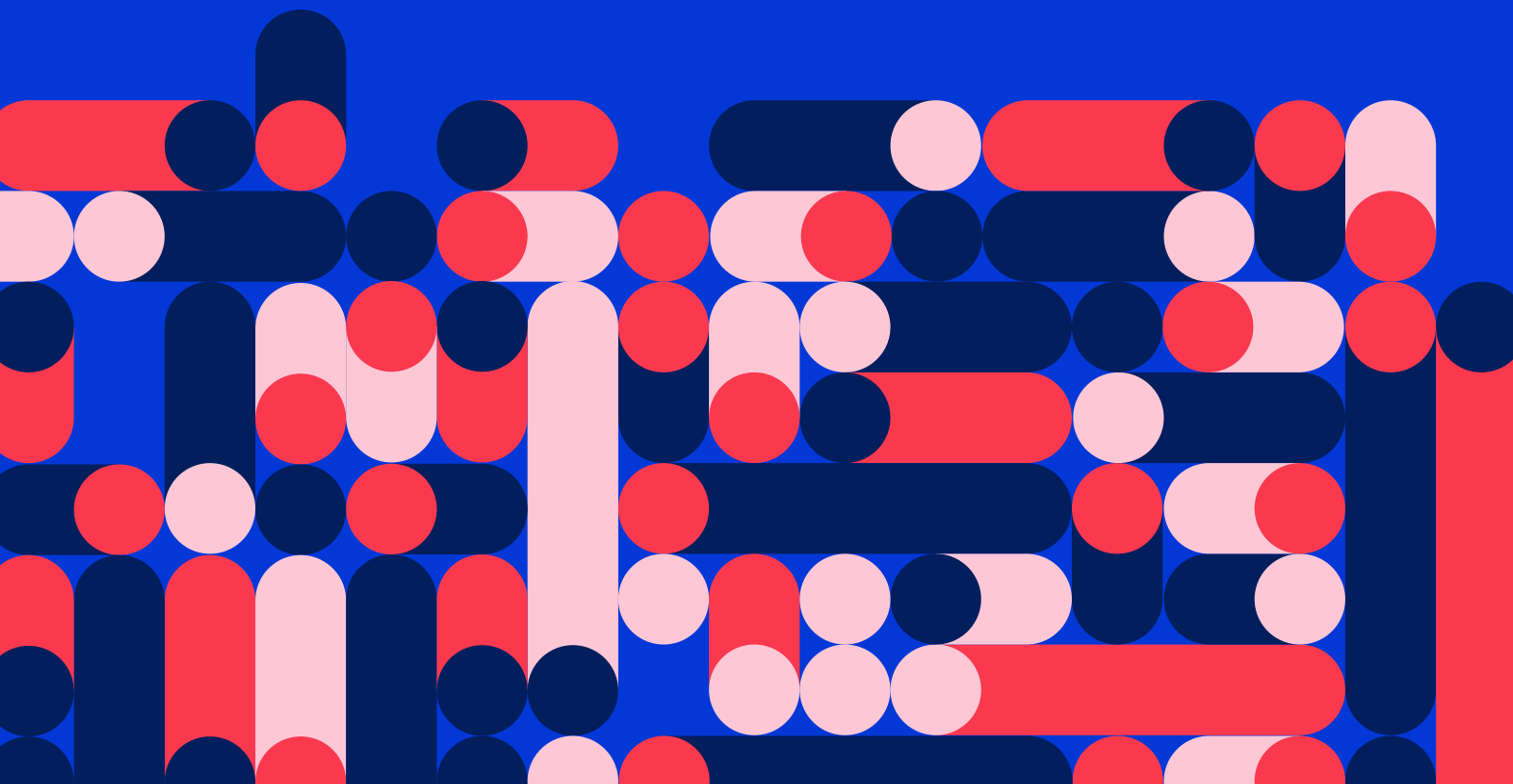


Olhando Al Sur

Rumo a novos consensos regionais
em matéria de responsabilidade
de intermediários e moderação
de conteúdos na Internet

AlSur



Olhando Al Sur. Rumo a novos consensos regionais em matéria de responsabilidade de intermediários na Internet

Abril, 2021.

Este artigo foi realizado por Al Sur graças ao Fundo INDELA.
Primeira versão finalizada em dezembro de 2020.

Autores: **Agustina Del Campo** e **Morena Schatzky**, do CELE da Universidad de Palermo; e **Laura Hernández** y **J. Carlos Lara** de Derechos Digitales.

AlSur é um consórcio de organizações que trabalham na sociedade civil e no meio acadêmico na América Latina que procuram reforçar os direitos humanos no ambiente digital da região através do trabalho conjunto. Para mais informações sobre a Al Sur e os seus membros, visite <https://www.alsur.lat>



Esta obra é distribuída sob uma licença Atribuição 4.0 Internacional (CC BY 4.0)

Você tem o direito de:

- **Compartilhar** — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato
- **Adaptar** — remixar, transformar, e criar a partir do material para qualquer fim, mesmo que comercial.

(O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença).

De acordo com os termos seguintes:

- **Atribuição** — Você deve dar o crédito apropriado, prover um link para a licença e indicar se mudanças foram feitas. Você deve fazê-lo em qualquer circunstância razoável, mas de nenhuma maneira que sugira que o licenciante apoia você ou o seu uso.
- **Sem restrições adicionais** — Você não pode aplicar termos jurídicos ou medidas de caráter tecnológico que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.

Aceda a uma cópia completa da licença em:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.pt>

Sumario

I. Introdução	4
II. Importância da discussão	7
III. A situação atual e o debate nas Américas	9
a. Tratados de Livre-Comércio (TLC)	9
b. Marco Civil da Internet (MCI)	12
c. Nova frente na América Latina: discurso de ódio e desinformação	13
d. PL das Fake News	14
IV. Regulação: direito comparado. Experiências e propostas	17
a. Caso EUA: a primeira exportação de imunidade de intermediários	17
i. A Primeira Emenda e a Seção 230 da CDA	17
ii. Limites à imunidade da Seção 230	19
DMCA	19
FOSTA-SESTA	20
iii. Discussão atual: projetos apresentados no Congresso dos EUA	20
b. União Europeia e outros	23
i. Diretiva sobre o Comércio Eletrônico (e-Commerce Directive)	24
ii. Digital Services Act	25
iii. Diretiva sobre os Direitos Autorais e Direitos Afins no Mercado Único Digital	27
c. Regulações nacionais recentes: NetzDG na Alemanha, Ley Avia na França, o Online Harms White Paper britânico, o caso australiano e a proposta austríaca	29
d. Críticas comuns a esses sistemas regulatórios	30
V. Outras propostas: autorregulação e correção	32
a. Iniciativas não vinculantes da União Europeia	32
b. GIFCT	34
c. O Chamado de Christchurch	35
d. Iniciativas dentro das empresas	36
e. Recomendações da sociedade civil	37
VI. Conclusões	40

I. Introdução

Ao contrário dos Estados Unidos ou da Europa, onde existem leis que adotaram posições concretas para tratar da responsabilidade dos intermediários, na América Latina o tema chegou relativamente tarde na agenda pública e, indiretamente, por meio de tratados de livre-comércio. Quando começaram a surgir propostas legislativas que adotavam e refletiam os consensos que pareciam existir no âmbito global, esses sofreram fortes golpes em seus alicerces. A partir de 2013, com as revelações de Snowden e, principalmente, a partir de 2016 com a eleição de Donald Trump como presidente dos EUA, o Brexit, o Pizzagate, entre outros, começou um duro questionamento sobre a imunidade dos intermediários diante de conteúdo de terceiros. Esse questionamento global desembarcou fortemente na região latino-americana em 2018 na ocasião das eleições presidenciais no Brasil.

Diante dessas mudanças no consenso global e levando em consideração a falta de consenso na América Latina, as organizações da sociedade civil vêm debatendo o tema em diferentes instâncias. Foram feitos grandes esforços para manter um olhar a partir do marco regional dos direitos humanos, articulável aos debates globais e em respeito à interação dos interesses públicos e privados ligados à temática. Nesse sentido, Al Sur, com uma visão comum sobre privacidade e liberdade de expressão, promove debates com o objetivo de informar nossos posicionamentos à luz dos desenvolvimentos tecnológicos, regulatórios e industriais. Este documento é parte de um processo que, formalmente, começou em março de 2019, com uma reunião de especialistas organizada pelo CELE¹ na cidade de Buenos Aires, onde foi analisado, coletivamente, o desenvolvimento da temática no âmbito regional e comparado, foram identificadas coincidências e desacordos na abordagem deste tema, e foram avaliadas diferentes opções e iniciativas de *advocacy*.

A reunião de Buenos Aires foi realizada no marco do fracasso de uma das iniciativas legislativas, talvez uma das mais paradigmáticas desde o Marco Civil da Internet no Brasil: o projeto de responsabilidade de intermediários na Argentina. Este projeto gerou uma discussão parlamentar de mais de cinco anos, com um texto consensual entre a oposição e o partido governista no Senado e gerado a partir da decisão da Corte Suprema de Justiça no Caso Belén Rodríguez vs. Google (2014).² Embora o projeto não fosse perfeito e alguns especialistas alertassem sobre algumas de suas disposições (particularmente aquelas referentes à autorregulação), sua prescrição gerou uma forte frustração tanto no setor privado quanto na sociedade civil, que há anos investiam na discussão. Além disso, começaram a ser incluídos na discussão temas que mais tarde se revelariam espinhosos, como a disputa entre a mídia e as plataformas pela publicidade e a alegação de que na Europa em 2019 levou à adoção da Diretiva Europeia de Direitos Autorais, reconhecendo às editoras de publicação de imprensa o direito a *royalties* pelo conteúdo divulgado e compartilhado nas redes; ou as tendências preocupantes de regulação da responsabilidade de intermediários de internet de viés autoritário na região, com as que

1 CELE, Reunião de especialistas sobre Responsabilidade de intermediários, Buenos Aires, março 2019.

2 Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, Sentença do caso Rodríguez María Belén vs. Google Inc. sem danos e prejuízos". Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7162581&cache=1509324967388>

surgiram em países como Venezuela³ e Honduras⁴. Nesse momento, o contexto incitava ao abandono da promoção ativa de regulamentação de intermediários e passar a optar por estratégias mais reativas, diante de propostas regulatórias sem um alinhamento claro a um marco de respeito aos direitos humanos.

Dois anos depois da reunião de Buenos Aires, a região está claramente em outro momento. De um lado, em vários países estão retomando discussões estratégicas em torno da responsabilidade dos intermediários no âmbito judicial ou legislativo. No Brasil, a constitucionalidade de alguns dispositivos do Marco Civil está sendo questionada no Supremo Tribunal Federal.⁵ Além disso, surgiram várias iniciativas para regular a desinformação online, como o projeto de lei contra *fake news*⁶. No México, o tema ganhou relevância com a recente adoção e implementação do Acordo de Livre Comércio com os Estados Unidos, que importa a Lei de Decência nas Comunicações (*Communications Decency Act*) e a Lei de Direitos Autorais na Era Digital (*Digital Millennium Copyright Act*), para posteriormente avançar com a proposta do Senador Monreal em 2021. Essa proposta propõe uma modificação à Lei Federal de Telecomunicações e Radiodifusão para definir o âmbito de exercício da liberdade de expressão nas redes sociais, levantada como tentativa de defesa da liberdade de expressão, mas com propostas que correm o risco de se transformar em mecanismos de censura e controle. Finalmente, na Argentina, a discussão foi retomada, embora ainda não formalmente na esfera legislativa.

Por outro lado, em fevereiro de 2021, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e sua Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão (RELE) destacaram a “deterioração geral do debate público”⁷, levando em consideração a relação entre violência online e a violência física, com as possíveis consequências letais desta atividade. Ao mesmo tempo, desencadearam o desafio para sua regulamentação e seus processos políticos. Por meio de seu comunicado, a CIDH abriu um processo de diálogo interamericano sobre esses temas sob a liderança da RELE, convidando a trabalhar esses temas juntos em uma perspectiva multissetorial, com o objetivo de que os resultados desse diálogo sirvam de insumos não vinculantes para que a CIDH delibere sobre o futuro dos Padrões Interamericanas de Liberdade de Expressão na Internet. A primeira atividade neste processo foi realizada com a audiência temática “*Moderação de conteúdo da Internet e liberdade de expressão nas Américas*”, realizada pela CIDH em 25 de março de 2021, no âmbito do período de sessões 179 da CIDH⁸.

Ao mesmo tempo, tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, estão no debate potenciais reformas aos marcos de responsabilidade de intermediários que até aqui marcaram o desenvolvimento da Internet como a conhecemos. A esses países, se juntaram recentemente a Austrália

3 Ver, por exemplo, o comunicado de imprensa da RELE sobre a “Lei contra o ódio” da Venezuela por meio do link: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1082&IID=2>

4 Ver mais informações aqui: <http://www.ipsnoticias.net/2018/07/leyes-amenazas-cercan-la-libertad-expresion-honduras/>

5 Ver mais informações aqui: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=444265>
Cabe recordar que é a única regulamentação abrangente sobre a responsabilidade de intermediários na região.

6 Ver mais informações aqui: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53244947>

7 Ver mais informação aqui: <http://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/026.asp>

8 Disponível em: <https://youtu.be/esZnTtKkx8A>

e o Canadá⁹. Por sua vez, os próprios intermediários desenvolveram mecanismos e propostas de autorregulação voltadas para enfrentar a crise vigente, fortalecendo sua legitimidade e evitando regulações menos permissivas¹⁰; e diferentes setores da sociedade civil desenvolveram propostas de regulação, autorregulação e correção, atualmente em discussão¹¹.

A primeira seção deste documento destaca a importância da discussão para a região e como essa discussão se insere nos debates comparados. A segunda seção faz uma descrição e um mapeamento da discussão legal em torno da responsabilidade de intermediários no âmbito regional interamericano. A seção aborda iniciativas regulatórias, autorregulatórias, e propostas e princípios promovidos pela sociedade civil. A terceira seção faz o mesmo no âmbito internacional e comparado, particularmente olhando Europa e Estados Unidos. O documento se limita às iniciativas apresentadas até o final de dezembro de 2020. No entanto, cientes do impacto global que os acontecimentos de 6 de janeiro de 2021 e o “deplatforming” do então Presidente Trump tiveram na discussão sobre a responsabilidade dos intermediários de Internet, o documento inclui uma breve referência a isso.

Por último, para as conclusões, detalhamos as recomendações do consórcio para avançar o diálogo em nossa região, tanto no âmbito do processo regional convocado pela CIDH, como nas discussões em nível local. São pontos de partida que procuram identificar os pontos mínimos de concordância e identificação de questões decisivas neste debate, a partir da experiência acumulada de um grupo de organizações da sociedade civil especializadas na promoção dos direitos fundamentais em ambientes digitais que, por serem conhecedoras dos acontecimentos globais, abraçam uma perspectiva regional ancorada nos padrões do sistema interamericano de direitos humanos.

9 Por motivo de corte temporal, as iniciativas da Austrália e do Canadá não são analisadas no documento. Cabe assinalar que se referem prioritariamente à relação entre imprensa e plataformas e o seu desenvolvimento mereceria um novo estudo especificamente dedicado ao tema.

10 Ver, por exemplo, o Oversight Board do Facebook: <https://oversightboard.com/>

11 Ver, por exemplo, Social Media Councils criados por Article 19: <https://www.article19.org/social-media-councils/>

II. Importância da discussão

A importância da Internet como meio e plataforma para o exercício dos direitos humanos é evidente. Desde 2018, alguns atores já se referem às redes sociais, até formalmente, como a nova praça pública¹² e, embora as analogias com a praça pública física possam guiar o debate até certo ponto, suas limitações têm ficado em evidência. A crescente adoção de políticas privadas para regular o debate nesses espaços tem gerado novas tensões, somadas à proliferação de serviços vinculados a determinadas plataformas —especialmente as maiores— tem gerado intensos debates sobre o que formalmente constituem os serviços de intermediação e quais têm adquirido outra natureza. A discussão que surgiu na Argentina a partir do processo da ex-presidenta Cristina Kirchner contra o Google torna essa tensão em evidência pela primeira vez na América Latina.¹³

Numa região caracterizada pela falta de regulamentação específica sobre a responsabilidade dos intermediários em relação a conteúdos de terceiros, em todo o seu espectro, a complexidade global que o debate tem sofrido ameaça a construção de consensos mínimos. Talvez um dos acordos mais fundamentais que, hoje, tanto a sociedade civil como os Estados parecem atravessar é que qualquer posição regional em torno da responsabilidade de intermediários deve, necessariamente, levar em conta os princípios e padrões regionais em matéria de liberdade de expressão.¹⁴ Mas inclusive esse consenso está atualmente sujeito a múltiplas e diversas interpretações e não faltam ataques diante da crescente preocupação com a proliferação de discursos de ódio, fake news, golpes, calúnias e injúrias.

Diante desse cenário, o debate e a construção de consensos entre sociedade civil e academia têm especial relevância. Em primeiro lugar, para preservar a integridade de uma rede global como a Internet e promover a partir da região a defesa da rede descentralizada, interjurisdiccional, neutra, não discriminatória e acessível a que se referem os Relatores Especiais para a

12 A doutrina da praça pública nasce nos Estados Unidos com base no precedente de *Hague vs. CIO* (1939) quando a Suprema Corte determinou que proibir um grupo de cidadãos de realizar encontros com teor políticos em espaços públicos violava a Primeira Emenda. O caso revoga o precedente que concedia poder aos funcionários públicos sobre os espaços públicos como o de proprietários sobre a propriedade privada e impõe a obrigação de facilitar e proteger a liberdade de expressão nos espaços públicos. *Hague v. CIO*, 307 US at 515-16; Com o passar do tempo e o surgimento dos espaços digitais, a doutrina da praça pública foi atualizada por meio de várias decisões. Em *Packingham vs. North Carolina* (2017), a Suprema Corte refere-se à aplicação dessa doutrina na Internet, estendendo sua aplicação a fóruns não tradicionais, como as redes sociais: *Packingham*, 137 S. Ct at 1735-36 “While in the past there may have been difficulty in identifying the most important places (in a spatial sense) for the exchange of views, today the answer is clear. It is cyberspace—the “vast democratic forums of the Internet” in general, *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U. S. 844, 868 (1997), and social media in particular”; “(...) Social media offers “relatively unlimited, low-cost capacity for communication of all kinds.” *Reno*, supra, at 870. On Facebook, for example, users can debate religion and politics with their friends and neighbors or share vacation photos. On LinkedIn, users can look for work, advertise for employees, or review tips on entrepreneurship. And on Twitter, users can petition their elected representatives and otherwise engage with them in a direct manner”.

13 Ver celeup.org

14 “Agora, dada a importância dos atores privados como intermediários no acesso e uso da Internet, as autoridades devem dar-lhes as garantias de operar com transparência perante o resto dos atores do sistema, especialmente os usuários finais, e deverão criar condições para que efetivamente sirvam como veículo para o exercício do direito universal à liberdade de expressão”. Relatório Anual da CIDH, Relatório da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, 2013, pág. 529, parágrafo 110; “Existe um consenso internacional e um compromisso quanto à necessidade de garantir uma Internet livre e aberta, fomentar o acesso universal à Internet como meio essencial para o exercício efetivo dos direitos humanos online, em particular da liberdade de expressão; e a governança multissetorial da Internet como garantia do desenvolvimento de tecnologias que respeitem os direitos humanos”. Relatório Anual da CIDH, Relatório da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, 2016, pág. 415, parágrafo 18.

Liberdade de Expressão da OEA desde 2001.¹⁵ Em segundo lugar, para promover uma regulamentação respeitosa da arquitetura da Internet, em suas diferentes camadas, garantindo os direitos humanos básicos dos usuários à privacidade e à liberdade de expressão tanto em sua infraestrutura quanto na camada lógica e de conteúdo.

Qualquer esforço sério para abordar a espinhosa questão da responsabilidade dos intermediários neste momento histórico deve abordar, além do contexto local, o contexto regional e global. Entender onde está a discussão, quais são as alternativas que são debatidas localmente, regionalmente e globalmente, avaliar as melhores e piores práticas que surgiram até agora e destrinchar os consensos gerais é fundamental.

15 CIDH, Declarações Conjuntas dos Relatores Especiais de Liberdade de Expressão da OEA, ONU, OECD, 2001 em diante. Informe anual da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão de 2013 e 2017. Ver http://www.oas.org/es/cidh/expresion/documentos_basicos/declaraciones.asp.

III. A situação atual e o debate nas Américas

No âmbito regional, não há consenso sobre a normativa adequada para lidar com a responsabilidade de intermediários da Internet. A Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da OEA estabeleceu, em 2013 e 2016, diretrizes regionais para a regulamentação da responsabilidade de intermediários diante da proteção da liberdade de expressão. No entanto, essas diretrizes não foram transferidas para o ambiente regulatório interno dos diferentes países, com exceção do caso do Brasil.¹⁶ Em linhas gerais, a pouca regulamentação existente está fragmentada: foi majoritariamente incorporada por meio de tratados de livre comércio (TLC) e os projetos de lei para tratar do tema a partir dos princípios gerais só surgiram após a jurisprudência dos diferentes tribunais que trataram do assunto.¹⁷

A falta de um marco legal específico sobre a responsabilidade dos intermediários faz com que o marco legal aplicado na nossa região continue a ser o dos princípios gerais da responsabilidade civil. Embora a maioria dos países tenha descartado a aplicação de regimes de responsabilidade civil objetiva, as discussões sobre esta questão persistem, e existem múltiplas e variadas resoluções que são encontradas em diferentes instâncias judiciais para os diferentes casos. A complexidade da discussão no âmbito internacional também prejudicou os poucos consensos alcançados no âmbito regional sobre essa matéria.

a. Tratados de Livre-Comércio (TLC)

Nos países latino-americanos, caracterizados em sua maioria por uma falta de regulamentação específica sobre intermediários, a implementação de TLC com os Estados Unidos foi um dos fatores que desencadeou a discussão sobre a responsabilidade dos intermediários na Internet.

Os TLC contêm capítulos dedicados aos direitos de propriedade intelectual, que incorporam disposições que limitam a responsabilidade dos intermediários de Internet pela violação de direitos autorais online. Estes regulamentos são uma exportação direta do modelo de “porto seguro” estabelecido no Digital Millennium Copyright Act (DMCA) dos EUA, que delimita a responsabilidade dos intermediários ante reclamações de violação de direitos autorais, desde que cumpram uma série de condições ali estabelecidas.

O DMCA inclui o controverso modelo de “notificação e retirada”, pelo qual os intermediários podem se valer da exclusão de responsabilidade. Os provedores de serviço devem remover materiais rapidamente após a notificação; deve haver um representante designado para receber notificações; devem adotar uma política para reincidentes e satisfazer medidas técnicas padrão; e não há obrigação de monitorar ativamente a violação de direitos autorais, entre outras obrigações.

No entanto, as disposições desses tratados não foram totalmente ou uniformemente adotadas por todos os países com os quais os Estados Unidos assinaram esses tratados. Os únicos países que incorporaram totalmente as disposições sobre responsabilidade de intermediários em

16 CIDH, Liberdade de Expressão e Internet (2013); <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/temas/internet.asp>

17 Ver na Argentina Belén Rodríguez vs. Google; na Colômbia, Caso Gloria vs. El Tiempo e Google, dentre outros.

matéria de direitos autorais contidas no DMCA são Chile e Costa Rica¹⁸. Mais recentemente, o México foi adicionado a esta lista, sem prejuízo do fato de que os regulamentos adotados estão sendo litigados nos tribunais internos.¹⁹

No caso chileno, o modelo de “porto seguro” foi implementado pela Lei nº 20.435, de maio de 2010, que segue em sua maioria as disposições do TLC Chile-Estados Unidos. A lei estabelece que as limitações de responsabilidade se aplicam apenas quando o provedor de serviço não inicia a transmissão, nem seleciona o material ou destinatários. Além disso, exclui explicitamente a obrigação dos provedores de serviço de monitorar ativamente o conteúdo. Os provedores de hospedagem e armazenamento em cache devem estabelecer uma política para encerrar o serviço de infratores reincidentes; não interferir nas medidas de proteção tecnológica; e não participar na criação ou seleção de conteúdo ou seus destinatários. Outra exigência é que esses provedores devem fornecer informações de contato para receber notificações de violação de direitos autorais.

No entanto, a legislação chilena se afasta da regulamentação DMCA na forma em que é ativada a exclusão da responsabilidade solidária: enquanto a DMCA estabelece em seu modelo de “porto seguro” a remoção de conteúdo considerado infrator por meio de mera notificação privada, a lei chilena estabelece que a isenção de responsabilidade solidária só vigora quando recebe ordem judicial que a ordene.

O mecanismo adotado pelo Chile fez com que os Estados Unidos denunciasses que o país sul-americano não estava cumprindo com as obrigações derivadas do TLC, indicando que não estava fazendo o suficiente para proteger os interesses dos titulares dos direitos autorais. Isso fez com que, desde 2011, o país fosse incluído na “Lista de Vigilância Prioritária” do Relatório Especial Anual 301, chamando o governo chileno a corrigir a legislação para garantir uma ação eficaz e ágil contra a pirataria na Internet.

Na Costa Rica, os padrões em matéria de propriedade intelectual e responsabilidade de intermediários chegam por meio do Tratado CAFTA-Estados Unidos, do qual a Costa Rica faz parte. A implementação das disposições sobre responsabilidade dos intermediários da Internet foi realizada por meio da aprovação do Decreto Executivo nº 36.880 em dezembro de 2011. O decreto estabelece as condições gerais de isenção de responsabilidade, estabelecendo os seguintes requisitos para o prestador de serviço: 1. Ter uma política de rescisão contratual para infratores reincidentes; 2. Não interferir nas medidas de proteção tecnológica, ou no conteúdo, sua origem ou destinatários; 3. Designar um destinatário para as notificações; e 4. Remover rapidamente o conteúdo de acordo com o decreto.

No caso da Costa Rica, a forma como se ativa a exclusão de responsabilidade é mista, por meio da execução judicial e por meio de um procedimento colaborativo. No primeiro esquema, o tribunal decide, de acordo com as regras gerais de direitos autorais, impor as medidas adequadas, como o cancelamento da conta, a exclusão ou o bloqueio do conteúdo identificado como infrator, ou outras medidas consideradas necessárias. No segundo esquema, uma série de notificações ao usuário do conteúdo considerado infrator, permitem ao usuário, de boa-fé, remover o conteúdo; caso não concorde em fazê-lo voluntariamente, o provedor de serviços

18 Lara, J. C. & Sears, A. M., “The Impact of Free Trade Agreements on Internet Intermediary Liability in Latin America”. In Frosio, G. (editor), *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford University Press, 2020.

19 Ver <https://observatoriolegislativocele.com/el-t-mec-mexicano-2020-practicas-y-lecciones/>

pode cancelar a conta do infrator, remover ou bloquear o conteúdo. A Costa Rica também foi incluída na “Lista de Vigilância Prioritária” do Relatório Especial Anual 301 considerando que os prazos envolvidos no sistema de notificação não colaboram no combate à pirataria online.

Por outro lado, na Colômbia e no Peru, as intenções de nacionalizar as obrigações derivadas de seus Tratados de Livre Comércio falharam, em grande parte devido à resistência que a sociedade civil tem apresentado em copiar o sistema de “notificação e retirada” do DMCA sem que se aceite um modelo mais garantista. Como consequência, ambos os países foram incorporados à “Lista de Vigilância Prioritária” e à “Lista de Vigilância”, respectivamente, do Relatório Especial Anual 301. Enquanto isso, o Panamá e os demais países do bloco CAFTA não adaptaram as obrigações dos Tratados a seus regulamentos internos.

O caso mais recente de incorporação de regras de responsabilidade de intermediários por meio do TLC é, sem dúvida, o do México com o T-MEC, que ainda não foi totalmente implementado com pleno vigor. Em junho de 2020, o Congresso federal mexicano aprovou uma série de leis, incluindo uma emenda à lei de direitos autorais e a normativa relativa à responsabilidade dos intermediários em fiel reflexo à CDA § 230 e à DMCA. Organizações da sociedade civil mexicana lançaram uma campanha agressiva contra as medidas dispostas e conseguiram questionar a constitucionalidade do tratado em relação a este ponto.²⁰

Sem dúvida, os TLC colocaram na agenda a questão da responsabilidade dos intermediários na região antes de um debate amplo ou abrangente sobre o tema. As cláusulas relacionadas com a propriedade intelectual, em particular, tiveram penetração regional mesmo além dos textos ou obrigações dos Tratados.

O Uruguai, por exemplo, incorporou recentemente à sua legislação, mediante reformas na Lei de Orçamento, um mecanismo de notificação e retirada administrativa de violações de direitos autorais por meio da difusão não autorizada de sinais de televisão paga.²¹ O escopo do projeto original era amplo e ambíguo, no sentido de que o reclamante só poderia ativar o mecanismo de retirada por meio de uma reclamação administrativa e sem uma ordem judicial que assegurasse as garantias do devido processo legal. Para tal, é facultada à Unidade Reguladora dos Serviços de Comunicações (URSEC) a adoção das respectivas medidas de sanção e prevenção e ordenar o bloqueio dos sites que transmitam ou vinculem à transmissão desses sinais. A proposta original sofreu ampla resistência da sociedade civil²² e, embora o Artigo 712 finalmente aprovado restrinja o âmbito inicialmente proposto da medida, foi mantida o caráter de bloqueio administrativo.

20 R3D, <https://r3d.mx/2020/06/23/la-implementacion-del-t-mec-debe-contemplar-excepciones-suficientes-para-la-elusion-de-candados-digitales/>.

21 Lei do Orçamento Nacional 2020-2024. Parlamento do Uruguai. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/147701>

22 <https://www.observacom.org/preocupacion-internacional-por-articulo-de-ley-de-presupuesto-de-uruguay-que-autoriza-notificacion-y-bajada-por-derechos-de-autor-sin-orden-judicial/>

As diferenças persistem nos diferentes regimes no âmbito regional e persistem fortes choques de interesses em torno do tema. A busca por consenso ficou truncada por enquanto.²³ Recentemente, essa discussão adquiriu particular relevância com as demandas do setor de mídia e imprensa para que seus conteúdos fossem incorporados ao regime de propriedade intelectual (acompanhando uma tendência mundial marcada pela adoção da Diretiva Europeia de Direitos Autorais e as experiências mais recentes com a Lei da Austrália²⁴ e a proposta do Canadá²⁵). Essas novas reivindicações e iniciativas regulatórias elevam o perfil da discussão sobre direitos autorais novamente, tanto no âmbito regional quanto global.

b. Marco Civil da Internet (MCI)

No Brasil, antes da promulgação do Marco Civil da Internet (MCI),²⁶ era comum encontrar resoluções que responsabilizavam objetivamente os provedores de Internet pelo conteúdo de terceiros, com base no risco gerado pelo serviço. A aprovação do MCI veio dar clareza na determinação da responsabilidade dos intermediários da Internet ao introduzir, como regra geral, um sistema de exclusão da responsabilidade destes serviços por meio de um modelo de notificação judicial e retirada do conteúdo ilícito de terceiros. Esta regra, contida no art. 19 do MCI, admite duas exceções: quando se trata de matéria de direitos autorais, caso em que se segue o disposto na lei correspondente, a qual segue um modelo de “notificação e retirada” em linha com as regras do DMCA; e no caso de divulgação não consensual de imagens íntimas, caso em que a notificação privada será suficiente para remover tal conteúdo.

O caminho que tem sido traçado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para fortalecer o que o MCI dispõe. O Tribunal tem repetidamente assinalado que os intermediários da Internet não são responsáveis pelo conteúdo ilegal que os usuários geram; não podem ser obrigados a filtrar preventivamente o conteúdo gerado pelos usuários; devem remover o conteúdo infrator assim que tomarem conhecimento do conteúdo ilegal hospedado em suas plataformas, pagando uma indenização por danos caso não o façam, e devem desenvolver e manter mecanismos eficazes que facilitem a identificação de seus usuários.

Outro aspecto importante derivado da jurisprudência do STJ parece impor, como regra geral, que quem busca a retirada de conteúdo infrator na Internet deve especificar a URL em que está localizado esse conteúdo, de modo a cumprir a entrega de informação “clara e específica, permitindo a identificação inequívoca” da localização do conteúdo infrator, conforme exigido pelo MCI. Isso visa, por um lado, a proteger os fornecedores de aplicativos e, por outro, mitigar impactos negativos na liberdade de expressão.

23 A pressão pela inclusão no Relatório Especial 301 tem sido uma constante ao longo de décadas, sendo as atribuições de implementação do TLC um fator relevante para manter essa pressão. É o caso da pressão exercida para promover a proteção do software no Brasil (Cfr. Valente, M. G., *A construção do direito autoral no Brasil: cultura e indústria em debate legislativo*. Belo Horizonte: Letramento, 2019). Em contrapartida, o governo chileno rejeitou essa pressão, acusando que se trata de um mecanismo externo ao TLC e que desconhece os avanços em propriedade intelectual. Ver, a este respeito, as declarações do Ministério das Relações Exteriores em resposta, do ano 2008: <https://www.subrei.gob.cl/sala-de-prensa/noticias/detalle-noticias/2008/07/21/chile-institucionalidad-solido-en-materia-de-propiedad-intelectual> y del año 2020: <https://www.subrei.gob.cl/sala-de-prensa/noticias/detalle-noticias/2020/04/29/declaracion-publica-reporte-especial-301>

24 Austrália: Treasury Laws Amendment (News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code) Act N° 21, 2021. Disponível em: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2021A00021>

25 No Canadá, há um projeto apresentado em fevereiro por parlamentares da oposição (Bill S-225). Disponível em: <https://www.parl.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?Language=E&billId=11108562>

26 Lei N° 12.965

Em relação à desindexação de conteúdo nos motores de busca da Internet, tem acontecido uma certa contradição. Antes da entrada em vigor do MCI, o STJ considerava que esses provedores não eram responsáveis pelo conteúdo indexado pelos usuários; no entanto, em um caso sobre um pedido de “direito ao esquecimento” em 2018, o mesmo tribunal determinou, por maioria, que a desindexação de conteúdo por notícias que vinculavam o autor a uma possível fraude ocorria sempre que a consulta de pesquisa tivesse sido feita usando o nome do autor.

Diversas pesquisas indicaram que a consideração judicial garantiu que solicitações de remoção ou bloqueio de conteúdo infundado não eliminem conteúdo legítimo. De acordo com estudo da organização InternetLab, 60% dos processos judiciais referentes a pedidos de remoção de conteúdo até 2018 foram considerados ilegítimos, infundados ou abusivos.²⁷ Se as plataformas tivessem respondido imediatamente a esses pedidos, as manifestações legítimas teriam sido removidas. O caso brasileiro expõe como o requisito da notificação judicial incentiva as plataformas a manter aquele conteúdo, ao invés de retirá-lo previamente.

O MCI tem servido, ainda, para impedir o uso de notificações extrajudiciais como forma de bloqueio à liberdade de expressão. Muitas vezes, figuras públicas usam estratégias de intimidação para silenciar discursos críticos contra eles, geralmente instrumentados por meio da sátira humorística.²⁸ A estratégia consiste em efetuar notificações extrajudiciais ou iniciar processos por difamação, com o único objetivo de que o criador do conteúdo e a plataforma que o hospeda o bloqueie. Essa estratégia também serve para dissuadir quem deseja produzir o mesmo tipo de conteúdo. Com o disposto no regime de isenção de responsabilidade, impediu-se que meras notificações extrajudiciais intimidem as plataformas da Internet, mantendo o conteúdo, até que sua retirada não seja ordenada por autoridade judiciária, preservando o direito à liberdade de expressão.

Atualmente, está em tramitação uma ação judicial questionando a constitucionalidade do artigo 19 do MCI, ainda pendente de resolução. Se declarado inconstitucional, o atual modelo de responsabilidade dos intermediários seria substituído por um modelo de responsabilidade por mera notificação privada, o que constituiria um retrocesso no exercício dos direitos de liberdade de expressão e de acesso à informação.

c. Nova frente na América Latina: discurso de ódio e desinformação

Um dos problemas mais difíceis de resolver frente à responsabilidade dos intermediários é a moderação de conteúdo sobre temas complexos, como o direito à honra, discurso de ódio ou desinformação.

Quanto ao direito à honra, o desenvolvimento jurisprudencial em alguns países latino-americanos nos últimos anos tem sido consistente com a isenção de responsabilidade dos interme-

27 InternetLab, “Responsabilidade de intermediários e a garantia da liberdade de expressão na rede”, Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/pt/especial/responsabilidade-de-intermediarios-e-a-garantia-da-liberdade-de-expressao-na-rede/>

28 Uma associação de jornalistas no Brasil mantém uma visualização das ações judiciais feitas por políticos para remoção de conteúdo, disponível em: <http://www.ctrlx.org.br/#/infografico>

diários, embora em alguns casos essa tendência não seja regra. Tanto na Argentina²⁹ como na Colômbia,³⁰ foi estabelecido jurisprudencialmente que os intermediários de Internet não são responsáveis pelo conteúdo publicado por seus usuários. Os casos têm sido julgados à luz da responsabilidade subjetiva.

Uma questão igualmente complexa é a utilização de redes sociais e outras plataformas da Internet para transmitir mensagens de ódio e, conseqüentemente, a responsabilidade que podem ter na mobilização de tais conteúdos. Como não há consenso na definição ou caracterização desse termo entre países, ou entre plataformas,³¹ é muito difícil propor legislações que possa regular a difusão desses conteúdos sem impor restrições exageradas à liberdade de expressão.

Uma dessas tentativas foi consubstanciada na “Lei Constitucional contra o ódio, pela convivência pacífica e tolerância” da Venezuela, que impõe às redes sociais a obrigação de retirar conteúdos que incitem ao “ódio nacional”, entre outros, sob pena de multa e bloqueio de “portais”. Dado o conteúdo vago das definições utilizadas na lei, bem como a falta de clareza sobre os procedimentos a seguir, corre-se o risco de utilizar este regulamento para silenciar vozes críticas junto ao governo daquele país.

d. PL das Fake News

Em 2020, foi discutido no Brasil um projeto de lei que visa a regulamentar a disseminação em massa da desinformação por meio de plataformas de Internet, como redes sociais e serviços de mensagens. Em sua redação original, o projeto gerou temor entre ativistas e especialistas em liberdade de expressão ao promover a responsabilidade solidária de intermediários da Internet por conteúdo de desinformação gerado por usuários. Finalmente, em junho de 2020, foi aprovado pelo Senado o texto final do Projeto de Lei Nº 2.630/2020, coloquialmente conhecido como “PL das Fake News”.³² Este projeto foi fortemente criticado, entre outros motivos, por promover a moderação excessiva de conteúdos nas plataformas da Internet, violando a liberdade de expressão.³³

Uma das principais observações diz respeito à interpretação da redação do inciso 2 do artigo 12, que regulamenta o procedimento de moderação. Este artigo estabelece o mecanismo de garantia do devido processo, quando as medidas baseadas nos termos de uso forem aplicadas a um usuário; esta garantia inclui o dever de comunicar ao utilizador a fundamentação, o processo de análise e a aplicação da medida, bem como os prazos e procedimentos para a sua contestação; de acordo com o inciso 2, essa notificação pode ser dispensada nos casos

29 Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina, “Sentença do caso Rodríguez María Belén vs. Google Inc. sem danos e prejuízos”. Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7162581&cache=1509324967388>

O critério foi ratificado em 2017 em Gimbutas vs. Google, após a entrada em vigor do novo Código Civil e Comercial da Argentina. Suprema Corte de Justiça da Nação, “Sentença no caso Gimbutas, Carolina Valeria vs. Google Inc. sem danos e perdas”. Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7162581&cache=1509324967388>

30 Corte Constitucional Colombiana, Caso Gloria vs. a Casa Editorial El Tiempo, disponível em: http://e.tribunalconstitucional.cl/img/Attachment/1929/T_277_15_Sentencia.pdf

31 A definição de discurso de ódio no Facebook difere da definição de discurso de ódio no Twitter, por exemplo.

32 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>

33 “A pior lei de Internet do mundo”, segundo Observacom: <https://www.observacom.org/fuerte-rechazo-a-proyecto-de-ley-sobre-fake-news-en-brasil-la-peor-ley-de-internet-del-mundo/>

previstos no mesmo inciso, dentre os quais estão: dano imediato de difícil reparação; violação dos direitos da criança e do adolescente; e os crimes tipificados na Lei Nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para citar alguns. Essa redação é interpretada por alguns especialistas como uma obrigação de remoção imediata de conteúdo, o que resultaria em um poder muito amplo para as plataformas, que poderiam decidir quais conteúdos circulam ou não na Internet.

Também foi observada a criação do Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet (Capítulo IV). Em primeiro lugar, teme-se que sua independência não possa ser garantida, já que sua instalação e funcionamento dependem do orçamento do Senado Federal. Em segundo lugar, as competências concedidas podem encorajar moderação excessiva de conteúdo pelas plataformas; isso porque o Conselho tem competência, entre outras coisas, de ditar um código de conduta, avaliar as políticas de uso e os procedimentos de moderação das plataformas, no contexto de um projeto de lei que falha ao definir com pouca clareza alguns termos, como a desinformação. Essa imprecisão poderia gerar uma perigosa amplitude de prazo, permitindo até arbitrariedades em seu escopo, que poderiam ser transferidas para o código de conduta e para os demais poderes de avaliação conferidos a essa entidade no artigo 25.

Por fim, a luz do debate recai também sobre a aplicação de sanções às plataformas, estabelecidas no artigo 31, por as considerar desproporcionais e desnecessárias em comparação com outros como a promoção de mecanismos independentes de apuração de fatos ou medidas positivas de alfabetização digital para a população, entre outros.

Diante das críticas feitas ao texto aprovado, foi apresentado informalmente um novo documento, incorporando algumas das observações. Ainda que este novo texto mantém algumas das disposições observadas no projeto oficial – como a dependência do Conselho ao orçamento do Senado, inclui alguns dispositivos que estão em sintonia com as recomendações feitas por iniciativas da sociedade civil.³⁴ Assim, em termos de transparência, por exemplo, especifica que as plataformas devem produzir relatórios de transparência semestrais em português, que estejam disponíveis nos seus sites, para informar sobre os procedimentos e decisões relativos à moderação de conteúdos. De acordo com o artigo 7º do projeto, os relatórios devem conter, entre outros:

“... II - número total de medidas de moderação de contas e conteúdos adotadas em virtude do cumprimento das condições privadas de utilização de provedores de aplicativos de Internet, indicando, de forma agregada, motivação e metodologia utilizada na detecção e aplicação dos termos de utilização; III - número total de medidas de moderação de contas e conteúdos adotadas e suas motivações por cumprimento de ordem judicial, especificando as bases jurídicas que justificaram a decisão de remoção; IV - histórico e comparações de práticas, metodologias e métricas de identificação e moderação de contas e conteúdos, incluindo métricas de detecção e tempo de resposta; V - informações básicas sobre a equipe responsável pela aplicação das regras de moderação de contas e conteúdo, indicando também as circunstâncias da revisão automatizada e por pessoas físicas; ... VII - número total de medidas de identificação de conteúdo e tipos de identificação, remoções ou suspensões revertidas pela plataforma;

34 Como, por exemplo, as feitas pela Observacom, na sua proposta “Padrões para uma regulação democrática de grandes plataformas que garantam a liberdade de expressão online e uma Internet livre e aberta”. Disponível em: <https://www.observacom.org/wp-content/uploads-2020-09-estandares-regulacion-grandes-plataformas-internet-pdf/>

VIII - tempo médio decorrido entre a detecção das irregularidades e a adoção das providências em relação às contas e conteúdos a que se referem os incisos II, III e IV; ... X - os critérios, metodologias e métricas utilizadas por seus sistemas automatizados no monitoramento e cumprimento de suas políticas e termos de uso; XI - os critérios, metodologias e métricas para avaliar o alcance dos conteúdos promovidos e propagandas, passíveis de verificação e auditoria independentes; XII - informações sobre o uso e operação de sistemas automatizados, incluindo informações, bases de operação e treinamento de algoritmos e a análise de seus impactos na circulação, disponibilidade, promoção, redução de alcance ou eliminação de conteúdo; e XIII - atualização das políticas e condições de uso realizadas no trimestre, data da modificação e justificativa para sua adoção.”

Por sua vez, a iniciativa incentiva que as plataformas disponibilizem um canal digital para receber denúncias e estabelece que, quando um conteúdo ou conta for objeto de medidas de moderação, as plataformas devem comunicar ao usuário tanto o fundamento da medida, como o procedimento e prazo para apresentar um recurso.

O Capítulo III, por seu turno, estabelece a necessidade de tornar transparentes o conteúdo publicitário e aqueles impulsionados por motivos eleitorais. Desta forma, exige que seja identificada a conta responsável por este tipo de conteúdo, e que seja visível para o usuário que o conteúdo promovido para fins eleitorais.

Estes últimos pontos são relevantes dado que uma das principais críticas que se fazem às plataformas de redes sociais (e que foram feitas ao texto original do projeto) é que a aplicação de suas políticas de moderação de conteúdo está longe de ser transparente, gerando dúvidas quanto à coerência em sua implementação, o que acaba afetando, principalmente, a expressão de grupos vulneráveis.

Por fim, em um de seus artigos mais polêmicos (art. 21), o projeto estabelece a responsabilidade solidária das plataformas pelos danos causados pelos conteúdos promovidos por contas de terceiros, quando não cumpram a obrigação de solicitar documentos de identidade aos proprietários dessas contas. Embora possa ser positivo exigir que o conteúdo da propaganda seja identificado na forma que o texto regulamenta, deve-se questionar se o mesmo requisito se justifica quando se trate de usuários comuns que promovem seu conteúdo. Por outro lado, seria prudente perguntar o que se entende por danos, quem e como serão quantificados; e se esta responsabilidade solidária não é contrária ao disposto no Marco Civil da Internet, visto que o pressuposto regulado na proposta não é aquele que o MCI estabelece como fundamentos para a responsabilidade dos intermediários.

IV. Regulação: direito comparado. Experiências e propostas

a. Caso EUA: a primeira exportação de imunidade de intermediários

i. A Primeira Emenda e a Seção 230 da CDA

A discussão regulatória nos Estados Unidos tem uma particularidade que a distingue dos debates em outros países na esteira da Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos e a Seção 230 da Lei de Decência das Comunicações (doravante “a CDA”, por sua sigla em inglês). A Primeira Emenda, estabelecida em 1791, concede uma proteção à liberdade de expressão que, tomada em uma interpretação ampla, parece ser absoluta:

“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.³⁵

A literalidade da Primeira Emenda está embutida na cultura americana e atinge não apenas seus habitantes, mas também suas empresas.³⁶ Isso é particularmente relevante na discussão sobre a responsabilidade dos intermediários da Internet, uma vez que as empresas reivindicam seus próprios direitos constitucionais de expressão moderando (ou não) o conteúdo de terceiros.

No início dos anos 90, quando a Internet estava em alta, o CDA foi promulgado com o objetivo de promover a decência das comunicações e incluiu a seção 230 para permitir expressamente a moderação de conteúdo na Internet.³⁷ Em resumo, esta regra concede aos provedores de serviços de informática interativos imunidade sobre o conteúdo de seus usuários. Os provedores não devem ser tratados como editores e, além disso, se concede imunidade para permitir ou remover conteúdo de terceiros de suas plataformas, de boa-fé, “esteja ou não o referido material protegido constitucionalmente”³⁸ (tradução do autor). Existem exceções que analisaremos nos parágrafos seguintes, relacionadas a crimes de propriedade intelectual e outros crimes federais, como a pornografia infantil e o tráfico sexual.

35 Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América.

36 The New York Times Magazine, *Free speech will save our democracy*, Oct. 13, 2020.

37 J. Kosseff, *The Twenty Six Words that Created the Internet*, Cornell Univ. Press, 2019.

38 CDA Section 230 “(c) Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material (1)Treatment of publisher or speaker No 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. (2)Civil liability No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of— (A)any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or (B)any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1).”

A seção 230 do CDA faz parte das leis que o professor Eric Goldman³⁹ chama de “speech-enhancing statutes”,⁴⁰ que estendem a proteção estabelecida na Primeira Emenda. Segundo ele, o art. 230 e a interpretação jurisprudencial dele proporcionam uma proteção mais ampla à liberdade de expressão do que a própria Primeira Emenda, atingindo não só conteúdo difamatório, mas também qualquer denúncia baseada em conteúdo de terceiros.⁴¹ Primeira Emenda, a imunidade prevista no Artigo 230 pode subsistir mesmo que o prestador de serviços tome conhecimento de um ilícito.

Antes do advento da Internet, a discussão girava em torno da natureza dos atores envolvidos na criação e circulação de conteúdos – editores (jornais) ou distribuidores (vendedores de livros). A Suprema Corte dos Estados Unidos considerou que os vendedores de livros não poderiam ser responsabilizados pelo conteúdo se não estivessem cientes dele:⁴²

“For, if the bookseller be criminally liable without knowledge of the contents, he will tend to restrict the books he sells to those he has inspected, and thus a restriction will be imposed by the States upon the distribution of constitutionally protected, as well as obscene, books.”⁴³

Em linhas gerais, previamente à Seção 230, a discussão sobre intermediários centrou-se em aplicar a eles o status de editor ou distribuidor de conteúdo, sendo o conhecimento o elemento-chave para determinar a responsabilidade em ambos os casos. Como distribuidor, a plataforma seria responsável caso tivesse conhecimento do ilícito, enquanto a editora não poderia alegar desconhecimento, dado seu nível de controle sobre o conteúdo.

Dois casos do início da década de 1990 exemplificam o dilema. No *Cubby vs. CompuServe*⁴⁴ (1991) o Tribunal do Distrito Sul de Nova York entendeu que *CompuServe* não era responsável pelo conteúdo difamatório de um de seus assinantes, na medida em que não revisou ou filtrou o conteúdo e agiu como um mero “distribuidor”.

No caso *Stratton Oakmont vs. Prodigy*⁴⁵ (1995), ao contrário de *Cubby*, o tribunal considerou que *Prodigy* (um site semelhante ao *CompuServe*) foi responsável pelo conteúdo difamatório de seus assinantes, pois o site tomou medidas para remover determinado conteúdo ofensivo que, de acordo com o Tribunal, equiparou *Prodigy* a um editor. Até então, havia um incentivo à não moderação de conteúdo nas plataformas: se exercessem algum tipo de controle ou mo-

39 Professor of Law and Co-Director of the High Tech Law Institute, Santa Clara University School of Law.

40 Goldman, Eric, “Why Section 230 Is Better Than The First Amendment”, *Notre Dame Law Review Reflection*, 2019.

41 “If a plaintiff alleges that the defendant “knew” about tortious or criminal content, the defendant can still qualify for Section 230’s immunity. The First Amendment does not require this result. For example, in *Smith v. California*, the Supreme Court held that the First Amendment prohibited a retail bookseller from being strictly liable for criminal obscenity. However, any scienter about obscenity could have exposed the bookseller to liability. Similarly, the First Amendment sometimes prevents strict liability for defamation, but sufficient scienter can override any First Amendment protection”. Goldman, Eric, “Why Section 230 Is Better Than The First Amendment”, *Notre Dame Law Review Reflection*, 2019.

42 *Smith v. California*, 361 U.S. 147 (1959).

43 *Smith v. California*, 361 U.S. 147 (1959) Pp. 361 U. S. 152-154.

44 *CUBBY, INC., a Corporation d/b/a Skuttlebut, and Robert G. Blanchard, Plaintiffs, v. COMPUSERVE INC., d/b/a Rumorville, and Don Fitzpatrick, individually, Defendants*, US District Court, S.D. New York (1991).

45 *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, 1995 WL 323710, New York Supreme Court (1995).

deração, os prestadores de serviço adquiriam conhecimentos efetivos ou mesmo podiam ser considerados “editores”.

O julgamento da *Stratton Oakmont* não teve uma boa repercussão no Congresso dos EUA. A não moderação de conteúdos trouxe consigo alguns problemas para a sociedade que, fundamentalmente, preocupava-se desde a vertente da segurança online para crianças e conteúdos adequados a elas. Como resposta, em uma iniciativa bipartidária com um voto quase unânime (420-4), a emenda ao CDA foi aprovada para incluir a Seção 230 com dois objetivos: por um lado, promover o desenvolvimento de liberdade de expressão na Internet e, por outro lado, permitir que os provedores de serviços digitais implementem suas próprias regras em relação aos conteúdos de terceiros e promovam a segurança das crianças online.⁴⁶ Com o surgimento da Seção 230, os provedores de serviços de informática ganharam imunidade que lhes permite, hoje, não apenas hospedar e transmitir, mas também moderar e curar o conteúdo de seus usuários.

Alguns especialistas afirmam que a Seção 230 do CDA abriu caminho para o desenvolvimento da Internet como a conhecemos hoje,⁴⁷ permitindo que as empresas cresçam sem ter que se limitar por medo de ser responsáveis pelo conteúdo que hospedam em suas plataformas. No entanto, nos últimos anos o regulamento tem sido alvo de várias críticas, entre as quais se destaca que, sob a interpretação de diversos tribunais judiciais, a Seção 230 passou a ser um direito quase absoluto das plataformas a moderar ou não moderar o conteúdo, prejudicando predominantemente minorias e grupos vulneráveis.⁴⁸

ii. Limites à imunidade da Seção 230

• DMCA

A Lei de Direitos Autorais na Era Digital (*Digital Millennium Copyright Act*, doravante, “DMCA” por sua sigla em inglês), oferece imunidade aos provedores de serviços de informática diante de violação de direitos autorais. Em termos simples, para que esta isenção seja ativada, é suficiente que o provedor de serviços intermediário bloqueie ou remova o conteúdo supostamente infrator após receber uma notificação privada do proprietário afetado de que tal conteúdo está disponível nas redes do provedor. Além disso, devem cumprir os requisitos contidos na seção 512 c, que estabelece como condições que (1) não recebam um benefício financeiro diretamente atribuível à atividade infratora; (2) não estejam cientes da presença de material infrator ou de qualquer fato ou circunstância que possa tornar evidente o material infrator; e (3) ao receber uma notificação dos detentores dos direitos autorais ou de seus agentes, devem agir rapidamente para remover o material supostamente infrator.

46 Disponível em: <https://www.eff.org/issues/cda230/legislative-history>

47 Koseff, Jeff, “The Twenty-Six Words That Created/changed The Internet” Cornell Univ. Press, 2019.

48 “Unfortunately, Section 230 has also been used in court as a tool by platforms to avoid meaningfully confronting the role their products can play in furthering racial inequality; tech companies may hide behind this law to avoid discussing how their platforms affect civil rights issues, including housing, employment, and lending. In this moment of racial reckoning, the benefits of Section 230 must work in concert with platform accountability — not just for content moderation but also for civil rights.” Lee, Bertram, “Where the Rubber Meets the Road: Section 230 and Civil Rights”, Public Knowledge (Agosto, 2020). Disponível em: <https://www.publicknowledge.org/blog/where-the-rubber-meets-the-road-section-230-and-civil-rights/?s=08>

A norma também inclui disposições que permitem aos usuários apelar das decisões de remoção de conteúdo. O mecanismo proposto pelo DMCA constitui uma exceção ao 230 do CDA e estabelece um mecanismo especial e paralelo para conteúdo potencialmente infrator da lei de direitos autorais. Apesar de ser um regulamento de âmbito limitado e que prevê mecanismos de recurso, as críticas são muitas e de várias frentes.⁴⁹

Tendo em vista que as principais plataformas que operam internacionalmente são dos Estados Unidos, essa regra é aplicada em todo o mundo com efeitos indesejáveis. Além disso, conforme observado acima, a norma foi exportada para diferentes países e regiões por meio de Tratados de Livre Comércio que os Estados Unidos assinaram com diferentes países ao longo dos anos. Os críticos argumentam que a regra serviu para censurar excessivamente o conteúdo, inclusive de natureza política.⁵⁰ Apesar disso, a indústria do entretenimento exige medidas mais rígidas nos âmbitos local e global.

▪ FOSTA-SESTA

Mais recentemente, em abril de 2018, uma nova exceção à seção 230 foi aprovada por meio do pacote de leis conhecido como “FOSTA-SESTA”,⁵¹ a fim de controlar o tráfico sexual online. Resumindo, responsabiliza os serviços digitais por anúncios de terceiros que promovem o trabalho sexual em suas plataformas. Como consequência da regra e para evitar qualquer responsabilidade adicional, sites populares de anúncios classificados como o Craigslist ou mesmo a plataforma Reddit removeram diretamente sua seção de anúncios pessoais, incluindo seções não relacionadas a conteúdo sexual. Aqueles que se opõem à regra —que, além disso, já foi denunciada na Justiça por ser inconstitucional— argumentam que promove a censura online, impacta na remoção de conteúdo legal e, portanto, não resolve o problema do tráfico sexual.⁵²

iii. Discussão atual: projetos apresentados no Congresso dos EUA

A indignação de alguns setores com as redes sociais, seja por excessos ou defeitos na moderação de conteúdo, somada à culpa que lhes é atribuída pela suposta ingerência eleitoral de 2016, colocou a Seção 230 na posição mais instável desde sua aprovação. Nesse contexto, diversos projetos de lei foram apresentados no Congresso dos EUA com o objetivo de limitar a imunidade das plataformas da Internet, por parte de ambos os blocos do espectro político. Entre eles, o “Ending Support for Internet Censorship Act”,⁵³ que visa a remover a imunidade de grandes empresas de tecnologia, a menos que uma auditoria externa determine que suas práticas de moderação de conteúdo são politicamente neutras; o “Limiting Section 230 Immunity to Good

49 Berti, Eduardo y Sadinsky, Sophia, “El uso de la DMCA para limitar la libertad de expresión”, *Internet y Derechos Humanos II: Aportes para la discusión en América Latina*, Eduardo Berti compilador, CELE (2016). Disponível em: <https://www.palermo.edu/cele/pdf/InternetyDDHHII.pdf>

50 Berti, Eduardo y Sadinsky, Sophia, “El uso de la DMCA para limitar la libertad de expresión”, *Internet y Derechos Humanos II: Aportes para la discusión en América Latina*, Eduardo Berti compilador, CELE (2016). Disponível em: <https://www.palermo.edu/cele/pdf/InternetyDDHHII.pdf>

51 “Allow States and Victims to Fight Online Sex Trafficking Act” (FOSTA) y “Stop Enabling Sex Traffickers Act” (SESTA).

52 Keller, Daphne, “SESTA and the Teachings of Intermediary Liability” (2017). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3121296; Ver também “The strange story of Section 230, the obscure law that created our flawed, broken internet”, Matt Reynolds (2019), disponível em: <https://www.wired.co.uk/article/section-230-communications-decency-act>.

53 Disponível em: <https://www.hawley.senate.gov/senator-hawley-introduces-legislation-amend-section-230-immunity-big-tech-companies>

Samaritans Act”,⁵⁴ que visa a fornecer um marco para moderação de “boa-fé” que permite aos provedores de serviços de informática remover conteúdo que viole seus padrões comunitários; o “EARN IT Act”,⁵⁵ cujo principal objetivo é o combate à exploração sexual infantil online; e o “PACT Act”,⁵⁶ focado em aumentar a transparência e consistência em que as decisões de moderação são tomadas, reforça a obrigação das plataformas de remover conteúdo que foi considerado ilegal por ordem judicial.

A discussão sobre a Seção 230 ganhou destaque na agenda política dos Estados Unidos pelas mãos do ex-presidente Donald Trump, que não escondia sua indignação contra as redes sociais, que acusava de censurá-lo.⁵⁷ No final de maio de 2020, depois que o Twitter rotulou dois tweets referentes ao voto eleitoral pelo correio como enganosos, Trump reagiu assinando um decreto ordenando a revisão dos gastos públicos com publicidade nas diferentes plataformas da Internet e pediu ao Departamento de Justiça para avaliar se algum das plataformas resultam em um “veículo problemático para o discurso do governo”. Da mesma forma, o decreto “acusa” as plataformas de abusar da imunidade prevista na Seção 230 e questiona o alcance das responsabilidades pela conduta editorial:

“Section 230 was not intended to allow a handful of companies to grow into titans controlling vital avenues for our national discourse under the guise of promoting open forums for debate, and then to provide those behemoths blanket immunity when they use their power to censor content and silence viewpoints that they dislike. When an interactive computer service provider removes or restricts access to content and its actions do not meet the criteria of subparagraph (c)(2)(A), it is engaged in editorial conduct. It is the policy of the United States that such a provider should properly lose the limited liability shield of subparagraph (c)(2)(A) and be exposed to liability like any traditional editor and publisher that is not an online provider.”⁵⁸

Em resposta ao decreto, o Departamento de Justiça dos EUA apresentou em junho de 2020 suas considerações sobre a Seção 230 do CDA e as diretrizes legislativas para sua reforma.⁵⁹ Entre elas, incentiva a limitação da imunidade para “bad samaritans”, bem como para os casos em que as plataformas tenham conhecimento do crime, recebam notificação de que o conteúdo viola lei penal federal, ou decisão judicial que indique que o conteúdo é ilegal.

A discussão também ganhou notoriedade no poder judiciário. Em outubro de 2020, o juiz Thomas, membro da Suprema Corte dos Estados Unidos, considerou que os tribunais interpretaram a imunidade da Seção 230 de maneira muito ampla, indo além do que a letra da

54 Faz com que as empresas percam sua imunidade se ficar comprovado que a aplicação de suas regulamentações comunitárias foi feita de forma discriminatória. Disponível em: https://cdn.vox-cdn.com/uploads/chorus_asset/file/20039331/Text__Limiting_Section_230_Immunity_to_Good_Samaritans_Act.pdf

55 Disponível em: <https://sylviagarcia.house.gov/media/press-releases/representatives-sylvia-garcia-and-ann-wagner-introduce-bipartisan-earn-it-act>

56 Disponível em: <https://www.schatz.senate.gov/imo/media/doc/OLL20612.pdf>

57 Disponível em: <https://edition.cnn.com/2020/05/28/politics/trump-twitter-social-media-executive-order/index.html>

58 Executive Order on Preventing Online Censorship <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-preventing-online-censorship/>

59 Disponível em: https://www.justice.gov/ag/department-justice-s-review-section-230-communications-decency-act-1996?utm_medium=email&utm_source=govdelivery

lei indica.⁶⁰ Entre seus argumentos, Thomas analisou a distinção entre editores e distribuidores e questionou a interpretação que diferentes tribunais adotaram ao estender a imunidade da Seção 230 sobre os últimos. Nesse sentido, alguns dias depois, a Comissão Federal de Comunicações (“FCC” em sua sigla em inglês) anunciou sua intenção de esclarecer a interpretação da Seção 230.⁶¹

A partir de setores da sociedade civil e da academia também surgiram críticas. Os Estados Unidos são o único país que possui proteções tão extensas para intermediários, onde a palavra imunidade parece mais apropriada do que em qualquer outro contexto. O fato de as plataformas poderem contar com a Seção 230 e a Primeira Emenda para se protegerem contra qualquer responsabilidade civil as protegeu de demandas de direitos civis fundamentais, como a não discriminação. Public Knowledge recentemente argumentou que embora a seção 230 seja uma grande proteção a ser defendida, a interpretação que foi feita dela requer alguns ajustes. Entre outras coisas, argumentou que as plataformas têm lutado contra processos judiciais relacionados com práticas publicitárias discriminatórias em anúncios de habitação, empréstimos etc., se amparando nessas leis.⁶² O problema não é apenas com relação às grandes plataformas, mas também com todas as plataformas, não apenas as redes sociais ou os motores de busca. O autor propõe excluir a publicidade da proteção da seção 230 como um mecanismo menos prejudicial do que excluir certos tipos de conteúdo (discurso de ódio, por exemplo).

Em janeiro de 2021, após os lamentáveis acontecimentos no Capitólio dos Estados Unidos e a reação das plataformas (grandes e pequenas) para suspender as contas do então presidente Trump —o que ficou conhecido como “deplatforming”—, reacendeu-se a discussão sobre a responsabilidade dos intermediários na moderação de conteúdo. As acusações de censura dos setores mais conservadores dentro e fora dos Estados Unidos não demoraram a aparecer. Ao mesmo tempo, as Plataformas foram criticadas pela falta de transparência e consistência na aplicação das mesmas regras no resto do mundo. Nesse contexto, questões como incitamento à violência, o discurso de ódio e o discurso político ou de interesse público vieram ao centro da discussão. Questões como a aplicabilidade da moderação a diferentes camadas da Internet, as obrigações de *common carrier* e sua extensão na Internet e a concentração de mercado que um grupo de empresas de tecnologia tem alcançado e seu impacto na discussão pública também ganharam notoriedade. Todas essas questões estão sendo estudadas, desenvolvidas e analisadas a partir do Estado, da academia e da sociedade civil.

60 “Yet there are good reasons to question this interpretation. First, Congress expressly imposed distributor liability in the very same Act that included §230. Section 502 of the Communications Decency Act makes it a crime to “knowingly . . . display” obscene material to children, even if a third party created that content. 110 Stat. 133–134 (codified at 47 U. S. C. §223(d)). This section is enforceable by civil remedy. 47 U. S. C. §207. It is odd to hold, as courts have, that Congress implicitly eliminated distributor liability in the very Act in which Congress explicitly imposed it.” (...) “Extending §230 immunity beyond the natural reading of the text can have serious consequences. Before giving companies immunity from civil claims for “knowingly hosting illegal child pornography,” Bates, 2006 WL 3813758, *3, or for race discrimination, Sikhs for Justice, 697 Fed. Appx., at 526, we should be certain that is what the law demands”. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/101320zor_8m58.pdf

61 “As elected officials consider whether to change the law, the question remains: What does Section 230 currently mean? Many advance an overly broad interpretation that in some cases shields social media companies from consumer protection laws in a way that has no basis in the text of Section 230. The Commission’s General Counsel has informed me that the FCC has the legal authority to interpret Section 230. Consistent with this advice, I intend to move forward with a rulemaking to clarify its meaning”, Comunicado do Presidente da “FCC”, Ajit Pai, de 15 de outubro de 2020, disponível em: <https://www.fcc.gov/document/chairman-pai-statement-section-230>

62 Bertram Lee, Public Knowledge, disponível em: <https://www.publicknowledge.org/blog/where-the-rubber-meets-the-road-section-230-and-civil-rights/?s=08> \h

Embora existam argumentos que apoiem a modificação do artigo 230,⁶³ especialistas e ativistas dos direitos humanos e, em particular, da liberdade de expressão nos Estados Unidos, criticam essas iniciativas, ressaltando, principalmente, que a limitação da imunidade do artigo 230 com regras operacionais confusas e redações vagas cria um incentivo para o excesso de remoção de conteúdo, afetando inevitavelmente o discurso legítimo. EFF⁶⁴ e ACLU são apenas algumas das organizações que se manifestaram contra esses projetos.⁶⁵

b. União Europeia e outros

O marco jurídico da responsabilidade dos intermediários da Internet na União Europeia é constituído por diferentes diretivas, códigos de conduta, recomendações e outras comunicações. A Diretiva sobre o Comércio Electrónico do ano 2000 é talvez a pedra fundadora do sistema, mas a sua aplicação pelos Estados-Membros não tem sido homogênea.

Novas iniciativas regulatórias ou semirregulatórias (algumas delas de aplicação voluntária)⁶⁶ ganharam força nos últimos anos para enfrentar desafios específicos como direitos autorais, proteção de dados pessoais, terrorismo, discurso de ódio e desinformação, entre outros.⁶⁷ Neste contexto, tornou-se evidente que a Diretiva do Comércio Eletrônico merecia uma atualização, em linha com a discussão sobre a responsabilidade de intermediários da Internet presente em todo o mundo.

Com o objetivo de adaptá-la às complexidades de hoje, no início de 2020 a Comissão Europeia anunciou sua intenção de trabalhar em um pacote de normas que chamou de *Digital Services Act*, centrado em dois pilares: primeiro, estabelecer um marco jurídico com responsabilidades e regras claras para os serviços digitais, que considera os riscos assumidos pelos usuários e protege seus direitos com um sistema de monitoramento; em segundo lugar, estabelecer regras *ex ante* para as plataformas online de maior porte que atuam como “gatekeepers”, a fim de assegurar que se comportem de forma justa, permitindo a competição e estimulando a inovação.⁶⁸

Nesta seção, faremos uma breve revisão de cada uma das regulamentações e iniciativas para identificar os focos de discussão regulatória que são específicos para esta região.

63 Citron, Danielle Keats and Wittes, Benjamin, “The Internet Will Not Break: Denying Bad Samaritans Section 230 Immunity” (July 24, 2017). *Fordham Law Review*, Forthcoming, U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2017-22. Disponível em:

64 Disponível em: <https://www.eff.org/deeplinks/2020/10/urgent-earn-it-act-introduced-house-representatives>

65 “By requiring platforms to broadly monitor and censor speech to which children might be exposed online, the EARN IT Act’s commission may recommend best practices that disproportionately censor, among other things: sex education materials, online support systems and communities for youth who are transgender or non-binary, and all other youth who are in any way questioning their gender or sexual identity to communicate with each other and with community members, any sex-related speech, particularly the speech of sex workers and of those in the sex industry, and any communication or speech involving youth. Paradoxically, the best practices could harm children’s ability to engage fully and experience the tremendous benefits to education and enrichment the internet offers.” Disponível em: <https://www.aclu.org/news/free-speech/the-earn-it-act-is-a-disaster-for-online-speech-and-privacy-especially-for-the-lgbtq-and-sex-worker-communities/>

66 Código de Conduta de Combate ao Incitamento Ilegal ao Ódio na Internet, assinado em 2016, e a proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho para a prevenção da divulgação de conteúdos terroristas online, apresentada em 2018.

67 Incluindo a Revisión de la Directiva de Servicios Audiovisuales (2018) e o Reglamento 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (2019)

68 Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>

i. Diretiva sobre o Comércio Eletrônico (*e-Commerce Directive*)

A Diretiva sobre o Comércio Eletrônico,⁶⁹ em vigor desde 2000, inclui os princípios sobre a responsabilidade de intermediários e a proibição de implementar uma obrigação de monitoramento geral de conteúdo.⁷⁰ A Diretiva estabelece a imunidade dos “serviços da sociedade da informação” sob certas condições: em geral, remover ou desativar o acesso ao conteúdo ilegal “rapidamente” a partir do momento em que tomam conhecimento da ilegalidade; e que os serviços tenham uma posição neutra, meramente técnica ou passiva em relação ao conteúdo de terceiros.⁷¹ A diretiva menciona três tipos de serviços que receberão imunidade: a mera transmissão, o armazenamento em cache e a hospedagem de dados.

Embora não contenha expressamente um sistema de “notificação e retirada”, as plataformas podem recorrer a esses mecanismos para evitar o descumprimento. No mesmo sentido, a proibição de implementar uma obrigação de monitoramento geral de conteúdo não impede que as plataformas realizem algum monitoramento, seja para garantir o cumprimento efetivo de seus Termos de Serviço e/ou para evitar qualquer responsabilidade. Por outro lado, ao contrário do que acontece nos Estados Unidos, a diretiva não inclui a proteção do “bom samaritano” no estilo do CDA 230 que protege as plataformas da Internet ao moderar o conteúdo gerado por seus usuários. Portanto, as plataformas devem ter cuidado ao moderar para evitar perder sua posição neutra e incorrer em responsabilidades.

Em relação aos conteúdos ilegais, fica estabelecido que o prestador do serviço não será responsável pelos dados armazenados, a menos que tome conhecimento efetivo da ilegalidade ou “não tenha conhecimento dos fatos ou circunstâncias pelas quais a atividade ou informação revele o seu carácter ilegal”. Ao tomar conhecimento deles, deverá agir rapidamente para remover os dados ou impossibilitar o acesso. A falta de disposições claras sobre o mecanismo (implícito) de “notificação e retirada” na diretiva levou a que, na prática, a sua aplicação varie em cada Estado.

Em 2018, a Comissão Europeia publicou um relatório sobre a aplicação do procedimento de “notificação e retirada” nos Estados-Membros,⁷² no qual se constata que alguns adotaram regras específicas sobre o tipo de material ilegal alcançado e aspectos processuais, incluindo o tipo de informação que deve conter a notificação. Além disso, o relatório indica que, com algumas exceções, os Estados consideram que ordens judiciais e administrativas são necessárias para obter “conhecimento efetivo” do conteúdo ilegal. No que diz respeito às notificações, estas só podem ativar conhecimentos efetivos desde que o conteúdo seja “manifestamente ilegal, o que deve ser avaliado caso a caso, visto que não existe um guia comum que surja da jurisprudência nacional”.

Não obstante a sua radical importância como quadro regulatório no âmbito europeu, as diferentes iniciativas regulatórias, corregulatórias e voluntárias promovidas pela União Europeia têm gerado numerosas exceções e interpretações alternativas, complementares e até mes-

69 Diretiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos dos serviços da sociedade da informação, em particular o comércio eletrônico no mercado interior (Diretiva sobre o comércio eletrônico).

70 Artigo 15 da Diretiva de Comércio Eletrônico.

71 Artigos 12 a 14 da Diretiva de Comércio Eletrônico.

72 European Commission, “Overview of the legal framework of notice-and-action procedures in Member States SMART 2016/0039”, 2018.

mo suplementares da Diretiva do Comércio Eletrônico. Em meio a essa diversificação de padrões, alguns deles possivelmente contraditórios, surgiu a proposta da *Digital Services Act*, uma nova lei-quadro para tratar da regulamentação integral dos serviços de comunicação digital na Europa.

ii. Digital Services Act

Até 2016, a Comissão Europeia manifestou a necessidade de harmonizar o marco regulamentar da economia digital na União Europeia, argumentando que:

“Em primeiro lugar, para que a Europa possa aproveitar todas as vantagens da economia das plataformas online e estimular o crescimento de empresas europeias emergentes nesta área, é óbvio que num mercado único não podem existir 28 regulamentações diferentes para essas plataformas. A existência para eles de diferentes normas a nível nacional e mesmo local cria incertezas para os agentes económicos, limita a disponibilidade de serviços digitais e confunde utilizadores e empresas”.⁷³

Desde então, a Comissão lançou os trabalhos preparatórios para o *Digital Services Act* (DSA), uma iniciativa que irá atualizar de forma integral a regulamentação do ecossistema digital como parte da estratégia do Mercado Único Digital da União Europeia.

Entre junho e setembro do ano de 2020, durante a pandemia, foi realizado um processo de consulta pública dirigido a cidadãos e organizações dentro e fora da Europa, com o objetivo de recolher informações e evidências que permitiram finalizar o esboço do regulamento.⁷⁴ Além disso, nesse mesmo período, três órgãos de dentro do Parlamento Europeu apresentaram relatórios com as suas próprias considerações.⁷⁵ Os três relatórios convergiram em pontos relevantes, como a manutenção do princípio da imunidade (conhecido como “porto seguro”) dado pela Diretiva sobre o Comércio Eletrônico e a manutenção da proibição de impor uma obrigação geral de monitoramento.⁷⁶ Além disso, concordaram em implementar um novo procedimento de remoção de notificação-retirada em relação ao conteúdo ilegal compartilhado por usuários, reforçar as obrigações de transparência e reparação (incluindo um mecanismo independente de resolução de disputas) e sugerir a criação de um órgão de supervisão especializado dentro da União Europeia.

73 Comunicação da Comissão Europeia sobre as plataformas online e o mercado único digital, desafios e oportunidades para Europa, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288&from=EN>

74 Especialistas, acadêmicos e organismos da sociedade civil de todas as partes do mundo apresentaram seus comentários. Dentre outros, Access Now (ver: <https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2020/10/Access-Nows-Position-on-the-Digital-Services-Act-Package.pdf>). Até a Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Michelle Bachelet, tornou pública sua carta endereçada ao Presidente da Comissão Europeia com seus comentários, disponível em: <https://europe.ohchr.org/EN/Stories/Documents/2020%2009%2007%20Letter%20HC%20to%20EC%20President.pdf>.

75 São eles: o Internal Markets and Consumer Protection (“IMCO”), Legal Affairs (“JURI”) e Civil Liberties, Justice and Home Affairs (“LIBE”).

76 Existente na Diretiva de Comércio Eletrônico (art. 15) e na Diretiva sobre Direitos Autorais e Direitos Conexos no Mercado Único Digital (art. 17).

Em dezembro de 2020, após vários meses de espera, a Comissão apresentou o pacote de propostas que inclui dois projetos legislativos: o *Digital Services Act* (DSA), que altera a Diretiva do Comércio, e o *Digital Markets Act* (DMA).

O DSA, argumentam do Parlamento, busca promover a inovação, o desenvolvimento e a competitividade, além de facilitar o crescimento de plataformas menores e *startups*, atendendo principalmente aos direitos dos cidadãos europeus. No seu site oficial, a Comissão informa que, neste projeto, “as responsabilidades dos usuários, plataformas e autoridades públicas estão reequilibradas de acordo com os valores europeus, colocando os cidadãos no centro” (tradução nossa).⁷⁷

A proposta mantém amplamente os princípios da responsabilidade dos intermediários estabelecidos na Diretiva Comércio Eletrônico, bem como a proibição de monitoramento geral dos conteúdos. Suas disposições alcançam diferentes provedores no ecossistema digital e as obrigações variam de acordo com seu papel, tamanho e impacto. São eles: serviços intermediários; serviços de hospedagem; plataformas online; e plataformas online muito grandes. As obrigações estão incorporadas nos relatórios de transparência (passam de voluntários a obrigatórios), termos de serviço (que devem ter em conta os direitos fundamentais), cooperação com as autoridades nacionais, mecanismos de notificação e retirada, entre outros.

Neste sentido, a DSA pretende melhorar os mecanismos de eliminação de conteúdos ilegais e a proteção dos direitos fundamentais online, bem como a criação de um sistema de fiscalização pública nas plataformas – especialmente nas maiores.

O DMA, por seu lado, foca no comportamento competitivo de grandes plataformas, pretendendo que aquelas que se comportam como “gatekeepers” o façam de forma justa. A regulamentação estimula que quem depende de gatekeepers para operar possa oferecer seus serviços em um ambiente mais justo, que promova a inovação e o desenvolvimento de startups de tecnologia, que os consumidores tenham acesso a mais e melhores serviços e tenham a possibilidade de escolher o provedor que desejam. Tal como acontece com o DSA, o projeto do DMA é um bom ponto de partida, embora os especialistas já tenham se manifestado sobre as disposições que precisam ser melhoradas.⁷⁸

As propostas de DSA e DMA priorizam a regulamentação de aspectos-chave como a transparência, o devido processo e a prestação de contas. Deste ponto de vista, as propostas foram bem recebidas pela sociedade civil, academia e Estados, não só na Europa, mas também no âmbito global⁷⁹. A verdade é que o processo legislativo europeu é, em termos gerais, um processo mais aberto e menos reativo do que muitos outros que se viram no mundo, e, portanto, um bom cenário para o desenvolvimento deste debate. Apesar destas condições, a proposta não ficou isenta de críticas da sociedade civil, que aponta para a insuficiência das salvaguardas substantivas e de procedimento propostas para garantir a proteção dos direitos fundamentais dos usuários e harmonizar procedimentos que lhes permitam defender de forma eficaz os seus

77 Ver mais informações disponíveis aqui: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en

78 Ver comentários de Cory Doctorow e Christoph Schmon aqui: <https://www.eff.org/deeplinks/2020/12/eus-digital-markets-act-there-lot-room-improvement>.

79 Ver comentários de Christoph Schmon e Karen Gullo aqui: <https://www.eff.org/deeplinks/2020/12/european-commissions-proposed-regulations-require-platforms-let-users-appeal> ; e de Access Now aqui: <https://www.accessnow.org/dsa-systemic-rules-for-online-platforms/>

direitos em caso de abuso por parte de agentes privados.⁸⁰ Os resultados desse processo, é claro, não estão garantidos.

iii. Diretiva sobre os Direitos Autorais e Direitos Afins no Mercado Único Digital

A Diretiva sobre Direitos Autorais e Direitos Conexos no Mercado Único Digital,⁸¹ aprovada em 2019, surgiu com o objetivo de modernizar a regulamentação sobre Direitos Autorais na era digital e em resposta a algumas das questões que mencionamos acima neste documento, principalmente a incorporação de queixas dos meios tradicionais de comunicação. A norma é considerada controversa,⁸² em grande medida, devido aos seus artigos 15 e 17.

O Artigo 15 refere-se à “proteção das publicações da imprensa em relação aos usos online”. Em suma, estabelece que os prestadores de serviços devem reconhecer e pagar os direitos sobre as publicações dos editores da imprensa, desde que não sejam hiperlinks, palavras isoladas ou “extratos muito breves de uma publicação da imprensa”. Além disso, prevê que os autores das obras incorporadas a uma publicação impressa receberão uma “parte adequada das receitas que os editores recebem pela utilização das suas publicações pelos prestadores de serviços da sociedade da informação”. A incorporação deste artigo responde a uma reivindicação atual em todo o mundo a respeito de como devem ser enfrentados os custos da indústria jornalística para a produção da informação que depois circula em redes e buscadores que se beneficiam de uma parte importante da publicidade que antes era canalizada para os próprios meios de comunicação.

A indústria da Internet argumentou que a disseminação e o redirecionamento dos mecanismos de busca para a mídia são benéficos para a mídia e que a criação de um sistema de licenciamento desestimula o compartilhamento de informações da mídia e artigos de imprensa.⁸³ O Google foi uma das primeiras plataformas a se manifestar contra essa disposição, cortando o comprimento dos fragmentos de visualização prévia (“snippets”) na França⁸⁴ e removendo a plataforma do Google News na Espanha, dentre outras medidas.

Da sociedade civil, a incorporação deste artigo recebeu críticas tanto na Europa como no mundo. A reprodução e difusão de notícias em diferentes lugares não só é permitida, mas também incentivada. Enquadrar a discussão sobre a sustentabilidade da mídia em uma área tradicio-

80 Ver EDRI, “Platform Regulation Done Right”. Disponível em: https://edri.org/wp-content/uploads/2020/04/DSA_EDRiPositionPaper.pdf

81 Altera a Diretiva 96/9/CE (relativa à proteção jurídica das bases de dados) e a Diretiva 2001/29/CE (relativa à harmonização de certos aspetos de direitos autorais e dos direitos relacionados com os direitos autorais na sociedade da informação). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019L0790>

82 Prova do seu carácter controverso foi o seu tratamento parlamentar, tendo sido aprovado por 348 votos a favor, 274 contra e 24 abstenções.

83 Um estudo interessante sobre consumo de notícias e comportamento online: <https://www.gsb.stanford.edu/faculty-research/working-papers/impact-news-aggregators-internet-news-consumption-case-localization>. Na Alemanha, alguns anos antes, uma regra local de direitos autorais foi promulgada que, como a Diretiva de Direitos Autorais, permitia que editores de comunicados à imprensa cobrassem por snippets de visualização compartilhados pelo Google. No entanto, depois de ver como a decisão do Google de cortar os snippets de visualização acabou reduzindo o tráfego para seus sites, os editores permitiram que o Google os exibisse sem nenhum custo.

84 Disponível em: <https://france.googleblog.com/2019/09/comment-nous-respectons-le-droit-dauteur.html>

nalmente conservadora e proprietária como a dos direitos autorais supõe, em certa medida, ignorar o papel que a mídia desempenha em uma democracia.⁸⁵

Por outro lado, no seu artigo 17.º, a Diretiva estabelece o procedimento que os prestadores de serviços devem seguir para compartilhar conteúdos protegidos por direitos autorais, quando oferecem acesso a obras ou outros serviços protegidos que tenham sido carregados pelos seus usuários. Para tal, é essencial determinar previamente se as atividades das plataformas são classificadas como “prestadores de serviços de compartilhamento de conteúdos *online*”, de acordo com a definição dada no ‘considerando 62’ e no artigo 2.6 da diretiva. Quando não têm contratos de licença com os autores do conteúdo compartilhado, os “provedores de serviço para compartilhar conteúdo online” devem demonstrar que:

- “A) fizeram todos os esforços para obter uma autorização, e
- b) fizeram, de acordo com rígidos padrões setoriais de diligência profissional, os maiores esforços para garantir a indisponibilidade de obras e outros serviços específicos para os quais os titulares dos direitos lhes tenham fornecido as informações pertinentes e necessárias, e em qualquer caso;
- c) agiram rapidamente ao receber uma notificação suficientemente motivada dos detentores de direitos, para desativar o acesso às obras ou outros serviços notificados ou para removê-los de seus sites, e fizeram todos os esforços para impedir que fossem carregados no futuro, em conformidade com a alínea b)”⁸⁶.

A norma não impõe às plataformas a obrigatoriedade de uso de filtros de upload, mas sua redação é vaga (não detalha quais são as implicações ao exigir “maiores esforços”) e, por consequência, empresas que lidam com conteúdo em larga escala podem se ver pressionadas a recorrer a essas tecnologias para evitar responsabilidade. Somado a isso, são tecnologias complexas e caras, de forma que as maiores empresas são as únicas capazes de cumprir essa disposição, desestimulando o surgimento de empresas menores e concentrando, ainda mais, a competição do ecossistema da Internet.

Assim como a Diretiva de Comércio Eletrônico, a Diretiva sobre Direitos Autorais estabelece que não deve haver nenhuma obrigação geral de monitoramento.⁸⁷ Na prática, porém, essa proibição parece contradizer o estipulado nos parágrafos anteriores.

Este modelo tem sido criticado, principalmente, por dois motivos: primeiro, porque a única via que permite a um usuário que teve seu conteúdo considerado como infrator solicitar a sua restituição, é a reclamação posterior perante o órgão judicial, situação que, devido à sua natureza onerosa, pode limitar o exercício da liberdade de expressão; e, em segundo lugar, porque o

85 Ver “A Diretiva Europeia de Direitos Autorais e seu impacto sobre os usuários na América Latina e no Caribe: uma perspectiva das organizações da sociedade civil”, *AI Sur* (2019): “Os artigos 15 e 17 são teoricamente para equilibrar os lucros das grandes plataformas que dependem de UCG às custas dos autores e dos direitos autorais da mídia. No entanto, afetarão todo o ecossistema da Internet. As grandes empresas terão os recursos para implementar esses mecanismos (em detrimento da liberdade de expressão dos usuários), mas outros serviços pequenos ou novos provavelmente terão um aumento em seus custos que poderia afetar diretamente seus serviços e sobrevivência econômica. Em outras palavras, para punir os grandes e dominantes, essa medida vai acabar fortalecendo-os e prejudicando os novos e os pequenos.”

86 Artigo 17.4 da Diretiva sobre Direitos Autorais.

87 Parágrafo 8 do artigo 17 da Diretiva sobre Direitos Autorais.

grande número de solicitações de remoção de conteúdo, muitas vezes feitas de forma abusiva, tem levado à automação de ambas as ações, fazendo com que em alguns casos sejam removidos conteúdos que não violam direitos autorais.

Em consonância com as críticas acima, David Kaye, ex-Relator Especial da ONU para a Promoção e Proteção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão, alertou sobre o alcance desta norma enquanto ainda estava em tratamento. Expressou sua preocupação com a possível censura prévia, mecanismos de recurso ineficazes e o peso desproporcional sobre organizações não-governamentais e pequenas empresas.⁸⁸

c. Regulações nacionais recentes: NetzDG na Alemanha, Ley Avia na França, o Online Harms White Paper britânico, o caso australiano e a proposta austríaca

A pressão sobre as empresas de Internet para remover conteúdo problemático foi sentida fortemente nas sociedades democráticas em todo o mundo, especialmente nos últimos anos. Na Alemanha, por exemplo, em 2017 foi aprovada a Lei para Melhorar a Aplicação da Lei em Redes Sociais (conhecida como Lei de Vigilância de Redes ou “NetzDG”), que obriga as plataformas a remover conteúdo contrário à legislação local em prazos extremamente curtos (alguns de apenas 24 horas), com risco de ser sujeito a sanções financeiras significativas por descumprimento. Ao contrário de outras, a lei alemã também cria um Comitê de Peritos, ao qual as empresas podem recorrer em caso de dúvida quanto à definição de certos termos ou casos duvidosos.

Em linha com a regulamentação alemã, em maio de 2020 a França aprovou a chamada “Lei Avia”⁸⁹ (promovida pela Deputada Laetitia Avia), que obriga as empresas a removerem, em menos de 24 horas, conteúdo manifestamente ilegal e conteúdo que incitem ao ódio e à violência, e, em menos de 1 hora, propaganda terrorista. Quase dois meses depois, esta obrigação —entre outras disposições— foi declarada inconstitucional pelo Conselho Constitucional Francês, por atentar contra a liberdade de expressão ao não cumprir os requisitos de necessidade e proporcionalidade ao objetivo prosseguido.

Da mesma forma, preocupado com a disseminação de conteúdo nocivo e ilegal na Internet, o governo britânico publicou, em abril de 2019, o “Online Harms White Paper”,⁹⁰ no qual apresentava seu plano para elaborar um novo marco regulatório para empresas de tecnologia. De acordo com o documento, o futuro marco regulatório responsabilizará as plataformas da Internet pela segurança do espaço digital, devendo cumprir a nova obrigação denominada “dever de cuidado”.⁹¹ Além disso, prevê que as empresas podem ser responsabilizadas por “danos online”, apresentados em uma lista não exaustiva, que inclui conteúdo ilegal e conteúdo que pode ser prejudiciais, mas não necessariamente ilegal. A lista é organizada por categoria e apresenta definições vagas e ambíguas, sem maiores explicações. Embora o governo tenha

88 Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-OTH-41-2018.pdf>

89 Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/ta/tao310.pdf>

90 Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/793360/Online_Harms_White_Paper.pdf

91 Courtney Radsch (CPJ) destaca um ponto interessante a esse respeito: “In the U.K., the government is developing a new regulatory framework to mitigate ‘online harms’ by imposing a ‘duty of care’ on platforms based on the perceived failure of voluntary initiatives. If a voluntary database that could identify terrorist content exists and is not used, it would not be far-fetched to expect that this could be seen as abrogating a platform’s duty of care”. “GIFCT: Possibly the Most Important Acronym You’ve Never Heard Of”, Just Security, 30 de setembro de 2020, disponível em: <https://www.justsecurity.org/72603/gifct-possibly-the-most-important-acronym-youve-never-heard-of/>

declarado que as empresas não podem ser obrigadas a realizar o monitoramento geral de todo o conteúdo, considera que o monitoramento específico deve ser exigido para ameaças à segurança nacional, segurança física de crianças e terrorismo (“tightly defined categories of illegal content”). A proposta tem suscitado críticas severas porque estabelece a obrigação de monitorar e criaria uma unidade administrativa capaz de incorporar e definir conteúdo que poderia ser bloqueado ou removido⁹².

Os esforços para limitar ou controlar a incitação ao ódio e conteúdo ilegal na Internet também chegaram à Austrália. Em abril de 2019, o Congresso australiano aprovou uma emenda ao seu código penal, por meio da qual introduziu a responsabilidade penal dos executivos de plataformas de Internet que não conseguiram remover “conteúdo violento repugnante”.⁹³ É, particularmente, preocupante que o projeto tenha sido tratado e aprovado sem a devida consulta pública e em prazo exíguo.

Está atualmente em debate o projeto de lei de plataformas de comunicação (KoPI-G) na Áustria, que contém disposições semelhantes à normativa alemã —em particular, em relação ao período de 24 horas para remoção de conteúdo ilegal—, com atualizações, por exemplo, em relação às obrigações de transparência. Apesar disso, organizações da sociedade civil, como Article 19, expressaram desacordo contra o Projeto.⁹⁴

d. Críticas comuns a esses sistemas regulatórios

As iniciativas regulatórias nos últimos anos foram criticadas principalmente por seus efeitos adversos sobre os direitos humanos, com particular atenção ao direito à liberdade de expressão. Acontece que as ameaças de responsabilidade, com multas financeiras significativas —ou, pior, penas de prisão, como é o caso da legislação australiana—, somadas à pressão para resolver em prazos extremamente curtos, geram um incentivo para a retirada excessiva de conteúdo, conhecido como “censura privada”. Diante dessas pressões, teme-se que as plataformas eliminem conteúdos supostamente ou manifestamente ilegais e, em muitos casos, totalmente legais, violando a proteção ao direito à liberdade de expressão reconhecida em instrumentos internacionais.

Os mecanismos de notificação e remoção são preocupantes na medida em que não dispõem de regras claras para orientar a sua implementação, não oferecem as garantias necessárias para evitar a eliminação de conteúdos legais e não estabelecem mecanismos de recurso e soluções adequadas em caso de erro. A Diretiva de Direitos Autorais, por exemplo, possibilita um mecanismo passível de ser abusado não apenas por empresas (usando filtros de upload), mas, indiretamente, por aqueles governos que buscam censurar conteúdo político. Contém, por sua vez, obrigações que na prática podem ser impossíveis de cumprir, como a prevista no parágrafo 9 do seu artigo 17, estabelecendo que:

92 Para conhecer algumas das críticas sobre o U.K. Online Harms White Paper ver, por exemplo, Goldman, Eric, The U.K. Online Harms White Paper and the Internet’s Cable-ized Future (2019). Ohio State Tech. L.J., em publicação, Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3438530>

93 Disponível em: https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bld=s1201

94 Disponível em: <https://www.article19.org/resources/austria-draft-communication-platforms-act-fails-freedom-of-expression/>

“As reclamações submetidas de acordo com o mecanismo estabelecido no primeiro parágrafo serão processadas sem atrasos indevidos e as decisões para desativar o acesso ao conteúdo carregado ou para removê-lo estarão sujeitas a exame por parte de indivíduos.” (grifo nosso).

Na moderação de conteúdo em larga escala, exigir que as empresas atuem com celeridade ou “sem atrasos indevidos” as impede de realizar uma análise adequada de cada caso e, ao mesmo tempo, indiretamente as pressiona a implementar mecanismos de automatização que colaborem à detecção rápida de conteúdo ilegal e problemático.⁹⁵ É o caso da norma alemã, por exemplo, e da proposta de Regulamento para a Prevenção da Divulgação de Conteúdo Terrorista Online da União Europeia. A automação da moderação tem seus próprios problemas, que vão desde a má interpretação e a falta de contexto do conteúdo, até preconceitos inerentes que aumentam a discriminação contra grupos vulneráveis. Por isso, embora o investimento em tecnologias de moderação de conteúdo e análise de reclamações seja necessário para a moderação de conteúdo em escala, deve-se promover que os algoritmos e atividades envolvidos sejam realizados de forma adequada, de forma a não afetar a expressão dos usuários.

Por outro lado, o fato de que as plataformas da Internet sejam responsáveis pela determinação da legalidade ou ilegalidade de uma expressão traz em si um problema que viola os princípios democráticos. Significa a delegação de poderes do Estado às empresas privadas, conferindo-lhes o poder de decidir qual expressão é lícita e qual não é, sem a devida transparência, responsabilidade ou procedimentos efetivos de recurso e/ou reparação. Nas palavras de David Kaye:

“As complexas questões de fato e de direito devem ser resolvidas por instituições públicas, não por agentes privados cujos procedimentos atuais podem não ser compatíveis com as regras de garantia do devido processo e cuja motivação é principalmente econômica”.⁹⁶

95 Essa implementação é operacional e financeiramente cara, aumentando na proporção da complexidade das decisões de moderação que você deve tomar ou facilitar. Isso afeta o desenvolvimento das próprias plataformas, bem como o crescimento da moderação como serviço terceirizado. Ver Cambridge Consultants, “Use of AI in Content Moderation”, disponível em: https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0028/157249/cambridge-consultants-ai-content-moderation.pdf

96 Em seu relatório temático de 2018 perante o Conselho de Direitos Humanos da ONU, A/HRC/38/35 Parágrafo 17.

V. Outras propostas: autorregulação e correção

A regulamentação de conteúdo em plataformas privadas não é uma questão de abordagem exclusivamente legislativa. Além dos esforços regulatórios acima descritos, na última década surgiram um conjunto de iniciativas e recomendações de princípios, desenvolvidas por diferentes grupos e coalizões de composição variada, com propostas de caráter regulatório, autorregulatório e correção. Esses arranjos são uma ferramenta fundamental para modelar o comportamento de empresas privadas que controlam plataformas online.⁹⁷

a. Iniciativas não vinculantes da União Europeia

Nos últimos anos, foram publicados diversos acordos, recomendações e iniciativas de caráter não vinculante dirigidas a plataformas de Internet. As iniciativas desenvolvidas conjuntamente por empresas privadas com apoio estatal concentraram-se majoritariamente na União Europeia.

As primeiras iniciativas estão vinculadas à proteção de menores e aos conteúdos a que são expostos online. Em 2009, foram aprovados os Princípios para Redes Sociais Mais Seguras,⁹⁸ com o objeto de garantir a adoção de medidas de proteção para crianças e adolescentes. Ao longo dos anos, o foco tornou-se mais complexo, com pressão tanto de governos, como de empresas e a sociedade como um todo para lidar com conteúdo que inclui discurso de ódio, terrorismo, notícias falsas e outros.

Em maio de 2016, principalmente em resposta aos ataques terroristas em Bruxelas,⁹⁹ várias empresas de tecnologia (originalmente Facebook, Microsoft, Twitter e Youtube, depois Google, Snapchat, Dailymotion e TikTok, entre outras) assinaram com a Comissão Europeia o Código de Conduta para o Combate à Incitação ilegal ao Ódio na Internet.¹⁰⁰ Nesse acordo, se comprometem voluntariamente a remover discurso de ódio ilegal de suas plataformas, implementando para essa finalidade regras claras, processos eficazes e se submetendo a rodadas de monitoramento sobre o seu cumprimento.¹⁰¹

97 Gorwa, Robert. 2019. "The platform governance triangle: conceptualizing the informal regulation of online content". *Internet Policy Review* 8 (2). DOI: 10.14763/2019.2.1407. <https://policyreview.info/articles/analysis/platform-governance-triangle-conceptualising-informal-regulation-online-content>.

98 Comissão Europeia. 2009. IP/09/232. "Redes sociais: a comissão media um acordo entre as principais empresas da web". 10 de fevereiro de 2009. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/es/ip_09_232/IP_09_232_ES.pdf

99 Hughes, Owen. 2016. "Twitter, Facebook and YouTube sign EU code of conduct to help combat online hate speech." *The International Business Times*, 1 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.ibtimes.co.uk/twitter-facebook-youtube-sign-eu-code-conduct-help-combat-online-hate-speech-1563163>

100 Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online. Disponível em: http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/hate_speech_code_of_conduct_en.pdf

101 Comissão Europeia. 2016. IP/16/1937. "A Comissão Europeia e as empresas de TI anunciam um Código de Conduta em matéria de incitamento ilegal ao ódio na Internet". 31 de maio de 2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_16_1937

Preocupada com a persistência de conteúdos ilegais na Internet, em março de 2018, a Comissão Europeia adotou a recomendação sobre medidas para combater eficazmente os conteúdos ilegais online.¹⁰²

Nessa recomendação, sugere-se que os mecanismos de notificação para conteúdo supostamente ilegal devem ser suficientemente precisos e substancialmente adequados para permitir que o provedor de serviços tome uma decisão informada sobre o conteúdo em questão, incluindo uma explicação dos motivos pelos quais o notificador considera que o conteúdo é ilegal. Indica, por sua vez, que o provedor de conteúdo deve ser informado sem demora indevida e “de forma proporcional” sobre a decisão e os motivos que a motivaram, bem como sobre a possibilidade de contestação. A única exceção estabelecida é o conteúdo “manifestamente ilegal”, relacionado a crimes que colocam em risco a vida e a segurança das pessoas.

Talvez a contribuição mais inovadora da recomendação seja que inclui, por sua vez, que os provedores de serviços de conteúdo devem adotar “medidas proativas” em relação a conteúdos ilegais. Essas medidas podem incluir a utilização de meios automáticos de detecção de conteúdos ilegais apenas quando adequados e proporcional, e sujeitos a salvaguardas eficazes a fim de evitar a remoção de conteúdos legítimos.¹⁰³

Da mesma forma, contém recomendações específicas relativas ao conteúdo terrorista. No entanto, e sem prejuízo das recomendações, encontra-se atualmente em tratamento (em processo “triálogo”) a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho para a Prevenção da Divulgação de Conteúdos Terroristas Online.¹⁰⁴ É uma proposta controversa porque contém disposições alarmantes do ponto de vista da proteção dos direitos humanos, em particular no que se refere à liberdade de expressão e à privacidade. Estabelece a obrigação de implementar filtros automatizados e remover conteúdo terrorista amplamente definido em menos de uma hora, dentre outras disposições.¹⁰⁵

Em outubro de 2018, representantes de plataformas de Internet, redes sociais e anunciantes assinaram com a Comissão Europeia o Código de Prática sobre Desinformação¹⁰⁶. Assim como o Código de Conduta de Combate à Incitação Ilegal ao Ódio na Internet, trata-se de um acordo voluntário de caráter autorregulatório com o objetivo de combater a desinformação e as falsas notícias – muito mais elaborado e detalhado que o anterior. Este Código inclui uma lista de

102 Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-recommendation-measures-effectively-tackle-illegal-content-online>

103 “In order to avoid removal of content which is not illegal content, without prejudice to the possibility for hosting service providers to set and enforce their terms of service in accordance with Union law and the laws of the Member States, there should be effective and appropriate safeguards to ensure that hosting service providers act in a diligent and proportionate manner in respect of content that they store, in particular when processing notices and counter-notices and when deciding on the possible removal of or disabling of access to content considered to be illegal content”. Recommendation on measures to effectively tackle illegal content online, Parágrafo 19.

104 Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:dcob5b0f-b65f-11e8-99ee-01aa75ed71a1.0023.02/DOC_1&format=PDF

105 Cabe destacar que, desde 2017, existe a Diretiva relativa à Luta contra o Terrorismo que obriga os Estados membros a adotarem as medidas necessárias para “garantir a rápida eliminação dos conteúdos online hospedados em seu território, constituídos de provocação pública à prática de um crime de terrorismo (...)” (artigo 21).

106 EU Code of Practice on Disinformation. Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=54454

“melhores práticas” e, além disso, a adição de signatários em 2020, tem permitido a avaliação pela Comissão Europeia em razão da pandemia COVID-19:¹⁰⁷

Em todos esses casos, além da limitação do tratamento das iniciativas relacionadas com o direito da União Europeia e da supervisão política da Comissão Europeia, a procura do cumprimento não está sujeita a consequências normativas claras. Do mesmo modo, para um grau variável de detalhamento nos compromissos adquiridos, o cumprimento parece estar necessariamente associado a uma certa capacidade operacional que só as grandes plataformas são capazes de assumir, quer no que diz respeito ao estabelecimento de políticas que visem à defesa dos interesses da comunidade europeia como também em respeito à sua observância.

Comum a estas iniciativas parece ser o caráter de ferramentas de controle de conteúdo transferidas para a responsabilidade das plataformas (e dos anunciantes), sem necessariamente existirem obrigações legais rígidas em referência ao conteúdo supostamente prejudicial ou infrator de normas europeias altamente abstratas. Apesar de lidar institucionalmente com preocupações válidas quanto ao uso de redes sociais contrárias aos direitos de crianças e adolescentes, ou para difundir desinformação em suas diferentes formas, ou ainda mensagens vinculadas a grupos que cometem atos de violência ou ódio discriminatório, este modelo se apresenta como uma forma de autorregulamentação com respaldo político que deixa de lado a formulação de normas jurídicas estritas em toda uma região.

A nível europeu, por sua vez, tais acordos exportam e impõem normas europeias aos seus estados membros sem prejuízo das diferentes normas locais sobre liberdade de expressão, que variam em cada Estado-membro.¹⁰⁸ A nível global, a adoção destas normas como parte dos termos e condições de serviço das empresas supõe, em muitos casos, a imposição do critério europeu ao resto das jurisdições.

b. GIFCT

Desde 2016 até hoje, o fenómeno da colaboração voluntária entre empresas e Estados parecia estar em franca expansão. A mais recente iniciativa de moderação de conteúdos também ocorre em outras áreas, como é o caso do Fórum Mundial de Internet para a Luta contra o Terrorismo (conhecido como “GIFCT” em sua sigla em inglês), criado em 2017. Com o objetivo de evitar que terroristas e extremistas violentos tirem partido das plataformas digitais, o GIFCT, composto por empresas¹⁰⁹ e Estados, procura consolidar-se como uma entidade que centraliza a moderação de conteúdos de diferentes empresas. Para este fim, as empresas compartilham entre si os conteúdos que foram identificados como terroristas ou de violência extrema, criando uma base de dados de *hashes* (“hash sharing consortium”),¹¹⁰ de maneira que aos arquivos identificados como “conteúdo terrorista” seja atribuída uma impressão digital ou código digital com o qual o mesmo conteúdo possa ser identificado em qualquer parte da rede, para assim limitar a sua circulação.

107 Comissão Europeia. 2020. IP/20/1568. “Desinformação: a UE avalia o Código de Boas Práticas e publica relatórios da plataforma sobre desinformação relacionada ao coronavírus”. 10 de setembro de 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_1568

108 Daphne Keller, Who Do You Sue? State and Platform Hybrid Power over Online Speech, Hoover Working Group on National Security, Technology, and Law, Aegis Series Paper No. 1902 (January 29, 2019), Disponível em: <https://www.lawfareblog.com/who-do-you-sue-state-and-platform-hybrid-power-over-online-speech>

109 Facebook, Microsoft, Twitter y YouTube (da Alphabet).

110 Disponível em: <https://www.gifct.org/joint-tech-innovation/>

Sem prejuízo de suas boas intenções (o consenso em torno da necessidade de controlar e bloquear conteúdos terroristas é indiscutível), especialistas e organizações da sociedade civil têm criticado seriamente esta iniciativa.¹¹¹ Principalmente, é criticada por sua falta de legitimidade, falta de mecanismo de fiscalização e falta de transparência.¹¹² Não há conhecimento – fora das empresas integrantes do GIFCT – sobre qual é o conteúdo existente nessa base de dados; não há auditoria externa, nem recursos ao conteúdo nela incluído. A falta de transparência implica a exclusão total de certas formas de expressão com total independência de sua contextualização ou a reivindicação de sua qualificação.

Além disso, as plataformas estão baseando as decisões de remoção de conteúdo em acordos privados, não nas Diretivas ou outra norma vinculante deixando os usuários sem a possibilidade de contestar as interpretações privadas enquadradas.

c. O Chamado de Christchurch

Dentro deste mesmo grupo de iniciativas público-privadas, desta vez com alcance global, encontramos “O Chamado de Christchurch” (*Christchurch Call*),¹¹³ lançado em maio de 2019 pela Primeira-ministra da Nova Zelândia e pelo Presidente da França, como uma chamada ação para combater “conteúdo terrorista e violento” online. Assinado inicialmente por dezoito governos e oito grandes empresas de Internet, dezenas de outros governos aderiram em setembro de 2019, incluindo Argentina, Chile, Colômbia, Costa Rica e México. São também compromissos não vinculantes, assumidos às pressas após o atentado terrorista à comunidade muçulmana em Christchurch, Nova Zelândia, planejado e executado com o objetivo de que o vídeo do ataque se tornasse viral.

O Chamado de Christchurch contempla compromissos para governos em termos amplos e ambíguos, incluindo a consideração da possibilidade de novas medidas regulatórias para prevenir a disseminação de conteúdo terrorista e violento. Para as empresas de Internet, o Chamado promove a adoção de medidas específicas para impedir que tais conteúdos sejam carregados e disseminados, incluindo medidas como o “desenvolvimento de tecnologias, a ampliação e utilização de bancos de dados compartilhados de *hashes* e URLs, e procedimentos eficazes de notificação e retirada”, a mitigação dos riscos de transmissão ao vivo, a revisão de algoritmos

111 Uma crítica significativa reside na temática alcançada: a tecnologia de “*hashes*” foi originalmente implementada para combater conteúdo de abuso sexual infantil online. Ao contrário destes conteúdos, determinar a ilegalidade de material terrorista ou de violência extrema pode ser muito mais complexo, ambíguo ou pouco claro e, por isso, existe o risco de incluir em excesso conteúdo legal e protegido contra qualquer censura nestas bases de dados. Por sua vez, existe a preocupação de que os governos possam abusar dessas bases de dados, usando-as como meio para silenciar ou silenciar vozes da oposição, na categoria de “terrorista”. Deve-se acrescentar que o Chamado de Christchurch, na prática, parece querer expandir o uso dessa base de dados compartilhada, alargando assim a aplicação de um sistema de controle de conteúdo altamente problemático. A combinação destes elementos poderia não só impedir o registro e divulgação de determinados conteúdos legítimos, mas também levar ao silêncio sobre a denúncia de crimes e violações dos direitos humanos, arrastando por sua vez esforços de verdade e investigação. Evelyn Douek, por exemplo, referiu-se a este tipo de iniciativas como “*content cartels*” (Douek, Evelyn, “The Rise of Content Cartels. Urging transparency and accountability in industry-wide content removal decisions”, Knight First Amendment Institute at Columbia University, 2020). (Ver também: Citron, D., *Extremist Speech, Compelled Conformity, and Censorship Creep*, 93 *Notre Dame L. Rev.* 1035, 1044, 2018; e Llansó, Emma. 2019. “*Platforms Want Centralized Censorship. That Should Scare You*”. *Wired*, 18 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.wired.com/story/platforms-centralized-censorship/>).

112 Disponível em: <https://www.justsecurity.org/72603/gifct-possibly-the-most-important-acronym-youve-never-heard-of/>

113 Christchurch Call to eliminate terrorist & violent extremist content online. Disponível em: <https://www.christchurchcall.com/call.html>

que amplificam este conteúdo, bem como as obrigações de transparência e observância dos seus termos de uso e a coordenação como indústria.

Toda essa gama de compromissos está escrita em linguagem de alto nível, com pouca precisão¹¹⁴ e com compromissos igualmente vagos de respeitar as normas e padrões internacionais de direitos humanos. Ao mesmo tempo, a elaboração desses compromissos com possível impacto na expressão online gerou uma forte reação contra grande parte da sociedade civil interessada em direitos digitais, especialmente do norte global,¹¹⁵ acusando a falta de transparência e exclusão de vozes relevantes, as definições vagas, as lacunas dos compromissos descritos e a atribuição difusa de papéis entre Estados e empresas privadas no controle das expressões potencialmente protegidas. Uma das formas de enfrentar algumas dessas críticas foi a formação de um Comitê Consultivo,¹¹⁶ composto por instituições majoritariamente do Norte global. O Chamado de Christchurch torna-se assim a base para a adoção de medidas pelas empresas de Internet, incluindo mudanças nas tecnologias de detecção de determinados conteúdos nas plataformas e bloqueio de conteúdos, acelerando processos de filtragem automatizados.

d. Iniciativas dentro das empresas

As iniciativas propostas pelas empresas para lidar com a moderação de conteúdo não tratam estritamente da questão da responsabilidade de intermediários. No entanto, como Dawn Nunziato destacou já em 2012 na introdução de *Rumo a uma Internet Livre de Censura*, a atividade autorregulatória das empresas só poderia ser justificada na medida em que fossem estabelecidos critérios de transparência e devido processo que garantam equanimidade e “neutralidade” da empresa, em suas regras e em sua aplicação.¹¹⁷ Essas medidas e iniciativas, em muitos casos, responderam à crescente pressão de usuários e governos exigindo maior legitimidade na concepção e implementação dos termos e condições de serviço. Sobretudo saíram das próprias empresas diante da crítica especializada e da crescente dificuldade que alguns temas de moderação demonstram.¹¹⁸

114 Douek, Evelyn. 2019. “Two Calls for Tech Regulation: The French Government Report and the Christchurch Call”. Lawfare, 18 de mayo de 2019. Disponível em: <https://www.lawfareblog.com/two-calls-tech-regulation-french-government-report-and-christchurch-call>

115 Civil Society Positions on Christchurch Call Pledge. Disponível em: <https://docs.google.com/document/d/1oRadyVQUNu1H5D7x6lJVkbqmaeDeXreoMk-FFNklVxs/mobilebasic>

116 The Christchurch Call Advisory Network. Disponível em: <https://www.christchurchcall.com/advisory-network.html>

117 “Na ausência de regulamentação, os provedores de banda larga terão poderes discricionários para discriminar conteúdos ou aplicações, e os cidadãos não terão garantias de acesso a uma multiplicidade de opiniões de fontes diversas e antagônicas, isentas de censura, o que é necessário para que tenham uma participação relevante no governo democrático”. Nunziato, Dawn, “Preservar la libertad en Internet en las Américas”, *Hacia una Internet Libre de Censura: propuestas para América Latina*, compilado por Eduardo Bertoni, UP (2012).

118 Em novembro de 2018, Mark Zuckerberg anunciou sua intenção de criar um órgão revisor independente, hoje conhecido como o “Oversight Board”. Em seu comunicado, mencionava: “At the same time, we have a responsibility to keep people safe on our services -- whether from terrorism, bullying, or other threats. We also have a broader social responsibility to help bring people closer together -- against polarization and extremism. The past two years have shown that without sufficient safeguards, people will misuse these tools to interfere in elections, spread misinformation, and incite violence. One of the most painful lessons I’ve learned is that when you connect two billion people, you will see all the beauty and ugliness of humanity”. Mark Zuckerberg, *A Blueprint for Content Governance and Enforcement* (2018). Disponível em: <https://www.facebook.com/notes/mark-zuckerberg/a-blueprint-for-content-governance-and-enforcement/10156443129621634/>

Num conjunto diferente de iniciativas, desta vez nascidas diretamente das empresas, vale destacar o Conselho de Confiança e Segurança do Twitter (2016),¹¹⁹ que mantém grupos de trabalho em diferentes áreas de interesse para aprimorar as políticas e práticas da empresa.¹²⁰ Mais do que uma forma específica de estabelecer políticas de conteúdo, é um mecanismo de consulta de uma empresa sobre si mesma.

Por sua vez, o Conselho Consultivo de Conteúdo (*Oversight Board*) criado pelo Facebook em 2019,¹²¹ pretende atuar como um órgão de revisão dos recursos das decisões do Facebook e Instagram sobre a retirada ou não retirada de conteúdo que violem as Normas comunitárias do Facebook, resolvendo esses casos de forma vinculante para a empresa, expressamente vinculada às normas do direito internacional dos direitos humanos para a apreciação de recursos. O alto perfil da empresa que criou este Conselho Consultivo trouxe consigo uma série de críticas sobre o alcance que teria sua atuação.¹²²

Nos dois casos descritos neste ponto, tratam-se de empresas que ampliam a forma como instituições e pessoas externas às empresas influenciam de forma diversa nas decisões que as próprias empresas tomam sobre sua forma de agir em relação ao conteúdo de seus usuários. Essas instâncias supõe a inclusão de vozes diversas na autorregulação das empresas, com diferentes níveis de incidência dependendo da estrutura e do desenho. Os distintos esforços foram bem recebidos em linhas gerais pela comunidade de usuários e com certo ceticismo pela sociedade civil e academia. As principais críticas destacam que nada mais é do que uma tentativa de desvincular parte da responsabilidade da empresa em casos particularmente complexos. A quantidade de casos individuais analisados por estes órgãos é mínima em comparação com o número de intervenções que as empresas realizam diariamente no conteúdo das suas plataformas, e sua ingerência na concepção de políticas de conteúdo na autorregulação é duvidosa.

e. Recomendações da sociedade civil

Cabe observar de maneira independente aqueles esforços nos quais a sociedade civil em sentido amplo tem um papel mais central, incluindo especialistas independentes, entidades acadêmicas e membros de comunidades técnicas não afiliadas a indústrias ou governos. Aqui encontramos os Princípios de Manila sobre Responsabilidade de Intermediários (2015),¹²³ elaborados por uma coalizão de organizações da sociedade civil, e no qual são definidos os padrões para a adoção de políticas e práticas sobre responsabilidade de intermediários que respeitem os direitos humanos. Os princípios incluem, entre outros, os deveres de transparência e devido processo legal, bem como a responsabilidade legal perante os requisitos relacionados, no controle de conteúdo potencialmente infrator de leis ou de termos de uso. Embora seja um conjunto de princípios amplamente reconhecidos, sua formulação ainda restringe sua utilidade a contextos

119 Twitter Trust and Safety Council "reúne organizações especializadas independentes de todo o mundo que promovem a segurança e nos aconselham sobre o desenvolvimento de nossos produtos, programas e as regras do Twitter." Ver <https://about.twitter.com/es/safety/trust-and-safety-council.html>

120 Em dos quais Al Sur é membro.

121 Conselho consultivo de conteúdo. Disponível em: <https://oversightboard.com> - O primeiro grupo de membros foi anunciado em maio de 2020, e começou sua operação no último trimestre de 2020.

122 Ver, por exemplo, Al Sur. 2019. Facebook Oversight Board: A Perspective from Latin America and the Caribbean. Disponível em: <https://www.alsur.lat/en/report/facebook-oversight-board-perspective-latin-america-and-caribbean>

123 Manila Principles on Intermediary Liability. Disponível em: <https://www.manilaprinciples.org/es>

de controle reduzido e não de escala, além de ser difícil de conciliar com as expectativas que diferentes governos têm imposto sobre o controle proativo de conteúdo nas plataformas.

Também neste grupo encontramos o trabalho da ONG internacional Article 19, um contribuinte central no processo de elaboração dos Princípios de Manila. Pouco antes de esses princípios serem formulados, a Article 19 publicava seu primeiro conjunto de recomendações sobre a responsabilidade de intermediários para governos e empresas, defendendo que não haveria responsabilidade para intermediários que armazenassem conteúdo de terceiros; que se estabeleça preferencialmente um modelo de notificação antes de qualquer ação de restrição e retirada; e que existam regras especiais para certas classes de conteúdo particularmente nocivos.¹²⁴ Essas recomendações foram repetidas e mais a fundo desenvolvidas nos Princípios de Manila, mantendo sua ancoragem no direito internacional dos direitos humanos como base para as recomendações.

Vários anos depois, em 2018, a Article 19 desenvolveu um novo conjunto de recomendações, desta vez dirigidas diretamente às empresas, assumindo a realidade prática da autorregulação e focalizando o problema do discurso de ódio nas redes sociais.¹²⁵ O documento levanta inúmeras críticas aos modelos de autorregulação e correção promovidos na União Europeia, incluindo os citados Códigos de Conduta e boas práticas, mencionados anteriormente, devido à sua aparente incompatibilidade com o direito internacional dos direitos humanos. No entanto, são estabelecidas algumas recomendações operacionais para as tentativas de autorregulação das empresas, além de reexaminar o papel dos Estados na promoção e proteção do direito à liberdade de expressão dos usuários da Internet, inclusive por meio de canais regulatórios. Uma proposta posterior de Article 19 ia além, sugerindo a criação de um órgão externo às empresas encarregado de revisar as decisões, com uma independência ainda mais marcada do que o Conselho Consultivo de Conteúdo criado pelo Facebook. Em 2019, Article 19 promoveu os Social Media Councils (SMCs), com o objetivo de fornecer um mecanismo de accountability sobre a moderação de conteúdo online, que seja independente, multissetorial, aberto, transparente, assentado nos padrões internacionais de direitos humanos.¹²⁶

Em 2018, um grupo de acadêmicos e representantes da sociedade civil dos Estados Unidos promoveu os Princípios de Santa Clara sobre transparência e prestação de contas na moderação de conteúdo.¹²⁷ Aqui foram elaboradas recomendações dirigidas especificamente às empresas, focadas em três aspectos dos atos de moderação de conteúdo: notificação de usuários, recurso de decisões e transparência. O alcance desses princípios é limitado, uma vez que se concentra em certas aspirações sobre o funcionamento das empresas e não na sua regulamentação ou responsabilidade pelo cumprimento de tais normas. Da mesma forma, embora as recomendações sejam mais procedimentais do que substantivas em relação ao conteúdo das regras de moderação, ainda deixam de fora alguns aspectos sistêmicos, como a categorização

124 Article 19. 2013. Internet intermediaries: Dilemma of Liability. Disponível em: https://www.article19.org/data/files/Intermediaries_ENGLISH.pdf

125 Article 19. 2018. Self-regulation and 'hate speech' on social media platforms. Disponível em: https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/03/Self-regulation-and-%E2%80%98hate-speech%E2%80%99-on-social-media-platforms_March2018.pdf

126 Ver mais em <https://www.article19.org/resources/social-media-councils>

127 Disponível em: <https://santaclaraprinciples.org/>

contextual dos tipos de conteúdo.¹²⁸ O documento também recebeu várias críticas por ter sido originalmente promovido por um pequeno grupo de acadêmicos e da sociedade civil nos Estados Unidos e posteriormente distribuído para assinatura e promoção em outras partes do globo. No entanto, um longo período de consulta ao longo de 2020 abre a possibilidade de melhorias nestas recomendações, sem prejuízo da provável preservação do seu âmbito limitado.

No âmbito regional, na América Latina, um grupo de organizações da sociedade civil promoveu recentemente um documento com padrões e recomendações intitulado “Normas para uma regulação democrática das grandes plataformas que garantam a liberdade de expressão online e uma Internet livre e aberta” (2020)¹²⁹. A iniciativa, liderada por Observacom inclui, com um enfoque, de certos atores latino-americanos, várias das discussões já delineadas sobre regulação. Pretende, por sua vez, enfrentar de maneira expressa o caráter dominante de certas plataformas de Internet, dando ênfase na concentração de poder em mãos privadas e considerando o efeito que esse poder tem sobre a capacidade dos usuários de exercer de maneira efetiva sua liberdade de expressão.

O documento também busca apresentar uma forma de regulação diferente dos aparentes extremos que representam a autorregulação e a “regulação estatal abusiva”. A proposta segue outras iniciativas ao rejeitar a responsabilidade objetiva das plataformas e a delegação para elas da função de decidir sobre a legalidade, veracidade ou decoro das expressões dos utilizadores. A este respeito, destaca-se a promoção de um sistema de correção no qual os padrões a cumprir devem ser diferentes para as “grandes plataformas de conteúdos”, designadas por um regulador nacional segundo as características descritas no documento. Também considera recomendações para padrões da comunidade, devido processo e transparência com moderação, entre outras recomendações, com um nível variável de especificidade.

Em referência à correção, o documento preconiza a existência de um órgão regulador estatal especializado para a supervisão da implementação dos princípios que o próprio documento destrincha. Ao mesmo tempo, o documento concentra-se em redes sociais e, especificamente, ao tema de liberdade de expressão como um tema distinto e separado de outras questões potencialmente objeto de regulação distinta, como os aspectos econômicos, finanças públicas, concorrência, direitos do consumidor etc.

Esta iniciativa também não está isenta de críticas, na medida em que sujeita a autorregulação empresarial ao controle do Estado. Por outro lado, embora haja consenso sobre muitos dos princípios, o documento carece da especificidade e granularidade necessárias para abordar questões como a natureza interjurisdicional da Internet e das plataformas que operam na Internet, as diferenças substantivas na definição e extensão de certos critérios e padrões de direitos humanos sobre os quais há consenso, mas também há margens significativas de discricionariedade para sua interpretação e implementação pelos Estados. Por outro lado, os que promovem o documento defendem que este seja o ponto de partida da conversa e não necessariamente o ponto de chegada, para ser trasladado literalmente em projeto de lei.

128 A categorização contextual dos tipos de conteúdo em termos operacionais desempenha um papel central ao admitir o recurso das enormes quantidades de spam que são detectadas e bloqueadas diariamente em grandes plataformas, por exemplo.

129 Disponível em: <https://www.observacom.org/wp-content/uploads/2020/09/Estandares-para-una-regulacion-democratica-de-las-grandes-plataformas.pdf>

VI. Conclusões

O documento e as iniciativas descritas mostram, sem dúvida, a complexidade do tema. O regime de responsabilidade dos intermediários pelo conteúdo de terceiros tem historicamente um impacto direto na moderação do conteúdo. Desde as primeiras normas a nível comparado no mundo às poucas normas existentes ao respeito em nossa região.

A legislação regional e comparada e a tendência que vemos nos projetos de regulação da responsabilidade dos intermediários existentes mostram-nos, em termos gerais, um apetite restritivo à expressão na Internet, particularmente nas redes sociais. Na América Latina, a pouca regulamentação estatal sobre responsabilidade de intermediários que existe estabelece a responsabilidade diferenciada das empresas pelo conteúdo de terceiros quando esse conteúdo possa violar supostos direitos autorais. Só recentemente, e de forma absolutamente reativa, surgiram nos legislativos da região iniciativas inclinadas a regular a responsabilidade dos intermediários pela circulação de conteúdos em outros temas como a desinformação e o discurso de ódio, especialmente, temas que sem dúvida preocupam e tem surgido nos últimos anos. com mais força na agenda pública global.

Essas iniciativas, no entanto, na maioria dos casos, carecem de um período prévio de estudo ou coleta de evidências, ou de uma discussão acompanhada de um debate amplo, participativo e plural; e suas propostas normativas em grande parte também violam os padrões regionais e internacionais de direitos humanos. Vemos na América Latina uma tendência “reativa” acima de uma tendência “proativa” para enfrentar os problemas do momento, com uma participação deficiente da sociedade civil nos debates legislativos.

Em todos os casos, essas legislações impactam de maneira direta o regime de responsabilidade de intermediários, que até agora carece de regulamentação específica e permanece sob a órbita da responsabilidade civil ordinária. Esta falta de distinções sobre o quadro geral de responsabilidade de intermediários perpetua as discussões em torno da aplicabilidade da responsabilidade objetiva na região, que não só fora descartada pelo resto do mundo, mas também fora claramente indicada como incompatível com os padrões regionais e globais de liberdade de expressão.

Na esfera comparada, o cenário regulatório também não é particularmente claro. Os Estados Unidos e a União Europeia têm legislações quadro que garantem a isenção de responsabilidade dos intermediários pelo conteúdo de terceiros, e o que surgiu recentemente seriam melhorias de transparência, devido processo e responsabilidade deste regime, como exceções limitadas a essa regra geral. Este documento pretende, em certa medida, destacar os pressupostos desse tipo de marcos regulatórios e seu desenvolvimento temporal a fim de alimentar as discussões que ainda temos na América Latina sobre os princípios gerais.

O espírito de isenção de responsabilidade de conteúdo de terceiros parece estar intacto do que emerge das propostas para alterar a CDA 230 e a proposta que a DSA e a DMA incorporam. No entanto, abundam imprecisões nesses esforços regulatórios, especialmente em relação ao conteúdo que parece mais problemático: desinformação, discurso de ódio, terrorismo e discurso radicalizado. A estes se somam as tradicionais exceções concedidas aos marcos gerais de isenção de responsabilidade refletidos nas leis de propriedade intelectual, às quais também foram acrescentados conteúdos jornalísticos recentemente.

O desenvolvimento tecnológico, sem dúvida, também impactou radicalmente a discussão em torno da responsabilidade dos intermediários ao se entrelaçar com as consequências da moderação de conteúdo para o exercício dos direitos dos usuários. As habilidades de monitoramento de conteúdo interno em plataformas são atualmente muito maiores do que existiam há uma década. O desenvolvimento de algoritmos cada vez mais complexos e obscuros para ordenar o conteúdo e disseminá-lo para a comunidade também é radicalmente diferente e apresenta novos desafios. O crescimento e a centralização do poder em alguns atores no âmbito global geraram a necessidade de olhar e pensar nos intermediários não apenas por causa de suas funções ou das camadas em que atuam (como fizemos anteriormente), mas também por causa de seu tamanho, função social, impacto público na esfera individual e coletiva. Assim, as iniciativas surgidas nos últimos anos, tanto dos Estados quanto da sociedade civil, visam justamente a desenhar mecanismos mais complexos de transparência e prestação de contas, distintos daqueles que pensamos há uma década.

Por outro lado, estes desenvolvimentos tecnológicos que vimos nos últimos anos nos obrigam a pensar na responsabilidade dos intermediários pelos seus próprios atos além da responsabilidade que poderiam ter pelo conteúdo de terceiros. A priorização de conteúdos, o desenvolvimento de algoritmos, o cumprimento de critérios adequados para garantir a não discriminação e o devido processo, fazem parte das ações que são objeto desse exame de sua responsabilidade além do impacto às pessoas em razão de conteúdos nocivos que são retirados de circulação. A complexidade crescente dessas ações pode dificultar a regularização dessa responsabilidade pelos próprios atos, o que torna necessário o envolvimento de diferentes partes interessadas e vozes de especialistas em qualquer debate regulatório. Envolve, por sua vez, um regulamento que consegue estabelecer padrões e princípios internacionais sem estar associado a plataformas ou tecnologias específicas, mas que pode ser adaptado a outras formas desconhecidas de intervenção das plataformas.

Apesar de o panorama legislativo global não parecer muito animador, a região latino-americana encontra-se em uma posição única para aprender com as experiências comparadas, tanto na Europa quanto nos Estados Unidos, onde, como vimos, abundam as boas e as más práticas. Nos últimos anos, os processos regulatórios e seus respectivos debates têm demonstrado a necessidade de gerar amplas discussões e sérios processos legislativos que incorporem estudos de impacto da legislação porposta sobre o ecossistema local e/ou regional. Esses processos estão sujeitos a um maior debate e estudo, o que permite antever dificuldades de implementação, reações e erros. Na Europa, em particular, existe atualmente um acúmulo interessante de experiências no que diz respeito à implementação dos acordos e regulamentos estabelecidos nos últimos anos. Essa experiência poderia ser particularmente rica para evitar erros comuns. É responsabilidade dos Estados, da sociedade civil e da academia promover instâncias adequadas de diálogo. Instâncias destinadas a identificar boas e más práticas, com vistas ao benefício mútuo.

Após um amplo e detalhado processo de reflexão, a partir de Al Sur extraímos da legislação comparada, da prática das empresas e das experiências das 11 organizações que fazem parte deste consórcio, as seguintes diretrizes para qualquer debate regulatório sobre a responsabilidade dos intermediários:

- Qualquer regulação no nosso marco regional deve atender os padrões interamericanos em matéria de liberdade de expressão, privacidade, acesso à informação, direitos de associação e reunião, direitos políticos e direito à verdade, entre outros.
- Seja no marco da regulação, da autorregulação ou da correção devem ser promovidas as obrigações de igualdade e não discriminação tanto de pessoas como de conteúdos, juntamente com os princípios estabelecidos na OC 5/85, que estabelece que será incompatível com a Convenção qualquer regulação privada ou autorregulação que exclua a priori grupos ou vozes do debate.
- Urge debater um marco geral de responsabilidade de intermediários para o conteúdo de terceiros, e estabelecer claramente a isenção de responsabilidade dos intermediários exceto para notificação judicial idônea, como princípio geral.
- Respeitando as distinções que existem entre a nossa região e a Europa, estabelecendo uma obrigação legal para que um terceiro elimine ou bloqueie informações ou ideias nocivas, mas não ilegais, sem intervenção judicial, constitui censura prévia e, portanto, não só não deve ser incentivada, mas tem que ser combatido.
- Se a legislação propuser obrigações para os intermediários a respeito de determinados conteúdos, esses devem estar claros e taxativamente estabelecidos na lei, e sujeitos a mecanismos de supervisão e transparência suficientes.
- Deve-se promover uma distinção clara entre a responsabilidade de intermediários pelas suas próprias ações, daquela responsabilidade pelo conteúdo ou ações de terceiros. A definição de “intervenção” é problemática e complexa, especialmente à medida que a tecnologia evolui e o papel de certos intermediários muda. Essa distinção para fins jurídicos deve ser objeto de amplo debate, incorporando as vozes de acadêmicos, da sociedade civil e em atenção a formulação de leis com base em evidências. A adoção e promoção de leis/regulamentações específicos para uma tecnologia ou comportamento de certas plataformas acarreta o risco inevitável de se tornar obsoleta.
- Deve-se promover regras flexíveis capazes de estabelecer clara distinção entre as obrigações que correspondam a diferentes categorias de intermediários, que cumpram distintas características em seu papel de intermediação dentro da Internet e com diferentes tamanhos e modelos de negócios de operação. Os debates em torno à regulação, autorregulação e correção devem atender as distinções necessárias entre os intermediários por suas funções, seu tamanho e seu possível impacto no debate público, de acordo com a regulação proposta (por exemplo, se forem regulamentadas obrigações de transparência ou de devido processo, prazos de remoção ou bloqueio de determinados conteúdos). Neste sentido, promover um critério diferenciado para os intermediários segundo critérios de necessidade e proporcionalidade, levando em conta o impacto na estrutura do intermediário, os custos e a sua influência na temática. A NetzDG é, neste sentido, um exemplo a seguir na medida em que distingue intermediários aos quais se aplicam termos e prazos determinados.

- Deve-se promover mecanismos de revisão judicial concessão de direitos, tanto online como offline. Os processos judiciais devem ser de fácil acesso e rápida resolução sobre questões relativas à responsabilidade dos intermediários para garantir dos direitos fundamentais dos usuários.
- Deve-se promover critérios de direitos humanos e não de ética em torno do desenvolvimento de algoritmos e da “inteligência artificial” (IA) e sua regulamentação. Compreendendo o termo IA em um sentido amplo, conforme definição utilizada por David Kaye, ex-Relator Especial para a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e expressão (ONU) em seu relatório sobre IA e Direitos Humanos, em 2019.
- Compreender a regulação da responsabilidade de intermediários e moderação de conteúdo como um campo regulatório que interage com os demais e, portanto, avaliar sistematicamente as oportunidades de que algumas das questões apresentadas como atuais deficiências do regime normativo de intermediários sejam resolvidas por meio de outras regulações específicas, como regulação da concentração econômica e da competição comercial; direitos do consumidor; proteção de dados pessoais ou regulação eleitoral.
- No que diz respeito à estratégia regional para aprofundar e acelerar a discussão em torno da regulação de intermediários, em primeiro lugar, é necessário priorizar e avançar nas áreas em que hoje existe o maior consenso, nas quais confiamos em poder obter melhores resultados: a adoção do princípio geral da imunidade sobre o conteúdo de terceiros, regulações relativas à transparência, devido processo, prestação de contas, reparação e compatibilidade com os direitos humanos. O processo hoje em curso pela CIDH deveria estar encaminhado a dar conteúdo a partir da perspectiva regional a cada um desses aspectos.
- É essencial promover a participação dos Estados das Américas nos distintos espaços de governança multissetorial de diversos aspectos da economia digital que proliferam globalmente. Fica claro nos antecedentes registrados no documento que iniciativas público-privadas, principalmente em matéria de terrorismo, radicalização, crianças e adolescentes, e até mesmo desinformação, impactam diretamente nas práticas de empresas com impacto global, sendo que nossa região está sub-representada nesses espaços, tanto no âmbito da sociedade civil quanto no âmbito estatal.

www.alsur.lat



AlSur