

Proteção de Dados e Inteligência Artificial: Perspectivas Éticas e Regulatórias

Direitos Fundamentais e Direito Privado: a Proteção da Liberdade de Expressão nas Mídias Sociais¹

The Influence of Fundamental Rights on Private Law and the Protection of Freedom of Expression on Social Media

INGO WOLFGANG SARLET²

Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Professor Titular e Coordenador do PPGD da Escola de Direito da PUCRS, Desembargador aposentado do TJRS, Advogado.

IVAR ALBERTO MARTINS HARTMANN³

Professor e Pesquisador da FGV Direito Rio, Coordenador do Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS/FGV), Mestre em Direito Público pela PUC-RS, LL.M. pela Harvard Law School, Doutor em Direito Público pela UERJ.

RESUMO: O artigo trata sobre a proteção da liberdade de expressão e seus desdobramentos em relação aos direitos fundamentais, como a honra, a imagem, a privacidade e a propriedade, e como isso tem adquirido proeminência no debate acadêmico e jurisprudencial, em especial quando tematizado no contexto das plataformas *online* de mídia social. Objetiva-se, com isso, discutir o papel dos usuários e dos grandes grupos privados como o Google e o Facebook, designadamente acerca das suas vinculações às normas definidoras de direitos fundamentais, em um contexto marcado por uma prevalente assimetria de poder. Questiona-se, deste modo, a possibilidade e a forma de incidência dos direitos fundamentais nessa nova ambiência da internet, caracterizada pela autonomia e autorregulação dos grandes grupos privados, e que se tornou parte integrante do cotidiano, inclusive profissional, da maioria das pessoas, constituindo assim um desafio novo a ser equacionado no âmbito da dogmática constitucional. É nesse cenário que se investiga como e em que medida as normas de direitos fundamentais incidem (e devem incidir), ou seja, qual sua eficácia e efetividade nas relações entre os grandes atores, social e economicamente, e até politicamente poderosos – entre si e com a comunidade de pessoas naturais e jurídicas de usuários, o que exige igualmente um enfrentamento do problema na perspectiva de se mensurar quais os níveis de autonomia privada atribuídos aos atores da internet, e como as assimetrias de poder e *déficits* de autonomia exigem uma adequada

1 Os autores agradecem o auxílio do Msc. Italo Fuhrmann pelo auxílio na pesquisa e formatação do texto quanto aos padrões da *Revista*.

2 <<https://orcid.org/0000-0002-2494-5805>>

3 <<https://orcid.org/0000-0002-8497-6291>>

proteção e equacionamento no marco do texto constitucional. Entende-se, ao final, que uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais poderá ser adotada em casos específicos no que concerne às relações empreendidas nas plataformas de mídia social, acolhendo-se, na condição de regra geral, os postulados da teoria dos deveres de proteção, desde uma perspectiva de convivência dialógica, configurada essencialmente por uma metodologia diferenciada de resolução.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; direito privado; liberdade de expressão; plataformas de mídia social.

ABSTRACT: The article deals with the protection of freedom of expression and its consequences in relation to fundamental rights such as honor, image, privacy and property that has acquired prominence in the academic and jurisprudential debate, especially when in the context of *online* social media platforms. The purpose of this study is to discuss the role of users and large private companies such as *Google* and *Facebook*, especially the possibility that their are bound by rules that define fundamental rights, in a context marked by a prevalent asymmetry of power. We investigate the possibility and the form of incidence of fundamental rights in this new online private law relationship, characterized by autonomy and self-regulation of large private groups, which has become an integral part of the professional and personal life for millions of Brazilians, thus constituting a new challenge that constitutional law must address. We describe how and to what extent fundamental rights norms affect (and should affect) relationships between socially, economically and politically powerful digital platforms, on the one side, and the community of natural and legal users, on the other. We consider the measure of levels of private autonomy attributed to Internet actors and how power asymmetries and autonomy *deficits* require adequate protection and equation by the Constitution. In the end, it is understood that a *prima facie* direct effectiveness of fundamental rights may be adopted in specific cases with regard to the relationships undertaken on social media platforms. A differentiated methodology for solving cases such as this should be guided by the theory of protective duties, from a perspective of dialogical coexistence.

KEYWORDS: Fundamental rights; private law; freedom of expression; social media platforms.

SUMÁRIO: Introdução; I – Observações sobre a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado; II – A defesa de uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas; III – O “Código” e a autorregulação *regulada* nas plataformas privadas *online*; IV – A tutela da liberdade de expressão nas plataformas de mídia social; IV.1 A eficácia dos direitos fundamentais nas plataformas privadas *online* – Por uma metódica diferenciada de vinculação; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A incidência dos direitos fundamentais sobre os diversos ramos do Direito, em especial sobre o direito privado, tem originado significativa produção doutrinária e jurisprudencial, constituindo, sem receio de algum exagero, em um dos temas centrais da discussão constitucional atual. O tema torna-se cada vez mais complexo quando estão em causa os desafios resultantes do impacto das novas tecnologias sobre os direitos fundamentais, como dão conta, a título exemplificativo, os problemas da proteção da personalidade na internet. Basta-

ria aqui lembrar do assim chamado direito ao esquecimento, mas, em especial, as dificuldades de fazer valer os direitos fundamentais em relação às grandes plataformas digitais transnacionais, como se verifica no caso do Google e do Facebook.

Outrossim, ao passo que já há mais de meio século – inclusive no Brasil de uns 25 anos para cá com maior intensidade – se vem discutindo sobre as relações entre os direitos fundamentais e o direito privado, certo é que o debate em torno do “se” e, especialmente, do “como” se dá (ou deveria dar) a eficácia dos direitos fundamentais no que diz com o exercício da liberdade de expressão e seus limites (com destaque para a proteção de outros direitos e princípios constitucionais) e a correspondente vinculação dos atores privados na internet e nos seus subespaços, como nas redes sociais, ainda são relativamente novos e carregam consigo inúmeras perplexidades e desafios.

Os limites e possibilidades do exercício da liberdade de expressão, na condição de direito fundamental, têm sido objeto de reflexões mais intensas quando tematizado no contexto das chamadas mídias sociais. Com efeito, esse campo novo, e amplamente utilizado, das plataformas *online*, âmbito privado por excelência, tornou-se o meio mais efetivo de veiculação das opiniões e pensamentos das pessoas em geral, constituindo um desafio novo a ser investigado pela ciência do direito constitucional, relativamente às possíveis violações a direitos fundamentais num contexto marcado por uma clara assimetria de poder dos agentes envolvidos.

É justamente nesse cenário novo do ambiente virtual que se propõe uma investigação do como e em que medida as normas de direitos fundamentais incidem nas relações entre os grandes atores, social e economicamente, e até politicamente poderosos – entre si e com a comunidade de pessoas naturais e jurídicas de usuários, na perspectiva de se mensurar quais os níveis de autonomia privada são atribuídos aos atores da internet, e como as assimetrias de poder e déficits de autonomia exigem uma adequada proteção e equacionamento no marco do texto constitucional. Nada obstante o contexto novo de configuração da problemática, busca-se o amparo de teorias forjadas a partir da metade do século XX, em especial no contexto europeu, sobre a influência das normas definidoras de direitos fundamentais no âmbito do direito privado, sobretudo quando em pauta a garantia da autonomia privada e a garantia de uma proteção constitucionalmente adequada da liberdade de expressão.

I – OBSERVAÇÕES SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO DIREITO PRIVADO

A parte da teoria dos direitos fundamentais que trata da eficácia nas relações entre particulares vem se tornando objeto de boa produção doutrinária no

Brasil hodierno. A temática é tratada por influência imediata de autores constitucionais e privatistas como Mota Pinto (2007), Canaris (2003), Andrade (1987), Canotilho (2003) e Sarlet (2000)⁴. O que tais autores advogam é que os direitos fundamentais não deveriam ser considerados como estranhos às relações entre particulares.

Antes mesmo de adentrar o exame da possível eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, importa registrar que a problemática ora versada constitui, sem dúvida, um tema teórico e prático de alta relevância, ainda que nas constituições nacionais estejam gradativamente diminuindo em centralidade, bastando aqui breve referência ao fenômeno da internacionalização do Direito, que, na Europa, assume feições particularmente importantes. Soma-se a isso a crescente perda da capacidade de regulação e de tutela, mas também da capacidade de prestação do Estado e do direito estatal, também do direito constitucional, no contexto da sociedade contemporânea, como preferem alguns⁵. Todavia, justamente os conhecidos déficits de proteção e regulação verificados numa ambiência marcada pelo incremento dos poderes sociais e econômicos por parte de atores não estatais acabam, mesmo que de modo diferenciado, influenciando o debate sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, o que também alcança os direitos sociais, notadamente no que diz respeito à privatização das funções e tarefas estatais, visto que ocorre nos setores de fornecimento de energia, água, serviços de saneamento básico, telecomunicações, entre tantos outros.

Como ponto de partida para a discussão, propõe-se assumir como correta a premissa de que os direitos fundamentais são constantemente, como no caso de países periféricos como o Brasil, influenciados por grandes contrastes econômicos, sociais e mesmo culturais, ainda com maior intensidade, violados e ameaçados na esfera das relações privadas. Assim, relativamente ao “se” de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares, não se verificam objeções significativas, notadamente quando se compreende que essa eficácia não se restringe à problemática da vinculação dos particulares,

4 De forma inaugural, a tese da eficácia direta *prima facie* na dogmática constitucional brasileira foi postulada na obra *A Constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado* (2000, p. 107-162), no artigo sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, da lavra de Ingo W. Sarlet, sem prejuízo da existência de textos anteriores importantes e inovadores sobre o tema da assim chamada constitucionalização do direito privado da autoria de expressivos juristas da esfera do direito civil (mais precisamente, da Escola do Direito Civil Constitucional), como é o caso, especialmente, de Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes. Também na seara constitucional já existia quem tivesse tratado do tema, embora, até os anos 1990, de modo mais focado da apresentação da dogmática constitucional e da jurisprudência constitucional alemã predominantemente comprometida com uma eficácia indireta (mediata).

5 Sobre a influência da globalização sobre as ordens jurídicas, v., na literatura brasileira, especialmente Faria (1999). Analisando a questão já mais voltada ao impacto na esfera das relações entre a Constituição e o direito privado, vale conferir, entre outros e a despeito de algumas divergências de opinião que aqui não serão desenvolvidas, as contribuições de Teubner (2003, p. 1), bem como (embora priorizando um enfoque centrado na perspectiva europeia) Gerstenberg (2004, p. 766-786).

abrangendo a influência da Constituição sobre os atos normativos infraconstitucionais de direito privado e sua aplicação judicial (Canaris, 1999, p. 11)⁶.

De fato, o modo e a intensidade, em outras palavras, o “como” e não apenas o “se” de uma eficácia dos direitos fundamentais no direito privado, encontram-se também na dependência da concepção vigente da ordem constitucional concreta e do respectivo conteúdo e significado dos direitos fundamentais⁷. No caso do Brasil, a despeito das constantes e significativas reformas constitucionais levadas a efeito, que atenuaram em muito o caráter prevalentemente estatizante e interventivo do texto originalmente aprovado pelo Constituinte, a CF segue correspondendo mais a um modelo constitucional dirigente do que a uma Constituição do tipo “quadro” ou “moldura”, o que indubitavelmente implica limites mais acentuados à liberdade de conformação do legislador e da Administração Pública, bem como reforça a possibilidade de controle jurisdicional (Sarlet, 2010, p. 22).

II – A DEFESA DE UMA EFICÁCIA DIRETA *PRIMA FACIE* DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA DAS RELAÇÕES PRIVADAS

A CF/1988 expressamente dispôs, no art. 5º, § 1º, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Isso tem sido considerado, pela doutrina majoritária, como uma inequívoca decisão em favor de uma eficácia direta das normas de direitos fundamentais, no sentido de que todos os órgãos estatais estão obrigados a assegurar a maior efetividade e proteção possível aos direitos fundamentais (Sarlet, 2006, p. 269). Tal incumbência, por sua vez, abrange a garantia da eficácia e de efetividade dos direitos fundamentais em todos os setores da ordem jurídica e da vida social de um modo geral. Cabe aqui relembrar a conhecida lição de Jean Rivero, ao sustentar há algumas décadas que, mediante o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais, também na esfera das relações entre particulares, estar-se-á evitando a instauração de uma espécie de dupla ética social (Rivero, 1971, p. 315). Embora a formulação adotada pela Constituição brasileira de 1988 não seja idêntica ao texto da Constituição portuguesa de 1976, que, no seu art. 18, além de afirmar a aplicabilidade direta das normas de direitos fundamentais, expressamente inclui as entidades privadas no rol dos destinatários dos direitos, liberdades e garantias, a doutrina dominante no nosso País tem aceito a eficácia na modalidade direta. Todavia, isso não afasta a possibilidade de contestação dessa tese, sendo possível lançar mão das conhecidas objeções em relação a uma eficácia e vinculação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

6 Texto no qual as principais constelações foram exemplarmente apresentadas: a) normas de direito privado; b) aplicação e desenvolvimento jurisdicional; c) comportamentos de sujeitos privados.

7 No Brasil, na esteira do que na Alemanha já havia corretamente apontado Klaus Stern, tal entendimento foi recentemente recepcionado por Silva (2005, p. 107).

Recorre-se, assim, à construção dogmática elaborada por Claus-Wilhelm Canaris, e fundada substancialmente na teoria dos deveres de proteção estatais, que, sem renunciar a uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a existência, salvo previsão constitucional direta e nas hipóteses de discriminações ofensivas à dignidade humana (Canaris, 2013, p. 15-20)⁸, sustenta uma eficácia em geral indireta (Canaris, 1999, p. 51). Ainda que não seja possível aprofundar aqui os nossos argumentos, parece perfeitamente legítimo sustentar que uma vinculação direta dos órgãos estatais no âmbito dos deveres de proteção decorrentes dos direitos fundamentais não exclui a possibilidade, como já ventilado, de os particulares também estarem vinculados por determinados deveres de proteção, ainda que evidentemente não estatais, e que na esfera das relações entre particulares não exista pelo menos um dever de respeito e tolerância em relação aos direitos fundamentais dos demais sujeitos de direitos (Medeiros; Miranda, 2005, p. 157), sem prejuízo dos deveres fundamentais do cidadão, que não serão objeto de nossa atenção no momento.

Além disso, pelo que se pode observar, nem mesmo em Portugal existe um consenso a respeito da tese de uma eficácia imediata, já que, a teor de expressiva doutrina, a constatação de que os direitos fundamentais vinculam as entidades privadas não responde necessariamente a pergunta de se esta eficácia irá ocorrer de modo direto ou indireto (Andrade, 1987, p. 259). Já a fórmula textual adotada na Lei Fundamental da Alemanha, art. 1º, III, sugere, ainda mais a partir de uma exegese literal, uma eficácia em princípio indireta dos direitos fundamentais no que diz respeito às relações entre particulares, já que expressamente estabelece uma vinculação dos órgãos estatais, e a não referência aos particulares no texto do dispositivo ora mencionado tem sido considerada como excludente da possibilidade de uma vinculação direta dos agentes privados. Importante é, considerando apenas os exemplos citados, que as peculiaridades de cada ordem constitucional concreta e os seus respectivos limites textuais sejam suficientemente considerados para efeitos também do debate ora travado, que não pode dispensar um olhar sobre o direito comparado.

Em que pese a existência de outros argumentos, importa fique consignado que a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, embora alguma resistência⁹, tem sido acolhida, em termos gerais

8 Note-se que a admissão de hipóteses de uma eficácia direta tendo como parâmetro a dignidade humana na esfera das proibições de discriminação corresponde a uma relativamente recente correção da posição anterior mais restritiva adotada pelo autor, divulgada pela primeira vez por ocasião de conferência proferida em setembro de 2012, na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

9 No Brasil, como exemplo de representantes relativamente isolados da tese divergente, no sentido de que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é indireta, podem ser citados Dimoulis e Martins (2007, p. 104). Mais recentemente, uma defesa vigorosa, no campo da dogmática constitucional, foi levada a efeito por Marcelo Schenk Duque (*Direito privado e constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013) e, dentre os autores privatistas, na excelente tese de livre docência defendida na Faculdade de Direito da USP por Otávio Luiz Rodrigues Júnior, inclusive mediante perspectiva inovadora vinculada à dimensão metodológica/epistemológica, tese publicada sob o título *Direito*

e consideradas variações de maior ou menor monta, tanto em sede doutrinária quanto em sede jurisprudencial. Também o STF, na esteira de algumas decisões anteriores¹⁰, acabou por adotar, pelo menos de acordo com a tendência registrada, a tese de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Nesse caso, que de fato assume a condição de *leading case* para a matéria, a decisão versou sobre a aplicação da garantia constitucional do devido processo legal, especialmente da ampla defesa e do contraditório, na hipótese do afastamento de um sócio de uma sociedade civil, portanto, de uma entidade privada¹¹.

Ademais, a própria tese de que os direitos fundamentais geram efeitos diretos na esfera das relações entre particulares também encontra, como é do conhecimento geral, aceitação significativa em outras ordens jurídicas, ainda que importantes as variações em termos doutrinários e jurisprudenciais. Nessa direção, constituem exemplos emblemáticos Espanha e Portugal, muito embora neste caso há expressiva cisão na doutrina e o sabidamente pequeno número de decisões do Tribunal Constitucional sobre o tema. Por outro lado, o mesmo ocorre na Argentina e na Colômbia, para citarmos outros casos de países periféricos, isto sem falar na doutrina e na jurisprudência internacional. Que o reconhecimento da eficácia direta das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares exige uma pauta de soluções diferenciada também tem sido de modo geral aceito pelos seus partidários. A diversidade de efeitos jurídicos já resulta da circunstância de que os direitos fundamentais formam hoje um conjunto complexo e heterogêneo de posições jurídicas, seja no que diz com seu objeto e âmbito de proteção, seja no que concerne à sua estrutura normativa (Canaris, 2003, p. 138).

Na visão de José Joaquim Gomes Canotilho, a garantia de uma eficácia social dos direitos fundamentais, como fenômeno complexo, exige a consideração coordenada de uma multiplicidade de aspectos fáticos e técnico-jurídicos, de tal sorte que somente uma metódica suficientemente diferenciada revela-se apta a dar conta das diversas facetas do problema (Canotilho, 2003, p. 1293). Mediante esse pano de fundo e partindo do pressuposto da existência tanto de

civil contemporâneo. Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense Universitária, 2019. No direito lusitano, a defesa mais forte (em termos de ênfase) e mais consistente da refutação de uma eficácia direta foi promovida por Novais (2006).

- 10 Assim, por exemplo, as decisões no Recurso Extraordinário nº 158215-4/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, e no Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF, Relator Ministro Carlos Mario Velloso, ambas do ano de 1996, nas quais se discutiu, respectivamente, a aplicação da garantia da ampla defesa e do contraditório em caso de exclusão de sócio de cooperativa e a aplicação do princípio da igualdade às relações trabalhistas no caso de empresa estrangeira que discriminava entre empregados brasileiros e estrangeiros. Embora no bojo de ambas as decisões não se tenha discutido com mais vagar os aspectos dogmáticos envolvidos (nem mesmo a distinção entre uma eficácia direta e indireta) e a despeito das diversas críticas que já foram endereçadas ao Tribunal, acabou sendo privilegiada a tese da eficácia direta.
- 11 Cf. Recurso Extraordinário nº 201818/RJ, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, que, no seu alentado voto, sustentou a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

uma convivência dialógica entre a vinculação dos órgãos estatais e dos particulares quanto entre uma eficácia direta e indireta, segue-se sustentando que a resposta constitucionalmente adequada no caso do Brasil é a de reconhecer uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais também na esfera das relações privadas.

A circunstância de que em primeira linha há de ser considerada a opção do legislador, que, assim como o juiz que controla a legitimidade constitucional dessa opção, ao regular os casos concretos presumidamente, o faz em princípio considerando o seu dever de proteção dos direitos fundamentais e sua incidência nas relações privadas, não exclui, como advoga importante doutrina, a possibilidade de efeitos diretos e, portanto, também de uma vinculação direta dos sujeitos privados. A correta invocação dos deveres de proteção estatais neste contexto igualmente não conduz necessariamente, como já adiantado, a uma exclusão da eficácia direta, pois não afasta a possibilidade de se argumentar de modo diverso. Com efeito, é possível argumentar que, justamente pelo fato de os direitos fundamentais estarem sujeitos a violações uns dos outros, no mínimo é possível partir de um dever, juridicamente vinculativo, de respeito e não violação por parte dos sujeitos privados, é que o Estado, por estar vedado ao particular cuidar ele próprio da tutela dos seus direitos, salvo em casos excepcionais, possui um dever de proteção (Sarlet, 2000, p. 147).

A tese alternativa, de acordo com a qual apenas o conteúdo em dignidade humana dos direitos fundamentais ou mesmo o seu núcleo essencial, já que o conteúdo em dignidade nem sempre corresponde, em toda sua extensão, ao núcleo essencial dos direitos, vinculam diretamente também os particulares¹², embora atrativa e recentemente parcialmente assumida, consoante já adiantado pelo próprio Claus-Wilhelm Canaris no campo das proibições de discriminação, embora em princípio compatível com o direito constitucional da Alemanha, notadamente em função do disposto no já referido art. 1º, III, da Lei Fundamental, infere-se que não seja a melhor solução para o caso do Brasil, ao menos não como critério exclusivo.

Uma primeira objeção já poderia ser esgrimida em se considerando que uma eficácia direta pode decorrer expressamente do texto constitucional e abranger hipóteses nas quais não esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa humana. De qualquer sorte, diversamente do que dispõe a Lei Fundamental da Alemanha, a CF, como já destacado, afirma expressamente a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, o que, somado às demais razões já ventiladas, não recomenda a adoção da tese mais restritiva de que apenas o núcleo essencial ou o conteúdo em dignidade humana vinculam diretamente os particulares.

12 Assim, paradigmaticamente – para a Alemanha, Neuner (1998, p. 150).

Outra crítica que poderia ser endereçada a tal concepção é a de que a noção de dignidade humana é fluída e permite interpretação mais ou menos restritiva, ainda que possa ser um importante critério para a ponderação no caso concreto. Um exemplo de no mínimo polêmica exegese restritiva calha citar a mais recente posição de Claus-Wilhelm Canaris, para quem as desigualdades de gênero não se situariam na esfera daquelas hipóteses nas quais ele próprio passou a aceitar uma eficácia direta a partir e com base no critério da dignidade humana.

A concepção adotada pela primeira vez numa visão crítica da dogmática alemã, no sentido de uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares (Sarlet, 2000), significa, em termos gerais, que, em princípio, podem e deveriam ser extraídos efeitos jurídicos diretamente das normas de direitos fundamentais também em relação aos atores privados, não resultando obstaculizada pela falta ou insuficiência de regulação legal. Que somente as circunstâncias de cada caso concreto, as peculiaridades de cada direito fundamental, e do seu âmbito de proteção, as disposições legais vigentes e a observância dos métodos de interpretação e solução de conflitos entre direitos fundamentais, como é o caso da proporcionalidade e da concórdância prática, podem assegurar uma solução constitucionalmente adequada, resulta evidente e não está em contradição com a concepção aqui sustentada e, ainda que com alguma variação, majoritariamente defendida e praticada no Brasil. Por outro lado, ao se afirmar uma eficácia direta *prima facie*, não se está a sustentar uma eficácia necessariamente forte ou mesmo absoluta, mas uma eficácia e vinculação flexível e gradual¹³. Nesse contexto, e ressalvados outros argumentos que poderiam ser colacionados, convém aduzir que o próprio dever de conferir a máxima eficácia e efetividade às normas de direitos fundamentais há de ser compreendido, s.m.j., no sentido de um mandado de otimização, vez que a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais de um modo geral, e não apenas na esfera das relações entre particulares, não se encontra sujeita, em princípio, a uma lógica do tipo “tudo ou nada” (Sarlet, 2010, p. 28).

É precisamente em tal perspectiva que se sugere seja o problema enfrentado no que diz com a vinculação dos atores da internet aos direitos fundamentais.

As relações entre plataformas privadas de mídia social e seus usuários constituem hoje um tipo de relação entre privados não apenas extremamente comum, já que uma parcela majoritária da população brasileira utiliza redes sociais, mas também sensível à questão da eficácia de direitos fundamentais

13 Cf. também aponta Steinmetz (2005, p. 212). Aproximando-se do modelo de três níveis preconizado por Alexy e sustentando uma eficácia gradual, com base na distinção entre princípios e regras, v. Silva (2005, p. 132). Vale aduzir que em Portugal tal concepção defendida desde 2000 foi adotada por Corrie (2005, p. 86) mediante expressa referência à obra.

porque essas plataformas transformaram-se no principal veículo de expressão desses usuários. Se no passado os espaços de manifestação do cidadão comum eram principalmente públicos – ruas, praças, prédios públicos –, hoje são quase exclusivamente privados (Sauter, 2014). Trata-se de redes sociais, *blogs*, espaços de comentários em *sites* comuns, fóruns e assim por diante, sempre hospedados ou mantidos por empresas privadas com finalidade lucrativa. A relevância do direito privado – nesse contexto – mas também de sua inserção no marco normativo constitucional (de múltiplos níveis), é, talvez ainda mais, muito mais do que outrora, decisivo para o debate público no Brasil e no resto do mundo. É, portanto, preciso avaliar se, e de que forma, as normas de direitos fundamentais vinculam essas relações de modo a proteger a liberdade de expressão e outros direitos.

III – O “CÓDIGO” E A AUTORREGULAÇÃO *REGULADA* NAS PLATAFORMAS PRIVADAS *ONLINE*

Compreender a maneira como a tecnologia opera no contexto das plataformas privadas *online* exige aceitar que o Direito e o mercado não são as únicas formas de restringir condutas humanas, conforme bem explicou Lawrence Lessig em um clássico trabalho publicado há duas décadas (Lessig, 1998). O Direito é a mais óbvia, operando as restrições por meio de regras. Porque são passíveis de descumprimento, é necessário determinar e aplicar punições para a não observância dessas regras. O mercado também restringe condutas, embora o Direito não proíba: um professor de ensino fundamental, *a priori*, não poderia comprar uma cobertura no bairro do Leblon. As leis da natureza também limitam o que os homens podem ou não realizar. Nenhum ser humano consegue voar em razão da gravidade. Tampouco há necessidade de processos de adjudicação para controvérsias acerca do descumprimento da lei da gravidade, pois não existe a possibilidade de desrespeitá-la.

Nesse sentido, a quarta e última forma de regulação elencada por Lessig é similar às leis da natureza, mas, ao invés das leis do mundo natural, aborda as leis do mundo virtual. É inegável que uma regulação foi viabilizada ao passar do tempo pelas modificações na estrutura física e programática da internet. Lessig defende que esse plano técnico, que ele denomina simplesmente de “código”, configurado por engenheiros, é exatamente uma forma de regulação, tanto quanto a lei. A arquitetura do mundo virtual restringe o que o internauta pode ou não fazer. A arquitetura de redes sociais é cada vez mais um elemento de decisões privadas que, de forma mais ou menos visível, determina de maneira decisiva o grau de liberdade de expressão dos usuários (Denardis, 2012). Dentro dessas plataformas, as possibilidades do que pessoas podem ou não expressar, o quando e o como estão delimitadas pelo código. Se, por exemplo, uma rede social decidisse que ninguém poderá se manifestar após a meia noite e antes das seis da manhã, essa regra embutida na arquitetura do sistema tornaria sua viola-

ção simplesmente impossível. Se a decisão da plataforma fosse de proibir toda e qualquer foto de ser postada, tampouco haveria chance de descumprimento por qualquer usuário.

Por um lado, isso garante um controle *ex ante* do respeito às normas, na medida em que a forma como é desenhado o código define o que o indivíduo consegue faticamente fazer, e não o que ele deve ou não fazer, juridicamente¹⁴. Mas o aumento do controle pelo Estado implica um afastamento de formas democráticas de normatização. Lessig alerta, portanto, para a possibilidade de o código ser usado como forma de regulação opressiva pelo Estado, hipótese que sugere uma preocupação ainda maior com uma coparticipação e liderança de atores da sociedade civil, ao menos em algumas das camadas regulatórias¹⁵. A autorregulação é justamente uma dessas camadas.

Entrementes, Tim Wu (2003) trata da força do código sob um outro olhar, reconhecendo a função apontada por Lessig, mas indicando ainda outra, que de certa forma opõe-se à garantia de cumprimento da regulação, ou autorregulação. Para Wu, o código é também uma ferramenta antirregulatória que pode ser usada por determinados grupos para diminuir o custo do cumprimento da lei, gerando a obtenção de uma vantagem (Wu, 2003, p. 682). Os grupos que não desejam cumprir a lei têm duas opções: mudá-la ou evitá-la. A primeira opção é política e requer grande capacidade de organização e, principalmente, poder econômico para o *lobby* necessário a obter uma mudança da lei. Já aqueles que não têm o poder econômico ou a capacidade de organização utilizam mecanismos para evitar o cumprimento da lei. Nesse contexto, “evitar o cumprimento da lei” significa contornar o respeito a uma lei do Direito por meio de mudanças no código. Mas é crucial ressaltar que, enquanto as leis jurídicas podem ser violadas sem que tenham sido modificadas, as leis do código e da arquitetura da rede somente podem ser alteradas, mas nunca descumpridas sem alteração (Lessig, 2006, p. 7).

Observe-se a evidência que o número de pessoas capazes de alterar o código clandestinamente para “descumpri-lo” é muito inferior ao número de pessoas capazes, ainda que não tenham o intuito de descumprir as leis jurídicas. Essa assimetria traz maior complexidade a esse contexto de regulação pelo código. Mas as alterações não clandestinas das regras do código são ainda mais decisivas nesse panorama.

14 “Regulation in cyberspace is, or can be, different. If the regulator wants to induce a certain behavior, she need not threaten, or cajole, to inspire the change. She need only change the code—the software that defines the terms upon which the individual gains access to the system, or uses assets on the system.” (Lessig, 1996, p. 1407)

15 “If cyberspace were to become this perfect technology of technology and democracy, then there would be little reason to worry. But a perfect technology of control does not entail a perfect technology of justice, and it is this that commends a continued check.” (Lessig, 1996, p. 1411)

Apenas o Estado produz e modifica leis jurídicas. As leis do mundo natural sequer são passíveis de mudança. Mas as leis da arquitetura da internet e seus subespaços, como as redes sociais, são criadas e modificadas muitas vezes unilateralmente por grupos privados ou empresas como Google e Facebook.

IV – A TUTELA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS PLATAFORMAS DE MÍDIA SOCIAL

Para além de escolhas privadas sobre a arquitetura, essas empresas fazem escolhas também sobre o que é permitido ou não expressar em suas redes. E essas escolhas não se limitam a proibir manifestação considerada ilegal pelo ordenamento jurídico do país no qual se encontra o usuário da rede social. As empresas proíbem muito mais, porque, além do cumprimento da lei, possuem outro incentivo de natureza comercial. Anunciantes preferem um espaço privado de comunicação que seja ameno, esterilizado e sem controvérsias. Os usuários também têm preferências em relação à remoção de determinados tipos de manifestações nem sempre ilegais em todos os países, como nudez ou discurso de ódio, e suas vontades podem influenciar indiretamente as escolhas dessas plataformas. Mas o interesse comercial é uma razão central para que empresas privadas de mídia social proíbam manifestação que não é ilegal e, portanto, limitem a liberdade de expressão muito além do exigido pela lei. Ao criar e gerir ambientes de comunicação sujeitos à regulação ampla pela arquitetura e, também, por regras de conduta unilateralmente preestabelecidas, essas empresas atuam como novos governantes do mundo digital e tentar aplicar institutos jurídicos desenvolvidos em um contexto antigo de meios de comunicação em massa é infrutífero (Klonick, 2018).

Uma parte dessa governança é a moderação de conteúdo. As empresas de mídias e plataformas digitais criaram processos decisórios elaborados para julgar *posts*, fotos e vídeos denunciados por seres humanos no sistema de “*flagging*” (Crawford; Gillespie, 2016) ou identificados mecanicamente por sistemas de filtragem por inteligência artificial (Perel; Elkin-Koren, 2016). Uma vez que uma determinada manifestação seja separada para análise e julgamento, é muito comum que pessoas contratadas por essas empresas ou – talvez mais frequentemente – terceirizadas em países como Índia e Filipinas sejam responsáveis por adjudicar se se trata de violação dos termos de conduta passível de remoção da manifestação ou se ela está adequada a essas regras. Dois elementos dessa prática precisam ser ressaltados. Primeiro, essa atividade é incrivelmente similar àquela de um juiz de primeira instância que, após provocação por uma pessoa ofendida, avalia se a manifestação do suposto ofensor está protegida pela liberdade de expressão. Segundo, as pessoas que executam essa atividade para o benefício de plataformas privadas passam o dia inteiro visualizando o que há de mais abjeto e tortuoso produzido pela sociedade – pedofilia, decapitações promovidas por terroristas, animais sendo torturados – com pouco ou

nenhum suporte psicológico e em condições precárias de trabalho, constituindo um exemplo preocupante de trabalho de colarinho azul no século XXI (Roberts, 2019).

Consoante o panorama delineado, é possível perceber o peso da atuação na internet de entes privados sobre o exercício de direitos fundamentais como a liberdade de expressão, o acesso à informação, a privacidade, a honra e a propriedade intelectual. Plataformas privadas atuam nesse cenário como entes estatais que definem e aplicam unilateralmente as regras sobre o que pode ou não ser dito, efetivamente influenciando os limites da liberdade de expressão em diferentes países muito mais do que a legislação ou o Judiciário local. Adicione-se a isso o fato de que essa governança é feita com pouca ou nenhuma transparência. Se, como resultado da decisão de um algoritmo, o Facebook ou Google decidem mostrar para um usuário a notícia X e, para outro, a notícia Y, individualizando a experiência e o consumo de informação de cada pessoa na internet a partir de critérios que ninguém conhece e cujos resultados não temos como prever, isso demonstra uma séria impossibilidade de *accountability* (Tufekci, 2015). As empresas de mídias sociais operaram muito tempo com poder demasiado sobre a comunicação em cada sociedade com incentivos jurídicos e comerciais para restringir a liberdade de manifestação e sem incentivos para protegê-la (Tushnet, 2007).

A literatura discute possibilidades diversas de combater o problema. No campo do direito concorrencial, fica claro que as gigantes da mídia social gozam de um conjunto de poderes privilegiados até em comparação com outras empresas em posições de monopólio, especialmente porque têm a capacidade de influenciar, de maneira decisiva, o debate público de uma forma que montadoras de carros ou grandes varejistas, por exemplo, jamais teriam condições de fazer (Zingales, 2019). Sua posição dominante e paraestatal no controle da manifestação pública pode ser restringida a partir do reconhecimento de sua posição dominante no mercado (Pasquale, 2016).

Nossa posição é de que a melhor alternativa é a autorregulação regulada. Ou seja, é aceitável que as plataformas possuam alguma autonomia na gestão da manifestação, mas um controle externo não pode ser descartado. É preciso, portanto, delimitar as características e condições desse controle. Dado o volume de centenas de milhões de manifestações disseminadas em redes sociais no Brasil, não é possível que o campo mais relevante de disputa da liberdade de expressão, honra e imagem, ou mesmo de coibição do discurso de ódio, seja, no futuro, a moderação do conteúdo pelo Judiciário. Ademais, segundo Hartmann (2018), nesse cenário não faz sentido que o Judiciário realize a ponderação entre a liberdade de expressão e o direito à honra ou imagem em casos nos quais, em razão das características da circulação da informação em uma sociedade-rede, o suposto ofendido tem capacidade comunicativa igual ou até

maior do que o suposto ofensor. Tal critério – aqui expressando aqui a opinião do autor Ingo Wolfgang Sarlet – deve ser compreendido e aplicado de modo cauteloso e em regra não exclusivo – porquanto a assimetria de poder social e econômico é multidimensional e, no concernente à capacidade comunicativa, dependente de diversos fatores, a serem cuidadosamente inventariados e analisados. Assim, ainda de acordo com o entendimento de Sarlet, trata-se de elemento adicional importante a ser levado em conta quando da aferição da assimetria de poder entre os diversos atores envolvidos e a maior ou menos intensidade de incidência de deveres de proteção estatais.

Tanto sob o ponto de vista do volume de manifestações avaliadas quanto sob o aspecto da complexidade jurídica, o futuro está na regulação e em decisões sobre a estrutura e procedimentos que afetam os espaços de manifestação (Balkin, 2004). Quando essa regulação se dá pelo código envolvendo conteúdo produzido pelos próprios consumidores, o paradigma de autorregulação precisa ser revisto. Mas qual é o papel do direito constitucional nesse contexto novo? Mais especificamente, há balizas para a regulação empreendida pelas redes sociais quando impinge na liberdade de expressão? Se uma plataforma remove manifestações que não são ilegais, o que fazer?

Como explicitamos anteriormente nesse artigo e seguindo a posição pioneira de Sarlet, é preciso reconhecer uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais, especialmente da liberdade de expressão, nas relações entre plataformas digitais privadas e seus usuários, o que jogaria luzes peculiares sobre o problema da autorregulação praticada pelas empresas.

Segundo Daniel Sarmento (2010), sobre a preponderância da eficácia indireta ou direta, vale a defesa de critérios para aplicação da eficácia direta ao caso concreto. É critério especialmente útil no campo da moderação da liberdade de expressão por plataformas privadas a desigualdade material, expressa nesse contexto pela diferença de poder entre, por exemplo, o Facebook e um usuário isolado. Para o autor:

Um dos papéis essenciais dos direitos fundamentais é a proteção da pessoa humana contra o poder. Por isso, como já destacado antes, uma das razões para a extensão destes direitos às relações entre particulares é exatamente a constatação empírica de que, na sociedade contemporânea, existem inúmeros outros polos de poder além do Estado, que podem oprimir o indivíduo. (Sarmento, 2010, p. 264)

Tal posição alinha-se também com a tese advogada por Ingo W. Sarlet no sentido de que a maior ou menor “verticalidade” (posição prevalente de poder social/econômico de um dos entes privados em relação a outro) é determinante para acionar diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas e na maior necessidade de levar a sério e concretizar o dever de proteção esta-

tal, inclusive – e nesse caso especialmente – do Poder Judiciário (Sarlet, 2000, p. 154 e ss.).

Existem diversas áreas nas quais o reconhecimento da vinculação de plataformas privadas *online* aos direitos fundamentais orienta escolhas legislativas, por meio da eficácia indireta, e opções pontuais ou decisões judiciais, por meio da eficácia direta. Entre estas, aquela com maior impacto social é certamente a responsabilidade civil dos intermediários na internet. 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.

A responsabilidade civil de intermediários *online* é um campo específico no qual existe já significativa produção acadêmica e jurisprudencial. Não se pretende aqui discorrer sobre os méritos das opções disponíveis ao legislador ou, diante do vácuo legislativo, existente durante muito tempo no Brasil, aos tribunais. Com efeito, o STF reconheceu a repercussão geral da matéria e, posteriormente, o Marco Civil da Internet adotou a regra da responsabilidade após notificação judicial. Importa apenas observar que essa foi uma boa escolha para o País¹⁶, pois constitui um balanceamento muito melhor da vinculação de empresas privadas que hospedam conteúdo aos direitos fundamentais à liberdade de expressão de quem postou, e a privacidade, honra ou imagem de quem se sentiu lesado. A regra da responsabilidade após notificação extrajudicial estabelecida pelo legislador norte-americano no contexto da proteção da propriedade intelectual acabou criando incentivos para a censura excessiva por parte das plataformas como forma de reduzir o risco do dever de indenizar¹⁷.

Outro critério arrolado por Sarmento é a natureza do direito fundamental das partes envolvidas em cada polo. Isso porque “a tutela da autonomia privada no que se refere ao que chamamos de questões existenciais é muito mais intensa do que a conferida às decisões de caráter econômico-patrimonial” (Sarmento, 2010, p. 267). Dito de outra forma, é preciso dar maior peso à liberdade de expressão do usuário e outros direitos da personalidades, que aos interesses econômicos da plataforma na manutenção de seus anunciantes, respeitando-se sem-

16 “The ‘notice and take-down’ system, however, is flawed because it allows arbitrary removal of content based on a simple complaint made by the interested person, without the necessary due process of law. Furthermore, it is a system that condones censorship, temporary or permanent, or else intimidates or restricts freedom of expression.” (Mulholland, 2017, p. 179)

17 Citando diversos estudos de casos e levantamentos, ver Seltzer (2010, p. 171). A autora alerta para um cenário ainda pior no caso da adoção da responsabilidade relativa do intermediário: “Moreover, the chilling effect analysis indicates that over-deterrence is a problem deeper than the DMCA notice-and-takedown regime; it is a problem endemic to copyright law and its secondary liabilities. As copyright expands in scope, time, and breadth, its erroneous application and the chill of secondary liability assume greater significance” (p. 227).

pre o dever de acomodação proporcional (concordância prática no sentido de Konrad Hesse) dos direitos e interesses de hierarquia constitucional envolvidos.

Um terceiro critério refere-se à eficácia direta de respeitar a diversidade política e cultural: isso não pode resultar em imposições que nivelem por baixo a heterogeneidade de valores, crenças e pontos de vista. As políticas de conduta ou termos de uso de redes sociais frequentemente impõem limitações homogeneizadoras e puritanas em uma aparente busca utópica por um ambiente asséptico no qual ninguém se choca com a diferença do próximo, porque ela é apagada. Um exemplo ilustrativo é a suspensão de usuários do Facebook por terem compartilhado fotos de aborígenes seminus. As fotos não se adequavam aos padrões de decência e, portanto, violavam os *standards* da comunidade da rede social¹⁸. Nesse contexto, a lição de Sarmento tem aplicação especialmente pertinente. Anos antes da popularização das redes sociais, já havia o autor afirmado que:

A incidência dos direitos fundamentais no campo privado deve respeitar o pluralismo social, abstendo-se de impor padrões homogêneos e “politicamente corretos” de conduta para as pessoas e entidades intermediárias da sociedade civil, o que atropelaria as respectivas identidades culturais. (Sarmento, 2010, p. 329)

Nessa linha, também aciona a possibilidade do reconhecimento de eficácia entre privados a heteronormatividade que ancora muitas políticas e decisões pontuais de plataformas *online* ao buscar produzir um ambiente “familiar”. O Facebook já incorreu no erro diversas vezes¹⁹. Essa prática mostra a necessidade de reconhecer a vinculação das plataformas privadas, não apenas ao direito de igualdade, no sentido de barrar discriminações, mas também à liberdade de expressão. A Constituição brasileira, portanto, impõe limites à censura praticada por redes sociais de manifestações de seus membros.

Ainda um quarto critério é “a proximidade da relação jurídica entre particulares da esfera pública” conforme sugerido por Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 188). Nesse caso, a ligação profunda entre a prática democrática e o exercício da liberdade de expressão em uma comunidade torna a questão peculiarmente central à esfera pública e, portanto, tende a autorizar o reconhecimento da vinculação dos gestores das plataformas privadas ao direito fundamental de liberdade de expressão. A ligação profunda embasa clamores por uma intervenção ou reconsideração da autonomia absoluta das plataformas

18 Facebook’s censorship of Aboriginal bodies raises troubling ideas of “decency”. *The Guardian*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/23/facebook-censorship-topless-aboriginal-women>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

19 Por exemplo, em 2011: Facebook Apologizes For Censoring Gay Kiss Photo. Huffpost. Disponível em: <http://www.huffpostbrasil.com/entry/facebook-gay-kiss_n_850941>. Acesso em: 31 jan. 2018. Em 2013, essa foto constava da página do maior jornal brasileiro: Facebook Deletes Folha’s Post on Gay “Kiss-in”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/internacional/en/brazil/2013/07/1315835-facebook-deletes-fohas-post-on-gay-kiss-in.shtml>>.

privadas de comunicação mesmo em países como Estados Unidos, onde a saída seria juridicamente mais complexa diante da *state action doctrine* (Kaye, 2019).

A aplicação da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares apenas no âmbito da defesa da dignidade da pessoa humana, conforme sustenta, na Alemanha, Jörg Neuner (1998, p. 150 e ss.), parece ser um bom exemplo de uma convivência dialógica entre a eficácia indireta e direta no contexto da vinculação dos atores privados nas plataformas de mídia social, mesmo que as diferenças entre aquele sistema constitucional e o nosso não permitam uma transposição tão simples dessa concepção (Sarlet, 2000, p. 149). Aqui é relevante a conexão entre, de um lado, o caráter definidor da identidade individual que possuem a liberdade de expressão, a imagem e a privacidade, todos ligados à questão do discurso do ódio e, de outro lado, a dignidade.

Mas é preciso compreender os papéis desempenhados pelo Estado e pelos diferentes atores privados na internet. Lessig aponta que a concepção da internet se deu por engenheiros e acadêmicos avessos ao controle, e circunscrita ao objetivo do exército de criar uma rede descentralizada. Sua configuração, seu código, como resultado disso, foi estruturado de maneira que resultou no ambiente livre e democrático dos primeiros anos da popularização da *World Wide Web*. No entanto, a partir do momento em que o interesse comercial de grandes empresas entrou na equação, tudo indica que o código passa a ser alterado para permitir certos privilégios de determinados entes com mais recursos financeiros.

A relação desse temor com a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares está em que por vezes o Estado incentiva, pressiona ou até força as empresas de telecomunicações, provedoras de acesso, fornecedoras de conteúdo, a realizarem essas modificações no código, sendo o Poder Público apenas mediatamente o violador da liberdade de acesso. Em outros casos, empresas detentoras de direitos autorais pressionam redes sociais como o Youtube a adotar regras na sua arquitetura que protejam a propriedade intelectual, ainda que ao custo de toda e qualquer liberdade de expressão.

IV.1 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS PLATAFORMAS PRIVADAS ONLINE — POR UMA METÓDICA DIFERENCIADA DE VINCULAÇÃO

Tendo em vista a complexidade dos problemas associados às iniciativas de autorregulação na internet, parece premente repensar o tipo de eficácia a ser aplicado para as relações entre particulares nesse contexto. Vagias Karavas (2007) traz contribuições arrojadas, enumerando vários sistemas novos de eficácia de direitos fundamentais na sociedade-rede. Para o autor, mesmo a teoria dos deveres de proteção de Claus-Wilhelm Canaris resulta em uma proteção estatal por meio da proibição de excesso e proibição de insuficiência que tra-

ria falhas ao contemplar o indivíduo apenas como objeto de uma política de proteção pública e não como um responsável coautor do Direito ou como um solucionador de problemas (Karavas, 2007, p. 80). Os usuários devem ser vistos como agentes definidores de regras perante as plataformas virtuais tanto quanto o reverso (Hartmann, 2017).

Karavas ainda contribui com as proposições de três teóricos. A primeira é a de uma “polyarquia”, oferecida por Oliver Gestemberg: um novo entendimento da democracia. A produção de normas é feita de maneira autônoma e não por instâncias superiores ou por meio da delegação de competências. Os direitos fundamentais, graças à proteção do Judiciário, desempenham o papel de garantidores das chances de participação nesse processo de produção privada do Direito. A segunda, oferecida por Karl-Heinz Ladeur, condiciona uma atuação judicial possivelmente mais ampla que na “polyarquia” ao respeito à racionalidade própria dos particulares, em uma conciliação entre as necessidades da comunicação e a autorregulação da sociedade privada²⁰. A terceira proposição foi oferecida por Gunther Teubner e trata da compreensão dos direitos fundamentais, também no âmbito privado, como não só direitos subjetivos, mas garantias institucionais de pluralidade de discurso na sociedade, como asseguradores da riqueza estrutural da sociedade, a partir da constatação de que a produção normativa por uma autoridade não é capaz de solucionar os conflitos sociais.

A ser considerado (ao menos em linha de orientação possível) é o alerta de Thomas Vesting de que o Tribunal Constitucional alemão ainda não sabe como reagir a um sistema de telecomunicações que não tem o Estado como centro supremo, mas sim reflete um novo modelo de sociedade acêntrica. O Tribunal poderia então concentrar-se apenas em dar suporte e estabilização aos processos de auto-organização e autorregulação, mesmo que isso implique correção de certas falhas (Vesting, 2001, p. 239-240). No campo da liberdade de expressão, Jack Balkin vê a questão de maneira semelhante. Para ele:

The model of judicial protection of individual rights remains crucially important in the digital age. But it will not be able to protect freedom of speech fully. [...] A healthy and well-functioning system of free expression depends on technologies of communication and a public ready and able to use those technologies to participate in the growth and development of culture. (Balkin, 2004, p. 51-52)

20 “Als Netzwerk sollten in einer rechts- und sozialwissenschaftlichen Perspektive primär nicht-hierarchische Beziehungen zwischen privaten oder öffentlichen Akteuren, Ressourcen und Entscheidungen verstanden werden, deren Selbstkoordination emergente, nicht unabhängig von Prozess ihrer Hervorbringung denkbare Regeln, Handlungsmuster und Erwartungen erzeugen kann“ (Ladeur, 2009, p. 175). Para o autor, o Estado pode, assim, “durch strategische Intervention, als Moderator oder ‚knowledge-broker‘ den Varietätspool den Relationierungsmöglichkeiten erweitern und damit die ‚Kollektive Intelligenz‘ von Netzwerken steigern – ohne genau zu wissen, was am Ende herauskommen wird“ (p. 176).

Apesar de algumas insuficiências das teorias clássicas de eficácia entre particulares, no contexto do cyberspaço, apontadas por Karavas e outros autores, parece ser o melhor caminho no momento o uso concomitante, na esteira de uma convivência dialógica há pouco defendida, da eficácia indireta como regra e da eficácia direta em casos específicos. Ou seja, aplica-se a teoria dos deveres de proteção de Canaris (Canaris, 2003, p. 56), sendo função do legislador produzir as determinações normativas específicas para garantir a proteção necessária dos direitos fundamentais dos autorreguladores, e daqueles sujeitos aos efeitos dessa autorregulação, respeitando os limites da proibição de proteção excessiva e proibição de proteção insuficiente, conforme orienta Sarlet (2005, p. 325-386), designadamente mediante deveres estatais de proteção por meio de normas procedimentais e organizatórias.

Por outro lado, em algumas das situações acima apresentadas, é salutar a aplicação da eficácia direta na medida em que determinados entes, como redes sociais privadas, restam em posição assimétrica na relação com usuários, dando azo a abusos violadores do núcleo essencial de direitos como a liberdade de expressão, mas também de outros direitos fundamentais e, em especial, quando se tratar de evidentes violações da dignidade da pessoa humana. Essa argumentação, sustentada pela proposição de solução diferenciadora Sarlet (2000, p. 147) e Canotilho (2003, p. 1253), deve levar em conta, todavia, que as relações de dominância verificáveis na sociedade, que serviriam de base para uma aplicação diferenciada da eficácia entre os diferentes entes privados, não se transpõem imutadas para a sociedade-rede. Isso não significa que não haja assimetria e, acima de tudo, que o núcleo essencial de determinados direitos fundamentais não reste por vezes ameaçado. O sublinhado aqui não é a necessidade de revisão judicial de cada *post*, foto ou vídeo em redes sociais: essa tarefa imediata de moderação está sendo e deveria continuar sendo feita por entes privados em um contexto de autorregulação, especialmente como uma maneira de garantir maior autonomia da liberdade de expressão em face do Estado, como bem observado também por Binenbojm (2016, p. 310).

Outrossim, é preciso considerar, como já adiantado, que o melhor caminho não é o de uma regulação fechada, mas sim o de uma assim designada autorregulação regulada²¹, tópico que aqui não pode ser desenvolvido. Por outro lado, eventuais medidas tomadas com esse objetivo não podem implicar violação, por conta de uma intervenção juridicamente ilegítima na esfera de proteção de outros direitos humanos e fundamentais, como é o caso, em primeira linha, da liberdade de expressão e de informação, à qual deve ser assegurada uma posição de proeminência.

21 Sobre o tema, v., por todos, HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Selbstregulung, Selbstregulierung und regulierte Selbstregulierung im digitalen Kontext. In: FEHLING, Michael; SCHLIESKY, Utz (Ed.). *Neue Macht- und Verantwortungsstrukturen in der digitalen Welt*, Baden-Baden: Nomos, 2016. p. 27-52.

Todavia, considerando a ausência de fronteiras que caracteriza o ambiente digital e as dificuldades técnicas de levar a efeito um controle mais rígido com base num modelo de natureza sancionatório, a maior aposta deve ser feita na esfera preventiva. Apenas a inclusão digital (incluindo a capacitação para o uso responsável da internet) e a difusão de uma cultura do respeito e da tolerância, bem como eventualmente a criação de um Pacto Internacional para a Proteção dos Direitos Humanos na Internet²², não possuem o condão de solucionar em caráter amplo e definitivo os conflitos e as violações gerados nas relações empreendidas no ambiente virtual.

Com efeito, o marco normativo brasileiro não contempla legislação específica sobre o tema, mas sim um conjunto de documentos com lacunas de regulação. Existem, todavia, regulações específicas para o conteúdo na internet, em especial no contexto europeu. É nesse cenário que se situa a polêmica em torno do assim chamada *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (GNEA) aprovado pelo Parlamento alemão em 01.09.2017, com o escopo de coibir e reprimir discursos ofensivos, discriminatórios e a incitação à violência na rede²³. Note-se que, entretantes, em 09.07.2019, foi aprovada, na França, lei que, inspirada diretamente no *German Network Enforcement Act*, obriga as redes sociais a retirarem conteúdos que veiculem discurso do ódio da internet. Não sendo escopo do presente ensaio, aqui se deixa de adentrar o exame de tais diplomas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em conta a relevância, complexidade e atualidade do tema, o presente texto pretendeu fundamentar e fomentar a discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais em relação a particulares no contexto das relações empreendidas nas assim chamadas plataformas privadas *online*. Aponta-se que empresas como Facebook e Google não têm inteira liberdade na elaboração e aplicação, seja pelo código, seja pela governança humana, de regras que restringem a liberdade individual de expressão de seus usuários. Há limites, e eles podem (e devem, à vista dos deveres de proteção estatais em relação aos direitos fundamentais) ser reconhecidos por decisões judiciais que possam servir de paradigma para a moderação generalizada. O Judiciário tem, assim, um papel essencial de apontar ajustes necessários em sistemas privados de regulação da manifestação de opinião, mas não tem condições fáticas, e nem é conveniente, do ponto de vista pragmático, realizar ele mesmo – ao menos em regra – a avaliação em cada caso isolado.

22 Nesse sentido, v. a *Charter of Human Rights and Principles for the Internet* (<<http://internetrightsandprinciples.org/wpcharter>>), que, embora não seja de caráter vinculante, pode servir como um ponto de partida.

23 Para ler o conteúdo da lei: <<https://www.buzer.de/s1.htm?g=Netzwerkdurchsetzungsgesetz+-+NetzDG&f=1>>. Acesso em: 1º out. 2018.

Com base em todos os argumentos colacionados, é possível inferir que os direitos fundamentais, pelo menos de acordo com o entendimento prevalente na ordem jurídico-constitucional brasileira, geram efeitos diretos *prima facie* no âmbito das relações privadas, o que, além de pressupor uma metódica diferenciada, inclusive no âmbito das plataformas de mídia social, também implica o reconhecimento de uma relação de complementariedade entre a vinculação dos órgãos estatais e a vinculação dos atores privados aos direitos fundamentais, que também se verifica em relação ao modo pelo qual se opera essa eficácia. Nesse contexto, importa lembrar aqui as sempre atuais lições de Vasco Pereira da Silva, no sentido de que, independentemente do modo pela qual se dá, em concreto, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, entre as normas constitucionais e o direito privado o que se verifica não é um abismo, mas uma relação pautada por um contínuo fluir (1987, p. 46), o que apenas reforça a tese da necessidade de uma metódica diferenciada, amplamente adotada no Brasil, em que pesem algumas variações de autor para autor e na seara jurisprudencial.

Acima de tudo, resulta importante destacar que, entre os possíveis extremos de uma “civilização do direito constitucional e uma constitucionalização do direito civil” (Canotilho, 2001), seja possível trilhar um caminho intermediário, no sentido da já lembrada e prudencial “metódica diferenciada” proposta pelo autor, pautado também, mas não só, pela proporcionalidade e razoabilidade, evitando-se aqui os efeitos nefastos de uma leitura fundamentalista da Constituição, mas especialmente dos princípios e dos direitos fundamentais (Schier, 2007, p. 259). Caso isto seja alcançado, acredita-se ser uma meta perfeitamente atingível e viável contornar os, em parte justificados, receios de Konrad Hesse²⁴ ao se pronunciar em relação a uma eficácia direta e irrestrita dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que também pode ser transposto aos atores privados no caso das plataformas de mídia *online*. Em face do exposto, é possível fechar o texto lembrando a assertiva – aqui transcrita literalmente – de Sarlet (2000, p. 160), no sentido de que com o reconhecimento – e adequado manejo – da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas – “tanto a Constituição, os direitos fundamentais, mas também o direito privado, nada terão a perder, porém muito a ganhar”.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

24 De acordo com Konrad Hesse, mediante um reconhecimento generalizado de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares o direito privado, pouco teria a ganhar e os direitos fundamentais muito teriam a perder (Hesse, 1995, p. 67).

- BALKIN, Jack M. *Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society*. Faculty Scholarship Series, 2004.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 142, 1999.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia*. Ordenação. Regulação. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *Grundrechte und Privatrecht – eine zwischenbilanz*. De Gruyter, 1999.
- _____. Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação no sistema do direito privado. *Direitos Fundamentais & Justiça*, a. 7, n. 22, p. 15-20, jan./mar. 2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CITRON, Danielle Keats. Technological Due Process. *Wash. U. L. Rev.*, v. 85, 2008.
- CLAPHAM, Andrew. *Human rights in the private sphere*, Oxford, 1993.
- COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CRAWFORD, Kate; GILLESPIE, Tarleton. What is a flag for? Social media reporting tools and the vocabulary of complaint. *New Media & Society*, v. 18(3), 2016.
- CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra, 2005.
- DENARDIS, Laura. Hidden levers of internet control. *Information, Communication & Society*, n. 15, 2012.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição*. Drittwirkung dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GERSTENBERG, Oliver. Private law and the new european constitutional settlement. *European Law Journal*, v. 10, n. 6, 2004.
- HARTMANN, Ivar Alberto. Let the users be the filter? Crowdsourced filtering to avoid online intermediary liability. *Journal of the Oxford Centre for Socio-Legal Studies*, v. 2017, n. 1, 2017.
- _____. Liberdade de expressão e capacidade comunicativa: um novo critério para resolver conflitos entre direitos fundamentais informacionais. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, p. 145-184, 2018.
- HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.
- KAYE, David. *Speech police: the global struggle to govern the internet*. Columbia Global Reports, 2019.
- KARAVAS, Vagias. *Digitale Grundrechte*. Elemente einer Verfassung des Informationsflusses im Internet. Baden-Baden: Nomos, 2007.

- KLONICK, Kate. The new governors: the people, rules, and processes governing online speech. *Harvard Law Review*, n. 131, 2018.
- LADEUR, Karl-Heinz. Der Staat der “Gesellschaft der Netzwerke”. Zur Notwendigkeit der Fortentwicklung des Paradigmas des “Gewährleistungsstaates”. *Der Staat*, 2, 2009.
- LESSIG, Lawrence. The new Chicago school. *The Journal of Legal Studies*, v. 27, n. 2, jun. 1998.
- _____. The zones of cyberspace. *Stanford Law Review*, v. 48, No. 5, May, 1996.
- _____. *Code*. Version 2.0. New York: Basic Books, 2006.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, v. I, 2005.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Secondary liability of service providers in Brazil: The effect of the civil rights framework. In: DINWOODIE, Graeme B. (Ed.). *Secondary Liability of Internet Service Providers*, Cham: Springer, 2017.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- _____. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- NEUNER, Jörg. *Privatrecht und Sozialstaat*. München, 1998.
- _____. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado alemão. In: SARLET, Ingo; NEUNER, Jörg; MONTEIRO, António Pinto. *Direitos fundamentais e direito privado*. Uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.
- PASQUALE, Frank. Platform neutrality: enhancing freedom of expression in spheres of private power. *Theoretical Inquiries L.*, v. 17, 2016.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PEREIRA DA SILVA, Vasco M. P. D. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*, n. 82, 1987.
- PEREL, Maayan; ELKIN-KOREN, Niva. Accountability in algorithmic copyright enforcement. *Stanford Technology Law Review*, v. 19, 2016.
- PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: SARLET, Ingo; NEUNER, Jörg; MONTEIRO, António Pinto. *Direitos fundamentais e direito privado*. Uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.
- RIVERO, Jean. La protection des droit’s de l’homme dans lès rapports entre personnes privées”. In: *René Cassin Amicorum Discipolorumque Liber*, Paris, v. III, 1971.
- ROBERTS, Sarah. *Behind the screen: content moderation in the shadows of social media*. Yale University Press, 2019.
- RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo*. Estatuto Epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense Universitária, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição concretizada*:

construindo as pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: SARLET, Ingo; NEUNER, Jörg; MONTEIRO, António Pinto. *Direitos fundamentais e direito privado*. Uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 81, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAUTER, Molly. *The coming swarm: DDOS actions, hacktivism, and civil disobedience on the internet*. Bloomsbury Academic, 2014.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SELTZER, Wendy. Free speech unmoored in copyright's safe harbor: chilling effects of the DMCA on the first amendment. *Harvard Journal of Law and Technology*, n. 2, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TEUBNER, Gunter. Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie. In: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 63, 2003.

TUFEKCI, Zeynep. Algorithmic Harms Beyond Facebook and Google: emergent challenges of computational agency. *Colorado Technology Law Review*, n. 13, 2015.

TUSHNET, Rebecca. Power without responsibility: intermediaries and the first amendment. *The George Washington Law Review*, v. 76, 2008.

VESTING, Thomas. Zur Entwicklung einer Informationsordnung. In: BADURA, Peter; DREIER, Horst (Hrsg.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen, 2001.

WU, Tim. *When Code Isn't Law*, 89 Va. L. Rev. 679, 2003.

ZINGALES, Luigi; LANCIERI, Filippo Maria. *Committee on Digital Platforms: Policy Brief*. Chiago Booth. Stigler Center for the Study of the Economics and the State, 2019.

Data de submissão: 30.09.2019.

Data de aceite: 21.10.2019.