



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 11 | N. 2 | MAIO/AGOSTO 2024 | ISSN 2359-5639



Liberdade de expressão na era digital: novos intermediários e censura por atores privados

Freedom of expression in the digital age: new intermediaries and censorship by private actors

LUIZ OTÁVIO REZENDE DE FREITAS^{I,*}

^I Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (Brasília-DF, Brasil)
juizluziotaviojdf@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-0948-0173>

FABRÍCIO CASTAGNA LUNARDI^{II,}**

^{II} Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Brasília-DF, Brasil)
fabriciolunardi@yahoo.com.br
<http://lattes.cnpq.br/2193609992569880>

PEDRO MIGUEL ALVES RIBEIRO CORREIA^{III,*}**

^{III} Universidade de Coimbra (Coimbra, Portugal)
pedro.futuros@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-3111-9843>

Recebido/Received: 06.02.2023 / 06 February 2023

Aprovado/Approved: 26.07.2024 / 26 July 2024

Resumo

O presente artigo tem o objetivo de investigar como os novos intermediários da expressão, a exemplo das plataformas de mídia online e das redes sociais, realizam

Abstract

This article aims to investigate how new intermediaries of expression - such as online media platforms and social networks - regulate speech, through content moderation and

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: FREITAS, Luiz Otávio Resende de; LUNARDI, Fabrício Castagna; CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro. Liberdade de expressão na era digital: novos intermediários e censura por atores privados. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 11, n. 2, e262, maio/ago. 2024. DOI: 10.5380/rinc.v11i2.89693.

^{*} Doutorando e Mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (Brasília-DF, Brasil). Juiz de Direito da Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).

^{**} Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Brasília-DF, Brasil). Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (UC). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).

^{***} Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Coimbra, Portugal). Doutor em Ciências Sociais na Especialidade de Administração Pública pela Universidade de Lisboa, Licenciado em Estatística e Gestão de Informação pela Universidade NOVA de Lisboa, Licenciado em Direito pela Universidade de Lisboa e Licenciado em Estudos Gerais (com Major em Estudos Jurídicos e Minor em Física) pela Universidade de Lisboa. Consultor da Direção-Geral da Política de Justiça do Ministério da Justiça de Portugal. Investigador Integrado do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vice-Presidente da Secção de Administração Pública da Sociedade de Geografia de Lisboa.

a regulação do discurso, a partir da moderação de conteúdo e impulsionamento de opiniões emitidas pelos usuários, e como essa atuação influencia o debate sobre a liberdade de expressão. Utiliza-se a metodologia análise jurisprudencial, para delimitar o problema, bem como revisão de literatura e levantamento de dados, para identificar os novos intermediários da expressão, com análise suas principais características, modos de atuação, curadoria de conteúdo online e possibilidades de censura por atores privados. A pesquisa apresenta os seguintes resultados: a) as grandes plataformas de acesso e as redes sociais, na prática, controlam a liberdade de expressão, pela censura prévia, coleta de dados pessoais e controle do fluxo informacional; b) ainda não houve resposta institucional internacionalmente coordenada e efetiva, sobretudo em razão da dificuldade de transposição de regras locais a empresas com atuação mundial; c) o Estado passa a ocupar o papel de ator central para proteger, no mundo digital, a livre circulação do pensamento, a intimidade/privacidade, a isonomia, a verdade do conteúdo inserido e, por conseguinte, a higidez da democracia no século XXI.

promotion of opinions expressed by users, and how this performance influences the debate on freedom of expression. The jurisprudential analysis methodology is used to define the problem, as well as literature review and data collection, to identify new intermediaries of expression, analyzing their main characteristics, modes of action, online content curation and possibilities of censorship by private actors. The research presents the following results: a) large access platforms and social networks, in practice, control freedom of expression, through prior censorship, collection of personal data and control of information flow; b) there has not yet been an internationally coordinated and effective institutional response, mainly due to the difficulty of transposing local rules to companies with global operations; c) the State takes on the role of central actor to protect, in the digital world, the free circulation of thought, intimacy/privacy, equality, the truth of the content inserted and, consequently, the health of democracy in the 21st century.

Palavras-chave: liberdade de expressão; era digital; novos intermediários; censura; atores privados.

Keywords: freedom of expression; digital age; new intermediaries; censorship; private actors.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Os antigos precedentes e a liberdade de expressão nas novas formas de comunicação: onde está o problema?; 3. A liberdade nos espaços virtuais: os novos intermediários da expressão; 4. Curadoria de conteúdo: a censura por atores privados; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A autodeterminação de se expressar de forma livre, de apresentar a outros sua opinião sem amarras prévias, independentemente de angariar ou não a concordância de seu interlocutor é um dos mais importantes direitos fundamentais em regimes democráticos. Como regime agregador e plural, a democracia possibilita, por meio desse direito fundamental de livre expressão, o debate e a exposição de pontos de vista diversos, de modo a fomentar, continuamente, o convívio saudável entre diferentes correntes de pensamento no seio social, sendo imprescindível para o exercício da cidadania.¹ Embora a Constituição Federal de 1988 seja um importante marco normativo para a consagração desse direito no Brasil (artigos 5º, incisos IV e IX, e 220), sobretudo por ser uma conquista dos cidadãos após um longo período ditatorial (1964 a 1985), as

¹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. Heidelberg: C. F. Müller, 2007. p. 137.

liberdades de expressão se fazem presentes na trajetória constitucional brasileira desde a Carta Imperial de 1824.²

De outro lado, assim como os demais direitos fundamentais, a liberdade de expressão não é um direito absoluto. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal traçou parâmetros para o exercício desse direito³, bem como identificou casos em que haveria abuso da liberdade de expressão por violação a outros direitos fundamentais. Ocorre que tais decisões abrangem apenas as formas tradicionais de comunicação. No entanto, surgem diuturnamente outras formas de comunicação que desafiam a construção de novas respostas jurídicas. Em uma época na qual a comunicação passou a ser majoritariamente feita à distância por meio eletrônico, em segundos, com o uso de dispositivos móveis dotados de grande capacidade de processamento e aplicativos de compartilhamento de mensagens, vídeos, fotos e conteúdo cultural (*streaming*), todos plenamente acessíveis à população (ao menos, nos regimes democráticos), os antigos intermediários da expressão foram alterados de forma repentina e, quiçá, irreversível. As pouco mais de duas décadas do século XXI tiveram como mote, portanto, a substituição dos atores tradicionais que intermediavam a propagação da informação e opinião que, no ambiente digital, tiveram seu espaço ocupado por grandes empresas com atuação na internet como a Google, o Youtube e redes sociais de espectro mundial como Facebook, Instagram, TikTok, Twitter, entre outras⁴.

Como novos intermediários da expressão, as grandes plataformas e as redes sociais passaram a ocupar posição central nas discussões sobre o resguardo efetivo da liberdade de expressão e o debate sobre a mudança das condições sociais nas quais as pessoas falam na seara digital⁵ ou mesmo a própria manutenção daquele direito no mundo online ganhou corpo, sobretudo considerando sua primordial importância para a democracia, sendo considerada elemento essencial da ordem democrática e corolário da tradição liberal individualista presente nas bases do constitucionalismo moderno⁶.

² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 496.

³ Apesar de adotar a tese de posição prevalente da liberdade de expressão, o STF não confere a esse direito status ou caráter absoluto, sendo admitidas restrições ou limites de modo excepcional, por lei e/ou decisão judicial ou para fins de fundamentar a salvaguarda da dignidade da pessoa humana e direitos e bens jurídico-constitucionais individuais e coletivos fundamentais, sem prejuízo da observância do princípio da proporcionalidade e da preservação do núcleo essencial dos direitos em conflito (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018).

⁴ FREITAS, Luiz Otávio Rezende de; LUNARDI, Fabrício Castagna; CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro. O Homo Digitalis na Dadosfera: Arquitetura das Redes, Máquinas de Mentiras e Violência Desinformativa. **Synesis**, v. 15, n. 4, p. 1–24, 2023.

⁵ VALENTE, Mariana Giorgetti. A Liberdade de Expressão na Internet: da Utopia à era das Plataformas. Em: FARIA, J. E. (org.). **A liberdade de expressão e as novas mídias**. 1. ed. São Paulo: Perspectiva, 2020.

⁶ 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**, v. 6, n. 2, p. 534–578, 2020.

Desse modo, o presente artigo tem o objetivo de investigar como o formato hoje utilizado pelos novos intermediários da expressão — grandes plataformas de mídia online e redes sociais — para fins de regulação do discurso, influencia o debate sobre o direito constitucional à liberdade de expressão, seja no tocante à moderação de conteúdo, seja quanto ao impulsionamento ou não de opiniões exaradas pelos usuários.

Para atingir esse objetivo, utiliza-se a metodologia de revisão de literatura, bem como análise jurisprudencial. Inicialmente, serão analisados os precedentes judiciais da Corte Constitucional brasileira acerca da liberdade de expressão e como esta ocorre nas novas formas de comunicação, a fim de delimitar o problema. Após, será realizada a identificação dos novos intermediários da expressão, com suas principais características e modos de atuação. Por fim, será apresentado o cenário referente à curadoria de conteúdo online, bem como analisadas as possibilidades de censura realizada por atores privados.

2. OS ANTIGOS PRECEDENTES E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS NOVAS FORMAS DE COMUNICAÇÃO: ONDE ESTÁ O PROBLEMA?

A liberdade de expressão é direito que permite a formação da personalidade dos cidadãos em sua plenitude, e esta pressupõe “que se disponha de meios para conhecer a realidade e as suas interpretações e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes”⁷.

Erigindo status fundamental aos direitos relacionados à liberdade de expressão, a Constituição Federal de 1988 colocou o Brasil, do ponto de vista normativo, em consonância com as várias ondas de consolidação da democracia e liberdade a ela inerente que permearam o mundo na segunda metade do século XX. Não assegurou esse direito de modo genérico, apenas vedando a censura e outras intervenções estatais, mas se dedicou a tratar do tema em diversas normas, protegendo de modo expresse a manifestação de pensamento, a atividade intelectual, artística e científica, a comunicação e o direito à informação, bem como prevendo o direito de resposta⁸. Como consequência, a censura, a vigilância sobre a opinião e a manipulação de informações, tão presentes nos anos de chumbo da ditadura militar (1964 a 1985), e quase indissociáveis de regimes de cunho autoritário e não democráticos, pareciam ter sido aprisionadas no passado pelo texto constitucional, a fim de permitir que seus deletérios efeitos não mais reverberassem ou tivessem apelo na democracia brasileira.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 268.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênua**: um olhar sobre o Brasil e o mundo. 1. ed. História Real: Rio de Janeiro, 2020.

Apesar das diversas críticas ao Supremo Tribunal Federal, em relação à sua forma de atuação (individualismo decisório⁹ e atuação circunstancial¹⁰), a aspectos institucionais de decisão¹¹ e ao comportamento estratégico¹², observa-se que a Corte Constitucional tem atuado de forma coerente (coerência externa¹³) no sentido de salvaguardar a liberdade de expressão. Nesse sentido, por exemplo, rechaçou situações que poderiam representar limitação indevida à liberdade de expressão, e os casos avaliados espelharam vários aspectos diretamente ligados ao âmago desse direito e outros correlatos. A Corte Constitucional brasileira também resguardou a prevalência, em regra, da liberdade de expressão quando em jogo o direito à crítica a pessoas públicas,^{14,15} bem como determinou a retirada da exigência de autorização da pessoa ou sua família para fins de publicação de biografias, por representar a possibilidade de censura pelo Estado ou particular.¹⁶ Decidiu, ainda, visando garantir a liberdade de manifestação de opinião e de criação artística humorística, pela manutenção de especial de natal veiculado na plataforma de streaming Netflix,¹⁷ e, em caso envolvendo direito de reunião e liberdade de expressão, pela possibilidade de realização da nomeada “marcha da maconha”,

⁹ LUNARDI, Fabrício Castagna. Os Poderes Hipertróficos do Relator no STF, o Desmembramento Constitucional e o Golpe de Estado Jurídico. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 7, n. 3, p. 877-899, set./dez. 2020.

¹⁰ LUNARDI, Fabrício Castagna. Constitucionalismo Abusivo e Fulanização de Julgamentos: os Problemas da Atuação Circunstancial de uma Corte Constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 10, n. 2, p. e241, mai./ago. 2023.

¹¹ LUNARDI, Fabrício Castagna. Supremo Voto do Relator ou Onze Votos Supremos? Uma Análise do Comportamento dos Ministros do STF nos Julgamentos Colegiados. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 9, n.1, p. 229-250, jan./abr. 2022

¹² LUNARDI, Fabrício Castagna. Comportamento Estratégico do STF nas Questões de Interesse Governista: Ativismo Judicial ou Prudência?. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 123, p. 177-210, jun./dez. 2021.

¹³ LUNARDI, Fabrício Castagna; CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro. Discurso Judicial e Racionalidade Argumentativa: Controle Discursivo, (In)Certeza do Direito e (I)Legitimidade. **RECHTD - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 14, n. 3, p. 487-502, set./dez. 2022.

¹⁴ A pesquisa efetuada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal demonstra a existência de dezenas de precedentes nesse sentido. Como exemplos, é possível citar alguns arestos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 31117 Agr.** Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03 out. 2020, publicado em 07/10/2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 15243 Agr.** Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23 abr. 2019, publicado em 11/10/2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 22328.** Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 06/03/2018, publicado em 10/05/2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 14772 MC.** Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 19/10/2012, publicado em 24/10/2012.

¹⁵ No julgamento do RE 685493, submetido à sistemática da repercussão geral, foi fixada a seguinte tese: “Ante conflito entre a liberdade de expressão de agente político, na defesa da coisa pública, e honra de terceiro, há de prevalecer o interesse coletivo” (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** RE 685493. Relator Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 22 maio 2020, publicado em 17/08/2020).

¹⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** ADI 4815. Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, publicado em 01/02/2016.

¹⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Rcl. 38782. Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 03/11/2020, publicado em 24/02/2021.

em protesto visando a descriminalização do consumo dessa substância entorpecente.¹⁸ Também foi declarada a inconstitucionalidade de lei que proibia a sátira contra políticos em época de eleição,¹⁹ e a livre manifestação de ideias no âmbito universitário.²⁰ Por fim, em julgado de grande relevância histórica, sobretudo porque serviu de parâmetro para a grande maioria das decisões posteriores, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, na ADPF 130/DF, a incompatibilidade da Lei n. 5.205/67²¹ com a CF/88, ocasião em que buscou alinhar o Brasil ao ideário democrático de liberdade de opinião e manifestação, visando assegurar que essas fossem livres e que nenhuma forma de censura — prévia ou posterior — pudesse ser instaurada a fim de vulnerar direito ligado à própria essência da democracia. Com efeito, o julgado proferido na ADPF 130 tomou por base uma visão da liberdade de expressão naquele momento, bem assim seu relacionamento com as formas de manifestação de opinião e possíveis restrições encontradas nos meios de comunicação que ainda tinham grande apelo na sociedade à época, a exemplo dos jornais impressos e programas de televisão aberta; a informação online ainda dava seus primeiros passos rumo a prevalência na sociedade brasileira contemporânea. Não se preocupou, e não teria como tê-lo feito, com as novidades que permeariam a comunicação nos anos seguintes²², em especial em virtude de uma contínua atribuição do rótulo de obsoletos a jornais impressos, revistas e televisão aberta,²³ com seus dias de publicação e informativos em horários pré-determinados para difundir ideias, fatos e opiniões pelos atores tradicionais da sociedade (partidos políticos, imprensa e sindicatos).

Se a princípio a internet tinha como finalidade tornar cada vez mais plural o acesso à informação, democratizando a comunicação digital, materializada na possibilidade de interlocução de “muitos para muitos”, em um mundo sem distância,²⁴ o que

¹⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 187. Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2011, publicado em 29/05/2014.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4451**. Relator Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2018, publicado em 06/03/2019.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 548**. Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15/05/2020, publicado em 09/06/2020.

²¹ Lei de Imprensa, editada durante a ditadura militar brasileira do fim do Século XX.

²² As rápidas e constantes alterações na comunicação humana ocasionadas pela disrupção tecnológica, notadamente pelos novos meios de manifestação de opinião na seara digital, com amplo espectro de alcance, e velocidade de difusão em patamares não antes imaginados nunca foram o tema principal, sendo usados como fundamentos de vários acórdãos tratando sobre a liberdade de expressão.

²³ A televisão exerce papel vertical e passivo na construção da identidade do indivíduo - relação de um para muitos e vice-versa; já na internet há um uso horizontal, de muitos para muitos, de conexão, participação. Um verdadeiro espaço de transmissão (CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). **A sociedade em rede: do conhecimento à política**. Brasília: Imprensa Nacional, 2005).

²⁴ O mundo sem distância entre os interlocutores foi nomeado o gigante zero. Zero porque no mundo virtual a distância efetiva entre os interlocutores é inexistente, e não há interferências nesse contato online (SEARLS, Doc. The Giant Zero. In: **Doc Searls Weblog**. 2016. Disponível em: <https://blogs.harvard.edu/doc/2016/02/03/the-giant-zero-2/>. Acesso em: 28 jan. 2023).

se viu com a constante disrupção tecnológica foi uma realidade diversa, e diferente do ideário de igualdade de acesso e oportunidades na seara digital.

À vista da gestão privada da condição de intermediários da expressão, com as regras e regulamentos próprios e direcionados à atividade empresarial, o rumo da informação e da expressão na seara digital seguiu caminho distinto. Com o passar do tempo, sob o pretexto de necessidade de manutenção da normalidade do agrupamento e de promoção da retirada de conteúdos considerados “ofensivos” ou mesmo ilegais, foi instaurada uma avaliação remota dos conteúdos postados em rede pelos usuários por empresas como Google, Facebook, Youtube e Twitter²⁵.

Por meio de robôs ou algoritmos especificamente designados para tanto, empresas como as citadas acima passaram não só a controlar o conteúdo postado, mas também a quem esse material seria destinado.²⁶ A partir disso, os relatos do advento de censores virtuais das manifestações exaradas pelos usuários ou mesmo de mecanismos como o *shadow banning*²⁷ se tornaram comuns. Tais fatos, porém, não passaram despercebidos e, nos últimos anos, a atenção de vários especialistas tem se voltado para o poder censor e de indução de comportamento derivado da avaliação e direcionamento de conteúdo por big techs como Google, Youtube, Facebook, Instagram, Twitter, entre outras. Documentários alertando para o tema, como por exemplo os recentemente lançados “O dilema das redes” e “Privacidade hackeada” — ironicamente disponibilizados ao grande público pelo mais popular aplicativo de streaming do mundo (Netflix) — lançaram dúvidas sobre a legalidade da forma utilizada pelas gigantes da tecnologia no ponto. Afinal, qual seria a legitimidade de empresas como o Facebook, Youtube ou Twitter para promover uma avaliação do conteúdo postado pelos usuários a fim de determinar se atende ou não aos critérios constitucionalmente protegidos?

Para além disso, devem ser realizadas os seguintes questionamentos: a legislação brasileira albergaria a possibilidade de se conferir a atores privados tamanho poder censor, sem qualquer ingerência externa e desprovida da isenção necessária? A quem caberia determinar se a postagem é ofensiva ou mesmo falsa, aqui focando no tema do momento, relacionado a divulgação e retirada de notícias ou mesmo fatos sem fundamento

²⁵ O advento da Section 230 do *Communications Decency Act* serviu como grande incentivo para a atuação das empresas nesse ponto, inserindo o conceito de “bom samaritano” que atua online isento de responsabilidade para neutralizar conteúdos ofensivos.

²⁶ Seu perfil digital, traçado a partir da colheita de seus rastros digitais, determina qual informação você poderá distribuir ou ter acesso na seara digital. Há uma moderação automatizada e previamente estabelecida pelos intermediários digitais da expressão tanto sobre o emissor quanto sobre o destinatário da opinião. O fluxo da palavra e das notícias não corre, portanto, sem amarras. Na verdade, ele é fabricado individualmente de modo remoto e automatizado para cada um dos usuários das mídias sociais e aplicativos das “Big Techs” (GILLESPIE, Tarleton. *The relevance of algorithms. Media technologies: Essays on communication, materiality, and society*, v. 167, n. 2014, p. 167, 2014).

²⁷ Método de censura por algoritmos que tem como função limitar, de uma forma preestabelecida, e sem que haja o conhecimento ou consentimento do usuário do aplicativo, a possibilidade de exposição geral de determinada postagem feita na rede social.

na realidade, ou seja, dissociados da verdade? O quão afetada seria a democracia pela moderação/censura/indução privada de conteúdos em ambiente não submetido à regulação pública, mas pautado pelas regras estabelecidas pelas plataformas?

Tais problematizações mostram que a velocidade da resposta institucional às mudanças não acompanha o ritmo evolutivo frenético da transformação do meio digital.²⁸ O reconhecimento dos outros, o respeito à diversidade, a possibilidade de articulação de debates de natureza produtiva e a capacidade de oferta de soluções globais para o conjunto da sociedade, todas questões intimamente ligadas ao núcleo da democracia pluralista, acabam sendo direta e silenciosamente afetados por esse cenário²⁹.

Pelo menos em uma primeira análise, a liberdade de expressão no seio social fica à mercê das determinações exaradas pelos responsáveis pela gestão das grandes plataformas digitais (redes sociais, mecanismos de busca e de acesso à internet), em uma situação de contínua possibilidade de ofensa a um direito fundamental e de suma importância ao Estado Democrático de Direito. Assim, se o direito à expressão e à informação (informar e ser informado) passa a ser controlado por empresas em um ambiente ainda não regulado, e cujas regras são determinadas a partir de um viés empresarial variável de acordo com a finalidade de cada uma delas, tem-se uma intervenção privada na seara pública da difusão da palavra e das informações. Para tanto, a fim de garantir o regular exercício do supracitado direito considerando as normas fundamentais incidentes, os efeitos dessas interferências devem ser devidamente descritos e, a partir do mapeamento feito, delimitados.

Em outras palavras, a partir das interações entre os atores principais dessa nova forma de intermediação da expressão e a comunidade de usuários, é preciso avaliar se há ou não adequada proteção constitucional a esse direito e até que ponto esse possível déficit protetivo silencioso afeta diretamente a democracia, considerando a degradação da qualidade das informações a que os cidadãos têm acesso, o provável incremento da desinformação, a fragmentação do debate público e a radicalização das ideias em bolhas³⁰.

Trata-se de desafio sem precedentes não só no tocante a resguardo de direito fundamental como a liberdade de expressão, mas também à própria democracia. A avaliação da medida de incidência das normas de direitos fundamentais nas relações

²⁸ No ponto, há de se destacar que há autores que afirmam que a diminuição da representatividade dos atores tradicionais se presta a aumentar a assimetria de conhecimento e poder de maneira a tornar a sociedade mais suscetível a arroubos de inconsequência e baixa sensatez (FARIA, José Eduardo. O AI-5, A Democracia, as "Fake News" e as Redes Sociais. In: FARIA, José Eduardo (org.). **A liberdade de expressão e as novas mídias**. 1. ed. São Paulo: Perspectiva, 2020). Isso gera com efeitos negativos diretos para a população, presa ao discurso online pautado pela falta de unidade e incidência do efeito de bolha.

²⁹ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Redes Sociais, Companhias Tecnológicas e Democracia. **Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 6, n. 2, p. 579-599, set. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.485>. Acesso em: 24 jan. 2023.

³⁰ VALENTE, Mariana Giorgetti. A Liberdade de Expressão na Internet: da Utopia à era das Plataformas. Em: FARIA, J. E. (org.). **A liberdade de expressão e as novas mídias**. 1. ed. São Paulo: Perspectiva, 2020.

entre os grandes atores privados (poder político, social e econômico) — e também deles para com a comunidade de usuários de pessoas naturais e jurídicas — vai permitir mensurar o nível de autonomia privada atribuído aos atores atuantes na internet e analisar o patamar de assimetria de poder, tudo isso para que seja possível então regular a proteção de direitos constitucionais³¹.

Afinal, se a liberdade de expressão representa o farol que ilumina a democracia e traz a luz para a opinião pública quanto a efetiva difusão da palavra no seio social — seja para informar e ser informado, seja para fins de controle dos atos privados e governamentais —, admitir que sua existência seja silenciosamente obstada por atitudes e padrões estabelecidos por atores privados poderia, se não houver parâmetros e limites, implicar a volta ao passado no qual a censura permeava o caminho, com todos seus efeitos negativos decorrentes, especialmente o abandono do regime democrático e dos direitos por ele garantidos.

3. A LIBERDADE NOS ESPAÇOS VIRTUAIS: OS NOVOS INTERMEDIÁRIOS DA EXPRESSÃO

A possibilidade de atingir o público, de fazer sua fala chegar ao conhecimento de um terceiro ou mesmo de influenciar, no seio democrático, a opinião da sociedade a fim de fomentar determinada seara política e social, teve uma parceria importante com os meios tradicionais de comunicação do século XX. Jornais, revistas e programas televisivos foram determinantes para que os direitos de se expressar, de informar, de se informar e de ser informado pudessem ser exercidos de forma massificada. Por tais meios, atores tradicionais da sociedade (partidos políticos, imprensa e sindicatos) puderam, por décadas, apresentar suas ideias e ideais, visando influenciar o público e gerar, no seio social, grupos de ressonância e difusão do standard defendido, seja ele político, econômico ou mesmo de caráter geral, individual ou individual homogêneo.

Como interlocutora mestre da expressão em todas as suas acepções no citado período, a grande e tradicional mídia deu o tom a ser observado, considerando que a chave para o acesso à plataforma de apresentação da palavra ao grande público estava em suas mãos. Não o fez, todavia, sem que uma forte regulação estatal estivesse sendo aplicada, haja vista a necessidade, por exemplo, no caso brasileiro, da concessão de licenças para a prestação dos serviços de retransmissão de televisão, avaliação de conteúdo com recomendação de idade mínima do telespectador ou a necessidade de respeito à lei no tocante ao direito de resposta ou retificação do ofendido em virtude de matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social, que tinha previsão constitucional e foi regulamentada pela Lei n. 13.188/2015.

³¹ HARTMANN, Ivar Alberto Martins; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: A Proteção da Liberdade de Expressão nas Mídias Sociais. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 16, n. 90, p. 85-108, nov./dez. 2019.

É possível dizer, assim, a partir de tal cenário, que um grande filtro público e privado à liberdade de expressão estava assentado, sobretudo porque o fato de a única possibilidade de comunicação ampla ser a mídia de massa, verticalizada pela sua própria natureza e não afeta a conferir, à pessoa comum, grande liberdade para a exposição de sua eventual mensagem, configurava enorme dificuldade para a expressão alcançar papel de destaque ou alcance social, ainda mais considerando a falta de controle do falante sobre como a sua mensagem seria repassada a terceiros³². Não bastava, assim, o desejo de falar, ser ouvido ou ainda ouvir, pois era preciso que fosse aberta a porta da expressão pelos seus intermediários para tornar passível de oitiva a voz do indivíduo. Para isso, enorme esforço financeiro ou pessoal seriam exigidos a fim de que a mensagem fosse passada, dificultando, pois, a difusão da palavra e eventual informação que essa viesse a carregar.³³

Vigia, porém, um entrave regional que levava em conta a realidade local específica vivenciada em cada país (leis e poderio da mídia tradicional em seus territórios). Havia um prestígio maior, portanto, aos standards locais referentes ao que deveria ser admitido para fins de expressão em seu contorno amplo. Cada país tinha o espaço social e cultural próprio também como limitador do que poderia ser dito ou expressado ao grande público.

Tal realidade foi alterada, porém, com o advento da sociedade digital e seu forte apego à internet e redes sociais. A comunicação deixou de ser apresentada majoritariamente pela grande mídia,³⁴ e passou a ser intermediada por grandes empresas de tecnologia, cuja atuação — não só na rede mundial de computadores, mas também na propagação de redes sociais — levou a uma mudança irreversível do formato comunicativo padrão das pessoas.

A expressão e o poder de voz passaram a navegar mundialmente na sociedade digital, seguindo a ideia de interlocução de muitos para muitos, de distância zero, inseridos em um ambiente que intentava permitir uma descentralização sem precedentes

³² VALENTE, Mariana Giorgetti. A Liberdade de Expressão na Internet: da Utopia à era das Plataformas. In: FARIA, José Eduardo (org.). **A liberdade de expressão e as novas mídias**. 1. ed. São Paulo: Perspectiva, 2020. A esse respeito, como explana Jack M. Balkin (2016, p. 358): “Um sistema de liberdade de expressão não depende apenas da mera ausência de censura do Estado. A infraestrutura da liberdade de expressão inclui os tipos de mídia e instituições de conhecimento, criação e divulgação que estão disponíveis sob qualquer ponto no tempo. Também diz respeito aos tipos de oportunidades que estão disponíveis para pessoas criarem e construírem tecnologias e instituições que outras pessoas podem usar para a comunicação e a associação” (BALKIN, Jack. **O futuro da liberdade de expressão na era digital**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 358).

³³ Chama-se atenção, nesse ponto, para o que se considera a grande tensão da teoria da liberdade de expressão no século XX, relacionada ao aumento da proteção da liberdade formal em contraste com as bases ou fundamentos das tecnologias de transmissão de massa. A liberdade, na prática, era para poucos (BALKIN, Jack. **O futuro da liberdade de expressão na era digital**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016).

³⁴ As características essenciais da informação no século XXI são a democratização do acesso e a desintermediação pela mídia de massa (CONTI, Gian Luca. Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada? **Rivista AIC - L'Associazione Italiana Costituzionisti**, v. 4, p. 200-225, nov. 2018).

da voz de cada indivíduo no universo online. Entretanto, apesar da utopia inicial referente à liberdade de expressão ilimitada que a internet viria a conferir a todos, essa se viu apropriada por empresas que perceberam, naquele momento histórico, uma oportunidade de usar o novo e brutal fluxo de informações para fins mercantis,³⁵ criando uma espécie de organização do espaço virtual — um “serviço” de armazenagem e direcionamento da pesquisa e difusão da palavra na rede mundial de computadores.

Nesse passo, o cenário de plataformas online como receptoras e organizadoras de conteúdo digital para disseminação entre os usuários da internet passou a se apresentar como a realidade dominante. Empresas privadas passaram a ofertar em escala mundial o serviço de hospedagem da expressão dos usuários, promovendo a organização em nuvem do que é postado e do que pode ser acessado por meio de pesquisa e recomendação³⁶. O modelo dualista de regulação da liberdade de expressão envolvendo o governo ou território e os indivíduos alcançava sua derrocada.³⁷ O século XXI trazia uma nova formatação, de caráter pluralista, com múltiplos participantes, mais assemelhada a um triângulo. De um lado, os Estados-nação e a União Europeia, de outro, as companhias privadas controladoras da infraestrutura da internet e, no último, muitos tipos de falantes, entre os quais estão os indivíduos (usuários), hackers³⁸, trolls³⁹ e as organizações da sociedade civil⁴⁰.

A mudança, porém, não veio sem trazer questões de suma importância envolvendo a necessidade de resguardo, também no ambiente virtual, da liberdade de expressão (ainda mais considerando que o filtro legal regulatório de cada país perdeu

³⁵ A era digital torna a produção e distribuição da informação uma fonte central para a produção da riqueza (BALKIN, J. M. *Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society*. **New York University Law Review**, v. 79, p. 1-58, 2004).

³⁶ GILLESPIE, Tarleton. *Governance of and by platforms*. In: BURGESS, Jean; MARWICK, Alice; POELL, Thomas. **SAGE handbook of social media**. Thousand Oaks, Califórnia: Sage, 2017. p. 254-278.

³⁷ A liberdade de expressão passa a ser afirmada e concretizada em ordenamentos que se assemelham a grandes Estados sem fronteiras, ou de fronteiras intangíveis. Estamos na era do Facebookistão, Twitterland, e nações do Google, Youtube, Instagram, entre outras. Eles substituíram os países onde individualmente a soberania é articulada (CONTI, Gian Luca. *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?* **Rivista AIC - L'Associazione Italiana Costituzionalisti**, v. 4, p. 200-225, nov. 2018).

³⁸ A mídia usualmente liga a palavra hacker ao aspecto criminal, como alguém que utiliza de seus conhecimentos de informática com o fito de obter, na internet e pela via da programação, algum benefício de forma ilegal. Entretanto, é possível colher na doutrina conceito mais ligado a ideia de um tecnólogo que ama a computação, e com sua atitude (hack) como uma solução técnica inteligente que foi obtida por meios não óbvios, por uma saída original e inventiva (COLEMAN, Gabriella. *The Anthropology of Hackers*. **The Atlantic**, 2017. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2010/09/the-anthropology-of-hackers/63308/>. Acesso em: 18 jan. 2023).

³⁹ Pode-se conceituar um troll como aquele que atua para desestabilizar uma discussão em fóruns online ou seções de comentários, utilizando provocações para desviar a atenção do tema discutido para questões banais, infundadas, e de conteúdo difamatório (PEREIRA, Aguinaldo. *Os Trolls e o princípio da impolidez nas seções de comentários de sites da internet*. **Revista Caribeña de Ciencias Sociales**, mar. 2016. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/caribe/2016/03/impolidez.html>. Acesso em: 28 jan. 2023).

⁴⁰ BALKIN, Jack. *Free speech is a triangle*. **Columbia Law Review**, v. 118, p. 2011, 2018.

força em razão do poderio econômico e tecnológico das grandes plataformas). A evolução exponencial da internet e das plataformas ganhou corpo sem que a regulação estatal ou análise da constitucionalidade dos atos tomados pelas empresas para fins de crescimento e difusão de cada rede social fosse realizada, seja de modo prévio, seja em momento posterior. O novo gargalo à liberdade de expressão representado pelos termos de uso, diretrizes e análise algorítmica do conteúdo postado online foi alocado sem uma análise anterior da legalidade do agir.

Empresas com gigantesco poder econômico decidiram usar novas tecnologias envolvendo colheita de dados e aprendizado de máquina para controlar, com fundamento em seus standards internos, quanto, quando e onde a expressão deveria fluir ou não. Inexistia uma disposição legal que servisse de parâmetro de confronto precedente. A fixação legal de diretrizes para a atuação na seara digital não era, nessa arranquia tecnológica, um ato prioritário na grande maioria dos Estados nacionais.⁴¹ Como consequência, surgiram grandes escândalos levados a público pela imprensa, como o derivado da empresa Cambridge Analytica ou, mais recentemente, o concernente ao “Facebook Files”, em uma sequência de reportagens do “The Wall Street Journal” sobre a forma de atuação do Facebook no tratamento de dados e recomendação de conteúdo.⁴³ Não se sabe, porém, se essa reação será efetiva ou capaz de fazer cessar práticas nocivas à liberdade de expressão ou impedir que essas ocorram ou venham a ocorrer, considerando que a velocidade da resposta estatal é inversamente proporcional ao nível de mudança e evolução da tecnologia envolvida na atuação das grandes empresas de tecnologia e suas plataformas e redes sociais. Assim, observa-se que as novas empresas de tecnologia se tornaram um novo fator real de poder⁴⁴, com grande influência na população, ao lado de elites políticas e econômicas, da imprensa, do poder militar e do governo central.

Ao passo em que uns atuam em modo de crescimento exponencial, outros, especialmente no ambiente democrático, dependem de ampla e demorada discussão sobre o tema para fins de aprovação de leis e regulamentos protetivos, incluindo países em que há uma verdadeira “fetichização da lei”⁴⁵. A corrida, assim, conta com um de-

⁴¹ À evidência, leis e regulamentos com essa temática, e de forma reativa, apenas vieram a ser aprovadas na União Europeia e BRASIL, por exemplo, muito tempo depois da implantação das tecnologias de censura e recomendação de conteúdo pelos novos intermediários da expressão.

⁴² Realce aqui para o que Rebecca Tushnet chama de poder sem responsabilidade (TUSHNET, Rebecca. Power without responsibility: Intermediaries and the First Amendment. **George Washington Law Review**, v. 76, p. 986-1016, 2007).

⁴³ Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/the-facebook-files-11631713039>. Acesso em: 19 nov. 2021.

⁴⁴ LUNARDI, Fabrício Castagna. Além dos autos: análise dos fatores reais de poder no (des)cumprimento das decisões do STF. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 127, p. 207-246, jul./dez. 2023.

⁴⁵ LUNARDI, Fabrício Castagna. Judicialização da Política no Brasil: Estrutura de Oportunidades, Incentivos e Cultura Jurídica. **Revista Jurídica Unicritiba**, v. 1, n.77, p. 1-23, Jan./Mar. 2024.

sequilíbrio que já, de início, torna a resolução do problema muito mais difícil.⁴⁶ O caso envolvendo a Austrália e o Google é um exemplo claro dessa dificuldade, com ameaças feitas pela gigante de tecnologia no sentido de obstar a atualização automática de notícias de sites vinculados ao país, ou ainda de interrupção dos mecanismos de busca para os australianos.⁴⁷

O quadro, portanto, ainda é de incerteza, especialmente quanto a possibilidade de cada Estado, individualmente, impor sua regulação local para os novos e poderosos intermediários da expressão, de modo a garantir o livre e regular exercício de direito essencial à democracia, e, por consequência, imprimir a ele real eficácia e efetividade.

4. CURADORIA DE CONTEÚDO: A CENSURA POR ATORES PRIVADOS

O fluxo das informações e da palavra não corre sem amarras no ambiente digital controlado pelas grandes plataformas. Empresas já mencionadas como Facebook, Twitter, Google, Youtube, Instagram e TikTok utilizam regras ou padrões próprios pré-estabelecidos para regular o discurso, seja bloqueando conteúdos — atingindo o direito de se expressar e de informar — seja recomendando o que o usuário pode visualizar no ambiente virtual, com efeitos diretos sobre o direito de se informar e ser informado. Por meio de algoritmos especificamente designados para essa finalidade, é feito um bloqueio ou censura de conteúdos variados, bem como uma organização personalizada do que vai ser apresentado. Critérios pessoais e geográficos são utilizados para determinar o que cada usuário pode acessar, considerando suas preferências pessoais extraídas de seu histórico de navegação e outros dados coletados, bem como sua localização em cada região do mundo.⁴⁸

Um recorte personalizado do conteúdo da rede é feito de forma automática, seja ele referente questões culturais, sociais ou de propaganda de produtos e serviços, e apresentação daquele ao usuário tem como intento não só manter a atenção ou a atividade online por mais tempo, mas também direcioná-lo para o consumo de discurso/ conteúdo o mais compatível possível com suas preferências.⁴⁹ Entramos aqui na seara

⁴⁶ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Redes Sociais, Companhias Tecnológicas e Democracia. **Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 6, n. 2, p. 579-599, set. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.485>. Acesso em: 24 jan. 2023. A questão atinente ao desequilíbrio estrutural de poder que afeta o ambiente da liberdade de expressão trazida por Owen Fiss tem, portanto, contornos muito mais relevantes na seara digital.

⁴⁷ Disponível em: <https://www.dw.com/en/google-vs-australia-5-questions-and-answers/a-56340697>. Acesso em: 6 fev. 2023.

⁴⁸ Em outras palavras, todos os seus dados inseridos pelos usuários na rede, seja por meio de postagens, seja em razão de sua atividade online se prestam a auxiliar na formatação do que se pode se chamar de periódico digital personalizado.

⁴⁹ Frise-se, aqui, em linha com as expectativas empresariais de cada plataforma, cujo lucro deriva não da coleta em si e tratamento de dados pessoais, mas do uso desse conhecimento para a finalidade de vender, ao

do dossiê digital⁵⁰, “reservoirs of danger”⁵¹ e de “hypernudge”⁵², com o destaque, nesse último caso, para o poder de indução de comportamento decorrente da aplicação dessa tecnologia pelas plataformas. Nesse cenário, é possível perceber que, considerando as bilhões de novas mensagens que diariamente chegam à internet e plataformas, a regulação do discurso online se apresenta majoritariamente de maneira automatizada, pelo simples motivo de que seria impossível que tal tarefa fosse realizada por seres humanos.⁵³

São os algoritmos os verdadeiros curadores do ambiente digital, usando os dados colhidos para vedar, selecionar e recomendar conteúdos, com a capacidade de aprender (por meio do aprendizado de máquina — inteligência artificial), a partir da análise remota do comportamento do usuário nas redes sociais. Representam, desse modo, silenciosamente, o motor da expressão do século XXI. Com esse status, trazem para si o questionamento sobre suas atividades, autorizando que essas sejam avaliadas tomando por base uma consideração negativa da censura para fins de se obter uma resposta efetiva sobre o atendimento ou não das regras constitucionais sobre a liberdade de expressão. Ao sinalizar um status negativo, compreende-se aqui a atuação não justificada ou dissociada de padrões mínimos considerando a ponderação de princípios constitucionais incidentes.

À evidência, sobre a censura, vários são os conceitos cunhados pela doutrina, ora se apegando à reprovação do conteúdo, possivelmente prejudicial ao governo ou moralidade pública, ora focando no próprio ato de restringir o acesso a expressão⁵⁴. De um modo ou de outro, tem-se um ato de restrição, de retirada de conteúdo, de proibição do acesso público, mesmo que a restrição, em nosso ordenamento, tenha caráter excepcional, ante a prioridade das liberdades públicas em confronto com outros interesses juridicamente tutelados⁵⁵.

público em geral, especialmente outras empresas, a ideia de que podem alcançar um nível de personalização da propaganda não atingível pelos meios tradicionais.

⁵⁰ SOLOVE, Daniel. Digital dossiers and the dissipation of fourth amendment privacy. **Southern California Law Review**, v. 75, p. 1083-1167, jul. 2002.

⁵¹ CITRON, Danielle Keats. Reservoirs of danger: The evolution of public and private law at the dawn of the information age. **Southern California Law Review**, v. 80, n. 2, p. 241-297, 2006.

⁵² Cunhado por Karen Yeung, o conceito de “hypernudge” se relaciona a um mega impulso dado pela plataforma a partir da coleta e tratamento de dados (YEUNG, Karen. ‘Hypernudge’: Big Data as a mode of regulation by design. **Information, Communication & Society**, v. 20, n. 1, p. 118-136, 2017. p. 7).

⁵³ Os dados apresentados pelo Facebook referentes a moderação de conteúdos corroboram essa afirmação. Os números chegam aos milhões por cada tema em específico por cada quadrimestre, e referem-se apenas ao Facebook e Instagram. Disponível em: <https://transparency.fb.com/data/community-standards-enforcement>. Acesso em: 6 fev. 2023.

⁵⁴ MATHIESEN, Kay. Censorship and access to expression. In: HIMMA, Kenneth Einar; TAVANI, Herman T. **The handbook of information and computer ethics**. New Jersey: John Wiley & Sons, p. 571-587, 2009.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. A esse respeito, Daniel Sarmento: “[...] entendemos que é necessária redobrada cautela quando se trata de limitar

Há, no ambiente online, uma predefinição feita a partir dos termos de uso e diretrizes das plataformas e redes sociais sobre o que pode ser apresentado pelo usuário. Estabelece-se, pois, um poder censor de fato, calcado inicialmente nessas definições privadas⁵⁶. A chave para a expressão repousa, assim, nessas regras, cujos contornos são mutáveis e, muitas vezes, fundamentadas em expressões de cunho subjetivo, sendo necessário afirmar que a interpretação do que é certo, errado, legal ou ilegal por um algoritmo a partir de sua programação e base de dados nem sempre vai se revelar escurreita.

Os vários casos levados a público demonstrando tais erros evidenciam essa grande possibilidade de avaliação errônea da moderação de conteúdo, ainda mais quando se percebe o quão diversa é a análise de uma foto, postagem ou mesmo opinião em cada país.⁵⁷ A título de exemplo, uma imagem pode, ao mesmo tempo, fazer alusão à pornografia no Japão, ser interpretada como arte na Itália ou na França, ser lida como uma sátira no Brasil ou até mesmo representar um momento de cunho histórico de outro país, sem atender, portanto, a nenhum desses últimos critérios. Todavia, sob o olhar dos padrões de confronto e base de dados estabelecidos a partir da visão trazida pelos desenvolvedores da plataforma ou rede social, em sua maioria localizados nos Estados Unidos, com predominância da língua inglesa, uma imagem pode ser vista como algo não consonante às diretrizes previamente estabelecida. Desse modo, pode-se obstar a sua publicidade, remotamente e sem maiores justificativas, de acordo com as tecnologias utilizadas para moderação de conteúdo.⁵⁸

Noutro giro, agora focando no estudo de pensadores contemporâneos sobre viesés cognitivos,⁵⁹ com menção a decisões precipitadas e calcadas em análises equi-

a liberdade de expressão em razão do conteúdo das idéias manifestadas. É preciso evitar a todo custo que este direito fundamental tão importante para a vitalidade da democracia e para a auto-realização individual torne-se refém das doutrinas morais majoritárias e das concepções sobre o “politicamente correto”, vigentes em cada momento histórico. A liberdade de expressão não existe só para proteger as opiniões que estão de acordo com os valores nutridos pela maioria, mas também aquelas que chocam e agridem” (SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006).

⁵⁶ MONTI, Matteo. Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d’espressione ei nuovi censori dell’agorà digitale. **Rivista Italiana di Informatica e Diritto**, v. 1, n. 1, p. 35-51, 2019.

⁵⁷ Como alertam Ivar Alberto Martins Hartmann e Ingo Wolfgang Sarlet: “A assimetria de poder entre o usuário isolado e a empresa que remove seu post, muitas vezes sem grandes esclarecimentos, mostra o caráter quase estatal da censura, o que exige reconhecer que as plataformas de conteúdo oferecem hoje maior risco de silenciamento sistemático do que as autoridades públicas” (HARTMANN, Ivar Alberto Martins; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: A Proteção da Liberdade de Expressão nas Mídias Sociais**. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 16, n. 90, p. 85-108, nov./dez. 2019. p. 99)

⁵⁸ Sem prejuízo, questões também atinentes à própria barreira da língua se impõem, razão pela qual a divulgação online em idiomas como o português e os vários falados na Ásia podem ser alvo de censura em virtude de uma má tradução ou compreensão do conteúdo.

⁵⁹ Confira-se, no assunto, os estudos publicados pelo professor Daniel Kahneman (**Ruído**: uma falha no julgamento humano. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021; e KAHNEMAN, D. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012).

vocadas da situação vivida (falhas do pensamento intuitivo), outro grande ponto de interrogação também se instala sobre o poder censor exercido pelos algoritmos. Isso porque, na forma já exposta neste trabalho, os algoritmos não se afastam dos padrões éticos de seus desenvolvedores — de modo que um erro ou julgamento ruim na avaliação inicial do autor do algoritmo levará, por consequência direta, a equívocos na apreciação de conteúdo a ser moderado —, pois ao algoritmo não é dado o poder de questionamento da programação efetuada, mas apenas o de aplicar determinados parâmetros pré-estabelecidos e, se o caso, aprender, continuamente, sempre partindo de um direcionamento introduzido pelo ser humano.

A própria neutralidade da rede social e das plataformas também se torna questionável quando esse aspecto se apresenta. Facebook, Twitter, Instagram e Google não são desprovidos de ideologias; não se revelam amorais. Por trás de cada plataforma e algoritmo existem pessoas, e é a partir delas que se apresenta o próprio funcionamento de cada uma dessas gigantes da tecnologia, pendendo, por certo, para o padrão sociocultural de seu desenvolvedor⁶⁰. Nesse passo, é preciso apontar que, desde logo, a predeterminação de conteúdos em caráter mundial, sem relação direta com a realidade de cada Estado-nação, apresenta um aspecto grave quando se põe em análise o direito à liberdade de expressão. Um algoritmo mal concebido pode servir de óbice a esse direito, devendo ser mencionado que a massiva falta de regulação sobre essa tecnologia, especialmente no que concerne a padrões éticos mínimos, só reforça o grau do desafio a ser enfrentado para fins de se garantir a eficácia e efetividade da liberdade de expressão no ambiente digital.

Questões como essa levam pesquisadores a apontar, inclusive, para a ameaça nominada de autoridade algorítmica (*algorithmic authority*), por meio da qual se estabelece um processo não gerenciado de extração de valor de fontes diversas e não confiáveis para fins de se expressar uma autoridade, sem que se possibilite uma segunda avaliação humana ou se possa garantir a validade do resultado.⁶¹ Aqui chegamos ao ponto da falta de um meio eficaz de prestação de contas sobre a atuação dos algoritmos (*accountability*). A criação de cada um deles é feita no âmbito privado, protegida por legislações referentes a direitos autorais e patentes, de modo que a própria revelação de cada aspecto de sua feitura e funcionamento se tornaria problemático no âmbito de livre mercado e de não interferência estatal. E, frise-se, sem a devida investigação

⁶⁰ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Redes Sociais, Companhias Tecnológicas e Democracia. **Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 6, n. 2, p. 579-599, set. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.485>. Acesso em: 24 jan. 2023.

⁶¹ Kate Klonick e Thomas Kadri se amparam no conceito cunhado por Clay Shirky (KADRI, Thomas; KLONICK, Kate. Facebook v. Sullivan: Public figures and newsworthiness in online speech. **Southern California Law Review**, v. 93, p. 37, 2019).

sociológica de seus termos, a fim de se avaliar o porquê da visão desses como uma lógica de conhecimento confiável, como eles são desfeitos ou mesmo reparados⁶².

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Direito fundamental que ostenta posição preferencial no Estado democrático brasileiro, a liberdade de expressão é considerada uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades⁶³. Não se mostra restrito ao direito de se expressar, mas alcança, sobretudo no universo digital, outras facetas, direcionadas ao direito a informar, de se informar e de ser informado, especialmente sob a perspectiva de formação de uma cultura democrática⁶⁴. Seu prestígio, portanto, está intimamente ligado à própria essência da Democracia, e garantir seu regular exercício é o desafio constante a ser enfrentado tomando por base o sistema de proteção reforçado estabelecido pela Constituição Federal.

Nesse cenário, avaliar o impacto das mudanças ocorridas nesse início de século sobre o esse direito, notadamente no ambiente online, no qual novos intermediários da expressão se apresentaram, se revela um aspecto essencial. Como foi tratado nesse artigo, as grandes plataformas de acesso e as redes sociais passaram por grande ressignificação de seu status de importância, e a posição de centralidade dessas no debate sobre o efetivo respeito do direito constitucional de liberdade de expressão (artigos 5º, incisos IV e IX, e 220, da CF) não pode mais ser desconsiderada, sobretudo considerando que essas empresas podem fazer uso de novas tecnologias envolvendo colheita de dados e aprendizado de máquina para controlar, com fundamento em seus standards internos, quanto, quando e onde a expressão deveria fluir.

Em um ambiente sem regulação clara e de fácil acesso à boa parte da sociedade contemporânea, vivenciou-se o surgimento, no bojo da atividade privada ali presente, de mecanismos de censura prévia, coleta de dados pessoais e de controle do fluxo informacional, cujo uso indiscriminado de certo não estava albergado pela proteção constitucional brasileira à liberdade de expressão e à intimidade e privacidade. Todavia, apesar da seriedade do tema, ainda não se viu uma resposta institucional internacionalmente coordenada e efetiva, considerando, por certo, a dificuldade de transposição de regras locais a empresas com atuação mundial.

Questões de suma importância referentes a direito caro à manutenção do regime democrático como a liberdade de expressão ainda se encontram em aberto, sobretudo

⁶² GILLESPIE, Tarleton. The relevance of algorithms. **Media technologies: Essays on communication, materiality, and society**, v. 167, n. 2014, p. 167, 2014.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 47212 AgrR**. Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 20 set. 2021.

⁶⁴ BALKIN, Jack. Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society. **New York University Law Review**, v. 79, p. 1-58, 2004.

quando se percebe a necessidade de maior regulação, estabelecimento de limites das atividades⁶⁵ e, quiçá, tributação sobre as atividades de empresas voltadas à exploração da rede mundial de computadores e das plataformas de interação social nela inseridas. O Estado, antes considerado inimigo da liberdade de expressão, passa a ser tido como aliado de primeira hora nesse momento, e seu papel de fomento à efetiva regulação e controle das aludidas atividades há de ser prestigiado, porque a ele caberá a importante função de declinar limites efetivos para o uso dessas tecnologias não tangíveis⁶⁶.

Trata-se de um dos grandes desafios da democracia no século XXI (especialmente a brasileira, historicamente jovem): o de proteger, de forma efetiva, no mundo digital, já tão intrinsecamente ligado ao real, a livre circulação do pensamento, com deferência à intimidade/privacidade, à isonomia, à verdade do conteúdo inserido e o sentimento social ligado à veracidade de informações⁶⁷. Não será, por certo, uma tarefa fácil, mas que valerá cada esforço empreendido, pois não só trará de volta as novas tecnologias de comunicação/informação para o seu intento primordial de benefício à humanidade, mas também se prestará a fomentar a manutenção e higidez do regime democrático e seus direitos constitucionalmente garantidos.

6. REFERÊNCIAS

BALKIN, Jack. Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society. **New York University Law Review**, v. 79, p. 1-58, 2004.

BALKIN, Jack. Free speech is a triangle. **Columbia Law Review**, v. 118, p. 2011, 2018.

BALKIN, Jack. **O futuro da liberdade de expressão na era digital**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênua: um olhar sobre o Brasil e o mundo**. 1. ed. História Real: Rio de Janeiro, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 4815**. Relatora Min. Cármen Lúcia. julgado em 10/06/2015, publicado em 01/02/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl. 38782**. Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 03/11/2020, publicado em 24/02/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **ADPF 187**. Relator Min. Celso De Mello, julgado em 15/06/2011, publicado em 29/05/2014.

⁶⁵ PEREIRA, Gabrielle Tatith; LUNARDI, Fabrício Castagna; CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro. Direitos Políticos e Guerra Virtual da Desinformação: Os Novos Desafios à Legitimidade do Processo Eleitoral. **Synesis**, v. 15, n. 2, p. 16-42, 2023.

⁶⁶ FISS, Owen. **The Irony of Free Speech**. Cambridge: Harvard University Press. 1996.

⁶⁷ LUNARDI, Fabrício Castagna. Democracia na Tensão entre o Conservadorismo e Utopia: Por Uma Reorientação Constituinte de Sentido a Partir dos Movimentos Sociais e das Manifestações Populares. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, p. 81-115, jun./dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **ADI 4451**. Relator Min. Alexandre de Moraes, julgado em 21/06/2018, publicado em 06/03/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **ADPF 548**. Relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 15/05/2020, publicado em 09/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **RE 685493**. Relator Marco Aurélio, julgado em 22/05/2020, publicado em 17/08/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 31117 Agr.** Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/10/2020, publicado em 17/08/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 15243 Agr.** Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/04/2019, publicado em 11/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 22328**. Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 06/03/2018, publicado em 10/05/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 14772 MC**. Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 19/10/2012, publicado em 24/10/2012.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Redes Sociais, Companhias Tecnológicas e Democracia. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 6, n. 2, p. 579-599, set. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.485>. Acesso em: 24 jan. 2023.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). **A sociedade em rede: do conhecimento à política**. Brasília: Imprensa Nacional, 2005.

CITRON, Danielle Keats. Reservoirs of danger: The evolution of public and private law at the dawn of the information age. **Southern California Law Review**, v. 80, n. 2, p. 241-297, 2006.

COLEMAN, Gabriella. The Anthropology of Hackers. **The Atlantic**, 2017. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2010/09/the-anthropology-of-hackers/63308/>. Acesso em: 18 jan. 2023.

CONTI, Gian Luca. Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada? **Rivista AIC - L'Associazione Italiana Costituzionalisti**, v. 4, p. 200-225, nov. 2018.

FARIA, José Eduardo. O AI-5, A Democracia, as "Fake News" e as Redes Sociais. In: FARIA, José Eduardo (org.). **A liberdade de expressão e as novas mídias**. 1. ed. São Paulo: Perspectiva, 2020.

FISS, Owen. Free speech and social structure. **Iowa Law Review**, v. 71, p. 1405-1425, 1985.

FISS, Owen. **The Irony of Free Speech**. Cambridge: Harvard University Press. 1996.

FREITAS, Luiz Otávio Rezende de; LUNARDI, Fabrício Castagna; CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro. O Homo Digitalis na Dadosfera: Arquitetura das Redes, Máquinas de Mentiras e Violência Desinformativa. **Synesis**, v. 15, n. 4, p. 1-24, 2023.

GILLESPIE, Tarleton. Governance of and by platforms. In: BURGESS, Jean; MARWICK, Alice; POELL, Thomas. **SAGE handbook of social media**. Thousand Oaks: Sage, 2017. p. 254-278.

GILLESPIE, Tarleton. The relevance of algorithms. **Media technologies: Essays on communication, materiality, and society**, v. 167, n. 2014, p. 167, 2014.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: A Proteção da Liberdade de Expressão nas Mídias Sociais. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 16, n. 90, p. 85-108, nov./dez. 2019.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Além dos autos: análise dos fatores reais de poder no (des)cumprimento das decisões do STF. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 127, p. 207-246, jul./dez. 2023.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Comportamento Estratégico do STF nas Questões de Interesse Governista: Ativismo Judicial ou Prudência?. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 123, p. 177-210, jun./dez. 2021.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Constitucionalismo Abusivo e Fulanização de Julgamentos: os Problemas da Atuação Circunstancial de uma Corte Constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 10, n. 2, p. e241, mai./ago. 2023.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Democracia na Tensão entre o Conservadorismo e Utopia: Por Uma Reorientação Constituinte de Sentido a Partir dos Movimentos Sociais e das Manifestações Populares. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, p. 81-115, jun./dez. 2019.

LUNARDI, Fabrício Castagna; CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro. Discurso Judicial e Racionalidade Argumentativa: Controle Discursivo, (In)Certeza do Direito e (I)Legitimidade. **RECHTD - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 14, n. 3, p. 487-502, set./dez. 2022.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Judicialização da Política no Brasil: Estrutura de Oportunidades, Incentivos e Cultura Jurídica. **Revista Jurídica Unicuritiba**, v. 1, n.77, p. 1-23, jan./mar. 2024.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Os Poderes Hipertróficos do Relator no STF, o Desmembramento Constitucional e o Golpe de Estado Jurídico. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 7, n. 3, p. 877-899, set./dez. 2020.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Supremo Voto do Relator ou Onze Votos Supremos? Uma Análise do Comportamento dos Ministros do STF nos Julgamentos Colegiados. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 9, n.1, p. 229-250, jan./abr. 2022.

KADRI, Thomas; KLONICK, Kate. Facebook v. Sullivan: Public figures and newsworthiness in online speech. **Southern California Law Review**, v. 93, p. 37, 2019.

KAHNEMAN, Daniel. **Ruído: uma falha no julgamento humano**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KLEIN, Rahel. **Google vs. Austrália**: 5 questions and answers. Deutsche Welle, Bonn. 25 jan. 2021. Disponível em: <https://p.dw.com/p/3oOmv>. Acesso em: 24 jan. 2023.

MATHIESEN, Kay. Censorship and access to expression. In: HIMMA, Kenneth Einar; TAVANI, Herman T. **The handbook of information and computer ethics**. New Jersey: John Wiley & Sons, p. 571-587, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; HABERLE, Peter; CALLEJÓN, Francisco Balaguer; SARLET, Ingo Wolfgang; STRAPAZZON, Carlos; CALAHORRO, Augusto Aguilar. (Orgs.). **Direitos fundamentais, desenvolvimento e crise do constitucionalismo multinível**. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MONTI, Matteo. Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale. **Rivista Italiana di Informatica e Diritto**, v. 1, n. 1, p. 35-51, 2019.

O DILEMA DAS REDES. Direção: Jeff Orlowski. Netflix. Estados Unidos: Netflix, 2020.

PEREIRA, Aguinaldo. Os Trolls e o princípio da impolidez nas seções de comentários de sites da internet. **Revista Caribeña de Ciencias Sociales**, mar. 2016. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/caribe/2016/03/impolidez.html>. Acesso em: 28 jan. 2023.

PEREIRA, Gabrielle Tatith; LUNARDI, Fabrício Castagna; CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro. Direitos Políticos e Guerra Virtual da Desinformação: Os Novos Desafios à Legitimidade do Processo Eleitoral. **Synesis**, v. 15, n. 2, p. 16-42, 2023.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. Heidelberg: C. F. Müller, 2007.

PRIVACIDADE HACKEADA. Direção: Jehane Nowyam e Karin Amer. Netflix. Estados Unidos: Netflix, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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**, v. 6, n. 2, p. 534-578, 2020.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SEARLS, Doc. The Giant Zero. In: **Doc Searls Weblog**. 2016. Disponível em: <https://blogs.harvard.edu/doc/2016/02/03/the-giant-zero-2/>. Acesso em: 28 jan. 2023.

SOLOVE, Daniel. Digital dossiers and the dissipation of fourth amendment privacy. **Southern California Law Review**, v. 75, p. 1083-1167, jul. 2002.

TUSHNET, Rebecca. Power without responsibility: Intermediaries and the First Amendment. **George Washington Law Review**, v. 76, p. 986-1016, 2007.

VALENTE, Mariana Giorgetti. A Liberdade de Expressão na Internet: da Utopia à era das Plataformas. In: FARIA, José Eduardo- (org.). **A liberdade de expressão e as novas mídias**. São Paulo: Perspectiva, 2020.

YEUNG, Karen. 'Hypernudge': Big Data as a mode of regulation by design. **Information, Communication & Society**, v. 20, n. 1, p. 118-136, 2017.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

ADDITIONAL INFORMATION

Editores responsáveis	
Editor-chefe	Daniel Wunder Hachem
Editor-adjunto	Luzardo Faria