



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UnB)

Faculdade de Direito (FD)

Curso de Graduação em Direito

GABRIEL CAMPOS SOARES DA FONSECA

O MERCADO DE IDEIAS:

Liberdade de Expressão, Plataformas Digitais e Regulação da Internet

The Marketplace of Ideas:

Free Speech, Digital Platforms, and Internet Regulation

Brasília

2019



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UnB)

Faculdade de Direito (FD)

Curso de Graduação em Direito

O MERCADO DE IDEIAS:

Liberdade de Expressão, Plataformas Digitais e Regulação da Internet

Autor: Gabriel Campos Soares da Fonseca

Orientador: Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha

Monografia apresentada à Banca Examinadora, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Brasília, ____ de dezembro de 2019.

FOLHA DE APROVAÇÃO

GABRIEL CAMPOS SOARES DA FONSECA

O Mercado de Ideias: Liberdade de Expressão, Plataformas Digitais e Regulação da Internet.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB).

Aprovada em: ____ de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Alexandre Kehrig Veronese Aguiar
(Membro Avaliador)

Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão
(Membro Avaliador)

Prof. Dra. Ana de Oliveira Frazão
(Membro Avaliador)

**A Marcelo Dino Fonseca de
Castro e Costa (*in memoriam*).**

AGRADECIMENTOS

Sei que o “ideal” seria escrever algo curto e objetivo. Mas, seguir tal regra seria simplesmente ignorar as pessoas que deram sentido aos quase cinco anos de graduação: uma injustiça com a própria trajetória. Por menores que sejam, as “conquistas pessoais” são, no fundo, fruto de uma obra coletiva: escrita por nós, é claro, mas em coautoria com as pessoas queridas que estão ao nosso redor. E, portanto, momentos felizes - como o fim deste ciclo - demandam do autor a incorporação de *dois pressupostos*. O *primeiro*: toda e qualquer “vitória” só faz sentido quando compartilhada com aqueles que vibram pela sua felicidade. O *segundo*: é preciso viver grato sempre. E, assim, encarar a gratidão não como uma virtude, mas como *dever* com aqueles que te apoiam diariamente. A incorporação desses dois pressupostos é o exercício que tento concretizar nas linhas que seguem.

Agradeço aos integrantes do gabinete do Ministro Luiz Fux pelos ensinamentos e pelos conselhos diários que recebi. Obrigado GMLF: juízes/as, assessores/as, servidores/as e terceirizados/as. Pedro Felipe de Oliveira Santos foi crucial na caminhada: o professor de “Jurisprudência do Direito Constitucional” responsável por apostar no seu aluno e posterior estagiário. Agradeço, por fim, aos meus amigos/as de estágio no STF. Em especial, tenho a obrigação de destacar a gentil revisão deste trabalho feita por Gabriela Born: aluna brilhante e amiga de todas as horas. Agradeço ao querido Bruno Fernandes pela revisão formal do texto, você é fonte de inspiração e de diálogo.

Agradeço ao professor Márcio Iorio pela cuidadosa orientação, pela sua revisão atenta e pelos comentários precisos de sempre: um acadêmico incrível por quem detenho verdadeira admiração, carinho e apreço desde as aulas de “Direito Administrativo 3”. O processo de escrita deste trabalho se deu em meio a um período conturbado em que tive de adiantar diversas etapas. Por sorte, entretanto, tive um orientador presente que me fazia seguir em frente principalmente nos momentos de adversidade. Obrigado por ser um professor exemplar e inspirador! Todos os erros nesta monografia são de minha inteira responsabilidade.

Agradeço à professora Ana Frazão pelo zelo na avaliação deste trabalho. Tive a sorte de ser seu aluno logo no 3º Semestre da Graduação, em “Teoria Geral do Direito Privado”. Desde então, fiz questão de acompanhar seu excelente trabalho bem de perto e de ouvir atentamente seus conselhos.

Em igual sentido, destaco que a professora Maria Pia Guerra foi essencial na minha formação acadêmica, sobretudo na orientação da Iniciação Científica 2018/2019. Obrigado pelos precisos apontamentos metodológicos e pelas mensagens reconfortantes!

Agradeço ao professor Jorge Galvão, o responsável pelo meu “encanto inicial” com o Direito Constitucional e por me apresentar aos trabalhos do prof. Jack Balkin. A admiração surgiu desde que fui seu aluno pela primeira vez em “Direito Constitucional 2”. Ao longo da graduação, felizmente, tive a sorte de acompanhá-lo e de testemunhar o seu brilhantismo: como seu monitor, como seu assistente de pesquisa e como membro do seu grupo de extensão. Sou eternamente grato por tudo que me ensinou durante o caminho.

Agradeço, ainda, ao professor Alexandre Veronese a quem devo o interesse na intersecção entre “Direito, Internet & Sociedade”, desde que fui seu aluno em matéria com o mesmo título. Aliás, fui seu aluno por simplesmente três vezes e seu orientando por outras duas. Boa parte da bibliografia e das ideias presentes neste trabalho são fruto de sua orientação. Obrigado por tudo!

Tenho o dever de agradecer ao professor Juliano Zaiden por ter me acolhido tão cedo no Centro de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado da UnB e me incentivado a trilhar caminhos na vida acadêmica. Toda vez, o receio era grande: na graduação, publicar artigos e participar de Congressos Científicos? Confesso que os resultados nem sempre foram os melhores e, via de regra, eu acreditava que o ideal era esperar. No entanto, seus conselhos foram cruciais para me fazer “dar a cara a tapa”: crescer com os erros e com a exposição. Um dia, talvez, eu chegue lá.

Agradeço aos amigos da SCRES e da RED/UnB: Luís Carlos, Vítor Naegele e Pedro Lustosa. Obrigado por tornar esse período mais divertido e por acreditar nos projetos. Vocês foram essenciais para o meu crescimento! Agradeço ao querido Guilherme Lacerda pelos comentários feitos acerca das ideias iniciais desta monografia. Agradeço ao estimado MV Rodrigues pelas discussões acerca do conteúdo deste trabalho. Agradeço ao amigo Pedro Bichuette pela caprichada revisão do texto. Agradeço também à querida Isabella Accioly pelo apoio constante. Agradeço aos amigos do “Galois Forevis”, “Akd-mia”, “Boathos” e “Comparers” pela compreensão da minha ausência durante o processo de escrita deste trabalho.

Agradeço, em especial, aos dois irmãos que a FD/UnB me trouxe: João Gabriel e Valter. Sou eternamente grato por esses anos de amizade e pelos momentos que vivemos

juntos. Sem dúvida, a graduação não seria a mesma se não fosse pelo auxílio e pelo companheirismo de vocês dois.

Não poderia deixar de agradecer à Sophia Guimarães. Ao longo da graduação, não houve qualquer trabalho produzido por mim que não tenha passado em suas mãos. E não é por menos: trata-se de uma das pessoas mais brilhantes que já conheci. Meu muito obrigado pelos anos de parceria em sala, no STF e na vida: agradeço pela paciência de destruir e de reconstruir as ideias desorganizadas que te apresento.

Agradeço aos meus queridos irmãos (de sangue), Leonardo e Rafael, meus parceiros na vida e tutores no Direito: fonte de inspiração diária. Estendo o agradecimento à Karen, por seu carinho de sempre.

Por fim, agradeço aos meus pais, Reynaldo e Luziana, por me permitirem sonhar, por sempre acreditarem em mim, enfim, por serem exatamente o que são. O tema desta monografia é a representação de uma máxima que, desde pequeno, esses dois seres de luz me indicaram: é possível *amar* aquilo que somos e defender o que acreditamos sem, contudo, *odiar* aquilo que não somos e as *ideias* que fervorosamente discordamos.

*“Discarded all the naughty nights for
niceness
Landed in a very common crisis
Everything’s in order in a black hole
Nothing seems as pretty as the past
though”.*

(Alex Turner)

FICHA CATALOGRÁFICA:

FF676m	Fonseca, Gabriel Campos Soares da O Mercado de Ideias: Liberdade de Expressão, Plataformas Digitais e Regulação da Internet. / Gabriel Campos Soares da Fonseca; orientador Marcio Iorio Aranha. -- Brasília, 2019. 106 p.
	Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília, 2019.
	1. Direito Constitucional Econômico. 2. Liberdade de Expressão. 3. Regulação da Internet. I. Aranha, Marcio Iorio, orient. II. Título.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

FONSECA, Gabriel Campos Soares da. **O Mercado de Ideias: Liberdade de Expressão, Plataformas Digitais e Regulação da Internet.** Monografia de Final de Curso (Graduação em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 105f, 2019.

RESUMO

O presente trabalho parte do pressuposto de que os debates acerca da proteção e da garantia da liberdade de expressão, na Internet, precisam perpassar por uma análise mais aprofundada sobre o papel crucial que as plataformas digitais (*e.g. Facebook, Youtube, Twitter, Instagram*) exercem quanto aos atuais desafios e perspectivas para o exercício desse direito fundamental. Defende-se, pois, um olhar mais atento para o *mercado* que existe por trás do “mercado de ideias”, levando em conta o que Jack Balkin (*Yale Law School*) chama de “*economia política da liberdade de expressão na era digital*”. O seu marco teórico está centrado nas discussões desenvolvidas pelo professor Jack Balkin, tais como: o “triângulo da liberdade de expressão”, as abordagens regulatórias estatais “*old-school*” e “*new-school*”, bem como a “*governança privada*” exercida por essas empresas para moderar o conteúdo que transita em suas plataformas. Incorporando esse arcabouço teórico, o trabalho investiga como a abordagem *new-school* e a *governança privada* se dão, respectivamente: (i) no tratamento dado à questão da responsabilidade civil dos provedores por conteúdo gerado por terceiro, com ênfase no Marco Civil da Internet, e (ii) na autorregulação empresarial adotada pelo *Youtube* em suas “Diretrizes da Comunidade”, com ênfase nas políticas relativas ao discurso de ódio (*hate speech*). A hipótese central é a de que essas duas formas de regulação da liberdade de expressão (*new school* e *old school*) interagem entre si, correlacionando o próprio modelo de negócios (*business model*) das plataformas digitais como resposta à regulação estatal e à sua atuação em âmbito global.

Palavras-Chave: Direito Constitucional; Direito Regulatório; Liberdade de Expressão; Internet.

ABSTRACT

Digital platforms (like Facebook, Youtube, Twitter, and Instagram) play an increasing role in the current and real dilemmas regarding free speech on the Internet. This research seeks to better understand the political and economic issues related to the market behind the online “marketplace of ideas”, therefore focusing on its inner workings. In order to do so, the theoretical framework developed by Professor Jack Balkin (Yale Law School) is adopted: the “free speech triangle”, “old-school and new-school speech regulation”, and the digital platform’s “private governance” to moderate their user’s speech. Hence, this research explores the “new-school speech regulation” and the “private governance” ideas in two specific contexts: *(i)* the Brazilian Civil Rights Framework for the Internet (Marco Civil da Internet) approach to internet intermediary liability; and *(ii)* the self-regulatory policies adopted by Youtube on its “Community Guidelines”, but focusing on its “hate speech policy”. It is argued that these two forms of regulating free speech (new school and private governance) are closely connected, since they end up providing constant interactions between the platform’s global business model and different state’s regulation.

Key-words: Constitutional Law; Regulation; Free Speech; Internet.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1	–	O Triângulo de Balkin.....	62
-----------------	---	----------------------------	----

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	–	Responsabilidade Civil dos Provedores na Alemanha, nos EUA e no Brasil	65
Tabela 2	–	Questões Abarcadas pelas “Diretrizes da Comunidade” do Youtube	76
Tabela 3	–	Características Protegidas Contra o “Discurso de Ódio” no Youtube	78
Tabela 4	–	Tipos de Conteúdo Enquadrados como “Discurso de Ódio” no Youtube	78
Tabela 5	–	Medidas do Youtube em face da Violação das “Diretrizes da Comunidade”	80

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Abrams	<i>Abrams v. United States</i> [250 U.S. 616 (1919)]
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
BR	Brasil
CDA	<i>Communications Decency Act</i>
CEO	<i>Chief Executive Officer</i>
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
<i>e.g.</i>	<i>Exempli gratia</i>
EUA	Estados Unidos da América
MCI	Marco Civil da Internet
NetzDG	<i>Netzwerkdurchsetzungsgesetz</i>
RE	Recurso Extraordinário
Schenck	<i>Schenck v. United States</i> [249 U.S. 47 (1919)]
STF	Supremo Tribunal Federal
TICs	Tecnologias da Informação e do Conhecimento
TV	Televisão

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
NOTAS METODOLÓGICAS	21

CAPÍTULO I:

OS CONTORNOS ECONÔMICOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO:

As origens do “mercado de ideias” e o debate estadunidense

1.1. O MERCADO DE IDEIAS: gênese de uma metáfora.....	24
1.2. CAPITALISMO, DEMOCRACIA E CONSTITUIÇÃO: contornos econômicos da liberdade de expressão	33

CAPÍTULO II:

O MERCADO DE IDEIAS ONLINE:

Liberdade de expressão na era digital e sua economia política

2.1. “EM BUSCA DE UM NOVO PARADIGMA”: “da utopia ao desencanto”.....	43
2.1.1. A utopia	44
2.1.2. A função da liberdade de expressão na Internet: delineando uma cultura democrática	48
2.1.3. O desencanto: transição para um olhar político-econômico?	51
2.2. A ECONOMIA POLÍTICA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DIGITAL: desafios, perspectivas e implicações	54

CAPÍTULO III:

O TRIÂNGULO DE BALKIN:

O sistema regulatório da liberdade de expressão online e seus atores

3.1. O TRIÂNGULO: os atores envolvidos nos conflitos relacionados à liberdade de expressão na Internet.	59
3.2. OLD-SCHOOL E NEW-SCHOOL: as abordagens regulatórias do Estado quanto à liberdade de expressão na Internet.....	63
2.2.1. Responsabilidade Civil por Conteúdo Gerado por Terceiro.....	64
3.3. PARA ALÉM DO ESTADO: resumo das abordagens regulatórias quanto à liberdade de expressão na Internet.....	68

CAPÍTULO IV:

A GOVERNANÇA PRIVADA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET:

Parâmetros autorregulatórios e moderação de conteúdo no Youtube

4.1. MODERAÇÃO DE CONTEÚDO NAS PLATAFORMAS DIGITAIS	71
4.2. MODERAÇÃO DE CONTEÚDO NO YOUTUBE: as “Diretrizes da Comunidade” e o Discurso de Ódio (<i>Hate Speech</i>)	75
4.3. A GOVERNANÇA PRIVADA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	81
CONSIDERAÇÕES FINAIS	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	90
NOTÍCIAS E PÁGINAS CONSULTADAS	101
JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO	103
JURISPRUDÊNCIA DOS EUA	104

INTRODUÇÃO

Em 30 de março de 2019, Mark Zuckerberg, fundador e CEO do *Facebook*, publicou um relevante artigo no jornal estadunidense “*The Washington Post*”.¹ Nesse, o empresário pedia que Governos desempenhassem um papel mais ativo no tocante à regulação do espaço virtual. Para ele, o intuito dessas “novas regras” deveria ser o seguinte: preservar o que há de melhor na Internet sem, contudo, deixar de proteger a sociedade dos males que o ciberespaço pode trazer. Portanto, seria necessário conservar um ambiente em que (a) cidadãos podem se expressar livremente e (b) empreendedores podem desenvolver novas tecnologias disruptivas, porém no qual (c) os atuais problemas existentes na Internet não são ignorados.² Nessa linha, ao fim, Zuckerberg afirma que seria necessário estabelecer novos parâmetros regulatórios em pelo menos quatro áreas: (i) restrições a postagens com conteúdo nocivo; (ii) integridade de eleições; (iii) privacidade; e (iv) portabilidade de dados.

O diagnóstico do empresário ilustra bem o atual paradigma da Internet, composto por duas facetas. De um lado, a faceta “utópica” que, sobretudo na década de 1990, permeou o advento da revolução digital, na qual os seus potenciais benéficos foram percebidos: a criação de um espaço livre, democrático e descentralizado que estimula a produção e o intercâmbio de ideias. De outro lado, a faceta do “desencanto” na qual, sem desconsiderar essas características positivas, hoje, convive-se também com problemas de grande relevância social, política, econômica e jurídica: *fake news*, discurso de ódio, crimes cibernéticos, vazamento de dados pessoais etc.³

¹ Do original: “*I believe we need a more active role for governments and regulators. By updating the rules for the Internet, we can preserve what’s best about it — the freedom for people to express themselves and for entrepreneurs to build new things — while also protecting society from broader harms. From what I’ve learned, I believe we need new regulation in four areas: harmful content, election integrity, privacy and data portability*” ZUCKENBERG, Mark. **The Internet needs new rules. Let’s start in these four areas.** *The Washington Post*, 30 de março de 2019. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/opinions/mark-zuckerberg-the-internet-needs-new-rules-lets-start-in-these-four-areas/2019/03/29/9e6f0504-521a-11e9-a3f7-78b7525a8d5f_story.html?noredirect=on&utm_term=.a9482eff5aaa> Acesso em 15 de junho de 2019.

² Por óbvio, o exemplo supracitado possui caráter ilustrativo de modo que não se pretende defender aqui que a referida fala representa um mero ato benevolente do CEO de uma das maiores *Big Techs* do planeta. Em verdade, ele precisa ser lido dentro de um contexto maior no qual vieram à tona revelações de que a empresa *Cambridge Analytica* teria coletado informações pessoais de até 87 (oitenta e sete) milhões de usuários do *Facebook* e os utilizado para influenciar o pleito eleitoral dos Estados Unidos. Em face desse escândalo, Zuckerberg sofreu duro escrutínio do Congresso dos EUA, o que impactou negativamente a imagem da Companhia e de seu fundador. Vide: WICHTER, Zach. **2 days, 10 Hours, 600 questions: What Happened When Mark Zuckerberg Went to Washington.** *The New York Times*, 12 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/04/12/technology/mark-zuckerberg-testimony.html>> Acesso em 15 de julho de 2019.

³ BARCELLOS, Ana Paula de. TERRA, Felipe Mendonça. **Liberdade de Expressão e de Manifestações nas Redes Sociais.** In: ARABI, Abhner Youssif Mota (et. al). (Coord). **Constituição da República 30 Anos**

No atual estágio de desenvolvimento capitalista, as novas tecnologias relacionadas à difusão de informações e à estrutura da comunicação se tornaram um elemento central para a economia global. Com a consolidação de um estruturado mercado em tal seara, vem se tornando cada vez mais evidente a relevância político-econômica de um grupo de atores: as “*Big Techs*”⁴ (ou “gigantes da Internet”⁵): empresas como *Google (Alphabet)* e *Facebook* que, para além de seus nomes, são também “proprietárias” de outras aplicações e plataformas digitais⁶ como *Youtube*, *Instagram* e *Whatsapp*.

Nesse contexto atual, fato é que essas plataformas e as tecnologias desenvolvidas por elas estruturam, moldam e mediam condições sociais e importantes meios digitais pelos quais as pessoas opinam, interagem e se relacionam, bem como em que conteúdos e informações são produzidos, distribuídos e consumidos.⁷ Como consequência, exercem grande influência no tocante à capacidade prática e ao exercício das liberdades de comunicação (*e.g.* liberdade de expressão, liberdade de imprensa e liberdade de informação).

Nesse diapasão, o presente trabalho parte do pressuposto de que os debates acerca da proteção e da garantia da liberdade de expressão⁸, na Internet, precisam perpassar por uma análise mais profunda quanto ao papel central que essas empresas possuem no tocante aos atuais desafios e perspectivas para o exercício desse direito fundamental. É dizer: olhar para o mercado que existe por trás do “mercado de ideias”. Em suma, defende-se que os debates sobre a melhoria dos fluxos informacionais e dos conteúdos comunicacionais precisam dirigir

Depois: Uma Análise da Eficiência dos Direitos Fundamentais. Estudos em Homenagem ao Ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 157.

⁴ GREENE, Lucie. **Silicon States:** The Power and Politics of Big Tech. Berkeley: Counterpoint, 2018.

⁵ AYRAULT, Ludovic. Gigantes da Internet e práticas fiscais desleais. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**. Brasília, v. 10, n.1, p. 109-124, maio 2018.

⁶ Plataformas digitais são empresas que conduzem seus negócios por meio de “sistemas digitais que envolvem uma complexa prestação de serviços via aplicativo disponibilizado a usuários ou via navegadores de internet”. TAVARES, André Ramos. APP’s e plataformas on-line na intermediação econômica no Brasil. **Revista de Direito Constitucional & Econômico**, v. I, n.1, pp. 13-44, jan-jun, 2019, p. 14.

⁷ VERONESE, Alexandre; FONSECA, Gabriel. Desinformação, *fake news* e mercado único digital: a potencial convergência das políticas públicas da União Europeia com os Estados Unidos para melhoria dos conteúdos comunicacionais. **Cadernos Adenauer**, São Paulo, ano XIX, v. 4, 2018, p. 43.

⁸ Neste trabalho, adotam-se as considerações de Luís Roberto Barroso acerca da “*liberdade de expressão em sentido amplo*”. Isto é: utiliza-se o termo “liberdade de expressão” para abarcar todas as liberdades de comunicação. Nada obstante, o foco do trabalho é, naturalmente, o exercício do direito fundamental de se “externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação”. Vide: BARROSO, Luís Roberto. Colisão Entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, pp. 1-36, Jan./Mar. 2004, p. 18.

seu foco para os elementos gerais da economia digital da informação e, conseqüentemente, para os atores (público e privados) nela envolvidos.⁹

As discussões desenvolvidas pelo professor Jack Balkin¹⁰, da *Yale Law School*, são adotadas como *marco teórico* central deste trabalho, as quais serão brevemente resumidas a seguir. Conforme o autor, sob o prisma atual, os dilemas envolvendo a liberdade de expressão não estão mais centrados exclusivamente em uma lógica dualista - Estado x emissor (*speaker*) – na qual esse direito fundamental atua, em essência, como uma salvaguarda de censuras governamentais.

Em verdade, segundo o autor, esse sistema atual está pautado em uma lógica pluralista, resumidamente, composta por uma estrutura *triangular*: (i) *Estados-nação e entidades supranacionais* (e.g. União Européia); (ii) *os emissores* (e.g. a sociedade civil de maneira geral e a “mídia tradicional”); e (iii) *as empresas responsáveis pela infraestrutura comunicacional na Internet*, numa acepção ampla.

Por conseguinte, conforme explicita Balkin¹¹, os métodos e as abordagens para se regular¹² a liberdade de expressão também se alteraram. Enquanto que, na lógica dualista, o Estado lança mão de sanções, penalidades e multas para regular a manifestação do emissor (*old-school speech regulation*). Nessa estrutura triangular, percebe-se que o Estado também atua por meio da abordagem regulatória *new-school* (*new-school speech regulation*): direcionando seu agir regulatório às empresas responsáveis pelo meio digital em que as manifestações são disponibilizadas e não ao emissor. Por fim, a regulação da liberdade de expressão, no âmbito digital, não se dá somente por agentes estatais. Há, também, as técnicas de “*governança privada*” adotadas por essas empresas: moderação do conteúdo que transita em suas plataformas, sobretudo por meio de políticas autorregulatórias concatenadas nos seus “termos de uso” ou nas “diretrizes da comunidade” por exemplo.

⁹ VERONESE, Alexandre; FONSECA, Gabriel. Desinformação, *fake news* e mercado único digital: a potencial convergência das políticas públicas da União Europeia com os Estados Unidos para melhoria dos conteúdos comunicacionais. **Cadernos Adenauer**, São Paulo, ano XIX, v. 4, 2018.

¹⁰ Por todos, vide: BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. **Columbia Law Review**, v. 118, 2018.

¹¹ BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. **Columbia Law Review**, v. 118, 2018.

¹² Na acepção técnica, “*regular*” representa um processo de acompanhamento conjuntural da realidade social e econômica, pelo qual se pretende gerenciar, planejar e ordenar setores e serviços relevantes para o interesse público, em prol da fruição de direitos fundamentais por parte dos cidadãos. Vide: ARANHA, Márcio Iório. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 3ª Edição. London: Laccademia Publishing, 2015, p. 21. Nada obstante, na linha de Jack Balkin, aqui também se utiliza o termo para desenvolver uma noção mais genérica da palavra: o exercício de moderar, restringir, limitar, enfim, estabelecer balizas para o exercício do direito à liberdade de expressão.

Incorporando essas premissas, esta pesquisa possui o objetivo de investigar como ocorrem essas *new-school speech regulation* (regulação estatal) e a governança privada da liberdade de expressão (autorregulação empresarial). Nada obstante, para fins de recorte metodológico e maior capacidade explicativa, explora-se essa pergunta a partir de duas balizas mais específicas. Quanto à regulação estatal, investiga-se o tratamento dado à responsabilidade civil dos provedores por conteúdo de terceiro, com ênfase no adotado pelo Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14). Noutro giro, quanto à autorregulação empresarial, exploram-se as políticas adotadas pelo *Youtube* em suas “Diretrizes da Comunidade”, com ênfase na *policy* relativa ao discurso de ódio (*hate speech*).

Ou seja, a *pergunta de pesquisa* se traduz da seguinte maneira: como essas abordagens regulatórias ocorrem (i) no tratamento dado, pelo MCI, à questão da responsabilidade civil por conteúdo gerado por terceiro; e (ii) nas “Diretrizes da Comunidade” do *Youtube* quanto à política relativa ao discurso de ódio?

A *hipótese* central é a de que essas duas formas de regulação da liberdade de expressão (*new school* e *old school*) interagem entre si, correlacionado o próprio modelo de negócios (*business model*) das plataformas digitais como resposta à regulação estatal e à sua atuação em âmbito global.

O trabalho está dividido em *quatro* capítulos. No começo de cada um deles, apresenta-se o objetivo que o guia e delinea-se a sua estrutura. Em seguida, são desenvolvidos os temas mencionados para, ao fim, explicar-se qual a sua importância para o restante do trabalho.

No primeiro, expõe-se a gênese da metáfora do “mercado de ideias” explicando o seu surgimento e o seu significado. Em seguida, apresenta-se a apropriação da metáfora, pela doutrina estadunidense, nos debates acerca dos contornos econômicos relacionados ao exercício da liberdade de expressão. Sabe-se que a inserção de contextualizações históricas em trabalhos jurídicos possui o risco de pecar pela falta de profundidade ou até desnecessidade. Entretanto, neste trabalho, optou-se por inseri-la, explicitando os três motivos para tanto ao fim do referido capítulo. *No segundo capítulo*, por sua vez, perpassa-se pelos paradigmas relativos à liberdade de expressão na Internet e a ressignificação da função desse direito, na seara digital. Em seguida, realiza-se uma investigação relativa à “economia política da liberdade de expressão na era digital”, tal como proposta por Jack Balkin.

No terceiro capítulo, descrevem-se as ideias do professor Jack Balkin quanto aos atores e ao sistema regulatório desse direito fundamental, na era digital. Indo além, desempenha-se também uma análise quanto a essas ideias no bojo da questão relativa à

responsabilidade civil de provedores por conteúdo de terceiro – exemplo de “*new-school speech regulation*”. Por fim, no *quarto capítulo*, exploram-se os impactos da moderação de conteúdo, por plataformas digitais, no exercício da liberdade de expressão. Para tanto, exploram-se os mecanismos adotados pelo *Youtube* em sua “Diretrizes da Comunidade” e, em seguida, eles são analisados frente à literatura sobre o tema.

NOTAS METODOLÓGICAS:

O presente trabalho faz várias referências à experiência constitucional dos EUA quanto à liberdade de expressão: analisa-se parcela da jurisprudência de sua Suprema Corte; realiza-se revisão bibliográfica acerca de debates doutrinários próprios de sua realidade; e adota-se como marco teórico um autor de origem estadunidense cujos escritos estão, majoritariamente, voltados para tal realidade.

Com o fim da 2ª Guerra Mundial, assistiu-se a um verdadeiro apogeu do discurso dos direitos humanos, no plano internacional, e dos direitos fundamentais, nas Constituições nacionais ou ao menos na jurisprudência de suas respectivas Cortes Supremas.¹³ As previsões relacionadas ao direito à liberdade de expressão são exemplo nítido desse paradigma: no plano internacional, o direito está previsto no art. 19 da DUDH¹⁴; já no plano nacional, por exemplo, está plasmada em diversos dispositivos¹⁵ da Constituição brasileira de 1988 que lhe atribuiu, ainda, uma *posição preferencial*¹⁶ na análise de conflitos com outros direitos fundamentais.

Ocorre que, apesar desse certo grau de universalidade, questões sensíveis – como as relativas ao seu escopo e significado - variam de acordo com o país analisado. Trata-se de direito fundamental cuja substância está essencialmente conectada com o desenvolvimento da história constitucional do país em que inserido.¹⁷ Se, de um lado, a sua importância representa

¹³ SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. O futuro da jurisdição constitucional: as aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo. **Revista do TRF1**, Brasília, v. 30, n. 1/2, pp. 23-44, jan./fev, 2018, p. 25.

¹⁴ “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

¹⁵ Vide: art. 5º, IV, X, XIV; art. 220, caput, §§ 1º e 2º, da CRFB/88.

¹⁶ “[O] sistema constitucional brasileiro [...] atribuiu uma posição preferencial às liberdades de expressão e de imprensa no confronto com direitos da personalidade, como vem reconhecendo o STF e a doutrina”. SARMENTO, Daniel. Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na Ordem Constitucional Brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 7, Jan./Mar. 2016, p. 205.

¹⁷ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Direito Público**, Brasília, nº 15, Doutrina Estrangeira, 2007, p. 118.

verdadeiro consenso em vários países democráticos ao redor do globo. De outro lado, os países a invocam e a aplicam de forma divergente: mesmo acreditando na existência e na relevância da liberdade de expressão, muitas vezes, eles “discordam apaixonadamente sobre o seu significado e suas implicações nas situações concretas”¹⁸, tais como no enquadramento do discurso de ódio (*hate speech*).

Em face disso, duas questões metodológicas são relevantes. Primeiro, justificar por qual razão se escolheu tal país (EUA). Segundo, adotar mecanismos para evitar possíveis problemas ou vieses decorrentes dessa análise.¹⁹

Quanto ao primeiro ponto, a escolha dos EUA não se trata de mero “colonialismo” ou “fetichismo” pelo país. Ela se dá justamente porque se trata do país de origem da Internet e das empresas que dominam a economia digital. Conforme apontam Kate Klonick²⁰ e Jack Balkin²¹, a despeito de sua internacionalização, essas empresas possuem equipes jurídicas formadas e treinadas à luz da realidade estadunidense, com força nos valores da Primeira Emenda. Por conseguinte, a questão afeta a própria “cultura” da empresa e o seu entendimento quanto à liberdade de expressão que, ao menos em parte, podem se refletir tanto nas suas respostas à regulação estatal, quanto em seus “termos de uso”.

Quanto ao segundo ponto, sabe-se que a análise de debates relativos a outro país pode trazer vieses como a desconsideração do contexto em que uma posição doutrinária ou um caso judicial estão inseridos ou até mesmo a manipulação do argumento escrito em outra língua. Para (tentar) ultrapassar essas barreiras metodológicas, este texto busca sempre explicitar o contexto do argumento ou do caso (o que demanda uma certa contextualização histórica, todavia, sem o intuito de realizar devaneios ou digressões alongadas); apresentar, ainda, suas relações com as particularidades do sistema norte-americano; e elucidar eventuais diferenças ou semelhanças quanto à realidade brasileira. Mais do que isso, nas notas de rodapé, sempre que possível, (i) apresenta-se o argumento em sua linguagem original e (ii) referencia-se texto

¹⁸ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 12.

¹⁹ JACKSON, Vicki C. Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law. **Penn State International Law Review**, v. 28, n.3, p. 319-326, 2010, p. 324.

²⁰ “A common theme exists in all three of these platforms’ histories: American lawyers trained and acculturated in First Amendment law oversaw the development of company content moderation policy. Though they might not have ‘directly imported First Amendment doctrine,’ the normative background in free speech had a direct impact on how they structured their policies” KLONICK, Kate. The New Governors: the people, rules, and processes governing online speech. **Harvard Law Review**, v. 131, p. 1598-1670, 2018, p.1621

²¹ “To be sure, the degree of free speech protection that exists on these sites is due in no small part to the fact that they were originally created by American-led companies and have been deeply influenced by American free speech values”. BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. **Columbia Law Review**, v. 118, 2018, p. 2028.

com eventuais argumentos opostos ao citado. Salvo disposição expressa, as traduções foram feitas livremente pelo autor.

Noutro plano, além da revisão bibliográfica e do estudo de legislações, a pesquisa também sistematiza e analisa as “Diretrizes da Comunidade” do *Youtube*, mais especificamente quanto ao discurso de ódio (*hate speech*). A escolha do *Youtube* como objeto de análise se dá pela sua relevância no contexto da economia digital²², bem como por se tratar de plataforma eminentemente relacionada à produção e à distribuição de conteúdo. Já a escolha do tema “*hate speech*” como objeto de análise está relacionada com sua íntima conexão com a questão dos limites da liberdade de expressão.

No caso dos EUA, apesar de não se buscar uma afirmação genérica, não é equivocado afirmar que se trata de uma “exceção à regra”²³ quanto ao tema do *hate speech*: vários países em que o *Youtube* atua possuem alguma limitação maior quanto ao objeto. Por que isso ocorre? Na linha da hipótese acima ventilada, uma explicação possível pode estar conectada com o modelo de negócios da empresa, atuando globalmente, e sua interação com eventual regulação estatal dessas outras realidades.

É importante ressaltar que, ao abordar certos julgados do Brasil e dos EUA, a presente pesquisa não possui pretensão exaustiva: não se busca realizar generalizações e inferências causais a respeito do “estado d’arte da jurisprudência” sobre o tema ou apresentar achados empírico-quantitativos nesse sentido. Desse modo, deve-se deixar clara a sua limitação: os casos analisados são fruto de escolhas subjetivas do autor, sem critérios estatísticos de amostragem. O (subjetivo) filtro de escolha diz respeito à pertinência com a temática aqui desenvolvida ou é fruto de passagens retiradas da literatura selecionada, possuindo, portanto, caráter eminentemente ilustrativo.

Por fim, por razões de honestidade intelectual e de integridade acadêmica, a presente monografia expande e aborda questões desenvolvidas em trabalhos prévios elaborados pelo autor no âmbito da Universidade de Brasília (UnB).²⁴

²² Vide: GILLBERT, Ben. **Youtube now has over 1.8 billion users every month, within spitting distance of Facebook’s 2 billion**. Business Insider, 4 de maio de 2018. Disponível em: [Disponível em: <https://www.businessinsider.com/youtube-user-statistics-2018-5>](https://www.businessinsider.com/youtube-user-statistics-2018-5) Acesso em 2 de novembro de 2019.

²³ “Esta posição de defesa quase incondicional do *hate speech* assumida no Direito norte-americano – que, como se verá em seguida, diverge substancialmente daquela prevalente em outras sociedades democráticas que também atribuem um papel essencial à liberdade de expressão” SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech"**. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

²⁴ Trata-se de duas Iniciações Científicas, sob orientação do professor Alexandre Veronese, 2017/2018 (com bolsa da Fundação Universidade de Brasília – FUB) e 2018/2019 (indicada ao Prêmio de Destaque e agraciada com Menção Honrosa), as quais renderam artigos acadêmicos publicados e outros em fase de avaliação. De todo

CAPÍTULO I:
OS CONTORNOS ECONÔMICOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO:

As origens do “mercado de ideias” e o debate estadunidense

“But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out”

(Oliver Wendell Holmes Jr.)²⁵

O objetivo deste capítulo é eminentemente descritivo. Com ele, pretende-se introduzir o debate acerca do “mercado de ideias”, a partir de análise da sequência jurisprudencial que lhe deu origem, no bojo da Suprema Corte dos EUA, em conjunto com revisão bibliográfica.

Para tanto, o capítulo está dividido em dois subcapítulos. No primeiro, descreve-se a cronologia jurisprudencial que deu origem à metáfora, no caso *Abrams v. United States* [250 U.S. 616 (1919)]. Destaca-se a importância da decisão no contexto em que estava inserida e seu legado para a posterior interpretação constitucional da liberdade de expressão. Já no segundo, explora-se a apropriação da metáfora, pela literatura estadunidense, sob um viés político-econômico: ressaltando-se a relevância do mercado que estrutura o “mercado de ideias”.

1.1 O MERCADO DE IDEIAS: gênese de uma metáfora.

Há cem anos atrás, em 1919, o *Justice* Oliver Wendell Holmes Jr.²⁶ estabeleceu metáfora extremamente influente sobre o exercício da liberdade de expressão na história dos

modo, evitou-se ao máximo a transcrição *ipsis litteris* de trechos dos trabalhos, porém aproveitou-se da bibliografia e do marco teórico. Ainda por razões éticas e de honestidade acadêmica, no âmbito de estágio no Supremo Tribunal Federal, o autor também se beneficiou da bibliografia e da jurisprudência oriundas de pesquisas envolvendo a temática da liberdade de expressão nos EUA e no Brasil.

²⁵ **Abrams v. United States**, 250 U.S. 616 (1919) – Dissenting vote.

²⁶ Sobre o legado e a vida do jurista, vide: BUDIANSKY, Stephen. **Oliver Wendell Holmes: a Life in War, Law, and Ideas**. New York: W.W. Norton & Company, 2019; COLLINS, Ronald K. L. **The Fundamental Holmes: a Free Speech Chronicle and Reader**. New York: Cambridge University Press, 2010. Sobre a relevante

EUA. A frase não é exagerada²⁷: o seu voto dissidente, no caso *Abrams v. United States*, acompanhado pelo Justice Louis Brandeis²⁸, moldou a compreensão da Suprema Corte e de boa parte da academia estadunidense sobre o escopo e a função da Primeira Emenda (*First Amendment*)²⁹ daí em diante. Trata-se da interpretação jusfilosófica que popularmente ficou conhecida como a metáfora do “mercado de ideias” (*marketplace of ideas*)³⁰: não isenta de críticas³¹, é claro, tampouco a única sobre o fundamento da liberdade de expressão naquele país³² ou com uma leitura unívoca, porém amplamente utilizada nos EUA.

É bem verdade que a visão da liberdade de expressão como um “mercado de ideias” é mais antiga que o próprio voto de Holmes.³³ A metáfora possui raízes, por exemplo, nos discursos e nos escritos dos filósofos políticos John Milton³⁴ e John Stuart Mill³⁵. Nada

atuação de Holmes no direito constitucional norte-americano, vide: FRANKFURTER, Felix. The Constitutional Opinions of Justice Holmes. **Harvard Law Review**, v. 29, n. 6, pp. 683-702, April 1916; POHLMAN, Harry L. **Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech and the Living Constitution**. New York: NYU Press, 1993.

²⁷ Sobre a importância do voto e da metáfora, vide: “If any area of constitutional law has been defined by a metaphor, the First Amendment is the area, and the “marketplace of ideas” is the metaphor. Ever since Justice Holmes invoked the concept in his *Abrams* dissent, academic and popular understandings of the First Amendment have embraced the notion that free speech, like the free Market, creates a competitive environment in which the best ideas ultimately prevail”. BLOCHER, Joseph. Institutions in the Marketplace of Ideas. **Duke Law Journal**, v. 57, n. 4, february 2008, p. 821; “marketplace of ideas’ theory is the dominant rationale given for freedom of speech” BAKER, C. Edwin. **Human Liberty and Freedom of Speech**. New York: Oxford University Press, 1989, p. 3.

²⁸ De igual modo, o Justice Louis Brandeis ficou extremamente conhecido por seus votos na defesa da liberdade de expressão, e.g. *Whitney vs. California* [274 U.S. 357 (1937)]. Vide: UROFSKY, Melvin. **Louis D. Brandeis: A Life**. 1st Edition. New York: Pantheon, 2009. Na seara acadêmica norte-americana, por outro lado, Brandeis ficou bastante conhecido também por seu artigo, em coautoria com o professor Samuel D. Warren, a respeito dos contornos do direito à privacidade nos EUA e a sua representação como “the right to be left alone”, vide: WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, pp. 193-220, December 1890.

²⁹ “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, tampouco proibindo o livre exercício de alguma religião; ou cerceando a liberdade de expressão, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos”. Tradução Livre. Texto original disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm> Acesso em 16 de setembro de 2019.

³⁰ “Justice Oliver Wendell Holme’s dissent in *Abrams v. United States*, the canonical opinion that gave rise to the arresting figure of the ‘marketplace of ideas’”. BLASI, Vincent. Holmes and the Marketplace of Ideas. **Supreme Court Review**, n. 1, p. 1-46, 2004, p. 2.

³¹ Vide: INGBER, Stanely. The Marketplace of Ideas: a legitimizing myth. **Duke Law Journal**, v. 1984, n. 1, February 1984; BRIETZKE, Paul H. How and Why the Marketplace of Ideas Fails. **Valparaiso University Law Review**, v. 31, n. 3, 1997.

³² Vide: SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de Expressão e Pluralismo: Perspectivas de Regulação**. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2011. Capítulo 2.

³³ A título de esclarecimento, a metáfora, nesses exatos termos, foi expressamente utilizada pela Suprema Corte somente a partir da década de 1960 em casos como *Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission* [395 U.S. 367 (1969)], nada obstante expressamente citando o voto de Holmes. Vide: HO, Daniel E; SCHAUER, Frederick. Testing the Marketplace of Ideas. **New York University Law Review**, v. 90, pp. 1160-1228, October 2015.

³⁴ Vide: MILTON, John. **Aeropagítica: discurso sobre a liberdade de expressão**. Coimbra: Almedina, 2009. Para um olhar sobre o desenvolvimento histórico do conceito, vide: SMITH, Jeffery A. Freedom of Expression and the Marketplace of Ideas Concept From Milton to Jefferson. **Journal of Communication Inquiry**, v. 7, n. 1, June 1981.

obstante, foi ele o responsável por inaugurar essa visão na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA³⁶. Vale ressaltar, ainda, que a influência da interpretação não ficou restrita aos debates acadêmicos e judiciais dos Estados Unidos. Ela irradia efeitos até mesmo no Brasil. No âmbito do STF, por exemplo, essa interpretação já foi amplamente citada na resolução de distintos casos envolvendo o próprio direito à liberdade de expressão.³⁷

Entretanto, sua utilização é alvo de interpretações diversas e a metáfora sofreu releituras ao longo do tempo. Desse modo, para uma boa compreensão do caso em si e, conseqüentemente, da metáfora contida no voto dissidente de Holmes, é imprescindível que sejam examinados (i) os contornos históricos ao seu redor e (ii) a sequência de julgados em que o voto estava inserido. Esses dois elementos serão descritos e representados nas linhas que seguem.

Grande parte da interpretação moderna sobre a *First Amendment* foi construída no advento da Primeira Guerra Mundial.³⁸ Se é bem verdade que, anteriormente, o tópico acerca da liberdade de expressão não era irrelevante nos EUA.³⁹ Nada obstante, do ponto de vista judicial, foi graças às circunstâncias desse período que a Suprema Corte teve de decidir uma série de casos históricos envolvendo restrições governamentais às liberdades civis.⁴⁰ No ponto, é importante frisar que as controvérsias de fundo desses casos tiveram como fonte

³⁵ Vide: GORDON, Jill. John Stuart Mill and the “Marketplace of Ideas”. **Social Theory and Practice**, v. 23, n. 2, pp. 235-249, Summer 1997.

³⁶ “Although this classic image of competing ideas and robust debate dates back to English philosophers John Milton and John Stuart Mill, Justice Holmes first introduced the concept into American jurisprudence in his 1919 dissent to *Abrams v. United States*”. INGBER, Stanely. The Marketplace of Ideas: a legitimizing myth. **Duke Law Journal**, v. 1984, n. 1, February 1984, p. 3.

³⁷ No ponto, vejam-se os seguintes julgados: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130**. Rel. Min. Ayres Britto, PLENÁRIO, j. em 30/04/2009, DJe 26/02/2009, pp. 211-212. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 187**. Rel. Min. Celso de Mello, PLENÁRIO, j. em 15/06/2011, DJe 29/05/2014, p. 3. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Rel 15887**. Rel. Min. Luiz Fux, Decisão monocrática, j. em 19/06/2013, DJe 24/06/2013, p. 6. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.815**. Rel. Min. Cármen Lúcia, PLENÁRIO, j. em 10/06/2015, DJe 01/02/2016, pp. 242-244; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.451**. Rel. Min. Alexandre de Moraes, PLENÁRIO, j. em 21/06/2018, DJe 06/03/2019, p. 17. Criticando essa visão, veja-se: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **SL 1.178**. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão da Vice-Presidência, j. em 28/09/2018, DJe 2/10/2018, p. 3.

³⁸ Vide: MURPHY, Paul L. **World War I and the Origin of Civil Liberties in the United States**. New York: W.W. Norton 1979. Para uma visão histórica mais abrangente quanto à (acidentada) relação entre os direitos e às liberdades individuais, de um lado, e os períodos de guerra nos EUA, de outro, vide: REHNQUIST, William H. **All the Laws But One: Civil Liberties in Wartime**. New York: Random House, 1998; LINFIELD, Michael. **Freedom Under Fire: U.S. Civil Liberties in Times of War**. Boston: South End Press, 1999.

³⁹ No ponto, é válido ressaltar a crítica do professor David Rabban sobre o “salto histórico” dado pela academia norte-americana quanto à importância dos debates sobre a Primeira Emenda e a liberdade de expressão anteriores ao século XX, marcado pelas dissidências de Holmes e de Brandeis, no âmbito da Suprema Corte. Para tanto, explora profundamente as discussões sobre o tema – tanto práticas quanto teóricas – no bojo do século anterior: o século XIX. Vide: RABBAN, David M. **Free Speech in Its Forgotten Years**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

⁴⁰ STONE, Geoffrey R. **Perilous Times: Free Speech in Wartime from the Sedition Act of 1798 to the War on Terrorism**. New York: W & W Norton, 2005.

comum *duas* legislações: (i) o *Espionage Act* (Lei de Espionagem), de 1917; e (ii) o *Sedition Act* (Lei de Sedição), de 1918.

Nesse contexto, em 6 de abril de 1917, sob a liderança do Presidente Woodrow Wilson, os Estados Unidos declarou guerra à Alemanha. Apenas dois meses após tal acontecimento, o Congresso norte-americano aprovou, em 15 de junho de 1917, o *Espionage Act*. Apesar de, em um primeiro plano, essa lei se direcionava a questões militares e à coerção de atos de espionagem inimiga, porém suas previsões legais estavam também intimamente ligadas com o próprio exercício da liberdade de expressão dos cidadãos.⁴¹ Não por outra razão, a lei foi comumente utilizada, em verdade, para reprimir qualquer dissenso político.⁴²

É que a Lei de Espionagem tinha como objetivo precípuo coibir condutas “desleais, sediciosas e subversivas”.⁴³ Ao fim e ao cabo, o que se queria era inibir a difusão de ideias e a condução de atos que contrariassem os “esforços do Governo” na Guerra. Assim, apelava-se, em não raras vezes, para a construção retórica de que esses dissidentes eram “inimigos da nação” dentro do próprio solo norte-americano.⁴⁴

A despeito da curta distância temporal entre a declaração da guerra e a promulgação da referida legislação, não se pode transparecer a imagem de que sua tramitação legislativa foi imune de disputas, tampouco livre de polêmicas. A título de exemplo, podem ser citadas *duas* previsões legais que causaram grande alvoroço tanto na seara legislativa, quanto nos âmbitos de discussão acadêmicos, socio-políticos e culturais. Nesse ponto, tanto a nomenclatura didática acerca dos dispositivos legais, quanto os relatos acerca da tramitação legislativa do *Espionage Act de 1917* aqui apresentados foram extraídos dos escritos do professor Geoffrey Stone em “*The Legislative History of the Espionage Act of 1917*”.⁴⁵

Quanto à primeira delas, didaticamente cunhada de cláusula da “censura à imprensa” (“*press censorship*” *provision*), a proposta legislativa conferia ao Presidente dos EUA a

⁴¹ “*The Espionage Act of 1917 was directed primarily toward such matters as espionage and the protection of military secrets. Several provisions, however, were relevant to the freedom of speech*”. STONE, Geoffrey R. Judge Hand and the Espionage Act of 1917. **The University of Chicago Law Review**, v. 70, 2003, p. 336.

⁴² “*During WWI, the government sought to suppress any perceived dissent, whether in word or deed*.” NEWTON-MATZA, Mitchell. **The Espionage and Sedition Acts: World War I and the Image of Civil Liberties**. New York: Routledge, 2017, p. 1.

⁴³ STONE, Geoffrey R. **Perilous Times: Free Speech in Wartime from the Sedition Act of 1798 to the War on Terrorism**. New York: W & W Norton, 2005.

⁴⁴ “*As part of the U.S. government’s war effort, the suppression of these liberties – done in the name of national security – was embodied in the Acts where it became illegal to speak against the war, as well as the war effort. One was expected to act in a manner appropriate to a true patriotic American citizen*” NEWTON-MATZA, Mitchell. **The Espionage and Sedition Acts: World War I and the Image of Civil Liberties**. New York: Routledge, 2017, p. 2.

⁴⁵ STONE, Geoffrey R. Judge Hand and the Espionage Act of 1917. **The University of Chicago Law Review**, v. 70, 2003, pp. 345-354.

competência de banir materiais que, a seu ver, pudessem ser úteis para os inimigos da Guerra. É bem verdade que a cláusula trazia a ressalva de que, em sua aplicação, nada deveria ser estabelecido de modo a “limitar ou a restringir qualquer discussão, comentário ou criticismo dos atos e das políticas do Governo”.⁴⁶ Não obstante, após muito debate legislativo e pressão por parte da imprensa e da sociedade civil, a cláusula foi rejeitada pelo Congresso americano.

Quanto à *segunda* delas – didaticamente cunhada de cláusula do material “não-postável” (“*nonmailability*” *provision*) –, conferia-se ao Chefe dos Correios dos EUA (*Postmaster General*) a “autoridade de excluir do serviço postal quaisquer cartas, escritos e publicações” que violassem alguma das previsões da referida lei ou contivessem material de “caráter anarquista e traidor”.⁴⁷ Após um debate vigoroso, o Congresso emendou a proposta legislativa alterando a expressão “caráter anarquista e traidor” para uma mais branda: “contendo alguma frase advogando ou urgindo traição, insurreição ou resistência forçada a alguma lei dos EUA”.⁴⁸

O *Sedition Act*, por sua vez, foi promulgado em 16 de maio de 1918 e revogado em 13 de dezembro de 1920. Cuidava-se de uma emenda ao título I do *Espionage Act* de 1917, no ensejo de promover maiores limitações ao discurso político que fosse dissidente à atuação do Governo naquele momento histórico bélico.⁴⁹ A título de exemplo, a nova redação tornava ilegal em tempos de guerra: (i) “proferir, imprimir, escrever ou publicar voluntariamente qualquer linguagem desleal, profana, indecente e ou abusiva sobre o Governo, as Forças Armadas ou a bandeira dos Estados Unidos”; bem como (ii) “intencionalmente exibir a bandeira de qualquer inimigo estrangeiro, defender a redução na produção de guerra, advogar, ensinar, defender ou sugerir qualquer uma dessas ações e, por meio de falas ou de atos, apoiar o inimigo ou se opor aos Estados Unidos”.⁵⁰

⁴⁶ STONE, Geoffrey R. Judge Hand and the Espionage Act of 1917. **The University of Chicago Law Review**, v. 70, 2003, p. 345.

⁴⁷ STONE, Geoffrey R. Judge Hand and the Espionage Act of 1917. **The University of Chicago Law Review**, v. 70, 2003, p. 346.

⁴⁸ Do original: “*treasonable or anarchistic*” para “*any matter advocating or urging treason, insurrection or forcible resistance to any law of the United States*”. Extraído de: FELDMAN, Stephen M. **Free Expression and Democracy in America**. Volume 1. Chicago: The University of Chicago Press, 2008, pp. 442-443.

⁴⁹ NEWTON-MATZA, Mitchell. **The Espionage and Sedition Acts: World War I and the Image of Civil Liberties**. New York: Routledge, 2017.

⁵⁰ Do original: “*willfully utter, print, write, or publish any disloyal, profane, scurrilous, or abusive language about the government, military, or flag of the United States e “willfully display the flag of any foreign enemy, advocate the curtailment of war production, or advocate, teach, defend, or suggest doing any of these; or by word or act support the enemy or oppose the United States”* (Pub. L. 65-150, 40 Stat. 553, enacted May 16, 1918).

Não demorou para que esse arcabouço legislativo fosse aplicado (*enforced*) pelo Governo da época, sobretudo por meio de perseguições encampadas pelo Departamento de Justiça dos EUA (*Department of Justice*).⁵¹ Como consequência, uma série de casos judiciais⁵² surgiram na esfera federal e, em seguida, recursos foram interpostos à Suprema Corte estadunidense, com o intuito de que ela se pronunciasse sobre o tema. Para os fins deste trabalho, *dois* casos – julgados em 1919 – ilustram bem a *sequência jurisprudencial*⁵³ que culminou na formação da supramencionada interpretação da liberdade de expressão nos EUA: a metáfora do mercado de ideias.

O primeiro deles, julgado em 3 de março de 1919, é *Schenck v. United States* [249 U.S. 47 (1919)].

Em *Schenck*, a Suprema Corte confirmou a condenação de Charles Schenck e de Elizabeth Baer, fundada na violação do *Espionage Act* de 1917. Em primeiro lugar, alegava-se que eles causaram “insubordinação”, no âmbito das Forças Armadas, bem como “obstruíram o recrutamento e o alistamento” de cidadãos americanos para lutar na Primeira Guerra Mundial.⁵⁴ Em segundo lugar, sustentava-se que ambos se utilizaram do serviço postal para transmitir documentos contrários à investida bélica do país contra a Alemanha, o que era expressamente proibido pela já referida cláusula do material “não-postável” (*nonmailability provision*).⁵⁵ Em terceiro lugar, igualmente, suscitava-se que os condenados teriam usado

⁵¹ O Departamento de Justiça dos EUA invocou a Lei de Espionagem para processar mais de duzentos indivíduos, durante a guerra. Vide: STONE, Geoffrey R. Judge Hand and the Espionage Act of 1917. **The University of Chicago Law Review**, v. 70, 2003, p. 337.

⁵² Nesse contexto, avaliando o exercício jurisdicional do magistrado Federal, Billings Learned Hand, o professor Geoffrey Stone ressalta o papel que o Poder Judiciário exerceu na aplicação repressiva do Espionage Act, construindo interpretações e formando jurisprudências que o endossavam: “*Congress did not intend the Espionage Act to have the severely repressive effect attributed to it by the federal courts during World War I. This was a judicial, rather than a legislative, development*”. STONE, Geoffrey R. Judge Hand and the Espionage Act of 1917. **The University of Chicago Law Review**, v. 70, 2003, p. 335. David M. Rabban, por sua vez, parece enxergar a questão de maneira distinta: “*the legislative history of the Espionage Act, which Hand never cited in his opinion, demonstrates the congressional intent to punish the very kind of antiwar material that prompted the postmaster to declare The Masses ‘nonmailable’*”. RABBAN, David M. **Free Speech in Its Forgotten Years**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 265.

⁵³ Nada obstante, cumpre asseverar que, nesse mesmo período, outros precedentes importantes - todos redigidos por Holmes - foram firmados. No entanto, seguiam a mesma linha geral de *Scheck*. São eles: *Frohwerk v. United States* [249 U.S. 204 (1919)] e *Debs v. United States* [249 U.S. 211 (1919)]. Caso posterior relevante para essa sequência jurisprudencial também foi *Gitlow v. New York* [268 U.S. 652 (1925)].

⁵⁴ Do original: “*by causing and attempting to cause insubordination in the military and naval forces of the United States, and to obstruct the recruiting and enlistment service of the United States*” ***Schenck v. United States*** [249 U.S. 47 (1919)].

⁵⁵ Do original: “*The second count alleges a conspiracy to commit an offence against the United States, to-wit, to use the mails for the transmission of matter declared to be nonmailable*” ***Schenck v. United States*** [249 U.S. 47 (1919)].

ilegalmente o serviço postal dos EUA, de maneira genérica.⁵⁶ A defesa, de outra sorte, acreditava que as ações estavam protegidas pela Primeira Emenda de modo que ambos teriam apenas exercido legitimamente seu direito à liberdade de expressão.

Ao avaliar essas questões, de forma unânime, a Suprema Corte declarou o *Espionage Act* constitucional e reafirmou a condenação de Schenck e de Baer. Como relator do caso, Oliver Wendell Holmes Jr. desenvolveu o dito teste do “perigo claro e iminente” (*clear and present danger test*). O raciocínio foi o seguinte. “Em muitos locais e em tempos ordinários”, os escritos naqueles panfletos seriam aceitos, sob a égide da Primeira Emenda. Ocorre que, para Holmes, o caráter “perigoso” do escrito só pode ser avaliado caso conjugado com o contexto e as circunstâncias em que está inserido.⁵⁷ Portanto, em cada caso concreto, o que se deveria analisar seria a escala dos possíveis efeitos negativos produzidos. Ou seja, avaliar se as palavras utilizadas naquela situação seriam capazes de propagar um perigo claro; depois, observar se esse perigo é capaz de produzir efeitos maléficos para sociedade estando, assim, dentro do escopo de legitimidade do Congresso para baní-lo em prol da proteção do corpo social.⁵⁸

O segundo caso, por sua vez, é *Abrams v. United States* [250 U.S. 616 (1919)], que pode ser descrito da seguinte forma.

Jacob Abrams e outros imigrantes russos distribuíram, pelas ruas de Nova Iorque, vários panfletos divididos em dois modelos: um em inglês, outro em língua ídiche. Em razão disso, foram acusados e condenados por *quatro* crimes de conspiração previstos no *Espionage Act*, sobretudo na parte emendada pelo *Sedition Act*. No advento da Guerra, os imigrantes teriam “ilegalmente escrito, imprimido e publicado materiais” contendo linguagem (i) “desleal, escandalosa e abusiva sobre a forma de Governo dos EUA”; (ii) com o intuito de “desprezar, menosprezar, injuriar e desacreditar a forma de Governo dos EUA”; bem como (iii) com o objetivo de “incitar, provocar e encorajar resistência às ações dos EUA” na

⁵⁶ Do original: “The third count charges an unlawful use of the mails for the transmission of the same matter and otherwise as above.” *Schenck v. United States* [249 U.S. 47 (1919)].

⁵⁷ Do original: “We admit that, in many places and in ordinary times, the defendants, in saying all that was said in the circular, would have been within their constitutional rights. But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done.” *Schenck v. United States* [249 U.S. 47 (1919)].

⁵⁸ Do original: “The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree. When a nation is at war, many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight, and that no Court could regard them as protected by any constitutional right. It seems to be admitted that, if an actual obstruction of the recruiting service were proved, liability for words that produced that effect might be enforced.” *Schenck v. United States* [249 U.S. 47 (1919)].

Primeira Guerra Mundial. Por fim, o material produzido pelos russos teria (*iv*) incitado greves com o intuito restringir a produção de produtos “essenciais ao prosseguimento dos esforços de Guerra”.⁵⁹ De outro lado, a defesa alegava que o material estava abarcado pela proteção constitucional da liberdade de expressão e que todo o *Espionage Act* era inconstitucional.⁶⁰

O redator do voto majoritário foi o *Justice* Clarke. Em seu voto, destacou a incidência do precedente firmado em *Schenck* ao caso. Rechaçou, pois, a alegação de inconstitucionalidade da referida lei. Para Clarke, acompanhado pela maioria da Corte, os panfletos tinham o objetivo transparente de convencer a população a resitir ao “apelo patriótico” de servir ao país e, conseqüentemente, frustrar os planos do Governo na investida bélica contra a Alemanha.⁶¹

O redator do voto dissidente, por sua vez, foi o *Justice* Holmes. Na época do julgado, o seu precedente criado em *Schenck* havia sido criticado por intelectuais como Zechariah Chafee⁶². Além disso, jovens intelectuais progressistas dessa faculdade, tais como Harold Laski, Felix Frankfurter e Billings Learned Hand, tentaram influenciá-lo por meio de exposições sobre ideias mais libertárias acerca da liberdade de expressão.⁶³

Desse modo, apenas oito meses após redigir o acórdão de *Schenck*, o *Justice* Oliver Wendell Holmes Jr. alterou diametralmente sua interpretação sobre a Primeira Emenda e o papel da liberdade de expressão nos EUA. Em suma, de *Schenck* para *Abrams*, Holmes realizou um “giro libertário”⁶⁴. Para ele, a sentença condenatória impondo vinte anos de

⁵⁹ Do original: “Each of the first three counts charged the defendants with conspiring, when the United States was at war with the Imperial Government of Germany, to unlawfully utter, print, write and publish: in the first count, “disloyal, scurrilous and abusive language about the form of Government of the United States;” in the second count, language “intended to bring the form of Government of the United States into contempt, scorn, contumely and disrepute;” and in the third count, language “intended to incite, provoke and encourage resistance to the United States in said war.” The charge in the fourth count was that the defendants conspired, “when the United States was at war with the Imperial German Government, unlawfully and willfully, by utterance, writing, printing and publication, to urge, incite and advocate curtailment of production of things and products, to-wit, ordnance and ammunition, necessary and essential to the prosecution of the war.” *Abrams v. United States* [250 U.S. 616 (1919)].

⁶⁰ Do original: “On the record thus described, it is argued, somewhat faintly, that the acts charged against the defendants were not unlawful because within the protection of that freedom of speech and of the press which is guaranteed by the First Amendment to the Constitution of the United States, and that the entire *Espionage Act* is unconstitutional because in conflict with that Amendment” *Abrams v. United States* [250 U.S. 616 (1919)].

⁶¹ Do original: “The purpose of this obviously was to persuade the persons to whom it was addressed to turn a deaf ear to patriotic appeals in behalf of the Government of the United States, and to cease to render it assistance in the prosecution of the war.” *Abrams v. United States* [250 U.S. 616 (1919)].

⁶² CHAFEE JR, Zechariah. **Free Speech in the United States**. Cambridge: Harvard University Press, 1941, pp. 81-97.

⁶³ HEALY, Thomas. **The Great Dissent: How Oliver Wendell Holmes Changed His Mind – and Changed the History of Free Speech in America**. New York: Metropolitan Books, 2013, p. 24, 37 e 49.

⁶⁴ BOGEN, David S. The Free Speech Metamorphosis of Mr. Justice Holmes. **Hofstra Law Review**, v. 11, n. 1, 1982, p. 99.

prisão aos manifestantes era incorreta, tendo em vista que os envolvidos apenas exercitaram seus direitos consubstanciados na Primeira Emenda.⁶⁵ Assim, remodelando sua interpretação, firmou o que viria a ser a metáfora do mercado de ideias:

“[O] fim visado é melhor alcançado por meio do livre intercâmbio de ideias - o melhor teste para se descobrir a verdade é o poder da ideia de ser aceita na competição do mercado – e essa verdade é o único alicerce sobre o qual seus desejos podem ser realizados com segurança. Essa é a teoria da nossa Constituição. É um experimento, como toda a vida é um experimento”.⁶⁶

O esforço histórico aqui realizado será relevante para o desenvolvimento deste trabalho por três motivos.

Em primeiro lugar, o giro libertário de Holmes, que culminou na metáfora do mercado de ideias, estabeleceu um posterior debate sobre os *contornos econômicos da liberdade de expressão*.⁶⁷ É bem verdade que, provavelmente, o juiz sequer tinha essa discussão em mente. Porém, como se mostrará mais adiante, fato é que a metáfora foi apropriada para discutir questões político-econômicas⁶⁸ em torno do exercício da liberdade de expressão.

Em segundo lugar, essa interpretação acerca da liberdade de expressão foi crucial para o desenvolvimento do ideário jurisprudencial que permitiu o florescimento da Internet, tal qual como hoje conhecemos. A metáfora foi utilizada sobretudo nos primórdios da revolução digital, a partir de reflexões quanto aos impactos positivos que ela traria para o exercício da liberdade de expressão.⁶⁹ Mais do que isso, no âmbito acadêmico estadunidense, vários dos debates travados sobre a liberdade de expressão na Internet ainda hoje se apropriam da

⁶⁵ POLENBERG, Richard. **Fighting Faiths: the Abrams Case, the Supreme Court, and Free Speech**. Ithaca: Cornell University Press, 1999, p. 197.

⁶⁶ Do original: *the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment.*” **Abrams v. United States** [250 U.S. 616 (1919)].

⁶⁷ “The ‘marketplace of ideas’ metaphor has been interpreted from democratic and economic theory perspectives. These different interpretive approaches emphasize different policy objectives and have been associated with divergent regulatory philosophies”. NAPOLI, Phillip M. The Marketplace of Ideas Metaphor in Communications Regulation. **Journal of Communication**, v. 49, n. 4, pp. 151-169, December 1999, p. 151.

⁶⁸ “The implicit analogy is, of course, with the economic marketplace, where free competition is said to be the best means to achieve the goal of economic efficiency. Freedom of speech may be likened to the freedom of economic exchange.” LEE, Steven P. **Hate Speech in the Marketplace of Ideas**. In: GOLASH, Deirdre. **Freedom of Expression in a Diverse World**. New York: Springer, 2010, p. 15.

⁶⁹ Sobre o impacto dessa interpretação em decisões futuras de casos envolvendo a liberdade de expressão na Internet, vide: “Perhaps most significantly, though, the Court recognized in its opinion that the Internet, and the egalitarian ethos it fosters, is a médium ideally suited to accomplish what Supreme Court Justice Oliver Wendell Holmes termed the ‘marketplace of ideas’.” JACQUES, Stephen C. Reno v. ACLU: Insulating the Internet, the First Amendment, and the Marketplace of Ideas. **The American University Law Review**, v. 46, 1997, p. 1948.

metáfora para discutir problemas contemporâneos como, por exemplo, o fenômeno das *fake news*.⁷⁰

Em terceiro lugar, conforme se verá mais adiante com a teoria de Jack Balkin, os casos judiciais aqui expostos são representações da abordagem regulatória *old-school* da liberdade expressão (*old-school speech regulation*) na qual o Estado lança mão de sanções direcionadas ao emissor da manifestação (*speaker*) para cercear esse direito fundamental.

A primeira razão apontada será explorada no subcapítulo seguinte, enquanto que o segundo e o terceiro motivos serão melhor investigados somente no capítulo posterior (capítulo 2).

1.2 CAPITALISMO, DEMOCRACIA E CONSTITUIÇÃO: a faceta econômica da liberdade de expressão e o debate norte-americano.

Estudos sobre a relação entre o direito, sobretudo o direito constitucional, e a economia dos EUA possuem uma longa tradição na academia do país.⁷¹ Isso, independentemente de divergências político-ideológicas quanto ao seu significado: seja para criticar um patrimonialismo exacerbado e um objetivo explorador dos pais fundadores (*founding fathers*), ao redigir a Constituição⁷²; seja para interpretá-la e exaltá-la como um documento escrito com o intuito de garantir o livre mercado nos EUA e de proteger liberdades econômicas frente aos abusos da intervenção estatal.⁷³

No âmbito judicial, a situação não é diferente: a temática ocupa um *locus* relevante.⁷⁴ Com efeito, já gerou debates importantes e ainda propaga discussões recorrentes entre os

⁷⁰ “[T]he traditional marketplace assumptions that truths will flourish and falsity will fail to gain acceptance are challenged by the growth of fake news mills and news-like organizations [...] artificially intelligent communicators are engaging with citizens regarding a broad spectrum of issues, creating newfound questions about the rights and roles of non-human communicators within the marketplace metaphor’s assumptions”. SCHROEDER, Jared. Toward a discursive marketplace of ideas: regimaging the marketplace metaphor in the era of social media, fake news, and artificial intelligence. **First Amendment Studies**, v. 52, issue 1-2, 2018, p. 3.

⁷¹ Vide: “[t]he relationship of American law to the development of the American economy has a substantial place in the literature of American legal and constitutional history”. KELLER, Morton. Law, Enterprise, and the Marketplace of Ideas: Hovenkamp’s view. **Law and Social Inquiry**, v. 18, n. 2, Spring 1993, p. 337.

⁷² Vide: BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. New York: The Macmillan Company, 1913. Para uma crítica a essa obra seminal, vide: MCDONALD, Forrest. **We The People: The Economic Origins of the Constitution**. Chicago: Chicago University Press, 1958.

⁷³ Vide: SIEGAN, Bernard H. **Economic Liberties and the Constitution**. Second Edition. New York: Taylor & Francis, 2017; DORN, James A; MANNE, Henry G. **Economic Liberties and the Judiciary**. Fairfax: George Mason University Press, 1987; EPSTEIN, Richard A. **The Classical Liberal Constitution: the uncertain quest for limited government**. Cambridge: Harvard University Press, 2017.

⁷⁴ Para visões diferentes sobre essa questão, no entanto encontradas em períodos distintos, vide: LERNER, Max. The Supreme Court and American Capitalism. **Yale Law Journal**, v. 42, n. 5, pp. 688-701, 1933;

juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos.⁷⁵ No período cunhado de “constitucionalismo *laissez faire*” (*laissez faire constitutionalism*)⁷⁶, por exemplo, inúmeras leis foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte⁷⁷, a partir de uma interpretação econômica dada à cláusula do devido processo legal (14ª Emenda), em sua faceta substantiva.⁷⁸ O cerne dessa interpretação constitucional era limitar a atuação do Estado e o uso de seus poderes de polícia frente às liberdades econômicas dos cidadãos, sobretudo a liberdade de contratar e a própria disposição individual da propriedade privada.⁷⁹ Com efeito, as próprias proteções constitucionais relativas aos direitos e às liberdades civis individuais foram aplicadas às empresas e às corporações norte-americanas.⁸⁰

A partir de Richard Posner, sistematizando discussões sobre a relação entre economia e direito constitucional, pode-se destacar os debates travados sobre os *contornos econômicos da liberdade de expressão*. O autor evidencia que eles se expressam justamente em temas como (i) os efeitos econômicos causados por certas doutrinas constitucionais que a Suprema Corte desenvolveu em nome da Primeira Emenda; e (ii) a lógica econômica implícita na criação de algumas dessas interpretações, como no caso do “mercado de ideias”.⁸¹

Owen Fiss, por sua vez, aponta que as reflexões sobre os contornos econômicos da liberdade de expressão vão muito além. A partir de sua distinta perspectiva político-

EASTERBROOK, Frank H. Foreword: The Court and the Economic System. The Supreme Court 1983 Term. **Harvard Law Review**, v. 98, n. 4, 1984.

⁷⁵ Na esfera judicial, sob a administração de Franklin Delano Roosevelt, o período do *New Deal* trouxe debates acalorados sobre o tema, vide: HENRETTA, James A. Charles Evan Hughes and the Strange Death of Liberal America. **Law and History Review**, v. 24, n. 1, pp. 115-171, Spring 2006; CUSHMAN, Barry. **Rethinking the New Deal Court: the Structure of a Constitutional Revolution**. New York: Oxford University Press, 1998.

⁷⁶ LINDSAY, Matthew J. In Search of “Laissez-Faire Constitutionalism”. **Harvard Law Review Forum**, v. 123, n. 5, p. 55-78, 2010, p. 55.

⁷⁷ Essa doutrina se consolidou historicamente sobretudo a partir do julgado *Lochner v. New York* [198 U.S. 45 (1905)], tão expressivo que culminou na *Era Lochner*⁷⁷ - encerrada apenas com o advento do *New Deal*, na decisão *West Coast Hotel Co. v. Parrish* [300 U.S. 379 (1937)]. Cass Sunstein ressalta que, por mais de meio século, essa decisão se tornou importante e discutida no direito constitucional norte-americano: “*But for more than a half-century, the most important of all defining cases has been Lochner v. New York. The spectre of Lochner has loomed over most important constitutional decisions, whether they uphold or invalidate governmental practices*”. SUNSTEIN, Cass R. *Lochner’s Legacy*. **Columbia Law Review**, v. 87, n. 5, 1987, p. 873.

⁷⁸ PAULSEN, Michael (Et. al). **The Constitution of the United States**. Third Edition. Foundation Press, 2017, p. 1528.

⁷⁹ Vide: LUCAS, Jo Desha. Constitutional Law and Economic Liberty. **The Journal of Law & Economics**, v. 11, n. 1, pp. 5-37, Apr. 1968, pp. 5-6; MCCLOSKEY, Robert G. Economic Due Process and the Supreme Court: an exhumation and reburial. **The Supreme Court Review**, pp. 34-62, 1962.

⁸⁰ WINKLER, Adam. **We the Corporations: How American Business Won Their Civil Rights**. New York: W & W Norton Company, 2018, p. 231; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; TAVARES, Regina Lúcia Gonçalves. Pela Mão do Devido Processo Legal Substancial: a Suprema Corte e a Consolidação do Constitucionalismo Laissez-Faire. **Revista Brasileira de Teoria e Constituição**, Curitiba, v. 2, n. 2, pp. 1085-1107, Jul/Dez. 2016, pp. 1088-1089.

⁸¹ POSNER, Richard A. The Constitution as an Economic Document. **The George Washington Law Review**, v. 56, n. 1, pp. 4-38, November 1987, pp. 4-5.

econômica, argumenta que essa liberdade comunicacional se encontra na própria intersecção entre capitalismo e democracia. É dizer: a definição do escopo e do significado da liberdade de expressão, sobretudo na ordem constitucional norte-americana, está no seio de relações (e de disputas) entre o poder político e o poder econômico.⁸² Nesse sentido, os debates acerca do papel regulatório que o Estado deveria exercer em matérias envolvendo tal direito fundamental abordam os próprios conflitos entre as dimensões *defensiva* e *protetiva* da liberdade de expressão.⁸³ A “*ironia da liberdade de expressão*”⁸⁴ seria justamente a seguinte: o Estado é simultaneamente “um inimigo mortal e um amigo imprescindível”⁸⁵ desse direito fundamental.

Por um lado, a dimensão *defensiva/negativa* estabelece a liberdade de expressão como salvaguarda constitucional dos cidadãos frente a possível intervenção arbitrária do Estado, como a censura. Por outro, a dimensão *protetiva/positiva* estabelece que o Estado possui um papel relevante na promoção e na garantia da “voz” de atores sociais, políticos e econômicos que, por diversas razões, encontram-se excluídos ou marginalizados no debate público.⁸⁶ O objetivo é evitar, assim, que quem possui maior capital político e/ou econômico domine o debate público e monopolize o fluxo de informações e de comunicações.

Nesse cenário, justamente por ser uma das leituras basilares da liberdade de expressão nos EUA, a metáfora do mercado de ideias se localiza no centro de tais discussões

⁸² “*The tension between capitalism and democracy was also a special subject of concern to the academy [...] The Supreme Court was faced with a number of cases that required it to examine the relationship of political and economic power. [...] [there was] a battle within the first amendment itself*”. FISS, Owen M. Free Speech and Social Structure. **Iowa Law Review**, v. 71, pp. 1405-1425, 1986, pp. 1406-1408.

⁸³ FISS, Owen M. **Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power**. New York: Routledge, 2018.

⁸⁴ “Nós temos de aprender a aceitar esta verdade cheia de ironia e de contradição: que o Estado pode ser tanto um inimigo como um amigo [da liberdade de expressão]; que pode fazer coisas terríveis para desestabilizar e minar a democracia, mas também algumas coisas extraordinárias para fortalece-la”. FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Trad. Gustavo Binbenojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. [Versão eletrônica] Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁸⁵ “Essa a fina ironia do papel do Estado em relação às liberdades de expressão e de imprensa: o Estado é, ao mesmo tempo, um inimigo mortal e um amigo imprescindível dessas liberdades. [...] Nesse equilíbrio delicado e complexo, qualquer excesso na intervenção pode descambar para um Estado totalitário e controlador das manifestações discursivas da sociedade civil, ao passo que qualquer omissão do Estado pode representar a exclusão do discurso público de grupos sociais econômica e politicamente desfavorecidos e a manipulação desse mesmo discurso por grupos hegemônicos que controlam os meios de comunicação de massa”. BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003, p. 362.

⁸⁶ “Embora a dimensão preponderante da liberdade de expressão seja realmente negativa, a garantia deste direito, sobretudo no quadro de uma sociedade profundamente desigual, também reclama ações positivas do Estado, visando a assegurar a todos a possibilidade real do seu exercício e o enriquecimento do debate público”. SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, 2007, p. 2.

interpretativas. Além do debate acerca da *função* desse direito na democracia americana⁸⁷, a metáfora foi também apropriada para tratar das controvérsias político-econômicas quanto à necessidade de se *regular* (ou não) o próprio “mercado” que a compõe, como acima apontado.⁸⁸ Dentro desse segundo grupo de discussões, a título exemplificativo, três visões críticas podem ser citadas. Cada uma delas parte, no entanto, de perspectivas bem distintas sobre política, economia, constitucionalismo e, por conseguinte, quanto ao significado do próprio “mercado de ideias”.

Em primeiro lugar, professores da Universidade de Chicago escreveram textos criticando o “dualismo”⁸⁹ interpretativo de parte da academia e da Suprema Corte norte-americanas: defendiam uma intervenção estatal branda no “mercado de ideias” (*Market for Ideas*), porém outra incisiva no “mercado de bens e de serviços” (*Market for Goods and Services*).⁹⁰ Em síntese, o Tribunal e parcela considerável dos intelectuais eram apaixonados na defesa de *liberdades individuais*, porém se mantinham contrários, ou ao menos indiferentes, quanto à defesa de *liberdades econômicas*.

Ao contrário, para a “escola de Chicago”, a liberalização de mercados deveria ser discutida com a mesma *ratio* utilizada, nos EUA, para justificar o livre mercado de ideias. Existiria, pois, uma correlação lógica entre “*Free Speech*” e “*Free Markets*” e, de modo mais geral, entre liberdade econômica e liberdade política.⁹¹

Um dos primeiros a abordar a tese foi Aaron Director, nos idos de 1964. Para ele, caso se avaliasse a questão racionalmente, concluir-se-ia pela notável similaridade entre as bases argumentativas que sustentavam o *laissez faire* no mercado de ideias e as bases filosóficas e econômicas que deveriam sustentar o *laissez faire* no mercado de bens e de serviços. O autor

⁸⁷ “*Theories justifying free speech on [self] democratic governance or individual autonomy grounds rival the marketplace notion*”. HO, Daniel E; SCHAUER, Frederick. Testing the Marketplace of Ideas. **New York University Law Review**, v. 90, 2015, p. 1162. Em síntese e genericamente, duas visões surgiram sobre a função da liberdade de expressão: de um lado, a relacionada à garantia da autonomia individual; de outro, a relativa à auto-governança democrática dos cidadãos.

⁸⁸ Vide: BRETON, Albert; WINTROBE, Ronald. Freedom of speech vs. efficient regulation in market for ideas. **Journal of Economic Behaviour & Organization**, v. 17, n. 2, p. 217-239, March 1992.

⁸⁹ POSNER, Richard A. The Constitution as an Economic Document. **The George Washington Law Review**, v. 56, n. 1, pp. 4-38, November 1987, pp. 24-27.

⁹⁰ COASE, Ronald H. The Market for Goods and the Market for Ideas. **American Economic Review**, v. 64, n. 2, pp. 384-391, May 1974.

⁹¹ “*Liberalisation of markets is often discussed in the same breath as the opening of media, individual expression, elements of democratic civic and political culture. [...] What unifies the ideals of free speech and free markets is the notion of exchange*”. GHOSH, Shubha. Free Speech, Free Markets & the Death of Trademark Law. **Journal of National Law University Delhi**, v. 5, n.1, p. 61-77, 2018, pp. 61-62. Sobre os pressupostos subjacentes que apoiam essa visão, vide o capítulo “*The Relation Between Economic Freedom and Political Freedom*” de Milton Friedman, também professor da Universidade de Chicago: FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and Freedom**. Chicago: The University of Chicago Press, 1962.

acreditava que, entre outros motivos, a dicotomia estava baseada em uma ênfase indevida na deliberação como um método de resolver problemas na democracia.⁹²

Em igual sentido, Ronald Coase, já em 1974⁹³, condenava a forma que a Suprema Corte e juristas de sua época observavam o mercado de ideias, sobretudo ao excluir a manifestação publicitária (*advertisement*) de seu âmbito. Sustentava que a visão deles carregava uma espécie de *contradição* quanto ao papel que o Estado deveria exercer no mercado de ideias e no mercado de bens e serviços, a partir de diferentes intensidades de atuação. Defendiam um “livre mercado de ideias”, protegido da perniciosa intervenção estatal que poderia selecionar arbitrariamente quais informações deveriam chegar aos cidadãos. Entretanto, rechaçavam a ideia de “livre mercado de bens e de serviços”, ansiando por uma maior intervenção governamental, em vez de sustentar que a liberdade individual de escolha seria melhor exercitada pelos próprios cidadãos (e não pelo Estado) também em temas como consumo, produção e emprego. A ineficiência do Estado, pois, deveria justificar sua menor intervenção em ambos os mercados. Para ele, essa dicotomia seria artificial e derivaria, em verdade, do auto-interesse dos “intelectuais”: valorizavam mais o mercado de ideias, pois esse é o mercado em que operam e desenvolvem suas atividades, não o outro.⁹⁴

Posteriormente, em 1986, com expressa inspiração nessas contribuições anteriores, Richard Posner estabeleceu uma verdadeira *análise econômica do direito à liberdade de expressão*, avaliando os custos e os benefícios de regulá-la. Dessa forma, toma o voto dissidente de Holmes como, na verdade, um convite para se investigar a Primeira Emenda por uma visão explicitamente econômica⁹⁵. Rejeita, assim, que ela deveria ser examinada de modo especial, diferentemente dos *tradeoffs* que normalmente informam o processo decisório e a formação jurídica de políticas.⁹⁶

⁹² DIRECTOR, Aaron. The Parity of the Economic Market Place. **The Journal of Law & Economics**, v. VII, pp. 1-10, October 1964, p. 7.

⁹³ COASE, Ronald H. The Market for Goods and the Market for Ideas. **American Economic Review**, v. 64, n. 2, pp. 384-391, May 1974.

⁹⁴ “*The market for ideas is the market in which the intellectuals operate. They understand the value of freedom where their own activities are concerned. ‘Freedom of expression’ is freedom for them. The market for goods is, however, the market in which the Money-making businessman operates*”. COASE, Ronald H. Advertising and Free Speech. **Journal of Legal Studies**, v. 6, pp. 1-44, 1977, p. 15. De outra sorte, o professor Geoffrey Stone, também da Universidade de Chicago, reconstrói os (dois) argumentos centrais de Coase e deliberadamente os critica. Vide: STONE, Geoffrey R. Ronald Coase’s First Amendment. **Journal of Law and Economics**, v. 54, pp. 367-382, November 2011.

⁹⁵ Para uma revisão crítica dos argumentos desenvolvidos pelos “acadêmicos de Chicago”, vide: RUSHTON, Michael. Economic Analysis of Freedom of Expression. **Georgia State University Law Review**, v. 21, n.3, pp. 693-719, 2005.

⁹⁶ “*What I shall not assume, however, is that freedom of speech is a holy of the holies which should be exempt from the normal tradeoffs that guide the formation of legal policy*”. POSNER, Richard A. Free Speech in an

Em segundo lugar, noutro giro, acadêmicos como Maurice Stucke e Allen Grunes – que já foram membros da divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA –, partem de uma visão diferente. Acreditam que a estrutura competitiva do mercado de ideias, pela qual ideias conflitantes irão batalhar pela sua aceitação geral, não deve ser livre de regulação. Em verdade, precisa de uma boa dose de antitruste para existir,⁹⁷ tendo em vista a relação entre concentração de poder econômico e diversidade de ideias na mídia⁹⁸, e os seus efeitos para o acesso à informação, para a liberdade de expressão e para democracia como um todo.⁹⁹

Nesse sentido, assim como nos mercados de bens e de serviços, falhas de mercado podem tornar o mercado de ideias ineficiente.¹⁰⁰ Desse modo, sem deixar de reconhecer a legítima preocupação e desconfiança com ações estatais de intervenção no mercado de ideias, o controle de fusões entre grandes jornais, companhias de televisão e, hoje, empresas de Internet, seria importante para garantir uma estrutura econômica competitiva, permitindo a existência de um mercado de ideias e não um monopólio de opiniões. Trata-se de fomentar uma ampla disseminação de ideias e de informações por meio de “fontes diversas e antagônicas”.¹⁰¹ Para além de analisar a fração controlada por empresas no mercado (*market share*), o raciocínio concorrencial envolveria, portanto, uma variável analítica de “competição

Economic Perspective. **Suffolk University Law Review**, v. XX, n. 1, pp. 1-54, Spring 1986, pp. 1-8. Criticando a aplicação da interpretação econômica de Posner nos debates sobre a liberdade de expressão, vide: HAMMER, Peter J. Free Speech and the “Acid Bath”: an evaluation and critique of judge Richard Posner’s Economic Interpretation of the First Amendment. **The Michigan Law Review**, v. 87, n. 2, pp. 499-536, Nov. 1988.

⁹⁷ STUCKE, Maurice E; GRUNES, Allen P. Why More Antitrust Immunity for the Media is a Bad Idea. **Northwestern University Law Review**, v. 105, n. 3, pp. 1399-1416, 2011.

⁹⁸ Para visões do debate, vide: OWEN, Bruce M. **Economics and Freedom of Expression: Media Structure and the First Amendment**. Cambridge: Ballinger Publishing Co. 1975; POSNER, Richard A. Monopoly in the Marketplace of Ideas. **Yale Law Journal**, v. 86, n. 3, pp. 567-572, 1977.

⁹⁹ Para visões do debate, vide: BAKER, C. Edwin. Media Concentration: giving up on democracy. **Florida Law Review**, v. 54, n. 5, December 2002; SIMON, Donald R. Big Media: Its Effect on the Marketplace of Ideas and How to Slow Urge to Merge, **Journal of Computer & Information Law**, v. 20, n. 2, pp. 247-286, Winter 2002; CANDEUB, Adam. Media Ownership Regulation, The First Amendment, and Democracy’s Future. **UC Davis Law Review**, v. 41, pp. 1547-1611, 2008.

¹⁰⁰ “[A]cademic and popular understandings of the First Amendment have embraced the notion that free speech, like the free market, creates a competitive environment in which the best ideas ultimately prevail. But as with the free market for goods and services, there are discontents who point out to the market failures that make the marketplace metaphor aspirational at best, and inequitable at worst”. BLOCHER, Joseph. Institutions in the Marketplace of Ideas. **Duke Law Journal**, v. 57, n. 4, February 2008, p. 821. Vide também: PIETY, Tamara R. Market Failure in the Marketplace of Ideas: commercial speech and the problem that won’t go away. **Loyola of Los Angeles Law Review**, v. 41, pp. 181-226, fall 2007; BRAZEAL, Gregory. How Much Does a Belief Cost? Revisiting the Marketplace of Ideas. **Southern California Interdisciplinary Law Journal**, v. 21, pp. 1-46, 2011.

¹⁰¹ “We believe that the antitrust analysis of a media merger should be expanded to include its impact on the “marketplace of ideas.” The “marketplace of ideas,” as we explore in this article, consists of competition among various news and entertainment sources. The concept is based on the underlying belief that truth prevails in the widest possible dissemination of information from diverse and antagonistic sources.” STUCKE, Maurice E; GRUNES, Allen P. Antitrust and the Marketplace of Ideas. **Antitrust Law Journal**, v. 69, pp. 249-302, 2001, p. 249.

não precificável”¹⁰²: como aquela fusão poderia impactar o fluxo livre de informações, com fontes diversas e opiniões antagônicas sobre os fatos? Como o Estado deveria intervir para garantir que a competição, no mercado de ideias, de fato exista?

Por fim, há ainda outra leitura crítica contemporânea a partir da faceta econômica da metáfora. Acadêmicos estadunidenses, principalmente da Universidade de Yale, têm se oposto ao uso da *First Amendment* (e do *marketplace of ideas*) como instrumento para concretizar o que chamam da atual “Lochnerização” da liberdade de expressão.¹⁰³ Nessa linha, a crítica se destina ao que acreditam ser uma reformulação neoliberal¹⁰⁴ da *Era Lochner*, com a pretensão de reviver o referido “anticânone”¹⁰⁵. Desse modo, estar-se-ia transformando a Primeira Emenda em um poderoso mecanismo constitucional de justificação da desregulação¹⁰⁶ e de proteção das liberdades econômicas. Se antes o devido processo legal (14ª Emenda) e a liberdade de contratação eram o meio para constitucionalizar o liberalismo *laissez faire*; agora, a liberdade de expressão (1ª Emenda) seria o novo vetor constitucional utilizado para consolidar essa concepção econômica, inserindo-a na própria visão do “mercado de ideias”.¹⁰⁷

A relevância dessas discussões para este trabalho se encontra nas linhas que seguem.

¹⁰² STUCKE, Maurice E; GRUNES, Allen P. Antitrust and the Marketplace of Ideas. **Antitrust Law Journal**, v. 69, pp. 249-302, 2001, pp. 249-250.

¹⁰³ “The ‘Lochnerization’ of the First Amendment is without a doubt one of the most important developments in constitutional law in recent years.” KAPCZYNSKI, Amy. The Lochnerized First Amendment and the FDA: toward a more democratic political economy. **Columbia Law Review Online**, v. 118, pp. 179-206, November 2018, p. 179.

¹⁰⁴ PURDY, Jedediah. Neoliberal Constitutionalism: Lochnerism for a New Economy. **Law & Contemporary Problems**, v. 77, n. 4, 2014, p. 195; PURDY, Jedediah. The Roberts Court v. America: How the Roberts Court is using the First Amendment to craft a radical, free-market jurisprudence. **Democracy Journal**, n. 23, Winter 2012.

¹⁰⁵ GREENE, Jamal. The Anticanon. **Harvard Law Review**, v. 125, n. 2, December 2011, p. 417. Interessante notar que, também em *Lochner*, o Justice Holmes proferiu um voto dissidente histórico apontando sua discordância quanto à interpretação econômica conferida à 14ª Emenda (devido processo legal) pela Corte: “[t]he 14th Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer’s Social Statics.”

¹⁰⁶ “It is no exaggeration to observe that the First Amendment has become a powerful engine of constitutional deregulation”. POST, Robert C; SHANOR, Amanda. Adam Smith’s First Amendment. **Harvard Law Review Forum**, v. 128, pp. 165-182, 2015, p. 167. Em igual sentido: GARDEN, Charlotte. The Deregulatory First Amendment at Work. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 51, pp. 323-362, 2016. Para uma outra visão – mais antiga e com um tom crítico mais moderado - desse fenômeno da “desregulação constitucional”, também por um professor de Yale, vide: MASHAW, Jerry L. Constitutional Deregulation: notes toward a Public, Public Law. **Tulane Law Review**, v.54, pp. 849-876, 1980.

¹⁰⁷ “[R]egulations burdening speech in the marketplace must convincingly demonstrate their necessity before they can interfere with the unassisted operation of the market. [...] How could the First Amendment constitutionalize the unregulated operation of the laissez-faire commercial marketplace? [...] we are not participating in democratic self-determination; we are instead transacting business in the marketplace”. POST, Robert C; SHANOR, Amanda. Adam Smith’s First Amendment. **Harvard Law Review Forum**, v. 128, pp. 165-182, 2015, p. 166 e 172.

Por meio dessa exposição de posições acadêmicas e jurisprudenciais nos EUA, buscou-se contextualizar e demonstrar os contornos econômicos que existem em torno do direito à liberdade de expressão, com especial atenção aos usos da metáfora do mercado de ideias. Seja qual for a visão acolhida sobre o grau de intervenção que o Estado deve adotar na regulação desse mercado, fato é que o sistema que o estrutura, que o protege e que, as vezes, o debilita, é de fato um *mercado*. O ambiente que garante o exercício do direito à liberdade de expressão está envolto por estruturas empresariais, com vasto capital político e interesses econômicos expressos. Em suma: existe um *mercado* por trás do mercado de ideias.

De antemão, essa constatação precisa de uma ressalva. Com ela, o intuito aqui não é fazer uma crítica a esse sistema ou advogar por um maior ou menor grau de regulação estatal nele. Apesar da riqueza acadêmica dessas reflexões, elas fogem do escopo deste trabalho. Em verdade, o objetivo aqui é mais singelo. Com a afirmação acima, o que se pretende é defender que, independentemente do grau de intervenção estatal adotado¹⁰⁸, compreender os contornos econômicos da liberdade de expressão é essencial para discuti-la e para protegê-la, sobretudo atualmente. Trata-se de investigar esse direito fundamental por meio de uma visão “*não-romântica*”¹⁰⁹ e realista¹¹⁰, capaz de protegê-la na “vida prática”.

Nesse ponto, Tim Wu bem explicita que o ambiente informacional a que a população está exposta é um fator de grande influência no próprio modo como as pessoas pensam, formam opiniões e enxergam os fatos.¹¹¹ Portanto, entender a faceta econômica por trás da estrutura que proporciona e dinamiza o fluxo de informações é, em verdade, compreender “as realidades práticas da liberdade de expressão, em contraste com sua vida teórica”.¹¹² Assim, em uma dada realidade, melhor compreender como a liberdade de expressão *efetivamente* é exercitada e se desenvolve pressupõe, também, um bom entendimento sobre sua *faceta*

¹⁰⁸ Não se ignora que vários juízos de valor são feitos, ao longo do trabalho, tampouco se defende que ele é um trabalho “cientificamente neutro” ou que não se posiciona. Apenas não se está adentrando no referido debate. Sobre o tema, vide: MONGIN, Phillipe. Value Judgements and Value Neutrality in Economics. **Economica**, v. 73, pp. 257-286, 2006, p. 2

¹⁰⁹ “[E]xplore a different and very unromantic understanding of the First Amendment’s protection of speech” FARBER, Daniel A. Free Speech without Romance: Public Choice and the First Amendment. **Harvard Law Review**, v. 105, pp. 554-583, 1991, p. 555. Cumpre ressaltar, todavia, que o texto se utiliza da metodologia da Teoria da Escolha Pública, e portanto aplica a metodologia econômica ao direito fundamental da “liberdade de expressão”. Este trabalho, no entanto, não está inserido nesse marco teórico.

¹¹⁰ “Business interests [...] are finding that arguments for property rights and the social status quo can more and more easily be rephrased in the language of the first amendment by using the very same absolutist forms of argument offered by the left in previous generations.” BALKIN, Jack M. Some Realism About Pluralism: Legal Realist Approaches to the First Amendment. **Duke Law Journal**, v. 1990, n. 3, pp. 375- 430, June 1990.

¹¹¹ WU, Tim. **Impérios da Comunicação**: do telefone à internet, da AT&T ao Google. Trad. Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 21.

¹¹² WU, Tim. **Impérios da Comunicação**: do telefone à internet, da AT&T ao Google. Trad. Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 21.

econômica. Apesar de um direito fundamental de suma importância para o ambiente democrático, exprime-se uma visão “não romântica” da liberdade de expressão. É dizer: ela não é observada somente como “algo valoroso em si”, mas sim como um “instrumento para a realização de outros fins”, “na fronteira entre cultura e mercado, entre o econômico e político, entre o individual e o coletivo”.¹¹³

Ao se avaliar o debate norte-americano exposto, percebe-se que tanto os que defendem uma maior liberalização do mercado de ideias (e até do mercado de bens e de serviços); quanto os que acreditam que o Estado deve intervir para garantir um mercado de ideias plural, democrático e competitivo não ignoram justamente o seguinte fato: por trás de várias das discussões constitucionais sobre a liberdade de expressão, há também um debate político-econômico implícito.¹¹⁴ Mais do que isso, discordando sobre suas implicações, as divergências nas discussões que foram expostas incorporam justamente a existência de um emaranhado de *atores político-econômicos* interessados na própria definição de quais discursos são protegidos pela Primeira Emenda, pois isso faz toda a diferença para seus negócios empresariais ou para suas campanhas políticas.¹¹⁵

Em um primeiro plano, incorporar a metáfora do mercado de ideias é relevante, porque ela bem demonstra que proteger e assegurar a liberdade de expressão, na prática, vai muito além de proferir retóricas infladas. Isto é: a adoção de uma postura, ao menos *a priori*, deferente ao livre debate, mesmo quando as manifestações nele envolvidas são ácidas, inconvenientes ou polêmicas.¹¹⁶

Sem embargo, em outro plano – crucial para os fins deste trabalho –, a referida metáfora possui também uma acepção *econômica* relevante. Capta a essência da conexão

¹¹³ SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de Expressão e Pluralismo: Perspectivas de Regulação**. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2011, p. 13.

¹¹⁴ Steven Shiffrin parece se posicionar de acordo com essa visão “não romântica”. Demonstra, especialmente, como esse debate constitucional se aflora nas disputas judiciais, no âmbito da Suprema Corte dos EUA, sobre o “*Commercial Speech*” (liberdade de expressão de empresas). SHIFFRIN, Steven H. The First Amendment and Economic Regulation: away from a General Theory of the First Amendment. **Northwestern University Law Review**, v. 78, n. 5, pp. 1212-1283, 1984, pp. 1214-1215; SHIFFRIN, Steven H. **The First Amendment, Democracy and Romance**. Princeton: Princeton University Press, 1990, p. 86.

¹¹⁵ Nesse sentido, vide os depoimentos do ex-presidente da CBS (uma das maiores emissoras de rádio e de televisão dos EUA) sobre as disputas político-econômicas por trás da Primeira Emenda as quais vivenciou: FRIENDLY, Fred W. **The Good Guys, The Bad Guys and the First Amendment**. New York: Random House, 1976.

¹¹⁶ “É preciso cuidado redobrado com os paternalismos de qualquer espécie e com as tentativas de impor qualidades como bom senso ou moderação, sobretudo quando sejam invocados como fundamento para cercear a palavra alheia. [...] Qualquer tentativa de exercer o controle qualitativo sobre o conteúdo da expressão traz consigo o risco do autoritarismo, podendo desaguar no sufocamento e/ou no direcionamento do mercado de ideias”. MENDONÇA, Eduardo. **É permitido proibir, muito e sem critério**. JOTA, Brasília, 2014. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constituicao-e-sociedade-6-18112014 > Acesso em 14 de outubro de 2019.

existente entre o mercado que compõe o “mercado de ideias” (e.g. emissoras de rádio e de televisão, jornais e revistas, editoras, e mídias sociais) e o próprio exercício e o significado das liberdades comunicativas: “a existência de qualquer mercado depende totalmente da estrutura das indústrias culturais e da informação”.¹¹⁷

Assim, percebe-se que assimilar elementos como a estrutura desse mercado e as empresas responsáveis por essa estrutura são fatores igualmente importantes para a defesa dessas liberdades.¹¹⁸ Apesar de longa, a seguinte citação de Tim Wu¹¹⁹ sintetiza bem a questão:

“A metáfora [do mercado de ideias] representa a noção de um mercado figurativo, onde qualquer um com boca para falar e ouvidos para escutar tem liberdade de vender e receber opiniões, credos e diversas formas de expressão. A esperança é de que, nesse domínio, a verdade irá vencer.

Mas, e se esse ‘mercado livre de ideias’ figurativo estiver alojado nos reais e menos grandiosos mercados de produtos de comunicação e cultura? E se esses mercados forem fechados, ou tiverem um acesso tão caro que só poucos possam ser admitidos? Se, na prática, não for possível se fazer ouvir numa praça pública sem depender de algum meio de divulgação, e se esse meio constituir uma indústria que restrinja o seu acesso, não poderá haver um mercado livre para a expressão.”

Torna-se relevante levar em conta a *economia política*¹²⁰ da liberdade de expressão. Ou seja, observar as relações entre o poder econômico e o poder político que se expressam por meio de disputas pelo significado e pelo escopo da liberdade de expressão, além de estruturar o próprio sistema e a infraestrutura pelos quais esse direito é exercido. Não por outro motivo, no bojo de um “mercado de ideias digital”, parece imprescindível levar em conta o papel das atuais “*Big Techs*” na discussão acerca dos desafios e das perspectivas para o exercício da liberdade de expressão.

¹¹⁷ “Os americanos idealizam o que o juiz Oliver Wendell Holmes [Jr.] chamou de ‘mercado de ideias’, um espaço onde, por direito, qualquer integrante da sociedade é livre para mascatear seu credo. Porém, a forma ou mesmo a existência de qualquer mercado depende totalmente da estrutura das indústrias culturais e da informação”. WU, Tim. **Impérios da Comunicação**: do telefone à internet, da AT&T ao Google. Trad. Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 21.

¹¹⁸ Outras questões de suma relevância para a sua “vida prática” são: quais atores serão ouvidos? Quais informações ganharão preferência? Como essas informações são transmitidas, a depender dos posicionamentos ideológicos e dos interesses político-econômicos dos *players* envolvidos nesse mercado? E assim em diante.

¹¹⁹ WU, Tim. **Impérios da Comunicação**: do telefone à internet, da AT&T ao Google. Trad. Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 151-152.

¹²⁰ “Em sentido estrito, economia política é o estudo das relações sociais, particularmente as relações de poder, que mutuamente constituem a produção, distribuição e consumo de recursos, incluindo os recursos informacionais” MOSCO, Vincent. Repensando e renovando a economia política da informação. **Perspect. Cienc. Inf.** Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 97-114, jul/dez. 1998, p. 98.

CAPÍTULO II:

O MERCADO DE IDEIAS ONLINE:

Liberdade de expressão na era digital e sua economia política

“This is the irony of the digital era: An era that promised unbounded opportunities for freedom of expression is also an era of increasing digital control and surveillance. The same technological advances allow both results. [...] The infrastructure of digital free expression is the infrastructure of digital surveillance.”¹²¹

(Jack M. Balkin)

O objetivo deste capítulo é aplicar o debate relativo aos contornos econômicos da liberdade de expressão (exposto no capítulo anterior) ao contexto da Internet: nicho mercadológico em que as plataformas digitais estão inseridas. Trata-se, pois, de prestar atenção para a *economia política da liberdade de expressão na era digital*, tal como propõe Jack Balkin.¹²² Para tanto, o capítulo está dividido em dois subcapítulos.

No primeiro, apresenta-se a transição de perspectiva vivenciada nos debates relativos à liberdade de expressão na Internet e sua correlação com a lógica mercantil que a permeia, bem como a força dos atores político-econômicos que a estruturam e a dominam. Evidencia-se, pois, o paradigma inicial da Internet, com destaque para as ferramentas participativas e democráticas trazidas. Em seguida, expõe-se a consequente ressignificação ocorrida quanto à função exercida pela liberdade de expressão. Assim, no segundo subcapítulo, exploram-se as conexões entre os atores do mercado digital e esses dilemas atuais: ao mesmo passo que a Internet produziu a democratização do conteúdo digital, ela o tornou uma importante fonte de acumulação de riqueza e de criação de poder econômico.

2.1 “EM BUSCA DE UM NOVO PARADIGMA?” “Da utopia ao desencanto”¹²³

¹²¹ BALKIN, Jack M. The First Amendment in the Second Gilded Age. **Buffalo Law Review**, v. 66, n. 5, December 2018, pp. 984 e 993.

¹²² BALKIN, Jack M. **The Political Economy of Freedom of Speech in the Second Gilded Age**. Law and Political Economy blog, 4 de Julho de 2018. Disponível em: <<https://lpeblog.org/2018/07/04/the-political-economy-of-freedom-of-speech-in-the-second-gilded-age/>> Acesso em 15 de julho de 2019.

¹²³ O título deste subcapítulo faz referência a dois textos: “*In a Search of a New Paradigm*”, de Owen Fiss, e “*Liberdade de Expressão e de Manifestação nas Redes Sociais*”, de Ana Paula de Barcellos e Felipe Mendonça Terra. Ambos os artigos estão propriamente referenciados nas notas de rodapé mais adiante.

2.1.1 A “utopia”:

“Algo importante e estranho aconteceu com a Primeira Emenda”.¹²⁴ Com essa frase, já nos idos de 1992, o professor Cass Sunstein indicava sua perplexidade com o cenário relatado no capítulo anterior. Em resumo, ele e outros acadêmicos norte-americanos estavam preocupados com a íntima relação que dinheiro, propriedade e liberdade de expressão haviam estabelecido.¹²⁵ Em suma: o livre fluxo de informações e de opiniões, essencial para a existência do mercado de ideias, não estava livre. O seu acesso era controlado.¹²⁶

Censura e perseguições políticas a indivíduos que expressavam discursos pouco ortodoxos ou opiniões críticas ao governo: esse foi o cenário que marcou a criação do “mercado de ideias” do *Justice Holmes*. Ao revés, invocando-se a Primeira Emenda, nesse novo contexto, passou-se a debater temas ligados a questões de índole essencialmente político-econômica: a proteção constitucional que pessoas físicas e também empresas detinham para financiar campanhas eleitorais, pois tratar-se-ia de manifestação política protegida pela Primeira Emenda¹²⁷; a liberdade de expressão comercial e publicitária que, apesar de passível de maior regulação, passou a ser protegida pela Primeira Emenda¹²⁸; e a regulação de empresas de rádio e de televisão frente às proteções garantidas pela Primeira Emenda¹²⁹. Questões essas que, por sinal, também chegaram ao Supremo Tribunal Federal¹³⁰, apesar de terem sido julgadas obviamente em períodos bem distintos.

¹²⁴ Do original: “*something important and strange has happened to the First Amendment*”. SUNSTEIN, Cass R. *Free Speech Now*. **The University of Chicago Law Review**, v. 59, pp. 255-316, 1992, p. 258.

¹²⁵ “*Broadcasting access is the practical equivalent of the right to speak, and it is allocated very much on the basis of private willingness to pay*”. SUNSTEIN, Cass R. **Democracy and the Problem of Free Speech**. New York: The Free Press, 1995, p. 58.

¹²⁶ “*There is an anomaly in our constitutional law. While we protect expression once it has come to the fore, our law is indifferent to creating opportunities for expression. Our constitutional theory is in the grip of a romantic conception of free expression, a belief that the ‘marketplace of ideas’ is freely accessible. But if ever there were a self-operating marketplace of ideas, it has long ceased to exist*”. BARRON, Jerome A. *Access to the Press – A New First Amendment Right*. **Harvard Law Review**, v. 80, p. 1641-1678, 1967, p. 1641.

¹²⁷ Vide: *Bucley v. Valeo* [424 U.S. 1 (1976)]; *Colorado Republican Federal Campaign Committee v. Federal Election Commission* [518 U.S. 604 (1996)]; *McConnell v. Federal Election Commission* [540 U.S. 93 (2003)]; *Citizens United v. Federal Election Commission* [558 U.S. 310 (2010)]

¹²⁸ Vide: *Bigelow v. Virginia* [421 U.S. 809 (1975)]; *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc* [425 U.S. 748 (1976)]; *Central Hudson Gas and Electric Corp. v. Public Service Commission* [447 U.S. 557 (1980)]; *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico* [478 U.S. 328 (1986)]; *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island* [517 U.S. 484 (1996)].

¹²⁹ Vide: *Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission* [395 U.S. 367 (1969)]; *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee* [412 U.S. 94 (1973)]; *CBS, Inc. v. Federal Communications Commission* [453 U.S. 367 (1981)].

¹³⁰ Sobre a liberdade de expressão de empresas na doação de campanhas políticas, vide: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4650**. Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, j. em 17/09/2015, DJe 24/02/2016. Sobre a

Observando esse contexto, já em 1995, o professor Owen Fiss concluiu: o paradigma havia mudado. É que a liberdade de expressão, tal qual pensada para o cenário em que o mercado de ideias surgiu, tinha como centro de atenção o “orador da esquina” (“*the street corner speaker*”).¹³¹ Casos como *Schenck* ou *Abrams* envolviam pessoas comuns proferindo ideias subversivas ou distribuindo panfletos revolucionários nas ruas. Assim, a principal função desse direito era protegê-las de uma prisão simplesmente por manifestar suas ideias, por exemplo.

Owen Fiss acreditava, portanto, que era necessário “atualizar” o paradigma. Em uma primeira reflexão, Fiss defendia que era crucial destinar maior atenção para as grandes empresas de mídia, como a *CBS* - uma das maiores redes de televisão dos EUA. Com isso, seria possível melhor apreciar essas “novas” questões sobre a liberdade de expressão, fundamentais para a época. Somente assim é que se conseguiria “redesenhar” antigas concepções e, por exemplo, relativizar as rígidas distinções entre atores estatais e atores privados no tocante à possibilidade de exercerem censura.¹³²

Ocorre que, após expor tal ideia e ser criticado por seus alunos¹³³, Owen Fiss percebeu que, mais uma vez, o paradigma já havia mudado.¹³⁴ Ter como foco a *CBS* era, em verdade, estar agarrado a uma base fática “ultrapassada”. É que a década de 1990 trouxe consigo o desenrolar da “revolução digital” e, sobretudo, a expansão da Internet como hoje

liberdade de expressão comercial e publicitária, vide: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADO 22**. Rel. Min. Cármen Lúcia, PLENÁRIO, j. em 22/04/2015, DJe 03/08/2015; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4874**. Rel. Min. Rosa Weber, PLENÁRIO, j. em 01/02/2018, DJe 01/02/2019. Sobre a regulação de empresas de rádio e de televisão frente à liberdade de expressão, vide: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4679**. Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, j. em 08/11/2017, DJe 05/04/2018; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RG RE 1070522**. Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, j. em 18/10/2018, DJe 31/10/2018.

¹³¹ FISS, Owen M. In a Search of a New Paradigm. **The Yale Law Journal**, v. 104, n. 7, p. 1613-1618, 1995, p. 1614.

¹³² “For me, that paradigm was no longer the proper one to understand the First Amendment. We needed to move from the street corner to CBS. Reexamining free speech controversies from this new vantage point made it possible, I thought, to better appreciate some of the crucial factors shaping public discourse today, including the scarcity of channels of communication and the high cost of speech. Also, with CBS in mind, we could see how the old lines between speaker and censor, or between the state and the private sphere, had to be redrawn. In the end, I realized that a body of doctrine that did no more than protect the street corner speaker from the menacing reach of the police would leave the values served by the First Amendment vulnerable and, sadly, largely unfulfilled.” FISS, Owen M. In a Search of a New Paradigm. **The Yale Law Journal**, v. 104, n. 7, p. 1613-1618, 1995, p. 1614.

¹³³ FISS, Owen M. In a Search of a New Paradigm. **The Yale Law Journal**, v. 104, n. 7, p. 1613-1618, 1995, p. 1614

¹³⁴ “I was trying to make sense of the First Amendment from a vantage point that was already obsolete. Once again, the ground had shifted from under the First Amendment. [...] we were on the edge of a new technological revolution. [...] [We need to] think through the implications for the First Amendment of the technological revolution through which we are now living”. FISS, Owen M. In a Search of a New Paradigm. **The Yale Law Journal**, v. 104, n. 7, p. 1613-1618, 1995, pp. 1614-1615.

conhecemos.¹³⁵ Com isso, novamente, vários dos elementos políticos e dos meios sociais capazes de influenciar e de proporcionar o exercício da liberdade de expressão foram alterados: os dispositivos pelos quais cidadãos “consomem” livros, filmes e música; as fontes de acesso às notícias e à informação; os meios pelos quais as pessoas interagem e formam comunidades; os veículos nos quais se é possível exercer a cidadania e manifestar opiniões etc.¹³⁶

Não por outra razão, essas novas tecnologias trouxeram discussões sobre seu impacto no futuro do Direito.¹³⁷ Dentro das argumentações, o debate sobre a liberdade de expressão era central: como a difusão dessas novas tecnologias da informação e da comunicação (TICs) impactaria a liberdade de expressão? E mais: como aproveitar o potencial disruptivo e as características democráticas dessas tecnologias a fim de promover os valores encrustados na Primeira Emenda?¹³⁸

Apesar de visões mais céticas¹³⁹, vários juristas da época observavam esse novo cenário como promissor para recuperar a essência da Primeira Emenda¹⁴⁰. Isso, na medida em reduziam-se substancialmente os custos de produção e de distribuição de ideias¹⁴¹, potencialmente, tornando o processo de criação mais democrático, descentralizado, diverso e inclusivo, bem como disponível para um grande número de pessoas, sem necessidade de sofrer o crivo de editores. Em outras palavras, a Internet poderia sanar as “falhas de mercado” anteriores e reconstruir o mercado de ideias tal qual imaginado: um espaço de livre

¹³⁵ JENKINS, Henry; THORBURN, David. **Introduction:** The Digital Revolution, The Informed Citizen, and the Culture of Democracy. In: JENKINS, Henry; THORBURN, David. (Edit.). **Democracy and New Media**. Cambridge: MIT Press, 2004, p. 7.

¹³⁶ FISS, Owen M. In a Search of a New Paradigm. **The Yale Law Journal**, v. 104, n. 7, p. 1613-1618, 1995, p. 1615.

¹³⁷ VOLOKH, Eugene. Technology and the Future of Law. **Stanford Law Review**, v. 47, n. 6, pp. 1375-1403, Jul. 1995, p. 1378.

¹³⁸ “*What impact will these changes have on freedom of expression? How can these new technological possibilities be made to serve such core First Amendment values as increasing access to diverse information sources and minimizing government regulation of speech?*” BERMAN, Jerry; WEITZNER, Daniel J. Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media. **The Yale Law Journal**, v. 104, n. 7, p. 1619-1637, 1995, p. 1619.

¹³⁹ Para um balanço da opinião de alguns juristas da época, vide FISS, Owen M. In a Search of a New Paradigm. **The Yale Law Journal**, v. 104, n. 7, p. 1613-1618, 1995, p. 1616.

¹⁴⁰ BERMAN, Jerry; WEITZNER, Daniel J. Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media. **The Yale Law Journal**, v. 104, n. 7, p. 1619-1637, 1995, pp. 1620-1621.

¹⁴¹ “[N]ew information Technologies [...] will dramatically reduce the costs of distributing speech; and, therefore, [...] the new media order that these technologies will bring will be much more democratic and diverse than the environment we see now. Cheap speech will mean that far more speakers - rich and poor, popular and not, banal and avant garde - will be able to make their work available to all” VOLOKH, Eugene. Cheap Speech and What It Will Do. **The Yale Law Journal**, v. 104, n. 7, p. 1805-1850, 1995, pp. 1806-1807.

intercâmbio de ideias, com inúmeras pessoas expondo opiniões diversas que, por sua vez, concorreriam pela aceitação de uma sociedade democrática e aberta.

Em verdade, a própria Suprema Corte dos EUA adotou essa visão “*utópica*”, ou ao menos otimista, sobre a Internet. Em 1997, ao decidir o caso *Reno v. ACLU* [521 U.S. 844 (1997)], a Corte teve a difícil tarefa de avaliar a constitucionalidade do *Communications Decency Act* (CDA), aprovado pelo Congresso em 1996. Basicamente, os dispositivos da referida lei criminalizavam (i) “a transmissão consciente de mensagens obscenas ou indecentes para qualquer destinatário menor de 18 anos”; e (ii) “o envio ou a disponibilização, para menores de 18 anos, de alguma mensagem que descrevesse ou retratasse atividades ou órgãos sexuais ou excretorios em termos patentemente ofensivos” que seriam mensurados “de acordo com os padrões comunitários da época”.¹⁴²

Para além da justificativa de que os termos da lei eram vagos demais ao restringir a liberdade de expressão, o relator, *Justice Stevens*, concebeu a Internet como um meio de comunicação único e totalmente novo cujo conteúdo era “tão diverso quanto o pensamento humano” (“*as diverse as human thought*”). Assim, conforme indicado no Capítulo 1, aplicou expressamente a metáfora do mercado de ideias para o ambiente *online*:

“[a] dramática expansão deste novo mercado de ideias contradiz a base factual desta alegação. [...] a expansão da Internet foi e continua sendo fenomenal. Por uma questão de tradição constitucional, na ausência de evidências em contrário, presumimos que a regulamentação governamental do conteúdo de alguma manifestação possui maior probabilidade de interferir na livre troca de ideias, em vez de encorajá-la. O interesse em encorajar a liberdade de expressão em uma sociedade democrática supera qualquer benefício teórico, porém não comprovado [diga-se de passagem], que justifique a censura”.¹⁴³

Várias dessas previsões sobre os efeitos da Internet no exercício da liberdade de expressão estavam certas. Essas características iniciais, a bem da verdade, auxiliam em outro olhar sobre a própria *função* da liberdade de expressão na Internet.

¹⁴² Do original: “*criminalizes the knowing transmission of "obscene or indecent" messages to any recipient under 18*” e “*knowing sending or displaying to a person under 18 of anything 'that, in context, depicts or describes, in terms patently offensive as measured by contemporary community standards, sexual or excretory activities or organs'.*” *Reno v. ACLU* [521 U.S. 844 (1997)].

¹⁴³ Do original: “*The dramatic expansion of this new marketplace of ideas contradicts the factual basis of this contention. The record demonstrates that the growth of the Internet has been and continues to be phenomenal. As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship.*” *Reno v. ACLU* [521 U.S. 844 (1997)].

2.1.2 A liberdade de expressão na Internet: delineando uma cultura democrática.

Nos Estados Unidos, em linhas gerais, há um debate relativo à função da liberdade de expressão com duas correntes doutrinárias: uma parcela defende que a função precípua da Primeira Emenda seria a de proteger a *autonomia individual e coletiva* dos cidadãos; já outra parcela acredita que a função principal da Primeira Emenda está ligada à ideia de *auto-governo democrático* da população, no processo de deliberação pública.¹⁴⁴

Em um contexto de “revolução digital”, essas visões não perdem o seu valor, tampouco sua relevância. No entanto, especialmente a segunda função exposta pelo debate norte-americano ressoa incompleta para explicar o papel e a importância da liberdade de expressão no contexto digital, por estar demasiadamente calcada em aspectos da vida pública como voto e eleições.¹⁴⁵

Conforme aponta Jack Balkin¹⁴⁶, na era digital, a liberdade de expressão se apresenta como um vetor constitucional que assegura e promove uma “*cultura democrática*”. “Cultura” aqui entendida como a representação dos processos coletivos de construção de significados em uma sociedade. O objetivo é o de permitir com que cidadãos comuns e grupos sociais possuam a justa oportunidade de criar, inovar e participar do processo de construção coletiva dos significados que dão vida à comunidade em que estão inseridos e de ativamente atuar no processo de fixação e de concretização dos valores que “os constituem como indivíduos”.

¹⁴⁴ Sobre a primeira, vide: MEIKLEJOHN, Alexander. **Free Speech and its Relation to Self-Government**. New York: Harper Brothers Publishers, 1948; Sobre a segunda visão, vide: POST, Robert C. Meiklejohn’s Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse. **University of Colorado Law Review**, v. 64, pp. 1109-1137, 1993.

¹⁴⁵ Um exemplo é o acertado e memorável voto do Ministro Carlos Menezes Direito, no julgamento da ADPF 130. Apesar de suas qualidades, sua *ratio decidendi* está relacionada com essa perspectiva político-jurídica: “A democracia para subsistir depende de informação e não apenas de voto; este muitas vezes pode servir de mera chancela, objeto de manipulação. A democracia é valor que abre as portas à participação política, de votar e ser votado, como garantia de que o voto não é mera homologação do poder. Dito de outro modo: os regimes totalitários convivem com o voto nunca com a liberdade de expressão”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130**. Rel. Min. Carlos Ayres de Britto, PLENÁRIO, j. 30/04/2009, DJe 26/02/2009.

¹⁴⁶ [t]he digital age makes increasingly clear that the point of the free speech principle is to promote not merely democracy, but something larger: a democratic culture. What is a democratic culture? It is a culture in which ordinary people can participate, both collectively and individually, in the creation and elaboration of cultural meanings that constitute them as individuals. [...] It is democratic because people get to participate in the production of culture through mutual communication and mutual influence.” BALKIN, Jack M. The Future of Free Expression in a Digital Age. **Pepperdine Law Review**, v. 36, 2009, p. 438.

Nesse sentido, Balkin¹⁴⁷ bem aponta que a deliberação sobre eleições ou temas político-institucionais de interesse público são parte integrante de uma cultura democrática. No entanto, as características da Internet fazem com que essa concepção mais restrita seja ressignificada.¹⁴⁸ Não se rechaça a importância do ideal de auto-governo democrático. Ao contrário, apenas dá-se lugar a uma visão mais abrangente envolvendo, assim, questões como a manifestação sobre assuntos de natureza não-política, sobretudo relacionados a elementos da “cultura popular” como as músicas e os filmes favoritos das pessoas.¹⁴⁹

Explora-se, portanto, uma função mais participativa e cultural dessa liberdade. Uma concepção democrática que abrange as práticas e os costumes sociais, a partir de uma noção interativa: criando novas comunidades, formando “culturas e subculturas”¹⁵⁰, aproximando indivíduos a partir de seus interesses, de suas preferências¹⁵¹ e até de suas demandas, políticas ou não¹⁵².

Esses elementos ressaltam a existência de valores democráticos, no direito à liberdade de expressão, que vão além de questões político-jurídicas relacionadas à deliberação de temas da vida pública. Em verdade, eles espelham estruturas e organizações sociais democráticas e abertas que, por conseguinte, permitem também a discussão e a transformação de instituições informais, práticas, costumes e tradições sociais. Em suma: no âmbito digital, esse direito fundamental representa um instrumento pelo qual a população vocaliza suas manifestações sobre as formas de poder e de produção cultural, as quais transcendem o conteúdo eminentemente político.¹⁵³

¹⁴⁷ BALKIN, Jack M. Digital Speech and Democratic Culture: a Theory of Freedom of Expression for the Information Society. **New York University Law Review**, v.1, n.79, 2004, pp. 32-35.

¹⁴⁸ “The internet [...] involves much more than political deliberation. And so any theory of speech that focuses only on political outcomes will fail because it cannot fully capture what actually happens on the internet.” SYED, Nabiha. Real talk about fake news: towards a better theory for platform governance. **The Yale Law Journal Forum**, p. 337-357, 2017, p. 342.

¹⁴⁹ BALKIN, Jack M. Digital Speech and Democratic Culture: a Theory of Freedom of Expression for the Information Society. **New York University Law Review**, v.1, n.79, 2004, p. 11.

¹⁵⁰ BALKIN, Jack M. Digital Speech and Democratic Culture: a Theory of Freedom of Expression for the Information Society. **New York University Law Review**, v.1, n.79, 2004.

¹⁵¹ Como contraponto, pode-se citar as críticas relacionadas à formação dos “filtros-bolha” ou “câmaras de eco”. Nesse contexto, a maior aproximação de pessoas em torno de suas preferências em comum e até visões político-ideológicas compartilhadas pode gerar polarização e “empobrecer” o debate público fazendo com que essas pessoas não entrem em contato com ideias diversas ou reforcem suas pré-concepções. Vide: PARISIÉR, Eli. **The Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and How We Think**. New York: The Penguin Press, 2011.

¹⁵² Vide: CASTELLS, Manuel. **Redes de Indignação e Esperança: Movimentos sociais na era da internet**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2013; TUFECKI, Zeynep. **Twitter and Tear Gas – The Power and Fragility of Networked Protest**. New Haven: Yale University Press, 2018.

¹⁵³ “[W]e must collectively build a theory that accounts for these shifting sands, one that provides workable ideals rooted in reality. Scaffolding for that theory can be found in what Balkin has termed the “democratic culture” theory, which seeks to ensure that each individual can meaningfully participate in the production and

Apesar de essa ideia de Balkin – relativa à promoção de uma cultura democrática – estar direcionada à realidade norte-americana, ela não se distancia do texto constitucional brasileiro. Como bem aponta Gustavo Binimbojm¹⁵⁴, a Carta Fundamental de 1988 acolheu ambas as dimensões desse direito fundamental e consubstanciou um “sistema constitucional da liberdade de expressão”. Cada brasileiro, portanto, possui “tanto a possibilidade de manifestar-se livremente, expressando suas impressões individuais sobre o mundo a sua volta, quanto a faculdade de participar dos processos [políticos] de deliberação coletiva”.

Segundo Luís Roberto Barroso, esse direito fundamental possui dupla função¹⁵⁵. Uma função de índole *individual*: atuando como vetor para o livre desenvolvimento da personalidade na medida em que permite a manifestação crítica do pensamento e da opinião do cidadão. Porém, também uma dimensão *coletiva*: contribuindo para o desenvolvimento democrático da nação na medida em que fomenta a formação de uma opinião pública plural e crítica, circulando ideias das mais diversas.¹⁵⁶

De todo modo, é relevante ter em mente essas considerações pois apontam e direcionam o regulador para as correções necessárias a fim de permitir que a Internet espelhe, ao máximo, as características positivas de sua ascensão: interatividade, abertura, liberdade, participação, criatividade, descentralização etc. E mais: podem guiar decisões regulatórias acerca dos elementos do ciberespaço, orientando-as no sentido de conferir maior concretização aos princípios, aos valores e aos direitos encrustados no seio da sociedade e do texto constitucional, como liberdade de expressão, dignidade da pessoa humana e privacidade.

Uma perspectiva “romântica” sobre a liberdade de expressão, calcada em visão ainda “utópica” da Internet, parece desatualizada em face do papel exercido pelas plataformas

distribution of culture”. SYED, Nabihah. Real talk about fake news: towards a better theory for platform governance. **The Yale Law Journal Forum**, p. 337-357, 2017, p. 356.

¹⁵⁴ BINENBOJIM, Gustavo. **Humor, Política e Jurisdição Constitucional**: O Supremo Tribunal Federal como Guardiã da Democracia: A Proteção da Liberdade de Crítica Política em Processos Eleitorais. In: ARABI, Abhner Youssif Mota (et. al). (Coord). **Constituição da República 30 Anos Depois**: Uma Análise da Eficiência dos Direitos Fundamentais. Estudos em Homenagem ao Ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, pp. 321-322.

¹⁵⁵ “Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo portanto uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa.” BARROSO, Luís Roberto. Colisão Entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, pp. 1-36, Jan./Mar. 2004, p. 19.

¹⁵⁶ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos** – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000, pp. 166-167. Obra citada no artigo de Luís Roberto Barroso e, posteriormente, conferida pelo autor no original. Por essa razão, não se utilizou “*apud*”.

digitais no “mercado de ideias *online*” contemporâneo, sobretudo quanto à íntima conexão entre atuais problemas e o modelo de negócios delas. No entanto, propor soluções regulatórias “abusivas”¹⁵⁷ significa olvidar questões como os benefícios que essas plataformas digitais trazem tanto em termos de inovação tecnológica, quanto na capacidade prática de se exercitar a liberdade de expressão; bem como suas liberdades empresariais, plasmadas genericamente no direito à livre iniciativa (art. 170, *caput*, CRFB/88). Não se trata de abandonar uma postura “otimista” e a proliferação de uma “cultura democrática” *online*, tampouco de “demonizar” o papel exercido por plataformas digitais. Cuida-se de estabelecer estratégias e políticas aptas a reconhecer, promover e espelhar tais valores.

Nesse sentido, essas ideias sobre a função desse direito fundamental, no ambiente digital, servem como premissas para o estabelecimento de tal delicado equilíbrio. Elas devem guiar a resolução dos dilemas que o atual estágio da Internet tem apresentado, os quais serão melhor explorados a seguir.

2.1.3 O “desencanto”:

A difusão do uso da Internet também lhe conferiu uma maior atratividade comercial, intensificado-se a partir da segunda metade da década de 1990. Com efeito, houve uma “maciça reformulação de estratégias empresariais com vistas à inserção nesse novo mercado mundial, livre de barreiras físicas e, em alguns casos, jurídicas”¹⁵⁸. Com isso, ocorreu a “morte da visão ingênua da Internet como um ambiente estritamente colaborativo”¹⁵⁹, paulatinamente reconhecendo-se a lógica mercantil que a permeia, bem como a força dos atores político-econômicos que a estruturam e a dominam.

Nesse giro, nada obstante as contribuições positivas, o cenário atual parece bem menos animador do que o imaginado anteriormente: diversas questões prejudiciais não entraram no exame de antecipação (*e.g. fake news*, filtros-bolha, mercantilização de dados pessoais

¹⁵⁷ O “*abuso do poder regulatório*” está previsto no art. 4º, *caput*, da Lei nº 13.874/19. Por meio dessa previsão, dispõe-se, por exemplo, que é necessário “*evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente [...] redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco*” (art. 4º, IV).

¹⁵⁸ WIMMER, Miriam; PIERANTI, Octavio Penna; ARANHA, Márcio Iorio. O paradoxo da internet regulada: a desregulação dos serviços de valor adicionado no Brasil. **Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación**, v. XI, n.3, sep.-dic. 2009, p. 9.

¹⁵⁹ WIMMER, Miriam; PIERANTI, Octavio Penna; ARANHA, Márcio Iorio. O paradoxo da internet regulada: a desregulação dos serviços de valor adicionado no Brasil. **Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación**, v. XI, n.3, sep.-dic. 2009, p. 9.

sensíveis etc.).¹⁶⁰ Muitas vezes, o próprio mercado de ideias *online* se transforma em uma verdadeira “selva”¹⁶¹: um ambiente inóspito em que nem sempre as ideias manifestadas são racionais, justas ou sequer verdadeiras.

Como consequência, não é exagerado afirmar que, hoje, vivencia-se um certo “desencanto”¹⁶² com a Internet: vista antes como uma “força democratizante” capaz de “revolucionar a participação econômica, social e política”, ela passou a encampar “graves ameaças à privacidade, acesso à informação correta e idoneidade do processo eleitoral”.¹⁶³

De um lado, não se deixa de reconhecer as potencialidades democráticas e os benefícios verdadeiramente revolucionários que ela trouxe. De outro lado, cada vez mais, acadêmicos, políticos e a própria sociedade têm reconhecido também suas vicissitudes - relacionadas com a expansão das redes sociais¹⁶⁴ e com potenciais usos indevidos de novas tecnologias envolvendo Inteligência Artificial e *Big Data*, por exemplo.¹⁶⁵

Os debates sobre esses problemas específicos e seus efeitos, apesar de extremamente interessantes, fogem do escopo deste trabalho. Mas, então, qual seria a relevância deste subcapítulo para o trabalho como um todo? Com essas reflexões iniciais, pretendeu-se ilustrar o próprio papel que a tecnologia *per se* e os “proprietários” desses meios tecnológicos detém para a liberdade de expressão, buscando-se abrir espaço para um olhar político-econômico sobre esse direito fundamental à luz do “novo paradigma” da Internet, gerador de tal “desencanto”.

¹⁶⁰ HASEN, Richard L. Cheap Speech and What it Has Done (To American Democracy). **First Amendment Law Review**, v. 16, pp. 200-231, 2018, p. 201.

¹⁶¹ MENDONÇA, Eduardo. **É permitido proibir, muito e sem critério**. JOTA, Brasília, 2014. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constituicao-e-sociedade-6-18112014> Acesso em 14 de outubro de 2019.

¹⁶² “É nesse desencontro que reside, de um lado, a utopia das ideias teóricas que floresceram sobre a democracia – e, em particular, a liberdade de expressão – e, de outro lado, o desencanto com as reais experiências advindas das redes sociais”. BARCELLOS, Ana Paula de. TERRA, Felipe Mendonça. **Liberdade de Expressão e de Manifestações nas Redes Sociais**. In: ARABI, Abhner Youssif Mota (et. al). (Coord). **Constituição da República 30 Anos Depois: Uma Análise da Eficiência dos Direitos Fundamentais**. Estudos em Homenagem ao Ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 157.

¹⁶³ KELLER, Clara Iglesias. **Democracia e Liberdade de Expressão na Internet – de onde viemos e para onde vamos?** In: CRUZ, Adriana; FREIRE, Alonso; PIRES, Thiago Magalhães. **O Direito Público por Elas: homenagem à professora Jane Reis**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2018.

¹⁶⁴ Vide: SUNSTEIN, Cass R. **#Republic – Divided Democracy in the Age of Social Media**. Princeton: Princeton University Press, 2017; VAIDHYANATHAN, Siva. **Antisocial Media: How Facebook Disconnects Us and Undermines Democracy**. New York: Oxford University Press, 2018; SINGER, P.W; BROOKING, Emerson T. **LikeWar: the Weaponization of Social Media**. Boston: Eamon Dolan, 2018.

¹⁶⁵ Nesse sentido, vide: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. **Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019; FRAZÃO, Ana. **Plataformas digitais, Big Data e riscos para os direitos da personalidade**. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceanne Bezerra de. **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

Mudanças tecnológicas, especialmente as relativas aos meios de comunicação, possuem o condão de ressignificar substancialmente as balizas que delineam esse direito fundamental, em um dado contexto histórico-social.¹⁶⁶ Como alerta Tim Wu, não se pode cair na falsa ideia de que “a Internet [...] foi a primeira tecnologia da informação [que] mudou tudo para sempre”¹⁶⁷. No entanto, de modo inovador e disruptivo, ela tem influenciado profundamente as condições pelas quais se exerce a liberdade de expressão, bem como mediado o intercâmbio de ideias e a troca de experiências entre os indivíduos no ciberespaço.

O estudo desse direito fundamental, no âmbito digital, não pode estar amparado somente em uma visão “romantizada” acerca dos aspectos positivos e democratizantes trazidos pela Internet. De outra sorte, as ferramentas digitais que empoderam os cidadãos e que democratizam ou pluralizam o dito mercado de ideias também conferem grande poder às *Big Techs*, as quais “não apenas as utilizam como forma de intervir no fluxo usuário-conteúdo, mas como instrumentos de expansão contínua de mercados de propriedade intelectual e de conteúdo digital”.¹⁶⁸

Assim, a era digital lança novos desafios, novas perspectivas, novos significados e novas funções para a proteção e o exercício desse direito fundamental.¹⁶⁹ Por conseguinte, legisladores, acadêmicos, juízes e formuladores de políticas públicas precisam compreender tal contexto para elaborar melhores respostas frente aos dilemas, aos problemas e às ressignificações dele advindos. Vários desses dilemas, problemas e ressignificações, todavia, estão intimamente conectados com o *mercado* do “mercado de ideias *online*”. Nesse sentido, tarefa essencial é entender essa estrutura e suas implicações para a liberdade de expressão.

É o que se passa a fazer no subcapítulo seguinte.

¹⁶⁶ Vide: “*people’s place in the digital ecosystem invokes a reevaluation of important aspects of our moral landscape and particularly our perception of certain fundamental rights. Increasing focus in this respect has been put on privacy, but I believe that ‘freedom of expression’ has also changed and evolved in ways that are not yet fully appreciated.*” YEMINI, Moran. The New Irony of Free Speech. **The Columbia Science & New Technology Law Review**, New York, vol. XX, pp. 119-194, Fall 2018, p. 123; YAMAGUCHI, Itsuko. Beyond De Facto Freedom: digital transformation of Free Speech in Japan. **Stanford Journal of International Law**, v. 38, p. 109-122, 2002.

¹⁶⁷ WU, Tim. **Impérios da Comunicação**: do telefone à internet, da AT&T ao Google. Trad. Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p.12.

¹⁶⁸ KELLER, Clara Iglesias. **Democracia e Liberdade de Expressão na Internet – de onde viemos e para onde vamos?** In: CRUZ, Adriana; FREIRE, Alonso; PIRES, Thiago Magalhães. **O Direito Público por Elas**: homenagem à professora Jane Reis. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2018.

¹⁶⁹ “*The rise of the Internet—in which anyone with a networked device can speak to the world—has unsettled many traditional norms, including how we think about privacy and free speech. But these issues are everywhere throughout our society, from questions about Facebook’s privacy practices to blockbuster First Amendment and surveillance cases before the Supreme Court.*” RICHARDS, Neil. **Intellectual Privacy**: rethinking civil liberties in the digital age. New York: Oxford University Press, 2015, p. 4.

2.2 A ECONOMIA POLÍTICA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DIGITAL: desafios, perspectivas e implicações.

“*Dados são o novo petróleo*”.¹⁷⁰ A frase tem pautado várias das discussões sobre a economia digital e seus efeitos políticos, culturais, sociais e jurídicos. Em essência, a frase busca transmitir o seguinte raciocínio: no século XX, o *commodity* mais relevante para a economia global era o petróleo, sobretudo pelo fato de ser matéria prima para uma série de outras indústrias; hoje, no entanto, esse título é ocupado pelos dados.

Entretanto, a comparação é oportuna também por outro fator: assim como o petróleo precisa ser *refinado* para ter maior utilidade econômico-comercial, os dados precisam ser *processados* para ganhar maior valor econômico sendo necessário, pois, contexto e significado para eles. Assim, poderão servir de “diretrizes e critérios para o processo decisório algorítmico”¹⁷¹, por exemplo, em questões empresariais de suma relevância como identificar condições de oferta e demanda para, conseqüentemente, obter os preços de ativos no mercado de capitais.¹⁷²

Após o devido processamento e tratamento, os dados se tornam *informações*¹⁷³ e, como ressalta Tim Wu¹⁷⁴, a atual economia global está bastante calcada nesse “ativo”. Além disso, a própria sociedade tem se transformado em torno da “Era da Informação”¹⁷⁵ sendo o paradigma econômico descrito por alguns como “*capitalismo informacional*”: um sistema em que “o avanço das TICs trouxe radicais mudanças sociais, econômicas e políticas em conjunto com a globalização do comércio, dos investimentos, da produção e do consumo”.¹⁷⁶

¹⁷⁰ JULIO, Rennan A. “**Dados são o novo petróleo**” diz CEO da Mastercard – exceto por um pequeno detalhe. Época Negócios, 05 de julho de 2019. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2019/07/dados-sao-o-novo-petroleo-diz-ceo-da-mastercard.html>> Acesso em 17 de outubro de 2019.

¹⁷¹ FRAZÃO, Ana. **Algoritmos e inteligência artificial**: Repercussões da sua utilização sobre a responsabilidade civil e punitiva das empresas. JOTA, 16 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/algoritmos-e-inteligencia-artificial-15052018>> Acesso em 17 de outubro de 2019.

¹⁷² CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. **Inteligência Artificial no Mercado de Capitais**. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. **Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 607.

¹⁷³ DOYLE, Martin. **What is the Difference between Data and Information?** Business 2 Community, 6 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://www.business2community.com/strategy/difference-data-information-0967136>> Acesso em 17 de outubro de 2019.

¹⁷⁴ WU, Tim. **Impérios da Comunicação**: do telefone à internet, da AT&T ao Google. Trad. Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 13.

¹⁷⁵ CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação**: Economia, Sociedade e Cultura. Vol. 1. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 119.

¹⁷⁶ “*The far reaching social, economic and political changes due to recent advances in information and communications technologies (ICTs) in tandem with the globalisation of trade, investment, production and*

Ocorre que, hoje, parcela considerável do fluxo de informações e das interações comunicacionais se dá online e está disponibilizada a partir de uma estrutura assegurada por plataformas digitais¹⁷⁷, as quais *intermediam* não só transações econômicas ou a prestação de serviços, mas até mesmo a própria comunicação¹⁷⁸.

“Até o final da primeira década do milênio”, a visão utópica ou otimista acerca dos efeitos das novas TICs era compartilhada pela grande “maioria dos estudiosos do tema”¹⁷⁹. O diagnóstico positivo se estendia “não só sobre o funcionamento dos mercados, mas também no tocante à própria “democracia (por meio da formação de uma esfera pública operando em rede)”. No entanto, em pouco tempo, criou-se um “paradoxo”:

“[...] a revolução digital acabou por converter-se no mais importante vetor de concentração de riqueza e de poder da história do capitalismo. O que está em jogo não é apenas o poder de mercado dos gigantes digitais contemporâneos, mas a formação de um sistema econômico apoiado inteiramente na coleta, na armazenagem e na análise de dados pessoais. O que, em tese, destinava-se a fortalecer um sistema informativo descentralizado e capaz de aprimorar o funcionamento do mercado, transformou-se num conjunto de dispositivos pelos quais alguns poucos atores econômicos conseguem conhecer de antemão (e não como resultado do funcionamento dos preços) as preferências e, por aí, a antecipar quais serão as escolhas do consumidor”¹⁸⁰.

Segundo Balkin¹⁸¹, como consequência desse cenário, questão central a se fazer é a seguinte: *como o nosso sistema político-econômico custeia essa estrutura comunicacional online que permite o exercício da liberdade de expressão?*¹⁸²

consumption have heralded the rise of ‘information capitalism’”. PARAYIL, Govindan. **Introduction: Information Capitalism**. In: PARAYIL, Govindan. (Ed.) **Political Economy and Information Capitalism in India**. Londres: Palgrave Macmilian, 2005, p. 1.

¹⁷⁷ “Não é exagero dizer, portanto, que a internet e a economia digital são hoje dominadas pelas plataformas digitais”. FRAZÃO, Ana. **Plataformas digitais e os desafios para a regulação jurídica**. In: PARENTONI, Leonardo. (Coord.) (et. al) **Direito, Tecnologia e Inovação**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 635.

¹⁷⁸ Vide: VAN DJICK, José; POELL, Thomas; DE WAAL, Martijn. **The Platform Society**. New York: Oxford University Press, 2018; SRNICEK, Nick. **Platform Capitalism**. Cambridge, UK: Polity Press, 2016.

¹⁷⁹ ZANATTA, Rafael A. F.; ABRAMOVAY, Ricardo. Dados, vícios e concorrência: repensando o jogo das economias digitais. **Estudos avançados**, São Paulo, vol.33, n.96, May/Aug. 2019, p. 430-431.

¹⁸⁰ ZANATTA, Rafael A. F.; ABRAMOVAY, Ricardo. Dados, vícios e concorrência: repensando o jogo das economias digitais. **Estudos avançados**, São Paulo, vol.33, n.96, May/Aug. 2019, p. 431.

¹⁸¹ BALKIN, Jack M. The First Amendment in the Second Gilded Age. **Buffalo Law Review**, v. 66, n. 5, December 2018, p. 981.

¹⁸² “To make the principles of the First Amendment live in our current age, we must look beyond the latest pronouncements of the federal courts. We must look at the political economy of digital speech. We must ask what dangers that political economy has created for end users, and what kinds of reforms would best protect their rights and interests.” BALKIN, Jack M. The First Amendment in the Second Gilded Age. **Buffalo Law Review**, v. 66, n. 5, December 2018, p. 983.

O mercado de ideias *online* está envolto em um capitalismo dominado por plataformas digitais, encontrando-se intimamente relacionado com a estrutura disponibilizada por elas. O uso dessas plataformas pode parecer gratuito para os seus usuários. Porém, em verdade, essa estrutura é custeada com *dados pessoais*, tendo em vista que, quando devidamente analisados e processados, esses dados se tornam informações relevantes para uma gama de agentes político-econômicos.

Trata-se da “*grande barganha*”¹⁸³ do atual paradigma da Internet: a mesma infraestrutura que maximiza o exercício da liberdade de expressão também permite uma vigilância constante de seus usuários, fomentando potenciais uso, coleta, análise e distribuição desses dados pessoais. Tem-se um ambiente com características democratizantes, capazes de facilitar inovações tecnológicas e de fomentar um ambiente afeto à liberdade de expressão, mas que igualmente pode favorecer “o controle e a concentração de poder sobre”¹⁸⁴ o uso dessas ferramentas.

No âmbito dessas plataformas, pessoas estão a todo tempo fornecendo dados sobre seus gostos e preferências a partir de curtidas (*likes*), comentários ou até mesmo simplesmente visitando páginas da *Web* e procurando certos produtos. Com base nisso, empresas podem coletar, analisar e desenvolver categorias bem específicas sobre o perfil de seus usuários. Ao se ter acesso a esses dados, “comprando-os”, o *marketing* feito por uma empresa ou por um grupo político interessado pode se tornar praticamente personalizado, com bastante precisão. Em suma, o processo de permanente exploração dos dados pessoais marca “a essência do modelo de negócios dos gigantes digitais”: em troca da “gratuidade dos serviços” oferecidos, elas obtêm informações de alto valor econômico a respeito dos seus usuários as quais podem ser exploradas pelos anunciantes interessados.¹⁸⁵

Em outras palavras, o modelo de negócios de tais plataformas pode ser descrito nas linhas que seguem. Para obter dados pessoais e fixar “perfis de consumo e de comportamento” sobre os indivíduos selecionados e agrupados em um conjunto, tais empresas “não cobram por seus serviços”. No entanto, acabam lucrando com as informações coletadas a partir da “venda de publicidade segmentada”, atendendo às agências de publicidade ou

¹⁸³ BALKIN, Jack M. Fixing Social Media’s Grand Bargain. **Hoover Working Group on National Security Technology, and Law**, Aegis Paper Series, n. 1814, October 2018, p. 3.

¹⁸⁴ KELLER, Clara Iglesias. **Democracia e Liberdade de Expressão na Internet – de onde viemos e para onde vamos?** In: CRUZ, Adriana; FREIRE, Alonso; PIRES, Thiago Magalhães. **O Direito Público por Elas: homenagem à professora Jane Reis**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2018.

¹⁸⁵ ZANATTA, Rafael A. F.; ABRAMOVAY, Ricardo. Dados, vícios e concorrência: repensando o jogo das economias digitais. **Estudos avançados**, São Paulo, vol.33, n.96, May/Aug. 2019, p.421-423.

terceiros interessados no oferecimento de “anúncios, promoções, propostas de serviços etc.”¹⁸⁶

Esse cenário, portanto, define a “*ironia da era digital*”¹⁸⁷: a mesma estrutura tecnológica e comunicacional que permite possibilidades quase ilimitadas para o exercício da liberdade de expressão beneficia, também, a crescente força do “*capitalismo de vigilância*”¹⁸⁸. A sua assimilação é relevante tanto para o estudo e a resolução de conflitos relacionados com o tema da proteção de dados¹⁸⁹, quanto para os atinentes ao tema da liberdade de expressão na Internet. No tocante à segunda agenda de pesquisa – foco deste trabalho –, a adoção dessa perspectiva político-econômica permite a criação de um debate mais “realista”¹⁹⁰ e atual quanto à regulação (ou não) de certas atividades exercidas por essas plataformas digitais. Isto é, reúne balizas interpretativas e pressupostos práticos melhor capacitados para responder “*por que, quando e como*”¹⁹¹ regulá-las.

A importância dessa perspectiva político-econômica, no entanto, vai além. Os desafios relacionados ao exercício do direito à liberdade de expressão são condicionados e moldados pelas tecnologias da informação e da comunicação disponíveis para a população e pelo modo que ela as utiliza, em um dado momento histórico.¹⁹² Assim, as decisões dos “proprietários” dessa estrutura geram grandes impactos na “vida prática” do exercício da liberdade de expressão.

¹⁸⁶ SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; AVELINO, Rodolfo; SOUZA, Joyce. A privacidade e o mercado de dados pessoais. **Liinc em Revista**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 217-230, novembro 2016, p. 221.

¹⁸⁷ BALKIN, Jack M. The First Amendment in the Second Gilded Age. **Buffalo Law Review**, v. 66, n. 5, December 2018, p. 984.

¹⁸⁸ O capitalismo de vigilância é um termo desenvolvido por Shoshana Zuboff que o define como uma nova forma de “capitalismo informacional” que pretende prever e modificar o comportamento humano como meio de gerar lucro e produzir melhores resultados em questões de *marketing*. Do original: “[t]his new form of information capitalism aims to predict and modify human behavior as a means to produce revenue and market control.” ZUBOFF, Shoshana. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. **Journal of Information Technology**, v. 30, pp. 75-89, 2015, p. 75. Vide também: “[a] new economic order that claims human experience as free raw material for hidden commercial practices of extraction, prediction, and sales”. ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power**. [Versão Eletrônica] New York: PublicAffairs, 2019.

¹⁸⁹ Vide: MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais para um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2014.

¹⁹⁰ YOO, Christopher S. Free Speech and the Myth of the Internet as an Unintermediated Experience. **The George Washington Law Review**, v. 78, pp. 697-773, 2010.

¹⁹¹ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, pp. 123-163, set. 2016.

¹⁹² “The problems of free speech in any era are shaped by the communications technology available for people to use and by the ways that people actually use that technology”. BALKIN, Jack M. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance and, new school speech regulation. **UC Davis Law Review**, v. 51, p. 1149-1210, 2018, p. 1151.

Ao mesmo passo que a Internet produziu a democratização do conteúdo digital, ela o tornou uma importante fonte de riqueza e de poder econômico. Não só a informação e a comunicação, mas os próprios meios e infraestruturas que permitem o seu fluxo tornaram-se relevantes do ponto de vista político-econômico. Desse modo, o debate acerca do exercício, da proteção e do próprio significado da liberdade de expressão passa a ter seus contornos melhor delineados em torno dos conflitos emergentes sobre a propriedade e o capital dessas *Big Techs*.¹⁹³

Assim, a adoção dessa perspectiva de Balkin que leva em consideração a “economia política da liberdade de expressão na era digital”, auxilia a melhor compreender e enfrentar os atuais dilemas e ressignificações desse direito fundamental. Neste trabalho, com força no marco teórico mencionado, destacam-se duas aparentes mudanças: (i) os *atores* envolvidos nos conflitos relacionados à liberdade de expressão no meio digital; e (ii) as *abordagens regulatórias* para enfrentar esses problemas e conflitos.

É o que se passa a explorar no capítulo seguinte.

¹⁹³ “*The digital revolution, after all, is an economic revolution as well as a technological one. Because more types of media and information products can be sold to more people in more places, media products and, more generally, information itself, become increasingly important sources of wealth. In the same fashion, the infrastructure necessary to communicate and distribute information widely becomes an important source of wealth. [...] So the digital age produces two crucial trends: the democratization of digital content and the increasing importance of digital content as a source of wealth and economic power*”. BALKIN, Jack M. Digital Speech and Democratic Culture: a Theory of Freedom of Expression for the Information Society. **New York University Law Review**, v.1, n.79, 2004, p. 13.

CAPÍTULO III:

O TRIÂNGULO DE BALKIN:

O sistema regulatório da liberdade de expressão online e seus atores

“In the early twenty-first century, freedom of speech increasingly depends on a third group of players: a privately owned infrastructure of digital communication composed of firms that support and govern the digital public sphere that people communicate”

(Jack M. Balkin)¹⁹⁴

O objetivo deste capítulo é eminentemente descritivo. Com ele, pretende-se apresentar as ideias do professor Jack Balkin em relação ao sistema regulatório da liberdade de expressão na era digital. Para tanto, o capítulo está dividido em três subcapítulos de acordo com as ideias do autor.

No primeiro, ressalta-se a crescente importância de empresas (como as plataformas já mencionadas) e seus impactos para os conflitos atinentes à liberdade de expressão: de uma visão “*dualista*” para uma visão “*pluralista*” (didaticamente representada por uma estrutura triangular). No segundo, apresenta-se a interação entre Estado e essas empresas, com enfoque nas abordagens por ele utilizadas para regulá-las: da “*old-school speech regulation*” para a coexistência da “*new-school speech regulation*”, a qual pode ser visualizada nas discussões a respeito da responsabilidade civil dos provedores por conteúdo gerado por terceiro. Por fim, no terceiro subcapítulo, resumem-se os atores e as abordagens regulatórias sustentadas por Balkin, lançando luzes, também, para as situações de regulação não-estatal da liberdade de expressão.

3.1 O TRIÂNGULO: os atores envolvidos nos conflitos relacionados à liberdade de expressão na Internet.

Exemplo “clássico” de conflito envolvendo a liberdade de expressão diz respeito à sua atuação como salvaguarda do cidadão contra a interferência indevida do Poder Público,

¹⁹⁴ BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. *Columbia Law Review*, v. 118, 2018, p. 2012.

sobretudo em atos de censura. Ele pode ser descrito nos seguintes moldes: em nome de algum princípio genérico - como a segurança nacional ou a defesa da moral e dos bons costumes –, o Estado restringe a manifestação do emissor (*speaker*), seja ele um indivíduo, um grupo de pessoas ou até um canal de televisão ou jornal.

No regime militar brasileiro, por exemplo, essa prática era recorrente¹⁹⁵: manifestações consideradas pelo Governo como “perigosas ou ofensivas” aos seus interesses eram censuradas. A título de exemplo, o Decreto-Lei n° 1.077/1970 estabelecia, logo em seu artigo 1º, que não seriam “toleradas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes quaisquer que sejam os meios de comunicação”. Assim, em julgando existir ofensa à moral e aos bons costumes, o Ministro da Justiça possuía a prerrogativa de proibir a divulgação e a publicação de algum material, assim como determinar a busca e a apreensão de todos os seus exemplares (art. 3º).

Não por acaso, a Constituição de 1988 rechaçou as atrocidades do período anterior e protegeu enfaticamente a liberdade de expressão, estabelecendo em seu artigo 220, §2º a proibição de “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Todavia, como ressalta Daniel Sarmiento¹⁹⁶, essa liberdade “não foi concebida” pela nova Carta Política “como um direito absoluto”. Em verdade, o “próprio texto constitucional” lhe impôs óbices e limites, tais como “a indenização por dano moral ou à imagem (art. 5º, inciso V)”, com força na “inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X)”.

Nessa linha de colisão entre direitos fundamentais, pode-se citar como exemplo o julgamento da ADI n° 4.451 pelo Supremo Tribunal Federal¹⁹⁷. Seguindo a descrição de Gustavo Binimbojm¹⁹⁸, o conflito estava relacionado ao fato de que dispositivos da Lei Federal n° 9.504/97 “impunham restrições à programação e ao noticiário das emissoras de rádio e de televisão durante o período eleitoral”. Vedava-se, por exemplo, que se (*i*) usasse “trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma,” degradasse ou ridicularizasse “candidato, partido ou coligação” (art. 45, II). Outro dispositivo

¹⁹⁵ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech"**. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁹⁶ SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech"**. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.451**. Rel. Min. Alexandre de Moraes, PLENÁRIO, j. 21/06/2018, DJe 06/03/2019.

¹⁹⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Humor, Política e Jurisdição Constitucional: O Supremo Tribunal Federal como Guardião da Democracia: A Proteção da Liberdade de Crítica Política em Processos Eleitorais**. In: ARABI, Abhner Youssif Mota (et. al). (Coord). **Constituição da República 30 Anos Depois: Uma Análise da Eficiência dos Direitos Fundamentais. Estudos em Homenagem ao Ministro Luiz Fux**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 317.

proibia que se (ii) veiculasse propaganda política ou difundisse “opinião favorável ou contrária a candidato partido, coligação, a seus órgãos ou representantes” (art. 45, III). Em face dessa intromissão estatal ilegítima, o STF declarou os dispositivos inconstitucionais por se tratarem de mandamentos normativos incompatíveis com a liberdade de expressão.

Nos paradigmáticos casos *Schenck* e *Abrams*, citados no primeiro capítulo, o que se observava era o Estado, sob a justificativa da segurança nacional, prendendo ativistas políticos que se posicionavam contrariamente aos interesses do Governo.

O que se observa em comum nessas ilustrações?

O sistema por trás desses conflitos é *dualista*¹⁹⁹. Ou seja, em essência, apenas dois atores estão envolvidos nas controvérsias: o Estado, de um lado; e o emissor, de outro. Nesse cenário, o conflito surge quando, dentro de sua jurisdição soberana, o Poder Público regula, censura, restringe ou limita a manifestação do emissor.

Esse sistema dualista não perdeu sua importância e ainda está presente em casos atuais.²⁰⁰ Todavia, ele é insuficiente para enfrentar vários dos conflitos relacionados à liberdade de expressão sob o prisma atual do “capitalismo digital”²⁰¹. O exercício, a proteção e os conflitos em torno da liberdade de expressão estão intimamente interligados com um terceiro grupo de atores: as empresas responsáveis por disponibilizar essa infraestrutura digital de comunicação.²⁰²

Como consequência, segundo Balkin²⁰³, hoje, o sistema relativo à proteção da liberdade de expressão está firmado não em um sistema dualista, mas, sim, *pluralista*. Esse sistema, no entanto, pode ser didaticamente representado por uma estrutura *triangular*. O “*triângulo de Balkin*” é composto por (i) *Estados-nação e entidades supranacionais* (e.g. União Européia); (ii) *os emissores* (e.g. a sociedade civil de maneira geral e a “mídia tradicional”); e (iii) *as empresas responsáveis pela infraestrutura comunicacional na Internet*, numa acepção ampla.²⁰⁴

¹⁹⁹ BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. *Columbia Law Review*, v. 118, 2018, pp. 2012-2013.

²⁰⁰ Vide: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **MC ADPF 548**. Rel. Min. Cármen Lúcia, PLENÁRIO, j. 31/10/2018; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **MC SL 1.248**. Rel. Min. Presidente, Decisão Monocrática, j. 08/09/2019, DJe 11.09.2019.

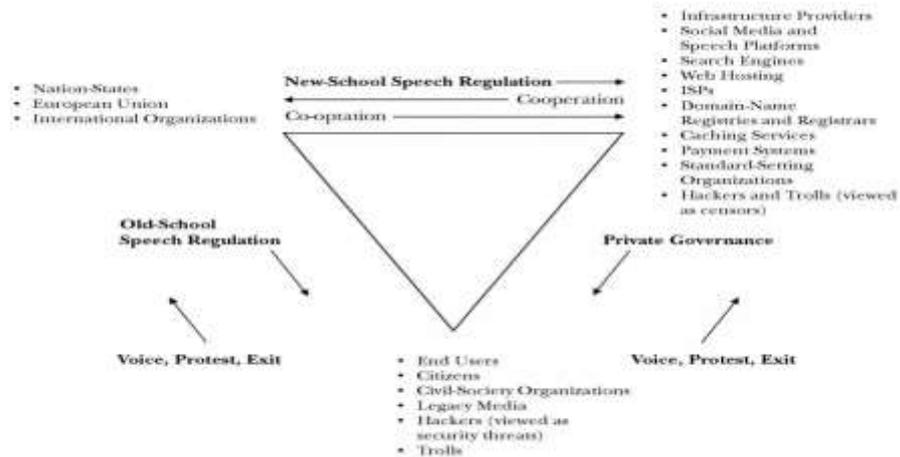
²⁰¹ SCHILLER, Dan. **Digital Capitalism: Networking the Global Market System**. Cambridge: MIT Press, 1999.

²⁰² “Half a century later, the impact of these [...] decisions has been weakened by significant changes in the practices and technologies of free expression, changes that concern a revolution in the infrastructure of free expression. That infrastructure, largely held in private hands, is the central battleground over free speech in the digital era.” BALKIN, Jack M. Old-School Speech Regulation/New-School Speech Regulation. *Harvard Law Review*, v. 127, pp. 2296-2342, 2014, p. 2296.

²⁰³ BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. *Columbia Law Review*, v. 118, 2018, p. 2014.

²⁰⁴ BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. *Columbia Law Review*, v. 118, 2018, p. 2014.

Figura 1 – O Triângulo de Balkin



Fonte: BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. *Columbia Law Review*, v. 118, 2018, p. 2014.

No Supremo Tribunal Federal, a ADPF 403²⁰⁵ e a ADI 5527²⁰⁶ discutem a possibilidade de bloqueio judicial de aplicativos digitais criptografados à luz do art. 5º, IX, da Constituição Federal, que consagra a liberdade de expressão. A controvérsia, no entanto, está relacionada com o próprio modelo de negócios desenvolvido pelo *WhatsApp* (i.e. o de criptografia de ponta a ponta²⁰⁷) e sua cooperação com ordens judiciais que determinam, por exemplo, a apresentação do teor de conversas envolvendo suspeitos de cometer crimes.²⁰⁸

²⁰⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 403**. Rel. Min. Luiz Edson Fachin.

²⁰⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5527**. Rel. Min. Rosa Webber.

²⁰⁷ “A criptografia de ponta a ponta do WhatsApp garante que somente você e a pessoa com quem você está se comunicando podem ler o que é enviado. Ninguém mais terá acesso a elas – nem mesmo o WhatsApp. As suas mensagens estão seguras com cadeados e somente você e a pessoa que as recebe possuem as chaves especiais necessárias para abri-los e ler as mensagens. [...] O WhatsApp não tem capacidade para ver o conteúdo das mensagens ou ouvir ligações no WhatsApp. Isso porque a criptografia e a descriptografia de mensagens enviadas no WhatsApp ocorre inteiramente no seu dispositivo”. WHATSAPP. **Segurança e privacidade**: Criptografia de ponta a ponta. Disponível em: <<https://faq.whatsapp.com/general/28030015/?lang=pt-br>> Acesso em 27 de outubro de 2019.

²⁰⁸ Nesse sentido, confira-se a manifestação da Procuradoria-Geral da República, no bojo da ADPF 403: “Em realidade, o arguente requer, por meio da ADPF, impedir decisões judiciais futuras que suspendam o programa de comunicação *WhatsApp*, com o que interfere na atuação judicial e cria verdadeira imunidade jurisdicional em favor da empresa que explora essa ferramenta, a WhatsApp Inc., com sede na Califórnia, Estados Unidos da América. O pleito, em última análise, impossibilita ex ante que autoridades judiciais apreciem as peculiaridades de cada caso e apliquem a legislação pertinente, independentemente das circunstâncias, dos fundamentos e da causa de pedir, além de militar em favor de empresa específica de comunicação.” BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 403**. Rel. Min. Luiz Edson Fachin. Doc. 20, p. 8. Com outra visão, no bojo da ADI 5527, a petição inicial ressalta o do próprio direito à livre iniciativa (art. 1º, IV, CF/88) dessas empresas como óbice à

Em igual sentido, no RE 1037396²⁰⁹, interposto pelo próprio *Facebook* e com repercussão geral já reconhecida, é questionada a constitucionalidade do art. 19 do MCI, o qual “determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, *websites* e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros”.²¹⁰ Esse dispositivo legal é visto, muitas vezes, como alicerce da liberdade de expressão na Internet.²¹¹ Não por acaso, o próprio relator destacou que “a discussão em pauta resvala em uma série de princípios constitucionalmente protegidos, tais como liberdade de expressão, [a] livre manifestação do pensamento, [o] livre acesso à informação”.²¹² Ao fim, ainda ressaltou que “há de se considerar também o impacto financeiro sobre as empresas provedoras de aplicações de internet, o que pode, em última instância, reverberar na atividade econômica como um todo.”²¹³

Os casos judiciais supracitados destacam a importância de um terceiro ator, que não é o Estado, tampouco o emissor da manifestação. São as empresas responsáveis pela infraestrutura da comunicação digital. São elas o próprio destinatário central do comando judicial que será eventualmente proferido nessas ações e, conseqüentemente, o principal impactado por seus efeitos.

3.2 *OLD-SCHOOL E NEW-SCHOOL*: as abordagens regulatórias do Estado quanto à liberdade de expressão na Internet.

Nesse sentido, Balkin prossegue e aponta outra ressignificação: a das *abordagens* utilizadas para *regular* a liberdade de expressão. Para ele, no século XX, pautou-se pela “*old-*

determinações judiciais que suspendam as aplicações de internet que permitem a troca de mensagens via web. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5527**. Rel. Min. Rosa Webber. Doc. 1, p. 6.

²⁰⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RG **RE 1010606**. Rel. Min. Dias Toffoli, PLENÁRIO, j. 1/03/2018, DJe 04/04/2018.

²¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RG **RE 1010606**. Rel. Min. Dias Toffoli, PLENÁRIO, j. 1/03/2018, DJe 04/04/2018, pp. 6-8.

²¹¹ SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini. **Liberdade de Expressão e o Marco Civil da Internet**. Pesquisa TIC Domicílios, Artigos, 2016, p. 40. Disponível em: <https://www.academia.edu/36006753/LIBERDADE_DE_EXPRESS%C3%83O_E_O_MARCO_CIVIL_DA_INTERNET> Acesso em 27 de outubro de 2019.

²¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RG **RE 1010606**. Rel. Min. Dias Toffoli, PLENÁRIO, j. 1/03/2018, DJe 04/04/2018, pp. 6-8.

²¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RG **RE 1010606**. Rel. Min. Dias Toffoli, PLENÁRIO, j. 1/03/2018, DJe 04/04/2018, pp. 6-8.

school speech regulation” (abordagem *old-school*), enquanto, no século XXI, assiste-se à ascensão de uma “*new-school speech regulation*” (abordagem *new-school*).²¹⁴

Na linha do autor, a abordagem regulatória *old-school* está essencialmente baseada na relação *dualista* entre Estado e emissor: o Estado aplica sanções, penalidades, multas e punições para regular os limites da mensagem produzida pelo emissor.²¹⁵ Já a abordagem *new-school*, sem desconsiderar a importância da primeira, percebe que os problemas do mundo digital não podem ser exclusivamente resolvidos por esses métodos “antigos”, que focam somente no emissor.²¹⁶ É preciso pensar em como regular o outro ator do triângulo: as empresas responsáveis pela infraestrutura digital da comunicação, levando-se em conta as implicações (positivas e negativas) que seu modelo de negócios possui para a liberdade de expressão.

Não por outro motivo, o autor ressalta que uma consequência natural dessa abordagem *new-school* é a de propagar interações entre as interfaces público-privadas. Isso, por meio de *coerção estatal* à atividade econômica das empresas ou de *cooperação* entre Estado e empresas, sobretudo tendo em vista a maior capacidade técnica das empresas para identificar e remover conteúdos ilícitos de suas plataformas, bem como coleta de informações relevantes sobre a atividade de indivíduos. O constante monitoramento da atuação de seus usuários faz parte do seu modelo de negócios a fim de coletar/analisar/processar dados para, posteriormente, ter ganhos econômicos.²¹⁷

3.2.1 Responsabilidade Civil por Conteúdo Gerado por Terceiro:

Exemplo dessa regulação *new-school* (direcionada à infraestrutura e não ao emissor) é o relacionado à responsabilidade civil dos provedores por conteúdo gerado por terceiro.

Tabela 1 – Responsabilidade Civil dos Provedores na Alemanha, nos EUA e no Brasil.

	Alemanha	EUA	Brasil
Lei	NetzDG	CDA	MCI
Dispositivo Legal	§3º (2)	<i>Section 230 (c)</i>	Arts. 18 e 19

Fonte: Elaboração Própria.

²¹⁴ BALKIN, Jack M. Old-School Speech Regulation/New-School Speech Regulation. **Harvard Law Review**, v. 127, pp. 2296-2342, 2014.

²¹⁵ BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. **Columbia Law Review**, v. 118, 2018, p. 2015.

²¹⁶ BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. **Columbia Law Review**, v. 118, 2018, p. 2015.

²¹⁷ BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. **Columbia Law Review**, v. 118, 2018, p. 2019.

No Brasil, durante a elaboração do Marco Civil da Internet²¹⁸ (Lei nº 12.965/2014), a questão do regime de responsabilidade civil dos provedores²¹⁹ por conteúdo de terceiros foi objeto de grande discussão. Conforme ressalta Carlos Affonso Souza, essa polêmica se deu sobretudo na comunidade técnico-científica envolvida, tendo em vista que “diferentes regimes de responsabilidade podem gerar distintos impactos no modo pelo qual a liberdade de manifestação do pensamento é exercida”²²⁰.

Além disso, o direito à liberdade de expressão foi um fundamento crucial na elaboração desse marco regulatório. Não por outro motivo, Carlos Affonso Souza²²¹ menciona que a Lei remete à liberdade de expressão cinco vezes: no art. 2º, afirmando que a disciplina do uso da internet tem como *fundamento* o respeito à liberdade de expressão; no art. 3º, tendo a sua garantia como *princípio* da disciplina do uso da Internet no Brasil; no art. 8º, sendo a garantia desse direito, no âmbito da comunicação digital, *condição* para o pleno exercício do acesso à Internet; no *caput* do art. 19, fazendo referência ao intuito da lei em assegurar tal liberdade e impedir a censura; e, por fim, no art. 19, § 2º, estabelecendo que eventual disciplina legal mais específica quanto às infrações aos direitos autorais, no âmbito digital, deverá respeitar a liberdade de expressão.

Questão extremamente debatida foi justamente a adoção da responsabilidade a partir da notificação extrajudicial (*notice and take down*) ou da responsabilidade civil a partir de descumprimento de ordem judicial (*judicial notice and take down*).²²²

Caso se adotasse o regime de responsabilidade civil a partir da *notificação extrajudicial* (e.g. usuário afirmando que aquela publicação deveria ser retirada), alguns temiam a criação de um ambiente nocivo à liberdade de expressão.²²³ Poder-se-ia incentivar

²¹⁸ Doravante tratado por meio da sigla MCI.

²¹⁹ O MCI, em seu art. 7º, XI, dividiu os provedores de Internet em dois grupos: (i) provedores de conexão à internet e (ii) provedores de aplicações de internet.

²²⁰ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no marco civil da Internet**. In: DE LUCCA, Newton, et al. (org.). **Direito & Internet III – Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 398.

²²¹ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no marco civil da Internet**. In: DE LUCCA, Newton, et al. (org.). **Direito & Internet III – Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

²²² VERONESE, Alexandre; FONSECA, Gabriel. **O Futuro da Democracia na Era Digital: uma análise exploratória do Marco Civil da Internet**. Iniciação Científica (Graduação em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

²²³ “Se a notificação privada tivesse o condão de obrigar um provedor a remover qualquer conteúdo que fosse indicado, não restariam críticas a qualquer produto na Internet brasileira. [...] Além da preocupação com a garantia da liberdade de expressão, optou-se por esse sistema [o do art. 19 do MCI] em razão da subjetividade dos critérios para retirada de conteúdo da Internet, o que pode prejudicar a diversidade e o grau de inovação nesse meio, implicando sério entrave para o desenvolvimento de novas alternativas de exploração e comunicação na rede”. SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini. **Liberdade de Expressão e o Marco Civil da**

uma espécie de “*chilling effect*”²²⁴: desencorajar o livre fluxo de diversos pontos de vista (inclusive os ácidos e polêmicos) nas plataformas frente ao “medo” da responsabilização posterior da empresa.

Como bem aponta Jack Balkin²²⁵, na regulação da liberdade de expressão *online*, há uma forte interação público-privada. Entre outros motivos, razão central para isso é a de que as empresas responsáveis pela infraestrutura da Internet possuem, em não raras vezes, uma maior capacidade técnica para identificar e remover conteúdos de sua própria plataforma. Com isso, o que pode ocorrer é a “censura colateral”²²⁶: para evitar a responsabilização estatal pelo conteúdo gerado por terceiro, o intermediário privado (o provedor de Internet) pode se adiantar e retirar aquela manifestação de sua plataforma, por haver alguma possibilidade de ela ser enquadrada como ilegal ou danosa.²²⁷

Após amplo debate, o Marco Civil da Internet, em seus arts. 18 e 19²²⁸, rechaçou, como regra, a notificação extrajudicial. A título de exemplo, no que tange aos provedores de aplicações de Internet, como *Facebook* e *Youtube*, o art. 19 estabeleceu que eles só podem ser responsabilizados por danos decorrentes de um *post* de seu usuário, caso haja uma ordem judicial específica determinando sua retirada e, em seguida, eles assim não procederem.

A lógica é a de que a atividade econômica realizada pelo provedor é a de um intermediário e, portanto, ele não pode ser responsabilizado por um conteúdo ou uma manifestação que não produziu. Seguiu-se, pois, diretriz semelhante à adotada nos EUA para enfrentar o problema: a seção 230 do já referido *Communications Decency Act* estabelece que

Internet. Pesquisa TIC Domicílios, Artigos, 2016, pp. 43-44. Disponível em: <https://www.academia.edu/36006753/LIBERDADE_DE_EXPRESS%C3%83O_E_O_MARCO_CIVIL_DA_INTERNET> Acesso em 27 de outubro de 2019.

²²⁴ BENTO, Leonardo Valles. Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 210, pp. 93-115, abr./jun 2016, p. 107.

²²⁵ BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. **Columbia Law Review**, v. 118, 2018, pp. 2019-2021.

²²⁶ BALKIN, Jack M. Free Speech and Hostile Environments. **Columbia Law Review**, v. 99, pp. 1-28, 1999.

²²⁷ “*Collateral censorship occurs when a (private) intermediary suppresses the speech of others in order to avoid liability that otherwise might be imposed on it as a result of that speech. This is a problem because some of the suppressed speech might in fact be lawful, even socially desirable.*’ For example, imposing defamation liability on a message board operator for carrying defamatory content may well induce it to block a wide array of potentially defamatory content, including some which is in fact true or mere opinion, or otherwise not actionable”. WU, Felix T. Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity. **Notre Dame Law Review**, v. 87, 2011, pp. 295-296.

²²⁸ **Art. 18.** O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

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

“nenhum provedor ou usuário de um serviço de computação interativo deve ser tratado como editor ou emissor de qualquer informação fornecida por outro provedor de conteúdo”.²²⁹

Importante notar que essa questão crucial para a liberdade de expressão na Internet se encontra intimamente ligada também com os interesses político-econômicos dessas empresas em garantir o seu modelo de negócios. Se, por um lado, pode-se dizer que essa solução busca não tolher a liberdade de expressão. Por outro lado, não se pode negar que ela também é bastante proveitosa para os “gigantes da Internet” que possuem interesse direto em se resguardar de eventuais penalidades.²³⁰ A questão, todavia, está longe de ser pacífica e recebeu críticas acadêmicas tanto no Brasil²³¹, quanto nos EUA²³².

A título de exemplo, a *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, coloquialmente conhecida como *NetzDG*²³³, seguiu lógica aparentemente distinta.²³⁴ A lei alemã obriga redes sociais com mais de dois milhões de usuários a disponibilizar mecanismos que permitam com que os usuários possam, de modo simples, submeter reclamações sobre conteúdo ilegal, como incitação ao ódio (*hate speech*), nos termos do Código Penal Alemão. Assim, caso o conteúdo seja considerado “manifestamente ilegal”, a plataforma possui a obrigação de removê-lo em até vinte e quatro horas; os demais *posts*, os quais a eventual ilegalidade é menos evidente, possuem o prazo de sete dias para sua remoção. Caso descumpridas essas determinações, a multa pode chegar a cinquenta milhões de Euros.²³⁵

²²⁹ Do original: “[n]o provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider”. ESTADOS UNIDOS. **Communications Decency Act**. Section 230. 1996. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230>> Acesso em 27 de outubro de 2019.

²³⁰ VERONESE, Alexandre; FONSECA, Gabriel. **O Futuro da Democracia na Era Digital: uma análise exploratória do Marco Civil da Internet**. Iniciação Científica (Graduação em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

²³¹ No Brasil, as críticas ao regime adotado pelo MCI se direcionam ao seu tratamento quanto aos direitos de personalidade, vide: THOMPSON, Marcelo. Marco civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas na internet do Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, v. 261, p. 203-251, set./dez, 2012; SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: DE LUCCA, Newton, et al. (org.). **Direito e Internet III – Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

²³² Para uma análise pormenorizada do debate americano, vide: “*section 230 has been described both as the savior of free speech in the digital age and as an ill-conceived shield for scoundrels*”. ARDIA, David S. Free Speech Savior Or Shield For Scoundrels: An Empirical Study of the Intermediary Immunity Under Section 230 Of The Communications Decency Act. **Loyola of Los Angeles Law Review**, v. 43, pp. 373-506, Winter 2010, p. 380.

²³³ ALEMANHA. **Netzwerkdurchsetzungsgesetz**. Berlim. 01 set. 2017. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/NetzDG.pdf>> Acesso em 27 de outubro de 2019.

²³⁴ Para uma análise pormenorizada, em língua portuguesa, sobre o tema, vide OLIVA, Thiago Dias; ANTONIALLI, Dennys Marcelo. Estratégias de enfrentamento ao discurso de ódio na Internet: o caso alemão. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 13, n. 30, p. 29-44, maio. /agos. 2018, p. 34-37.

²³⁵ TWOREK, Heidi; LEERSSEN, Paddy. **An Analysis of Germany’s NetzDG Law**. Working Paper for the Transatlantic High Level Working Group on Content Moderation Online and Freedom of Expression, 2019, pp.

Além disso, na hipótese de a plataforma receber mais de cem reclamações por ano, é obrigada a publicar relatórios anuais com informações como: (i) os seus procedimentos para remoção de conteúdo; (ii) o número de reclamações recebidas e sua origem (usuários ou autoridades); (iii) o número de decisões de remoção de conteúdo com base nessas reclamações, bem como o motivo da remoção; etc.²³⁶

De todo modo, com diferentes intensidades, o que se percebe é que, além de os problemas envolvendo a liberdade de expressão estarem conectados com a referida estrutura triangular, o próprio Estado tem desenvolvido outras maneiras de regular o exercício desse direito fundamental. Na questão relativa à responsabilidade civil de provedores por conteúdo gerado por terceiros, o destinatário da regulação debatida não é o emissor da mensagem, mas a própria empresa que disponibiliza a infraestrutura comunicacional da Internet, o intermediário. Assim, “a promoção de censura ou bloqueio de conteúdo” pode ser “delegada a agentes privados” tais como plataformas digitais.²³⁷

3.3 PARA ALÉM DO ESTADO: resumo das abordagens regulatórias quanto à liberdade de expressão na Internet.

Por fim, há ainda outra interação regulatória relevante nesse “triângulo de Balkin”: a entre as empresas de Internet (e.g. plataformas digitais), de um lado; e o emissor, de outro. Plataformas como *Twitter*, *Facebook* e *Youtube* estabelecem políticas autorregulatórias para o seu uso, normalmente, chamadas de “termos de uso” ou de “diretrizes/padrões da comunidade”. Com base nelas, essas empresas podem retirar de sua plataforma *posts* que considerem discriminatórios ou que, em sua visão, propaguem discurso de ódio, por exemplo. Trata-se da *governança privada da liberdade de expressão* na qual as próprias empresas que disponibilizam a infraestrutura comunicacional regulam as manifestações dos emissores, no âmbito de sua plataforma. Em contrapartida, os seus usuários, por exemplo, podem resistir às

1-2. Disponível em: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/NetzDG_Tworek_Leerssen_April_2019.pdf> Acesso em 27 de outubro de 2019.

²³⁶ TWOREK, Heidi; LEERSSEN, Paddy. **An Analysis of Germany’s NetzDG Law**. Working Paper for the Transatlantic High Level Working Group on Content Moderation Online and Freedom of Expression, 2019, pp. 1-2. Disponível em: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/NetzDG_Tworek_Leerssen_April_2019.pdf> Acesso em 27 de outubro de 2019.

²³⁷ KELLER, Clara Iglesias. **Democracia e Liberdade de Expressão na Internet – de onde viemos e para onde vamos?** In: CRUZ, Adriana; FREIRE, Alonso; PIRES, Thiago Magalhães. **O Direito Público por Elas: homenagem à professora Jane Reis**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2018.

decisões e às políticas autorregulatórias adotadas, assim, pressionando as empresas para que alterem a decisão ou mudem os parâmetros regulatórios.²³⁸

Tendo como base o “triângulo de Balkin” e os escritos do autor já apresentados, é possível afirmar resumidamente que a liberdade de expressão na Internet pode ser regulada das seguintes formas:

1. Primeiro, os Estados-nação e entidades supranacionais regulam o emissor ou produtor da manifestação pela abordagem *old-school*: lançando mão de, e.g., sanções quando essa manifestação estiver além das balizas constitucionais ou legais. No entanto, utilizam também a abordagem *new-school* em que regulam não o emissor da mensagem, mas as empresas responsáveis pela infraestrutura digital pela qual a mensagem foi disponibilizada;
2. Segundo, essas empresas regulam a liberdade de expressão dos emissores a partir de políticas de governança privada, como os “termos de uso”, em que estabelecem critérios a serem respeitados pelos usuários de sua plataforma;
3. Terceiro, apesar de regulados pelo Estado e pelas plataformas, os emissores (*speakers*) conseguem influenciar ambos a partir de “ativismo social, protestos” e boicotes.²³⁹

De todo modo, este capítulo buscou contribuir para o trabalho demonstrando certas ressignificações proporcionadas pelo advento da era digital quanto à proteção e ao exercício da liberdade de expressão, a partir de Jack Balkin. Diferentemente dos conflitos “clássicos” envolvendo esse direito fundamental – que abrangem o Estado regulando (legítima ou ilegitimamente) a manifestação do emissor –, a era digital trouxe remodelações quanto aos atores envolvidos nesses conflitos, assim como quanto às abordagens regulatórias utilizadas por eles.

Assim, não só o Estado desenvolveu novos métodos para regular o emissor como também passou a direcionar sua atividade regulatória à empresa intermediária que disponibiliza a manifestação do emissor. Porém, mais do que isso, a era digital parcialmente erodiu a própria distinção público-privada, para fins comunicativos.²⁴⁰

²³⁸ BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. *Columbia Law Review*, v. 118, 2018, p. 2032.

²³⁹ BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. *Columbia Law Review*, v. 118, 2018, p. 2014-2015.

²⁴⁰ “In short, the internet has transformed the nature of public discourse, concentrating it onto a handful of privately owned platforms whose owners have no constitutional obligations to grant nondiscriminatory access to their platforms, and who regularly exercise authority control the content of expression on their platforms.”

As plataformas digitais passaram a ocupar um papel cada vez maior como meio comunicativo essencial para a população, além disso passaram a exercer mais funções relacionadas à moderação de conteúdo em suas plataformas, por meio de mecanismos de governança privada.

Esse último ponto será melhor explorado no capítulo seguinte.

CAPÍTULO IV:

A GOVERNANÇA PRIVADA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET:

Parâmetros Autorregulatórios de Moderação de Conteúdo no Youtube

“Behind closed doors, Internet companies routinely make tough decisions on content”

(Somini Sengupta)²⁴¹

O objetivo deste capítulo é eminentemente exploratório. Com ele, pretende-se refletir sobre como as plataformas digitais moderam o conteúdo que nelas transita e quais são seus impactos para a liberdade de expressão. Toma-se como objeto de análise especificamente os processos autorregulatórios do *Youtube*.

O capítulo está dividido em três subcapítulos. No primeiro, aborda-se a literatura levantada sobre o tema e explicita-se genericamente como esse processo de moderação ocorre. No segundo subcapítulo, todavia, exploram-se os mecanismos adotados pelo *Youtube* para governar a liberdade de expressão em seu âmbito digital. O foco é nas políticas adotadas pela plataforma quanto ao discurso de ódio (*hate speech*). No último subcapítulo, discute-se a eventual conexão entre esse processo de moderação do *Youtube* e o seu modelo de negócios.

4.1 MODERAÇÃO DE CONTEÚDO NAS PLATAFORMAS DIGITAIS:

É bem verdade que, atualmente, qualquer usuário do *Facebook*, *Twitter*, *Instagram* ou *Youtube* pode livremente publicar algo, de maneira quase instantânea. Nada obstante, essas empresas constantemente moderam o conteúdo que circula em suas plataformas: seja, de um lado, removendo conteúdos ofensivos ou ilegais para proteger seus usuários; seja, de outro lado, para apresentar um ambiente amigável para o público em geral, bem como para seus investidores, patrocinadores etc., em razão de seu modelo de negócios e de seus interesses econômicos.²⁴²

²⁴¹ SENGUPTA, Somini. **Free Speech in the Age of Youtube**, The New York Times, 22/09/2012. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2012/09/23/sunday-review/free-speech-in-the-age-of-youtube.html>>. Acesso em 22 de outubro de 2019.

²⁴² “*The fantasy of a truly open platform is powerful, resonating with deep, utopian notions of community and democracy – but it is just that, a fantasy. There is no platform that does not impose rules, to some degree. Not to*

Trata-se de processo autorregulatório²⁴³ em que as próprias plataformas atuam como “curadoras” do conteúdo que ali transita e do fluxo de informações existente no ambiente digital por elas disponibilizado: mantendo, retirando e promovendo conteúdos ou até mesmo os marcando com adjetivos como “conteúdo explícito” ou “conteúdo com cenas violentas”.

Segundo Kate Klonick²⁴⁴, esse processo de moderação pode essencialmente ocorrer de duas formas não excludentes: *ex ante* ou *ex post*, descritas a seguir na linha da autora.

A *primeira* delas diz respeito à análise do conteúdo antes mesmo de ele ser publicado: entre o *upload* e a publicação efetiva. O processo é majoritariamente feito de forma automatizada: atua-se, por exemplo, para identificar pornografia infantil por meio de algoritmos de reconhecimento de imagens, como o *PhotoDNA*^{245, 246}.

A *segunda* delas, por sua vez, ocorre após a efetiva publicação. Ela se concretiza majoritariamente de forma reativa: após um usuário reportar (“*flag*”) certa publicação ou sofisticados algoritmos a detectarem apontando que, por exemplo, propaga discurso de ódio contra um grupo social ou incita a violência.²⁴⁷ Assim, em seguida, um time de funcionários²⁴⁸ (da própria empresa ou de organismo independente contratado por ela) pode, por exemplo, avaliar a compatibilidade entre o conteúdo apontado e as “políticas internas” estabelecidas pela empresa para disciplinar o uso de seu espaço digital: os “termos de uso” ou “diretrizes/padrões da comunidade”.²⁴⁹

do would simply be untenable. Platforms must, in some form or another, moderate: both to protect user from another, or one group from its antagonists, and to remove the offensive, vile, or illegal – as well as to present their best face to new users, to their advertisers and partners, and to the public at large”. GILLESPIE, Tarleton. **Custodians of the Internet: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media**. [Versão Eletrônica]. New Haven: Yale University Press, 2018.

²⁴³ “[...] por autorregulação deve-se entender a existência de regras comportamentais desenvolvidas com alguma participação do próprio destinatário ou exclusivamente desenvolvidas por ele”. ARANHA, Márcio Iorio. **As formas de autorregulação**. JOTA, Brasília, 26 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-formas-de-autorregulacao-26102019>>. Acesso em 29 de outubro de 2019.

²⁴⁴ KLONICK, Kate. The New Governors: the people, rules, and processes governing online speech. **Harvard Law Review**, v. 131, p. 1598-1670, 2018, p. 1635. **O referido texto guiou as reflexões seguintes.**

²⁴⁵ “*PhotoDNA creates a unique digital signature (known as a “hash”) of an image which is then compared against signatures (hashes) of other photos to find copies of the same image. When matched with a database containing hashes of previously identified illegal images, PhotoDNA is an incredible tool to help detect, disrupt and report the distribution of child exploitation material.*” MICROSOFT. **PhotoDNA**. Disponível em: <<https://www.microsoft.com/en-us/photodna>>. Acesso em 29 de outubro de 2019.

²⁴⁶ KLONICK, Kate. The New Governors: the people, rules, and processes governing online speech. **Harvard Law Review**, v. 131, p. 1598-1670, 2018, p. 1636.

²⁴⁷ KLONICK, Kate. The New Governors: the people, rules, and processes governing online speech. **Harvard Law Review**, v. 131, p. 1598-1670, 2018, p. 1638.

²⁴⁸ ROBERTS, Sarah T. **Behind the Screen: Content Moderation in the Shadows of Social Media**. New Haven: Yale University Press, 2019.

²⁴⁹ “Já que não existe para os provedores de aplicações de internet um dever de monitoramento prévio, a notificação, como uma denúncia na rede social (prática costumeira na rede para reportar a existência de materiais

Ocorre que, nos dias atuais, essas plataformas digitais representam um dos meios primordiais pelos quais indivíduos e grupos sociais se manifestam, expressam e interagem. Em face desse cenário, podem atuar como verdadeiras árbitras²⁵⁰ ou juízas da liberdade de expressão, ao tomarem decisões sobre o conteúdo e as informações que transitam em seu ambiente digital.

Não por acaso, Jeffrey Rosen bem aponta a importância das decisões feitas por essas empresas para o exercício e para proteção da liberdade de expressão, ao redor do globo:

“[...] a pessoa com maior poder para determinar quem pode se manifestar e ser ouvido, ao redor do mundo, não era um Presidente, um rei ou um juiz da Suprema Corte. A pessoa era Nicole Wong, Consultora-Geral Adjunta do Google [...] [Nicole] era chamada de ‘a decisora’ por seus colegas”.²⁵¹

Indo além, Marvin Ammori acredita que, em meio a essa revolução digital, boa parte da proteção jurídica relacionada ao exercício desse direito fundamental está ligada com o papel exercido pela equipe jurídica dessas empresas. Isso, ao liderarem a formulação e a implementação (*enforcement*) das políticas autorregulatórias que definem os critérios para remover ou manter certas manifestações de seus usuários na plataforma:

“Advogados nas empresas privadas de tecnologia possuem um enorme impacto na liberdade de expressão global, ao adotarem políticas aplicáveis para seus milhões de usuários – mais significativamente os ‘termos de uso’. A redação dessas políticas costuma assumir uma forma similar a das regras jurídicas tradicionais [*e.g* leis e regulamentos administrativos]; dentro do ‘Faceboquistão’ e da Twitterlândia, [aliás], possuem praticamente a mesma validade”.²⁵²

eventualmente danosos), atua como um alerta para que eles possam averiguar a existência em seus ambientes de conteúdos lesivos e, até mesmo, removê-los. Caso decidam remover o conteúdo, por ser contrário aos termos de uso da plataforma, os provedores não ofenderão o Marco Civil da Internet”. SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Responsabilidade Civil de Provedores na Rede: Análise da Aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 1, n.1, p. 01-28 nov.-fev. 2019, p. 11.

²⁵⁰ “Today [...] private companies that run social media sites and search engines are the main arbiters of what gets communicated in the brave new world of cyberspace.” HEINS, Marjorie. The Brave New World of Social Media Censorship. **Harvard Law Review Forum**, v. 127, pp. 325-330, 2014, p. 325.

²⁵¹ Do original: “Until recently, the person who had more power to determine who may speak and who may be heard around the world was not a president or king or Supreme Court Justice. She was Nicole Wong, who was deputy general counsel at Google until her recent resignation. Her colleagues called her ‘the Decider’.” ROSEN, Jeffrey. The Deciders: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google. **Fordham Law Review**, v. 80, n. 4, pp. 1525-1538, 2012, p. 1536.

²⁵² Do original: “lawyers at private technology companies have an enormous impact on free expression globally through the policies they adopt for their millions of users — most significantly, terms of use. The terms of these policies often take the form of traditional legal rules and standards; within ‘Facebookistan’ and Twitterland,

Quem irá definir o que é uma *fake news* ou, ao revés, uma notícia verdadeira? Quais são os critérios decisórios para definir o que é considerado discurso de ódio e o que está abarcado pela liberdade de expressão dos usuários do *Facebook*, *Twitter*, *Youtube* ou *Instagram*?

Em não raras vezes, especialmente quando o tema ainda não foi judicializado, as citações diretas anteriormente mencionadas podem auxiliar na resposta para essas perguntas: as próprias plataformas digitais serão responsáveis por dirimir esses conflitos e os critérios estabelecidos nos “*termos de uso*” da respectiva plataforma – uma espécie de contrato firmado entre ela e o seu usuário - serão a baliza jurídica que embasará suas decisões.

Consoante aponta James Grimmelmann²⁵³, esses processos e mecanismos autorregulatórios podem estimular um ambiente comunicacional saudável e organizado, bem como propagar, dentro dessas plataformas digitais, a formação de comunidades em que o discurso é minimamente produtivo e “civilizado”.

Nessa linha, por exemplo, a moderação poderia corrigir “falhas de mercado” dentro do mercado de ideias, como as *fake news*, permitindo com que o “intercâmbio de ideias” seja funcional e livre²⁵⁴. Além disso, a moderação poderia retirar do mercado de ideias manifestações eventualmente vistas como muito além do exercício legítimo da liberdade de expressão (por exemplo, comentários racistas ou de intolerância religiosa).²⁵⁵

Ocorre que, assim como na atuação judicial, essas questões costumam gerar *hard cases*²⁵⁶: casos em que a resposta não é facilmente extraída a partir de uma simples leitura dos “termos de uso” ou das “diretrizes da comunidade”. Por isso, abre-se espaço para certo grau de subjetividade do moderador na definição de questões como, por exemplo, se o *post* de alguém é meramente “heterodoxo” ou representa de fato um exemplo de discurso de ódio.

Desse modo, para além de uma preocupação bastante centrada na censura estatal, muitas das problemáticas podem advir da atuação das plataformas privadas ao moderarem o

they have just as much validity.” AMMORI, Marvin. The ‘New’ New York Times: Free Speech Lawyering in the Age of Google and Twitter. **Harvard Law Review**, v. 127, pp. 2259-2295, 2014, p. 2263.

²⁵³ GRIMMELMANN, James. The Virtues of Moderation. **Yale Journal on Law & Technology**, v. 17, pp. 42-109, 2015, p. 45.

²⁵⁴ MANZI, Daniela C. Managing the Misinformation Marketplace: The First Amendment and the Fight Against Fake News. **Fordham Law Review**, v. 87, pp. 2623-2651, 2019, p. 2627.

²⁵⁵ HARRIS, Candida; ROWBOTHAM, Judith; STEVENSON, Kim. Truth, law and hate in the virtual marketplace of ideas: perspectives on the regulation of Internet Content. **Information & Communications Technology Law**, v. 18, n. 2, 2009, p. 164.

²⁵⁶ “*Hard cases*” seriam “aqueles casos em que o resultado não é claramente encontrado nas leis ou precedentes”. Do original: “*those cases in which the result is not clearly dictated by statute or precedent*”. DWORKIN, Ronald. Hard Cases. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 88, n. 6, pp. 1057-1109, 1975, p. 1057.

conteúdo dos seus usuários. Pode-se gerar uma espécie de *censura privada* da manifestação alheia - bloqueando ou retirando do ar algum conteúdo, bem como suspendendo ou excluindo a conta de certo usuário.

Quer se seja favorável a isso ou não, fato é que as empresas moderam constantemente o fluxo de informações e de conteúdo em suas plataformas. Porém, apesar da relevância das políticas dessas empresas para o exercício de tal direito fundamental, nem sempre os critérios e os procedimentos adotados são transparentes ou de fácil compreensão para o público em geral.²⁵⁷ Entretanto, é essencial compreender, em face do modelo de negócios dessas empresas, como a moderação ocorre, tendo em vista que parcela considerável da “qualidade da esfera pública digital vai depender dos modelos de negócios” e das políticas autorregulatórias de plataformas digitais como o *Youtube*.²⁵⁸ É perguntar: quais são os parâmetros autorregulatórios que essas empresas empregam para moderar o conteúdo no seu espaço digital?²⁵⁹

Pretendendo contribuir com tal debate, a seguir realiza-se uma análise relativa aos parâmetros adotados pelo *Youtube*, com especial enfoque nas suas políticas envolvendo “discurso de ódio” (*hate speech*).

4.2 MODERAÇÃO DE CONTEÚDO NO *YOUTUBE*: as “Diretrizes da Comunidade” e o Discurso de Ódio (*Hate Speech*).

Analisando os “*Termos de Serviço*” em 30 de outubro de 2019, percebe-se que a palavra “conteúdo” é conceituada de modo a englobar: “texto[s], programas, *scripts*, gráficos, fotos, sons, músicas, vídeos, combinações audiovisuais, recursos interativos e outros materiais” que um usuário “pode ver, ter acesso, ou contribuir” para o “Serviço”, isto é, “todos os produtos, programas e serviços” oferecidos pelo *Youtube*.²⁶⁰

²⁵⁷ KLONICK, Kate. The New Governors: the people, rules, and processes governing online speech. **Harvard Law Review**, v. 131, p. 1598-1670, 2018, p. 1601.

²⁵⁸ “*The quality of the digital public sphere will depend in part on the business models of twenty-first-century media companies: Facebook, Google, Youtube, Twitter, Pinterest, and Instagram*”. BALKIN, Jack M. The First Amendment in the Second Gilded Age. **Buffalo Law Review**, v. 66, n. 5, December 2018, p. 988.

²⁵⁹ KANYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. New York: Columbia Global Reports, 2019, pp. 14-17.

²⁶⁰ YOUTUBE. **Termos de Serviço**. 25 maio 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt>>. Acesso em 30 de outubro de 2019. Importante ressaltar que os termos são passíveis de alterações com o tempo. Por essa razão, explicitou-se a data em que realizada a observação.

Quanto ao uso de conteúdo, no art. 5 (D) do contrato, o *Youtube* alerta expressamente que, quando o usuário utiliza a plataforma, ele estará exposto a conteúdos “de diversas fontes”. Nada obstante, a empresa “não se responsabiliza pela precisão, utilidade, segurança ou propriedade intelectual próprias ou relacionadas a esse [c]onteúdo”.²⁶¹ Ao utilizar o Serviço disponível, o usuário “compreende e aceita que poderá estar exposto” a publicações cujo conteúdo é “impreciso, ofensivo, indecente ou censurável”, bem como “concorda em renunciar [...] a qualquer direito ou indenização legal ou justa, presente ou futura, contra o *YouTube* em relação a esses temas”.²⁶² Como visto no capítulo anterior, trata-se de dispositivo que o observa como intermediário do conteúdo e não produtor: apenas disponibiliza o meio para que algo seja publicado e, em seguida, possa ser visto por outras pessoas.

Já quanto ao envio de conteúdo, o art. 6, (B) e (G), segue a mesma linha afirmando que o usuário será “o único responsável por seu [c]onteúdo e pelas consequências de enviá-lo ou publicá-lo”. Assim, o *YouTube* “não endossa qualquer [c]onteúdo enviado [...] por qualquer usuário”, tampouco se responsabiliza por “qualquer opinião, recomendação ou conselho ali expresso”. Indo além, com base no art. 6 (E), o *Youtube* estabelece que o usuário não irá submeter qualquer conteúdo ou material “que seja contrário às Diretrizes da Comunidade” da plataforma. Trata-se do dispositivo que, ao menos em tese, pode autorizar posterior moderação das publicações que ali transitam, porém, como visto, há uma aparente postura discursiva de neutralidade, ao explicitamente não endossar as publicações.

As “*Diretrizes da Comunidade*”²⁶³ do *Youtube* abarcam doze temas – representados na tabela abaixo.

Tabela 2 – Questões Abarcadas pelas “Diretrizes da Comunidade” do Youtube.

Nudez ou conteúdo sexual.	Conteúdo prejudicial ou perigoso.
Conteúdo de incitação ao ódio.	Conteúdo explícito ou violento.
Assédio e Bullying Virtual.	Spam, Metadados enganosos e Golpes.
Ameaças.	Direitos Autorais.

Continua

²⁶¹ YOUTUBE. **Termos de Serviço.** 25 maio 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

²⁶² YOUTUBE. **Termos de Serviço.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

²⁶³ Disponível em: <<https://www.youtube.com/intl/pt-BR/about/policies/#community-guidelines>>. Acesso em 30 de outubro de 2019. **A tabela 2 tomou como base o referido link.**

Conclusão	
Privacidade	Falsificação de Identidade
Segurança Infantil.	Outras Políticas. ²⁶⁴

Fonte: Sistematização Própria, a partir de Youtube.

Entre essas questões, o *Google Transparency Report*²⁶⁵ sobre o *Youtube* possui uma seção chamada de “*Políticas em destaque*”²⁶⁶. Trata-se de seção que fornece mais detalhes a respeito dos temas – nos quais o “discurso de ódio” se enquadra - em que “sistemas de sinalização automática” são essenciais para identificar conteúdos que violam as referidas “Diretrizes”. Em seguida, ocorre o descrito no subcapítulo anterior: após a detecção automática de um conteúdo potencialmente violador, moderadores humanos podem o revisar e determinar se ele realmente viola as regras estabelecidas pelas “Diretrizes da Comunidade”, tomando as medidas que considerarem adequadas. Segundo a plataforma, essa tarefa é retroalimentar: treina e reforça continuamente os sistemas automatizados para oferecerem “uma melhor proteção no futuro”.

Outra situação possível é a denúncia²⁶⁷ de algum usuário (“membro da comunidade”) do *Youtube*. A denúncia é anônima de modo que outros usuários não sabem quem a enviou. O conteúdo, no entanto, não é removido instantaneamente. Ele passa pelo processo de revisão acerca da compatibilidade com as “Diretrizes da Comunidade”.

Independentemente de o conteúdo ser sinalizado por um usuário ou ser detectado por um sistema automatizado, a decisão final terá como base as regras das “Diretrizes da Comunidade”. Segundo elas, basicamente, duas situações são consideradas “discurso de ódio” pelo *Youtube*: (i) “incentivar a violência contra pessoas ou grupos com base nas

²⁶⁴ Entre as “*Outras Políticas*”, estão enquadradas (i) linguagem de baixo calão e (ii) postagens encorajando a violação dos Termos de Serviço. Quanto à primeira, a sanção pode ser uma restrição de idade dos usuários que poderão acessar o conteúdo. Quanto à segunda, as sanções variam: o conteúdo pode ser removido, a conta pode sofrer penalizações e, em alguns casos, até ser encerrada. YOUTUBE. **Outras políticas**. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/2801981?hl=pt-BR>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

²⁶⁵ Cuida-se de relatório de transparência que expõe dados relativos à aplicação das políticas da empresa, bem como sua cooperação com Governos. Apresentam-se questões relacionadas, e.g., ao número de ordens judiciais cumpridas para retirada de conteúdo, ao número de posts retirados por violação às diretrizes da comunidade e assim em diante. GOOGLE. **Google Transparency Report: Cumprimento das diretrizes da comunidade do Youtube**. Disponível em: <https://transparencyreport.google.com/youtube-policy/removals?hl=pt_BR>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

²⁶⁶ GOOGLE. **Google Transparency Report: políticas em destaques**. Disponível em: <https://transparencyreport.google.com/youtube-policy/featured-policies/hate-speech?hl=pt_BR&policy_removals=period:Y2019Q2&lu=policy_removals>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

²⁶⁷ GOOGLE. **Central de ajuda: Denunciar conteúdo inadequado**. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/2802027?co=GENIE.Platform%3DDesktop&oco=1>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

características” expostas abaixo; e (ii) “incitar o ódio contra pessoas ou grupos com base nas características” expostas abaixo.

Tabela 3 – Caracaterísticas Protegidas Contra o Discurso de Ódio no Youtube.

1) Idade.
2) Classe Social.
3) Deficiência.
4) Etnia.
5) Identidade de Gênero.
6) Nacionalidade.
7) Raça.
8) Situação de Imigração.
9) Religião.
10) Sexo/gênero.
11) Orientação Sexual.
12) Vítimas de um evento violento em grande escala e seus familiares.
13) Veteranos de Guerra.

Fonte: Sistematização Própria, a partir de Youtube.²⁶⁸

Entretanto, o *Youtube* ainda fornece uma lista de hipóteses em que o conteúdo publicado pode ser enquadrado como discurso de ódio (“outros tipos de conteúdo que violam a política”) – representadas na tabela abaixo.

Tabela 4 – Tipos de Conteúdo Enquadrados como Discurso de Ódio pelo Youtube.

Desumanizar pessoas ou grupos ao chamá-los de “sub-humanos” ou compará-los a animais, insetos, pragas, doenças ou qualquer outra entidade não humana.
Exaltar ou glorificar a violência contra pessoas ou grupos com base nas características mencionadas acima.

Continua

²⁶⁸ GOOGLE. **Central de ajuda:** Política de discurso de ódio. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/2801939?hl=pt-BR>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

Conclusão

Proferir insultos raciais, étnicos, religiosos ou de outros tipos com o objetivo principal de promover o ódio.
Publicar conteúdo com estereótipos que incitem ou promovam o ódio com base nas características mencionadas acima. Isso pode incluir discursos, textos ou imagens que retratem esses estereótipos ou os representem como fatos.
Afirmar, com a finalidade de incitar o ódio, que indivíduos ou grupos são fisicamente ou mentalmente inferiores, deficientes ou doentes com base nas características mencionadas acima. Isso inclui declarações de que um grupo é problemático ou menos desenvolvido do que outro em termos de inteligência e capacidade.
Defender a superioridade de um grupo sobre outros, com base nas características mencionadas acima, para justificar violência, discriminação, segregação ou exclusão.
Publicar conteúdo que defenda teorias da conspiração que atribuam intenção maligna, corrupta ou mal-intencionada a pessoas ou grupos em face das características mencionadas acima.
Apoiar o domínio sobre pessoas ou grupos com base nas características mencionadas acima.
Negar que um evento violento e bem documentado ocorreu.

Fonte: Sistematização Própria, a partir de Youtube²⁶⁹.

A despeito disso, o *Youtube* não é inflexível. Ao que tudo indica, para a plataforma, a questão essencial diz respeito ao *contexto*²⁷⁰ e o intuito da publicação: ambos precisam ficar evidentes ao longo do próprio vídeo, bem como no seu título e na sua descrição. Deve-se ficar claro, por exemplo, que a postagem se presta para fins “educativos, documentais, científicos ou artísticos”. Em suma, o intuito deve ser o de informar ou documentar um conteúdo explícito ou que contenha discurso de ódio, não exaltá-lo. Para esclarecer, no entendimento deste autor, um exemplo hipotético possível seria o seguinte: seria possível uma publicação de um documentário histórico que exponha as práticas e as ideias de um grupo proferindo algo

²⁶⁹ GOOGLE. **Central de ajuda:** Política de discurso de ódio. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/2801939?hl=pt-BR>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

²⁷⁰ GOOGLE. **Central de ajuda:** A importância do contexto. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/6345162>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

enquadrado como “discurso de ódio”. Porém, idealmente, não seria possível a publicação de um documentário promovendo as ideias desses grupos ou os apoiando expressamente.

No caso de a análise concluir pela existência de violação da política de discurso de ódio do *Youtube*, o conteúdo será removido da plataforma e um alerta será enviado. Caso o usuário for “reincidente”, o *Youtube* lança mão dos “*Avisos das Diretrizes da Comunidade*”²⁷¹, nos termos abaixo.

Tabela 5 – Medidas do Youtube em face da Violação das “Diretrizes da Comunidade”.

	Medida Tomada pelo Youtube	Período de Duração
Alerta	Remoção do Conteúdo e Notificação.	-----
Primeiro Aviso	Remoção do Conteúdo e Inabilitação para: 1) Enviar vídeos, histórias ou fazer transmissões ao vivo; 2) Postar na Comunidade e criar miniaturas personalizadas; 3) Criar ou editar playlists e adicionar colaboradores a ela; 4) Adicionar ou excluir playlists da página de exibição usando o botão “Salvar”.	Inabilitações permanecem por 1 semana; O aviso continua no local durante 90 dias.
Segundo Aviso	Remoção do Conteúdo. Inabilitação para postar conteúdo, caso segundo aviso for enviado no período de 90 dias após a primeira ocorrência.	Inabilitação para postar conteúdo por 2 semanas; 90 dias para expirar cada aviso.
Terceiro Aviso	Remoção do Conteúdo. Se receber três avisos em 90 dias, canal é removido permanentemente.	Cada aviso expira 90 dias após sua emissão.

Fonte: Sistematização Própria, a partir de Youtube²⁷².

²⁷¹ GOOGLE. **Central de ajuda:** Aspectos básicos acerca das advertências por violação das regras da comunidade. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/2802032?hl=pt-BR2>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

²⁷² GOOGLE. **Central de ajuda:** Aspectos básicos acerca das advertências por violação das regras da comunidade. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/2802032?hl=pt-BR2>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

De outra sorte, caso o *Youtube* concluir que o conteúdo não viola as suas políticas sobre discurso de ódio, porém possa ser ofensivo para certos espectadores, a empresa pode impor medidas alternativas – chamadas de “*Recursos limitados para determinados vídeos*”²⁷³. São exemplos de conteúdos que poderão sofrer essas restrições: “vídeos que contestam um acontecimento violento bem documentado”; e “conteúdo religioso provocativo ou supremacista sem incentivo direto à violência ou sem o objetivo primário de incitar o ódio”.

Caso isso ocorra, a plataforma envia uma notificação ao canal e, em seguida, aplica as restrições cabíveis. Em suma: apesar de não se adicionar um aviso ao canal e o conteúdo permanecer disponível no *Youtube*, (i) “a página de exibição não possuirá mais comentários, vídeos sugeridos” ou curtidas e conterà uma “mensagem de alerta” aos usuários. Além disso, (ii) o vídeo não estará mais qualificado para exibir anúncios durante sua exibição. “Ter recursos desativados”, todavia, não adiciona um aviso no canal em questão.

Por fim, na hipótese de o usuário acreditar que seu conteúdo foi removido equivocadamente, alegando sua conformidade com as “Diretrizes da Comunidade”, ele poderá *contestar*²⁷⁴ a medida imposta. Após enviá-la, o *Youtube* informará o resultado de sua re-avaliação em face da contestação:

(a) caso considere que o conteúdo segue as Diretrizes e, portanto, a avaliação foi equivocada, o *Youtube* irá coloca-lo de volta em sua plataforma. Consequentemente, o aviso será removido da respectiva conta ou, caso se trate de alerta, a próxima ofensa será considerada um alerta primário novamente;

(b) caso o *Youtube* acredite que o conteúdo segue as Diretrizes, porém não é apropriado para todos os públicos, pode aplicar uma “restrição de idade” pela qual o vídeo não fica visível para usuários que “estejam desconectados”, “forem menores de 18 anos” ou detenham o “Modo restrito ativado”.

(c) por fim, caso a empresa considere que sua primeira avaliação foi correta, o conteúdo continuará fora do site sem, no entanto, adicionar outras penalidades em face da rejeição da contestação.

4.3 A GOVERNANÇA PRIVADA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO:

²⁷³ GOOGLE. **Central de ajuda:** Recursos limitados para determinados vídeos. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/7458465>>. Acesso em 30 de outubro de 2019. As citações em posteriores tomaram como base este link.

²⁷⁴ GOOGLE. **Central de ajuda:** Contestar ações das diretrizes da comunidade. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/185111>>. Acesso em 30 de outubro de 2019. As citações posteriores tomaram como base este link.

Ao abordar a interação entre essas empresas e os seus usuários (verdadeiros emissores das manifestações e produtores do conteúdo que ali transita), Jack Balkin²⁷⁵ chama atenção para o processo de moderação acima aludido: a “*governança privada*” da liberdade de expressão, por meio de processos autorregulatórios. Nesse sentido, empresas como o *Youtube* não devem ser vistas apenas como “proprietárias” ou “disponibilizadoras” da infraestrutura e dos meios da comunicação digital. Em verdade, conforme bem aponta Kate Klonick²⁷⁶, elas são *governantes da liberdade de expressão online*. São entidades privadas que estabelecem padrões de conduta para a coletividade e tomam decisões importantes sobre a liberdade de expressão, com a capacidade de afetar cidadãos em distintas jurisdições.

Consoante se viu na análise do *Youtube*, ele se apresenta como uma entidade privada com normas e processos burocráticos bem estruturados: (i) definindo o que é “discurso de ódio” e o que, por outro lado, pode ser exceção à “norma”; (ii) estabelecendo um sistema gradual de sanções e de medidas alternativas; (iii) estruturando um corpo decisório (automatizado e humano) para aplicá-las; (iv) apresentando um procedimento burocrático de contestação das decisões tomadas etc.²⁷⁷

Em suma: de um lado, essas plataformas disponibilizam a infraestrutura digital necessária para que a construção de uma “cultura democrática” ocorra, assim, fornecendo as condições necessárias para que os cidadãos (seus usuários) possam expressar suas visões e opiniões, bem como se informar sobre os acontecimentos relevantes do mundo.

Porém, não é só isso: de outro lado, possuem também o condão de moderar (legítima e ilegitimamente) o conteúdo que transita na Internet, por meio de políticas e de processos autorregulatórios. Apesar de sua complexidade e de reforçarem um certo discurso de neutralidade, ao menos em parte, são “agentes ativos” os quais influenciam o exercício da liberdade de expressão e de comunicação no ambiente digital, “(i) estabelecendo novas condições, *designs* e regras para a interação [entre os usuários]; (ii) construindo ecossistemas sócio-técnicos e (iii) rearrajando dados e a própria comunicação”.²⁷⁸

²⁷⁵ BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. **Columbia Law Review**, v. 118, 2018, p. 2021.

²⁷⁶ “*Platforms are the New Governors of online speech. These New Governors are private self-regulating entities*”. KLONICK, Kate. The New Governors: the people, rules, and processes governing online speech. **Harvard Law Review**, v. 131, p. 1598-1670, 2018, p. 1669.

²⁷⁷ KLONICK, Kate. The New Governors: the people, rules, and processes governing online speech. **Harvard Law Review**, v. 131, p. 1598-1670, 2018, p. 1630; BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. **Columbia Law Review**, v. 118, 2018, p. 2021.

²⁷⁸ Do original: “*Although complex, platforms are active agents in providing (i) new conditions, design and rules for interaction; (ii) building sociotechnical ecosystems and (iii) rearranging data and communication*” HUREL,

Essa moderação pode decorrer do senso de responsabilidade social da empresa e de seu grau de comprometimento com a livre expressão. No entanto, também está intimamente relacionada com razões de natureza econômica e com sua busca por lucro.²⁷⁹ Ou seja, a adoção dessas normas e desses processos estruturados para governar a liberdade de expressão está relacionada também com motivações do já aludido mercado por trás do “mercado de ideias”: o seu modelo de negócios, os incentivos de mercado, a expansão de poder político-econômico etc.²⁸⁰ Como aponta David Kanye²⁸¹, é “quase impossível” desvincular os interesses econômicos dessas empresas com suas políticas autorregulatórias que afetam a liberdade de expressão.

Segundo Balkin, entre outras formas de gerar lucro, empresas como o *Youtube* precisam expandir o seu número de usuários e/ou aumentar o tempo que as pessoas passam na plataforma. Isso, em ordem de captar sua atenção em meio ao emaranhado de informações disponíveis, bem como a fim de que gerem mais dados: o conteúdo que o usuário mais consome na plataforma, interesses pessoais, etc.²⁸² Com largas audiências de atenção escarsa passando tempo considerável na plataforma, elas podem lucrar a partir do espaço de publicidade: ter um conhecimento mais profundo a respeito dos seus usuários a fim de posteriormente permitir, por exemplo, com que empresas de *marketing* possam estruturar “estratégias mais certeiras”, tais como “campanhas personalizadas por idade, sexo e características comportamentais”.²⁸³ Para tudo isso, é essencial que não só o conteúdo disponibilizado seja interessante e retenha atenção, mas que o ambiente em si represente uma comunidade na qual seus usuários possuem a sensação de segurança, tornando a moderação algo importante para a garantia desse modelo de negócios.²⁸⁴

Louise Marie. **Architectures of security and power: IoT platforms as technologies of government**. Dissertação (Mestrado em Media and Communications), London School of Economics, Londres, 37f, Agosto 2018, p. 9.

²⁷⁹ “*Though corporate responsibility is a noble aim, the primary reason companies take down obscene and violent material is the threat that allowing such material poses to potential profits based in advertising revenue*”. KLONICK, Kate. The New Governors: the people, rules, and processes governing online speech. **Harvard Law Review**, v. 131, p. 1598-1670, 2018, p. 1627.

²⁸⁰ “*The task of governing online spaces need not be wholly public spirited. It may be driven by market incentives or by the quest for economic and political power. Facebook has adopted community rules because of its business model*”. BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. **Columbia Law Review**, v. 118, 2018, p. 2022.

²⁸¹ “*Their content policies, and their content policing, are nearly impossible to disentangle from their economic interests*” KANYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. New York: Columbia Global Reports, 2019, p. 16.

²⁸² BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. **Columbia Law Review**, v. 118, 2018, p. 2022.

²⁸³ SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; AVELINO, Rodolfo; SOUZA, Joyce. A privacidade e o mercado de dados pessoais. **Liinc em Revista**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 217-230, novembro 2016, p. 225.

²⁸⁴ BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. **Columbia Law Review**, v. 118, 2018, p. 2023.

Uma ilustração do argumento mencionado é a própria regulação do discurso de ódio no *Youtube*. A empresa é originária dos EUA e vários integrantes de sua equipe jurídica central possuem formação técnica baseada nos precedentes dessa realidade e formação “cultural” nos valores expressos pela Primeira Emenda.²⁸⁵ Entretanto, várias de suas previsões na “Diretrizes da Comunidade” vão de encontro com questões constitucionalmente protegidas, no âmbito da realidade estadunidense.²⁸⁶ Sem embargo das nuances e discussões sobre o tema dentro dos EUA, o *hate speech* é constitucionalmente protegido em maior força pela Primeira Emenda da Constituição dos EUA do que em vários outros países democráticos.²⁸⁷

Não obstante, o *Youtube* possui uma política interna contra o discurso de ódio aparentemente mais ampla do que essa visão dos EUA. Por que? Seguindo Balkin, a hipótese aqui defendida é a de que isso ocorre justamente para garantir o seu modelo de negócios: seus usuários são originários de nações diversas que, em regra, restringem o discurso de ódio com maior intensidade do que os EUA. Caso se seguisse a lógica estadunidense, a dinâmica econômica supracitada poderia ser inviabilizada nesses outros países.²⁸⁸

Mais do que isso, essas razões econômicas que estimulam a governança privada também podem ocorrer como reação às regulações *new-school* por parte do Estado.²⁸⁹ Como dito, essa abordagem regulatória se direciona às empresas intermediárias e não ao emissor do conteúdo em si. Por meio de decisões judiciais, por exemplo, o Estado pode exigir que a plataforma retire algum conteúdo ou compartilhe algum dado. Para evitar a interferência estatal no seus negócios e a incidência da regulação *new-school*, a plataforma se “antecipa” e adota mecanismos de “governança privada da liberdade de expressão”. Caso o *Youtube* seguisse a lógica estadunidense, ele poderia enfrentar sérios problemas em outras realidades

²⁸⁵ BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. *Columbia Law Review*, v. 118, 2018, p. 2028.

²⁸⁶ “And despite their good intentions and their claims to a free-speech-friendly philosophy, these companies employ “terms of service” that censor a broad range of constitutionally protected speech.” HEINS, Marjorie. The Brave New World of Social Media Censorship. *Harvard Law Review Forum*, v. 127, pp. 325-330, 2014, p. 325.

²⁸⁷ “Under current First Amendment doctrine, sites might not be able to ban hate speech or other kinds of abusive and emotionally upsetting speech that make the site far less valuable for the vast majority of customers” BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. *Columbia Law Review*, v. 118, 2018, p. 2026.

²⁸⁸ “But because social media companies operate around the world, they cannot realistically apply American First Amendment doctrines everywhere, in part because American free speech law requires Americans to tolerate all sorts of things that people in other countries simply will not put up with.” BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. *Columbia Law Review*, v. 118, 2018, p. 2028.

²⁸⁹ BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. *Columbia Law Review*, v. 118, 2018, p. 2029.

regulatórias mais “rígidas” quanto ao discurso de ódio, tal como no caso alemão mencionado.²⁹⁰

Torna-se necessário, pois, destinar atenção especial para os mecanismos de “governança privada da liberdade de expressão”, pelos quais empresas como o *Youtube* moderam o conteúdo (produzido por seus usuários) que transita em sua plataforma digital. É dizer: levar em consideração, nas discussões regulatórias a respeito do exercício e da proteção da liberdade de expressão na Internet, as normas e os processos autorregulatórios que essas empresas desenvolvem para moderar o conteúdo em seu âmbito digital.

²⁹⁰ BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. *Columbia Law Review*, v. 118, 2018, p. 2031-2032.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Em linhas gerais, a presente pesquisa pretendeu realizar uma análise do mercado por trás do “mercado de ideias”: explorar os impactos que as estruturas empresariais de plataformas digitais (sobretudo, as chamadas “*Big Techs*”) possuem para o exercício da liberdade de expressão na Internet, ao proporcionarem e dinamizarem o fluxo de comunicação e de informação na seara digital.

No primeiro capítulo, abordou-se a gênese da metáfora do mercado de ideias (*marketplace of ideas*). Para tanto, descreveu-se o contexto e a sequência jurisprudencial que a originou, em *Abrams v. United States* [250 U.S. 616 (1919)], no bojo da Suprema Corte dos EUA. Intentou-se ressaltar seu significado e sua centralidade nos debates acadêmicos e judiciais daquele país de modo que, posteriormente, (i) ela foi apropriada como cerne de discussões relativas aos contornos econômicos da liberdade de expressão e (ii) foi crucial para a formação do ideário jurisprudencial em torno da Internet, com destaque para sua utilização expressa no caso *Reno v. ACLU* [521 U.S. 844 (1997)].

Ao explorar os debates acadêmicos dos EUA sobre a acepção econômica em torno da referida metáfora, o intuito não foi defender um maior ou menor grau de intervenção estatal nesse “mercado”. O objetivo foi apenas destacar a importância de uma visão político-econômica acerca da liberdade de expressão, assimilando (i) a conexão entre a estrutura do mercado de ideias e os atores econômicos que o compõem com o exercício prático das liberdades comunicativas, bem como (ii) as relações entre o poder econômico e o poder político que se expressam por meio de disputas pelo significado e pelo escopo da liberdade de expressão. Em suma, ressaltou-se a importância das estruturas econômicas que garantem o ambiente pelo qual esse direito é exercido.

No segundo capítulo, o objetivo foi perpassar pelo “otimismo” e o “desencanto” com o potencial democrático da Internet e seus efeitos para a liberdade de expressão. Em um primeiro momento, o advento da Internet trouxe uma visão mais otimista acerca dos seus potenciais benefícios para a liberdade de expressão. Viviam-se um período de crítica aos meios de comunicação de massa “tradicionais”: não só era caro se manifestar como, caso se quisesse veicular essas opiniões para uma quantidade considerável de pessoas, era necessário também passar pelo filtro das grandes empresas de mídia. A Internet, por sua vez, trouxe uma dinâmica mais participativa, democrática e descentralizada. Não é forçoso afirmar que havia certa esperança, por parte de vários acadêmicos estadunidenses, no sentido de que o espaço

virtual poderia reconstruir a essência do mercado de ideias: um ambiente de livre intercâmbio de manifestações, com inúmeras pessoas expondo opiniões diversas sobre fatos mundiais. Essas ideias seriam amplamente disponibilizadas a baixo custo e, assim, concorreriam pela aceitação de uma sociedade democrática e aberta.

Com base em Jack Balkin e sem se descuidar dessa visão inicial sobre a Internet, sustentou-se que a liberdade de expressão, na seara digital, possui a função precípua de promover uma “cultura democrática”: atuar como vetor constitucional que possibilita a participação dos cidadãos no processo de construção coletiva dos significados que dão vida à comunidade em que estão inseridos e no processo de fixação e de concretização dos valores que os constituem como indivíduos. Ter em mente essa função é relevante, pois ela deve direcionar tanto as eventuais intervenções regulatórias quanto as não-intervenções, sendo uma espécie de alvo regulatório a ser alcançado. A Internet deve espelhar ao máximo tais características positivas que permitiram sua ascensão: interatividade, liberdade, participação, criatividade, descentralização etc.

Atualmente, todavia, vive-se certo “desencanto” com a Internet: sem se olvidar dessas características positivas, acadêmicos, políticos e a própria sociedade (não sem discordâncias acerca dos fenômenos, é claro) cada vez mais têm reconhecido também as potenciais vicissitudes advindas do ciberespaço (*e.g.* filtros-bolha, *fake news*, vazamento de dados pessoais, discurso de ódio). Nesse sentido, tal como proposto por Jack Balkin, buscou-se direcionar a atenção para a “*economia política da liberdade de expressão na era digital*”, destacando que tais questões estão intimamente conectadas com o modo pelo qual o atual sistema político-econômico custeia essa estrutura comunicacional digital. De um lado, o ambiente propiciado pelas plataformas digitais permite possibilidades quase ilimitadas para o exercício da liberdade de expressão. De outro, o modelo de negócios (*business model*) desenvolvido por elas reforça o próprio “capitalismo de vigilância”: a coleta e análise massiva de dados pessoais em troca da “gratuidade” dos serviços oferecidos.

No terceiro capítulo, foram expostas as ideias de Jack Balkin sobre a liberdade de expressão nesse cenário político-econômico. Em virtude da relevância dessas empresas, o autor destaca que os conflitos relacionados a esse direito, na seara digital, não podem ser captados por uma estrutura *dualista* cujos componentes são apenas Estado e emissor (*speaker*). Em verdade, as empresas responsáveis pela “infraestrutura digital” possuem importância constitutiva na “regulação” da liberdade de expressão. Justamente pelo referido modelo de negócios, tendo em vista a constante coleta de dados e a moderação de conteúdo

exercidos pelas plataformas, facilitando a identificação e remoção de conteúdo, o Poder Público lança mão da abordagem regulatória *new-school*, direcionando sua regulação para essas empresas e não para o emissor da manifestação (*speaker*). Não por outro motivo, Jack Balkin ressalta que uma consequência dessa abordagem *new-school* é a de propagar interações entre as interfaces público-privadas, por meio de coerção estatal à atividade econômica das empresas ou de cooperação entre Estado e empresas. Como ilustração dessa abordagem, explorou-se a questão relativa à responsabilidade civil de provedores por conteúdo gerado por terceiro, ressaltando-se como diferentes regimes de responsabilidade civil podem gerar estímulos distintos a essas plataformas, com impactos significativos para o exercício da liberdade de expressão.

No quarto capítulo, explorou-se a interação entre as plataformas digitais e os seus usuários (verdadeiros emissores das manifestações e produtores do conteúdo que ali transita). Ao avaliar as políticas autorregulatórias adotadas pelo *Youtube*, em suas “Diretrizes da Comunidade”, percebeu-se a existência de uma verdadeira “governança privada da liberdade de expressão”, tal como trabalhada por Jack Balkin e por Kate Klonick. Observou-se que a entidade privada possuía normas e processos burocráticos bem estruturados, tais como: (i) normas definindo o que é “discurso de ódio” e o que, por outro lado, pode ser exceção a essas regras; (ii) um sistema gradual de sanções e de medidas alternativas para quem descumprisse as “Diretrizes da Comunidade”; (iii) corpo decisório estruturado (automatizado e humano) para aplicá-las; (iv) procedimento burocrático de contestação das decisões tomadas por esse corpo decisório etc.

Como adiantado na introdução, o presente trabalho possui caráter exploratório e não pretende realizar generalizações ou inferências causais de relevo, tendo consciência de suas limitações.²⁹¹ No entanto, acredita-se que há indícios interessantes para a confirmação da hipótese inicialmente formulada para a pergunta de pesquisa. Plataformas como o *Youtube* não meramente disponibilizam um meio para a comunicação digital. Em verdade, em graus distintos, também moderam ativamente e reativamente o conteúdo que nelas transita, realizando

²⁹¹ É essencial que toda pesquisa tenha noção de suas limitações. Nesse sentido, algumas podem ser citadas. Em primeiro lugar, apesar de buscar retratar perspectivas plurais sobre os temas desenvolvidos, é preciso reconhecer que a monografia aborda um referencial teórico essencialmente estadunidense, branco e masculino, o que pode gerar importantes críticas epistemológicas não abordadas ao longo deste trabalho. Agradeço, inclusive, pelo comentário que me atentou a essa limitação. Além disso, apesar da leitura crítica das políticas do *Youtube* e de certas legislações (uma espécie de análise documental), realizou-se essencialmente uma revisão bibliográfica sobre o tema. Não há o emprego de sofisticada metodologia empírica qualitativa ou quantitativa apta a descrever pormenorizadamente como funciona todo o processo interno da empresa, comparando-o com o de outras, ou, por exemplo, observando as interações entre o *Youtube* e o Estado brasileiro por meio da análise do cumprimento de decisões judiciais pertinentes ao tema.

decisões complexas sobre o escopo e a proteção da liberdade de expressão com base nas suas políticas autorregulatórias. Indo além, a análise da proteção dada pelo *Youtube* à questão do “discurso de ódio” (*hate speech*) se apresenta como um bom indício do que Jack Balkin e Kate Klonick vêm ressaltando: essa moderação decorre não só da cultura corporativa da empresa e do seu apreço pela liberdade de expressão, mas também por razões de natureza econômica. É dizer: razões intimamente conectadas com a manutenção de seu modelo de negócios com usuários ao redor do planeta, bem como para se “adiantar” de eventuais punições (oriundas da abordagem *new school*) realizadas por países cuja regulação é mais ríspida em relação ao entendimento quanto aos limites do *hate speech* nos EUA.

Como possível reflexão para pesquisas posteriores, destaca-se o seguinte. Com o intuito de concretizar o objetivo ilustrado por Zuckerberg na introdução deste trabalho - garantir a liberdade de expressão e o caráter disruptivo da Internet, sem deixar de proteger a sociedade das atuais vicissitudes presentes no espaço virtual – parece relevante estabelecer soluções regulatórias multifacetadas. Ou seja, englobando não só iniciativas estatais, mas incorporando, sobretudo, o papel constitutivo das normas e dos processos autorregulatórios adotados por essas plataformas digitais na moderação do conteúdo em seu âmbito digital.

Independentemente de se defender uma maior ou menor interferência estatal nesse processo, fato é que a regulação de muitas das questões envolvendo o exercício da liberdade de expressão na Internet perpassa pelo próprio modelo de negócios dessas plataformas e é impactada por seus instrumentos de governança privada e de autorregulação. Assim, na era digital, parece imprescindível uma compreensão mais global dos atores e das abordagens regulatórias envolvidas no “triângulo de Balkin”. Nesse sentido, as atuais vicissitudes do espaço virtual podem ser combatidas a partir de uma combinação de estratégias regulatórias que unam público e privado por meio de estruturas responsivas de cooperação e de coerção.²⁹²

²⁹² Exemplo prático, na experiência brasileira, parece ser o “Programa de Enfrentamento à Desinformação” adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral. Por meio desse, o Tribunal tem se unido a essas plataformas digitais para realizar ações concretas quanto ao combate à desinformação (“*fake news*”), valendo-se do auxílio das políticas de moderação e direcionamento de conteúdo dessas empresas. Vide: BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Google, Facebook, Twitter e WhatsApp aderem ao Programa de Enfrentamento à Desinformação do TSE**. Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, 22 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Outubro/google-facebook-twitter-e-whatsapp-aderem-ao-programa-de-enfrentamento-a-desinformacao-do-tse>> Acesso em 2 de novembro de 2019.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AMMORI, Marvin. The ‘New’ New York Times: Free Speech Lawyering in the Age of Google and Twitter. **Harvard Law Review**, v. 127, pp. 2259-2295, 2014.

ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 3ª Edição. London: Laccademia Publishing, 2015.

_____. **As formas de autorregulação**. JOTA, Brasília, 26 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-formas-de-autorregulacao-26102019>>. Acesso em 29 de outubro de 2019.

ARDIA, David S. Free Speech Savior Or Shield For Scoundrels: An Empirical Study of the Intermediary Immunity Under Section 230 Of The Communications Decency Act. **Loyola of Los Angeles Law Review**, v. 43, pp. 373-506, Winter 2010.

AYRAULT, Ludovic. Gigantes da Internet e práticas fiscais desleais. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**. Brasília, v. 10, n.1, p. 109-124, maio 2018.

BAKER, C. Edwin. **Human Liberty and Freedom of Speech**. New York: Oxford University Press, 1989.

BALKIN, Jack M. Some Realism About Pluralism: Legal Realist Approaches to the First Amendment. **Duke Law Journal**, v. 1990, n. 3, pp. 375- 430, June 1990.

_____. Free Speech and Hostile Environments. **Columbia Law Review**, v. 99, pp. 1-28, 1999.

_____. Digital Speech and Democratic Culture: a Theory of Freedom of Expression for the Information Society. **New York University Law Review**, v.1, n.79, 2004.

_____. The Future of Free Expression in a Digital Age. **Pepperdine Law Review**, v. 36, 2009.

_____. Free Speech is a Triangle. **Columbia Law Review**, v. 118, p. 2011-2056, 2018.

_____. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance and, new school speech regulation. **UC Davis Law Review**, v. 51, p. 1149-1210, 2018.

_____. The First Amendment in the Second Gilded Age. **Buffalo Law Review**, v. 66, n. 5, December 2018.

_____. Fixing Social Media’s Grand Bargain. **Hoover Working Group on National Security Technology, and Law**, Aegis Paper Series, n. 1814, October 2018.

_____. **The Political Economy of Freedom of Speech in the Second Gilded Age**. Law and Political Economy blog, 4 de Julho de 2018. Disponível em: <<https://lpeblog.org/2018/07/04/the-political-economy-of-freedom-of-speech-in-the-second-gilded-age/>> Acesso em 15 de julho de 2019.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, pp. 123-163, set. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. TERRA, Felipe Mendonça. **Liberdade de Expressão e de Manifestações nas Redes Sociais**. In: ARABI, Abhner Youssif Mota (et. al). (Coord). **Constituição da República 30 Anos Depois: Uma Análise da Eficiência dos Direitos Fundamentais**. Estudos em Homenagem ao Ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

BARRON, Jerome A. Access to the Press – A New First Amendment Right. **Harvard Law Review**, v. 80, p. 1641-1678, 1967.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão Entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, pp. 1-36, Jan./Mar. 2004.

BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. New York: The Macmillan Company, 1913.

BENTO, Leonardo Valles. Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 210, pp. 93-115, abr./jun 2016.

BERMAN, Jerry; WEITZNER, Daniel J. Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media. **The Yale Law Journal**, v. 104, n. 7, p. 1619-1637, 1995.

BHAGWAT, Ashutosh. Free Speech Categories in the Digital Age. In: BRISON, Susan J; GELBER, Katharine. (Edit). **Free Speech in the Digital Age**. New York: Oxford University Press, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003.

_____. **Humor, Política e Jurisdição Constitucional: O Supremo Tribunal Federal como Guardiã da Democracia: A Proteção da Liberdade de Crítica Política em Processos Eleitorais**. In: ARABI, Abhner Youssif Mota (et. al). (Coord). **Constituição da República 30 Anos Depois: Uma Análise da Eficiência dos Direitos Fundamentais**. Estudos em Homenagem ao Ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

BLASI, Vincent. Holmes and the Marketplace of Ideas. **Supreme Court Review**, n. 1, p. 1-46, 2004.

BLOCHER, Joseph. Institutions in the Marketplace of Ideas. **Duke Law Journal**, v. 57, n. 4, February 2008.

BOGEN, David S. The Free Speech Metamorphosis of Mr. Justice Holmes. **Hofstra Law Review**, v. 11, n. 1, 1982.

BRAZEAL, Gregory. How Much Does a Belief Cost? Revisiting the Marketplace of Ideas. **Southern California Interdisciplinary Law Journal**, v. 21, pp. 1-46, 2011.

BRETON, Albert; WINTROBE, Ronald. Freedom of speech vs. efficient regulation in market for ideas. **Journal of Economic Behaviour & Organization**, v. 17, n. 2, p. 217-239, March 1992.

BRISON, Susan J; GELBER, Katharine. (Edit). **Free Speech in the Digital Age**. New York: Oxford University Press, 2019.

BRIETZKE, Paul H. How and Why the Marketplace of Ideas Fails. **Valparaiso University Law Review**, v. 31, n. 3, 1997.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Direito Público**, Brasília, n° 15, Doutrina Estrangeira, 2007.

BUDIANSKY, Stephen. **Oliver Wendell Holmes: a Life in War, Law, and Ideas**. New York: W.W. Norton & Company, 2019.

CANDEUB, Adam. Media Ownership Regulation, The First Amendment, and Democracy's Future. **UC Davis Law Review**, v. 41, pp. 1547-1611, 2008.

CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. **Inteligência Artificial no Mercado de Capitais**. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. **Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. Vol. 1. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

_____. **Redes de Indignação e Esperança: Movimentos sociais na era da internet**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2013.

CHAFEE JR, Zechariah. **Free Speech in the United States**. Cambridge: Harvard University Press, 1941.

COASE, Ronald H. The Market for Goods and the Market for Ideas. **The American Economic Review**, v. 64, n. 2, May 1974.

COLLINS, Ronald K. L. **The Fundamental Holmes: a Free Speech Chronicle and Reader**. New York: Cambridge University Press, 2010.

CUSHMAN, Barry. **Rethinking the New Deal Court: the Structure of a Constitutional Revolution**. New York: Oxford University Press, 1998.

DORN, James A; MANNE, Henry G. **Economic Liberties and the Judiciary**. Fairfax: George Mason University Press, 1987.

DWORKIN, Ronald. Hard Cases. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 88, n. 6, pp. 1057-1109, 1975.

EASTERBROOK, Frank H. Foreword: The Court and the Economic System. The Supreme Court 1983 Term. **Harvard Law Review**, v. 98, n. 4, 1984.

EPSTEIN, Richard A. **The Classical Liberal Constitution: the uncertain quest for limited government**. Cambridge: Harvard University Press, 2017.

FARBER, Daniel A. Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment. **Harvard Law Review**, v. 105, pp. 554-583, 1991.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000.

FELDMAN, Stephen M. **Free Expression and Democracy in America**. Volume 1. Chicago: the University of Chicago Press, 2008.

FISS, Owen M. Free Speech and Social Structure. **Iowa Law Review**, v. 71, p. 1405-1425, 1986.

_____. In a Search of a New Paradigm. **The Yale Law Journal**, v. 104, p. 1613-1618, 1995.

_____. **A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. [Versão eletrônica] Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power**. New York: Routledge, 2018.

FRANKFURTER, Felix. The Constitutional Opinions of Justice Holmes. **Harvard Law Review**, v. 29, n. 6, pp. 683-702, April 1916.

FRAZÃO, Ana. **Plataformas digitais e os desafios para a regulação jurídica**. In: PARENTONI, Leonardo. (Coord.) (et. al) **Direito, Tecnologia e Inovação**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

_____. **Algoritmos e inteligência artificial: Repercussões da sua utilização sobre a responsabilidade civil e punitiva das empresas**. JOTA, 16 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columas/constituicao-empresa-e-mercado/algoritmos-e-inteligencia-artificial-15052018>> Acesso em 17 de outubro de 2019.

_____. **Plataformas digitais, Big Data e riscos para os direitos da personalidade**. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceanne Bezerra de. **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

_____; MULHOLLAND, Caitlin. **Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and Freedom**. Chicago: The University of Chicago Press, 1962.

FRIENDLY, Fred W. **The Good Guys, The Bad Guys and the First Amendment**. New York: Random House, 1976.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GILLESPIE, Tarleton. **Custodians of the Internet: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media**. [Versão Eletrônica]. New Haven: Yale University Press, 2018.

GORDON, Jill. John Stuart Mill and the “Marketplace of Ideas”. **Social Theory and Practice**, v. 23, n. 2, pp. 235-249, Summer 1997.

GREENE, Jamal. The Anticanon. **Harvard Law Review**, v. 125, n. 2, December 2011.

GREENE, Lucie. **Silicon States: The Power and Politics of Big Tech**. Berkeley: Counterpoint, 2018.

GRIMMELMANN, James. The Virtues of Moderation. **Yale Journal on Law & Technology**, v. 17, pp. 42-109, 2015.

HAMMER, Peter J. Free Speech and the “Acid Bath”: an evaluation and critique of judge Richard Posner’s Economic Interpretation of the First Amendment. **The Michigan Law Review**, v. 87, n. 2, pp. 499-536, Nov. 1988.

HARRIS, Candida; ROWBOTHAM, Judith; STEVENSON, Kim. Truth, law and hate in the virtual marketplace of ideas: perspectives on the regulation of Internet Content. **Information & Communications Technology Law**, v. 18, n. 2, 2009.

HASEN, Richard L. Cheap Speech and What it Has Done (To American Democracy). **First Amendment Law Review**, v. 16, pp. 200-231, 2018.

HEALY, Thomas. **The Great Dissent: How Oliver Wendell Holmes Changed His Mind – and Changed the History of Free Speech in America**. New York: Metropolitan Books, 2013.

HEINS, Marjorie. The Brave New World of Social Media Censorship. **Harvard Law Review Forum**, v. 127, pp. 325-330, 2014.

HENRETTA, James A. Charles Evan Hughes and the Strange Death of Liberal America. **Law and History Review**, v. 24, n. 1, pp. 115-171, Spring 2006.

HO, Daniel E; SCHAUER, Frederick. Testing the Marketplace of Ideas. **New York University Law Review**, v. 90, 2015.

HUREL, Louise Marie. **Architectures of security and power: IoT platforms as technologies of government.** Dissertação (Mestrado em *Media and Communications*), London School of Economics, Londres, 37f, Agosto 2018.

INGBER, Stanely. The Marketplace of Ideas: a legitimizing myth. **Duke Law Journal**, v. 1984, n. 1, February 1984.

JACKSON, Vicki C. Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law. **Penn State International Law Review**, v. 28, n.3, p. 319-326, 2010.

JACQUES, Stephen C. Reno v. ACLU: Insulating the Internet, the First Amendment, and the Marketplace of Ideas. **The American University Law Review**, v. 46, 1997.

JENKINS, Henry; THORBURN, David. **Introduction: The Digital Revolution, The Informed Citizen, and the Culture of Democracy.** In: JENKINS, Henry; THORBURN, David. (Edit.). **Democracy and New Media.** Cambridge: MIT Press, 2004.

KANYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet.** New York: Columbia Global Reports, 2019.

KAPCZYNSKI, Amy. The Lochnerized First Amendment and the FDA: toward a more democratic political economy. **Columbia Law Review Online**, v. 118, pp. 179-206, November 2018.

KELLER, Morton. Law, Enterprise, and the Marketplace of Ideas: Hovenkamp's view. **Law and Social Inquiry**, v. 18, n. 2, Spring 1993.

KELLER, Clara Iglesias. **Democracia e Liberdade de Expressão na Internet – de onde viemos e para onde vamos?** In: CRUZ, Adriana; FREIRE, Alonso; PIRES, Thiago Magalhães. **O Direito Público por Elas: homenagem à professora Jane Reis.** Rio de Janeiro: LumenJuris, 2018.

KLONICK, Kate. The New Governors: the people, rules, and processes governing online speech. **Harvard Law Review**, v. 131, p. 1598-1670, 2018.

LEE, Steven P. **Hate Speech in the Marketplace of Ideas.** In: GOLASH, Deirdre (Edit.). **Freedom of Expression in a Diverse World.** New York: Springer, 2010.

LERNER, Max. The Supreme Court and American Capitalism. **Yale Law Journal**, v. 42, n. 5, pp. 688-701, 1933.

LINDSAY, Matthew J. In Search of “Laissez-Faire Constitutionalism”. **Harvard Law Review Forum**, v. 123, n. 5, p. 55-78, 2010.

LINFIELD, Michael. **Freedom Under Fire: U.S. Civil Liberties in Times of War.** Boston: South End Press, 1999.

LUCAS, Jo Desha. Constitutional Law and Economic Liberty. **The Journal of Law & Economics**, v. 11, n. 1, pp. 5-37, Apr. 1968.

MANZI, Daniela C. Managing the Misinformation Marketplace: The First Amendment and the Fight Against Fake News. **Fordham Law Review**, v. 87, pp. 2623-2651, 2019.

MCCLOSKEY, Robert G. Economic Due Process and the Supreme Court: an exhumation and reburial. **The Supreme Court Review**, pp. 34-62, 1962.

MCDONALD, Forrest. **We The People: The Economic Origins of the Constitution**. Chicago: Chicago University Press, 1958.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Free Speech and its Relation to Self-Government**. New York: Harper Brothers Publishers, 1948.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais para um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2014.

MENDONÇA, Eduardo. **É permitido proibir, muito e sem critério**. JOTA, Brasília, 2014. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constituicao-e-sociedade-6-18112014> Acesso em 14 de outubro de 2019.

MILTON, John. **Aeropagítica: discurso sobre a liberdade de expressão**. Coimbra: Almedina, 2009.

MONGIN, Phillipe. Value Judgements and Value Neutrality in Economics. **Economica**, v. 73, pp. 257-286, 2006.

MOSCO, Vincent. Repensando e renovando a economia política da informação. **Perspect. Cienc. Inf.** Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 97-114, jul/dez. 1998.

MURPHY, Paul L. **World War I and the Origin of Civil Liberties in the United States**. New York: W.W. Norton 1979.

NAPOLI, Phillip M. The Marketplace of Ideas Metaphor in Communications Regulation. **Journal of Communication**, v. 49, n. 4, pp. 151-169, December 1999.

NEWTON-MATZA, Mitchell. **The Espionage and Sedition Acts: World War I and the Image of Civil Liberties**. New York: Routledge, 2017.

OLIVA, Thiago Dias; ANTONIALLI, Dennys Marcelo. Estratégias de enfrentamento ao discurso de ódio na Internet: o caso alemão. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 13, n. 30, p. 29-44, maio. /agos. 2018.

OWEN, Bruce M. **Economics and Freedom of Expression: Media Structure and the First Amendment**. Cambridge: Ballinger Publishing Co., 1975.

PARAYIL, Govindan. **Introduction: Information Capitalism**. In: PARAYIL, Govindan. (Ed.) **Political Economy and Information Capitalism in India**. Londres: Palgrave Macmilian, 2005.

PARISIER, Eli. **The Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and How We Think**. New York: The Penguin Press, 2011.

PAULSEN, Michael (Et. al). **The Constitution of the United States**. Third Edition. Foundation Press, 2017.

PIETY, Tamara R. Market Failure in the Marketplace of Ideas: commercial speech and the problem that won't go away. **Loyola of Los Angeles Law Review**, v. 41, pp. 181-226, Fall 2007.

POHLMAN, Harry L. **Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech and the Living Constitution**. New York: NYU Press, 1993.

POLENBERG, Richard. **Fighting Faiths: the Abrams Case, the Supreme Court, and Free Speech**. Ithaca: Cornell University Press, 1999.

POSNER, Richard A. Free Speech in an Economic Perspective. **Suffolk University Law Review**, v. 20, n.1, Spring 1986.

_____. The Constitution as an Economic Document. **The George Washington Law Review**, v. 56, n. 1, pp. 4-38, November 1987.

_____. Monopoly in the Marketplace of Ideas. **Yale Law Journal**, v. 86, n. 3, pp. 567-572, 1977.

POST, Robert C. Meiklejohn's Mistake: individual autonomy and the reform of public discourse. **University of Colorado Law Review**, v. 64, 1993.

_____; SHANOR, Amanda. Adam Smith's First Amendment. **Harvard Law Review Forum**, v. 128, pp. 165-182, 2015.

PURDY, Jedediah. Neoliberal Constitutionalism: Lochnerism for a New Economy. **Law & Contemporary Problems**, v. 77, n. 4, 2014.

_____. The Roberts Court v. America: How the Roberts Court is using the First Amendment to craft a radical, free-market jurisprudence. **Democracy Journal**, n. 23, Winter 2012.

RABBAN, David M. **Free Speech in Its Forgotten Years**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; TAVARES, Regina Lúcia Gonçalves. Pela Mão do Devido Processo Legal Substancial: a Suprema Corte e a Consolidação do Constitucionalismo Laissez-Faire. **Revista Brasileira de Teoria e Constituição**, Curitiba, v. 2, n. 2, pp. 1085-1107, Jul/Dez. 2016.

REHNQUIST, William H. **All the Laws But One: Civil Liberties in Wartime**. New York: Random House, 1998.

RICHARDS, Neil. **Intellectual Privacy: rethinking civil liberties in the digital age**. New York: Oxford University Press, 2015.

ROBERTS, Sarah T. **Behind the Screen: Content Moderation in the Shadows of Social Media**. New Haven: Yale University Press, 2019.

ROSEN, Jeffrey. The Deciders: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google. **Fordham Law Review**, v. 80, n. 4, pp. 1525-1538, 2012.

RUSHTON, Michael. Economic Analysis of Freedom of Expression. **Georgia State University Law Review**, v. 21, n.3, pp. 693-719, 2005.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de Expressão e Pluralismo: Perspectivas de Regulação**. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2011.

SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. O futuro da jurisdição constitucional: as aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo. **Revista do TRF1**, Brasília, v. 30, n. 1/2, pp. 23-44, jan./fev, 2018.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech"**. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, 2007.

_____. Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na Ordem Constitucional Brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 7, Jan./Mar. 2016.

SCHILLER, Dan. **Digital Capitalism: Networking the Global Market System**. Cambridge: MIT Press, 1999.

SCHREIBER, Anderson. **Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro**. In: DE LUCCA, Newton, et al. (org.). **Direito e Internet III – Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SCHROEDER, Jared. Toward a discursive marketplace of ideas: regimaging the marketplace metaphor in the era of social media, fake news, and artificial intelligence. **First Amendment Studies**, v. 52, issue 1-2, 2018.

SHIFFRIN, Steven H. The First Amendment and Economic Regulation: away from a General Theory of the First Amendment. **Northwestern University Law Review**, v. 78, n. 5, pp. 1212-1283, 1984.

_____. **The First Amendment, Democracy and Romance**. Princeton: Princeton University Press, 1990.

SIEGAN, Bernard H. **Economic Liberties and the Constitution**. Second Edition. New York: Taylor & Francis, 2017.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; AVELINO, Rodolfo; SOUZA, Joyce. A privacidade e o mercado de dados pessoais. **Liinc em Revista**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 217-230, novembro 2016.

SIMON, Donald R. Big Media: Its Effect on the Marketplace of Ideas and How to Slow Urge to Merge, **Journal of Computer & Information Law**, v. 20, n. 2, pp. 247-286, Winter 2002.

SINGER, P.W; BROOKING, Emerson T. **LikeWar: the Weaponization of Social Media**. Boston: Eamon Dolan, 2018.

SMITH, Jeffery A. Freedom of Expression and the Marketplace of Ideas Concept From Milton to Jefferson. **Journal of Communication Inquiry**, v. 7, n. 1, June 1981.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no marco civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton, et al. (org.). **Direito & Internet III – Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

_____; TEFFÉ, Chiara Spadaccini. **Liberdade de Expressão e o Marco Civil da Internet**. Pesquisa TIC Domícilios - Artigos, 2016. Disponível em: <
https://www.academia.edu/36006753/LIBERDADE_DE_EXPRESS%C3%83O_E_O_MARCO_CIVIL_DA_INTERNET> Acesso em 27 de outubro de 2019.

_____; _____. Responsabilidade Civil de Provedores na Rede: Análise da Aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 1, n.1, p. 01-28 nov.-fev. 2019.

SRNICEK, Nick. **Platform Capitalism**. Cambridge, UK: Polity Press, 2016.

STONE, Geoffrey R. Judge Hand and the Espionage Act of 1917. **The University of Chicago Law Review**, v. 70, 2003.

_____. **Perilous Times: Free Speech in Wartime from the Sedition Act of 1798 to the War on Terrorism**. New York: W & W Norton, 2005.

_____. Ronald Coase's First Amendment. **Journal of Law and Economics**, v. 54, pp. 367-382, November 2011.

STUCKE, Maurice E; GRUNES, Allen P. Antitrust and the Marketplace of Ideas. **Antitrust Law Journal**, v. 69, pp. 249-302, 2001

_____. Why More Antitrust Immunity for the Media is a Bad Idea. **Northwestern University Law Review**, v. 105, n. 3, pp. 1399-1416, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. Lochner's Legacy. **Columbia Law Review**, v. 87, n. 5, 1987.

_____. Free Speech Now. **The University of Chicago Law Review**, v. 59, 1992.

_____. **Democracy and the Problem of Free Speech**. New York: The Free Press, 1995.

_____. **#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media**. Princeton: Princeton University Press, 2017.

SYED, Nabiha. Real talk about fake news: towards a better theory for platform governance. **The Yale Law Journal Forum**, p. 337-357, 2017.

TAVARES, André Ramos. APP's e plataformas on-line na intermediação econômica no Brasil. **Revista de Direito Constitucional & Econômico**, v. I, n.1, pp. 13-44, jan-jun, 2019.

THOMPSON, Marcelo. Marco civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas na internet do Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, v. 261, p. 203-251, set./dez, 2012.

TUFECKI, Zeynep. **Twitter and Tear Gas** – The Power and Fragility of Networked Protest. New Haven: Yale University Press, 2018.

TWOREK, Heidi; LEERSSSEN, Paddy. **An Analysis of Germany's NetzDG Law**. Working Paper for the Transatlantic High Level Working Group on Content Moderation Online and Freedom of Expression, 2019. Disponível em: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/NetzDG_Tworek_Leerssen_April_2019.pdf> Acesso em 27 de outubro de 2019.

UROFSKY, Melvin. **Louis D. Brandeis: A Life**. 1st Edition. New York: Pantheon, 2009.

VAIDHYANATHAN, Siva. **Antisocial Media: How Facebook Disconnects Us and Undermines Democracy**. New York: Oxford University Press, 2018.

VAN DJICK, José; POELL, Thomas; DE WAAL, Martijn. **The Platform Society**. New York: Oxford University Press, 2018.

VERONESE, Alexandre; FONSECA, Gabriel. **O Futuro da Democracia na Era Digital: uma análise exploratória do Marco Civil da Internet**. Iniciação Científica (Graduando em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

_____; _____. Desinformação, *fake news* e mercado único digital: a potencial convergência das políticas públicas da União Europeia com os Estados Unidos para melhoria dos conteúdos comunicacionais. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, ano XIX, v. 4, 2018.

VOLOKH, Eugene. Technology and the Future of Law. **Stanford Law Review**, v. 47, n. 6, pp. 1375-1403, Jul. 1995.

_____. Cheap Speech and What It Will Do. **The Yale Law Journal**, v. 104, n. 7, p. 1805-1850, 1999.

WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, pp. 193-220, December 1890.

WIMMER, Miriam; PIERANTI, Octavio Penna; ARANHA, Márcio Iorio. O paradoxo da internet regulada: a desregulação dos serviços de valor adicionado no Brasil. **Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación**, v. XI, n.3, sep.-dic. 2009.

WINKLER, Adam. **We the Corporations: How American Business Won Their Civil Rights**. New York: W & W Norton Company, 2018.

WU, Felix T. Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity. **Notre Dame Law Review**, v. 87, 2011.

WU, Tim. **Impérios da Comunicação: do telefone à internet, da AT&T ao Google**. Trad. Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

YAMAGUCHI, Itsuko. Beyond De Facto Freedom: digital transformation of Free Speech in Japan. **Stanford Journal of International Law**, v. 38, p. 109-122, 2002.

YEMINI, Moran. The New Irony of Free Speech. **The Columbia Science & New Technology Law Review**, New York, vol. XX, Fall 2018.

YOO, Christopher S. Free Speech and the Myth of the Internet as an Unintermediated Experience. **The George Washington Law Review**, v. 78, pp. 697-773, 2010.

ZANATTA, Rafael A. F.; ABRAMOVAY, Ricardo. Dados, vícios e concorrência: repensando o jogo das economias digitais. **Estudos avançados**, São Paulo, vol.33, n.96, May/Aug. 2019.

ZUBOFF, Shoshana. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. **Journal of Information Technology**, v. 30, pp. 75-89, 2015.

_____. **The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power**. [Versão Eletrônica]. New York: PublicAffairs, 2019.

NOTÍCIAS E PÁGINAS CONSULTADAS:

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Google, Facebook, Twitter e WhatsApp aderem ao Programa de Enfrentamento à Desinformação do TSE**. Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, 22 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Outubro/google-facebook-twitter-e-whatsapp-aderem-ao-programa-de-enfrentamento-a-desinformacao-do-tse>> Acesso em 2 de novembro de 2019.

DOYLE, Martin. **What is the Difference Between Data and Information?** Business 2 Community, 6 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://www.business2community.com/strategy/difference-data-information-0967136>> Acesso em 17 de outubro de 2019.

GILLBERT, Ben. **Youtube now has over 1.8 billion users every month, within spitting distance of Facebook's 2 billion**. Business Insider, 4 de maio de 2018. Disponível em: Disponível em: <<https://www.businessinsider.com/youtube-user-statistics-2018-5>> Acesso em 2 de novembro de 2019.

GOOGLE. **A importância do contexto.** Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/6345162>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

GOOGLE. **Aspectos básicos acerca das advertências por violação das regras da comunidade.** Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/2802032?hl=pt-BR2>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

GOOGLE. **Contestar ações das diretrizes da comunidade.** Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/185111>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

GOOGLE. **Denunciar conteúdo inadequado.** Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/2802027?co=GENIE.Platform%3DDesktop&oco=1>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

GOOGLE. **Política de discurso de ódio.** Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/2801939?hl=pt-BR>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

GOOGLE. **Recursos limitados para determinados vídeos.** Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/7458465>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

GOOGLE. **Cumprimento das diretrizes da comunidade do Youtube.** Disponível em: <https://transparencyreport.google.com/youtube-policy/removals?hl=pt_BR>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

GOOGLE. **Políticas em destaque.** Disponível em: <https://transparencyreport.google.com/youtube-policy/featured-policies/hate-speech?hl=pt_BR&policy_removals=period:Y2019Q2&lu=policy_removals>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

JULIO, Rennan A. **“Dados são o novo petróleo” diz CEO da Mastercard – exceto por um pequeno detalhe.** *Época Negócios*, 05 de julho de 2019. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2019/07/dados-sao-o-novo-petroleo-diz-ceo-da-mastercard.html>> Acesso em 17 de outubro de 2019.

MICROSOFT. **PhotoDNA.** Disponível em: <<https://www.microsoft.com/en-us/photodna>>. Acesso em 29 de outubro de 2019.

SENGUPTA, Somini. **Free Speech in the Age of Youtube,** *The New York Times*, 22 de setembro de 2012. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2012/09/23/sunday-review/free-speech-in-the-age-of-youtube.html>>. Acesso em 22 de outubro de 2019.

WHATSAPP. **Segurança e privacidade: Criptografia de ponta a ponta.** Disponível em: <https://faq.whatsapp.com/general/28030015/?lang=pt_br> Acesso em 27 de outubro de 2019.

WICHTER, Zach. **2 days, 10 Hours, 600 questions: What Happened When Mark Zuckerberg Went to Washington.** *The New York Times*, 12 de abril de 2018. Disponível

em: <<https://www.nytimes.com/2018/04/12/technology/mark-zuckerberg-testimony.html>>
Acesso em 15 de julho de 2019.

YOUTUBE. **Outras políticas.** Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/2801981?hl=pt-BR>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

YOUTUBE. **Políticas e segurança.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/intl/pt-BR/about/policies/#community-guidelines>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

YOUTUBE. **Termos de Serviço.** 25 maio 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt>>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

ZUCKENBERG, Mark. **The Internet needs new rules. Let's start in these four areas.** *The Washington Post*, 30 de março de 2019. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/opinions/mark-zuckerberg-the-internet-needs-new-rules-lets-start-in-these-four-areas/2019/03/29/9e6f0504-521a-11e9-a3f7-78b7525a8d5f_story.html?noredirect=on&utm_term=.a9482eff5aaa> Acesso em 15 de junho de 2019.

JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO:

ALEMANHA. **Netzwerkdurchsetzungsgesetz.** Berlim. 01 set. 2017. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/NetzDG.pdf>> Acesso em 27 de outubro de 2019.

BRASIL, **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

BRASIL, **Decreto-Lei n. 1.077, de 26 de janeiro de 1970.** Dispõe sobre a execução do artigo 153, § 8º, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1077.htm>. Acesso em 27 de outubro de 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130.** Rel. Min. Ayres Britto, PLENÁRIO, j. em 30/04/2009, DJe 26/02/2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Rcl 15887.** Rel. Min. Luiz Fux, Decisão monocrática, j. em 19/06/2013, DJe 24/06/2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 187.** Rel. Min. Celso de Mello, PLENÁRIO, j. em 15/06/2011, DJe 29/05/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADO 22**. Rel. Min. Cármen Lúcia, PLENÁRIO, j. em 22/04/2015, DJe 03/08/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.815**. Rel. Min. Cármen Lúcia, PLENÁRIO, j. em 10/06/2015, DJe 01/02/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4650**. Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, j. em 17/09/2015, DJe 24/02/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RG RE 1010606**. Rel. Min. Dias Toffoli, PLENÁRIO, j. 1/03/2018, DJe 04/04/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4679**. Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, j. em 08/11/2017, DJe 05/04/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **SL 1.178**. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão da Vice-Presidência, j. em 28/09/2018, DJe 2/10/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RG RE 1070522**. Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, j. em 18/10/2018, DJe 31/10/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **MC ADPF 548**. Rel. Min. Cármen Lúcia, PLENÁRIO, j. 31/10/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4874**. Rel. Min. Rosa Weber, PLENÁRIO, j. em 01/02/2018, DJe 01/02/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.451**. Rel. Min. Alexandre de Moraes, PLENÁRIO, j. 21/06/2018, DJe 06/03/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **MC SL 1.248**. Rel. Min. Presidente, Decisão Monocrática, j. 08/09/2019, DJe 11.09.2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 403**. Rel. Min. Luiz Edson Fachin.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 5527**. Rel. Min. Rosa Webber.

ESTADOS UNIDOS. **Communications Decency Act**. Section 230. 1996. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230>> Acesso em 27 de outubro de 2019.

JURISPRUDÊNCIA DOS EUA:

Lochner v. New York [198 U.S. 45 (1905)].

Schenck v. United States [249 U.S. 47 (1919)].

Frohwerk v. United States [249 U.S. 204 (1919)].

Debs v. United States [249 U.S. 211 (1919)].

Abrams v. United States [250 U.S. 616 (1919)] – Dissenting vote.

Gitlow v. New York [268 U.S. 652 (1925)].

United States v. Schwimmer [279 U.S. 644, (1929)].

Whitney vs. California [274 U.S. 357 (1937)].

West Coast Hotel Co. v. Parrish [300 U.S. 379 (1937)].

New York Times Co v. Sullivan [376 U.S. 254 (1964)].

Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission [395 U.S. 367 (1969)].

Bigelow v. Virginia [421 U.S. 809 (1975)].

Bucley v. Valeo [424 U.S. 1 (1976)].

Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc [425 U.S. 748 (1976)].

Central Hudson Gas and Electric Corp. v. Public Service Commission [447 U.S. 557 (1980)].

Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico [478 U.S. 328 (1986)].

44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island [517 U.S. 484 (1996)].

Colorado Republican Federal Campaign Committee v. Federal Election Commission [518 U.S. 604 (1996)].

Reno v. ACLU [521 U.S. 844 (1997)].

McConnell v. Federal Election Commission [540 U.S. 93 (2003)].

Citizens United v. Federal Election Commission [558 U.S. 310 (2010)].