âmbito das próprias plataformas digitais. E o futuro, no contexto das plataformas, nas palavras de Ricardo Campos, traz perigos e oportunidades.⁴²⁶

⁴²³ Moderação de conteúdo [livro eletrônico]: nas plataformas digitais / coordenação Luis Felipe Salomão, Elton Leme; coordenação técnica João Paulo Bachur. -- Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2024, p. 73.

⁴²⁴ De acordo com o Relatório Justiça em Números, divulgado em 2024 com referência ao ano anterior,

⁴²⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2024 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2024, P. 15. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024-v-28-05-2024.pdf>. Acesso em 03 dez. 2024.

⁴²⁶ Nas palavras do autor: “(...) o tempo não seria mais vinculado ao Direito, tendo em vista o estabelecimento de um horizonte comum e previsível de ação, mas sim por modelos de negócios que vinculam o futuro em si e são, portanto, capazes de reinventá-lo e até me nov. smo prevê-lo (...). O futuro da modernidade como um futuro incerto, que foi caracterizado por sua contingência estruturada em mecanismos abstratos, está se tornando um futuro cada vez mais certo que traz não apenas oportunidades para a liberdade humana, mas também graves perigos” (CAMPOS, Ricardo, *Metamorfoses do Direito Global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia* / Ricardo Campos. – São Paulo, SP: Editora Contracorrente, 2023, p. 330-331).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de apresentar conclusões definitivas para um tema tão complexo e controvertido, a partir de premissas teóricas o presente trabalho buscou traçar uma rota em direção a um ambiente digital mais saudável e confiável no que se refere à moderação de conteúdo, com um olhar para o modelo regulatório europeu, que instituiu regras procedimentais para conferir maior transparência e previsibilidade aos processos decisórios no âmbito das plataformas digitais.

É certo que a internet democratizou o acesso à informação globalmente. A ausência de uma autoridade central e a transcendência das fronteiras nacionais rompem com o princípio da territorialidade. A teoria do constitucionalismo digital, abordada no primeiro capítulo, se apresenta como uma resposta aos desafios mundiais impostos pela concentração de poder em plataformas digitais. Em linhas muito gerais, a disciplina busca adaptar os princípios do constitucionalismo clássico ao ambiente digital, propondo mecanismos para limitar o poder das plataformas privadas e proteger os direitos dos usuários. A extensão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações entre plataformas e usuários é um dos pilares de sustentação dessa teoria. As plataformas, ao desempenharem funções quase públicas, devem se submeter aos princípios constitucionais e proteger direitos fundamentais dos seus usuários e valores democráticos.

Como um desdobramento da teoria do constitucionalismo digital, o constitucionalismo global defende uma harmonização entre o Direito Constitucional doméstico e internacional. A teoria propõe a interoperabilidade dos sistemas constitucionais, em que tribunais nacionais dialogam com cortes internacionais para enfrentar desafios comuns no ambiente digital, com o objetivo de equilibrar inovação tecnológica com a proteção dos direitos fundamentais, assegurando que o poder privado seja limitado por princípios constitucionais universais.

O segundo capítulo tratou da garantia fundamental do devido processo legal. Historicamente voltada para proteger contra abusos do Estado, a cláusula foi adaptada para enfrentar novos desafios em um cenário onde algoritmos, opacos e sujeitos a vieses, substituem decisões humanas, dificultando a transparência e a previsibilidade necessárias à concretude dos valores pelo devido processo legal. Segundo a teoria do devido processo tecnológico, para atender à cláusula do devido processo as decisões automatizadas precisam ser auditáveis. Tais medidas incluem maior transparência, direito à revisão e

auditoria por árbitros imparciais, visando assegurar o equilíbrio entre eficiência tecnológica e proteção dos direitos fundamentais.

Ao longo de vinte anos desde o início do Facebook, as plataformas digitais deixaram de ser meras intermediadoras, passando a realizar a curadoria de conteúdo, determinando quais conteúdos serão exibidos e em que ordem, com o objetivo de aproximar vendedores e compradores. O poder de alocação de conteúdo lhes deu o poder de controlar o discurso público. Há uma famosa frase dos cinemas que diz: “com grandes poderes vêm grandes responsabilidades”, que se encaixa perfeitamente às plataformas de grande escala, como as redes sociais, que enfrentam a responsabilidade de equilibrar seus interesses comerciais com a proteção dos direitos fundamentais dos seus usuários. É disso que tratou o terceiro capítulo. A enorme quantidade de conteúdo gerado diariamente por bilhões de usuários e a velocidade com que a informação se propaga *online* exige respostas rápidas, dificulta a análise contextualizada de tudo que é veiculado pelas redes sociais, aumentando o risco de erros. Algoritmos e inteligência artificial são ferramentas importantes para a moderação de conteúdo em escala, mas podem ser imprecisos, especialmente na análise de contexto, intenção e nuances linguísticas. Não raras vezes, "Falsos positivos" levam à remoção de conteúdo legítimo.

É fato que a moderação de conteúdo é uma ferramenta fundamental de governança privada. Porém, a forma como é utilizada tem impacto direto na liberdade de expressão, na qualidade do discurso público e na confiança dos usuários nas plataformas. A autorregulação, modelo inicial de governança da internet, se mostrou insuficiente para lidar com os desafios da moderação de conteúdo, especialmente na proteção dos direitos fundamentais dos usuários. Em que pese as dificuldades em atingir o ponto ótimo da regulação, a autorregulação regulada, em seu modelo responsivo (teoria de Ayres e Braithwaite), combinando a autonomia das plataformas com a supervisão estatal, surge como uma alternativa mais promissora. O *Digital Services Act* (DSA) da União Europeia é um exemplo dessa abordagem, impondo obrigações de transparência, responsabilização e mecanismos de recurso aos usuários.

No quarto e último capítulo, o presente trabalho buscou evidenciar as novidades procedimentais trazidas pelo *Digital Services Act* – DSA, como o sistema de notificação de reclamações, a concessão de prazo para resposta, dever de motivação das decisões de moderação, o sistema interno de resolução extrajudicial de conflitos e mecanismos de resolução extrajudicial de litígios, são medidas que conferem transparência e previsibilidade ao sistema de moderação de conteúdo, alinhando-se às

previsões da cláusula do devido processo legal, em sua interpretação mais atual – devido processo tecnológico -, aplicável às relações privadas em que há assimetria de poder, como é o caso das relações envolvendo as plataformas digitais e seus usuários.

Pela aplicação da teoria do Efeito Bruxelas, há uma tendência de expansão das preferências regulatórias europeias para além das fronteiras do bloco econômico. No contexto brasileiro, a exemplo da nossa Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, inspirada fortemente no regulamento europeu, a GDPR, não é infundada a expectativa de que a regulação das plataformas digitais incorpore as regras procedimentais do *Digital Services Act - DSA*. A previsão se reforça a partir da constatação de que grandes empresas globais tendem a padronizar suas práticas de acordo com os regramentos mais rígidos, como os arranjos produzidos pela UE, para economizar recursos e facilitar o comércio transnacional. As medidas de implementação tecnológica, que resolvem os conflitos no âmbito das próprias plataformas digitais, podem levar à redução de demandas judiciais, influenciando no aumento exponencial das demandas recepcionadas pelo Poder Judiciário brasileiro, com economia de recursos como tempo e dinheiro público.

Enfim, a institucionalização de um ambiente digital saudável depende da cooperação entre Estados, organizações internacionais e atores da sociedade civil para a estruturação de um sistema de governança global da internet, que proteja os direitos fundamentais e valores democráticos sem obstar o desenvolvimento tecnológico.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges, CAMPOS, Ricardo. **Constitucionalismo Global** / Georges Abboud [et al.]. –1. ed. – São Paulo, SP: Editora Contracorrente, 2022.

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.2011.

ABBOUD, Georges; PEREIRA, João Sérgio dos Santos Soares. O devido processo na era algorítmica digital: premissas iniciais necessárias para uma leitura constitucional adequada. **Revista dos Tribunais**. vol. 1026. ano 110. p. 125-145.

AGÊNCIA BRASIL. Agência Brasil explica: o que é a tecnologia 5G. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/agencia-brasil-explica-o-que-e-tecnologia-5g>. acesso em: 20/07/2024.

AGÊNCIA BRASIL. Taxa para uso da infraestrutura de operadoras divide teles e big techs. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2023-12/taxa-para-uso-da-infraestrutura-de-operadoras-divide-teles-e-big-techs>. Acesso em 12 nov. 2024.

ALBUQUERQUE, Carlos Antônio Menezes de. Observações na Moderação de Conteúdo: iniciativas legais e sua prática na autorregulação regulada e autorregulação. **O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil** / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.

ALEMANHA. FREIWILLIGE SELBSTKONTROLLE MULTIMEDIA-DIENSTEANBIETER (FSM). **Autorregulação segundo a NetzDG**. Disponível em: <https://www.fsm.de/en/fsm/netzdg/#review-panel>. Acesso em 24 nov. 2024.

ALEMANHA. **Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)**, 01 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BJNR335210017.html>. Acesso em 24 nov. 2024.

ALEMANHA. Tribunal de Justiça Federal (Bundesgerichtshof – BGH). Acórdão do III. Senado Civil de 29 de julho de 2021. Caso III ZR 192/20. § 90. Disponível em: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py? Gericht=bgh& Art=en&sid=47ce4f13cd0917d90e2df8d776db544a&nr=121561&pos=0&anz=1>. Acesso em 22 set. 2024.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 18ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. P. 287-289.

ANDRADE Érico. A atuação judicial e o contraditório: o art. 10 do CPC/2015 e as consequências da sua violação. **Revista de Processo**, vol. 283/2018, p. 55 – 106, Set / 2018.

ASSIS, Rodolfo. *Deveres das plataformas digitais no Digital Service Act (DSA): motivação da decisão de remoção de conteúdo e bloqueio de acesso*. **O futuro da**

Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation: Transcending de Deregulation Debate. New York: **Oxford University Press**, 1992, p. 3. Disponível em: <https://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Responsive-Regulation-Transce.pdf>. Acesso em 31 out. 2024.

BALKIN, Jack M., *Free Speech is a Triangle (May 28, 2018)*. *Columbia Law Review*, 2018, *Forthcoming*, Yale Law School, **Public Law Research Paper** No. 640. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3186205>. Acesso em 24 nov. 2024.

BAPTISTA, Patricia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 273, p. 123–163, 2016. DOI: 10.12660/rda.v273.2016.66659. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/66659>. Acesso em: 30 out. 2024.

BARRILAO, Juan Francisco Sánchez Barrilao: J. F. S. Constitucionalismo digital: entre realidade digital, prospectiva tecnológica y mera distopía constitucional. **Revista da AJURIS - QUALIS A2**, [S. l.], v. 49, n. 152, p. 395–418, 2022. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1318>. Acesso em: 14 jul. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** / Luís Roberto Barroso. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Rafael Calhau, PEDRA, Adriano Snat'Ana (2024). Exclusão de perfis em redes sociais e o dever fundamental de respeito ao contraditório e à ampla defesa: uma análise à luz da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, 29(1), 165–186. Disponível em: <https://doi.org/10.25192/ISSN.1982-0496.RDFD.V.29.N.I.2484>. Acesso em 07 jul. 2024.

BBC. Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43461751>. Acesso em 15 jul. de 2024.

BBC. Facebook: como a rede social se tornou peça central na crise política de Mianmar. **BBC** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55944504>. Acesso em 15 jul. de 2024.

BERMAN, Paul Schiff. Cyberspace and the State Action Debate: the Cultural Value of Applying Constitutional Norms to “Private” Regulation. **University of Colorado Law Review**, v. 71, n. 4, p. 1263-1310, 2000 Disponível em: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1083&context=faculty_publications. Acesso em 27 jul. de 2024.

BIANQUINI, Heloisa. Regulação ex ante, regulação ex post e regulação responsiva: notas exploratórias sobre o processo sancionador da autoridade nacional de proteção de dados. **O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil** / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.

BLACK, Julia, Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a ‘Post-Regulatory’ World, **Current Legal Problems**, Volume 54, Issue 1, 2001, Pages 103–146, <https://doi.org/10.1093/clp/54.1.103>. Acesso em 20 out. 2024.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** – 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRAGA, Paula Sarno. A aplicação do devido processo legal às relações jurídicas particulares. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – **Universidade Federal da Bahia**. Salvador, 2007. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/9073>. Acesso em 03 dez. 2024.

BRASIL. Internet 5G chegará para mais 236 cidades brasileiras a partir da próxima segunda-feira (27). Disponível em: <https://www.gov.br/mcom/pt-br/noticias/2024/maio/internet-5g-chegara-para-mais-236-cidades-brasileiras-a-partir-da-proxima-segunda-feira-27>. Acesso em 20/07/2024.

BRASIL. Interoperabilidade. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/acao-a-informacao/acoes-e-programas/programa-projetos-acoes-obras-atividades/geoprocessamento-1/interoperabilidade>. Acesso em 18 ago. de 2024.

BREGA, Gabriel Ribeiro. *A regulação de conteúdo nas redes sociais: uma breve análise comparativa entre o NetzDG e a solução brasileira*. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 19, e2305, 2023. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202305>. Acesso em 24 nov. 2024.

CADE. Mercado de Telecomunicações: telefonia, acesso à internet e infraestrutura. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Mercados-de-Telecomunicacoes_2023.pdf. Acesso em 19 jul. 2024.

CALLEJÓN, F. B., & Randazzo, A. (2024). A constituição do algoritmo - entrevista com Francisco Balaguer Callejón. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, 24(2), 349–366. <https://doi.org/10.18593/ejll.34483>. Acesso em 14 jul. de 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 2630/2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2256735&fichaAmigavel=nao>. Acesso em 08 dez. 2024.

CAMPOS, Ricardo, **Metamorfoses do Direito Global: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia** / Ricardo Campos. – São Paulo, SP: Editora Contracorrente, 2023.

CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e teoria da constituição** – 7ª ed. 14 reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 396

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. P.552.

CARVALHO, Ana & NEGÓCIO, Ramon. A autorregulação regulada e a moderação de conteúdo no Facebook. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**. 9. 10.26668/IndexLawJournals/2526-0049/2023.v9i2.10013. Acesso em 28 out. 2024.

CARVALHO, Letícia Redis. O Efeito Bruxelas e as novas regulações sobre a moderação de conteúdo publicado em redes sociais. **O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.**

CAUFFMAN, Caroline; GOANTA, Catalina. A new order: The digital services act and consumer protection. **European Journal of Risk Regulation**, v. 12, n. 4, p. 758-774, 2021. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/8E34BA8A209C61C42A1E7ADB6BB904B1/S1867299X21000088a.pdf/div-class-title-a-new-order-the-digital-services-act-and-consumer-protection-div.pdf>. Acesso em 22 nov. 2024.

CELESTE, Edoardo. Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. Tradução de Paulo Rená da Silva Santarém. Revisão de Graziela Azevedo. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul./dez. 2021.

CITRON, Danielle Keats, Technological Due Process. U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2007-26, **Washington University Law Review**, Vol. 85, pp. 1249-1313, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1012360>. Acesso em 06 out. 2024.

COMITE GESTOR DA INTERNET. Resolução CGI.br/RES/2009/003/P. Disponível em: <https://cgi.br/resolucoes/documento/2009/003/#:~:text=O%20uso%20da%20Internet%20deve,uma%20sociedade%20justa%20e%20democr%C3%A1tica>. Acesso em: 1º set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conheça a hierarquia das leis brasileiras**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-conheca-a-hierarquia-das-leis-brasileiras/>. Acesso em 13 jun. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2024 / Conselho Nacional de Justiça**. – Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024-v-28-05-2024.pdf>. Acesso em 03 dez. 2024.

Gill, Lex and Redeker, Dennis and Gasser, Urs, Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights (November 9, 2015). **Berkman Center Research**. Publication No. 2015-15, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2687120> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2687120>. Acesso em 27 jul. de 2024.

CRAWFORD, Kate and SCHULTZ, Jason, Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms (October 1, 2013). Boston College Law Review, Vol. 55, No. 93, 2014, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-64, **NYU Law and Economics Research Paper** No. 13-36, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2325784>. Acesso em 06 out. 2024.

DE GREGORIO, Giovanni, The rise of digital constitutionalism in the European Union, **International Journal of Constitutional Law**, Volume 19, Issue 1, January 2021, Pages 41–70. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moab001>. Acesso em: 12 out. de 2024.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento** – 19 ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume I** – 10. ed., rev. e atual. segundo o código de processo civil e de acordo com a Lei 13.256 de 4.2.2016. – São Paulo: Malheiros, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos. **Teoria Geral do novo processo civil** - 2ª ed. -São Paulo: Malheiros, 2017.

DOUEK, Evelyn, Verified Accountability: Self-Regulation of Content Moderation as an Answer to the Special Problems of Speech Regulation, 1903 **Hoover Institution** 1- 37, September 2019. Disponível em: <https://law.stanford.edu/publications/verified-accountability-self-regulation-of-content-moderation-as-an-answer-to-the-special-problems-of-speech-regulation/>. Acesso em 31 out. 2024.

EIFERT, Martin, *Evaluation des NetzDG Im Auftrag des BMJV* (Berlin: **Humboldt-Universität zu Berlin**, 2020). Disponível em: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/09/090920_Juristisches_Gutachten_Netz.pdf. Acesso em 24 nov. 2024.

ESTADOS UNIDOS. New York Supreme Court. Stratton Oakmont v. Prodigy Servs Co., 1995. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-506/78369/20190104160222952_Hassell%20Reply%20Brief%20in%20Support%20of%20Petition.pdf. Acesso em 20 out. 2024.

FITZGERALD, Brian. Software as Discourse? A Constitutionalism for Information Society. **Alternative Law Property Review**, v. 24, n. 3, p. 144-149, 1999. Disponível em: <https://www5.austlii.edu.au/au/journals/AltLawJI/1999/25.html>. Acesso em 27 jul. de 2024.

FONSECA, Aline Klayse dos Santos. Regulação baseada em risco: a responsabilidade das plataformas digitais no *Digital Service Act* e o sistema escalonado de obrigações. **O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]**. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023

FORBES. *20 anos de Facebook: a história da rede social que mudou o mundo*. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2024/02/20-anos-de-facebook-conheca-a-historia-da-rede-social-que-mudou-o-mundo/>. Acesso em 10 nov. 2024.

FORBES. Brasil é o terceiro maior consumidor de redes sociais em todo o mundo. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/03/brasil-e-o-terceiro-pais-que-mais-consome-redes-sociais-em-todo-o-mundo/>. Acesso em 12 nov. 2024.

FORBES. Quais são as maiores empresas de tecnologia do mundo em 2023. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/06/quais-sao-as-maiores-empresas-de-tecnologia-do-mundo-em-2023/#foto10>. Acesso em 28 out. 2024.

FREDES, Andrei Ferreira. Liberdade de expressão, direito à informação e redes sociais: regulação constitucionalmente adequada sobre a moderação de conteúdo na construção de um espaço virtual democrático e plural. Tese (Doutorado em Direito) – **Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 2022. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/10201>. Acesso em 29 out. 2024.

GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to Craft an internet bill of rights. **Berkman Center Research Publication, Cambridge**, n. 15, v. [S.I.], p. 1-26, nov., 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120. Acesso em 27 jul. de 2024.

GILLESPIE, Tarleton. **Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media**. New Haven, CT: Yale University Press, 2018.

GRIMMELMANN, J. The Virtues of Moderation. **Yale Journal of Law and Technology**, v. 17, n. 1, 2015. Disponível em https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/7798/Grimmelmann_The_Virtues_of_Moderation.pdf?sequence=2. Acesso em 1º dez. 2024.

HARTMANN, Ivar Alberto; IUNES, Julia. Fake news no contexto de pandemia e emergência social: os deveres e responsabilidades das plataformas de redes sociais na moderação de conteúdo online entre a teoria e as proposições legislativas. **Direito Público**, v. 17, n. 94, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3CYc8IN>. Acesso em 1º set. 2024.

HELDT, Amélie, Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports, **Internet Policy Review**, v. 8, n. 2, p.1-18, jun. 2019. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/214071/1/IntPolRev-2019-2-1398.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2024.

INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO. **Vozes da Regulação**. Disponível em: <https://somos.itsrio.org/vozes-da-regulacao-placar-interativo#rd-section-lfrhsshw>. Acesso em: 08 set. 2024.

ISTOE. Quais os caminhos da mobilidade com carros autônomos? O especialista Fábio Dutra Souza explica. Disponível em: <https://istoe.com.br/quais-os-caminhos-da-mobilidade-com-carros-autonomos/>. Acesso em: 18/08/2024.

JOBIM, Marco Felix. **Comentários à Constituição do Brasil** / J.J. Gomes Canotilho... [et al.]; outros coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Streck e Gilmar Ferreira Mendes. – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

JORNAL DA USP. O devido processo tecnológico e a legitimidade das decisões automatizadas sob o contexto do PL 2338/23. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/o-devido-processo-tecnologico-e-a-legitimidade-das-decisoes-automatizadas-sob-o-contexto-do-pl-2338-23/>. Acesso em 06 out. 2024.

KLONICK, Kate, The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression (June 30, 2020). Yale Law Journal, Vol. 129, No. 2418, 2020, p. 2463, **St. John's Legal Studies Research**. Paper No. 20-0023, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3639234>. Acesso em 13 out. 2024.

KOSSEFF, Jeff, A User's Guide to Section 230, and a Legislator's Guide to Amending It (or Not) (August 14, 2021). **Berkeley Technology Law Journal**, Vol. 37, No. 2, 2022, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3905347>. Acesso em 20 out. 2024.

LAGRASTA, Valeria Ferioli. Nota sobre o Marco Civil da Internet e a inconstitucionalidade do art. 19 da Lei 12.965/14. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 148. ano 32. p. 43-62. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2023. Disponível em: <https://firm.legalone.com.br/home>. Acesso em: 08/09/2024.

LEITE, Salomão George. **Curso de Direitos Fundamentais: em homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso**. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2022.

LESSIG, Lawrence. **Code: version 2.0**, Basic Books, 2006.

LORDELO, João Paulo. **Constitucionalismo digital e devido processo legal** – São Paulo: Editora Juspodvim, 2022.

LUCCA, Newton et al. **Direito & Internet III**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. II. p. 288.) e Ricardo Campos (CAMPOS, Ricardo. A transformação da responsabilidade dos intermediários da Internet. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da; FONSECA, Reynaldo Soares da; Sérgio Silveira Banhos; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de (Orgs.). *Democracia, justiça e cidadania: desafios e perspectivas*. Homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso. Ed. Fórum, 2020. t. 1).

MANILA. **Manila Principles**. Disponível em: <https://manilaprinciples.org/pt-br.html>. Acesso em: 25 nov. 2024.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Citações e intimações por meio eletrônico no Novo CPC**. Revista do Advogado, São Paulo, AASP, v. 126, n. 35, mai. 2015.

MARCON, Daniele Verza. Moderação de conteúdo como serviço: reflexões sobre a sua transparência e terceirização. **O futuro da Regulação de Plataformas Digitais**: Digital

Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. 2 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 79-94, jan./mar. 2011, p. 8. Disponível em: <https://bit.ly/3RzldSx>. Acesso em 29 out. 2024.

MARTINS HARTMANN, I. A.; SARLET, I. W. **Direitos fundamentais e direito privado**: a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. *Direito Público*, [S. l.], v. 16, n. 90, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3755>. Acesso em: 30 out. 2024.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Vulnerabilidade e responsabilidade civil na internet: a inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 137. ano 30. p. 33-59. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2021. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/42502>. Acesso em 08 set. de 2024.

MEDON, Felipe. **Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil**: autonomia, riscos e solidariedade / Filipe Medon – Salvador: Editora JusPodvm, 2020, p. 82.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil** / J.J. Gomes Canotilho... [et al.]; outros coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Streck e Gilmar Ferreira Mendes. – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. 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**. vol. 31. ano 9. p. 33-68. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2022-9857>. Acesso em: 15 set. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA, Victor Ferreira. Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma Agenda de Pesquisa para o Caso Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020.

MENDES, Laura Schertel, MATTIUZZO, m. discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. **Direito Público**, [S. l.], v. 16, n. 90, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3766>. Acesso em: 13 out. 2024.

META. Disponível em: <https://about.meta.com/br/media-gallery/executives/mark-zuckerberg/>. Acesso em: 1º set. de 2024.

Moderação de conteúdo [livro eletrônico]: nas plataformas digitais / coordenação Luis Felipe Salomão, Elton Leme; coordenação técnica João Paulo Bachur. -- Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2024.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Pensar, Fortaleza**, v. 22, n.1, p.108-146, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/6272>. Acesso em 1ª dez. 2024.

MOSTERT, Frederick. “Digital Due Process”: A Need for Online Justice. Disponível em: <https://academic.oup.com/jiplp/article-abstract/15/5/378/5802452?redirectedFrom=PDF>. Acesso em 05 out. de 2024.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal** – 13 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 110 e 123.

NITRINI, Rodrigo Vital. *Liberdade de expressão nas redes sociais: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas*. Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - **Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22032021-171558/pt-br.php>. Acesso em 1º dez. 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo** (p. 1568). Editora Método. Edição do Kindle.

PEREIRA, J. S.; SOUZA JUNIOR, E. Primeiras reflexões sobre o devido processo tecnológico na aplicação de provimentos vinculantes por sistemas de decisões automatizadas. **IDP Law Review**, [S. l.], v. 1, n. n.2, 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/article/view/5642>. Acesso em: 6 out. 2024.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, n.4, v. 13, p. 2648-2689. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/5bpy8smKHgXbKqKzDWDCZQm/?format=pdf&lang=pt>Acesso em: 20 jul. 2024.

PINHEIRO, Alexandre Pereira, PINHEIRO, Guilherme. Buscadores e redes sociais: limites da moderação e da liberdade editorial dos provedores de aplicações na internet. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 588–605, 2021. DOI: 10.21783/rei.v7i2.520. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/520>. Acesso em: 27 out. 2024.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/95/edicao-1/principio-do-devido-processo-legal-no-processo-administrativo>. Acesso em 30 jun. 2024.

QUINTAIS, J.P., APPELMAN, N. and Ó Fathaigh, R. (2023) ‘Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation’, **German Law Journal**, 24(5), pp. 881–911. doi:10.1017/glj.2023.53. Disponível em:

file:///C:/Users/evelyn.weck/Downloads/using-terms-and-conditions-to-apply-fundamental-rights-to-content-moderation.pdf. Acesso em 20 nov. 2024.

SADDY, André. **Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas** / André Saddy. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SANTOS, Carolina Xavier; GRINGS, Maria Gabriela. Private Enforcement e o Regime Porcessual do Digital Service Act (*DSA*). **O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil** / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.]. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 875.

SCHMITZ, Sandra; BERNDT, Christian. **The German Act on Improving Law Enforcement on Social Networks (NetzDG): a blunt sword?** p. 31-34, dez. 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3306964>. Acesso em 24 nov. 2024.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>. Acesso em: 07/09/2024.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 21, de 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151547>. Acesso em 08 dez. 2024.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 872, de 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/147434>. Acesso em 08 dez. 2024.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 2338, de 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em 08 dez. 2024.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/26379635#:~:text=Institui%20o%20Sistema%20Nacional%20para,Brasileira%20para%20a%20Transforma%C3%A7%C3%A3o%20Digital.&text=EXECUTIVO%20%2C%20ORGANIZA%C3%87%C3%83O%20ADMINISTRATIVA%20%2C%20POLITICA%20TECNOLOGICA%20>. Acesso em: 07 set. 2024.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>. Acesso em: 07/09/2024.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 2630, de 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 26 nov. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** / José Afonso da Silva. – 42. ed., rev. e atual. – São Paulo: Malehiros, 2019.

SILVA, Nilton Correia da. **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade** / Ana Frazão e Caitlin Mulholland, coordenação – 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

STRECK, Lênio Luiz, MORAIS Jose Luiz Bolzan de. **Comentários à Constituição do Brasil** / J.J. Gomes Canotilho... [et al.]; outros coordenadores: Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Streck e Gilmar Ferreira Mendes. – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 2.139.749/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 27/8/2024, DJe de 30/8/2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp n. 2.147.711/SP**, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/11/2024, DJe de 26/11/2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=2147711&O=JT>. Acesso em 26 nov. de 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975500>. Acesso em 11 set. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 201819, Relator(a): ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11-10-2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821. Acesso em 30 jun. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 199779 AgR**, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 27-03-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 26-04-2023 PUBLIC 27-04-2023. Acesso em 22 jun.2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6387 MC-Ref**, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 07-05-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020. Acesso em 1º dez. 2024.

SUZOR, Nicolas. Digital constitutionalism and the role of the rule of law in the governance of virtual communities. Tese de Doutorado (Doutorado em Filosofia - **Queensland University of Technology, Brisbane**, 2010). Disponível em: https://eprints.qut.edu.au/37636/1/Nicolas_Suzor_Thesis.pdf. Acesso em 27 jul. de 2024.

TENORIO, Caio Miachon e BERTONCINI Thays, (In)Constitucionalidade do artigo 19 da Lei 12.965/14. Justiça? **Direito digital: novas fronteiras e desafios em um mundo em transformação**. Reflexões sobre o impacto da tecnologia no direito: proteção de dados, inteligência artificial, criptomoedas, ESG, recuperação de crédito, direito do consumidor e direito público / organização Solano de Camargo, Paulo Vinicius de Soares Carvalho. – 1. ed. – São Paulo: LBCA, 2023, p. 308.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: IDP/Saraiva, 2016.

THE GUARDIAN. Twitter user gets account back after ban for ‘intimate’ image of meteor. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2022/nov/17/twitter->

user-gets-account-back-after-ban-for-intimate-image-of-meteor. Acesso em 11 nov. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **0832615-06.2022.8.19.0205 - Apelação**. Des(a). Gilberto Clóvis Farias Matos - Julgamento: 03/10/2024 - DECIMA TERCEIRA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 22ª CÂMARA CÍVEL).

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Resolução nº 23.732**, de 27 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2024/resolucao-no-23-732-de-27-de-fevereiro-de-2024>. Acesso em 26 nov. 2024.

TRINDADE, André Karam; ANTONELLO, Amanda. Constitucionalismo digital: um convidado (in)esperado. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 18, n. 1, p. e4816, maio 2023. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4816>. Acesso em: 11 set. de 2024.

UNIÃO EUROPEIA. P9_TA(2021)0405. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405_PT.pdf. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405_PT.pdf. Acesso em: 28 jul. 2024.

UOL. Um Zuckerberg mais humilde reconhece erros do Facebook e pede ajuda externa. **UOL**. Disponível em <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2018/11/15/um-zuckerberg-mais-humilde-reconhece-erros-do-facebook-e-pede-ajuda-externa.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 15 jul. de 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2000/31/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Directiva sobre o comércio electrónico»). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0031>. Acesso em 20 nov. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **General Data Protection Regulation**. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em 28 jul. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Lei da UE sobre IA**: primeira regulamentação sobre inteligência artificial. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence>. Acesso 22 nov. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (EU) 2022/2065**. Disponível em https://www.eu-digital-services-act.com/Digital_Services_Act_Articles.html. Acesso em 17 nov. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2022/2065** do Parlamento Europeu e do Conselho. 27 de outubro de 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065>. Acesso em 13 nov. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **White Paper**. Disponível em: <https://commission.europa.eu/document/download/d2ec4039-c5be-423a-81ef->

b9e44e79825b_en?filename=commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf. Acesso em 28 jul. 2024.

UNISINOS. **A vida acelerada do capitalismo digital. A tecnologia dá ou tira tempo?** Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/noticias/547048-a-vida-acelerada-do-capitalismo-digital-a-tecnologia-da-ou-tira-tempo>. Acesso em 27/07/2024.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. ONODY, Roberto N. **Teste de Turing e Inteligência Artificial.** Disponível em: <https://www2.ifsc.usp.br/portal-ifsc/teste-de-turing-e-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 07/09/2024

VDI. **Infraestrutura para a indústria 4.0.** Disponível em: <https://www.vdibrasil.com/infraestrutura-para-a-industria-4-0/>. Acesso em 20/07/2024.

VESTING, Thomas, CAMPOS, Ricardo, *Curadoria de conteúdo: regulação de mídia para o século XXI. O futuro da Regulação de Plataformas Digitais: Digital Service Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil / organização Ricardo Campos; coordenação: Maria Gabriela Grings... [et al.].* – 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos** [livro eletrônico]. - 2. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. -- (Coleção o novo processo civil / coordenadores Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero) 6 Mb; ePub. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa.

WAGNER, Gerhard; EIFERT, Martin; METZGER, Axel; SCHWEITZER, Heike. (2021). Taming the giants: The DMA/DSA package. **Common Market Law Review**. 58. 987-1028. 10.54648/COLA2021065. DOI:10.54648/COLA2021065 Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/359561491_Taming_the_giants_The_DMAD_SA_package. Acesso em 12 nov. 2024.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil volume 1: Teoria geral do processo - 18. ed. rev., atual. e ampl.-** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

WONG, David; FLORIDI, Luciano. Meta's Oversight Board: A Review and Critical Assessment. **Minds and Machines**, v. 33, n. 2, p. 261-284, out. 2023. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11023-022-09613-x>. Acesso em 09 nov. 2024.

ZINGALES, Nicolo: *O DSA como uma mudança de paradigma para a devida diligência dos intermediários online: Salve a meta-regulamentação, VerfBlog*, 2022/11/02, <https://verfassungsblog.de/dsa-meta-regulation/>, DOI: 10.17176/20221102-215609-0 . acesso em 12 nov. 2024.

ZUBBOF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder / Shoshana Zubbof; tradução George Schlesinger** – 1. ed. Rio de Janeiro: intrínseca, 2020.