

BUSCADORES E REDES SOCIAIS: LIMITES DA MODERAÇÃO E DA LIBERDADE EDITORIAL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES NA INTERNET

SEARCH ENGINES AND SOCIAL NETWORKS: LIMITS ON MODERATION AND EDITORIAL FREEDOM ACTIVITIES OF INTERNET INTERMEDIARIES

GUILHERME PEREIRA PINHEIRO

Pós-doutor pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela UnB. Professor do PPGD do Instituto Brasiliense de Direito Público. Consultor legislativo na Câmara dos Deputados. Advogado. Email: guilherme.pinheiro@idp.edu.br; LATTES: <http://lattes.cnpq.br/7086001928425929>

ALEXANDRE PEREIRA PINHEIRO

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Ex-Procurador do Estado de Goiás, advogado. EMAIL: alexandre.pinheiro@spcomm.com.br LATTES: <http://lattes.cnpq.br/1259167311318574>

RESUMO: Este artigo visa analisar o formato e a atuação dos provedores de aplicações, em especial buscadores e redes sociais, e esses provedores procuram justificar ações editoriais sobre o conteúdo de terceiros que circula em suas redes. Examinamos brevemente a história jurídica que permitiu que os intermediários atuassem dessa forma. Por fim, analisamos algumas possíveis soluções para o problema, tanto no âmbito norte-americano, como no brasileiro. Conclui-se não haver, *prime facie*, ilegalidade na ação moderadora dos novos intermediários. Há liberdade de negócio e livre iniciativa das empresas, mas isso não implica a necessidade de vácuo jurídico de normas que regulem os limites da atividade editorial desses intermediários. Principalmente quando se trata de plataformas que dominam amplamente o mercado em sua área de atuação. O método de pesquisa utilizado é a revisão da doutrina, com a referência bibliográfica dos autores que se dedicam ao estudo da moderação de conteúdo pelos provedores de aplicações de internet. A abordagem empregada será indutiva.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade Editorial; Liberdade de Expressão; Internet; Buscadores; Redes Sociais.

ABSTRACT: This article aims to analyze the format and performance of internet content providers, especially search engines and social networks, and how they seek to justify editorial actions on third-party content that circulates on their networks. We briefly examine the legal history that allowed intermediaries to act in this way. Finally, there are some possible solutions to the problem, both in the North American and Brazilian spheres. We conclude that there is no *prima facie* illegality in the moderating action of the new intermediaries. There is freedom of business and free enterprise initiative. But this does not necessarily imply the necessity of a legal vacuum of rules to regulate the limits of the editorial activity of these intermediaries. Especially when it comes to platforms that largely dominate the market in their area of operation. The scientific method is the revision of the bibliographical material of authors who focus

on content moderation by internet platforms. The approach employed will be inductive.

KEYWORDS: Editorial Freedom; Freedom of Speech; Internet; Search Engines; Social Networks.

SUMÁRIO: 1 - Introdução 2 - Atuação das Plataformas na Edição do Conteúdo de Terceiros 3 - Regulação Da Atividade Editorial Dos Intermediários nos Estados Unidos e União Europeia 3.1 - Regulação Da Atividade Editorial Dos Intermediários no Brasil 4 - Propostas de Regulação da Moderação dos Intermediários: os prós e contras da Regulação 5 – Considerações Finais 6 - Referências

1 Introdução

A promessa da internet foi a promessa da desintermediação da comunicação. A promessa do acesso direto do indivíduo à informação, sem os filtros tradicionais e a mediação da televisão, do rádio, de jornais impressos, de editoras de livros e produtoras de filmes (BALKIN, 2014, p.2296). Mas, à medida que os antigos meios de comunicação perderam poder, “intermediários” ou “provedores de aplicações de internet” ou “plataformas” (usamos como sinônimos os termos, a significar empresas que atuam na mediação e moderação entre o usuário e a informação buscada na internet) novos e poderosos surgiram para mediar e moderar a expressão e o acesso à informação, como buscadores, redes sociais, aplicações de comércio eletrônico. De fato, numa sociedade complexa, a comunicação dependeria de algum nível de intermediação (MAGARIAN, 2018, p. 237).

A forma de geração, distribuição e acesso à informação mudou radicalmente nos últimos anos, com a internet. A eclosão das redes sociais e buscadores como novos intermediários da informação alterou a maneira de se produzir e consumir conteúdo. Se, de um lado, o fenômeno multiplicou as fontes de informação e facilitou a livre manifestação do pensamento de milhões de pessoas, de outro materializou a concentração dos meios de intermediação e distribuição do conteúdo e os respectivos poderes de filtrar, degradar, moldar ou bloquear o fluxo do discurso e da expressão. É a esse conjunto de atividades que chamamos de poder editorial dos provedores de aplicações. Utilizamos o termo provedores de aplicações de internet no sentido dado pelo Marco Civil da Internet, aprovado pela Lei nº 12.965/2014, ou seja, de um provedor que oferta um “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”. São, portanto, provedores de aplicações empresas como Google, Facebook, Youtube, Twitter, entre outras.

Definimos intermediários como os sites ou serviços online que (I) hospedam, organizam e veiculam conteúdo compartilhado por usuários, (II) sem que tenham produzido ou encomendado a maior parte desse conteúdo, (III) tenham constituído, sob a infraestrutura de circulação de informação, uma atividade de tratamento de dados pessoais para customização do serviço, publicidade e lucro e (IV) moderem o conteúdo e a atividade dos usuários por meio de uma logística de detecção, avaliação e fiscalização desse conteúdo (GILLESPIE, 2018, p.18-21). Neste artigo, focaremos na última característica dos intermediários, a de moderação do conteúdo de terceiros.

Embora se autoproclamem meros condutos, meios neutros de transmissão de comunicação e um simples conjunto de algoritmos baseados no comportamento do usuário, os intermediários, em especial as redes sociais e os buscadores, realizam forte atividade de moderação, que resulta na edição de conteúdos de seus usuários (PASQUALE, 2016, p. 494-495).

Tomando emprestada a definição de McLuhan, de que o meio é a mensagem (MCLUHAN, 2012, p. 22), percebemos que o formato assumido nos modelos de negócios dos novos intermediários os transforma em *gatekeepers* da informação, com reflexo direto na mensagem, no discurso e no conteúdo que é produzido e distribuído por meio da rede mundial de computadores. Nesse sentido, importa discernir, na atuação desses atores, possíveis atos equivalentes à edição de conteúdos e a legitimidade e legalidade dessa liberdade editorial.

Empresas como Facebook, Google, Twitter, Apple e Amazon, chamadas de Big Techs, passaram a deter controle sobre parcela significativa do mercado de ideias, dominando a oferta de serviços de redes sociais, buscadores, aplicativos e dados pessoais. Desde 2010, o Google, por exemplo, vem ocupando percentuais crescentes do mercado. Nos Estados Unidos, como mostra Mark Levene, chegou a ter somente 64% do mercado de buscadores antes de 2010, mas hoje conta com quase 90% desse mercado (LEVENE, 2010, p. 73). O fato desperta indagações acerca dos limites da programação de seus algoritmos, de suas motivações editoriais e dos parâmetros de atividades de moderação que incidem o discurso de terceiros.

A situação se torna mais dramática quando se constata que os atuais intermediários, pelos quais circula a expressão do pensamento, detêm capacidade técnica e incentivos econômicos e mesmo políticos para realizar um micro gerenciamento da informação (YOO, 2010, p.697), bem como influenciar e moldar o discurso de terceiros conforme entendimento do Balkin (BALKIN, 2014, p.2296). Esse não era, em regra, o caso dos antigos meios de

comunicação. Pela limitação de espaço, o estudo se concentrará nos casos de buscadores e redes sociais, deixando de fora outras modalidades de intermediários da informação.

Um exemplo de intermediário da informação é a Amazon. Embora seja uma empresa de comércio eletrônico, a Amazon faz também intermediação de conteúdo de terceiros, como comentários sobre determinado livro ou produto. Um caso conhecido de atividade editorial da Amazon foi a remoção de comentários desfavoráveis ao livro “What Happened”, que a candidata democrata Hillary Clinton lançou após as eleições americanas de 2016, deixando online os favoráveis à obra.

O método de pesquisa adotado no presente trabalho é a revisão da doutrina, com a referência bibliográfica dos autores que se dedicam ao estudo da moderação de conteúdo pelos provedores de aplicações de internet. A abordagem empregada será indutiva.

2 Atuação das Plataformas na Edição do Conteúdo de Terceiros

O alcance e a profunda repercussão jurídica, social e econômica dos poderes editoriais dos intermediários fica evidente ao constatarmos a fatia concentrada da participação de mercado dessas empresas.

O Google desfrutava mundialmente, em dezembro de 2019, de 92,7% do mercado de buscadores, na frente do Bing, com 2,32% e do Yahoo, com 1,59%. Nos Estados Unidos, o Google detém 88,65% do mercado de buscas, seguido do Bing, com 6,11%, e do Yahoo, com 3,55%. No Brasil, a situação não é melhor. O Google possui 97,27% do mercado de buscas, dominando o Bing, com 1,37%, e o Yahoo, com 1,11%.

Já no mercado de redes sociais a situação é menos dramática. Mundialmente, o Facebook, que já deteve mais de 90% do mercado em 2017, caiu para 64,22% em dezembro de 2019, acompanhado pelo Twitter, com 12,96% e do Pinterest, com 10,97%. Nos Estados Unidos, o Facebook sustenta 50,67% de participação no mercado de redes sociais, seguido pelo Pinterest com 19,18% e pelo Twitter com 19,04%. No Brasil, o Facebook, que em 2014 já teve mais de 94% do mercado, hoje possui ainda 58,21%, seguido de 13,46% do Instagram e 10,39% do Youtube e Twitter.

Nenhum jornal impresso teve, em momento algum, essa penetração e concentração de mercado, nem o rádio. Na história das comunicações, talvez só a televisão tenha tido fatia semelhante de mercado e de poder. Ainda assim, a maior rede de televisão brasileira, a rede Globo, detém hoje apenas cerca de 36% da audiência na televisão aberta, segundo análise feita pela Helena Barreto em sua tese de doutorado (BARRETO, 2018, p.320). A diferença entre os

4 | Revista do Programa de PósGraduação em Direito da UFBA. e-ISSN: 2358-4777. Vol. 31, n.2, p.01-19. Jul/Dez-2021.

novos intermediários e os antigos é que esses produziam seus próprios conteúdos, enquanto buscadores e redes sociais utilizam conteúdos produzidos por terceiros e os editam conforme diretrizes próprias.

2.1 Edição de Conteúdos de Terceiros pelos Provedores

Primeiro, é necessário fazer uma diferenciação entre a chamada governança das plataformas, consistente no conjunto de normas e técnicas jurídicas pelas quais o conteúdo é avaliado e retirado da plataforma por decisão judicial ou por pedidos de terceiros, da governança pela plataforma, consubstanciada na prática de moderação dos conteúdos baseada em regras criadas pela própria plataforma (GILLESPIE, 2018, p.254). O presente artigo pretende tratar desse último tema.

Por edição, entendemos a alteração, degradação, remoção, bloqueio ou desindexação de conteúdo, ou ações como *shadow banning* que segundo McCain (2018, p.5):

[...] é a ação em que o provedor de aplicações que bloqueia ou reduz o alcance dos conteúdos de um seu usuário a fim de dar menos repercussão ao conteúdo em si e desestimular o usuário a permanecer na rede social. A ação é bastante comum na China, embora haja múltiplas reclamações de ações de *shadow banning* nos Estados Unidos.

Já a ação *flooding* é uma tática de censura reversa, que consiste em distorcer ou diluir discurso indesejado por meio da criação e disseminação de notícias falsas ou de usuários falsos e robôs para comentarem e espalharem a notícia (WU, 2018, p.548). De fato, empresas como Twitter, Instagram, Google, Facebook e Youtube são intermediários da expressão de terceiros. Elas desenvolvem seus termos de serviço, políticas internas, regras de comunidade e os aplicam aos seus usuários (BALKIN, 2018, p.43).

Nesse sentido, as novas plataformas não apenas medeiam o discurso, elas efetivamente o constituem (GILLESPIE, 2018, p.199), o que significa que o controle das plataformas implica, em larga medida, o controle sobre o próprio conteúdo. Um grupo de mídia pode, unilateralmente, alterar, remover ou anunciar publicidade sobre uma criação artística de terceiro, por exemplo. O Youtube pode, por meio do sistema *Content ID*, identificar direitos autorais, dando 3 alternativas para o autor: remover, monetizar ou apenas seguir o conteúdo. Nos casos de *fair use*, o Youtube pode monetizar, ele mesmo, o conteúdo (ARSHAM, 2013, p.791-792).

Já o Google sofre acusações de manipular resultados de buscas tanto com fins econômicos, como para finalidades que limitam a liberdade de expressão. No primeiro caso, pode-se mencionar a remoção pelo Google, de seu buscador, de 231 *sites* que contrataram serviços de uma empresa de *search engine optimization*, com o objetivo de obter melhor ranqueamento no Google¹. A União Européia impôs várias multas ao Google, sobretudo em razão desse usar de cláusulas abusivas com sites parceiros, as quais impediam que rivais do Google pudessem anunciar nesses sites².

Quanto à liberdade de expressão, pode-se mencionar o caso em que o Google se recusou a colocar, na plataforma de buscas, anúncios de um usuário que fazia ataques ao governador da Carolina do Norte e ao governo chinês³. Em ambos os casos, a justiça americana tem dado ganho de causa ao Google por entender tratar-se de empresa privada protegida pela liberdade de expressão.

Outra atividade editorial do Google apontada como polêmica diz respeito ao potencial de influenciar o resultado eleitoral por meio da indução de eleitores. Um estudo mostra que pelo menos 20% dos eleitores indecisos podem ser influenciados pelo efeito de manipulação (*search engine manipulation effect* - SEME), podendo esse número chegar a 80% em alguns grupos demográficos. Segundo esse estudo, a candidata Hillary Clinton teria ganhado pelo menos 2,6 milhões de votos a mais nas eleições americanas em 2016 (EPSTEIN, 2017). Deveria um buscador ter esse poder ou a obrigação de neutralidade deveria ser imposta? Embora tenha havido tentativas de contestar esse estudo, há outras acusações, como as de que pesquisas com o termo “Trump News” retornam apenas resultados de *fake news* e de que a pesquisa do termo “*idiot*” tinha como resultado fotos do atual presidente americano.

A governança editorial dos intermediários parece assumir aspectos de uma autocracia estatal, combinando uma proteção básica das liberdades civis e uma baixa responsividade à opinião pública. Como autocracia, à governança falta transparência e aos usuários não é oferecido um devido processo na avaliação de seus conteúdos. Pelo contrário, usuários constituem uma mão-de-obra não paga que auxilia os intermediários na manutenção e aperfeiçoamento da governança de seus serviços, quando reportam *bugs* ou denunciam racismo, por exemplo. Cada usuário se transforma, ao final, num mecanismo de vigilância e denúncia que alimenta e perpetua os padrões da comunidade virtual (BALKIN, 2018, p.23-24).

¹ Vide em: *e-Ventures WorldWide, LLC v. Google, Inc* 188 F. Supp3d 1265, 1268 (2016).

² Vide o *CASE AT.39740 Google Search (Shopping)*.

³ *Langdon v. Google*, 474 F. Supp. 2d 622 (2007).

Esse modelo de governança pela plataforma também empresta liberdade para que uma rede social decida que a disseminação das visões de determinado grupo político é prejudicial aos negócios e, portanto, opte por excluí-lo da plataforma. Foi o caso da acusação contra o Facebook, que removeu 196 páginas e 87 contas no Brasil durante o processo eleitoral de 2018. A rede social explicou que "uma rede coordenada que se ocultava com o uso de contas falsas no Facebook, e escondia das pessoas a natureza e a origem de seu conteúdo com o propósito de gerar divisão e espalhar desinformação". Já o Movimento Brasil Livre – MBL, vítima de parte das remoções e bloqueios, aduziu que as contas foram “arbitrariamente retiradas do ar pelo Facebook” e que a empresa, “por conta do viés político e ideológico”, estava a “perseguir, coibir, manipular dados e inventar alegações esdrúxulas contra grupos, instituições e grupos de direita ao redor do mundo”. Entre as páginas removidas estavam as de integrantes do Movimento Brasil Livre, do Brasil 200, entre outras.

A atividade de moderação realizada pelas plataformas, em especial as redes sociais, é essencial para seu modelo de negócios. Embora a troca de informações nunca tenha sido tão grande, há níveis claros de degradação na esfera pública, com reclamações de intrusão indevida ao mesmo tempo em que existe um clamor para que sejam removidos conteúdos racistas, de ódio e afins. Some-se a isso, ao espraiamento de notícias falsas, o de buscadores que guiam usuários para nichos informacionais predefinidos e de plataformas que nos prendem em casulos culturais (MAGARIAN, 2018, pp. 238-241).

Como empresas privadas, é natural que os novos intermediários da internet moderem aquilo que circula em suas redes. Inclusive a qualidade da moderação é fator determinante para o sucesso de uma plataforma digital (GILLESPIE, 2018, p.202). O problema surge quando empresas monopolistas, ou quase monopolistas, induzem, escondem e manipulam a expressão e o discurso, sem transparência. Potenciais efeitos políticos e sociais dessa ação podem ser deletérios para a sociedade e romper o liame social que torna a internet um fórum público de discussão.

De fato, para realizar a atividade de moderação, novos intermediários mantêm equipes, times e forças-tarefas de empregados ou terceirizados, de simples revisores até um corpo jurídico e consultores especializados, muitas vezes sem levar em conta diferenças culturais ou regionais (KLONICK, 2017, p.1642). Não raro, a atividade de moderação é, inclusive, “delegada” aos usuários que a enriquecem com seus dados, opiniões ou mesmo denunciando determinado comportamento na Internet.

Na verdade, em relação ao conteúdo de terceiros, os novos intermediários moderam (removem, filtram, suspendem), recomendam (pelo *news feed*, *trending lists*, sugestões

personalizadas), fazem curadoria, no sentido de selecionar, organizar e apresentar (conteúdo ao gosto do cliente, ofertas na primeira página, etc.). Criar um *site* ou ser um intermediário é fácil. Difícil é desenvolver um sistema de mediação ou moderação eficaz. A moderação eficaz foi justamente o que diferenciou as chamadas FAANG (Facebook, Amazon, Apple, Netflix, Google) das demais empresas de internet.

Nos Estados Unidos, há várias reclamações de censura que envolvem pessoas e empresas dos mais variados lados do espectro político. Andrew Tutt mostra que da esquerda vêm reclamações relativas à arte e intimidade tratadas como pornografia. Da direita vêm objeções referentes a censura ideológica mais ampla, disfarçadas como injúria, racismo ou discurso de ódio (TUTT, 2013, p.249). Nos últimos 2 anos, o Senado Americano realizou várias audiências sobre o tema, tendo a última sido chamada de [*Stifling Free Speech: Technological Censorship and the Public Discourse*](#), numa demonstração clara de indignação em relação às atividades editoriais de provedores de aplicações. Apenas para ficar em um exemplo, canais de conteúdo como Prager University⁴ têm acusado o Youtube de excluir e desmonetizar seus vídeos.

Sem entrarmos no mérito da correição e conveniência da moderação desses conteúdos, fica evidente sua manipulação e, em última instância, sua edição, ainda que limitada. Nesse sentido, exsurge a duplicidade do discurso dos novos intermediários. Alegam, a um só tempo, serem: (I) plataformas neutras, que entregam o conteúdo tal qual receberam, como uma linha telefônica; ou, dando um passo à frente, seriam apenas uma fórmula matemática, ou algoritmo que imparcialmente entrega um conteúdo baseado no perfil, gostos e preferências do próprio usuário; e (II) empresa privada e, portanto, detentoras de liberdade editorial sobre o conteúdo que transita em suas redes e seus serviços.

Os intermediários justificam a necessidade de moderação com base em razões de (I) responsabilidade e identidade corporativa e (II) econômicas. Quanto à primeira razão, alega-se o interesse reiteradamente demonstrado dessas plataformas aos valores da livre expressão e de valores democráticos, o que está insculpido na missão de várias dessas empresas. Na seara econômica prevalece a visão do dever de atendimento às expectativas dos usuários, moldando as restrições de acordo com a sensibilidade dos usuários em determinado assunto (KLONICK,

⁴ A Prager processou o Youtube por listar constantemente os vídeos do canal como conteúdo restrito, impedindo, por exemplo, que seja visto por menores de idade. Um vídeo da Prager, que trata do tema da guerra da Korea, por exemplo, foi ranqueado como pornográfico, o que limita enormemente o acesso a ele. Vide em: <https://www.wired.com/story/no-ones-happy-youtubes-content-moderation/>

2017, pp.1625-1627). O problema, como veremos à frente, é a fluidez e a fragilidade dos parâmetros utilizados para ações de edição do conteúdo dos usuários.

De um lado, o discurso de plataforma neutra serve para elidir eventual responsabilidade civil dos intermediários por conteúdos de terceiros. De outro, a evocação da liberdade editorial justifica a manipulação, bloqueio e remoção de conteúdos de terceiros de suas redes. A história jurídica de como chegamos a tal situação, no Brasil e no exterior, será explorada no próximo item.

3 Regulação Da Atividade Editorial Dos Intermediários nos Estados Unidos e União Europeia

Diferente da camada de infraestrutura da internet, detida geralmente pelas empresas de telecomunicações e que foi regulada pelo princípio da neutralidade de rede, a camada de aplicações de internet permanece em larga medida desregulada, deixando aos intermediários um amplo poder de mediar ou moderar os conteúdos que nelas transitam. O princípio da neutralidade de rede pode ser definido como o tratamento isonômico de pacotes de dados na internet, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação, vedado o bloqueio ou a degradação do tráfego com base em critérios subjetivos. Diante do pressuposto da liberdade de expressão, da conservação do princípio do *end-to-end* (RAMOS, 2014,p.5) e da liberdade de modelos de negócios, a neutralidade de rede na internet impôs a vedação à discriminação no tratamento de quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação. O princípio da neutralidade de rede assumiu proporções exageradas no Brasil, pondo em risco, em alguns casos, a liberdade de modelo de negócios e a eficiência do uso da rede (PINHEIRO, 2017, p.40). Mas a regra não se aplica à camada de aplicações, ou seja, sobre os intermediários da internet.

Nos Estados Unidos, as duas principais leis que regem a forma com que os provedores de aplicações de internet devem gerir o conteúdo gerado por terceiros são o Communications Decency Act – CDA e o Digital Millenium Copyright Act – DMCA (BRIDY, 2018, p.205). O DMCA determina responsabilidade subjetiva dos provedores de aplicações na hipótese de não removerem conteúdo indicado como violador de direitos autorais, após notificação (LEONARDI, 2019, p.75). De qualquer modo, o DMCA não exige monitoramento afirmativo e preventivo de seus serviços (BRIDY, 2018, p.207).

Em 1996, o CDA alterou o *Telecommunications Act* (*TELECOMMUNICATIONS,1996*) para dar a primeira resposta do legislador americano à

pornografia online, ocasião em que se propôs criminalizar a divulgação ou distribuição de material obsceno e indecente, além de impor sanções para assédio e ameaça no mundo virtual. Desafiada sua constitucionalidade, o CDA foi considerado parcialmente inconstitucional pela Suprema Corte Americana em 1996 (RENO,1997).

Para o que interessa ao artigo, o CDA possui duas partes que não foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte americana. A primeira garantia que os intermediários não seriam considerados civil ou penalmente responsáveis pelo discurso de seus usuários, ou seja, não seriam considerados *publishers* (editores). Isso os desobrigaria a fiscalizar ou policiar o tráfego de suas redes. A ideia do Congresso americano, ao aprovar o CDA, era que a internet oferecesse um “forum for a true diversity of political discourse, unique opportunities for cultural development, and myriad avenues for intellectual activities” (SYLVAIN, 2018, p.218). Uma segunda parte, porém, menos conhecida, dispunha que caso o intermediário decidisse fiscalizar ou policiar o conteúdo de seu usuário, isso não faria com que perdesse a imunidade contida na primeira parte (GILLESPIE, 2018, p.2014). Foi o chamado “bloqueio do bom samaritano” (*good samaritan blocking and screening*), ou seja, um bloqueio de boa-fé, por parte das empresas de Internet.

Com isso, 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. Milton Mueller explica que essa possibilidade foi deixada como certo estímulo para que os intermediários se esforçassem em coibir a circulação de pornografia sem que fossem punidos (MUELLER, 2015, p.807).

Isso fez com que esses provedores de aplicações, esses intermediários, pudessem: (I) remover, bloquear ou promover ações de edição sobre conteúdo de terceiros, sem que assumissem a responsabilidade de editores tradicionais; e (II) desfrutassem da proteção geralmente dada a meios que são meros condutos (telefone, por exemplo, que entrega a mesma mensagem recebida numa ponta à outra ponta da comunicação) sem contrapartidas, que usualmente viriam na forma de obrigações de interconexão, de universalização, de não discriminação, etc.

Inicialmente aplicada a tentativas idôneas dos intermediários de desencorajar e restringir a circulação de pornografia online, seu alcance interpretativo passou, contudo, a extrapolar conteúdos pornográficos, objeto inicial do CDA, acabando por abranger regras de conduta, etiquetas e os termos de uso e padrões de comunidade do próprio intermediário

(SYLVAIN, 2018, p.229). De fato, os tribunais americanos, desde o início, interpretaram amplamente os poderes editoriais dos intermediários, considerando-os culpados apenas se contribuírem materialmente para a circulação do conteúdo ilícito (Jones v. Dirty World Entertainment Recordings, 755 E.3d, 408).

Na União Europeia, regra semelhante consta na Diretiva 2000/31/CE, que dispõe não haver responsabilidade dos intermediários por conteúdo de terceiros, caso não tenham conhecimento efetivo de sua ilicitude e, após o conhecimento da ilicitude, atuem com diligência para retirar ou impossibilitar o acesso à informação, art. 14.1 da Diretiva 2000/31/CE.

3.1 Brasil

No direito brasileiro, após anos de esforço jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça havia sistematizado solução de *notice-and-takedown* semelhante à DMCA, Resp. nº 1.396.417 - MG (2013/0251751-0). No caso concreto, o Google pleiteava reforma da decisão do Tribunal de Minas Gerais, que estabeleceu indenização à Automax Comercial LTDA. pelo fato de haver página criada no Orkut, pertencente ao Google, e que estaria veiculando indevidamente a logomarca da Automax.

Em apertada síntese, os provedores não teriam de responder objetivamente pela inserção de posts ofensivos ou violadores de direitos autorais, nem seriam obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos posts inseridos nos perfis ou comunidades. Deveriam, de toda forma, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo ao direito autoral, removê-lo de forma preventiva no prazo de 24h, até que tivessem tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante.

Em 2014, contudo, é editado o Marco Civil da Internet, aprovado pela Lei nº 12.965/2014, que estabelece, em seu art. 19, que “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”. Com isso, resta caracterizada responsabilidade subsidiária dos intermediários, que eclode somente em casos de não obediência de decisão judicial prévia que determine a remoção do conteúdo.

O Marco Civil foi fincado nas premissas de que: (i) ferramentas digitais cumprem importante função social; (ii) a proteção das plataformas digitais promove a liberdade de

expressão, o acesso à informação, à educação e à cultura; (iii) plataformas digitais e redes sociais exercem grande variedade de papéis econômicos; e (iv) a segurança jurídica do ambiente online fomenta a inovação nacional (LEONARDI, 2019, p.79-80).

A nosso ver, conquanto as premissas acima tenham sido válidas à época da discussão do Marco Civil, algumas delas, em especial as da promoção da liberdade de expressão e do acesso à informação, talvez mereçam alguma revisão, conforme ficará claro mais à frente.

De qualquer modo, o Marco Civil é silente quanto à possibilidade ou limites da ação editorial dos provedores de aplicações. Vela notar que a reputação dos provedores de aplicações, ainda quase imaculada ao tempo da discussão do Marco Civil da Internet, tem sofrido bastante na última década, resultado do vazamento de dados, de casos como o da Cambridge Analytica, das acusações manipulação de resultados de busca, trata-se do chamado Search Engine Manipulation Effect – SEME. Dentre os autores que se destacam sobre essa linha de pesquisa estão Robert Epstein e Ronald Robertson (EPSTEIN, 2015), na remoção de conteúdos e páginas inteiras sem razão suficiente, entre outros problemas advindos de sua atividade editorial.

Embora o discurso na internet nunca tenha sido verdadeiramente desintermediado (YOO, 2010, p.697), a maior exposição das ações moderadoras ou de edição, menos conspícuas no início dos anos 2010, convidam à rediscussão das premissas e dos silêncios adotados no Marco Civil da Internet.

4 Propostas de Regulação da Moderação dos Intermediários: os prós e contras da Regulação

A regulação dos limites dos intermediários sobre o discurso de terceiros é tema espinhoso. Se a mera replicação da lógica normativa dos meios tradicionais de comunicação, (aqui pensamos em limites ao capital estrangeiro e à propriedade múltipla e cruzada, obrigações de transmissão da propaganda política obrigatória, por exemplo, aplicáveis à televisão e ao rádio; obrigações de interconexão, universalização do serviço, regras de qualidade do serviço e de atendimento ao consumidor, como as aplicáveis ao setor de telecomunicações) à Internet não é recomendável, devido ao chamado excepcionalismo da internet (THUSHNET, 2015, p.1638), por outro lado é cada vez mais difícil defender o poder editorial amplo e quase irrestrito de que gozam os provedores de aplicações.

Note-se que, comparado à televisão e a outros meios de comunicação tradicionais, o poder editorial dos intermediários é ainda mais forte: antes, intermediários como

jornais e televisão controlavam apenas aquilo a que o indivíduo podia ou não ter acesso; hoje, o intermediário pode granularizar cada interação do indivíduo com a plataforma, fazendo um microgerenciamento entre indução do comportamento e a censura do conteúdo. O *big data* e o *big analytics* permitem isso. Com a perda da generalidade dos antigos meios de comunicação, perde-se a proteção advinda dessa generalidade.

O tratamento dos dados pessoais e o formato de acesso constituem um ativo que empresta grande poder às plataformas. Mas esse poder dificilmente é regulado, pois tais elementos constituem também uma forma de livre expressão da plataforma e são, portanto, juridicamente protegidos (TUTT, 2013, p.259). Ou seja, ao mesmo tempo em que esse poder deveria estar submetido a algum tipo de controle, a *checks and balances*, ele é resguardado pela livre expressão, resultando na liberdade editorial das plataformas.

Controlar a plataforma usada pelo intermediário significa controlar os meios de expressão. Significa, em última instância, decidir quem pode entrar, quem deve sair, quem deve ceder e quem deve permanecer em silêncio nas redes sociais (TUTT, 2013, p. 250). Decidir qual conteúdo ou discurso deve destacar-se ou desaparecer de um buscador. Diante dessa ampla liberdade de intermediários excluirmos e editarmos conteúdos na internet, urge a criação de deveres e obrigações para a moderação do discurso de terceiros pelos intermediários dos conteúdos transmitidos em redes sociais e buscadores.

Não parece, contudo, haver consenso sobre o quê e em qual intensidade deve ser tal regulação. Há autores que defendem regramento mais estrito, semelhante ao incidente sobre os meios tradicionais de comunicação, como o jornal impresso. Argumenta-se que a não responsabilização das plataformas por discurso ilícito de terceiros, como a que existe no Marco Civil da Internet, não implica concessão de poderes editoriais ilimitados (WHITNEY, 2018). De fato, a regulação dos limites da liberdade editorial para os intermediários, por si só, não é infensa ao art. 19 do Marco Civil da Internet.

De outra banda, há uma série de autores que temem que uma regulação estatal sobre os poderes editoriais de redes sociais e buscadores possa comprometer o acesso à informação e à livre expressão, solapando a “diversidade dinâmica” do discurso, bem como permitindo ações de censura colateral (*collateral censorship*), em que o Estado regula um ator A para conseguir regular, de fato, um ator B.

Ações de censura colateral são bem documentadas na literatura e têm potencial deletério para o ecossistema da livre expressão na internet. Balkin cita os casos das propostas legislativas Combating Online Infringement and Counterfeits Act (COICA), Stop Online Piracy

Act (SOPA) e PROTECT IP Act (PIPA), para argumentar que tais proposições foram redigidas com o escopo e formato tão amplos que não apenas restringiriam violações à propriedade intelectual, mas permitiriam que o Estado, indiretamente, retirasse conteúdos incômodos – e não puramente ilícitos - da internet (BALKIN, 2014, p.2320).

Diante disso, uma regulação muito intrusiva representa o risco de uma captura da livre expressão na internet pelo Estado, e uma regulação mínima ou inexistente imporia o risco de que intermediários monopolistas ou oligopolistas cerceassem o discurso. Várias propostas surgiram na literatura nos últimos anos para enfrentar esse problema. É o que veremos a seguir.

4.1 Propostas para a Regulação

A retaguarda jurídica para mexer e remexer no conteúdo que é postado ou publicado por seus usuários, explícita ou implicitamente, deu aos novos intermediários da informação uma avenida aberta para inovar, experimentar e produzir protocolos e algoritmos que revolucionaram a indústria nas últimas duas décadas. Mas a concentração de mercado, os amplos poderes editoriais e a falta de transparência na aplicação desse poder representam um problema que deve ser enfrentado.

Um híbrido entre um mero conduto em opinião, como o telefone, e os meios de comunicação tradicionais, o novo intermediário deve submeter-se a uma nova lógica regulatória.

A moderação do conteúdo de terceiros pela plataforma pode assumir três principais modelos (KLONICK, 2017, P.1636-1639). O primeiro é a “moderação de conteúdo *ex ante*”, que ocorre entre o *upload* e publicação, geralmente feita por processo automatizado e representa a grande maioria das atividades de moderação, exemplo de moderação *ex ante* é o procedimento de photoDNA, que possui um algoritmo que reconhece fotos de pornografia infantil, evitando preventivamente sua publicação. O contentID do Youtube realiza procedimento semelhante para material violador de direitos autorais. A crítica que se faz a esse modelo é a possibilidade de censura prévia embutida no algoritmo, sem transparência para o usuário. O segundo modelo é a “moderação de conteúdo *ex post* pró-ativa e manual”, quando a plataforma procura ativamente conteúdo publicados para remoção. Esse modelo tem-se tornado mais comum especialmente frente a exigências feitas pela União Europeia e tem o risco de permitir ao Estado e à plataforma um nível de intrusão bastante elevado na comunicação. Para minimizar esse risco, há autores que sugerem que haja participação de pessoas com conhecimento técnico em discurso

extremista (CITRON, 2018, p. 1069). Um terceiro modelo é a “moderação de conteúdo *ex post* reativa e manual”, destinada aos demais tipos de conteúdo denunciados ou sinalizados (*flagged*) por outros usuários que também utilizam a plataforma.

Todos os modelos sofrem, em algum grau, de um *déficit* de transparência e *accountability*, com critérios confusos e vagos, difíceis de rever, sem feedback adequado dos usuários da plataforma, além disso, são pouco responsivos. Há também preocupações com a igualdade de tratamento dada para diferentes atores, com maior tolerância para políticos e serviços noticiosos⁵.

A história da regulação dos meios de comunicação mostra que a concessão de direitos é acompanhada de deveres correspondentes. Empresas de telecomunicações monopolistas tinham obrigação de universalização, empresas de televisão que recebem a radiofrequência estatal possuem limites de publicidade e várias outras obrigações, inclusive constitucionais (art. 221 e 222). Talvez esteja na hora de acoplar deveres ao direito dos intermediários de não serem responsabilizados pelo conteúdo de terceiros em suas plataformas.

Diante do exposto, e sem concordar com todas elas, nem com sua aplicação em todos os contextos, apresentamos abaixo o resultado de algumas discussões e propostas que vêm sendo debatidas no âmbito da academia, especialmente nos Estados Unidos, para regular a atuação dos novos intermediários da comunicação, os provedores de aplicações de internet de serviços de busca e redes sociais, no que se refere aos limites de sua atividade editorial de moderação e tutoria de conteúdo de terceiros:

(I) Assumindo que há uma preocupação do usuário com a diversidade do conteúdo, a rede social poderia criar um formato que favorecesse a exposição e o engajamento do usuário com conteúdos variados, fora de sua bolha, a fim de evitar uma verdade customizada. Uma possibilidade seria alertá-lo de que está em uma bolha de informação e qual sua intensidade, dando destaque a essa ferramenta. Não seria suficiente simplesmente expor o usuário a conteúdo diversos de sua visão de mundo em uma seleção feita pelo próprio intermediário, de forma não transparente.

(II) Dar ao usuário o poder de escolher entre mais de um tipo de seleção e organização de conteúdo, com algoritmos que contenham prioridades distintas. A medida visa reduzir o poder de edição do intermediário;

⁵ Um caso interessante é o Twitter com regras diferentes para avaliar o conteúdo do presidente Donald Trump. Ver em: <https://www.cnn.com/2017/09/26/donald-trump-north-korea-twitter-tweet.html> . Acesso em 07/02/2020.

(III) Adotar padrões mínimos para a moderação. Sem exigir um modo específico de moderação, deve-se criar regras que garantam um procedimento com contraditório e “ampla defesa” para remoção de conteúdos e perfis, com clareza de regras, consistência e possibilidade recursal (BRIDY, 2018, p.127-134). Apenas em casos graves e excepcionais a remoção deveria ser feita sem notificação prévia ao usuário;

(IV) Criar obrigação de compartilhar os dados referentes à atividade editorial de moderação com pesquisadores qualificados, de modo a permitir que as práticas de moderação possam ser examinadas, quantificadas e avaliadas (GILLESPIE, 2018, p.215);

(V) Dar ao Status de *Public Trustee* para os novos intermediários, assim como ocorreu com a televisão e o rádio (MAGARIAN, 2018, p. 247).

(VI) Impor tratamento de *common carrier* às plataformas, com a imposição de obrigações compatíveis com esse status Nunziatto argumenta que (2009, p.156):

[...] given the enormous, unchecked power that dominant search engines such as Google exercise over forums for Internet expression, Congress should enact legislation authorizing the regulation of such dominant search engines to require that they provide meaningful, uncensored access to the Internet content.

(VII) Criar um princípio específico de neutralidade de rede para os intermediários dominantes (MAGARIAN, 2018, p.265), vedando o tratamento discriminatório em função do usuário, do conteúdo (lícito), da origem, *inter alia*. Hoje a neutralidade de rede, no entanto, não incide sobre a camada de aplicações, ou seja, sobre os intermediários da internet. Alguns autores defendem que a imposição de uma neutralidade de rede semelhante àquela que incide sobre as empresas de telecomunicações seria descabida.

(VIII) Regular e responsabilizar os intermediários nos moldes da mídia tradicional, inclusive obrigando-os a divulgar quem paga os anúncios (MAGARIAN, 2018, P.265);

(IX) Da perspectiva judicial, reinterpretar as regras jurídicas hoje vigentes para criar obrigação afirmativa de os intermediários evitarem censura de conteúdo lícito;

(X) Transparência: obrigar intermediários a fazer o *disclosure* de seus métodos de agregar e apresentar a informação ao usuário. Ou seja, que haja um grau elevado de transparência algorítmica, sem colocar em risco os segredos comerciais e industriais dos intermediários;

(XI) Impor obrigações de monitoramento ativo e preventivo para proteger a propriedade intelectual dos usuários, exceções talvez possam ser feitas em determinados casos, como no Wikipedia, em que indivíduos renunciam para sempre aos direitos autorais sobre o

que escrevem na plataforma e resguardar a precisão das informações, privacidade e notícias falsas (*fake news*) já decididas pelo poder judiciário.

(XII) Impor obrigações de interconexão, como na telefonia, em que usuários de uma plataforma possam comunicar-se com usuários de outra plataforma;

(XIII) Impor obrigações de portabilidade, de modo que os usuários de uma plataforma possam migrar para outra, sem prejuízo da identidade digital que ele construiu na plataforma de origem (GILLESPIE, 2018, p.215).

5 Consideração Finais

Quando os intermediários deixaram de ser apenas um meio de conectar pessoas, transmitindo o que um usuário diz aos seus amigos e contatos, e passaram a selecionar, organizar e editar alguns conteúdos com o intento de criar uma experiência para manter o usuário conectado ao site, eles deixaram de ser meros condutos e se aproximaram de um veículo de mídia tradicional.

O presente artigo, numa tentativa de evitar que a “aceitação dócil e subliminar do impacto causado pelos meios se transforme numa prisão sem muros para os usuários” (MARSHAL, 2012, p.36), procurou analisar o problema da moderação do discurso de terceiros pelos novos intermediários da comunicação.

No Brasil e no mundo, os intermediários da Internet vêm desfrutando de tratamento jurídico privilegiado há mais de 20 anos. Situação razoável e que fazia bastante sentido quando não havia a concentração de mercado existente hoje. Mas a deferência legal, válida para *startups* nos anos 1990, mantém-se ainda razoável para conglomerados globais que são hoje as empresas mais valiosas – e poderosas – do mundo?

Regras internas de etiqueta e governança, ou os chamados *community standards*, que possibilitam a remoção, filtro e monitoramento de conteúdo de terceiros pelos provedores de aplicações não seriam atividades editoriais que demandariam algum nível de tratamento regulatório? Sem a pretensão de esgotar o tema, o presente artigo buscou apresentar uma contribuição para o entendimento do problema.

Cada hora gasta no mundo virtual é uma hora fora do mundo real e alguém deve ser responsável por assegurar uma razoável autodeterminação individual (TUTT, 2013, p.257) nesse mundo virtual, sem que seja injustamente excluído ou bloqueado do debate público. Sem

a pretensão de esgotar o tema, o presente artigo buscou apresentar o estado da arte na avaliação e sugestões de propostas feitas por pesquisadores para o problema.

6 Referências

ARSHAM, Bryan. **Monetizing Infringement: a New Legal Regime for Hosts of User Generated Content**, 101 ed. Georgetown Law Journal, nº 3, 2013.

BALKIN, Jack. **Free Speech in the Algorithmic Society**. Big Data, Private Governance and New School Speech Regulation. Yale Law School, Public Law Research Paper nº 615, 2018.

BALKIN, Jack. **Old-School/New-School Speech Regulation**, 127 ed. Harvard Law Review, 2014.

BARRETO, Helena Martins do Rêgo. **O mercado de comunicações brasileiro no contexto da convergência: análise das estratégias da América Móvil e do Grupo Globo**. Tese de Doutorado, Unb, 2018.

BRIDY, Annemarie. **Remediating Social Media: A Layer-Conscious Approach**. Boston University Journal of Science and Technology Law, v. 24, 2018.

CITRON, Danielle Keats. Extreme Speech, Compelled Conformity and Censorship Creep. Notre Dame Law Review, volume nº 93, issue 3, 2018.

EPSTEIN, Robert et Robertson, Ronald. **The Search Engine Manipulation Effect (SEME) and its Possible Impact on the Outcomes of Elections**. Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America v. 112 (33), 2015.

GILLESPIE, Talerton. **Platforms Are Not Intermediaries**. 2 Georgetown Law Technology Law Review, v.198, 2018.

GILLESPIE, Talerton. **Regulation by and of Platforms**. In *The SAGE Handbook of Social Media* (org. Michael Ainsley). Sage: London, 2018.

JANET Reno v. **ACLU**, 521 U.S. 844 ,1997.

JONES v. Dirty **World Entertainment Recordings**, 755 e.3d, 408.

KLONICK, Kate. **The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech**. Harvard Law Review, v. 131, nº 1598, 2017.

LEONARDI, Marcel. **Fundamentos de Direitos Digital**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LEVENE, Mark. **An Introduction to Search Engines and Web Navigation**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2010. Disponível em <<https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/united-states-of-america/#monthly-200901-201912>>. Acesso em:29/01/2020.

MAGARIAN, Gregory. **Forward into the Past: Speech Intermediaries in the Television and Internet Ages.** Oklahoma Law Review. v. 71, nº 1, 2018.

MARSHALL, McLuhan. **Os Meios de Comunicação como Extensão do Homem.** 18ª ed. São Paulo: Cultrix, 2012.

MCCAIN, Robert *et* Shen, Jeffrey. **Deciphering Chinese Censorship.** Introducing Censorscout and the Weibo Censorship Dashboard. Phillips Academy Andover.
WU. Tim. Is the First Amendment Obsolete?. Michigan Law Review. v. 117, Issue 3, 2018.

MUELLER, Milton. **Hyper-Transparency and Social Control: Social Media as Magnets for Regulation.** Telecommunications Policy, v. 39, Issue 9, 2015.

PASQUALE, Frank. **Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power,** 17 Theoretical Inquiries L. 487, 2016.

PINHEIRO, Guilherme Pereira. **Liberdade de Expressão e Neutralidade de Rede na Internet,** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RAMOS, Pedro Henrique Soares Melo, **Neutralidade Da Rede e o Marco Civil da Internet: um guia para Interpretação,** setembro de 2014. Disponível em <: <https://ssrn.com/abstract=2496076>>. Acesso em: 03/02/2020.

SYLVAIN, Olivier. **Intermediary Design Duties.** Connecticut Law Review, v. 50, nº 1, 2018.
Telecommunications Act of 1996, 47 U.S.C § 230.

Thushnet, Mark. **Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law.** William and Mary Law Review, v. 56, issue 4, 2015.

TUTT, Andrew. **The New Speech.** Hastings Constitutional Law Quarterly, v. 41, nº 2, 2013.

YOO, Christopher. **Free Speech and the Myth of the Internet as na Unintermediated Experience.** 78 George Washington Law Review, 2010.