

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
ALICE MALDONADE BRYAN

**A REGULAÇÃO DAS MÍDIAS SOCIAIS: CONCEITO E LIMITES DA
LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, da Pontifícia Universidade Católica de Campinas como exigência para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Lucas Catib de
Laurentiis

CAMPINAS

2022

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
ALICE MALDONADE BRYAN

**A REGULAÇÃO DAS MÍDIAS SOCIAIS: CONCEITO E LIMITES DA
LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Dissertação defendida e aprovada pela comissão
examinadora:

Professor Doutor Lucas Catib de Laurentiis
Orientador e presidente da comissão
examinadora.

Professor Doutor Cláudio José Franzolin
(Programa de pós-graduação da PUC-Campinas)

Professora Doutora Tatiana Stroppa
(Instituição Toledo de Ensino)

CAMPINAS

2022

Ficha catalográfica elaborada por Adriane Elane Borges de Carvalho CRB 8/9313
Sistema de Bibliotecas e Informação - SBI - PUC-Campinas

342.727(81) Bryan, Alice Maldonade
B915r

A regulação das mídias sociais: conceito e limites da liberdade de expressão /
Alice Maldonade Bryan. - Campinas: PUC-Campinas, 2022.

90 f.

Orientador: Lucas Catib de Laurentiis .

Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito,
Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Pontifícia Universidade Católica de
Campinas, Campinas, 2022.

Inclui bibliografia.

1. Liberdade de expressão - Brasil. 2. Direitos fundamentais. 3. Mídia social. I.
Laurentiis , Lucas Catib de
. II. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Centro de Ciências Humanas e
Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU - 22. ed. 342.727(81)

ALICE MALDONADE BRYAN
A REGULAÇÃO DAS MÍDIAS SOCIAIS: CONCEITO E
LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

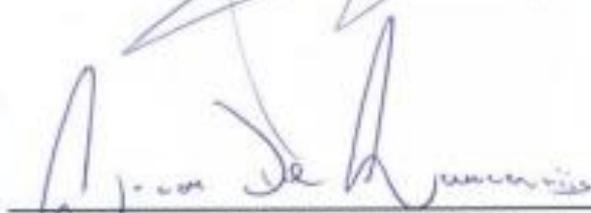
Este exemplar corresponde à redação final da Dissertação de Mestrado em Direito da PUC-Campinas, e aprovada pela Banca Examinadora.

APROVADA: 14 de dezembro de 2022.

DR. TATIANA STROPPA (ITE-BAURU)



DR. CLAUDIO JOSE FRANZOLIN (PUC-CAMPINAS)



DR. LUCAS CATIB DE LAURENTIIS – Presidente (PUC-CAMPINAS)

Agradecimentos

A realização desta dissertação foi um marco na minha vida acadêmica, durante esses dois anos tive a oportunidade de conhecer novos assuntos dentro da área que tanto amo e aprofundar temas que já tinha interesse.

Assim, gostaria de agradecer, inicialmente, aos meus pais, Irani Rodrigues Maldonade e Newton Antônio Paciulli Bryan por terem me dado o suporte necessário durante este importante período. Gostaria de agradecer, também, por terem me transmitido ao longo dos anos, o desejo pela pesquisa e pela vida acadêmica.

Ao meu orientador, Dr. Lucas Catib de Laurentiis, gostaria de agradecer pelo apoio e pelas discussões profundas sobre a liberdade de expressão nesses quase 5 anos. Ter sido sua aluna durante quase toda a minha trajetória acadêmica foi um privilégio.

Aos meus professores do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Campinas, agradeço pelas aulas e ensinamentos de altíssima qualidade, que provocaram em mim reflexões importantes.

Aos meus colegas do Mestrado, em especial Bruna Helena e Maria Clara, que me acompanharam nessa jornada difícil, mas a tornaram mais prazerosa e leve.

Resumo

Esta pesquisa teve como objetivo analisar se a regulação das mídias sociais impõe limites à liberdade de expressão, sob a perspectiva do direito brasileiro e alemão e no âmbito da Cooperação Internacional e Direitos Humanos. Para isso, a pesquisa abordou o conceito de liberdade de expressão para o ordenamento jurídico dos dois países. A pesquisa adotou como método o comparativo e de revisão bibliográfica. Além disso, foi analisada a *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG)*, Lei criada na Alemanha que objetiva a regulação das mídias sociais no país. Nesse sentido, esta Pesquisa estudou a trajetória da criação dessa Lei, bem como os argumentos favoráveis e contrários a ela do ponto de vista da proteção da liberdade de expressão. Ademais, foram abordados os *reports* realizados pelas mídias sociais por exigência da *NetzDG*, a fim de verificar a eficácia da Lei na Alemanha. Também foi analisado o contexto brasileiro no âmbito das mídias sociais, para identificar como o país resolve, atualmente, os problemas advindos dessas plataformas. Nessa toada, foram analisados os impactos da *NetzDG* no Brasil na criação de Leis brasileiras que regulam as mídias sociais. Após, a pesquisa versou sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na Alemanha e Brasil, para isso foram utilizados textos científicos, decisões de Tribunais Internacionais e das Supremas Cortes dos dois países. Por fim, esta pesquisa estudou a possibilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das mídias sociais, no sentido de as plataformas (empresas privadas) serem responsáveis pela garantia dos direitos fundamentais de seus usuários no Brasil e na Alemanha.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão, Direitos Fundamentais, Mídias Sociais

Abstract

This research aims to analyse whether the regulation of social media imposes limits on freedom of expression, from the perspective of Brazilian and German law and in the context of International Cooperation and Human Rights. To this do so, the research addressed the concept of freedom of expression for the legal system of the two countries. The research adopted as a method the comparative and bibliographic review. In addition, the a *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* (NetzDG) was analysed, Law created in Germany that aims at regulating social media in the country. In this sense, this Research studied the trajectory of the creation of this Law and the arguments that are favourable and contrary to it from the point of view of the protection of freedom of expression. In addition, the reports made by social media by NetzDG demand was addressed in order to verify the effectiveness of the Law in Germany. The Brazilian context in the context of social media was also analysed, to identify how the country currently solves the problems arising from these platforms. In this act, the impacts of NetzDG in Brazil on the creation of Brazilian laws regulating social media were analysed. After, the research dealt with the horizontal effectiveness of fundamental rights in Germany and Brazil, for this, scientific texts, decisions of International Courts and supreme courts of the two countries will be used. Finally, this research studied the possibility of horizontal effectiveness of fundamental rights in the context of social media, in the sense that platforms (private companies) are responsible for guaranteeing the fundamental rights of their users in Brazil and Germany.

Keywords: Freedom of Speech, Fundamental Rights, Social Media

Sumário

1. Introdução.....	6
2. Pressupostos da regulação das mídias sociais (redes sociais).....	13
2.1. <i>Conceito de mídias sociais (redes sociais)</i>	13
2.2. <i>Direitos Fundamentais Incidentes</i>	17
2.3. <i>Responsabilidade por dano</i>	24
2.4. <i>Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais</i>	27
2.4.1. <i>O modelo alemão de eficácia horizontal</i>	28
2.4.2. <i>O modelo brasileiro de eficácia horizontal</i>	32
2.5. <i>Eficácia horizontal na regulação das mídias sociais</i>	37
3. Regulação alemã da liberdade de expressão	39
3.1. <i>Contexto de criação da NetzDG e Linha do Tempo da NetzDG</i>	40
3.2. <i>Conteúdo da NetzDG</i>	43
3.3. <i>Críticas à NetzDG</i>	46
3.4. <i>Análise dos reports da NetzDG: a Lei é eficaz?</i>	52
3.4.1. <i>Facebook</i>	53
3.4.2. <i>Twitter</i>	53
3.4.3. <i>YouTube</i>	54
3.4.4. <i>Análise dos Reports</i>	55
4. Elementos para a regulação das mídias sociais.....	57
4.1. <i>Âmbito de regulação e de proteção da liberdade de expressão no Brasil</i>	57
4.1.1. <i>Liberdade de manifestação do pensamento (art. 5, IV e IX, CF)</i>	57
4.1.2. <i>Liberdade de comunicação social (art. 220, CF)</i>	60
4.2. <i>Regulação infraconstitucional - Marco Civil da Internet</i>	64
4.3. <i>Possíveis Impactos do modelo da NetzDG no Brasil</i>	70
Conclusão	76
Referências	79

1. Introdução

A era da informação é uma realidade. A informação está a todo instante presente na vida das pessoas e sua velocidade é incrível; em questão de minutos milhares de pessoas têm acesso a qualquer informação. As mídias sociais possuem um grande papel nessa tarefa. Através dessas plataformas, bilhões de pessoas ao redor do mundo estão conectadas dividindo suas opiniões sobre diferentes assuntos. Sob esse ponto de vista, as mídias sociais conseguiram alcançar o que parecia inalcançável: a união de pessoas do mundo inteiro para dividir suas experiências.

Nas plataformas das mídias sociais estão presentes pessoas de diversas culturas, países, línguas e religiões, que interagem sobre diferentes assuntos e emitem suas opiniões sobre cada um deles. Com o avanço dessas mídias, questões relacionadas à liberdade de expressão e às consequências do exercício desregulamentado deste direito surgiram com a mesma intensidade do crescimento das plataformas. Diante da relevância e atualidade desse tema, esta pesquisa analisará estas questões, focando, principalmente, no modelo criado no direito alemão de regulação de mídias sociais.

O objeto principal da pesquisa é a *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken - Netzdurchsetzungsgesetz (NetzDG)*, Lei criada na Alemanha em 2017, que em tradução livre significa: lei para melhorar a aplicação do direito nas redes sociais. Esta Lei foi criada, uma vez que o Governo Alemão entendeu que eram necessárias medidas mais efetivas contra o discurso de ódio e conteúdos criminalmente relevantes, que tenham sido divulgados nas mídias sociais, que até então não tinham criado medidas que efetivamente combatessem postagens com esses conteúdos (discurso de ódio e *Fake News*).

O discurso de ódio pode ser caracterizado como um discurso extremamente negativo e ofensivo, que dissemina ideias preconceituosas e denegatórias, bem como estereótipos a uma pessoa ou um grupo de pessoas. Este tipo de discurso tem sido muito disseminado nas mídias sociais. As conversas que antes aconteciam no bar passaram a ocorrer nessas plataformas, onde existe uma falsa sensação de anonimato que encoraja os usuários a escreverem postagens agressivas e preconceituosas, consideradas como discurso de ódio.¹

Já as *Fake News* podem ser conceituadas como notícias que foram deliberadamente fabricadas e disseminadas com a intenção de enganar os outros e fazer com que acreditem

¹ BERNDT, M. Christian. SCHMITZ, Sandra. **The German Act on Improving Law Enforcement on Social Networks: A Blunt Sword?** Dezembro, p. 5, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3306964>

em falsidades ou duvidar de fatos verificáveis². Este fenômeno ganhou grande visibilidade com as eleições norte-americanas de 2016 e também ao longo do mandato do ex-Presidente Trump. No Brasil, as *Fake News* ganharam visibilidade a partir das eleições de 2018, quando o Presidente eleito alegava, assim como fez Donald Trump, ser vítima da disseminação de notícias falsas.

Nesse contexto surgem questionamentos se o discurso de ódio e as *Fake News* são protegidas pelo direito fundamental à liberdade de expressão e se é possível que as mídias sociais impeçam postagens que tenham esse tipo de conteúdo.

A *NetzDG* foi a resposta alemã a este questionamento. Ela foi, por isso mesmo, uma das primeiras Leis no mundo a ser criada com o objetivo de regular as mídias sociais e trouxe diversos questionamentos importantes sobre a liberdade de expressão. Por esse motivo, esta pesquisa analisará a trajetória da criação da *NetzDG* os argumentos favoráveis e contrários ao seu modelo de regulação, bem como a sua eficácia, do ponto de vista da liberdade de expressão.

Os argumentos favoráveis à Lei são variados. Segundo os criadores da *NetzDG*, esta Lei prevê um regime em que as decisões são mais transparentes e mais eficazes. Além disso, as tomadas de decisões sobre proibição de conteúdo seriam uma decorrência da decisão do Estado alemão, não das empresas privadas das mídias sociais³. Com a criação dessa Lei, entende-se que as vítimas de conteúdos ofensivos serão melhor protegidas. Na *NetzDG* está disposta uma longa lista de atos considerados ilegais, que têm o objetivo de proteger os direitos em geral e a seguridade pública, bem como os direitos individuais e a privacidade. No entanto, ela não determina uma definição legal para discurso de ódio e *Fake News*⁴.

Nesse sentido, a *NetzDG* é aplicada a todas as plataformas que permitam a seus usuários compartilhem qualquer conteúdo com outros destinatários ou que possam disponibilizar para o público, como por exemplo, o Facebook. No entanto, a Lei exclui de seu escopo as plataformas de conteúdo jornalístico ou editorial (sites de notícia, por exemplo), por não estarem caracterizadas no conceito de mídia social definido pelo texto

² BERNDT, M. Christian. SCHMITZ, Sandra. **The German Act on Improving Law Enforcement on Social Networks: A Blunt Sword?** Dezembro, p. 6, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3306964>

³ BERNDT, M. Christian. SCHMITZ, Sandra. **The German Act on Improving Law Enforcement on Social Networks: A Blunt Sword?** Dezembro, p. 16, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3306964>

⁴ SCHULZ, W. *Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG. Probleme und Potenziale des NetzDG*, Nr. 48, p. 9, 2019.

normativo. Os efeitos dessa exclusão ainda são incertos, pois a disseminação de conteúdos nocivos pode simplesmente migrar para os ambientes não regulados. Esse problema é agravado pelo fato de as plataformas criadas para comunicação individual ou disseminação de conteúdo específico, como e-mails, não estão previstos nessa Lei.

O principal instrumento criado pela *NetzDG* para regulamentar as mídias sociais foi criar um sistema que obriga a implementação de uma infraestrutura de gestão de reclamações que seja eficaz e transparente. Porém, esta regra somente se aplica às plataformas que obtiverem, pelo menos, 2 milhões de usuários registrados na Alemanha. Neste caso, se a plataforma receber mais de 100 reclamações em um ano é obrigatória a imposição de comunicação (*Reporting obligation*) a esse provedor. A reclamação é entendida como qualquer notificação de conteúdo previsto pela Lei (o artigo 1º lista todos os conteúdos considerados como ilegais), por meio da qual será examinado se há violação do direito penal, com base nas informações trazidas pelo denunciante. Caso seja verificado que foi publicado um conteúdo ilegal, a Lei obriga que os operadores da plataforma retirem a postagem dentro de um prazo estipulado⁵.

Do outro lado do oceano, nos Estados Unidos, a seção 230 da Primeira Emenda à Constituição determina que as plataformas digitais não são responsáveis pelo conteúdo que é publicado dentro de seus sites, diferentemente do que ocorre na Alemanha. Com essa determinação, essas empresas não podem ser processadas judicialmente por discursos realizados em seus ambientes digitais⁶. Segundo Balkin, a criação dessa seção gerou grande impacto na criação de mídias sociais, pois caso a empresa pudesse ser processada por aquilo que terceiros publicam em sua plataforma, elas pensariam seriamente se vale o risco de criar essas novas tecnologias⁷.

Mas a *NetzDG* não é isenta de críticas. Aqui são apresentadas algumas delas, que serão melhor detalhadas no decorrer deste trabalho. Afirma-se, por exemplo, que a Lei não é compatível com as Diretrizes Europeias do *E-Commerce*. Isso porque a Lei prevê multas para os provedores das redes sociais que não excluam conteúdos manifestamente ilegal em 24 horas, ou conteúdo ilegal em 7 dias após o registro da notificação. Já as

⁵ BERNDT, M. Christian. SCHMITZ, Sandra. **The German Act on Improving Law Enforcement on Social Networks: A Blunt Sword?** Dezembro, p. 18, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3306964>

⁶ BALKIN, M. 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, p. 107, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2890965 .

⁷ BALKIN, M. 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, p. 110, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2890965 .

Diretrizes Europeias do *E-Commerce* dispõe que é necessária uma ação rápida quando a plataforma identificar atividades ilegais. A incompatibilidade entre as duas normas pode ser verificada em relação ao momento em que se deve iniciar a contagem do prazo para a retirada do conteúdo: a *NetzDG* determina que o prazo é contado a partir do registro de notificação, ao contrário do que ocorre nas Diretrizes, que contam o prazo a partir do conhecimento de conteúdo ilegal.

Outra crítica afirma que falta à *NetzDG* orientação e critérios a respeito de quando a decisão de retirar um conteúdo deve ser realizada. Em determinados casos, a ilegalidade do conteúdo é óbvia como ocorre, por exemplo, com a publicação de imagens pornográficas de menores de idade. No entanto, existem situações que são muito mais complexas, sem que seja possível tomar uma decisão clara a respeito da legalidade do conteúdo dentro de 24 horas. Se o próprio Direito alemão tem dificuldade em distinguir certos conteúdos e determinar a sua relevância do ponto de vista penal, se torna difícil, senão impossível, seja esmiuçada uma orientação sobre como e em quais casos deve ser realizada a decisão de retirada. Como consequência, pode ocorrer de a mídia social excluir um determinado conteúdo, que não é ilegal e violar a liberdade de expressão daquele que postou o conteúdo.

Isso leva a uma crítica subsequente, de acordo com a qual a *NetzDG* induz à censura privada e que o estabelecimento de prazo para o provedor excluir conteúdos pode impedir a análise adequada da situação, correndo-se o risco de ser excluído conteúdo legal. Neste sentido, há preocupação de que o julgamento sobre a legalidade dos conteúdos publicados nas redes sociais seja realizado por entes privados e não pelo Estado. Como tentativa de solucionar tal preocupação, a Lei prevê que é necessária uma decisão judicial que analise a legalidade de um conteúdo, antes que a plataforma seja sancionada por não retirar uma postagem ilegal de sua plataforma dentro do prazo estipulado pela Lei. Contudo, uma vez que o contrário não é certo, pois a Lei não exige este mesmo procedimento judicial para o caso de ter sido retirada uma postagem legal, afirma-se com frequência que a *NetzDG* cria um sistema tendencialmente supressor de conteúdos.

Por ter sido uma das primeiras Leis do mundo a regular as mídias sociais no sentido abordado acima, a *NetzDG* trouxe impactos para o direito brasileiro. Atualmente, tramita no Congresso Nacional diferentes Projetos de Lei que propõem a regulação das mídias sociais com, por exemplo, o Projeto de Lei nº 2630/2020, proposto pelo Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE). Em tal PL são criadas normas, diretrizes e mecanismos de transparência de redes sociais e de serviços de mensagem privada através

da internet. Este PL prevê ainda os direitos e deveres dos provedores das mídias sociais, assim como as sanções que devem ser impostas a eles e dispõe sobre a atuação do poder público nessa situação. Apesar de a *NetzDG* ter sido uma inspiração para a propositura desse projeto, é possível observar pontos de divergência entre eles, que serão expostos e analisados nessa pesquisa.

Em termos de desenvolvimento, no segundo capítulo desta dissertação foram abordados os pressupostos teóricos da regulação de mídias sociais. Serão, então, analisados os temas da conceituação das mídias sociais, os direitos humanos e fundamentais envolvidos em sua utilização, a responsabilidade das plataformas de conteúdo, enfim, o difícil tema da possibilidade da horizontalização da aplicação dos direitos fundamentais na Alemanha e no Brasil, o que será realizado com base na análise de decisões das Supremas Cortes dos dois países sobre tal aplicação.

No terceiro capítulo, foi realizada a análise da *NetzDG*, do seu contexto de criação, as suas críticas, assim como foram analisados os *Reports* (relatórios) apresentados pelas plataformas que sofrem a incidência da Lei. Neste capítulo foi também desenvolvido um estudo do direito constitucional alemão sobre a regulação das mídias sociais, o que foi realizado tendo como base o ponto de vista da proteção da liberdade de expressão.

Finalmente, no último capítulo, foi apresentada a análise do tema da regulação das mídias sociais sob a perspectiva do direito constitucional brasileiro, sendo em um primeiro momento analisado qual direito fundamental previsto na Constituição Federal brasileira deve ser protegido nessa situação. Foram também abordados o modelo de regulação hoje em vigor no direito brasileiro (Marco civil da internet) e os eventuais impactos da *NetzDG* no Brasil. Por tudo isso, o tema dessa pesquisa se mostra de grande relevância no atual momento do direito brasileiro e mundial, tendo em vista a busca constante de novos parâmetros para a regulação de redes sociais.

Isso indica a razão de a pesquisa ter sido desenvolvida através da linha de pesquisa da Cooperação Internacional e Direitos Humanos, em que foram abordadas normas internacionais, como as Diretrizes Europeias do e-Commerce, para analisar a regulação das mídias sociais. Além disso, nesta pesquisa foi realizado estudo comparado entre o direito constitucional brasileiro e alemão, sob a perspectiva da liberdade de expressão, a fim de identificar se a regulação das mídias sociais nesses países limita a liberdade de expressão.

A pesquisa adota como referencial teórico a teoria da proteção da liberdade de expressão desenvolvida no direito europeu, sobretudo na Alemanha, no decorrer do

século XX. Essa liberdade está prevista pelo artigo 5º da Constituição Federal brasileira e pelo artigo 5º da Lei Fundamental Alemã, sendo que em ambos os Textos está disposto que é protegida a livre manifestação e divulgação do pensamento, fato que aproxima estes âmbitos normativos. De fato, em ambos estes Países, a liberdade de expressão está intrinsecamente ligada à democracia e ao exercício democrático de cada cidadão. No entanto, essa liberdade não é considerada como um direito absoluto nos ordenamentos jurídicos brasileiro e alemão, por isso são impostos limites a essa liberdade, de forma que ela possa ser exercida em sua plenitude por todos.

Em paralelo, dissertação adotará como referenciais teóricos as constatações e conclusões do caso Lüth⁸, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão que trouxe importantes elementos para a proteção da liberdade de expressão no país, utilizados até o momento. A primeira constatação relevante para essa pesquisa no julgamento em questão é a de que, os direitos fundamentais são, em primeiro lugar, direitos de resistência contra o Estado e devem ser protegidos em todas as esferas do ordenamento jurídico. Portanto, a liberdade de expressão, como direito fundamental, deve ser protegida e garantida por todas as leis infraconstitucionais.

Além disso, foi concluído na decisão do caso Lüth que a proteção da liberdade de expressão se baseia no posicionamento do falante que expressa um juízo de valor, o que faz com o objetivo de influenciar outras pessoas. Sendo assim, essa liberdade protege tanto a expressão, quanto o efeito sobre o público. No entanto, essa liberdade não pode se impor aos interesses que são dignos de proteção de outrem e que são de grau hierárquico superior, do que se infere que há um limite à liberdade de expressão quando o caso envolver tais tipos de interesses. Para que seja possível verificar esse tipo de interesse, devem ser analisadas as circunstâncias de cada caso.

Os métodos utilizados por esta pesquisa são: a revisão bibliográfica e o método comparativo. A revisão bibliográfica consiste na seleção de artigos científicos que abordam o tema da pesquisa e na realização de fichamentos desses textos. Este método

⁸ Sobre este caso, o explica: Erich Lüth fazia parte do grupo de imprensa na cidade de Hamburg e propôs boicote aos filmes de Van Harlan, um diretor de cinema nazista, produzidos depois do final da Segunda Guerra Mundial. Lüth foi condenado pelo Tribunal de Hamburgo a não se pronunciar quanto às novas propostas de boicote, além do pagamento de multa pecuniária. Dessa forma, Lüth recorreu à Corte Constitucional Alemã que, fez o sopesamento dos direitos fundamentais envolvidos no caso e considerou a incitação ao boicote de Lüth protegida pela liberdade de expressão garantida Lei Fundamental Alemã. Portanto, Lüth foi vencedor neste processo.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy, **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 1, p. 146-147, 5 out. 2016.

foi escolhido com o fim de identificar os limites da liberdade de expressão no âmbito das mídias sociais em textos científicos e obras monográficas.

O método comparativo, por sua vez, consiste na análise de confronto entre dois aspectos, que nesta pesquisa serão o direito constitucional brasileiro e o direito constitucional alemão, ambos analisados sob a ótica da liberdade de expressão. Este método promove a identificação de diferenças e semelhanças. Para isso, serão analisadas as legislações brasileira e alemã que regulam as mídias sociais em ambos os países, com ênfase nos possíveis limites impostos à liberdade de expressão. Além disso, serão analisadas decisões de Tribunais alemães, bem como de Tribunais brasileiros, de forma que será possível realizar a comparação entre eles, com a finalidade de verificar suas aproximações e distanciamentos acerca dos limites da liberdade de expressão, produzindo uma reflexão aprofundada sobre o tema.

2. Pressupostos da regulação das mídias sociais (redes sociais)

Para o estudo da regulação das redes sociais, faz-se necessário primeiramente analisar qual é o conceito das redes sociais, isto é, qual é sua função e quais são os seus impactos na sociedade atual. Além disso, é preciso identificar quais direitos fundamentais são passíveis de incidência nesse novo tipo de interação entre os indivíduos, a fim de identificar a melhor forma de regulação de tais redes. Com base nesses pressupostos, será analisada a possibilidade de adotar o modelo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais para a regulação das redes sociais tanto para o direito alemão quanto para o brasileiro.

2.1. Conceito de mídias sociais (redes sociais)

O termo “redes sociais” não surgiu com a criação das plataformas de interação utilizados atualmente; este termo é utilizado desde o século XX por pesquisadores das áreas sociais. Segundo Raquel Recueiro, a rede social está vinculada à compreensão de grupo social a partir de sua estrutura, normalmente oculta. Esta estrutura também se manifesta nas interações sociais. Tais plataformas são ferramentas sociais na internet que possuem a capacidade de influenciar estas estruturas. Nesse sentido, plataformas como Facebook, Twitter e YouTube não são caracterizadas como redes sociais, mas como ferramentas que permitem a exposição de redes já existentes.⁹

Sobre o tema, Danah Boyd e Nicole Ellison conceituaram os sites de redes sociais através de 3 pilares basilares. Eles permitem que os indivíduos (i) criem perfil público ou semipúblico dentro de um sistema que possui limites (ii) vinculem uma lista de outros usuários com quem possam se conectar (iii) visualizem sua lista de usuários com que possuem vinculação, bem como visualizem as listas de conexões de outros usuários.¹⁰

Com base nesses conceitos, pode-se afirmar que plataformas como Facebook, Twitter e YouTube não são as redes sociais em si mesmas, mas são ferramentas que

⁹ RECUERO, Raquel. **Introdução à análise de redes online**. 1. ed. Salvador: Editora da Universidade Federal da Bahia, 2017. p. 12.

¹⁰ BOYD, Danah M. ELLISON, Nicole B. Social network sites: definition, history and scholarship. **Journal of computer-mediated communication**, Oxford, v. 13, p. 211, out/2007.

possibilitam a exposição de redes que já existem e são publicadas e geridas através desses sites. Atualmente, estes sites de redes sociais funcionam da seguinte maneira:

- 1) o indivíduo cria seu perfil, tornando-se em um “usuário”. Nesse momento, o novo usuário informa quais são suas características principais, como, por exemplo, quais são os seus gostos musicais, de literatura, de filmes, permitindo a criação de um perfil com base na sua personalidade;
- 2) por meio deste perfil, o usuário poderá interagir com os demais usuários do site, que podem ser pessoas que já possuem relação externa (offline) ou não. Desse modo, os usuários que interagem nesses sites passam a ser caracterizados como “amigos” (no caso do Facebook) ou “seguidores” (no caso do Twitter) ou “inscritos” (no YouTube);
- 3) para que o novo usuário possa interagir com outros usuários, ele poderá publicar conteúdos, textos, vídeos ou imagens, de diversos temas, fazendo com que outros usuários possam reagir com este conteúdo. Vale ressaltar que cada site de rede social possui a sua forma de publicação de conteúdos - no YouTube, por exemplo, são publicados apenas vídeos. Já no Facebook e no Twitter, além de vídeos, são publicados também textos. No caso do Twitter, os textos possuem limites de caracteres.

Apesar de tais sites de redes sociais permitirem a conexão entre indivíduos que usualmente não possuiriam qualquer vinculação na realidade, a maioria das interações realizadas nessas plataformas são de pessoas que já possuem conexão na vida “offline”.¹¹ O resultado das diversas interações entre os usuários é a multiplicação de conteúdos diários, com uma extraordinária veiculação de informações no mundo.

O processo de criação dos perfis nessas plataformas e interação (publicação de conteúdos) dos usuários são gratuitos, não sendo necessário o pagamento de qualquer valor em qualquer momento para que estes sites. Porém, esses sites são algumas das corporações mais valiosas do mundo.¹² Isso ocorre porque os sites de redes sociais lucram

¹¹ BOYD, Danah M. ELLISON, Nicole B. Social network sites: definition, history and scholarship. **Journal of computer-mediated communication**, Oxford, v. 13, p. 211, out/2007.

¹² Lista das 10 empresas mais valiosas do mundo: 1) Apple: US\$ 947,062 bilhões; 2) Google: US\$ 819,573 bilhões; 3) Amazon: US\$ 705,646 bilhões; 4) Microsoft: US\$ 611,460 bilhões; 5) Tencent: US\$ 214,023 bilhões; 6) McDonald's: US\$ 196,526 bilhões 7) Visa: US\$ 191,032 bilhões 8) Facebook: US\$ 186,421 bilhões; 9) Alibaba: US\$ 169,966 bilhões; 10) Louis Vuitton: US\$ 124,273 bilhões.

APPLE retoma 1º lugar em ranking de marcas mais valiosas do mundo; Louis Vuitton lidera entre marcas de luxo. G1, 04 jul. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2022/07/04/apple-retoma-1o-lugar-em-ranking-de-marcas-mais-valiosas-do-mundo-louis-vuitton-lidera-entre-marcas-de-luxo.ghtml>. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

com o comportamento de seus usuários. Com a coleta de dados pessoais e com o direcionamento de conteúdos (anúncios/propaganda de produtos que lhe possam interessar) os sites de redes sociais conseguem promover a venda de marcas e produtos ao redor do mundo. Desse modo, tais plataformas utilizam o comportamento dos seus usuários para gerar vendas (lucro): quanto mais usuários estiverem registrados, haverá mais engajamento e possibilidade de venda dos produtos.¹³

Porém, os sites das redes sociais possuem também a capacidade de alterar o comportamento dos seus usuários com a finalidade de promover produtos e alavancar as vendas de grandes marcas, o que se faz por meio do impulsionamento de determinados discursos políticos, capazes inclusive de influenciar o resultado de campanhas eleitorais. Nesse contexto, as teorias da conspiração e Fake News possuem grande papel na mudança do comportamento e pensamento dos usuários, por estimularem o ódio e a polarização política.¹⁴

Nas últimas eleições presidenciais brasileira (2018) ficou evidente a polarização política e o papel fundamental dos sites das redes sociais na promoção desta polarização.¹⁵ Através de grupos de WhatsApp, posts no Facebook e Twitter, bem como vídeos no YouTube, foram disseminadas em larga escala Fake News e teorias da conspiração relacionadas às eleições brasileiras, que influenciaram o voto dos eleitores brasileiros. A principal teoria da conspiração difundida nas eleições de 2018, que permanece atualmente para as eleições de 2022, trata do respeito à confiabilidade das urnas eletrônicas. Houve (e ainda há) a circulação pelos sites de redes sociais da (des)informação a respeito tais urnas, nas quais se afirma que estes dispositivos podem ser facilmente hackeados para alterar o voto do cidadão, isso apesar de existirem estudos que comprovam a segurança

¹³ 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. 2022. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUC-RS, Porto Alegre, p. 26, 2022.

¹⁴ 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. 2022. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUC-RS, Porto Alegre, p. 27, 2022.

¹⁵ BILLER, David. Polarização política e uso de Whatsapp podem interferir na eleição brasileira. **UOL**. 9 jan. 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/01/09/polarizacao-politica-e-uso-de-whatsapp-podem-interferir-na-eleicao-brasileira.htm> Acesso em: 21/08/2022.

das urnas.¹⁶ Isto permite a disseminação da descrença e descredibilização do processo eleitoral brasileiro e a promoção de discursos políticos neste mesmo sentido¹⁷.

Como foi exposto, a alteração do comportamento do usuário-eleitor é realizada através de coleta de dados pessoais, que tem o intuito de identificar seus gostos para que sejam oferecidos a ele somente conteúdos que lhe agradem. Esta tarefa é realizada pelo algoritmo de aprendizado supervisionado, que o seu objetivo é “utilizar o conjunto de dados para produzir um modelo que recebe um vetor de características x como entrada e saída de informações que permitem deduzir o rótulo desse vetor de características”.¹⁸

Com a coleta de dados, os algoritmos dos sites de redes sociais conseguem identificar quais conteúdos são de interesse do usuário, sendo possível manipular a sua próxima ação¹⁹. Um exemplo disso ocorre no Feed do Facebook: nele são expostos conteúdos postados pelos “amigos” do usuário, mas um filtro faz com que sejam evidenciadas apenas as publicações do gosto deste usuário. Esta realidade gera uma “bolha informativa”, sem permitir que usuários tenham acesso às informações que podem lhe desagradar²⁰.

Diante disso, é possível afirmar que os sites de redes sociais, apesar de possuírem, a princípio, a aparência de que são mecanismos “neutros”, arquitetados e desenhados apenas para reunir pessoas que não possuem vínculos, são instrumentos criados com finalidades específicas: a difusão de informações que gerem engajamento, principalmente através da alteração do comportamento de seus usuários, e o alavancamento do lucro. Por outro lado, através dos sites de redes sociais, foi possível a “democratização” da divulgação de informações ao redor do mundo. Antes, as notícias eram veiculadas

¹⁶ VALESCO, Clara. ROCHA, Gessyca. DOMINGOS, Roney. Fato ou Fake: como funciona a urna eletrônica e quais são as principais #FAKES sobre ela. **G1**. 19 ago. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/fato-ou-fake/eleicoes/noticia/2022/08/19/fato-ou-fake-como-funciona-a-urna-eletronica-e-quais-sao-as-principais-fakes-sobre-ela.ghtml>. Acesso em: 21/08/2022.

¹⁷ Como tentativa de solução para este problema, o TSE criou a Resolução nº 23.671/2021 que veda, em seu artigo 34, o disparo em massa de mensagens instantâneas sem consentimento do destinatário. Recentemente (20 de outubro de 2022), foi aprovada nova resolução pelo Plenário do TSE, que diminui o prazo para as plataformas de redes sociais retirarem conteúdos inverídicos do ar, assim como amplia os poderes da Presidência da corte, possibilitando a determinação de retirada de conteúdos similares presentes em outras URLs. Com base em tal dispositivo, a presidência determinou a retirada de centenas de conteúdos falsos da internet.

¹⁸ Cf. BURCOV, Audriy. **The Hundred-Page Machine Learning Book**. 1. ed. Quebec: Audiry Burcov, 2019, p.3.

¹⁹ Nesse caso de coleta de dados, caso eles sejam pessoais, haverá a incidência da LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) – Lei nº 13.709/2018.

²⁰ Sobre o assunto, Cass Sunstein destaca a importância das informações que são expostas a determinados grupos, sendo essenciais para a formação de opinião dos membros. Desse modo, se os grupos forem alvos somente de informações favoráveis às suas convicções, sem acesso a argumentos contrários, esta realidade pode levar tais grupos a direções perigosas. Sobre o tema, ver SUNSTEIN, Cass. **Going to extremes, how like minds unite and divide**. 1.ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 23.

unicamente pelas instituições oficiais de mídias (jornais, revistas e programas de televisão)²¹. Com o avanço dos sites das redes sociais, as notícias passaram a não serem monopolizadas por tais instituições, permitindo também a sua veiculação por demais indivíduos. O que se vê, portanto, é que a democratização do acesso à informação e a eliminação dos filtros de conteúdo cobram hoje o seu preço: quanto maior o acesso, menor é a certeza da informação difundida.

Após o estudo do conceito das redes sociais e seus impactos na sociedade atual, passaremos a analisar quais são os possíveis direitos fundamentais incidentes no contexto dos sites das redes sociais.

2.2. Direitos Fundamentais Incidentes

O conceito de direitos fundamentais é controverso, sendo possível identificar diferentes definições. Tais direitos podem ser entendidos, do ponto de vista formal, como aqueles dispositivos normativos, por meio dos quais se concede ao titular uma posição de garantia de sua posição, ou interesse, frente a terceiros, que estão especificamente previstos na Constituição Federal. Nesse sentido, toda e qualquer disposição relativa a direitos do cidadão na Carta Magna poderia ser considerada como direito fundamental. Para Alexy, este critério é apenas satisfatório, uma vez que, através dele, não é possível conhecer se de fato os direitos fundamentais só são aqueles que estão previstos na Constituição.²² Um exemplo deste problema é encontrado no direito brasileiro, pois o artigo 5º, em seus parágrafos 2º e 3º²³, abre a possibilidade de interpretação no sentido de que os direitos garantidos pela norma constitucional não são exaustivos. E disso se segue

²¹ Em 2009, o Supremo Tribunal Federal declarou, através do RE 511961, a não-recepção do artigo 4º, inciso V, do Decreto-lei nº 972/1969, que exigia o diploma de curso superior para jornalistas, pela Constituição Federal. De forma indireta, esta decisão favoreceu o cenário atual de veiculação de notícias também por meios extraoficiais, pois ela transforma toda e qualquer manifestação de pensamento em um potencial exercício da atividade jornalística.

²² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2006. p. 66.

²³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 out. 2022.

a conclusão de que haveriam direitos fundamentais previstos em normas exteriores à própria Constituição²⁴.

Como solução a esse problema, Alexy busca identificar as características dos direitos fundamentais a estrutura e semântica aberta dos dispositivos. Em relação à semântica aberta, tais direitos possuiriam, em seu texto legal, uma carga diferenciada de indeterminação²⁵, como se vê, por exemplo, no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal brasileira “Todos são iguais perante a lei”, sem que se determine o conteúdo do pronome “Todos”. Nesse sentido, seria possível afirmar que os direitos fundamentais nascem dos direitos do homem, que possuem como atributos (i) universalidade, (ii) moralidade, (iii) fundamentabilidade, (iv) preferenciabilidade, (v) abstrabilidade²⁶.

Quando se fala a “universalidade”, o objetivo é dizer que os direitos do homem têm como objetivo atingir de forma universal os seus titulares e destinatários. Além disso, para Alexy esses tais direitos são morais, na medida em que cada indivíduo aceita a sua fundamentação racional e estes direitos podem ser justificados. Ademais, os direitos do homem são preferenciais, isto é, eles têm prioridade na aplicação do caso concreto.

Em relação à fundamentabilidade, estes direitos devem proteger os interesses e carências passíveis de proteção do direito, uma vez que em um Estado democrático de direito é necessário o respeito a tais interesses e carências. Por fim, os direitos do homem são abstratos, sendo necessária sua limitação (aplicação) através da ponderação, em oposição às regras, que são aplicadas com base no paradigma do “tudo ou nada”.²⁷

Em linhas gerais, a teoria da ponderação consiste em uma forma de solução do problema da colisão dos princípios. Nesse sentido, a sua aplicação é realizada em 3 fases: 1) a primeira é relacionada à intensidade da intervenção, isto é, da limitação de um princípio como maneira de proteger outro princípio; 2) a segunda dispõe sobre as causas que fundamentam esta intervenção e por último, 3) a terceira fase é da aplicação da

²⁴ Nesse sentido, por muitos, ver SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. **Espaço jurídico**, Joaçaba, v. 12, n.2, p. 326, jul./dez. 2011. Para críticas a esse entendimento, ver LAURENTIIS, Lucas Catib. Muito barulho pra nada: problemas do procedimento de recepção dos tratados de direitos humanos com hierarquia constitucional. In: Renata Alvares Gaspar; Marcos José Alves Lisboa. (Org.). **Direito globalizado, ética e cidadania**. 1ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, v. II, p. 54-69.

²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2006. p. 70.

²⁶ ALEXY, Robert. La Institucionlización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático. **Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas**, Madrid, v. 08, Traducción: María Cecilia Añaños Meza. p. 24, 2000.

²⁷ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: Para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, Tradutor: Dr. Luís Afonso Heck, p. 61, 1999.

proporcionalidade, caracterizada como a ponderação no sentido estrito próprio. Assim, a teoria da ponderação é defendida por Alexy como uma forma universal de solução de problemas práticos ou normativos relativos à colisão entre dois (ou mais) princípios²⁸.

Em contraposição, embora o tema não seja objeto desta pesquisa, cabe salientar que existem diversas críticas sobre a teoria da ponderação desenvolvida por Robert Alexy²⁹. Entre elas, é possível apontar as críticas realizadas por Matthias Jestaedt, que trouxe as desvantagens e as fraquezas na aplicação da teoria da ponderação. Primeiramente, o autor afirma que esta teoria se propõe a ser mais do que consegue ser na prática, pois ela é defendida e utilizada como uma forma universal para solucionar os problemas metódicos e dogmáticos relacionados aos direitos fundamentais, quando na realidade, se observa que esta teoria não consegue solucionar todas as questões³⁰.

Além disso, a teoria é desenvolvida como um modo para se solucionar a colisão entre princípios, sendo direcionada como *modus operandi* a ser seguido. Porém, em nenhum momento se identifica com precisão quando e porque esta forma de solução deve ser aplicada, ou seja, há uma lacuna na Teoria dos princípios que traz um problema lógico à aplicação da ponderação, uma vez que não há a explicação sobre quando o operador do direito está diante de uma colisão de princípios³¹.

De volta ao advento dos direitos fundamentais, há o entendimento por parte da doutrina constitucional, de que com a positivação dos direitos do homem, houve o surgimento dos direitos fundamentais, sendo que isso foi o resultado de mudanças históricas, que evidenciaram a necessidade de proteção de determinados direitos pelo Estado. Nesse sentido, a literatura constitucional afirma que a evolução dos direitos fundamentais foi realizada em três gerações (i) direitos civis e políticos; (ii) direitos sociais, econômicos e culturais; (iii) direitos coletivos.

Na primeira geração, foram promovidos (positivados) os direitos civis e políticos, que têm como objetivo a proteção dos direitos subjetivos dos indivíduos, como a liberdade de expressão, o direito à propriedade privada. Estes direitos surgiram como

²⁸ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: Para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, Tradutor: Dr. Luís Afonso Heck, p. 78, 1999.

²⁹ Para maiores reflexões sobre tais críticas, artigo: POSCHER, Ralf. Acertos, erros e equívocos de autocompreensão da teoria dos princípios. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 3, p. 3-36, 2015.

³⁰ JESTAEDT, Mathias. Teoria da Ponderação-altos e baixos. **Revista Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 8, n.19, p. 183, jan./abr., 2021.

³¹ JESTAEDT, Mathias. Teoria da Ponderação-altos e baixos. **Revista Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 8, n.19, p. 184, jan./abr., 2021.

resultado de revoluções históricas, principalmente com a Revolução Francesa, na qual foi promulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em que o objetivo principal era a liberdade individual, sem intervenção do Estado.³²

Já os direitos de segunda geração, isto é, os direitos sociais, econômico e culturais, surgiram com as consequências trazidas pelas revoluções industriais no século XIX até a metade do século XX, com a precária qualidade de vida dos trabalhadores, do que surgiu a necessidade de um Estado presente na garantia dos direitos desses indivíduos e seus coletivos. Como exemplo desses direitos, é possível mencionar o direito de greve, sindicalização, jornada de trabalho limitada.³³

Sintetizando as diferenças entre essas espécies de direitos, Bobbio afirma que “enquanto os direitos de liberdade nascem contra o super poder do Estado- e, portanto, com o objetivo de limitar o poder -, os direitos sociais exigem para sua realização prática (...) a ampliação dos poderes do Estado”.³⁴

Por fim, os direitos de terceira geração surgiram após a Segunda Guerra Mundial e possuem como marco inicial a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Estes direitos têm como característica principal a sua titularidade coletiva e como principal exemplo é possível mencionar o direito ao meio ambiente.³⁵

Essa distinção sofre algumas críticas. Uma dessas críticas é relacionada à ideia de que as gerações anteriores são superadas pelas gerações posteriores, pois na realidade estas gerações não são opostas umas às outras. Elas são complementares³⁶. Nessa toada, apesar de as gerações serem apresentadas de forma separada, elas não podem ser analisadas como partes dissociadas. Ainda, quando se analisa o surgimento das gerações de direitos fundamentais no Brasil, observa-se que os direitos de segunda geração, os direitos sociais, surgiram através da Constituição Federal de 1934, sendo que a grande parte dos direitos de primeira geração, como a liberdade de expressão, foram garantidas de forma plena apenas com a publicação da Constituição Federal de 1988.

³² JUNIOR, Dicesar Beches Vieira. Teoria dos Direitos Fundamentais: evolução histórico-positiva, regras e princípios. **Revista da Faculdade de Direito UERJ**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 78, 2015.

³³ JUNIOR, Dicesar Beches Vieira. Teoria dos Direitos Fundamentais: evolução histórico-positiva, regras e princípios. **Revista da Faculdade de Direito UERJ**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 80, 2015.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2004. p. 35

³⁵ JUNIOR, Dicesar Beches Vieira. Teoria dos Direitos Fundamentais: evolução histórico-positiva, regras e princípios. **Revista da Faculdade de Direito UERJ**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 81, 2015.

³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Fortaleza, v. 6, p. 546, 2005.

Com a positivação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, passaremos a analisar quais possíveis direitos fundamentais incidem nas interações evidenciadas pelos sites de redes sociais. O primeiro a ser abordado, é o direito à liberdade de expressão, previsto no artigo 5º, incisos IV e IX da Constituição Federal brasileira. Este direito abrange diferentes maneiras de expressão, como por exemplo, a artística, a literária, a jornalística, entre outras. O objetivo principal da liberdade é proteger a manifestação de pensamento, opiniões e informações, para que todos possam contribuir com o debate democrático. Desse modo, dentro do conceito de liberdade de expressão estão também outros direitos: “como o direito de informar e de ser informado, o direito de resposta, o direito de réplica política, a liberdade de reunião, a liberdade religiosa”.³⁷

Por esse motivo, José Afonso da Silva afirma que a liberdade de expressão está dentro da liberdade de comunicação, que, por sua vez, permite a criação, a difusão e a expressão da informação. Nesse sentido, tal liberdade é composta por um complexo de direitos: liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de informação em geral e liberdade de informação jornalística.³⁸

A liberdade de manifestação do pensamento é concretizada na comunicação entre indivíduos, determinados ou não. Para que o debate democrático ocorra sem restrições e de forma plena, é necessária a proteção de todos os discursos, pois só assim o fluxo de ideias ocorre sem pressões ou ameaças veladas. A liberdade de informação permite a difusão de informações e ideias, por meio dela são protegidas as pessoas que informam e as que são informadas. Já a liberdade de informação jornalística é o canal para a disseminação de tais informações e ideias.³⁹

Como se vê o direito à liberdade de expressão está intrinsecamente ligado à liberdade de informação e, como os demais direitos fundamentais, possui amplitude semântica e de aplicação ampla, devendo ser utilizada como princípio norteador da interpretação do ordenamento jurídico.

No âmbito da regulação dos sites de redes sociais, a liberdade de expressão incide no sentido de proteger as opiniões, os pensamentos e as informações publicados neste meio. No entanto, este direito não é absoluto, devendo ser limitado quando há a colisão

³⁷ TÓRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 50, n. 200, p. 63, 2013.

³⁸ SILVA, Afonso. **Aplicabilidade da norma constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 248.

³⁹ OLIVEIRA, André Soares. GOMES, Patrícia Oliveira. Os limites da liberdade de expressão: Fake News como ameaça a democracia. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, v. 20. n. 2, p.105, 2019.

com outro direito fundamental. Nesse sentido, existem dois tipos de publicações nos sites de redes sociais que geram grande debate sobre até que ponto é possível sua proteção e inclusão no campo de incidência da liberdade de expressão: o discurso de ódio e as *Fake News* ou “notícias maliciosas”⁴⁰.

As *Fake News* são aquelas notícias enviadas deliberadamente com informações não verificáveis, que ganharam grande dimensão nos últimos anos dentro dos sites de redes sociais, especialmente no âmbito político. A publicação de informações falsas pode ser considerada como uma violação da liberdade de informação e da liberdade de ser informado, pois serão enviadas notícias que na verdade desinformam sobre um fato, prejudicando a formação de opinião e violando também a liberdade de expressão⁴¹.

Já o discurso de ódio é caracterizado como o discurso direcionado a atacar ou agredir um indivíduo ou a um grupo de indivíduos, geralmente pertencentes grupos minoritários da sociedade. Por ter a finalidade única de agredir, o discurso de ódio não agrega nada ao debate democrático e, por isso, tem sido excluído, no Direito brasileiro, do âmbito de proteção da liberdade de expressão. Considera-se, até mesmo, que a publicação de um discurso de ódio viola a liberdade de expressão, uma vez que silencia o indivíduo ou o grupo de indivíduos a quem se direciona⁴². Essa espécie de discurso gera a subordinação e o silenciamento dos grupos minoritários, sem permitir que estes indivíduos possam manifestar a sua opinião sobre o assunto.⁴³

A regulação dos sites de redes sociais busca criar mecanismos para não se permitir a publicação de conteúdos com tais características, considerando que são violadoras da liberdade de expressão. A questão é como será realizada tal regulação, tema que será explorado no próximo capítulo.

⁴⁰ Sobre o conceito de Fake News, dentre outros, ver RAIS, Diogo. **Fake News**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

⁴¹ Para maiores reflexões sobre os impactos das Fake News na garantia da liberdade de expressão, ver SARLET, Ingo Wolfgang. SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de Expressão e seus limites numa democracia: o caso das assim chamadas “Fake News” nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 567, maio/ago. 2020

⁴² Como exemplo, é possível citar a publicação de conteúdos pornográficos. Como Sunstein defende, tais conteúdos são responsáveis por perpetuar concepções machistas na sociedade e trazem prejuízos às mulheres, no sentido de silenciá-las. Tal silenciamento obsta a concretização de liberdade de expressão das mulheres, uma vez que com a publicação de conteúdos pornográficos gera a falta de credibilidade e diminui a confiança as manifestações promovidas pelas mulheres, não permitindo que elas sejam ouvidas (SUNSTEIN, Cass. Pornography and the first amendment. **Duke Law Journal**, Durham, v. 1986, n. 4, p. 619)

⁴³ LAURENTIIS, Lucas Catib. THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de expressão: teorias, fundamentos e análises de casos. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 2270, 2020.

Mas a liberdade de expressão não é o único direito fundamental que incide na regulação dos sites de redes sociais. O segundo direito fundamental que incide neste âmbito é o direito à privacidade, intimidade e vida privada, previsto pelo inciso X do artigo 5º da Constituição Federal. Com a massificação das redes sociais, a privacidade passou a ser gravemente ameaçada, não só porque a intimidade e a vida privada de todos passaram a ser expostas com grande intensidade. Além disso, a coleta de dados realizada pelos sites de redes sociais pode ser considerada como uma violação da privacidade dos usuários. Isso porque, conforme abordado anteriormente, os sites de redes sociais não coletam apenas os dados fornecidos pelo próprio usuário, mas coletam dados pessoais também através do comportamento do usuário dentro da plataforma.

Nesse ponto, é importante mencionar a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) publicada em 2018, que tem como objetivo proteger os dados pessoais e possui como um de seus fundamentos a respeito à privacidade. Além disso, a Lei diferencia o dado pessoal e o dado pessoal sensível: o primeiro consiste em qualquer informação relativa a uma pessoa identificada ou identificável. Já o segundo é caracterizado como o dado pessoal sobre “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico (...)”.⁴⁴

Isso ocorre nos sites das redes sociais, por exemplo, quando um usuário assiste vídeos de músicas do gênero rock clássico, curte, ou comenta publicações sobre conteúdo desse gênero musical. Em todas essas situações o algoritmo da plataforma entenderá, através da coleta desses dados, que o usuário gosta de músicas do gênero rock clássico. Com isso, a plataforma irá destinar conteúdos de publicidade e anúncios sobre este tema para o usuário.

Há aqui uma potencial violação da privacidade do usuário, pois foram coletados dados pessoais sem que ele tenha consciência plena e voluntária desta transferência⁴⁵.

⁴⁴ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

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

BRASIL. Lei nº 13.709/2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 23 out. 2022.

⁴⁵ Cabe lembrar que o conceito “transferência voluntária” de dados tem sido alvo de debates, sobretudo quando se trata do consentimento de fato do usuário sobre a utilização dos seus dados pessoais no ambiente online. Isso porque é comum a prática de o site disponibilizar uma política de uso para que o usuário concorde ou não com a transferência (tratamento) de seus dados. Porém, a realidade é que na prática não há garantia alguma de que o usuário de fato consentiu com este uso e o que se verifica, em geral, é a

Fora isso, há a possibilidade de o site da rede social coletar dados pessoais sensíveis, como por exemplo, a sua convicção religiosa, sendo caracterizada também como violação da privacidade do indivíduo. Isso gera o perigo da perseguição ideológica, que é potencializado pela formação de “bolhas de pensamento”, nas quais os usuários são identificados em função de sua opinião política. Nessa situação, todo usuário pode ser taxado e perseguido, sem que saiba quais as razões que o levaram a isso. Ademais, há a violação da intimidade dos usuários quando a plataforma sugere determinados conteúdos aos usuários sem que seja requisitado por ele, considerando a sua lista de “amigos” ou páginas “curtidas”.⁴⁶

2.3. Responsabilidade por dano

Neste item serão abordadas as possibilidades de responsabilização das plataformas e indivíduos em razão da difusão de conteúdos publicados nos sites das redes sociais. Para isso, faz-se necessária a distinção entre as relações jurídicas estabelecidas nos sites de redes sociais:

- 1) A primeira consiste na relação entre o indivíduo que sofreu algum dano e a plataforma onde o conteúdo causador do dano foi publicado;
- 2) A segunda consiste na relação entre o indivíduo que sofreu algum dano e o indivíduo que publicou o conteúdo causador do dano;
- 3) A terceira consiste na relação entre o indivíduo que publicou o conteúdo causador do dano e a plataforma onde o conteúdo foi publicado.

Nesse contexto, apesar de a plataforma ser uma intermediária, isto é, o meio onde foi publicado o conteúdo danoso, ela é o mecanismo que institui a relação de cada um dos indivíduos. Para a análise de possível responsabilização da plataforma por dano gerado em seu site, restringiremos nossas considerações a três tipos de danos:

aceitação passiva dos termos de uso pelos usuários, não só porque os usuários não têm tempo, quanto menos dominam a linguagem técnica utilizada nestes documentos, mas também porque os serviços prestados pelas plataformas de redes sociais são únicos e, por isso, o usuário não tem outra alternativa que não aceitar, passivamente, que seus dados sejam transferidos. Para o aprofundamento do tema, ver MENDES, Laura Schertel. FONSECA, Gabriel C. Soares da Fonseca. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 514, maio/ago. 2020.

⁴⁶ POLLI, Fernando Gabbi. LUFT, Mayumi Iguchi. Sociedade de informação, ambiente virtual e código de defesa do consumidor: possibilidade de responsabilização das redes sociais em razão de danos causados aos usuários através da ótica consumerista. **Revista eletrônica do curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 7, n. 2, p. 139, 2012.

- 1) Aqueles relativos à relação de consumo entre os usuários e as plataformas;
- 2) Aqueles relativos ao uso indevido de dados pessoais ou pessoais sensíveis;
- 3) Aqueles relativos à violação de um direito fundamental ocorrido no site da rede social.

Na primeira espécie de dano (relativo à relação de consumo), a responsabilidade sobre o dano causado recairá sobre a plataforma, por ser ela a prestadora de um serviço, mesmo que gratuito, aos usuários. Aqui a legislação aplicável é o Código de Defesa do Consumidor.⁴⁷

Porém, como já abordado no item 1 deste capítulo, o serviço prestado pelos sites das redes sociais não é gratuito, sendo que o seu modelo de negócio, embora não seja evidente, gera grandes lucros para estas plataformas.

Nesse sentido, os possíveis danos a serem causados pelos usuários na esfera do direito do consumidor são, por exemplo, os danos causados por um serviço defeituoso, que é entendido como aquele que não fornece segurança que o consumidor dele pode esperar.⁴⁸ Nestes termos, os sites das redes sociais podem ser considerados um serviço defeituoso quando, por exemplo, a conta de um usuário é invadida por hackers, pois nesse caso presume-se, salvo prova em contrário, que o site da rede social não forneceu a segurança que se espera aos usuários, no sentido de criar formas e barreiras para não permitir a invasão de hackers nos perfis dos usuários.

Em relação ao segundo tipo de dano (uso indevido dos dados pessoais ou pessoais sensíveis) a responsabilidade nessa situação também será do site da rede social e a legislação aplicável é a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Esta Lei criou um

⁴⁷ “consumidor é aquele que utiliza a rede social, pois se trata de uma prestação de serviços, ainda que aparentemente gratuita. Importa que a empresa fabricante, comerciante, ou prestadora de serviços é aquela que auferir lucro com o consumo direcionado, e, conseqüentemente, lucra mais com o seu aumento.” POLLI, Fernando Gabbi. LUFT, Mayumi Iguchi. Sociedade de informação, ambiente virtual e código de defesa do consumidor: possibilidade de responsabilização das redes sociais em razão de danos causados aos usuários através da ótica consumerista. **Revista eletrônica do curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 7, n. 2, p. 143, 2012.

⁴⁸ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

BRASIL. Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 23 out. 2022.

microsistema para regulamentar especificamente o uso de dados pessoais e pessoais sensíveis: os artigos 42 a 45 da LGPD trouxeram formas de responsabilidade civil em razão dos danos causados no tratamento indevido dos dados pessoais.

Embora este tema não seja o objeto dessa pesquisa, é importante mencionar que apesar de a LGPD ter sido criada com a finalidade de proteger direitos importantes para a sociedade brasileira atual, especialmente no âmbito das redes sociais, onde os dados pessoais dos usuários são constantemente utilizados, a Lei é alvo de diversas críticas. Entre estas críticas, afirma-se que a LGPD cria, de forma desnecessária, mais um microsistema jurídico, prejudicando a sistematicidade e unidade do ordenamento jurídico privado, que é uma tendência criada pelas relações estabelecidas na internet.⁴⁹

Além disso, afirma-se que há falta de clareza na LGPD ao estabelecer as regras de responsabilidade civil, uma vez que não está evidente na redação dos artigos da Lei se ela trata sobre a responsabilidade civil subjetiva, que está baseada na conduta culposa do agente, ou a responsabilidade civil objetiva, que se fundamenta no risco da atividade realizada pelo agente.⁵⁰ Para os fins desta pesquisa, sem desconsiderar esses problemas, basta fixar o ponto de acordo com o qual os danos causados por sites das redes sociais relacionados aos dados pessoais de usuários poderão gerar a responsabilidade dos agentes de tratamento nos termos da LGPD⁵¹.

Por fim, os danos relativos à violação dos direitos fundamentais nas redes sociais serão abordados nos próximos itens deste capítulo, pois eles devem ser analisados com cautela. Isso ocorre porque, nesse ponto, deverão ser estudados os modelos de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, uma vez que, no âmbito das redes sociais, a violação desses direitos poderá ser realizada entre os próprios usuários ou pela plataforma das redes sociais em detrimento dos usuários. Nas duas situações, não há a participação direta da figura do Estado, sendo possível o debate sobre a responsabilidade dos particulares na proteção dos direitos fundamentais de outros particulares.

Como esta pesquisa se propôs a utilizar o método procedimental comparativo, por meio do qual foi realizada a comparação do direito brasileiro e alemão em relação à

⁴⁹ NOVAKOSKI, André Luis Mota. NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Responsabilidade civil na LGPD: Problemas e Soluções. **CONPEDI Law Review**, Florianópolis, v. 6, n.1, p. 164, 2020.

⁵⁰ MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (lei 13.709/2018). **Responsabilidade civil e novas tecnologias**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Foco, 2020, p. 120.

⁵¹ Sobre o tema e defendendo uma compreensão diferenciada a respeito da responsabilidade na LGPD, ver BIONI, Bruno. DIAS, Daniel. Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9., n.3, p. 10, 2020.

regulamentação das mídias sociais, especialmente sobre o modelo de proteção da liberdade de expressão nos dois países, serão analisados os modelos alemão e brasileiro de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

2.4. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

No ordenamento jurídico brasileiro e alemão, os direitos fundamentais estão previstos nas respectivas Constituições Federais, sendo que estes direitos coexistem e devem ser protegidos e garantidos principalmente pelo Estado. Ocorre que existem situações em que os direitos fundamentais colidem, como ocorreu no recente caso envolvendo a regulação do direito à reunião na cidade de Giessen (Alemanha). Foi proibida a realização de uma manifestação organizada por parte da população, em razão da rápida disseminação do vírus COVID-19, situação em que de um lado há o direito fundamental à saúde da população em meio à uma grave pandemia, de outro há o direito fundamental à liberdade de reunião. O caso chegou à Corte Constitucional Alemã que permitiu a realização das manifestações, desde que fossem seguidos todos os protocolos de saúde (uso de máscaras, distanciamento entre os participantes e uso de álcool em gel).⁵²

Nesse caso de colisão de direitos fundamentais em um dos polos estavam os indivíduos que reclamavam o seu direito à liberdade de manifestação. No outro polo, havia o Estado que criou normas voltadas a promover o seu dever de proteção ao direito fundamental à saúde da população. Embora seja um caso difícil de ser solucionado, não há dúvidas quanto ao dever de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado.

O problema se agrava quando há nos dois polos indivíduos (pessoas físicas ou jurídicas de direito privado) e o Estado não está em nenhum dos polos. Nesse caso, surge a questão: como é possível transferir para particulares os deveres decorrentes da proteção de normas de direitos fundamentais?

Para analisar este ponto, nos próximos itens serão abordados os modelos alemão e brasileiro de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para que seja analisada a possibilidade ou não de as plataformas das redes sociais serem responsáveis pela proteção e garantia dos direitos fundamentais de seus usuários.

⁵² Para a descrição do caso, ver: BRYAN, Alice Maldonade. LAURENTIIS, Lucas Catib de. A Inconstitucionalidade do Decreto 64.074: A proibição do uso de máscaras. **Revista brasileira de direitos e garantias fundamentais**, Florianópolis, v.7, n.1, p. 87, 2021.

2.4.1. *O modelo alemão de eficácia horizontal*

Segundo Robert Alexy, a fundamentabilidade formal e a fundamentabilidade substancial são dois fatores que resultam no significado dos direitos fundamentais para o sistema jurídico. A primeira é decorrente da sua hierarquia no ordenamento jurídico: como os direitos fundamentais estão no topo do ordenamento, eles vinculam os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Esta situação é observada quando se analisa dois modelos constitucionais: puramente material e o puramente procedimental.⁵³

No primeiro modelo, a Constituição é composta apenas por normas materiais, sem previsão de qualquer norma procedimental. Nessa Constituição, a função do legislador passa a ser somente a declaração do que já está previsto pela Constituição, sem que seja definido um procedimento específico para isso. Já no segundo modelo, a Constituição dispõe apenas as normas sobre procedimentos e formas de organização, sem prever normas materiais. Nesse sentido, o legislador possui o poder de definir os conteúdos das normas derivativas, uma vez que não há delimitação material desse conteúdo.⁵⁴

Nesse contexto, Alexy afirma que a Constituição Federal alemã possui natureza mista, ou seja, possui normas procedimentais e materiais. Com isso, é possível afirmar que as normas de direitos fundamentais são responsáveis por delimitarem os conteúdos constitucionais necessários para o ordenamento jurídico e isto é o que constitui a fundamentabilidade formal deles.⁵⁵

Além da fundamentabilidade formal, os direitos fundamentais possuem a fundamentabilidade substancial, no sentido de que, a partir desses direitos, é decidida a estrutura normativa básica da sociedade e do Estado. Por conta dessas características, os direitos fundamentais possuem função central no ordenamento jurídico.⁵⁶

Com base nesses pressupostos, o autor sustenta que os direitos fundamentais afetam a relação jurídica entre os cidadãos e Estado, mas também a relação entre os cidadãos com outros cidadãos, uma vez que o legislador possui a responsabilidade de criar direitos para a proteção de todos os cidadãos. Isto é evidenciado no direito privado,

⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2006. p. 520.

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2006. p. 521.

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2006. p. 522.

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2006. p. 523.

onde as normas de proteção de direitos fundamentais alteram o sentido e a aplicação das normas civis. Para explicar e fundamentar esses efeitos foram criadas três teorias: a dos efeitos indiretos perante terceiros, efeitos diretos e de efeitos mediados por direitos em contraposição do Estado.⁵⁷

A primeira teoria, a dos efeitos indiretos perante terceiros, é defendida e criada por Günter Dürig⁵⁸. É a teoria defendida pelo Tribunal Constitucional Alemão. Nela se considera que os direitos fundamentais são valores constitucionais, que orientam a interpretação das normas do direito privado. Nesse sentido, o juiz, ao aplicar as normas de textura aberta do direito privado, deve considerar o efeito irradiador dos direitos fundamentais no âmbito privado. Isso leva a duas consequências. A primeira é que o Legislador civil está vinculado às normas de proteção dos direitos humanos de forma diversa que os particulares: enquanto estes estão vinculados se e quando o Legislador utilizar normas abertas, o próprio Legislador estará sempre vinculado às normas de proteção dos direitos fundamentais. A segunda consequência decorre da primeira: como a vinculação do particular está condicionada a uma ação do Legislador (utilização de normas de textura aberta) o que se tem, na verdade, é uma vinculação direta do Estado (na figura do Legislador) e uma vinculação indireta do particular, o que afasta o efeito dos direitos fundamentais perante os particulares (o que há é o efeito da ação ou omissão do Legislador, não o efeito dos Direitos fundamentais).

A segunda teoria (efeitos diretos perante terceiros) possui como principal precursor Nipperdey⁵⁹, juiz da 1º Turma do Tribunal Federal do Trabalho Alemão. Para esta teoria, os direitos fundamentais são direcionados apenas para as relações entre Estado e cidadão. Porém, como os direitos fundamentais são direitos constitucionais com efeito vinculante nas demais normas do ordenamento jurídico, eles influenciam a criação das normas de direito privado. Como tais normas derivam dos direitos fundamentais, todas as relações decorrentes das normas de direito civil são também determinadas, em toda a sua aplicação, pelas normas de direitos fundamentais. Há dois problemas também aqui. Primeiro, caso se aceite a premissa dessa teoria, não se reconhece mais a necessidade de criação de normas infraconstitucionais para a regulação das relações civis – os direitos

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2006. p. 528.

⁵⁸ Günter Dürig foi um jurista alemão que se dedicou ao estudo do Direito Constitucional alemão e autor dos livros “Das Eigentum als Menschenrecht” e “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”.

⁵⁹ Hans Carl Nipperdey foi professor de direito civil na Universidade de Köln, na Alemanha, e foi o primeiro Presidente do Tribunal Federal do Trabalho Alemão.

fundamentais passam a regular toda e qualquer conduta (Estatal e particular) e se anula a necessidade de ação do Legislador. Como decorrência, o Tribunal incumbido para a aplicação das normas de direitos fundamentais (Tribunal constitucional, na Alemanha, Supremo Tribunal Federal, no Brasil) substitui a função do legislador civil, sem ter mais que respeitar os limites da decisão de qualquer instância democraticamente eleita. O resultado disso é a potencialização do ativismo judicial, que é potencializado pela eliminação da função legislativa.

A terceira teoria, a dos efeitos mediados por direitos em contraposição do Estado foi defendida por Jürgen Schwabe⁶⁰. Este autor parte do pressuposto de que toda e qualquer teoria da vinculação dos direitos deve partir do pressuposto de que as regulações civis partem da distribuição de direitos e deveres e que este ato decorre, necessariamente, da criação de uma norma estatal. Schwabe entende que, seja qual for a teoria adotada, os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre os cidadãos decorrem da ação do próprio Estado em relação a estes direitos.⁶¹ E, por isso, para este autor o que se pode discriminar não são as teorias que influenciam a eficácia das normas de direitos fundamentais, mas sim o grau da determinação da norma estatal que atribui direitos e deveres, do que decorre também o grau de eficácia desta mesma norma. A crítica mais contundente contra este modelo afirma que Schwabe elimina a responsabilidade individual do sistema jurídico, tendo em vista que toda ação, seja privada ou individual, é reconduzida, por esse autor, a uma conduta (ação ou omissão) do próprio Estado.⁶²

Como se observa, nas três teorias, os cidadãos permanecem como titulares dos direitos fundamentais, mas elas afirmam que tais direitos possuem influência nas relações entre particulares através de critérios diferentes para a imputação dos deveres relacionados à proteção dos direitos. Com isso, a partir dessas teorias é criado um modelo com três níveis para que seja possível a solução completa e adequada: (i) dever estatal, (ii) direitos em face do Estado e (iii) relações jurídicas entre os sujeitos privados.⁶³

⁶⁰ Jürgen Schwabe é jurista constitucionalista alemão e professor da Universidade de Hamburg, também é autor do livro “Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”.

⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2006. p. 530.

⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005. Em sentido contrário, afirmando que essa crítica confunde as noções de imputação (defendida por Schwabe) e responsabilidade (inferida pelos críticos): POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2006. p. 533.

Em relação ao primeiro nível, como os direitos fundamentais são válidos como princípios objetivos para o ordenamento jurídico, o Estado possui o dever de aplicar os direitos fundamentais na legislação e jurisprudência civil, como ocorreu no julgamento do emblemático caso *Lüth*⁶⁴. O segundo nível consiste nos direitos em face do Estado. Neste nível o juiz, ao aplicar a legislação civil, deve considerar a ordem de valores dos direitos fundamentais, sendo essencial a conexão entre o direito civil e os direitos fundamentais. Por fim, o terceiro nível se refere aos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre os sujeitos privados. Neste ponto surge o problema do efeito direto perante terceiros. Quando este efeito for entendido como decorrente das teorias que defendem os efeitos indiretos (mediados), será necessário identificar uma ação estatal (norma ou conduta), por meio da qual seja possível ter, como consequência, um efeito do direito.⁶⁵

Esta constatação é possível ser observada na decisão do Tribunal Constitucional Alemão no caso envolvendo a revista *Blinkfuer*. Nele a Editora *Springer* (pertencente a um conhecido conglomerado de imprensa alemão) havia determinado um boicote à revista *Blinkfuer*. Se os vendedores de jornais e revistas não aderissem ao boicote, a Editora *Springer* ameaçava aplicar sanções comerciais. Nesse caso, a Corte constitucional alemã decidiu com base no que chama a “ordem objetiva de valores” dos direitos fundamentais,⁶⁶ do que se infere a incidência dessas normas constitucionais sobre a interpretação e a incidência do § 823 do Código Civil alemão⁶⁷. Por conta disso, o Tribunal constitucional reverteu a decisão de primeira instância e afirmou que o boicote proposto pela Editora não violava nenhum direito do editor da *Springer*.

De acordo com a decisão, houve, neste caso, a aplicação da teoria dos efeitos indiretos: os direitos fundamentais foram os responsáveis por coordenar os direitos e as

⁶⁴ BVerfGE, processo 1 BvR 500/51.

⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2006. p. 540.

⁶⁶ Para uma reconstrução das origens dessa noção, ver, dentre outros: LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no Direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática**. 1ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

⁶⁷ § 823 Schadensersatzpflicht (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

Tradução livre da autora: § 823 responsabilidade por danos:

(1) Quem violar intencionalmente ou negligentemente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer outro direito de outra pessoa é obrigado a indenizá-la pelos danos resultantes.

(2) A mesma obrigação se aplica a quem violar uma lei destinada a proteger outra pessoa. Se, de acordo com o conteúdo da lei, também for possível uma violação desta sem culpa, a obrigação de indenização só ocorre em caso de culpa.

obrigações na relação entre os particulares (revista *Blinkfuer* e Editora *Springer*). Mas isso gera um efeito concreto sobre a situação dos particulares, pois o resultado da decisão é a atribuição de direitos e obrigações aos particulares envolvidos (foi decidido pelo que o editor da revista *Blinkfuer* possui o direito, em face da Editora *Springer*, de exigir que ela não realize a campanha de boicote). E isso equivale a atribuir um efeito direto dos direitos fundamentais.⁶⁸ Prova disso é que, se o julgamento fosse exatamente o contrário, as consequências teóricas seriam as mesmas: seria possível afirmar que a decisão a favor do editor da revista *Blinkfuer* viola o direito à liberdade de expressão da Editora, pois não considera o direito fundamental do Editor de determinar, com base no artigo 5º §1º da Constituição alemã⁶⁹, aqueles conteúdos que estão de acordo com a sua linha editorial.⁷⁰

O objetivo deste item foi descrever e mapear as diferentes teorias alemãs a respeito da eficácia horizontal. Solucionar a disputa entre essas teorias não é seu objetivo. Mas as premissas deste debate têm efeitos concretos, não só sobre a compreensão brasileira a respeito deste tema, mas também sobre a forma como se pensa a vinculação dos sites de redes sociais, questão que será desenvolvida nos itens seguintes deste trabalho.

2.4.2. *O modelo brasileiro de eficácia horizontal*

No Brasil, os direitos fundamentais estão previstos na Constituição Federal, principalmente no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Estes direitos possuem conteúdo aberto e indeterminado e, por isso, são utilizados como princípios norteadores para a interpretação das demais normas do ordenamento. Esta consequência decorre do que se encontra previsto no §1º do artigo 5º da Constituição Federal: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isso

⁶⁸ Sustentando, com base nesta constatação, que, na prática, as teorias da eficácia direta e indireta dos Direitos fundamentais se equivalem: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: _____. **Staat, Verfassung, Demokratie**, Frankfurt am Main, Surkamp, 1991.

⁶⁹ Artikel 5 (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.

Tradução livre: Artigo 5 (1) Toda pessoa tem o direito de expressar e divulgar livremente sua opinião em palavras, escritos e imagens e obter informações de fontes geralmente acessíveis sem impedimentos. A liberdade de imprensa e a liberdade de reportagem através do rádio e do cinema são garantidas. A censura não ocorre.

⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2006. p. 540.

indica que tais normas não dependem de regulamentação para que sejam aplicadas no caso concreto. Mas este dispositivo não indica a forma de “aplicação” que é necessária para o atendimento da determinação constitucional. Surgem, então, as questões a serem enfrentadas: a aplicabilidade exigida pela Constituição diz respeito a todos os atos jurídicos, seja do Poder público ou de particulares? Ou o dispositivo se aplica somente aos atos estatais?⁷¹ Por isso surge, também no Brasil, o questionamento sobre a possibilidade de eficácia horizontal desses direitos (nas relações privadas) para o sistema jurídico brasileiro.

De acordo com o que foi constatado nesta pesquisa,⁷² as teorias alemãs sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais foram e ainda são utilizadas amplamente pela literatura e jurisprudência brasileiras.⁷³ De acordo com a opinião da maioria dos autores brasileiros, a teoria da eficácia indireta se mostrou insuficiente para solução dos conflitos entre particulares que envolvem violações dos direitos fundamentais.⁷⁴ Isso sobretudo porque essa teoria não consideraria a necessidade de implementação (eficácia) dos direitos fundamentais em um país marcado por sérias exclusões sociais.⁷⁵

Por isso mesmo, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais tem sido mais aplicada no direito brasileiro. Como analisado no item anterior, esta teoria defende que os direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente nas relações privadas. Nessa toada, no direito civil brasileiro há o movimento de constitucionalização das normas civis, afirmando-se que tais normas são interpretadas à luz da Constituição Federal brasileira. Como exemplo disso, é possível mencionar o inciso XXIII do artigo 5º, da Constituição Federal, que dispõe sobre a necessidade de a propriedade privada possuir função social, podendo ser observada a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ao se afirmar que tal dispositivo tem eficácia imediata, criando deveres para o titular, a

⁷¹ Nesse sentido, afirmando que o § 1º se aplica somente aos atos estatais: MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

⁷² Foram consultadas as bases de dados Google Scholar e Scopus.

⁷³ Dentre outros, utilizando a literatura alemã para tratar do tema: STEINMETZ, Wilson; DE MARCO, Cristhian Magnus. A eficácia dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 134, p. 509-518, 2014.

⁷⁴ CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. LIMA, Renata Albuquerque. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 17, p. 15, 2015.

⁷⁵ Nessa linha, por todos: SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho, **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 77, n. 4, p. 60-101, 2011.

consequência a que se chega é a horizontalização (eficácia entre particulares) da força obrigatória da norma constitucional.⁷⁶

Na jurisprudência brasileira o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é discutido em diversos Tribunais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal. Três casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal são paradigmáticos a esse respeito e, por isso, serão analisados a seguir.

O primeiro é o Recurso Extraordinário nº 158.215/RS⁷⁷, de relatoria do Ministro Marco Aurélio e julgado pela segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Nele discutiu-se a constitucionalidade da expulsão membros de uma cooperativa sem que tenha sido respeitada a ampla defesa e o contraditório dos excluídos. O Supremo decidiu que a cooperativa violou o direito fundamental de ampla defesa e contraditório dos sócios, bem como violou a garantia do devido processo legal. Nesse sentido, a Corte exigiu a reintegração desses membros. Com isso, entendeu-se que a Cooperativa, titular de direito fundamental, deveria ter tutelado e garantido o direito fundamental de seus sócios, sendo adotado o modelo de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.⁷⁸

O segundo foi o Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF⁷⁹, relatado pelo Ministro Carlos Velloso também na Segunda turma. Nesse caso, a Air France, empresa de aviação

⁷⁶ Nesse sentido, dentre outros: CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. LIMA, Renata Albuquerque. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 17, p. 18, 2015.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 158.215/RS. Ementa DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. 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 assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. Decisão: Por unanimidade, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento para julgar procedente a ação, nos termos do voto do Relator. 2ª. Turma, 30.04.96. Julgado em 30 de abril de 1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur119404/false>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

⁷⁸ Sobre o tema, ver: BETTIM, Daniele Antpack. **A violação de direitos na jurisprudência brasileira sob a perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. 2019. 142 p. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 57, 2019.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF. EMENTA - DIREITO CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRABALHISTA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA: ART. 153, §1º, DA E.C. Nº 1/69. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. 1. O

francesa, que opera também no Brasil, possuía previsão em seu estatuto de benefícios trabalhistas mais vantajosos apenas aos colaboradores que possuíam nacionalidade francesa, em detrimento dos brasileiros. O Supremo entendeu que a Air France havia violado o direito fundamental à igualdade dos colaboradores brasileiros, ao não permitir que estes usufruíssem das mesmas vantagens concedidas aos colaboradores franceses. Assim, afirmou-se que uma empresa, titular de direito fundamental, era responsável por garantir os direitos fundamentais de seus funcionários.⁸⁰

Enfim, o terceiro julgado é o Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ⁸¹, relatado pela Ministra Ellen Gracie e também julgado no âmbito da Segunda turma. Nele, um

tema constitucional da isonomia foi suscitado desde a instância do recurso ordinário ao T.R.T, reiterado em Recurso de revista e expressamente enfrentado em Embargos Declaratórios em Agravo Regimental em Agravo de Instrumento, pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Sendo assim, foi considerado prequestionado e reexaminado pela Segunda Turma, no acórdão embargado, com o acréscimo de não se tratar de ofensa indireta, mas, sim, direta, a tal princípio. Daí o conhecimento e provimento do Recurso Extraordinário, para aplicação do Estatuto da empresa, ao recorrente, com base no referido princípio constitucional. 2. E nenhum dos acórdãos paradigmas decidiu em sentido contrário. 3. Assumem, pois, os Embargos de Divergência, nítido caráter infringente, o que não é admissível, segundo pacífica jurisprudência da Corte. 4. Agravo improvido. Julgado em: 29 de outubro de 1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur106108/false>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

⁸⁰ BETTIM, Daniele Antpack. **A violação de direitos na jurisprudência brasileira sob a perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. 2019. 142 p. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 58, 2019.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ. EMENTA: 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 relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. 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. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados.

membro da União Brasileira de Compositores (UBC) foi expulso pela associação, sem ter a possibilidade de ampla defesa e contraditório. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a associação violou o direito fundamental de ampla defesa e contraditório deste membro, assim como não observou o devido processo legal. Esta decisão menciona pela primeira vez a doutrina alemã a respeito do modelo de eficácia horizontal. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, expôs em seu voto que ocorreria incidência direta (e imediata) do direito fundamental do devido processo legal na expulsão do membro da sociedade civil.⁸²

Por meio da análise desses julgados, é possível, por um lado, observar que o Supremo apresenta a tendência de decidir pela eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, quando se trata de discussão de violação de tais direitos entre particulares. Por outro lado, observa-se que: 1) ainda não há um pronunciamento do Plenário a esse respeito (os julgados são todos oriundos da Segunda turma), sendo que a grande maioria dos Ministros que participaram das sessões de julgamento não fazem mais parte do Tribunal; 2) as conclusões a que se chega nesses julgamentos derivam muito mais de um sentimento de justiça dos julgadores do que de uma concepção global a respeito do sentido e efeitos das normas de proteção dos direitos fundamentais; 3) enfim, ao contrário do que se observa na doutrina brasileira, esses casos foram julgados, em sua maioria, sem a utilização do modelo alemão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – a única exceção é encontrada no voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do caso envolvendo os músicos. Há uma disjunção entre teoria e prática neste ponto.

Com essas observações em mente, cumpre agora averiguar qual o sentido que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais assume no contexto da regulação das redes sociais.

A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. Julgado em: 11 de outubro de 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7704/false>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

⁸² BETTIM, Daniele Antpack. **A violação de direitos na jurisprudência brasileira sob a perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. 2019. 142 p. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019, p. 59.

2.5. Eficácia horizontal na regulação das mídias sociais

Diante das análises dos modelos de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, será apresentada a possibilidade de aplicação desses modelos no âmbito da regulação das mídias sociais. Considerando o modelo de negócio e a função dos sites de redes sociais, foi possível identificar determinados direitos fundamentais que incidem nas atividades desenvolvidas por essas plataformas, como o direito à liberdade de expressão. Tendo em vista que o Estado não faz parte dessas relações, surge o questionamento a respeito da responsabilidade de os sites das redes sociais protegerem o direito fundamental à liberdade de expressão dos seus usuários e de como essa responsabilidade pode ser derivada diretamente das normas de proteção dos direitos fundamentais.

Para o direito alemão, é possível dizer que tais plataformas são responsáveis pela proteção dos direitos fundamentais dos seus usuários e que tal responsabilidade: 1) hoje deriva de Lei (*NetzDG*), que incide neste modelo de negócio; 2) mas também que a própria justificativa da incidência desta Lei deriva da convicção dos autores alemães a respeito da necessidade de incidência (mesmo que relativa) dos direitos fundamentais nas relações particulares.⁸³ Essa percepção é reforçada pelo texto da *NetzDG*, pois a Lei prevê situações que as plataformas devem interferir nos conteúdos publicados, a fim de excluí-los ou bloqueá-los, do que deriva a conclusão de acordo com a qual ocorre, no caso, a ponderação da eficácia dos direitos fundamentais incidentes no âmbito da regulação das mídias sociais no ordenamento jurídico alemão.

De fato, a Lei alemã impõe a responsabilidade de as plataformas interferirem nos conteúdos publicados em seus sites que violem os direitos fundamentais de seus usuários, embora seja questionável o modelo de regulação determinado pela *NetzDG*. Essa é uma constatação interessante, pois, como foi exposto, no Direito brasileiro há uma tendência de se adotar o modelo da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais. Contudo, quanto se trata de mídias sociais, a legislação brasileira é muito mais reticente ao se exigir das plataformas uma implementação desses direitos no âmbito da regulação das mídias sociais. De fato, de acordo com o conhecido art. 19 do Marco Civil da Internet “o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica,

⁸³ Nesse sentido, dentre outros, afirmando que a fundamentação da *NetzDG* deriva da necessária ponderação entre direitos de personalidade e liberdade de manifestação de pensamento: LANG, Andrej. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Meinungsfreiheit*. *Archiv des öffentlichen Rechts*, p. 221- 250, 2018.

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”.⁸⁴ Isso quer dizer que os direitos fundamentais incidem, nessa situação, de acordo com o que for determinado pelo Judiciário, que, por ser um órgão estatal, afasta todo e qualquer questionamento a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Ou seja: apesar de, no Brasil, prevalecer a tese da eficácia horizontal direta, no caso da regulação das redes sociais há o afastamento completo, não só desta tese, mas também da tese adotada em solo alemão (eficácia indireta).

Como se observará nos itens seguintes deste trabalho, há proposta legislativa em trâmite no Congresso nacional que busca superar essa contradição. Um dos objetivos deste trabalho é justamente avaliar essa proposta. Para se chegar a esse ponto, no próximo capítulo serão estudados os elementos da regulamentação das mídias sociais, especialmente sobre a possibilidade de regulamentar as normas aplicáveis nesse âmbito no ordenamento jurídico brasileiro.

⁸⁴ Sobre o tema, ver FERREIRA, Felipe Grizotto. **Liberdade de expressão na era digital: desafios, perspectivas e aplicações**. Orientador: Lucas Catib de Laurentiis. 2021. 226 p. Dissertação Mestrado - Programa de Mestrado em Direito do Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2021.

3. Regulação alemã da liberdade de expressão

A liberdade de expressão é protegida constitucionalmente na Alemanha, no artigo 5º da Lei Fundamental (*Grundgesetz*)⁸⁵. Nesse sentido, todos têm o direito de expressar e divulgar livremente a sua opinião através da fala, da escrita e de imagens e tal direito pode ser limitado pela lei.

Para se constatar se houve violação da liberdade de expressão é necessária uma análise composta por três fases: 1) indicação da área de proteção (*Schutzbereich*), quando se deve identificar se a ação praticada está coberta pela proteção da liberdade de expressão, isto é, se houve discurso ou uma expressão (artística ou acadêmica, por exemplo) no sentido constitucional; 2) aferição das barreiras ou obstáculos (*Schranken*) aplicados ao conteúdo protegido, fase em que o objetivo é analisar se é possível impor limite ou regulação a este direito e, enfim, 3) aplicação do teste da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*), quando se verifica se a limitação aplicada na segunda fase é excessiva⁸⁶.

Em específico para o caso da liberdade de expressão, se a fala, a escrita ou a imagem publicada estiverem abarcadas pela área de proteção do direito da liberdade de expressão (se for considerada como um discurso) e for possível impor limites a este direito, tal limitação deverá ser proporcional. O teste da proporcionalidade, por sua vez, é composto por três elementos: 1) a avaliação da idoneidade dos meios utilizados a fim de atingir um fim legítimo (*Geegnetheit*) 2) a verificação da ausência de uma ação igualmente eficaz, que restringe menos o direito protegido (*Notwendigkeit*), enfim, 3) a apuração da presença

⁸⁵ Artikel 5: (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.

(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

(3) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.

Tradução livre: Artigo 5: (1) Toda pessoa tem o direito de expressar e divulgar livremente sua opinião em palavras, escritos e imagens e obter informações de fontes geralmente acessíveis sem impedimentos. A liberdade de imprensa e a liberdade de reportagem através do rádio e do cinema são garantidas. A censura não ocorre.

(2) Esses direitos são limitados pelas disposições da lei geral, pelas disposições legais para a proteção dos jovens e pelo direito à honra pessoal.

(3) Arte e ciência, pesquisa e ensino são gratuitos. A liberdade acadêmica não dispensa a lealdade à constituição.

⁸⁶ HAUPT, Claudia. Regulating Hate Speech-Damned if you do and damned if you don't: lessons from comparing the German and U.S. approaches. *Boston University International Law Journal*, vol. 23:299, p. 321, 2005.

de uma relação adequada entre o fim a ser obtido e a dimensão da limitação do direito protegido (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*)⁸⁷.

O emblemático caso *Lüth*, foi responsável por definir a moldura essencial do direito à liberdade de expressão, que ainda é utilizado nos casos atuais. Nesse caso de 1958 foi julgado, com base no artigo 5 da Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*), se Erich *Lüth* poderia pedir boicote do filme “Amor Imortal” (*Unsterbliche Geliebte*) sob direção de um antigo diretor antissemita e Nazista (Veit Harlan). Contra a decisão das instâncias inferiores, a decisão final do Tribunal constitucional afirma que o boicote realizado por *Lüth* estava protegido pela liberdade de expressão e que esse direito é um dos principais direitos humanos, sendo essencial para a garantia de um sistema democrático livre, pois através dele é possível o debate de opiniões⁸⁸.

Apesar de este teste ainda ser aplicado nos dias atuais, ele não dispõe de ferramentas suficientes que permitam a sua solução eficiente das questões enfrentadas pela liberdade de expressão, como por exemplo, o discurso de ódio disseminado pela internet. De fato, é irreal, senão impossível, pensar que os tribunais de um país, por mais bem equipados que sejam possam avaliar a quantidade de manifestações incluídas em uma plataforma social em um só dia, tendo que avaliar a proporcionalidade da ação que exclui cada uma delas do alcance do público. Sendo assim, surge a necessidade de uma nova regulação da expressão, no caso, a *NetzDG*.

3.1. Contexto de criação da *NetzDG* e Linha do Tempo da *NetzDG*

As mídias sociais possuem um papel relevante na sociedade atual; através delas é possível a comunicação entre pessoas do mundo inteiro, possibilitando a troca de diferentes informações em questão de instantes. Com isso, foi possível observar o rápido avanço dessas plataformas, nos últimos 10 anos surgiram diversas mídias sociais, sendo que as principais atualmente são: *Facebook*, *Youtube*, *Instagram*, *TikTok* e *Twitter*. Uma das características dessas plataformas é justamente a rapidez da disseminação de informações; em instantes uma notícia pode ser veiculada no mundo inteiro.

⁸⁷ HAUPT, Claudia. Regulating Hate Speech-Damned if you do and damned if you don't: lessons from comparing the German and U.S. approaches. **Boston University International Law Journal**, vol. 23:299, p. 322, 2005.

⁸⁸ HAUPT, Claudia. Regulating Hate Speech-Damned if you do and damned if you don't: lessons from comparing the German and U.S. approaches. **Boston University International Law Journal**, vol. 23:299, p. 324, 2005

Tal rapidez na publicação de informações pode ser benéfica, no sentido de permitir que as pessoas facilmente tenham conhecimento de assuntos atuais, mas também pode ser prejudicial. Segundo um estudo realizado pelos pesquisadores Soroush Vosoughi, Deb Roy e Sinan Aral, todos do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), as notícias falsas são disseminadas, consideravelmente, de forma mais rápida em comparação com a publicação de notícias verdadeiras. Essa realidade é mais visível quando as notícias falsas publicadas são do âmbito político⁸⁹. Justamente por isso, em 2019, um partido de extrema-direita na Alemanha (III. Weg) foi banido do Facebook durante 30 dias por ter publicado discurso de ódio e por ter violado os padrões da comunidade⁹⁰.

Durante a pandemia do coronavírus (de 2020 a 2022) foi possível observar a “*infodemic*” nas mídias sociais, isto é, houve uma grande e rápida disseminação de informações sobre o vírus. No entanto, essa disseminação não foi realizada somente por usuários comuns com a única finalidade de informar as pessoas; foi também possível identificar a divulgação de uma série de informações falsas, muitas vezes impulsionadas por atores políticos, com o objetivo de promover determinados segmentos políticos⁹¹.

Desse modo, surgiu a preocupação em relação ao papel das mídias sociais na democracia das sociedades, principalmente porque estas plataformas foram utilizadas para a circulação de desinformação durante a pandemia e foram criadas “bolhas” informativas, não permitindo a pluralidade do debate, requisito essencial para a concretização dos preceitos democráticos⁹².

Nesse sentido, a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais possui uma função determinante para a garantia da democracia nessas plataformas. Um estudo realizado em 2021 pelo Centro para a Pluralidade das Mídias e a Liberdade das Mídias

⁸⁹ “False news reached more people than the truth; the top 1% of false news cascades diffused to between 1000 and 100,000 people, whereas the truth rarely diffused to more than 1000 people. Falsehood also diffused faster than the truth. The degree of novelty and the emotional reactions of recipients may be responsible for the differences observed.” SOROUGH, Vosoughi. ROY, Deb. ARAL, Sinan. **The spread of true and false news online**. Science, vol. 359, Nr. 6380, p. 1146-1151. Disponível em: <https://www.science.org/doi/full/10.1126/science.aap9559>

⁹⁰ TUCHTFELD. Erik. Marktplätze, soziale Netzwerke und die BVerfG-Entscheidung zum „III. Weg“. **Verfassungsblog**: on matters constitutional, 2019. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/marktplaetze-soziale-netzwerke-und-die-bverfg-entscheidung-zum-iii-weg/>

⁹¹ LINHARES. Carolina. **Deputados divulgam fake news sobre coronavírus para ecoar discurso de Bolsonaro**. Folha de São Paulo, São Paulo, 12 de maio de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/deputados-divulgam-fake-news-sobre-coronavirus-para-ecoa-discurso-de-bolsonaro.shtml>

⁹² BLEYES-SIMON, Konrad, GROGI, Elda, CARLINI, Roberta, NENADIC, Iva, PALMER, Marie, PARCU, Pier Luigi, VERZA, Sofia, CUNHA, Mario Viola de Azevedo, ŽUFFOVÁ, Mária. Monitoring Media Pluralism in the digital Era: Application of the Media Pluralism Monitor in the European Union, Albania, Montenegro, Republic of North Macedonia, Serbia & Turkey in the year 2020, p. 17, 2021.

do Instituto da Universidade Europeia evidenciou que a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais nos países europeus possui, em sua grande maioria, baixo ou médio risco de ser violada. A Alemanha foi um dos países que evidenciou esse baixo risco de violação⁹³.

Nesse contexto foi aprovada a *NetzDG* pelo *Bundestag* (Parlamento alemão) cujo objetivo é regulamentar as mídias sociais. Desde 2015 havia um movimento do governo alemão para enfrentar especificamente os conteúdos criminais divulgados nessas plataformas, como por exemplo, o discurso de ódio e *Fake News*. Desde antes da criação da Lei há a preocupação no direito alemão no sentido de se regular as relações criadas por novas mídias estabelecidas, a fim de atribuir responsabilidade em caso de danos.

Contudo, essa preocupação se intensificou nos anos de 2015 e 2016. Neste período a Alemanha recebeu grande fluxo de refugiados advindos da Síria, que estava em guerra. Nessa ocasião, houve uma série de eventos de discriminações online causados pela entrada de refugiados no país⁹⁴, o que agravou ainda mais a publicação de conteúdos criminais nas mídias sociais⁹⁵. Ademais, em 2017 havia medo da influência que as mídias sociais poderiam causar nas eleições do Parlamento (*Bundestag*).

Neste período já havia a Lei dos Serviços à Distância (*Telendientengesetz*), criada em 1997. Ainda em vigor, essa norma exige a criação de regras de responsabilidade civil específicas para cada tipo de serviço de comunicação e informação à distância, sem possibilitar o estabelecimento de regras gerais para tais serviços. O objetivo central dessa norma é de alcançar a superação de impedimentos para o desenvolvimento livre das influências do mercado nos novos serviços de informação e comunicação, bem como criar a garantia de circunstâncias econômica, de forma que sejam criados uniformes para a disponibilização e utilização de tais serviços⁹⁶.

⁹³ BLEYES-SIMON, Konrad, GROGI, Elda, CARLINI, Roberta, NENADIC, Iva, PALMER, Marie, PARCU, Pier Luigi, VERZA, Sofia, CUNHA, Mario Viola de Azevedo, ŽUFFOVÁ, Mária. *Monitoring Media Pluralism in the digital Era: Application of the Media Pluralism Monitor in the European Union*, Albania, Montenegro, Republic of North Macedonia, Serbia & Turkey in the year 2020, p. 17, 2021.

⁹⁴ Como exemplo dessa situação, há a selfie emblemática de Anas Modamani tirada com a ex-Primeira Ministra da Alemanha, Angela Merkel. Em 2015, em meio a política de fronteiras abertas realizada pela ex-Primeira Ministra, o refugiado Anas Modamani tirou uma selfie com Angela Merkel em Berlim e publicou esta foto no Facebook. No entanto, a foto foi utilizada para a publicação de notícias falsas, que relacionavam o jovem sírio a diversos ataques terroristas que ocorrem no continente europeu. Notícia disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/refugiado-que-tirou-selfie-com-merkel-perde-processo-contra-facebook/a-37845648>

⁹⁵ HELDT, Amélie. Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports. *Probleme und Potenziale des NetzDG*, Nr. 48, p. 31, 2019.

⁹⁶ EIFERT, Martin. A Lei Alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (Netzdg) E a Regulação da Plataforma. *Fake News e Regulação*, cap. 6, 2020. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1197132532/capitulo-6-a-lei-alema-para-a->

No entanto, tal norma não foi suficiente para conter a ampla disseminação de conteúdos criminais nas mídias sociais. Por esse motivo, foi criada a *NetzDG* (*Netzdurchsetzungsgesetz*), que em tradução livre significa: “Lei para aplicação do direito nas redes sociais”, sendo que esta Lei foi uma das primeiras leis do mundo a regulamentar as mídias sociais, embora muitos países enfrentem questões parecidas.

A dúvida que surge nesse contexto é: o baixo risco de violação da proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais no território alemão se dá pela criação da *NetzDG*? E esta Lei possui a eficácia necessária para garantir que este direito fundamental seja protegido plenamente nessas plataformas?

3.2. Conteúdo da *NetzDG*

A *NetzDG* foi criada com o objetivo de regulamentar as mídias sociais no território alemão, isso com o fim de não permitir a publicação de conteúdos criminais nessas plataformas e de assegurar o exercício de um debate mais democrático em ambiente digital. A Lei se aplica a todas as mídias sociais que foram criadas com o objetivo de permitir que os usuários compartilhem qualquer conteúdo para outros usuários ou para o público. Como exemplo, é possível mencionar o *Facebook*, o *Twitter*, o *YouTube*, o *Instagram* e o *TikTok*. Nessas plataformas, os usuários podem compartilhar postagens com seus “amigos” ou “seguidores”, assim como essas postagens podem ser acessadas pelo público, caso o usuário permita esta visualização.

Plataformas jornalísticas, ou editoriais, não são consideradas como mídias sociais para fins de aplicação dessa lei, assim como, as plataformas criadas para comunicação individual ou disseminação de conteúdo específico (e-mail, por exemplo). Ademais, para que a *NetzDG* seja aplicada, a plataforma deve possuir pelo menos 2 milhões de usuários registrados no território alemão. Caso estas plataformas preencham tais requisitos, elas estarão obrigadas a reportar as movimentações dentro de seus sites.

As mídias sociais que receberem mais de 100 reclamações por ano calendário deverão produzir *reports* (relatórios) a cada seis meses, em língua alemã, sobre as formas como a plataforma lidou com os conteúdos ilegais publicados em seus sites. Estes *reports* deverão

ser publicados na Gazeta Federal e nos seus próprios websites, em locais com fácil acesso e visibilidade, ficando disponíveis pelo prazo de 1 mês após o término da metade do ano.

Nos *reports* devem ser abordados e indicados, ao menos, os seguintes pontos:

- a) observações gerais salientando os esforços tomados pelos provedores das mídias sociais para eliminar as atividades passíveis de punição criminal de suas plataformas;
- b) descrição dos mecanismos de submissão de reclamações sobre os conteúdos ilegais e os critérios aplicados na decisão de excluir ou bloquear o conteúdo ilegal;
- c) número de reclamações a respeito dos conteúdos ilegais no período reportado e, separadamente, o número de reclamações enviadas pelo órgão de reclamações ou pelos usuários, bem como o motivo das reclamações;
- d) organizações, recursos humanos, especialistas e linguistas responsáveis por processar as reclamações e por treinar e dar suporte para as pessoas responsáveis por processar esses dados;
- e) a filiação a associações industriais com indicação se essas associações têm serviço de reclamação;
- f) número de reclamações as quais o órgão externo foi consultado na preparação da tomada de decisão;
- g) número de reclamações no período reportado que resultou na remoção ou bloqueamento de conteúdo em questão, separadamente, informado se as reclamações foram enviadas por órgãos ou usuários, conforme o motivo de cada reclamação;
- h) o tempo entre o recebimento das reclamações pelas mídias sociais e o bloqueio ou remoção do conteúdo ilegal separadamente, informado se as reclamações foram enviadas por órgãos ou usuários, conforme o motivo de cada reclamação e os períodos (dentro de 24/48 horas ou dentro de uma semana, por exemplo);
- i) medidas realizadas para informar a pessoa que realizou a reclamação e o usuário, cujo conteúdo em questão foi mantido, sobre a decisão tomada em relação à reclamação.

Como é possível verificar, as plataformas devem informar diversos dados sobre o número de reclamações recebidas durante o período de seis meses, sobre quais desses conteúdos foram efetivamente removidos ou bloqueados, entre outros dados que se tornam relevantes nesse contexto.

Para que as plataformas consigam regular os conteúdos publicados em seus sites, a secção 3 da *NetzDG* determina que as mídias sociais devem possuir um procedimento efetivo e transparente para lidar com as reclamações de conteúdo ilegal. Desse modo, as plataformas devem fornecer aos usuários um procedimento de submissão de reclamações que deve ser de fácil reconhecimento, acessível e disponível a todo o momento.

Ademais, este procedimento deve garantir que a plataforma da mídia social:

1. Registre imediatamente a reclamação e verifique se o conteúdo indicado é ilegal, sujeito à remoção ou a bloqueio;
2. Remova ou bloqueie o acesso a conteúdo que é manifestamente ilegal dentro de 24 horas, contadas a partir do momento do recebimento da reclamação. Este procedimento não se aplica caso a mídia social tenha um acordo com as autoridades da *NetzDG*, em que seja determinado um prazo maior para excluir ou bloquear qualquer conteúdo manifestamente ilegal;
3. Remova ou bloqueie o acesso para conteúdo ilegal imediatamente, após o prazo de 7 dias, contados do momento do recebimento da reclamação. Este prazo pode ser estendido caso:
 - a) a decisão sobre a legalidade do conteúdo dependa da comprovação da falsidade de um fato alegado ou é claramente dependente em outras circunstâncias factuais. Nessas situações, a mídia social pode fornecer ao usuário a oportunidade de responder a reclamação antes da decisão;
 - b) a mídia social remeta a decisão sobre a legalidade do conteúdo a uma instituição de auto regulação, reconhecida pela *NetzDG*, dentro do prazo de 7 dias, contados a partir do momento do recebimento da reclamação e da aceitação da instituição para decidir sobre a legalidade daquele conteúdo.
4. Em caso de remoção, o conteúdo da mensagem deve ser guardado como evidência no período de 10 semanas, nos termos da Diretivas 2000/31/EC e 2010/13/EU;
5. Notifique imediatamente a pessoa que enviou a reclamação e o usuário que postou o conteúdo sobre qualquer decisão, como também informe a eles as razões da decisão.

A gestão das reclamações deve ser monitorada mensalmente pela mídia social. Nesse sentido, quaisquer deficiências organizacionais no recebimento e processamento das reclamações devem ser imediatamente retificadas e relatadas.

Em paralelo, pode ser criada uma instituição de auto regulação, para auxiliar nas tomadas de decisões, desde que seja garantida a independência desta entidade e seja assegurada expertise dos analistas, bem como seja estruturada de forma que seja possível a tomada de decisão dentro de 7 dias. Para que seja possível a regulação dessas plataformas na Alemanha, estas devem nomear uma pessoa autorizada para receber as notificações do Governo Federal alemão e devem informar o nome dessa pessoa no seu site de forma reconhecível e de acesso direto.

Considerando o contexto de criação da *NetzDG*, em que as Fake News e discursos de ódio publicados nas redes sociais estavam em crescente difusão, o Governo alemão entendeu ser necessária uma medida mais efetiva contra a disseminação de tais conteúdos. A *NetzDG* foi, por isso, uma Lei pioneira. Trouxe regras específicas de como regulamentar as mídias sociais e através dela o debate sobre como regular as mídias sociais se tornou mais concreto e fundamentado, pois a Lei inova ao exigir elementos específicos para argumentar a favor ou contra à regulamentação.

Desse modo, apesar de a *NetzDG* ser alvo de diversas críticas, que serão abordadas no próximo tópico, sua criação foi importante para enriquecer o debate sobre como a atividade das plataformas deve ser regulada. Nesse sentido, a *NetzDG* pode ser considerada como o primeiro passo para se tentar trazer soluções aos problemas trazidos pelas mídias sociais na última década e, por isso mesmo, muitos países do mundo (dentre eles, França, Brasil e, mais recentemente, os próprios Estados Unidos) têm utilizado o modelo da *NetzDG* como modelo para a renovação da regulação de mídias sociais. Obviamente, tal solução está longe de ser definida, porém a *NetzDG* pode ser vista como o ponto de partida para se alcançar a solução.

3.3. Críticas à *NetzDG*

Durante quase cinco anos após a sua publicação, a *NetzDG*, apesar de ter sido elogiada por alguns autores, recebeu e ainda recebe críticas quanto à sua forma de regulação das mídias sociais, bem como quanto à sua eficácia na realidade e à proteção (ou violação) da liberdade de expressão dos usuários das mídias sociais. Nesta seção serão abordadas tais críticas.

A primeira crítica ser abordada tem relação com o conceito de *Overblocking*.⁹⁷ Conforme exposto anteriormente, a *NetzDG* prevê um rigoroso sistema de gestão de reclamações que deve ser realizado pelas mídias sociais, em que esta deve cumprir prazos específicos (24 horas ou 7 dias) para excluir os conteúdos publicados em suas plataformas que são ilegais. Dessa forma, as mídias sociais devem analisar o conteúdo publicado em suas plataformas e decidir, dentro do prazo estipulado, se o conteúdo deve ou não ser bloqueado ou excluído. Diante desse *modus operandi*, afirma-se que a Lei cria uma privatização do devido processo legal, pois as próprias plataformas devem realizar a tomada de decisão quanto à legalidade dos conteúdos⁹⁸.

Contudo, como as mídias podem ser duramente reprimidas caso um conteúdo criminoso não seja bloqueado ou excluído dentro do prazo previsto, as plataformas podem e devem adotar postura mais restritiva e preventiva, excluindo ou bloqueando conteúdos, mesmo em caso de dúvida sobre a legalidade do conteúdo⁹⁹. Isso pode causar exclusões e bloqueios em massa de postagens, sejam elas legais ou ilegais e, nesse contexto, há a preocupação com a proteção da liberdade de expressão dos usuários¹⁰⁰. Isso ocorre porque, ao decidir rapidamente sobre a legalidade dos conteúdos publicados nas suas plataformas, as mídias sociais podem excluir ou bloquear conteúdos legais, para minimizar os riscos para a plataforma e violar a liberdade de expressão do usuário que havia publicado conteúdo conforme a legislação.

A análise jurídica dos conteúdos publicados nas redes sociais é complexa. Primeiramente, para o direito alemão, as plataformas devem identificar se a postagem é uma opinião, que é protegida constitucionalmente, ou se é uma mera constatação de um fato. Esta constatação factual, por sua vez, será protegida pela Constituição alemã, desde que seja um pré-requisito para a formação de uma opinião. Porém, tal distinção não é simples de ser realizada e no meio jurídico há divergência sobre o assunto, sendo inclusive

⁹⁷ BERNDT, M. Christian. SCHMITZ, Sandra. **The German Act on Improving Law Enforcement on Social Networks: A Blunt Sword?** Dezembro, p. 28, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3306964>.

⁹⁸ LANG, Andrej. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Meinungsfreiheit: Zur Regulierung privater Internet-Intermediäre bei der Bekämpfung von Hassrede*. **Archiv des öffentlichen Rechts**, 2018-2020, p. 225.

⁹⁹ FERREIRA, Felipe Grizotto. LAURENTIIS, Lucas Catib de. *Liberdade de expressão, plataformas digitais e transparência*. **Jota**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/liberdade-de-expressao-plataformas-digitais-e-transparencia-20072020>

¹⁰⁰ LANG, Andrej. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Meinungsfreiheit: Zur Regulierung privater Internet-Intermediäre bei der Bekämpfung von Hassrede*. **Archiv des öffentlichen Rechts**, 2018-2020, p. 226.

possível identificar diferentes decisões de Tribunais sobre isso¹⁰¹. Se os juristas não entram em acordo sobre o tema, é difícil pensar como uma plataforma fará isso.

As plataformas devem constatar se a postagem publicada pelo usuário em seu site é falsa ou verdadeira. Tal determinação é polêmica, pois em casos de informações complexas podem existir divergências a respeito da veracidade de um conteúdo¹⁰², sendo possível, inclusive, que a própria comunidade científica não tenha uma opinião unânime a esse respeito. Diante dessas complexidades, as mídias sociais podem adotar como solução padrão a exclusão ou o bloqueio dos conteúdos que tiverem sido objeto de reclamação por outros usuários, por ser esta uma solução mais fácil e com menor risco de responsabilização para a plataforma, tendo em vista que, caso o conteúdo não seja retirado dentro do prazo, a plataforma estará sujeita à multa de aproximadamente 50 mil euros¹⁰³.

A estipulação de prazos de 24 horas e 7 dias para a tomada de decisão também favorece tal solução, pois não há tempo suficiente para uma análise jurídica sobre os conteúdos. Porém, sob o ponto de vista do afetado, esses prazos podem ser até muito extensos, considerando a rapidez e agilidade que os conteúdos são compartilhados através das redes sociais – em instantes uma publicação pode se tornar viral. Dessa forma, existe uma contradição na estipulação de tais prazos: eles, ao mesmo tempo, são curtos demais para uma análise cuidadosa sobre sua legalidade, pois podem ser impraticáveis no caso concreto, considerando que as informações são rapidamente disseminadas nas redes sociais, mas também não satisfazem a necessidade imediata do eventual lesado.

Afinal, se o conteúdo já estiver viralizado, não adiantaria de nada a exclusão de um conteúdo em determinada plataforma 7 dias após a sua publicação. Além disso, para que a medida de bloqueio seja efetiva, seria necessária uma ação conjunta das plataformas, pois dificilmente um conteúdo viral é publicado somente em uma rede social. Nessa situação, seria mais eficiente um controle dos danos causados pela publicação do que a sua remoção ou bloqueio.

Fora isso, o bloqueio e a exclusão em massa podem causar o *chilling effect*, que ocorre com o desencorajamento dos usuários em publicar postagens nas mídias sociais por receio de serem excluídos pelas plataformas. Este efeito também pode ser caracterizado como

¹⁰¹ SCHULZ, W. Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG. **Probleme und Potenziale des NetzDG**, n. 48, p. 15, 2019.

¹⁰² SCHULZ, W. Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG. **Probleme und Potenziale des NetzDG**, Nr. 48, p. 15, 2019.

¹⁰³ HELDT, Amélie. Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports. **Probleme und Potenziale des NetzDG**, Nr. 48, p. 33, 2019.

violação da liberdade de expressão, pois ele limita indiretamente a manifestação de opinião, que é constitucionalmente protegida¹⁰⁴. Como a liberdade de expressão é garantida pelo artigo 5º da *Grundgesetz* (Lei Fundamental), argumenta-se, com base nesses pressupostos, que a *NetzDG* não é compatível com a Constituição Federal alemã¹⁰⁵.

Afirma-se ainda que a *NetzDG* não dispõe nenhuma orientação sobre como deve ser a tomada de decisão da mídia social sobre a legalidade do conteúdo postado. Conforme exposto anteriormente, a análise jurídica do conteúdo tratado por esta Lei (veracidade de informações e ofensividade de opiniões) é altamente complexa, sendo possível haver diferentes interpretações sobre o mesmo conteúdo.

Existem casos em que a ilegalidade de uma postagem é óbvia, como ocorre com a publicação de pornografia infantil – se não há dúvida que esse tipo de conteúdo é ilegal, ele deve ser imediatamente retirado das plataformas. Porém, existem casos em que a ilegalidade não é evidente como ocorre, por exemplo, nas publicações de conteúdos com ofensas que podem ou não ser consideradas como difamação, lembrando que tais opiniões podem ser externadas nas situações mais diversas (desde debates políticos, até charges humorísticas), e também podem ser dirigidas aos mais diversos sujeitos (pessoas poderosas, políticos, estadistas, celebridades, ou então minorias). Nessas situações, até mesmo a comunidade jurídica não é unânime em determinar até que ponto uma opinião exaltada pode ser considerada como um crime de difamação¹⁰⁶.

O problema dessa situação é que é impossível realizar uma orientação detalhada sobre como deve ser tomada a decisão de exclusão de um conteúdo de forma massificada e padronizada, justamente porque todo caso deve ser analisado particularmente, devendo ser levadas em consideração todas as características intrínsecas a ele e o contexto em que o conteúdo foi publicado. Ou seja, não há uma fórmula geral de interpretação e aplicação da Lei a ser seguida pelas mídias sociais quando estas se depararem com a reclamação de um usuário. Não há algoritmo que possa realizar a tarefa de aplicação da determinação de exclusão determinada pela *NetzDG*.

¹⁰⁴ BERNDT, M. Christian. SCHMITZ, Sandra. **The German Act on Improving Law Enforcement on Social Networks: A Blunt Sword?** Dezembro, p. 28, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3306964>.

¹⁰⁵ WISCHMEYER, Thomas. **What is illegal offline is also illegal online** –The German Network Enforcement Act 2017. Fundamental Rights Protection Online, p. 14, Bielefeld, 2020.

¹⁰⁶ BERNDT, M. Christian. SCHMITZ, Sandra. **The German Act on Improving Law Enforcement on Social Networks: A Blunt Sword?** Dezembro, p. 24, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3306964>.

Em paralelo a tal impossibilidade hermenêutica em questão, a *NetzDG* não prevê de forma satisfatória os procedimentos formais que devem ser respeitados pelas plataformas digitais após a decisão. Assim, embora a Lei disponha que a mídia social deve notificar imediatamente o reclamante e o usuário que havia postado o conteúdo sobre a decisão de excluir ou não a postagem, não há qualquer outro procedimento a ser realizado após a tomada de decisão¹⁰⁷.

Desse modo, não há uma forma de o usuário ou o reclamante contestarem a decisão da mídia social sobre o conteúdo, não possibilitando o contraditório. Ademais, não há nenhuma norma que obrigue a plataforma de publicar a decisão sobre as reclamações, o que impõe óbices à transparência da regulação, que é um dos objetivos trazidos pela Lei¹⁰⁸. Uma vez que se considere que a plataforma assumiu a função que compete ao Estado de controlar os conteúdos admissíveis no debate público, essa falta de procedimentos claros e específicos sobre como as plataformas devem agir depois de decidirem a legalidade do conteúdo publicado viola o direito de ampla defesa e contraditório dos usuários. Por conta da falta de previsão desses procedimentos, a *NetzDG* permite que as plataformas digitais ajam sem transparência.

Em termos de direito internacional, afirma-se que *NetzDG* não está de acordo com as premissas dispostas nas Diretivas Europeias do *e-Commerce*¹⁰⁹. Isso porque as Diretivas Europeias do *e-Commerce* são leis fundamentais para regular os serviços online na União Europeia, as quais têm como objetivo principal remover os obstáculos dos serviços online praticados pelos países europeus. Nessas diretivas, existem regras sobre a necessidade de transparência e informação dos provedores de serviços online, comunicações comerciais e sobre contratos eletrônicos e limitações de responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários¹¹⁰. Ocorre que o §3 (2) da *NetzDG* é contrário ao que dispõe o artigo 14

¹⁰⁷ BERNDT, M. Christian. SCHMITZ, Sandra. **The German Act on Improving Law Enforcement on Social Networks: A Blunt Sword?** Dezembro, p. 25, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3306964>.

¹⁰⁸ BERNDT, M. Christian. SCHMITZ, Sandra. **The German Act on Improving Law Enforcement on Social Networks: A Blunt Sword?** Dezembro, p. 25, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3306964>.

¹⁰⁹ Atualmente, está em tramitação um projeto de Lei (DAS- Digital Services Act) na União Europeia que visa criar regras que regulam as responsabilidades dos serviços digitais, que têm atuação como intermediários para relacionar consumidores a bens, serviços e conteúdo. Dessa forma, tais regras serão aplicadas, também, às mídias sociais. A DAS não substituirá as Diretrizes Europeias do e-Commerce. Além disso, esta Lei será aplicada às mídias sociais que possuem 45 milhões de usuários na União Europeia. Para maiores informações, a íntegra da proposta está disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en>

¹¹⁰ Informações retiradas do site oficial da União Europeia. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/e-commerce-directive>

das Diretrizes Europeias de e-Commerce¹¹¹ pois, enquanto a Lei alemã impõe a aplicação de multas para as plataformas caso estas não excluam conteúdo manifestamente ilegal dentro do prazo de 24 horas ou conteúdo ilegal dentro de 7 dias após a notificação¹¹², o artigo 14 da Diretiva determina que as plataformas digitais podem incorrer em responsabilidade caso elas tenham conhecimento da publicação de conteúdo ilegal, sendo necessária a sua reação ágil em relação a tais publicações.

A principal distinção entre as duas normas diz respeito quanto ao termo “ágil”. Nas Diretrizes Europeias está disposto que as plataformas devem agir agilmente perante conteúdos ilegais, mas não se diz que as plataformas devam se antecipar aos usuários, criando filtros preventivos para conter a disseminação de conteúdos falsos, quanto menos estipula um prazo fixo para a retirada do conteúdo. Já a *NetzDG* prevê prazos específicos que devem ser cumpridos pelas mídias sociais para a tomada de decisão em relação à exclusão ou bloqueio do conteúdo. Nesse sentido, discute-se se a Alemanha ultrapassou as determinações das Diretrizes Europeias ao estipular prazos. O argumento afirma que as normas europeias existem para harmonizar a prestação dos serviços online nos países europeus e que, se cada país determinar prazos diferentes para a mesma situação, a prestação desses serviços será inviável. Além disso, a obrigação estabelecida na *NetzDG* de que cada plataforma deve nomear um representante legal no território alemão pode violar o artigo 3º das Diretrizes Europeias de e-Commerce¹¹³ e restringir a liberdade de

¹¹¹Artigo 14: Armazenagem em servidor: 1. Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista no armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador do serviço não possa ser invocada no que respeita à informação armazenada a pedido de um destinatário do serviço, desde que:

a) O prestador não tenha conhecimento efectivo da actividade ou informação ilegal e, no que se refere a uma acção de indemnização por perdas e danos, não tenha conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a actividade ou informação ilegal, ou

b) O prestador, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, actue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações.

2. O n.o 1 não é aplicável nos casos em que o destinatário do serviço actue sob autoridade ou controlo do prestador.

3. O disposto no presente artigo não afecta a faculdade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-Membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infracção, nem afecta a faculdade de os Estados-Membros estabelecerem disposições para a remoção ou impossibilitação do acesso à informação.

¹¹² SCHULZ, W. Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German *NetzDG*. **Probleme und Potenziale des NetzDG**, Nr. 48, p. 11, 2019.

¹¹³ Artigo 3: Mercado interno

1. Cada Estado-Membro assegurará que os serviços da sociedade da informação prestados por um prestador estabelecido no seu território cumpram as disposições nacionais aplicáveis nesse Estado-Membro que se integrem no domínio coordenado.

2. Os Estados-Membros não podem, por razões que relevem do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro.

3. Os n.os 1 e 2 não se aplicam aos domínios a que se refere o anexo.

estabelecimento¹¹⁴. Nesta mesma linha, afirma-se que há um problema na questão da territorialidade da aplicação da *NetzDG*, pois as regras estabelecidas nessa Lei atingem mídias sociais que não estão situadas na Alemanha, mas possuem 2 milhões de usuários no país. Ou seja, a Lei pode sancionar empresas que não possuem sede na Alemanha e devem nomear um representante legal no país¹¹⁵.

3.4. Análise dos reports da *NetzDG*: a Lei é eficaz?

A seção 2 da *NetzDG* exige que as mídias sociais que obtiverem mais de 100 reclamações no ano calendário realizem *reports* (relatórios) em língua alemã, a cada 6 meses, para evidenciar como as reclamações foram geridas. Dessa forma, tais relatórios devem abranger diversos tópicos indicados pela seção 2 da *NetzDG*, já analisados no item 3.2 desta dissertação. O objetivo central dos *reports* (relatórios) é criar transparência sobre como as mídias sociais agem perante conteúdos com relevância criminal, indicando como essas plataformas aplicam a *NetzDG* na prática. Ademais, os dados que são publicados nesses relatórios (ou *reports*) são importantes para o monitoramento e melhor desenvolvimento de ferramentas para solucionar as questões enfrentadas no âmbito das mídias sociais¹¹⁶.

Para avaliar a efetividade desta medida, esta pesquisa se debruçou sobre os últimos relatórios produzidos pelas principais redes sociais com funcionamento na Alemanha. Serão analisados, a seguir, *Reports* (período: julho a dezembro de 2021, publicados em janeiro de 2022) produzidos pelo *Facebook* (Meta), *Twitter* e *YouTube* (Google). Este recorte de dados foi realizado, não só porque se entende, nesta pesquisa, que devem ser analisados os dados mais recentes sobre a regulação das mídias sociais e das principais plataformas de compartilhamento de conteúdos, mas também porque os dados coletados dizem suficientemente representativos para, com eles, se concluir como se comportam as redes sociais afetadas pelas obrigações criadas pela *NetzDG*. Em paralelo, serão abordados os dados relativos à quantidade de reclamações, com a respectiva motivação legal, recebidas pelas mídias sociais e à quantidade de conteúdos removidos ou

¹¹⁴ SCHULZ, W. Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German *NetzDG*. **Probleme und Potenziale des NetzDG**, Nr. 48, p. 11, 2019.

¹¹⁵ WISCHMEYER, Thomas. **What is illegal offline is also illegal online** –The German Network Enforcement Act 2017. *Fundamental Rights Protection Online*, p. 10, Bielefeld, 2020.

¹¹⁶ HELDT, Amélie. Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first *NetzDG* reports. **Probleme und Potenziale des NetzDG**, Nr. 48, p. 35, 2019.

bloqueados pelas plataformas, nos termos da *NetzDG*, com o que se pretende avaliar o nível de efetividade do modelo implantado por esta Lei.

3.4.1. Facebook

Em seu *report* publicado em 2022, o qual se refere ao período de julho a dezembro de 2021, o *Facebook* (plataforma gerenciada pela empresa Meta) evidencia que possui um formulário, de fácil acesso em seu site, para que seus usuários preencham com suas reclamações sobre conteúdos criminais. Através das informações fornecidas pelos usuários, a plataforma decide se o conteúdo deve ou não ser removido ou bloqueado¹¹⁷.

Neste período, o *Facebook* recebeu 115.085 reclamações, todas fundamentadas nos tipos penais elencados pela *NetzDG*. As três razões mais recorrentes para a reclamação no *Facebook* são de conteúdos: 1) de insulto, tipificado no §185 do Código Penal alemão, totalizando 46.821 reclamações; 2) de difamação, tipificado no §186 do Código Penal alemão, totalizando 36.456 reclamações e 3) incitamento ao ódio, tipificado no §130 do Código Penal alemão, totalizando 33.385 reclamações¹¹⁸.

No entanto, apesar de a mídia social ter obtido um grande número de reclamações, somente 17.730 conteúdos foram removidos ou bloqueados (aproximadamente 10% do total)¹¹⁹, sendo que 16.648 foram removidos por violação das regras da Comunidade criadas pelo *Facebook* e 1.082 foram removidos violaram os tipos penais listados na *NetzDG*. Em termos quantitativos, isso indica que a *NetzDG* teve um impacto de 6% no número de exclusões, o que, por sua vez, representa menos de 1% das reclamações recebidas no período. Considerando que essa plataforma tem aproximadamente 32 milhões de usuários no território alemão e que cada um deles posta conteúdos diariamente na rede, esse número é menos do que irrisório.

3.4.2. Twitter

¹¹⁷ FACEBOOK. *NetzDG Transparency Report*, p. 3, January, 2022. Disponível em: <https://about.fb.com/de/wp-content/uploads/sites/10/2022/01/NetzDG-EN.pdf>

¹¹⁸ FACEBOOK. *NetzDG Transparency Report*, p. 5, January, 2022. Disponível em: <https://about.fb.com/de/wp-content/uploads/sites/10/2022/01/NetzDG-EN.pdf>

¹¹⁹ FACEBOOK. *NetzDG Transparency Report*, p. 10, January, 2022. Disponível em: <https://about.fb.com/de/wp-content/uploads/sites/10/2022/01/NetzDG-EN.pdf>

Em seu *report* de 2022, referente ao período de julho a dezembro de 2021, o *Twitter* afirmou que os seus usuários no território alemão podem realizar reclamações de diferentes formas, sendo que não é necessário que o reclamante tenha conta na plataforma. Para realizar a reclamação, são exigidas as seguintes informações: 1) motivo da denúncia da publicação; 2) disposição do Código Penal que deve basear a reclamação; 3) a quem a publicação é direcionada e 4) a quem ele se reporta¹²⁰.

O número total de reclamações recebidas pelo *Twitter* no período reportado foi de 619.974, sendo essas recebidas de usuários da rede e 62.513 de Órgãos de Reclamação. No entanto, das reclamações realizadas pelos usuários, somente 67.950 reclamações foram alvo de decisão da mídia social. Em relação às reclamações recebidas de Órgãos de Reclamação, somente 7.872 foram alvo de decisão do *Twitter*¹²¹. Além disso, de acordo com a plataforma, os conteúdos podem ser removidos tanto com base nas Políticas e Regras internas do *Twitter*, quanto na *NetzDG*.

Diante das informações reportadas pelo *Twitter* no período de julho a dezembro de 2021, observa-se que existe um grande número de reclamações realizadas pelos usuários da plataforma (619.974) e por Órgãos de Reclamação (62.513). Todavia, poucas dessas reclamações são objeto de apreciação do *Twitter*, de forma que 67.950 são realizadas pelos usuários da plataforma e 7.872, realizadas por Órgãos de Reclamação.

3.4.3. YouTube

Em seu *report* de 2022, referente ao período de julho a dezembro de 2021, o *Youtube* afirma que respeita as leis locais da Alemanha e de outros países, sendo que adota as medidas necessárias para a aplicação da *NetzDG*¹²². Durante o período, a mídia social recebeu 263.653 reclamações, sendo que os principais conteúdos reclamados foram

¹²⁰ TWITTER. *Twitter Netzwerkdurchsetzungsgesetzbericht: Juli-Dezember 2021*, p. 6, Januar 2022. Disponível em: <https://transparency.twitter.com/content/dam/transparency-twitter/netzdg/NetzDG-Jul-Dec-2021.pdf>

¹²¹ TWITTER. *Twitter Netzwerkdurchsetzungsgesetzbericht: Juli-Dezember 2021*, p. 20, Januar 2022. Disponível em: <https://transparency.twitter.com/content/dam/transparency-twitter/netzdg/NetzDG-Jul-Dec-2021.pdf>

¹²² YOUTUBE. *Removals under the Network Enforcement Law*. January, 2022. Disponível em: https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube?hl=en&items_by_submitter=period:Y2020H1&lu=items_by_submitter&reports_resulting_in_action=period:Y2019H2

de: 1) discurso de ódio e extremismo político (64.815); 2) difamação ou insultos (57.175) e 3) conteúdo sexual (50.670)¹²³.

No entanto, somente 43.847 conteúdos reclamados foram removidos da plataforma. Os principais conteúdos ilegais removidos foram: 1) discurso de ódio e extremismo político (14.759); 2) Difamação ou Insultos (10.635) e 3) Conteúdo sexual (6.309)¹²⁴. Ademais, as remoções realizadas pelo *Youtube* são baseadas, em sua grande maioria (42.443), nas diretrizes da comunidade. Somente 1.404 remoções foram realizadas com base nas regras da *NetzDG*¹²⁵.

3.4.4. *Análise dos Reports*

Diante do conteúdo dos *reports* (relatórios) foi possível identificar semelhanças na forma como essas plataformas lidam com a publicação de conteúdos criminais em seus sites, tais como: 1) o número de reclamações realizadas pelos usuários ou Órgão de Reclamação é muito maior do que o número de conteúdos bloqueados, removidos ou que foram alvo de alguma decisão da mídia social; 2) as mídias sociais aplicam mais as suas próprias regras (da Comunidade) do que as regras dispostas na *NetzDG*.

Um dos motivos que pode contribuir para essa primeira semelhança é a falta de tecnologia para auxiliar no controle dos conteúdos pode ser o motivo da baixa resposta realizada pelas mídias sociais. Isso ocorre porque as mídias sociais são dependentes de pessoas para avaliar cada conteúdo, não sendo possível a criação de filtros ou outra tecnologia que possibilite a moderação realizada de forma automatizada¹²⁶.

A falta de tecnologia adequada para a realização dessa tarefa decorre da complexidade da análise que deve ser realizada pelas mídias sociais, isto é, ainda não há inteligência artificial que consiga identificar o contexto em que o conteúdo foi publicado. Por isso mesmo, algumas mídias sociais, como por exemplo, o *Facebook*, possuem times

¹²³ YOUTUBE. **Removals under the Network Enforcement Law**. January, 2022. Disponível em: https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube?hl=en&items_by_submitter=period:Y2020H1&lu=items_by_submitter&reports_resulting_in_action=period:Y2019H2

¹²⁴ YOUTUBE. **Removals under the Network Enforcement Law**. January, 2022. Disponível em: https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube?hl=en&items_by_submitter=period:Y2020H1&lu=items_by_submitter&reports_resulting_in_action=period:Y2019H2

¹²⁵ YOUTUBE. **Removals under the Network Enforcement Law**. January, 2022. Disponível em: https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube?hl=en&items_by_submitter=period:Y2020H1&lu=items_by_submitter&reports_resulting_in_action=period:Y2019H2

¹²⁶ HELDT, Amélie. Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports. *Probleme und Potenziale des NetzDG*, Nr. 48, p. 38, 2019.

especialmente para realizarem a análise das reclamações¹²⁷. No entanto, tal tarefa não é simples de ser realizada. Por isso, a falta de tecnologia para auxiliar na moderação de conteúdo e a necessidade de análise são fatores que aumentam o custo da regulação de conteúdo a ser implantada pela plataforma, do que decorre certa reatividade das mídias sociais quanto às reclamações recebidas dos usuários ou Órgão de Reclamação.

Uma segunda semelhança está no fato de que as mídias sociais aplicam mais as suas regras internas do que a *NetzDG*. Isso decorre do fato de que, com a aplicação da política de moderação de conteúdo, a mensagem ilegal será excluída ou bloqueada em outros países que não a Alemanha – as regras internas das plataformas são aplicáveis no mundo todo – do que decorre que, logisticamente, torna-se mais sensato aplicar as regras da comunidade, do que aplicar as regras da *NetzDG*, que se aplica em um único país¹²⁸.

Enfim, por tudo isso, a partir da análise dos *reports* (relatórios) das principais mídias sociais (*Facebook*, *YouTube* e *Twitter*) foi possível observar que, na prática, a *NetzDG* não é aplicada na maioria das situações, sendo que as regras de cada plataforma se sobressaem. Desse modo, há a crítica de que na realidade, a *NetzDG* não é eficaz, considerando que não é aplicada.

¹²⁷ HELDT, Amélie. Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first *NetzDG* reports. *Probleme und Potenziale des NetzDG*, Nr. 48, p. 38, 2019.

¹²⁸ HELDT, Amélie. Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first *NetzDG* reports. *Probleme und Potenziale des NetzDG*, Nr. 48, p. 37, 2019.

4. Elementos para a regulação das mídias sociais

Os sites das redes sociais, com sua relevante influência na sociedade atual e com o seu modelo de negócio, passaram a ser alvos de diferentes propostas de regulação. Na Alemanha, foi criada a *NetzDG*, analisada no capítulo anterior, que criou um modelo de autorregulação regulada, mas que sofre diversas críticas, principalmente quanto à sua eficácia. Fato é que os sites das redes sociais não podem operar sem qualquer regulação, porém a grande questão é como deverá ser realizada tal regulação. Será que é necessária a criação no Brasil de mais uma lei para cumprir esta função, como foi realizado na Alemanha? Ou o ordenamento jurídico brasileiro atual é suficiente para isso?

Para analisar essas questões, neste capítulo serão analisados os elementos para regulação das mídias sociais no Brasil, passando primeiramente pela avaliação das normas constitucionais que tratam da liberdade de manifestação do pensamento e da liberdade de comunicação social, isso com o fim de identificar em qual desses âmbitos deve ser realizada a regulação e proteção dos conteúdos publicados nas mídias sociais. Após, será analisada a possibilidade de uma regulação infraconstitucional através do Marco Civil da internet e os impactos de uma eventual aplicação da *NetzDG* no Brasil.

4.1. Âmbito de regulação e de proteção da liberdade de expressão no Brasil

4.1.1. Liberdade de manifestação do pensamento (art. 5, IV e IX, CF)

No âmbito das mídias sociais, a liberdade de manifestação de pensamento pode ser exercida como forma de regulação e proteção dos conteúdos publicados nessas plataformas. Como já foi explicitado neste trabalho, em termos dogmáticos, a liberdade de expressão se apresenta, no direito brasileiro, como um conjunto de direitos e garantias, regulados e disciplinados de forma diferenciada pelos dispositivos constitucionais que tratam da matéria.¹²⁹ Com base neste pressuposto, há duas possibilidades de fazer essa garantia constitucional incidir sobre tais atividades: a primeira está prevista no inciso IV

¹²⁹ Nesse sentido, entre outros, ver LAURENTIIS, Lucas Catib. Liberdade de expressão em mutação: análise jurisprudencial e evolução da proteção constitucional, in: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; LEAL, Roger Stiefelmann, **A nova constituição de 1988?** São Paulo: Dia a Dia Forense, p. 45-71, 2021.

do artigo 5º¹³⁰, da Constituição Federal, que trata de forma ampla da livre manifestação do pensamento, impondo somente o limite da vedação do anonimato. A segunda possibilidade seria considerar que os conteúdos publicados nos sites das redes sociais são regulados pela liberdade de manifestação artística, intelectual, científica e de comunicação, que está prevista no inciso IX do artigo 5º da Constituição Federal¹³¹. Se este for o caminho, esta atividade estaria imunizada de censura ou licença.

Neste item serão analisadas as duas possibilidades de regulação e proteção das publicações divulgadas nas plataformas das mídias sociais. Na primeira hipótese, em que incide a liberdade de manifestação do pensamento, há um elemento importante a ser estudado: o anonimato e seu sentido constitucional. Na literatura constitucional brasileira, considera-se, em geral, que este é um limite expresso à esta liberdade que exclui do seu âmbito de proteção as manifestações de pensamentos anônimas.¹³² O pressuposto deste entendimento é a pressuposição de que aquele que se manifesta de forma anônima tem algo a esconder e, por isso, não quer enfrentar o público. O anonimato é vedado, assim, com base em argumentos de cunho moral: aquele que manifesta uma opinião sem se identificar é identificado como alguém que comete um ato criminoso ou que manifesta uma opinião “errada”, que não é socialmente aceita. Nesse sentido, tal vedação tem o objetivo de combater o crime, aceitando apenas os debates transparentes.¹³³

Se esta compreensão for aplicada para os conteúdos publicados nas plataformas das mídias sociais, não seriam aceitos aqueles conteúdos publicados de forma anônima. É verdade que, considerando o avanço tecnológico, dificilmente haverá uma publicação completamente anônima nestes sites. Isso porque é possível o rastreamento do ID do aparelho em foi logado o perfil responsável pela publicação do conteúdo, assim como a utilização de um nome de usuário diferente (pseudônimo) para realizar a publicação em uma plataforma não permite um grau grande de anonimato. Porém, caso seja utilizado um

¹³⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (BRASIL. Constituição Federal de 5 de outubro de 1988).

¹³¹ De acordo com o dispositivo: IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

¹³² Por muitos, nessa linha de pensamento, ver SARMENTO, Daniel. Comentários ao artigo 5º, inciso IV, in: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; Sarlet, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 260.

¹³³ Criticando essa interpretação e buscando apresentar propostas de solução alternativas, ver MARTINS, Leonardo. LAURENTIIS, Lucas Catib de. FERREIRA, Felipe Grizotto. Liberdade de manifestação do pensamento e anonimato: funções e limites dogmáticos na Constituição Federal. **Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v.1, n.2, p. 78, 2021.

software que não permita o rastreamento do aparelho, o grau de anonimato será maior, havendo uma possibilidade concreta de aplicação desse limite constitucional.¹³⁴

Neste ponto é preciso fazer algumas distinções. Primeiro, é necessário reconhecer que, nos casos em que o usuário possui o intuito de publicar um conteúdo de forma anônima, não necessariamente o anonimato é utilizado com a finalidade de cometer ato delituoso. Existem blogs e páginas em tais redes sociais destinadas ao debate de assuntos específicos, muitas vezes delicados e que envolvem tabus. Essa medida tem um sentido legítimo, pois muitas vezes os usuários só se encorajam a trazer seus anseios sobre tais assuntos quando estão “protegidos” pelo anonimato. Nessas situações, não sendo verificada a presença de dano a imagem ou à honra de outrem, não será possível sua identificação e um eventual julgamento daquilo que foi falado por ele. Por outro lado, há casos em que o anonimato ou o pseudônimo são utilizados para que usuários publiquem conteúdos violentos, sendo encorajados pela ocultação da sua identidade.¹³⁵

Em paralelo, no âmbito das mídias sociais, é possível afirmar que, na hipótese de sua regulação ser realizada através da aplicação da liberdade de manifestação do pensamento e com a imposição da vedação direta e imediata da vedação do anonimato, este limite poderá causar uma consequência altamente indesejável sob a perspectiva democrática: a ocorrência de *chilling effect* (efeito resfriador) do debate realizado nas redes de plataformas sociais. Isso pode ocorrer se aqueles usuários que utilizavam o anonimato, ou pseudônimos, para publicar conteúdos que não publicariam por medo do julgamento social, deixarem de manifestar seu pensamento em virtude da ameaça sancionatória, seja ela social ou jurídica. Por outro lado, a imposição desse limite também pode causar um impacto positivo em relação àqueles usuários que utilizam desses artifícios para publicar conteúdos ofensivos e até mesmo criminosos.

Por outro lado, se for aplicado o inciso IX, do artigo 5º, da Constituição Federal na regulação dos sites das redes sociais, é possível afirmar que, em termos jurídicos, dificilmente um usuário ou a própria plataforma da mídia social será responsabilizada pela violação da liberdade de expressão. Isso porque esse dispositivo afasta, de forma categórica, a imposição de medidas de censura ou licença, do que decorreria a completa

¹³⁴ Tratando desta possibilidade, entre outros MARTINS, Leonardo. LAURENTIIS, Lucas Catib de. FERREIRA, Felipe Grizotto. Liberdade de manifestação do pensamento e anonimato: funções e limites dogmáticos na Constituição Federal. **Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v.1, n.2, p. 85, 2021.

¹³⁵ MARTINS, Leonardo. LAURENTIIS, Lucas Catib de. FERREIRA, Felipe Grizotto. Liberdade de manifestação do pensamento e anonimato: funções e limites dogmáticos na Constituição Federal. **Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v.1, n.2, p. 83, 2021.

impossibilidade de se impedir a publicação ou a divulgação de conteúdos nas redes sociais. Aliada com a imunização de responsabilidade presente no artigo 19 do Marco Civil da Internet, esse entendimento gera um efeito semelhante ao que se verifica na Sessão 230 do Lei norte-americana de comunicação decente (Communications Decency Act), de acordo com o qual a veiculação de conteúdo produzido por terceiro não pode gerar a responsabilização da rede social.

Isso fortaleceria o livre debate nas redes, mas também representa uma distorção do sentido do dispositivo constitucional, que, não por acaso, se destina às manifestações intelectuais de cunho intelectual, artístico, científico e sua comunicação. Veja-se que o dispositivo fala em “atividade intelectual (...) de comunicação”, do que resulta que as atividades que não gerem novos conteúdos, mesmo que decorrente da composição de informações já disponíveis ao público (produção intelectual), não pode ser abarcada pela proteção do inciso.¹³⁶

Fora isso, os tipos específicos de manifestações de pensamento listadas pelo dispositivo são as principais responsáveis pela publicação de ideias polêmicas e controversas, que muitas vezes extrapolam o senso comum e podem desagradar o Estado¹³⁷. Por esse motivo, as ideias propagadas por estes grupos devem ser livres de censuras e licenças, isto é, devem ser livres de quaisquer amarras e limites. Assim, na aplicação desta norma para a regulação das mídias sociais, praticamente todos os conteúdos publicados nessas plataformas seriam permitidos e dificilmente algum conteúdo seria bloqueado ou excluído, justamente pela falta de imposição de limites constitucionais a este direito fundamental. A utilização das liberdades previstas no inciso IX da Constituição Federal brasileira como forma de regulação das mídias sociais causaria, na realidade, o efeito de falta de regulação.

4.1.2. Liberdade de comunicação social (art. 220, CF)

¹³⁶ Em uma outra interpretação, este dispositivo tutelaria o sujeito passivo do processo comunicacional, ou seja, o público, que tem interesse no acesso à informação já tornada disponível ao público (MARTINS, Leonardo. Lei de imprensa entre limite e configuração da ordem constitucional da comunicação social, in: _____. **Liberdade e estado constitucional**, São Paulo: Atlas, 2012, p. 250). Mesmo que se adote este sentido do dispositivo, dificilmente as plataformas de redes sociais seriam enquadradas no âmbito de proteção desta norma, pois o público não deixa de ter a acesso a uma informação quando a plataforma deixa de divulgá-lo. O que ocorre, neste caso, é simplesmente a modificação do caminho de acesso ao conteúdo, que continua disponível como fonte de informação.

¹³⁷ PEREIRA, Cristiano Padial Fogaça. A Liberdade Artística é “Sagrada”? Uma análise acerca dos limites da liberdade de expressão artística. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, n. 32, p. 63, maio/ago 2017.

Um caminho alternativo para a regulação de mídias sociais está nas previsões constitucionais que tratam da liberdade de comunicação social, prevista no artigo 220 da Constituição Federal.¹³⁸ O dispositivo busca proteger a livre criação, expressão e a circulação de informações, sob a perspectiva institucional e objetiva. Trata-se aqui da figura da “imprensa livre”, vista como processo, ou veículo, que produz informação de forma contínua e profissional. Essa interpretação se confirma pela ênfase dada pelo dispositivo aos “veículos” de comunicação: trata-se, assim, neste caso, de tutelar não só a livre circulação de conteúdos e ideias, mas também de garantir que as mídias sociais sejam garantidas e organizadas de forma institucional e permanente.¹³⁹

Como jornalismo entende-se que é a profissão que cria e media relações que permite a concretização do direito à informação da sociedade. Nesse sentido, o jornalismo realiza “processo de produção de mensagens culturais relativas a fatos, ideias e situações atuais, interpretados à luz do interesse coletivo e transmitidos periodicamente à sociedade, com objetivos de difundir conhecimentos e orientar a opinião pública (...)”.¹⁴⁰ Sendo assim, esta liberdade analisada volta-se para a proteção da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, especialmente daqueles indivíduos ou veículos responsáveis pela difusão de informações e ideias, como os jornalistas e os meios de comunicação como rádio e televisão.

¹³⁸ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

¹³⁹ Nesse mesmo sentido, ver PICCELLI, Roberto Ricomini. **Regime constitucional das mídias digitais**, São Paulo: Martins Fontes, 2022.

¹⁴⁰ ANTONIOLI, Maria Elisabete. ANDRADE, Cassio Calvacante. O interesse público e a liberdade de imprensa como fundamentos da comunicação jornalística democrática. **Comunicação & Inovação**, PPGCOM/USCS, v. 18, n.37, p. 23, 2017.

A liberdade de comunicação inaugurou na Constituição Federal de 1988 um novo dever do Estado, de acordo com o qual que este deve garantir a liberdade dos jornalistas e dos meios de comunicação para que estes consigam difundir ideias e informações para a sociedade. Este movimento inaugurado pela nova Constituição possui grande relevância para a concretização dos ideais democráticos na sociedade brasileira atual, principalmente quando se analisa o período anterior, que foi marcado por opressões e limitações impostas pelo próprio Estado aos jornalistas e aos meios de comunicação.

Nessa toada, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Brito, relator da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 130, na qual foi analisada a recepção da Lei de imprensa do regime militar brasileiro de 1964,¹⁴¹ afirmou que a imprensa é o órgão por meio do qual se comunica, transmite, repassa, divulga e revela “a) informações ou notícias de coisas acontecidas no mundo do ser, que é o mundo das ocorrências fáticas; b) o pensamento, a pesquisa, a criação e a percepção humana em geral, estes situados nos escaninhos do nosso cérebro, identificado como a sede de toda inteligência e de todo sentimento da espécie animal a que pertencemos”.¹⁴²

Vê-se que, no entendimento do ministro Relator desta arguição, a imprensa exerce uma modalidade especial de comunicação, uma vez que se dirige ao público em geral, sendo caracterizada como instância de comunicação de massa, que visa influenciar seus espectadores e no sentido da formação da opinião pública.¹⁴³ Nesse sentido, a liberdade à comunicação social é entendida como o direito que compreende atos de expressão e de informação, mas que também possui uma titularidade institucional e coletiva.¹⁴⁴

Para que esta liberdade seja efetivamente garantida, o Estado deve intervir de modo a permitir que todos os destinatários tenham acesso a fontes plurais de informação, independentemente dos posicionamentos políticos ou ideológicos. Com esse fim, o

¹⁴¹ Considerando que a “não recepção” é uma forma de revogação da lei (com a diferença que, neste caso, a norma revogadora é a própria Constituição), é duvidoso que se possa atribuir, via disposição legal, o este poder a um órgão judicial (STF). Nesse sentido, com críticas à regulamentação legal da ADPF, ver: LAURENTIIS, Lucas Catib. Justiça de transição no Supremo Tribunal Federal: os mistérios da Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 153, **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais**, n. 64, p. 209-252, 2014.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130**, Relator Ministro Carlos Ayres Brito, julgada em 30/04/2009, voto do relator, p. 11.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130**, Relator Ministro Carlos Ayres Brito, julgada em 30/04/2009, voto do relator, p. 12.

¹⁴⁴ STROPPIA, Tatiana. **Plataformas Digitais e moderação de conteúdos**. 1 ed. Belo Horizonte: Forum, 2021, p. 40.

Estado deve regular a concentração de meios midiáticos e excluir os obstáculos para a formação de uma comunicação que possibilite a liberdade e a pluralidade.¹⁴⁵

No entanto, a aplicação dessa liberdade com a finalidade de regular as mídias sociais não parece ser inteiramente adequada. Como exposto no capítulo 2, o modelo de negócio dos sites das redes sociais é distinto dos outros modelos já vistos. Embora este modelo possua algumas similaridades com os veículos tradicionais de comunicação (Rádio e Televisão) e mesmo que as mídias sociais (Facebook e Twitter) também tenham o poder de interferir na opinião pública e sejam responsáveis pela difusão de informações e ideias, elas não se confundem com os meios de comunicação tradicionais.

De fato, as mídias sociais possuem outras características além das mencionadas acima. Por exemplo, elas permitem a exposição de redes sociais pré-existentes, sendo possível também a comunicação entre particulares, não somente a comunicação destinada a sociedade. Aliás, a principal forma de comunicação identificada nas mídias sociais ocorre entre particulares (os usuários), que não só criam o conteúdo da mensagem a ser disseminada, mas também selecionam o público a que ela se destina. Isso não ocorre com as mídias sociais convencionais, em que o alcance da mensagem atinge destinatários incertos e indeterminados. Nas redes de mídias sociais, por outro lado, os sujeitos se comunicam com outros usuários que pertencem à sua rede, que, muitas vezes, são seus conhecidos ou membros do seu núcleo social.

Soma-se a isso o fato de o modelo de negócios dos dois seguimentos não ser equivalente. Jornais, revistas e outros meios de divulgação de notícias, de fato, vivem de sua credibilidade e da confiança depositada pela opinião pública nas informações por eles divulgadas. As redes sociais, por outro lado, vivem do engajamento de seus usuários, independente da veracidade ou confiabilidade das informações disseminadas em seus sites.¹⁴⁶ Portanto, a aplicação da liberdade de comunicação social prevista pelo artigo 220 da Constituição Federal como forma de regular as mídias sociais não é completamente adequada, uma vez que tais plataformas não são similares aos veículos de comunicação que esta norma constitucional menciona.

¹⁴⁵ STROPPIA, Tatiana. **Plataformas Digitais e moderação de conteúdos**. 1 ed. Belo Horizonte: Forum, 2021, p. 46.

¹⁴⁶ Em sentido contrário, afirmando que o as redes de mídias sociais exercem a mesma função das mídias tradicionais, com a diferença que, no primeiro caso, a seleção de conteúdos ocorre pela ação de algoritmos: PICCELLI, Roberto Ricomini. **Regime constitucional das mídias digitais**, São Paulo: Martins Fontes, 2022, p. 110.

Como alternativa para a alocação constitucional da atividade realizada pelas redes sociais, resta a possibilidade de se considerar que o elemento predominante de sua atuação não está centrado na difusão de informações, mas no ganho econômico. Se isso é certo, parece ser possível alocar a atividade exercida por essas redes na liberdade protegida pelo inciso XIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, de acordo com o qual “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. De fato, ao que parece, neste caso, o elemento econômico da atividade sobressai: mesmo que a atividade exercida pelas plataformas envolva a difusão de informações e mesmo que ocorra uma seleção de informações de acordo com as preferências do usuário, essa atividade não tem a finalidade de contribuir com o debate público democrático, e a seleção dos conteúdos só tem o objetivo de criar mais engajamento e, com isso, coletar mais dados pessoais.

Disso sobressai, mais uma vez, a importância de se criar uma forma de regulação adequada das atividades das plataformas, por meio da qual, ao mesmo tempo, se crie um ambiente adequado para o desenvolvimento desta atividade econômica, mas que não atinja, de modo reflexo, os usuários das redes. Dessa forma, passaremos ao estudo de uma possível regulação infraconstitucional dos sites das redes sociais, de acordo com as regras estabelecidas pelo Marco Civil da Internet.

4.2.Regulação infraconstitucional - Marco Civil da Internet

Seguindo a tendência legislativa brasileira de criar “microssistemas” jurídicos, em 2014 foi publicada a Lei nº 12.965/2014, chamado de Marco Civil da Internet. Esta Lei foi criada para estabelecer os princípios, as garantias, os direitos e os deveres para o uso da Internet no Brasil. O contexto em que surgiu a norma é importante para a compreensão de seu conteúdo.

Com o surgimento comercial da Internet nos anos 90, havia o entendimento no senso comum de que este espaço virtual seria um local em que as regras jurídicas não teriam aplicação. O mundo virtual seria um espaço que cria as suas próprias regras e que não se sujeita aos modelos “arcaicos” do mundo do direito. Com o passar dos anos e o rápido desenvolvimento do ambiente virtual foi, de fato, observada a dificuldade de determinadas normas serem aplicadas nesse ambiente, principalmente considerando que nele os atos praticados em sua maioria possuem amplitude global, o que desafia os limites

da territorialidade das normas serem insuficientes para resolver os conflitos ali estabelecidos.¹⁴⁷

Diante dessas dificuldades, o Congresso Nacional brasileiro identificou a necessidade de se criar uma Lei que dispusesse sobre as normas específicas que devem ser aplicadas na Internet. Dessa forma, em 2011 foi proposto o Projeto de Lei nº 2.126/2011 convertido na Lei nº 12.965/2014. Durante o processo legislativo, foi discutido o temor da restauração da censura no Brasil com a eventual proibição da veiculação de conteúdos em páginas divulgadas em ambiente virtual. Por isso, logo no artigo 2º desta Lei¹⁴⁸ foi prevista liberdade de expressão como fundamento do uso da Internet no Brasil e no inciso I, do artigo 3º¹⁴⁹, este mesmo direito fundamental é disposto como princípio norteador para aplicação das regras ali estabelecidas.¹⁵⁰

Ainda no campo dos princípios norteadores do uso da Internet no Brasil, o Marco Civil previu (i) a proteção da privacidade; (ii) a proteção dos dados pessoais, (iii) a preservação e garantia da neutralidade de rede; (iv) a preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; (v) a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; (vi) a preservação da natureza participativa da rede; e (vii) liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.¹⁵¹

¹⁴⁷ FILHO, Eduardo Tomasevicius. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estudos Avançados**, v. 30, n. 86, p. 273, 2016.

¹⁴⁸ Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão (BRASIL. Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acessado em: 30 de outubro de 2022).

¹⁴⁹ 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;

BRASIL. Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acessado em: 30 de outubro de 2022.

¹⁵⁰ FILHO, Eduardo Tomasevicius. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estudos Avançados**, v. 30, n. 86, p. 273, 2016.

¹⁵¹ Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

VII - preservação da natureza participativa da rede;

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

O direito à privacidade recebeu tratamento específico pelo artigo 7º, do Marco Civil da Internet, assegurando os direitos dos usuários à inviolabilidade da sua intimidade e vida privada, bem como à inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas realizadas no ambiente virtual. Tais previsões foram de extrema importância e atualidade, considerando o contexto em que a Lei foi publicada, pois em 2013 os Governos brasileiro e alemão haviam sido vítimas de espionagem pela NSA (Agência Nacional de Segurança) dos Estados Unidos, o que impulsionou a criação pelos dois governos de um projeto de resolução denominado “O direito à privacidade virtual”, que foi encaminhado à ONU¹⁵² e influenciou o conteúdo do Marco Civil da Internet.

Ademais, esta Lei trouxe elementos para não permitir o cometimento de atos ilícitos tanto do aspecto civil como do criminal, como é o caso do artigo 13 que exigiu do administrador de sistema autônomo a guarda dos registros de conexão, sob sigilo, (em ambiente controlado e de segurança) pelo prazo de 1 ano¹⁵³. Dessa forma, todas as ações realizadas dentro da Internet são registradas e tais registros são guardados pelo prazo de 1 ano¹⁵⁴. Cabe ressaltar que, de acordo com o Marco Civil da Internet, o administrador de sistema autônomo é “a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País”. Portanto, nos termos do Marco Civil da Internet, no âmbito dos sites das redes sociais, estas plataformas não são as responsáveis pela guarda desses registros.

Além disso, esta Lei limitou a responsabilização desses sites, denominados de “provedores de aplicações de internet”, por meio do seu artigo 19, que afasta a responsabilidade em razão da divulgação de conteúdo publicado por terceiro dentro do

BRASIL. Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

¹⁵² VALLONE, Giuliana. ONU aprova resolução proposta por Brasil e Alemanha contra espionagem. **Folha de São Paulo**. Nova York, 26 de novembro de 2014. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/mundo/2014/11/1553381-onu-aprova-resolucao-proposta-por-brasil-e-alemanha-contra-espionagem.shtml>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

¹⁵³ Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento. (BRASIL. Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 30 de outubro de 2022).

¹⁵⁴ FILHO, Eduardo Tomasevicius. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estudos Avançados**, v.30, n. 86, p. 274, 2016.

site.¹⁵⁵ A responsabilização dessas plataformas é permitida apenas quando o site “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.”¹⁵⁶

Assim, para fins de regulamentação das mídias sociais no Brasil, caso sejam aplicadas as regras estabelecidas pelo Marco Civil da Internet, estas plataformas seriam responsabilizadas pelos conteúdos ilícitos publicados pelo usuário somente caso haja uma ordem judicial específica que exija a retirada do conteúdo em determinado prazo e o site não tenha cumprido com tal exigência. Ou seja, a responsabilidade apenas seria possível após um processo judicial e se a plataforma não realizar o que foi exigido pelo juiz. Desse modo, o Marco Civil da Internet prioriza a responsabilização do usuário pelo conteúdo ilícito publicado por ele e a plataforma da mídia sociais somente será responsável caso não cumpra a ordem judicial que lhe seja endereçada.

Nesse ponto, entende-se que o legislador optou por este tipo de responsabilização, pois caso fosse optada pela responsabilidade civil objetiva, haveria um incentivo ao monitoramento privado das comunicações online e à exclusão de conteúdos potencialmente, mas não necessariamente, ilícitos. Em paralelo, o modelo busca criar um

¹⁵⁵ Pende no Supremo Tribunal Federal o julgamento da constitucionalidade de tal dispositivo. O RE (n. 1037396) com repercussão geral tem como relator o Ministro Dias Toffoli e o tema de seu julgamento já é considerado como um dos problemas centrais da regulação do ambiente online (Tema 987: Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros).

¹⁵⁶ Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

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

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

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

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. (BRASIL. Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acessado em: 30 de outubro de 2022).

ambiente de previsibilidade nos negócios realizados no ambiente online, pois a exigência de monitoramento e a responsabilização preventiva das mídias sociais geraria maior imprevisibilidade no que diz respeito à responsabilização das plataformas pela publicação de conteúdos publicados em seu site. Isso criaria um obstáculo para inovação tecnológica além de representar uma intervenção indireta na privacidade do usuário, pois o site seria forçado a realizar um monitoramento dos conteúdos e ações dos usuários.¹⁵⁷

Ademais, essa opção legislativa não concede às mídias sociais o poder sobre decidir se um conteúdo deve ou não permanecer em seu site, excluindo a possibilidade de serem adotados critérios subjetivos para tal decisão. Isto possui um impacto importante, principalmente do ponto de vista da liberdade de expressão, uma vez que não há o risco de os conteúdos serem retirados meramente por opção do site da rede social, garantindo-se, assim, uma maior diversidade de conteúdo difundido dentro dessas plataformas. Nesse sentido, a judicialização dessas retiradas garante maior segurança para o desenvolvimento das atividades dos sites das redes sociais e garante maior legitimidade em uma eventual retirada.¹⁵⁸

No entanto, esta forma de responsabilização das plataformas não está isenta de críticas. A principal delas decorre da necessidade de envolvimento do Poder Judiciário para a solução do conflito, pois a morosidade das decisões judiciais permite o grande avanço dos danos causados pela difusão de conteúdos fraudulentos nessas plataformas, tendo em vista a rapidez de propagação dos conteúdos nos sites das redes sociais. Em determinadas situações seria, inclusive, difícil a reparação do dano meses após a publicação de determinado conteúdo violador do direito. Há também a crítica a respeito do critério dos “limites técnicos do serviço prestado”, que permite a alegação das plataformas no sentido de que a retirada do conteúdo estaria fora de tais limites, o que, na prática, acaba gerando a isenção de responsabilidade sobre o conteúdo publicado em seu site. Enfim, o artigo 19 dispõe que o juiz irá estipular um prazo para a retirada do conteúdo pelo provedor de aplicações da Internet, permitindo uma discricionariedade do juiz ao estipular tal prazo.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Nesse sentido, dentre outros, ver LEONARDI, Marcel. **Fundamentos do Direito Digital**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

¹⁵⁸ TEFFÉ, Chiara Spadacchini. MORAES, Marina Celina Bodin de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Revista de Ciências Jurídicas**, v. 22, n. 1, p. 132, 2017.

¹⁵⁹ TEFFÉ, Chiara Spadacchini. MORAES, Marina Celina Bodin de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Revista de Ciências Jurídicas**, v. 22, n. 1, p. 134, 2017.

Por outro lado, se forem publicados imagens, vídeos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado e o usuário que tiver o seu direito violado notificar a plataforma, mas esta não tiver excluído tais conteúdos, a mídia social poderá ser responsabilizada subsidiariamente por estas publicações¹⁶⁰. A diferença neste caso de responsabilização é que não é necessária ordem judicial que exija a retirada do conteúdo, tendo em vista que se trata aqui de conteúdos sensíveis e a própria Lei permite a responsabilização sem o prévio intermédio do poder judiciário.¹⁶¹ Enfim, a previsão de responsabilidade subsidiária é alvo de críticas, pois o artigo 21 estaria em desacordo com o artigo 942 do Código Civil¹⁶², que dispõe sobre a responsabilidade solidária nas situações em que ocorrerem ilícitos extracontratuais.¹⁶³

Com base no exposto, é possível observar que o Marco Civil da Internet possui elementos que regulamentam as mídias sociais no Brasil. Porém, tais elementos são iniciais e sucintos, sendo que as redes sociais estão sujeitas à responsabilidade mínima, diferentemente do que ocorreu na *NetzDG*. Ocorre que tais dispositivos do Marco Civil da Internet receberam críticas similares à *NetzDG*. Um exemplo é a questão do prazo para as retirarem os conteúdos de suas plataformas (enquanto na *NetzDG* é previsto o prazo de 24 horas ou 7 dias, no Marco Civil da Internet este prazo deve ser estabelecido pelo Poder Judiciário): mesmo que se considere o prazo mais curto da Lei alemã, fato é que o dano à imagem pode ocorrer, de forma irreversível, em período de algumas horas. E isso faz com que ambas as leis sejam inefetivas em sua proposta de regulação.

¹⁶⁰ Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

BRASIL. Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acessado em: 30 de outubro de 2022.

¹⁶¹ FILHO, Eduardo Tomasevicius. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estudos Avançados**, v. 30, n.86, p. 275, 2016.

¹⁶² Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932. (BRASIL. Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 30 de outubro de 2022).

¹⁶³ TEFFÉ, Chiara Spadacchini. MORAES, Marina Celina Bodin de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Revista de Ciências Jurídicas**, v. 22, n. 1, p. 139, 2017

Considerando os pontos positivos e negativos de cada um desses modelos regulatórios e tendo em conta que o modelo de regulação criado pelo Marco Civil da Internet já foi implantado no Direito brasileiro há algum tempo, seria possível questionar se realmente é necessária a importação de mais uma norma criando um novo “microssistema” de regulação da atuação das redes das mídias sociais no Brasil. A reforma dos dispositivos do Marco Civil não bastaria para aprimorar tal regulação no país? Fato é que este não parece ser o caminho optado pelo Legislador brasileiro, que parece ver na *NetzDG* uma espécie de bala de prata contra o fenômeno das fake News. Por isso, no item seguinte analisaremos os possíveis impactos do modelo da *NetzDG* no Brasil.

4.3. Possíveis Impactos do modelo da NetzDG no Brasil

A *NetzDG* foi uma das primeiras Leis no mundo a regular especificamente as mídias sociais e, por isso, influenciou a criação de Leis em outros países com o mesmo objetivo.¹⁶⁴ No Brasil não foi diferente. Em 2020, o Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE) propôs a criação da Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, popularmente chamada “Lei das Fake News”. Logo em seu artigo 1º diz a Proposta que esta Lei “estabelece normas, diretrizes e mecanismos de transparência de redes sociais e de serviços de mensageria privada através da internet, para desestimular o seu abuso ou manipulação com potencial de dar causa a danos individuais ou coletivos”.¹⁶⁵

Como a casa iniciadora deste Projeto de Lei foi o Senado Federal, a proposta foi discutida e alterada pelos Senadores, sendo aprovada em julho de 2020 e foi encaminhada à Câmara dos Deputados. Atualmente, o Projeto ainda se encontra nessa Casa legislativa e tem gerado grandes debates e o relator da matéria (Deputado Orlando Silva) apresentou recentemente um texto substitutivo, solicitando ainda a tramitação com urgência do Projeto. Entre as alterações propostas pelo relator está a proibição do bloqueio de usuários

¹⁶⁴ Sobre a declaração de inconstitucionalidade da lei francesa que se inspirou na *NetzDG*, ver HELDT, Amélie, *Loi Avia: Frankreichs Verfassungsrat kippt Gesetz gegen Hass im Netz*, **JuWissBlog**, n. 96/2020 v. 23.6.2020, disponível em <https://www.juwiss.de/96-2020/>, acesso em 2 de novembro de 2022.

¹⁶⁵ BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 2630/2020, proposto pelo Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/141944>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

em contas oficiais de políticos.¹⁶⁶ Após a tramitação na Câmara dos Deputados, caso o Projeto de Lei seja aprovado com alterações, ele deverá retornar ao Senado para deliberação final sobre as alterações. Na hipótese de serem aprovadas tais alterações, o Projeto será enviado para a sanção ou veto do Presidente da República.

O texto aprovado pelo Senado Federal prevê que esta Lei deve considerar os princípios e garantias dispostos na Lei de Eleições (Lei nº 9.504/97), no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014 e na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018). Por conta disso, as regras estabelecidas por esta lei serão pautadas pelos princípios (i) da liberdade de expressão e de imprensa; (ii) garantia dos direitos de personalidade, da dignidade, da honra e da privacidade do indivíduo; (iii) respeito ao usuário em sua livre formação de preferências políticas e de uma visão de mundo pessoal; (iv) responsabilidade compartilhada pela preservação de uma esfera pública livre, plural, diversa e democrática; (v) garantia da confiabilidade e da integridade dos sistemas informacionais; (vi) promoção do acesso ao conhecimento na condução dos assuntos de interesse público; (vii) acesso amplo e universal aos meios de comunicação e à informação; (viii) proteção dos consumidores e (ix) transparência nas regras para veiculação de anúncios e conteúdos pagos.

Nessa toada, os artigos 6 ao 12 deste Projeto de Lei se preocupam em não permitir a criação de contas falsas ou robotizadas, que são utilizadas para disseminar conteúdos em grande quantidade e velocidade.¹⁶⁷ Inclusive, para os serviços de mensageria privada,

¹⁶⁶ Para maiores informações sobre o PL, ver CÂMARA DOS DEPUTADOS, **Relator apresenta nova versão do projeto sobre fake News**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/863031-relator-apresenta-nova-versao-do-projeto-sobre-fake-news-conheca-o-texto/>, acesso em 1 de novembro de 2022.

¹⁶⁷ Como exemplo, o texto do artigo 6º do Projeto de Lei nº 2630/2020 que ilustra a forma de regulação das mídias sociais proposta no Brasil: Art. 6º Com o objetivo de proteger a liberdade de expressão e o acesso à informação e fomentar o livre fluxo de ideias na internet, os provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada, no âmbito e nos limites técnicos de seu serviço, devem adotar medidas para:

I - vedar o funcionamento de contas inautênticas;

II - vedar contas automatizadas não identificadas como tal, entendidas como aquelas cujo caráter automatizado não foi comunicado ao provedor de aplicação e, publicamente, aos usuários; e

III - identificar todos os conteúdos impulsionados e publicitários cuja distribuição tenha sido realizada mediante pagamento ao provedor de redes sociais.

§ 1º As vedações do caput não implicarão restrição à manifestação artística, intelectual ou de conteúdo satírico, religioso, político, ficcional ou literário, ou a qualquer outra forma de manifestação cultural, nos termos dos arts. 5º, inciso IX, e 220 da Constituição Federal.

§2º A identificação de conteúdos impulsionados e publicitários de que trata este artigo deve ser disponibilizada de maneira destacada aos usuários e mantida inclusive quando o conteúdo ou mensagem for compartilhado, encaminhado ou repassado de qualquer maneira.

§3º Os provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada devem desenvolver procedimentos contínuos para melhorar sua capacidade técnica para o cumprimento das obrigações estabelecidas neste artigo.

o Projeto de Lei determina que os provedores de tais serviços devem limitar o número de encaminhamentos de uma mesma mensagem e limitar o número de usuários em um grupo.¹⁶⁸

Porém, não há na Lei nenhuma disposição sobre o teor dos conteúdos que são publicados nas redes sociais, sendo previsto apenas no artigo 12 que os provedores de aplicação de internet devem garantir o direito de acesso à informação e à liberdade de expressão de seus usuários nos processos de elaboração e aplicação de seus termos de uso. Ou seja, o projeto de lei não determina como deve ser realizada a regulação dos conteúdos, diferentemente do que ocorre na *NetzDG*, que indica quais conteúdos não devem ser publicados e dispõe sobre os prazos em que estes conteúdos devem ser retirados ou bloqueados.

De um lado, o Projeto de Lei brasileiro garante maior liberdade aos sites de redes sociais para que estes elaborem as suas próprias regras baseadas nos direitos acima expostos. A Lei alemã é mais incisiva e estabelece como as redes sociais devem agir. Mas, em ambos os casos podem haver consequências negativas: na regulação brasileira, ao deixar a tomada de decisão exclusivamente com os sites, estes podem criar regras mínimas e pouco eficazes. Já na regulação alemã, como já se observa, a criação de regras rígidas “engessa” a atividade das redes sociais, de modo que estas regras não sejam aplicadas na prática, o que leva ao mesmo resultado da Proposta brasileira: falta de eficácia da legislação.

§4º Os provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada devem adotar medidas técnicas que viabilizem a identificação de contas que apresentem movimentação incompatível com a capacidade humana, devendo informá-las em seus termos de uso ou outros documentos disponíveis aos usuários.

§5º Os provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada desenvolverão políticas de uso que limitem o número de contas controladas pelo mesmo usuário. BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 2630/2020, proposto pelo Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

¹⁶⁸ Art. 9º Os provedores de serviços de mensageria privada devem estabelecer políticas de uso destinadas a:

I - projetar suas plataformas para manterem a natureza interpessoal do serviço;

II - limitar o número de encaminhamentos de uma mesma mensagem a usuários ou grupos, bem como o número máximo de membros por grupo;

III - instituir mecanismo para aferir consentimento prévio do usuário para inclusão em grupos de mensagens, listas de transmissão ou mecanismos equivalentes de encaminhamento de mensagens para múltiplos destinatários; e

IV - desabilitar, por padrão, a autorização para inclusão em grupos e em listas de transmissão ou mecanismos equivalentes de encaminhamento de mensagens para múltiplos destinatários. BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 2630/2020, proposto pelo Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

Embora existam diferenças entre os dois textos, há também semelhanças entre eles. Pode-se afirmar, por exemplo, que o Projeto de Lei brasileiro foi influenciado pelas regras estabelecidas pela *NetzDG* em muitos pontos. Uma delas está no seu alcance: em ambos os textos está disposto que apenas os sites das redes sociais com mais de 2 milhões de usuários no Brasil ou na Alemanha estão sujeitos às regras de regulação.¹⁶⁹ Há também semelhança na exigência de os sites das redes sociais produzirem relatórios periódicos, que informem como foi realizada a moderação de conteúdos das plataformas e quais decisões foram tomadas pelos sites.¹⁷⁰ Essa é uma aproximação relevante, pois indica que a Proposta brasileira busca fundamento no conceito alemão de “autoregulação regulada”, termo que inclusive foi mencionado pelo Senador Antônio Anastasia no parecer que embasa o Projeto Substitutivo, incorporado ao texto do PL aprovado pelo Senado.¹⁷¹

Ademais, as duas formas de regulação exigem que os provedores de redes sociais possuam sede no país (Brasil ou Alemanha) e nomeiem representantes legais no território nacional.¹⁷² Este ponto é bastante sensível, pois a maioria dos sites das redes sociais não possuem sede em nenhum desses países, sendo mais comum ter sede nos Estados Unidos. Tanto o Projeto de Lei brasileiro, como a *NetzDG* exigem que estes sites possuam sede nos seus países para que seja possível a responsabilização dessas plataformas.

¹⁶⁹ Art. 1º Esta Lei, denominada Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, estabelece normas, diretrizes e mecanismos de transparência para provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada a fim de garantir segurança e ampla liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento.

§ Esta Lei não se aplica aos provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada que ofereçam serviços ao público brasileiro com menos de 2.000.000 (dois milhões) de usuários registrados, para os quais as disposições desta Lei servirão de parâmetro para aplicação de programa de boas práticas, com vistas à adoção de medidas adequadas e proporcionais no combate ao comportamento inautêntico e na transparência sobre conteúdos pagos. BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 2630/2020, proposto pelo Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

¹⁷⁰ Art. 13. Os provedores de redes sociais devem produzir relatórios trimestrais de transparência, disponibilizados em seus sítios eletrônicos, em português, para informar os procedimentos e as decisões de tratamento de conteúdos gerados por terceiros no Brasil, bem como as medidas empregadas para o cumprimento desta Lei. BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 2630/2020, proposto pelo Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

¹⁷¹ Sobre o conceito de autoregulação regulada, dentre outros, ver MARANHÃO et ali, **REGULAÇÃO DE “FAKE NEWS” NO BRASIL**, Instituto LGPD, disponível em <https://institutolgpd.com/blog/regulacao-de-fake-news-no-brasil/>, acesso em 2 de outubro de 2022.

¹⁷² Art. 32. Os provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada deverão ter sede e nomear representantes legais no Brasil, informações que serão disponibilizadas em seus sítios na internet, bem como manter acesso remoto, a partir do Brasil, aos seus bancos de dados, os quais conterão informações referentes aos usuários brasileiros e servirão para a guarda de conteúdos nas situações previstas em lei, especialmente para atendimento de ordens de autoridade judicial brasileira. BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 2630/2020, proposto pelo Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

Embora o Projeto de Lei nº 2630/2020 trate de temas importantes no âmbito da regulação das mídias sociais, como a criação de contas robotizadas que tenham o objetivo da disseminação em massa de informações (muitas vezes, falsas), a proposta não prevê uma forma de regulação concreta desta atividade. Isso porque, o Projeto concede às próprias plataformas a responsabilidade de criar regras para a garantia dos direitos dos usuários, como por exemplo, da liberdade de expressão. Dessa forma, como afirmado anteriormente, o próprio legislador cria uma norma que prevê a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das mídias sociais, uma vez que estes sites deverão criar regras para garantir tais direitos dos seus usuários. Contudo, tendo em vista a falta de parâmetros concretos para a solução do conflito, é possível questionar como o PL contribui, de fato, para o aperfeiçoamento da regulação atual, tendo em vista que a norma hoje em vigor (Marco civil da internet) transfere justamente para o judiciário a função de aplicar, em concreto, os direitos em conflito destas situações.

Tudo somado, observa-se que o Legislador brasileiro incorre em alguns equívocos sérios neste caso. O primeiro deles é a importação acrítica de um modelo que não foi nem mesmo testado e discutido à exaustão no país de origem. Seria, de fato, que uma mudança tão sensível, em área de tamanha importância para a vida da sociedade contemporânea fosse acompanhada de uma pesquisa mais aprofundada e séria a respeito do modelo de origem, pesquisa essa que deveria indicar, em concreto e com precisão, os pontos fortes e fracos de tal modelo regulatório. Não é isso o que se verifica no debate brasileiro, em que o modelo alemão parece ser considerado como a tábua de salvação para o problema complexo da disseminação de fake news. Mas, como foi observado neste trabalho, não há solução fácil, nem completamente correta, para um problema tão complexo e o caso alemão da *NetzDG* é uma prova contundente disso.

O segundo problema é a falta de base empírica e de planejamento legislativo para o devido aperfeiçoamento da legislação brasileira em vigor, pois, ao invés de buscar aproveitar as experiências advindas da aplicação do MCI, e ao invés de colher dados e fundamentos empíricos, por meio dos quais se possa demonstrar o que de fato deve ser aprimorado e o que deve ser mantido, o Legislador parece pressupor que a mudança completa do modelo regulatório brasileiro fará com que, em um passe de mágica, todos os problemas gerados pelo exercício descontrolado da liberdade de expressão em ambiente online irão desaparecer. Mais uma vez a Lei alemã e os Reports produzidos pelas próprias plataformas, relatórios esses que foram analisados não só neste trabalho,

mas também por especialistas da área,¹⁷³ são fatores que indicam que esta pressuposição legislativa não tem base empírica para a fundamentação desta proposta legislativa. Nesse sentido, pode-se dizer que a importação de mecanismos regulatórios da *NetzDG* no direito brasileiro, tal qual vem sendo proposto no PL 2630, pode ser considerada como um caso exemplar de ausência de técnica legislativa, ou de vício logístico.¹⁷⁴

Em suma, ao que parece, a criação de um modelo brasileiro de *NetzDG* não é nem correto sob o ponto de vista técnico, quanto menos aconselhável sob a perspectiva política. Além de propor a criação de uma Lei que regule as mídias sociais sem criar um modelo efetivo de regulação, os parlamentares estão insistindo nos mesmos erros dos legisladores alemães ao copiarem, de forma acrítica elementos da *NetzDG*, sendo que, caso tal projeto de lei seja aprovado e sancionado com o texto atual, o efeito pode ser o mesmo que o que hoje ainda se verifica na Alemanha: baixa aplicação dos dispositivos da *NetzDG*, Reports que indicam a falta de eficácia da lei, enfim e pior ainda, a persistência do discurso preconceituoso e xenofóbico na sociedade.¹⁷⁵ Se isso é certo, a implantação da *NetzDG* no Brasil pode não só ser uma resposta incorreta sob o ponto de vista jurídico, mas também se mostrar como um “cavalo de troia”, por meio do qual se promete a eliminação de algo (fake news e discurso de ódio), mas que, na verdade, se mostra como só mais um dos elementos para manter o status quo exatamente da forma como está.

¹⁷³ Neste sentido, ver, sobretudo HELDT, Amélie. Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports. **Probleme und Potenziale des NetzDG**, Nr. 48, p. 30-44, 2019.

¹⁷⁴ Acerca das características desta espécie de vício do processo legislativo, ver LAURENTIIS, Lucas de; DIAS, Roberto. A qualidade legislativa no direito brasileiro: teoria, vícios e análise do caso do RDC. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 52, n. 208, p. 167-187, out./dez. 2015.

¹⁷⁵ Em recente estudo comandado por pesquisadores da Universidade de Leibzig, constatou-se o aumento de 18% de pessoas afetadas por discurso de ódio difundido na internet em relação ao período de dois anos atrás: <https://www.praeventionstag.de/nano.cms/news/details/6792>, acesso em 2 de novembro de 2022.

Conclusão

A pesquisa se propôs a analisar se a regulação das mídias sociais impõe limites à liberdade de expressão, sob a perspectiva dos direitos constitucionais brasileiro e alemão. Para isso, foi adotado como referencial teórico a teoria da proteção da liberdade de expressão desenvolvida no direito europeu, principalmente na Alemanha. Além disso, foram adotados os métodos procedimentais de revisão bibliográfica e comparativo. O primeiro consistiu na seleção de textos científicos sobre o tema da liberdade de expressão e seus limites, já o segundo compreendeu o confronto entre os direitos constitucionais brasileiro e alemão, do ponto de vista da proteção da liberdade de expressão.

Nesse sentido, no primeiro capítulo, foram estudados os elementos da regulação das mídias sociais. Logo no seu início, foi apresentado o modelo de negócio das redes sociais, que possuem a capacidade de evidenciar redes sociais pré-existentes, bem como influenciar o comportamento dos indivíduos. Esta última característica é utilizada por muitos sites de redes sociais como forma de monetização e geração de lucro dessas plataformas. Ademais, neste capítulo foram analisados os possíveis e principais direitos fundamentais incidentes nessas relações: a liberdade de expressão e o direito à privacidade, intimidade e vida privada, neste último caso, foi explorada a possibilidade de aplicação da LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados).

Com base nisso, ao final do segundo capítulo, foram investigados os modelos alemão e brasileiro de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo que foi observado que o primeiro modelo influenciou o segundo. Nessa toada, o modelo alemão de eficácia horizontal dos direitos fundamentais teve como seu principal defensor o jurista Robert Alexy, que sofre duras críticas, principalmente por defender um modelo que se propõe a realizar muito mais do que efetivamente consegue. No Brasil, foram examinadas as decisões da Suprema Corte que demonstram a tendência de aplicação do modelo horizontal de eficácia dos direitos fundamentais, influenciado pelo modelo alemão, no direito brasileiro. Apesar disso, no âmbito da regulação das mídias sociais foi possível constatar que a legislação brasileira atual, principalmente o Marco Civil da Internet, não impõe grande responsabilidade aos sites das redes sociais, preterindo a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais neste âmbito.

Já no segundo capítulo, foi analisada a *NetzDG (Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken – Netzdurchsetzungsgesetz)*, criada na Alemanha em 2017 com o objetivo de regular as mídias sociais no país e restringir a

publicação de conteúdos de discurso de ódio e Fake News nessas plataformas. Dessa forma, o Governo alemão criou um modelo de regulação que atribui a responsabilidade aos sites das mídias sociais de excluir ou bloquear conteúdos considerados ilegais pela Lei. Ocorre que, este modelo sofreu inúmeras críticas, sendo a principal relacionada à falta de eficácia desta Lei, evidenciada pelos *reports* elaborados por estas plataformas, que mostram a ínfima aplicação desta Lei no dia a dia e a preferência da aplicação das próprias regras de cada plataforma.

Por fim, no último capítulo, foram estudadas as possíveis formas de regulação das mídias sociais através da legislação brasileira já existente, passando pelas normas constitucionais da liberdade de expressão e da liberdade de comunicação social, assim como pelas normas infraconstitucionais, como o Marco Civil da Internet. Ao final, foi realizado um comparativo entre a *NetzDG* e o Projeto de Lei nº 2630/2020, que pretende regular as mídias sociais no Brasil, evidenciando que ambos textos legais possuem semelhanças e diferenças.

Dessa forma, foi constatado nesta pesquisa que, a regulação das mídias sociais impõe limites à liberdade de expressão. Isso porque, tanto no Brasil, quanto na Alemanha, esta liberdade não é concebida de forma absoluta, sendo necessária sua limitação para que haja sua garantia. Assim, no âmbito das mídias sociais, a sua regulação impõe limites a esta liberdade. A grande questão é dimensão e amplitude desses limites, pois foi observado que a *NetzDG*, ao impor tais limitações, acaba violando a própria liberdade de expressão quando causa o *chilling effect* dos usuários. No Brasil, foi verificado que a proposta em criar regras para regular as mídias sociais no país incorre nos mesmos equívocos cometidos pelos legisladores alemães e não cria um modelo que efetivamente controle conteúdos criminais publicados nestas plataformas.

Sendo assim, é evidente a necessidade de haver uma regulação das mídias sociais que imponha limites à liberdade de expressão de modo que possibilite a garantia da própria liberdade, o desafio dos legisladores é encontrar o melhor modelo de regulação. Talvez a solução não esteja na criação de normas nacionais para resolver os problemas enfrentados pelos sites das redes sociais, como o discurso de ódio e Fake News, considerando que tais questões ocorrem em praticamente todos os países do mundo, devido a globalização dessas plataformas. Nesse sentido, a solução pode estar na criação de normas e parâmetros internacionais para a regulação das mídias sociais, como foi a tentativa da União Europeia nas Diretrizes do E-Commerce, assim haveria uma uniformização nas regras gerais de regulação. O fato é que tais questões e problemas

enfrentados nas mídias sociais estão longe de serem solucionados de imediato, sendo este apenas o início do debate sobre o tema.

Referências

- ANTONIOLI, Maria Elisabete. ANDRADE, Cassio Calvacante. O interesse público e a liberdade de imprensa como fundamentos da comunicação jornalística democrática. **Comunicação & Inovação**, PPGCOM/USCS, v. 18, n.37, p. 18-30, 2017.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: Para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, Tradutor: Dr. Luís Afonso Heck, p. 55-78, 1999.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2006. 624 p.
- ALEXY, Robert. La Institucionlización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático. **Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas**, Madrid, v. 08, Traducción: María Cecilia Añaños Meza. p. 21-41, 2000.
- BALKIN, M. 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, p. 1-68, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2890965, acesso em 01 de novembro de 2022.
- BETTIM, Daniele Antpack. **A violação de direitos na jurisprudência brasileira sob a perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. 2019. 142 p. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

BERNDT, M. Christian. SCHMITZ, Sandra. **The German Act on Improving Law Enforcement on Social Networks: A Blunt Sword?** Dezembro, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3306964> .

BIONI, Bruno. DIAS, Daniel. Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9., n.3, p. 1-23, 2020.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 7º tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2004. 96 p.

BOSCH, Nikolaus. Hassbotschaften und Hetze im Internet als Aufforderung zu Straftaten? **Juristische Ausbildung**, p. 381-389, 2016.

BLEYES-SIMON, Konrad, GROGI, Elda, CARLINI, Roberta, NENADIC, Iva, PALMER, Marie, PARCU, Pier Luigi, VERZA, Sofia, CUNHA, Mario Viola de Azevedo, ŽUFFOVÁ, Mária. **Monitoring Media Pluralism in the digital Era: Application of the Media Pluralism Monitor in the European Union, Albania, Montenegro, Republic of North Macedonia, Serbia & Turkey in the year 2020**, p. 17, 2021.

BOYD, Danah M. ELLISON, Nicole B. Social network sites: definition, history and scholarship. **Journal of computer-mediated communication**, Oxford, v. 13, out./2007.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: _____. **Staat, Verfassung, Demokratie**, Frankfurt am Main, Surkamp, 1991.

BURCOV, Audriy. **The Hundred-Page Machine Learning Book**. 1. ed. Quebec: Audiry Burcov, 2019, 160 p.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078/1990** (Código de Defesa do Consumidor). Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 2630/2020**, proposto pelo Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406/2002** (Código Civil) de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965/2014** (Marco Civil da Internet). Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acessado em 30 de outubro de 2022.

BRYAN, Alice Maldonade. LAURENTIIS, Lucas Catib de. A Inconstitucionalidade do Decreto 64.074: A proibição do uso de máscaras. **Revista brasileira de direitos e garantias fundamentais**, v.7, n.1, p. 83-100, 2021.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy, **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 1, p. 137 - 155, 5 out. 2016.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. LIMA, Renata Albuquerque. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 17, p. 11-23, 2015.

COHEN, Roni. Regulating Hate Speech: Nothing Customary about It. **Chicago Journal of International Law**: Vol. 15: No. 1, Article 11, 2014. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol15/iss1/11> .

EIFERT, Martin. Regulierung von Dynamik und dynamische Regulierung als netzwerkgerichtetes Recht – Eine Skizze am Beispiel von Hate Speech in sozialen Netzwerken. **Working Paper No. 4 des Forschungsinstituts für Recht und digitale Transformation**, 2019.

EIFERT, Martin. A Lei Alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (NetzDG) E a Regulação da Plataforma. **Fake News e Regulação**, cap. 6, 2020. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1197132532/capitulo-6-a-lei-alema-para-a-melhoria-da-aplicacao-da-lei-nas-redes-sociais-netzdg-e-a-regulacao-da-plataforma-fake-news-e-regulacao-ed-2020>, acesso em 01 de outubro de 2022.

FACEBOOK. NetzDG Transparency Report, p. 1-16, January, 2022. Disponível em: <https://about.fb.com/de/wp-content/uploads/sites/10/2022/01/NetzDG-EN.pdf>

FERREIRA, Felipe Grizotto. **Liberdade de expressão na era digital: desafios, perspectivas e aplicações**. Orientador: Lucas Catib de Laurentiis. 2021. 226 p.

Dissertação Mestrado - Programa de Mestrado em Direito do Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2021.

FILHO, Eduardo Tomasevicius. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estudos Avançados**, v. 30, n. 86, p. 269-285, 2016.

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. 2022. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUC-RS, Porto Alegre, 312 p., 2022.

HAUPT, Claudia. Regulating Hate Speech-Damned if you do and damned if you don't: lessons from comparing the German and U.S. approaches. **Boston University International Law Journal**, vol. 23:299, p. 300-333, 2005.

HELDT, Amélie. Terror-Propaganda online: Die Schranken der Meinungsfreiheit in Deutschland und den US. **NJOZ**, 2017.

HELDT, Amélie, Loi Avia: Frankreichs Verfassungsrat kippt Gesetz gegen Hass im Netz, **JuWissBlog**, n. 96/2020 v. 23.6.2020, disponível em <https://www.juwiss.de/96-2020/>, acesso em 2 de novembro de 2022.

HELDT, Amélie. Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports. **Probleme und Potenziale des NetzDG**, Nr. 48, p. 30-44, 2019.

HELDT, Amélie P. KETTERMANN, Matthias C. SCHULZ, Wolfgang. Probleme und Potenziale des NetzDG ein reader mit fünf HBI-Expertisen. **Arbeitspapiere des HBI**, Nr. 48, Hamburg: Nov. 2019.

JESTAEDT, Mathias. Teoria da Ponderação-altos e baixos. **Revista Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 8, n.19, p. 173-208, jan./abr., 2021.

JUNIOR, Dicesar Beches Vieira. Teoria dos Direitos Fundamentais: evolução histórico-positiva, regras e princípios. **Revista da Faculdade de Direito UERJ**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 73-96, 2015.

LANG, Andrej. Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Meinungsfreiheit. **Archiv des öffentlichen Rechts**, p. 221- 250, 2018.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de expressão: teorias, fundamentos e análises de casos. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 2260-2301, 2020.

LAURENTIIS, Lucas Catib. **A proporcionalidade no Direito constitucional**: origem, modelos e reconstrução dogmática. 1ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

LAURENTIIS, Lucas Catib. Muito barulho pra nada: problemas do procedimento de recepção dos tratados de direitos humanos com hierarquia constitucional. In: Renata Alvares Gaspar; Marcos José Alves Lisboa. (Org.). **Direito globalizado, ética e cidadania**. 1ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, v. II, p. 54-69.

LAURENTIIS, Lucas Catib. Liberdade de expressão em mutação: análise jurisprudencial e evolução da proteção constitucional, in: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; LEAL, Roger Stiefelmann, **A nova constituição de 1988?** São Paulo: Dia a Dia Forense, 2021, p. 45-71.

LAURENTIIS, Lucas Catib. Justiça de transição no Supremo Tribunal Federal: os mistérios da Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 153, **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais**, n. 64, p. 209-252, 2014.

LAURENTIIS, Lucas de; DIAS, Roberto. A qualidade legislativa no direito brasileiro: teoria, vícios e análise do caso do RDC. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 52, n. 208, p. 167-187, out./dez. 2015.

LEONARDI, Marcel. Fundamentos do Direito Digital, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARANHÃO et ali, **REGULAÇÃO DE “FAKE NEWS” NO BRASIL**, Instituto LGPD, disponível em <https://institutoigpd.com/blog/regulacao-de-fake-news-no-brasil/>, acesso em 2 de outubro de 2022.

MARTINS, Leonardo. LAURENTIIS, Lucas Catib de. FERREIRA, Felipe Grizotto. Liberdade de manifestação do pensamento e anonimato: funções e limites dogmáticos na Constituição Federal. **Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v.1, n.2, p. 75-111, 2021.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012

MENDES, Laura Schertel. FONSECA, Gabriel C. Soares da Fonseca. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 507-533, maio/ago. 2020.

MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (lei 13.709/2018). **Responsabilidade civil e novas tecnologias**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Foco, 2020.

NOVAKOSKI, André Luis Mota. NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Responsabilidade civil na LGPD: Problemas e Soluções. **CONPEDI Law Review**, Florianópolis, v. 6, n.1, p. 158-174, 2020.

OLIVEIRA, André Soares. GOMES, Patrícia Oliveira. Os limites da liberdade de expressão: Fake News como ameaça a democracia. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, v. 20. n. 2, p.93-118, 2019.

PEREIRA, Cristiano Padiã Fogaça. A Liberdade Artística é “Sagrada”? Uma análise acerca dos limites da liberdade de expressão artística. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, n. 32, p. 59-75, maio/ago 2017.

PICCELLI, Roberto Ricomini. **Regime constitucional das mídias digitais**, São Paulo: Martins Fontes, 2022.

POLLI, Fernando Gabbi. LUFT, Mayumi Iguchi. Sociedade de informação, ambiente virtual e código de defesa do consumidor: possibilidade de responsabilização das redes sociais em razão de danos causados aos usuários através da ótica consumerista. **Revista eletrônica do curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 7, n. 2, p. 133-155, 2012.

POSCHER, Ralf. Acertos, erros e equívocos de autocompreensão da teoria dos princípios. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 3, p. 3-36, 2015.

POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

PROJETO DE LEI Nº 2630/2020. Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE).
Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>, acesso em 01 de outubro de 2022.

RECUERO, Raquel. **Introdução à análise de redes online**. Editora da Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 12, 2017.

RECUERO, Raquel. **Introdução à análise de redes online**. 1. ed. Salvador: Editora da Universidade Federal da Bahia, 2017.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho, **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 77, n. 4, p. 60-101, 2011.

SARMENTO, Daniel. Comentários ao artigo 5º, inciso IV, in: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; Sarlet, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. **Espaço jurídico**, Joaçaba, v. 12, n.2, p. 325-344, jul./dez. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de Expressão e seus limites numa democracia: o caso das assim chamadas “Fake News” nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Fortaleza, v. 6, p. 541-558, 2005.

SILVA, Afonso. **Aplicabilidade da norma constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 270 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNSTEIN, Cass. **Going to extremes, how like minds unite and divide**. 1.ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. 199 p.

SUNSTEIN, Cass. Pornography and the first amendment. **Duke Law Journal**, Durham, v. 1986, n. 4, p. 589-627.

SCHULZ, W. Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG. **Probleme und Potenziale des NetzDG**, Nr. 48, p. 7-19, 2019.

STEINMETZ, Wilson; DE MARCO, Cristhian Magnus. A eficácia dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 134, p. 509-518, 2014.

STROPPIA, Tatiana. **Plataformas Digitais e moderação de conteúdos**. 1 ed. Belo Horizonte: Forum, 2021, 220 p.

TEFFÉ, Chiara Spadacchini. MORAES, Marina Celina Bodin de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Revista de Ciências Jurídicas**, v. 22, n. 1, p. 108-146, 2017.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 50, n. 200, p. 61-80, 2013.

TWITTER. **Twitter Netzwerkdurchsetzungsgesetzbericht**: Juli-Dezember 2021, p. 1-31, Januar 2022. Disponível em: <https://transparency.twitter.com/content/dam/transparency-twitter/netzdg/NetzDG-Jul-Dec-2021.pdf>.

TUCHTFELD, Erik. Marktplätze, soziale Netzwerke und die BVerfG-Entscheidung zum „III. Weg“. **Verfassungsblog: on matters constitutional**, 2019. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/marktplaetze-soziale-netzwerke-und-die-bverfg-entscheidung-zum-iii-weg/>.

WIMMERS, Jörg. HEYMANN, Britta. Zum Referentenentwurf eines Netzerkdurchsetzungsgesetzes (Netz DG)- eine kritische Stellungnahme. **Zeitschrift für das gesamte Medienrecht / Archiv für Presserecht**. Hamburg: 2017.

WISCHMEYER, Thomas. What is illegal offline is also illegal online' –The German Network Enforcement Act 2017. **Fundamental Rights Protection Online**, p. 21, Bielefeld, 2020.

YOUTUBE. **Removals under the Network Enforcement Law**. January, 2022. Disponível em: https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube?hl=en&items_by_submitter=period:Y2020H1&lu=items_by_submitter&reports_resulting_in_action=period:Y2019H2