

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RELATOR DO  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.057.258/SP, DOUTOR MINISTRO LUIZ FUX**

**ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CENTROS DE INCLUSÃO DIGITAL – ABCID**, já devidamente qualificada nos autos e admitida como *amicus curiae* no presente Recurso Extraordinário nº 1.057.258, diante do transcurso temporal decorrido desde a sua manifestação em 14 de novembro de 2012, vem, respeitosamente, perante V. Exa., apresentar a seguinte **MANIFESTAÇÃO**, relativa às questões constitucionais discutidas no RE em epígrafe e no RE 1.037.396/SP, previstos para julgamento conjunto por esta egrégia Corte.

## SUMÁRIO DA MANIFESTAÇÃO

INTRODUÇÃO .....	3
1. Histórico e raciocínio do art. 19 do MCI .....	4
2. Necessidade de uma responsabilidade progressiva baseada em riscos .....	8
2.1 Conceito de risco sistêmico .....	15
3. Jurisprudência internacional sobre responsabilidade de intermediários .....	19
4. Análise do art. 19 do MCI à luz da proporcionalidade e da interpretação evolutiva .....	24
4.1. Regra de solução para colisão de direitos fundamentais .....	25
4.2. Da restrição desproporcional a direitos fundamentais .....	26
4.2.1. Forma desatualizada do regime de responsabilidade .....	27
4.2.2. A premissa questionável do efeito resfriador .....	29
4.2.3. Diversidade de medidas de moderação de conteúdo: desnecessidade da medida do art. 19 do MCI .....	33
4.2.4. Restrições graves a direitos da personalidade .....	34
4.2.5. Privatização ou cooperação na aplicação do direito? .....	36
5. DA INTERPRETAÇÃO DO ART. 19 DO MCI CONFORME À CRFB/1988 .....	39
CONCLUSÃO E PEDIDOS .....	42

## INTRODUÇÃO

1. Em outubro de 2012, a ABCID solicitou ingresso no presente processo na qualidade de *amicus curiae*, tendo à época apresentado memorial com razões de fato e de direito para contribuir com o julgamento do feito. Passados mais de dez anos, o cenário mudou substancialmente, o que justifica a manifestação que ora se apresenta.
2. Na primeira parte, realizamos uma recuperação histórica do raciocínio jurídico-legal do art. 19 do MCI a respeito da responsabilidade de provedores de aplicação de internet.
3. Em seguida, contextualizamos a evolução significativa das tecnologias de aplicações de internet. Nesta seção, especificamente destacamos o potencial impacto que o uso massivo de inteligência artificial, e particularmente de técnicas de recomendação algorítmica e *big data*, somado à concentração de mercado, podem representar aos direitos fundamentais. Apresentamos, nesta seção, o conceito de "risco sistêmico" a direitos fundamentais, com a finalidade de explicitar fatores, no desenvolvimento e contexto de aplicação de tais tecnologias, que conduzem à possibilidade de dano iminente e irreparável a direitos fundamentais.
4. A terceira seção é composta por referências sobre como a interpretação judicial acerca da responsabilidade de intermediários tem evoluído na jurisprudência internacional. Esta reflexão é essencial não somente para fins de contextualização, mas para auxiliar a compreensão de como a evolução tecnológica e normativa nos levam, em 2023, à necessidade de atualização do entendimento de 2014.
5. Em seguida, tratamos do tema da responsabilidade dos provedores de aplicação por conteúdo gerado por terceiros, com destaque para a demonstração dos riscos a violações de direitos fundamentais derivados de potencial inércia dos provedores a partir do regime de responsabilidade inaugurado pelo art. 19 do MCI.

6. Por fim, desenvolvemos o posicionamento final da presente manifestação, que é o da interpretação do art. 19 conforme a CRFB/1988.

## 1. Histórico e raciocínio do art. 19 do MCI

7. O MCI foi resultado de um processo amplo de consulta pública que abarcou setores diversos da sociedade civil. Teve como ponto de partida o decálogo de Princípios para a Governança da Internet<sup>1</sup>, formulado em processo multissetorial no âmbito do Comitê Gestor da Internet (CGI)<sup>2</sup>. De 2009 a 2014, o projeto de lei foi objeto de intenso debate público e edição on-line, por meio de um sistema aberto<sup>3</sup>, colaborativo e inédito de participação popular. A versão original do projeto foi criada pelo Ministério da Justiça em conjunto com a equipe do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV Direito Rio<sup>4</sup>.
8. A opção pela apresentação do projeto à participação pública e multissetorial se deu em contraposição aos projetos que estavam sendo elaborados desde o fim da década de 1990 sobre o tema. Tais projetos tendiam a uma abordagem

---

<sup>1</sup> COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Princípios para a governança e uso da Internet. Disponível em <<https://principios.cgi.br/>>. Acesso em: 23 mar. 2022.

<sup>2</sup> O CGI foi criado pelo Decreto n°. 4.829/2003 e tem como atribuição "estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da internet no Brasil e diretrizes para a execução do registro de Nomes de Domínio, alocação de Endereço IP (Internet Protocol) e administração pertinente ao Domínio de Primeiro Nível ('.br'). Também promove estudos e recomenda procedimentos para a segurança da internet e propõe programas de pesquisa e desenvolvimento que permitam a manutenção do nível de qualidade técnica e inovação no uso da internet. Conferir: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Página inicial. Disponível em <<https://www.cgi.br/>>. Acesso em 23 de mar. de 2022.

<sup>3</sup> CULTURA DIGITAL. Marco Civil da Internet: seus direitos e deveres em discussão. Disponível em <<http://web.archive.org/web/20200228045503/http://culturadigital.br/marcocivil/>>. Acesso em 23 de jun. de 2014 e <http://arquivo.edemocracia.camara.leg.br/web/marco-civil-da-internet/inicio>. Acesso em: 23 de mar de 2022. Para uma descrição do processo de consulta e incorporação de alterações a à proposta de lei, vide ZINGALES, Nicolo. *The Brazilian approach to internet intermediary liability: blueprint for a global regime?*. **Internet Policy Review, Journal on Internet Regulation**, v. 4, n. 4, 2015.

<sup>4</sup> COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Um pouco sobre o Marco Civil da Internet. Disponível em <<https://www.cgi.br/noticia/notas/um-pouco-sobre-o-marco-civil-da-internet/>> Acesso em 23 de mar de 2022. Ver também MAGRANI, Eduardo. Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014. Disponível em <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14106/Democracia\\_conectada.pdf/](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14106/Democracia_conectada.pdf/)>. Acesso em 23 mar. 2022.

majoritariamente penalista, sendo criticados, principalmente, pela academia e sociedade civil<sup>5</sup>, por suas tendências a regulamentar de maneira excessivamente restritiva valores democráticos fundamentais, como liberdade de expressão, privacidade e proteção de dados pessoais.

9. Entre diversas outras questões, o MCI procurou solucionar o impasse sobre a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Seu artigo 19 consagrou uma condição específica para que provedores de aplicações de internet sejam responsabilizados por atos praticados por usuários: a análise do material denunciado pelo Judiciário. Nesse regime, os provedores são responsabilizáveis não pelo conteúdo de terceiros, mas pela omissão em cumprir a ordem judicial específica – considerada as suas capacidades técnica.
10. A escolha legislativa<sup>6</sup> foi norteadada pela ideia de que um regime de mera notificação dos provedores poderia gerar o aumento de requisições abusivas, ilegítimas e infundadas de remoção de conteúdos de usuários. Nesse sentido, provedores, movidos por receio de responsabilização, tenderiam a atender a tais pedidos, em detrimento da circulação de conteúdos legítimos e lícitos<sup>7</sup>. Tal fenômeno é comumente definido como “efeito resfriador” ou “*chilling effect*”, em referência à ideia de que regras que têm potencial de atribuir mais responsabilidade ao intermediário podem fazê-lo remover mais conteúdos com uso excessivo e abusivo de mecanismos automatizados, produzindo falsos positivos e culminando, portanto, em prejuízo para o exercício da liberdade de expressão de usuários. A questão do efeito resfriador merece uma análise específica e, neste sentido, será aprofundada abaixo em tópico próprio (item

---

<sup>5</sup> CURZI, Yasmin. ALMEIDA, Clara. ZINGALES, Nicolo. Governança das plataformas. Em: Hartmann, et al., **Moderação de conteúdo online: contexto, cenário brasileiro e suas perspectivas regulatórias**, 1 ed. Rio de Janeiro: Alameda, 2022. p. 32-33.

<sup>6</sup> Vide SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. **Marco Civil da Internet: construção e aplicação**. Juiz de Fora: Editar, p. 108, 2016.

<sup>7</sup> A discussão é bastante frequente na seara de direitos autorais. Ver, por exemplo, URBAN, Jennifer M.; KARAGANIS, Joe; SCHOFIELD, Brianna. Notice and takedown in everyday practice. In: **UC Berkeley Public Law Research Paper**, No. 2755628, 2017. Disponível em <<https://lawcat.berkeley.edu/record/1127717>> Acesso em 24 abr. 2023.

4.2.2).O critério da necessidade de ingresso em juízo para obtenção do efeito de remoção de conteúdo é baseado no seguinte raciocínio: por um lado, a avaliação prévia do Judiciário evitaria pedidos abusivos de usuários para a retirada de conteúdos maliciosos; por outro lado, o requisito atuaria como filtro para evitar que os provedores de aplicações aumentassem o monitoramento prévio e cometessem excessos na moderação de conteúdo<sup>8</sup>. No entanto, é importante destacar que esse arranjo não implica em renúncia à moderação de conteúdo, que é amplamente implementada por meio de termos de uso e sistemas algorítmicos nos aplicativos, especialmente em redes sociais, e reconhecida como altamente desejável para garantir o bem-estar dos usuários<sup>9</sup>.

11. O regime geral do art. 19 foi excepcionado em duas hipóteses: aplica-se o art. 19, § 2º, em conjunção com o artigo 31, para situações de infringência a direitos autorais, e o art. 21 para casos de divulgação de imagens íntimas não consentidas. Nestes casos, o regime em vigência é o da mera notificação (*notice and takedown*) por parte da pessoa cujo direito material foi violado pela postagem em tela. Essa diferenciação pode ser atribuída às discussões multissetoriais que levaram à adoção da lei, atendendo às pressões da indústria de produção cultural, da sociedade civil, do Ministério Público e do governo, que destacavam, à época, os comportamentos abusivos descritos em tais artigos como os mais comuns e problemáticos<sup>10</sup>.
12. Para assegurar que usuários tenham acesso à justiça para ingresso das ações em referência, em seu art. 19, § 3º, o MCI concebe a possibilidade de ingresso de ações reparatórias em juizados especiais cíveis, o que implica que a ação pode ser iniciada mesmo sem representação por um advogado, em qualquer caso ficando suspensas as custas e honorários até a sentença (art. 54 da Lei 9.099/95),

---

<sup>8</sup> HARTMANN, Ivar. et al. **Moderação de conteúdo online: contexto, cenário brasileiro e suas perspectivas regulatórias**. Rio de Janeiro. Editora Alameda, 2022, p. 43.

<sup>9</sup> Vide, nesse sentido, STYLIANOU, Konstantinos; ZINGALES, Nicolo; DI STEFANO, Stefania. Is Facebook Keeping Up With International Standards on Freedom of Expression? A Time-Series Analysis 2005-2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=4032703>>, p. 16-17, 2022.

<sup>10</sup> Vide ZINGALES, Nicolo. The Brazilian approach to internet intermediary liability: blueprint for a global regime? In: Internet Policy Review, Journal on Internet Regulation, v. 4, n. 4, 2015.

e que qualquer parte pode pedir assistência judiciária caso não possua capacidade de arcar com custas e honorários tanto para a ação quanto para eventual recurso.

13. Para além disso, o art. 19 do MCI prevê, no § 4º, a possibilidade de decisões em sede de tutela antecipada – parcial ou total – existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na Internet, sempre que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Isso garante uma maior celeridade processual e maior efetividade na tutela de eventual vítima de conteúdo danoso, embora de forma claramente e especificamente vinculada ao critério específico do interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo (critério que, portanto, diferencia essa tutela antecipada de um clássico procedimento de liminar).
14. Por fim, o MCI expressamente prevê como princípio norteador do uso da internet no Brasil não apenas o respeito à liberdade de expressão, mas também aos direitos fundamentais, assim como o pleno desenvolvimento da personalidade e das capacidades para o exercício da cidadania em meios digitais (art. 2º, II). Em tese, esses valores, também preconizados na CRFB/1988, delimitam o âmbito de aplicação das demais disposições na lei, evitando interpretações que possam colocar em xeque os direitos humanos.
15. À época de sua aprovação, a ponderação feita pelo legislador na escolha de regras de responsabilidade por conteúdo de terceiro foi considerada adequada para garantir o pleno gozo desses direitos. No entanto, em relação ao contexto no qual foi elaborado, o legislador brasileiro não poderia prever a considerável evolução do papel social, econômico e político dos provedores de aplicações ao longo da última década.
16. Embora o MCI adote uma abordagem principiológica, é compreensível que alguns dispositivos normativos precisem ser revisados à luz da evolução da tecnologia, do seu uso e função, bem como da evolução normativa e

jurisprudencial em âmbito internacional. Nesse sentido, houve uma considerável evolução no que diz respeito à governança de conteúdo executada de forma privada pelas plataformas digitais<sup>11</sup>. As próximas seções oferecem uma análise preliminar dos conceitos supramencionados e das evoluções jurisprudenciais internacionais que reconhecem a necessidade de distinguir a heterogeneidade dos atores envolvidos.

## 2. Necessidade de uma responsabilidade progressiva baseada em riscos

17. O debate sobre a responsabilização de provedores de aplicações e a necessária adaptação da legislação para regular essas entidades evoluiu consideravelmente ao longo das últimas duas décadas, principalmente devido à transformação de tais atores. O contexto tecnológico, social e econômico hoje é radicalmente diferente do final dos anos 90 e início dos anos 2000, quando os regimes de responsabilização de intermediários de Internet foram elaborados em todo o mundo e serviram como exemplos para a elaboração do MCI.<sup>12</sup> Durante esse período, as mudanças mais marcantes incluem o aumento de escala e o uso ubíquo de aplicações para finalidades diversas e essenciais – como acesso a serviços privados e públicos, para além de comunicações cotidianas –, e o

---

<sup>11</sup> Mais sobre a governança privada de direitos fundamentais e valores públicos por plataformas pode ser encontrado em: DE FILIPPI, Primavera; BELLI, Luca. The Law of the Cloud v. the Law of the Land: Challenges and Opportunities for Innovation. *European Journal of Law and Technology*, v. 3, n. 2, 2012.; BELLI, Luca; VENTURINI, Jamila. Private ordering and the rise of terms of service as cyber-regulation. *Internet Policy Review*, v. 5, n. 4, p. 1-17, 2016.; BELLI, Luca; FRANCISCO, Pedro Augusto P.; ZINGALES, Nicolo. Law of the Land or Law of the Platform? Beware of the Privatisation of Regulation and Police, in: BELLI, Luca et al. Platform regulations: how platforms are regulated and how they regulate us. FGV Direito Rio, 2017.; BELLI, Luca; SAPPÀ, Cristiana. The intermediary conundrum: cyber-regulators, cyber-police or both. *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L.*, v. 8, p. 183, 2017.; CURZI, Yasmin. ALMEIDA, Clara. ZINGALES, Nicolo. Governança das plataformas. in: HARTMANN et al., Moderação de conteúdo online: contexto, cenário brasileiro e suas perspectivas regulatórias, Rio de Janeiro: Editora Alameda, 2022.

<sup>12</sup> Particularmente, a seção 230 do Communications Decency Act (CDA) de 1996, o sistema de "notice-and-takedown" criado pelo Digital Millennium Copyright Act (DMCA) de 1998, e os artigos 12, 13 e 14 da Diretiva 2000/31/EC, comumente conhecida como "Diretiva e-Commerce".



aprimoramento significativo de sistemas de inteligência artificial, análises de *big data* e técnicas de decisão algorítmica implementados pelas empresas.

18. Tais avanços incluem a extração maciça de dados pessoais para perfilamento e micro-direcionamento de anúncios e de conteúdo<sup>13</sup>, bem como pelo desenvolvimento de sistemas de recomendação baseados em predição de comportamentos e prevalentemente orientados ao contínuo estímulo de “engajamento,”<sup>14</sup> essencial para continuar a alimentar a supramencionada extração de dados. Assim, abordagens regulatórias concebidas sem considerar esse tipo de transformação podem apresentar limites para a regulação dos potenciais riscos sistêmicos que começaram a ser entendidos somente na última década e a ser documentados apenas há poucos anos<sup>15</sup>.

19. Um exemplo dos riscos sistêmicos que alguns tipos de provedores de aplicativos podem determinar foi oferecido recentemente pela ampla divulgação de conteúdos de glorificação e propaganda de massacres em escolas, nos meses de março e abril de 2023<sup>16</sup>. A gravidade de tal episódio levou o governo federal a

---

<sup>13</sup> Vide MOROZOV, Evgeny. Big tech: A ascensão dos dados e a morte da política. São Paulo: Ubu Editora, 2018.; ZUBOFF, Shoshana. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. *Journal of information technology*, v. 30, n. 1, p. 75-89, 2015.

<sup>14</sup> Ou seja, a reação aos conteúdos compartilhados por outros usuários e compartilhamento do maior número de conteúdos, para se monetizar os dados associados a tais postagens. Vide TUFEEKCI, Zeynep. Algorithmic harms beyond Facebook and Google: Emergent challenges of computational agency. *Colorado Technology Law Journal*, v. 13, p. 203, 2015.

<sup>15</sup> Por exemplo, somente em 2018, o Conselho de Direitos Humanos da ONU reconheceu o “papel significativo” do Facebook no massacre dos Rohingya, em Myanmar, destacando que a aplicação de rede “tem sido um instrumento útil para quem procura espalhar o ódio, num contexto em que, para a maioria dos utilizadores, o Facebook é a Internet”. Sobre este assunto, ver também o relatório da missão independente para observação empírica do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em Myanmar. Ver Human Rights Council (HRC), Report of the independent international fact-finding mission on Myanmar, 2018. Disponível em: <[A/HRC/39/64](#)>, Accessed 24 mar. 2023.

A propósito da mesma questão, em 2022, uma avaliação de impacto conduzida pela Anistia Internacional concluiu que “os algoritmos da Meta amplificaram e promoveram proativamente conteúdo que incitava violência, ódio e discriminação contra os rohingyas – colocando lenha na fogueira da discriminação de longa data e aumentando substancialmente o risco de um surto de violência em massa. O relatório conclui que a Meta contribuiu substancialmente para os impactos adversos aos direitos humanos sofridos pelos rohingya e tem a responsabilidade de fornecer aos sobreviventes uma solução eficaz.” Ver Amnesty International. The social atrocity: Meta and the right to remedy for the Rohingya, 2022. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/en/documents/ASA16/5933/2022/en/>>. Acesso em 24 de abr. 2024.

<sup>16</sup> SCHURIG, Sofia; SPAGNUOLO, Sérgio. Sem moderação, Twitter tolera conteúdo explícito de apoio a massacres escolares. Núcleo. (6 Abril 2023). Disponível em

concluir pela necessidade de se adotar uma portaria pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública como medida de urgência para evitar que a recomendação e promoção de tais conteúdos levasse a consequências catastróficas<sup>17</sup>.

20. Nesse sentido, cabem algumas considerações preliminares. Em primeiro lugar, quando a maioria dos marcos regulatórios sobre responsabilidade de intermediários foi concebida, não havia plataformas com grande poder de mercado e ecossistemas capazes de integrar um amplo espectro de serviços essenciais para as interações sociais, econômicas e democráticas. Provedores de aplicações nos anos 1990 eram, em sua ampla maioria, atores de pequeno ou médio porte, cujo funcionamento era baseado em ferramentas algorítmicas básicas.<sup>18</sup> Como descrito por Shoshana Zuboff, não havia reutilização pelas ferramentas algorítmicas de dados comportamentais alheios àqueles

---

<https://nucleo.jor.br/reportagem/2023-04-06-sem-moderacao-conteudo-massacres-twitter/>  
Acesso em 24 de abr. 2023.

<sup>17</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Portaria do Ministro Nº 351/2023. Dispõe sobre medidas administrativas a serem adotadas no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, para fins de prevenção à disseminação de conteúdos flagrantemente ilícitos, prejudiciais ou danosos por plataformas de redes sociais, e de outras providências. Disponível em [https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/mj-sp-edita-portaria-com-novas-diretrizes-para-redes-sociais-apos-ataques-nas-escolas/portaria-do-ministro\\_plataformas.pdf/view](https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/mj-sp-edita-portaria-com-novas-diretrizes-para-redes-sociais-apos-ataques-nas-escolas/portaria-do-ministro_plataformas.pdf/view)  
Acesso em 24 de abr. 2023.

<sup>18</sup> Quando as mídias sociais foram introduzidas em meados dos anos 2000, o conteúdo era exibido em uma linha do tempo literal ordenada em ordem cronológica inversa. A evolução do algoritmo do Facebook, cujos detalhes foram revelados nos chamados “Facebook Papers” de 2021, oferece um excelente exemplo para entender a rapidez e as consequências radicais que tais atualizações tecnológicas podem determinar. Somente em 2009, a empresa começou a classificar as postagens com base em “curtidas” (o botão “Curtir” foi introduzido em 2007), priorizando as postagens com mais curtidas. Em 2016, o Facebook começou a medir o valor de uma postagem com base na quantidade de tempo que os usuários gastam nela, mesmo que não a “curtam” ou compartilhem e, em 2017, a plataforma começou a priorizar reações emocionais baseadas nas recém-introduzidas “emojis”, que oferecem um perfilamento mais detalhado das simples curtidas. Em janeiro de 2018, respondendo a críticas generalizadas sobre manipulação algorítmica trazida pelo escândalo Facebook-Cambridge Analítica, o CEO Mark Zuckerberg anunciou que os algoritmos do Facebook começariam a priorizar “postagens que desencadeiam conversas e interações significativas entre usuários”. Somente em 2019 o Facebook começou a priorizar postagens de “amigos próximos” ou seja aqueles com quem as pessoas mais se envolvem. Isso ocorreu depois que recebeu críticas generalizadas de que suas mudanças no algoritmo de 2018 acabaram apenas aumentando a indignação e a divisão dos usuários, promovendo mais desinformação e discurso de ódio. Por fim, em 2020, o Facebook anunciou que seu algoritmo começará a avaliar a credibilidade e a qualidade dos artigos de notícias para promover notícias fundamentadas em vez de desinformação. Vide OREMUS, Will et al. Here’s how Facebook’s algorithm works. The Washington Post. (26 outubro 2021) <https://www.washingtonpost.com/technology/interactive/2021/how-facebook-algorithm-works/>

necessários para o fornecimento do serviço. Somente nos anos 2000 empresas de plataformas digitais começaram a implementar sistemas algorítmicos mais sofisticados, explorando o processo que Zuboff denomina como "a descoberta do superávit comportamental,"<sup>19</sup> e somente ao longo da década de 2010 essas empresas se consolidaram como atores dominantes, destacando a necessidade de se elaborar regulação assimétrica.<sup>20</sup>

21. Cabe destacar que existe uma considerável pressão de mercado para aprimorar constantemente sistemas de inteligência artificial a fim de maximizar lucros, enquanto não existem ainda no Brasil obrigações de testagem de produtos e análises necessárias para mensurar impactos de novas tecnologias ou modelos de negócios sobre a democracia e direitos fundamentais. Neste contexto, tais testagem são frequentemente minimizadas ou até evitadas, considerando que podem determinar atrasos na implementação de tecnologias e modelos potencialmente muito lucrativos ou até barrar seu uso<sup>21</sup>. Um exemplo neste sentido foi oferecido pela delatora da Meta, Frances Haugen, que testemunhou perante o Senado estadunidense, em outubro de 2021, sobre os danos causados em usuários das plataformas da empresa por seus algoritmos de recomendação de conteúdo<sup>22</sup>. Assim, a delatora esclareceu que as pesquisas da própria empresa evidenciaram que as ferramentas algorítmicas que estavam sendo implementadas teriam efeitos socialmente perniciosos, especialmente em

---

<sup>19</sup> ZUBOFF, Shoshana. A era do capitalismo de vigilância. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, p. 92-93, 2020.

<sup>20</sup> Neste sentido, em 2015 a Comissão Europeia lançou uma consulta pública para promover a reforma da Diretiva e-Commerce (que definia o regime de responsabilidade de provedores de aplicativos na UE) e começar o processo de elaboração de uma regulação assimétrica sobre plataformas digitais, que culminou com a recente adoção dos Digital Markets Act e Digital Services Act..

<sup>21</sup> Vide supra BELLI, Luca; FRANCISCO, Pedro Augusto P.; ZINGALES (2017).; BELLI, Luca. Platform Councils: Solving or Creating Regulatory Vulnerabilities? A Brazilian Perspective. in Platform://Democracy. Humboldt Institute for Internet and Society. (2023). <<https://www.hiig.de/en/project/platform-democracy/>> Acesso em: 24 abr. 2023.

<sup>22</sup> HAUGEN, Frances. Statement at the United States Senate Committee on Commerce, Science, and Transportation Sub-Committee on Consumer Protection, Product Safety, and Data Security, 2021. Disponível em: <<https://www.commerce.senate.gov/services/files/FC8A558E-824E-4914-BEDB-3A7B1190BD49>> Acesso em 24 abr. 2023.

usuários mais vulneráveis como crianças e adolescentes e, a despeito das pesquisas conduzidas, a empresa decidiu continuar a implementação, priorizando o aumento de uso e da base de usuários e, portanto, a maximização de seus lucros.

22. Em relação ao Brasil – assim como a enorme maioria dos países do chamado “Sul Global” –, uma variável relevante, e que potencialmente incrementa a predominância e o impacto de certos atores no mercado comunicacional, é a existência de práticas de patrocínio de aplicativos ou “zero rating”<sup>23</sup>. Estas são responsáveis por patrocinar o acesso móvel a alguns aplicativos específicos – tipicamente redes sociais dominantes – apresentadas como a “custo zero” nos pacotes de acesso de internet móvel dos usuários. A prática, que pode parecer benéfica em uma avaliação superficial, pode levar à concentração do mercado<sup>24</sup> e causar prejuízos à saúde informacional, como demonstrado em estudo empírico de Bruno e Evangelista<sup>25</sup>. Ademais, como destacado por especialistas e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia desde 2020, a prática também contraria o princípio da neutralidade da rede<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup>As características e efeitos das práticas de zero rating são analisadas em BELLI, Luca. Net neutrality, zero rating and the Minitelisation of the internet. *Journal of Cyber Policy*. v. 2. n. 1., 2017. ; BELLI, Luca, Neutralidade da rede, zero-rating e o Marco Civil da Internet. in: in BELLI, Luca e CAVALLI, Olga. *Governança e Regulações da Internet na América Latina*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2018. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27164>> Acesso em 24 abr. 2023.

<sup>24</sup>A medida pode ter sido fundamental para o aumento expressivo da base de usuários de determinados aplicativos no Brasil que, em certos casos, alcançou 85% (Facebook) ou 95% (WhatsApp) da população conectada brasileira, considerando que cerca de 85% dos usuários de Internet nas classe C, D e E usam planos de zero rating que direcionam o acesso em redes sociais patrocinadas enquanto mantêm custos extremamente elevados para acessar “a parte restante” da Internet. Ver Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC); INSTITUTO LOCOMOTIVA. *Barreiras e limitações no acesso à internet e hábitos de uso e navegação na rede nas classes C, D e E.*, 2021. Disponível em: <[https://idec.org.br/sites/default/files/pesquisa\\_locomotiva\\_relatorio.pdf](https://idec.org.br/sites/default/files/pesquisa_locomotiva_relatorio.pdf)> Acesso em 24 abr. 2023.

<sup>25</sup> EVANGELISTA, Rafael; BRUNO, Fernanda. WhatsApp and political instability in Brazil: targeted messages and political radicalisation. *Internet Policy Review*, v. 8, n. 4, p. 1-23, 2019.

<sup>26</sup> Ver os estudos disponíveis em BRITTO, Walter; TELLES, Carolina. Zero Rating. Página inicial, 2019. Disponível em <[www.zerorating.info](http://www.zerorating.info)> Acesso em 24 abr. 2023., e BELLI, Luca. Neutralidade de rede e ordem econômica. *Observatório do Marco Civil da Internet.*, 2017. Disponível em: <<http://www.omci.org.br/jurisprudencia/207/neutralidade-de-rede-e-ordem-economica/>>. Acesso em 24 abr. 2023.

23. Em segundo lugar, soma-se à predominância de certos atores no mercado informacional digital o problema do uso de dados comportamentais e dados pessoais para a criação de sistemas de recomendação algorítmica. Para entender os sistemas de recomendação, cabe distinguir três tipos de propagação de conteúdo, que têm particular importância nas plataformas de rede social<sup>27</sup>. São elas: (i) por subscrição, que implica simplesmente que o usuário se inscreva em uma fonte para receber conteúdo; (ii) por rede, que depende da ação de outros usuários, que podem repassar conteúdo para terceiros na rede, como por ex. com um retweet; (iii) algorítmica, dependente do perfilamento, que agrupa usuários com interesses parecidos e recomenda conteúdo com base nesses grupos. Esse último tipo de propagação é implementada<sup>28</sup>, majoritariamente, contando com o engajamento como métrica principal, de modo a determinar quais conteúdos serão priorizados ou tornados menos visíveis. Como demonstrado por Tufekci, as escolhas obscuras dos sistemas de recomendação podem afetar significativamente o debate público. Segundo a autora, quando os protestos do Black Lives Matter estavam começando em 2014, em Ferguson,

---

Ver especialmente os parágrafos 44 e 45 do julgamento Telenor do TJUE segundo a qual “concretamente aplicações e serviços que podem ser utilizados sem restrições a uma «tarifa zero» [ou seja o chamado zero rating] uma vez esgotado o volume de dados incluídos no pacote adquirido pelos clientes e, correlativamente, de reduzir a utilização das outras aplicações e dos outros serviços disponíveis, tendo em conta as medidas através das quais o prestador de serviços de acesso à Internet em causa torna essa utilização tecnicamente mais difícil, senão mesmo impossível. Por fim, quanto maior for o número de clientes que concluem acordos de subscrição de tais ofertas agrupadas maior será a possibilidade de o impacto cumulativo desses acordos, atendendo à sua dimensão, provocar uma limitação significativa do exercício do direito dos utilizadores finais”. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 15 de setembro de 2020. Telenor Magyarország Zrt. contra Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke C-807/18 e C-39/19.

<sup>27</sup> NARAYANAN, Arvin, Understanding Social Media Algorithms. **Knight First Amend Inst at Columbia University**. 9 mar. de 2023. Disponível em: <<https://knightcolumbia.org/content/understanding-social-media-recommendation-algorithms>> Acesso em 24 abr. 2023.

<sup>28</sup> Cabe destacar também que sistemas algorítmicos de recomendação são usados por um leque extremamente amplo e diferenciado de aplicativos, além dos evidentes exemplos de redes sociais. Por exemplo, as plataformas Netflix e Amazon utilizam este tipo de sistemas para exibir conteúdo que, baseado em vários critérios e variáveis processadas algoritmicamente, levam as empresas a acreditarem ser atraentes para o usuário, seja em termos de entretenimento ou compra de novos produtos. Cabe ressaltar, porém, que no contexto das mídias sociais a recomendação algorítmica assume uma importância essencial e pode ter um impacto extremamente relevante nas comunicações.

Missouri, após o assassinato de um adolescente afro-americano, ela poderia ter acesso ao conteúdo sobre os protestos apenas mudando seu feed do Facebook para uma ordem cronológica. Já o feed padrão, com base na recomendação personalizada, estava promovendo o Ice Bucket Challenge<sup>29</sup>. Isto porque o algoritmo de recomendação do Facebook foi programado para privilegiar a viralização.

24. À demonstração dos riscos decorrentes da utilização de sistemas de recomendações, destaca-se o maior potencial de engajamento de conteúdos ultrajantes. Como demonstrado em estudo empírico conduzido pelos Prof. William Brady e Molly Crocket do departamento de psicologia social de Yale<sup>30</sup>, conteúdos desinformativos, polêmicos e nocivos possuem maior potencial de engajamento. Sendo engajamento a métrica para a recomendação algorítmica pelas plataformas, sem a adoção das devidas diligências pelas plataformas nessa atividade, há potencial de que elas recomendem ativamente conteúdos nocivos.
25. Portanto, uma diligência mínima que precisa ser reconhecida e imposta às plataformas é a da transparência significativa e possibilidade de controle efetivo pelo usuário sobre qualquer sistema de recomendação. Particularmente, apenas se o usuário for informado sobre os objetivos dos sistemas de recomendação e puder efetivamente controlar os parâmetros utilizados para seu perfilamento algorítmico, poderia, eventualmente, se afirmar que as recomendações são fruto da vontade de cada usuário e que a plataforma atua como um mero intermediário. Caso contrário, o provedor de aplicação viraria co-autor e portanto não poderia se beneficiar da isenção de responsabilidade, tendo um papel ativo na definição de qual tipo de informações e ideias cada usuário poderá receber, procurar e compartilhar. Isso seria condizente com casos internacionais como *FHC c Rommates* e *Delfi c Estonia* (veja-se abaixo, na seção 4) nos quais

---

<sup>29</sup> TUFEKCI, Zeynep. Algorithmic harms beyond Facebook and Google: Emergent challenges of computational agency. *Colorado Technology Law Journal*, v. 13, p. 203, 2015.

<sup>30</sup> BRADY, William J. et al. How social learning amplifies moral outrage expression in online social networks. *Science Advances*, v. 7, 2021.

foram responsabilizados provedores que proporcionaram instrumentos que encorajavam ou facilitavam uma conduta ilegal.

## 2.1 Conceito de risco sistêmico

26. A seção anterior procurou mostrar que riscos sistêmicos se traduzem em implicações substanciais para o pleno gozo de direitos fundamentais, inclusive para o funcionamento das instituições democráticas. O ponto central para fins de comparação é que, muitas vezes, riscos gerados pelas grandes plataformas digitais podem ser considerados análogos aos riscos sistêmicos dos quais ouvimos falar no contexto financeiro. Isso porque alguns desses riscos têm uma forte tendência a fugir do controle das empresas e “contagiar” o mundo físico<sup>31</sup>, da mesma forma em que as grandes instituições financeiras podem ter efeitos difusos e imprevisíveis na “economia real”. As inúmeras crises financeiras nos ensinam que não podemos prever os danos específicos que eles causarão, mas sabemos que as crises financeiras acontecem ciclicamente. Portanto, regulamos essas empresas atribuindo-lhes deveres adicionais para garantir que sejam suficientemente seguras.

27. A definição de risco sistêmico pode se inspirar nos três critérios utilizados na regulação financeira para medir os riscos gerados à economia real<sup>32</sup>: (i) Em primeiro lugar, a amplitude da base de usuários. Isto porque uma vasta base de usuários facilita uma veiculação massiva de conteúdo, muitas vezes de forma imprevisível, dependendo do comportamento dos próprios usuários. (ii) Em segundo lugar, a interconexão entre múltiplos atores dentro do mesmo ecossistema. O raciocínio aqui é duplo: por um lado, o potencial espalhamento

---

<sup>31</sup> Por exemplo, a European Systemic Risk Board define "cyber-incidente sistêmico" aquele que ocorre no setor financeiro e que potencialmente ameaça o mercado interno e a economia real com consequências seriamente negativas.

Vide European Systemic Risk Board. Systemic cyber risk. p. 22, 2022. Disponível em: <[https://www.esrb.europa.eu/pub/pdf/reports/esrb.report200219\\_systemiccyberrisk~101a09685e.en.pdf](https://www.esrb.europa.eu/pub/pdf/reports/esrb.report200219_systemiccyberrisk~101a09685e.en.pdf)> Acesso em 24 abr. 2023.

<sup>32</sup> WERBACH, Kevin; ZARING, David. Systemically Important Technology. Texas Law Review, p. 861-63, 2022. Disponível em: <<https://texaslawreview.org/systemically-important-technology/>> Acesso em 24 abr. 2023.

ou "efeito de contaminação" de um risco é maior quando ele afeta ao mesmo tempo diversas entidades cujos serviços têm algum grau de correlação. Por outro lado, a existência de múltiplos atores interconectados aumenta as chances de abusos dos serviços por terceiros que fazem parte desse ecossistema. Particularmente, ressalta-se a existência de ampla gama de técnicas e comportamentos coordenados<sup>33</sup>, para a manipulação de má-fé dos sistemas de plataforma digital<sup>34</sup>. Cabe destacar que o risco de amplificação de conteúdo se torna ainda mais evidente em caso de implementação de sistemas de recomendação algorítmica, que maximizam e orientam as interconexões sistêmicas por meio de recomendações e que podem ser exploradas abusivamente por atores de má fé, para manipular o sistema e sus usuarios. Inclusive, os riscos de amplificação desse conteúdo deve levar em consideração

---

<sup>33</sup> Destaca-se o trabalho depreendido pelo Atlantic Council, por meio de seu Digital Forensic Research Laboratory, para identificar redes de contas que se utilizam de comportamento coordenado e inautêntico para afetar o debate público. Ver ATLANTIC COUNCIL, Atlantic Council's DFRLab independent analysis of networks removed by Facebook in Russia, Georgia, and Myanmar, 2020. <<https://www.atlanticcouncil.org/news/press-releases/atlantic-councils-dfrlab-independent-analysis-of-networks-removed-by-facebook-in-russia-georgia-and-myanmar/>> Acesso em 24 abr. 2023. Veja-se também BRADSHAW, Samantha; BAILEY, Hannah; HOWARD, Philip N. Industrialized Disinformation: 2020 Global Inventory of Organized Social Media Manipulation. Oxford, UK: Programme on Democracy & Technology, 2021. Disponível em: <https://demtech.oii.ox.ac.uk/research/posts/industrialized-disinformation/>. No Brasil, comportamentos inautênticos foram identificados nas eleições presidenciais de 2018. Ver RUEDIGER, Marco; GRASSI, Amaro. Polarization Presidentialism. How social media reshaped Brazilian politics: a case study on the 2018 elections. In: Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert—zur Macht des Digitalen. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, p. 283-298, 2022. Disponível em: <<https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748932741-283.pdf>> Acesso 24 abr. 2023. Ver também sobre eleições estaduais em MARIANO, Antônio; CURZI, Yasmin. Impacto das redes sociais no comportamento eleitoral: o caso do Rio de Janeiro em 2018. X Congresso Latinoamericano de Ciência Política. ALACIP. Lima, 2019. Disponível em: <<https://alacip.org/cong19/222-de%20mendonca-19.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2023.

<sup>34</sup> Um exemplo deste tipo de risco foi oferecido pelos recentes vazamentos de documentos confidenciais da CIA, os ditos "Pentagon leaks", segundo os quais operadores russos de "centenas de milhares de contas falsas de redes sociais" foram interceptados se gabando de serem detectados apenas cerca de 1% das vezes, quando eles implementarem campanhas de desinformação sobre a guerra na Ucrânia e sobre os efeitos colaterais das vacinas. Ver MENN, Joseph. Russians boasted that just 1% of fake social profiles are caught, leak shows. **The Washington Post**. (16 abril 2023). Disponível em <<https://www.washingtonpost.com/technology/2023/04/16/russia-disinformation-discord-leaked-documents/>> Acesso em: 24 abr. 2023.



a existência de vieses, cujas dinâmicas não são explicáveis nem pelas próprias empresas<sup>35</sup>.

28. (iii) Por último, a dependência dos usuários finais e comerciais dos serviços da empresa em questão. Aqui, a forma principal de determinar dependência remete à possibilidade de substituição entre os serviços da empresa e aqueles oferecidos por concorrentes. Embora existam no direito econômico também critérios de dependência que não dependem do poder de mercado, olhando para o grau de utilização de um determinado insumo na produção, a popularidade ou a escassez de um determinado insumo, e o grau de investimento feito pelos usuários na relação com a empresa em questão<sup>36</sup>, aqui é importante frisar que, ao longo da última década, certos provedores de aplicativos alcançaram um papel insubstituível pela enorme maioria da população brasileira (e do Sul Global), nomeadamente, em razão de serem patrocinados.<sup>37</sup> Sendo as redes sociais entre os únicos aplicativos patrocinados,

---

<sup>35</sup> Nesse mesmo sentido, por exemplo, a equipe de transparência, accountability e ética do Twitter (que foi recentemente eliminado pela nova gestão do bilionário Elon Musk) publicou uma pesquisa analisando a amplificação de milhões de tweets em sete países, destacando que conteúdos categorizados como de extrema direita recebem uma amplificação maior, mas não conseguindo explicar porque tal viés acontece. Ver BELLI, Luca HUSZÁR, Conor;; SCHLAJKER, Ferenc; KTEA, Sofia Ira; O'BRIEN, Andrew; HARD, Moritz. Algorithmic Amplification of Politics on Twitter. Machine Learning Ethics Transparency and Accountability META Team, 2021. Disponível em: [https://cdn.cms-twigitalassets.com/content/dam/blog-twitter/official/en\\_us/company/2021/rml/Algorithmic-Amplification-of-Politics-on-Twitter.pdf](https://cdn.cms-twigitalassets.com/content/dam/blog-twitter/official/en_us/company/2021/rml/Algorithmic-Amplification-of-Politics-on-Twitter.pdf) Acesso 24 abr. 2023.

<sup>36</sup> Vide LIANOS, Ioannis; LOMBARDI, Claudio. Superior Bargaining Power and the Global Food Value Chain: the Wuthering Heights of Holistic Competition Law? CLES Research Paper Series, 2016. Disponível em: <ISBN 978-1-910801-08-6> Acesso em 24 abr. 2023.

<sup>37</sup> Tal insubstituibilidade tornou-se evidente no caso da atualização das políticas de privacidade do aplicativo Whatsapp em 2021. Apesar da qualidade do aplicativo ser claramente reduzida pela atualização (que determinava o compartilhamento de todos os metadados dos usuários do WhatsApp com “a família de aplicativos Facebook” sob pena de perder as principais funcionalidades do aplicativo) a enorme maioria dos usuários “aceitou” as atualizações, sendo o WhatsApp uma plataforma de comunicação insubstituível, especialmente durante o período pandêmico. Ver BELLI, Luca; ZINGALES, Nicolo. Novas Regras do WhatsApp: a proteção de dados se torna um luxo para 2 bilhões de pessoas?. MIT Technology Review, 2021. Disponível em: <<https://mittechreview.com.br/novas-regras-de-facebook-e-whatsapp-a-protecao-de-dados-se-torna-um-luxo-para-2-bilhoes-de-pessoas/>> Acesso em 24 abr. 2023.

A consequência altamente indesejável da perda de funcionalidades do Whatsapp em caso de recuso de compartilhamento de dados, apesar de ser incompatível com a legislação brasileira em matéria de proteção de dados pessoais, foi reiterada pelo provedor de aplicativo e e mantida em sua página oficial até a semana precedente ao prazo. Ver

é importante salientar que os grupos e perfis de influenciadores em tais aplicativos se tornam canais de propagação e acesso a (des)informação sem rivais para usuários de mais baixa renda, que atualmente compõem cerca de 85% da população conectada brasileira.<sup>38</sup> Portanto, com base nesses critérios, pode-se qualificar um risco como mais ou menos sistêmico, o que implica em um diferente tipo de diligência mínima. Em outras palavras, é necessário considerar as diferenças de amplitude da base de usuários, poder no mercado e grau de interconexão de diversos atores dentro de um ecossistema, e para além do tipo de conteúdos veiculados por aplicações (incluindo, a tal fim, uma distinção entre conteúdo patrocinado ou não- que implica em um diferente nível de diligência esperada). A necessidade de uma abordagem diferenciada e progressiva é baseada no entendimento de que, não somente plataformas com diferentes ecossistemas implicam um impacto social radicalmente diferente, mas também sistemas algorítmicos diferentes e tipo de conteúdo veiculado por aplicativos determinam níveis de riscos incomparáveis. Essa abordagem já existe no arcabouço regulatório brasileiro: particularmente, a normativa nacional em matéria de proteção de dados desonera atores de pequeno porte, enquanto mantém ônus maior para atores de tamanho maior e cujas atividades apresentam alto risco.<sup>39</sup>

29. As questões e evoluções destacadas nesta seção foram consideradas por vários legisladores, reguladores e tribunais e uma rica jurisprudência sobre o assunto

---

<https://web.archive.org/web/20210506202148/https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/what-happens-when-our-terms-and-privacy-policy-updates-take-effect/?lang=en>

<sup>38</sup> Ver Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC); INSTITUTO LOCOMOTIVA. Barreiras e limitações no acesso à internet e hábitos de uso e navegação na rede nas classes C, D e E., 2021. Disponível em: <[https://idec.org.br/sites/default/files/pesquisa\\_locomotiva\\_relatorio.pdf](https://idec.org.br/sites/default/files/pesquisa_locomotiva_relatorio.pdf)> Acesso em 24 abr. 2023.

<sup>39</sup> Vide Resolução CD/ANPD Nº 2, de 27 de Janeiro de 2022. Aprova o Regulamento de aplicação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), para agentes de tratamento de pequeno porte. Considerando as contribuições recebidas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), ao longo da consulta que levou à adoção da Resolução n.2, nos parece que a orientação da totalidade dos stakeholders brasileiros seja no sentido de concordar com a adoção de uma abordagem progressiva, reduzindo a carga regulatória de atores menores para favorecer a inovação, porém mantendo a necessidade de responsabilização para atores maiores e cujas atividades apresentam alto risco.

começou a emergir nos últimos anos em nível internacional. Tal jurisprudência é analisada na próxima seção.

### 3. Jurisprudência internacional sobre responsabilidade de intermediários

30. A partir da segunda metade da última década passou a vigorar uma tendência, tanto na legislação<sup>40</sup> quanto na jurisprudência internacional, de se impor deveres de diligência proporcionais a provedores de aplicações de internet em relação ao conteúdo gerado por terceiros, em particular tendo em vista o grau de controle e intervenção que exercem sobre esse conteúdo, como reflexo das consideráveis evoluções estruturais destacadas precedentemente. Assim, a jurisprudência internacional tem se afastado da ideia de que a simples responsabilização de um provedor de aplicação de Internet após recepção de um pedido de remoção (*notice and takedown*) geraria uma interferência indevida sobre a liberdade de expressão. Pelo contrário, destaca-se uma tendência a exigir deveres de cuidado mais articulados para assegurar a efetividade na proteção de direitos fundamentais das pessoas envolvidas no conteúdo controvertido.

31. Por exemplo, no emblemático caso *Delfi AS v. Estonia*<sup>41</sup>, decidido em 2015 pela Grande Câmara do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, foi ratificada a interferência na liberdade de expressão de um portal de notícias, quando ponderada com a dignidade humana, com a sua responsabilização por declarações difamatórias feitas por alguns usuários nos comentários de um

---

<sup>40</sup> Veja-se, por exemplo, Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022 relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE (Regulamento dos Serviços Digitais); Draft Online Safety Bill, Disponível em:

<[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/985033/Draft\\_Online\\_Safety\\_Bill\\_Bookmarked.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/985033/Draft_Online_Safety_Bill_Bookmarked.pdf)> Acesso 24 abr. 2023.

<sup>41</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. CASE OF DELFI AS v. ESTONIA, ECHR Grand Chamber, Application n. 64569/09 ECHR 586, 2015. Disponível em: <<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/grandchamber&c=>> Acesso 24 abr. 2023.

artigo publicado no portal. No que diz respeito à avaliação de proporcionalidade dessa restrição, a Corte utilizou três critérios:

- (i) O contexto no qual a expressão difamatória aconteceu. Foi pontuado que os comentários eram de natureza extrema e que Delfi, portal gerido profissionalmente, procurava atrair um alto número de comentários por interesse econômico. Isto seria confirmado pela impossibilidade dos usuários de retirar ou modificar seus próprios comentários. O estímulo ao “engajamento” como parte essencial da atividade profissional do provedor foi, portanto, considerado elemento fundamental para se avaliar a responsabilidade. A conclusão foi no sentido de que havia **grau suficiente de controle** (no sentido de capacidade de prevenir o problema) para que o portal fosse responsabilizado como editor e não como mero intermediário;
- (ii) As **medidas adotadas** pelo portal para evitar a disseminação de conteúdo ilegal. Foi considerada insuficiente a existência de um sistema de *notice and takedown* no portal, combinado com um sistema de filtragem de determinados palavrões, na medida em que não houve detecção de comentários claramente ilegais (discursos de ódio);
- (iii) **A eficácia**, para fins de proteção da dignidade e personalidade das vítimas, da possível medida alternativa **da responsabilização dos autores** dos comentários. Houve, de fato, impedimento da identificação de autores de comentários ilícitos, pela inexistência de um sistema de cadastro dos usuários e pela falta de rastreamento de endereços de IP dos autores de comentários; e
- (iv) **As consequências para o intermediário**, que no caso seriam limitadas à indenização, via responsabilidade civil, de 320 euros pelo dano causado. Não houve imposição de qualquer necessidade de alterar o próprio modelo de negócio, embora a necessidade de aprimoramento do sistema de moderação seja uma consequência previsível do julgamento.

33. Em outro caso parecido, em 2016, *Index.hu v. Hungria*<sup>42</sup>, a Corte expandiu a lista de fatores para avaliação de proporcionalidade, incluindo, para além dos pontos (1) a (4) elencados acima, **as consequências** do conteúdo ilegal **para a vítima** (5). No caso em questão, a empresa vítima de difamação não teria sofrido um prejuízo grave pela publicação porque já estava sendo alvo de investigação pelas autoridades em relação à conduta que tinha sido objeto de reclamação nos comentários. Com base no limitado potencial danoso do conteúdo e considerando suficiente para tal cenário a adoção de medidas de *notice and takedown* em combinação com uma moderação proativa de conteúdo pelo portal, a Corte concluiu que a responsabilização violaria a liberdade de expressão.
34. A Corte de Justiça da União Europeia, por sua vez, utilizou critérios parecidos para balizar a responsabilidade de um provedor de hospedagem por conteúdo de terceiros para além do sistema de *notice and takedown*, aplicando esses princípios a um caso de violações de marcas pelos vendedores de produtos hospedados no site do provedor. No caso *Ebay v. L'Oréal*<sup>43</sup>, a Corte afirmou que tal responsabilidade existe quando o provedor tiver conhecimento de fatos ou circunstâncias com base nas quais **um operador econômico diligente deveria ter percebido** que as ofertas de produtos em questão são ilegais e falhe em remover prontamente esse conteúdo do site do provedor. Para explicar o raciocínio da aplicação dessa responsabilidade, a Corte destacou um terceiro princípio que orienta a aplicação da normativa em questão (a partir da Diretiva de E-commerce, de 2004<sup>44</sup>): a responsabilidade depende da existência de um **papel**

---

<sup>42</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu. Zrt v. Hungary (application no 22947/13 [2016] ECHR 135), 2016. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-160314%22>> Acesso 24 abr. 2023.

<sup>43</sup> REINO UNIDO, High Court of Justice (England & Wales). Caso C-324/09 ECLI:EU:C:2011:474. L'Oréal SA e outros contra eBay International AG e outros. 12 Jul. 2011. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-324/09>> Acesso em 24 abr. 2023.

<sup>44</sup> O PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (Directiva sobre o comércio electrónico). Jornal Oficial nº L 178

**ativo do operador** em relação ao conteúdo veiculado, **que se pode assumir quando o operador fornece assistência na oferta dos produtos, inclusive com a organização algorítmica** e otimização da apresentação dessas ofertas.

35. Na implementação desses princípios, o Tribunal de Milão (confirmado pela Corte de Cassação italiana) chegou a determinar que a condição de passividade seria perdida em caso de enriquecimento do conteúdo através de filtragem, seleção, organização, classificação, agregação ou promoção como parte das atividades empresariais do provedor, e a adoção de técnicas de avaliação do comportamento para aumentar a retenção dos usuários<sup>45</sup>. De forma similar, embora limitadamente ao caso específico de responsabilidade do provedor por violação de direito de autor causada por postagem de terceiro, a Corte de Justiça da União Europeia esclareceu que a passividade seria perdida também quando um operador econômico **participa na seleção** de conteúdo protegido pelo direito de autor a ser disponibilizado para o público **ou fornece ferramentas na sua plataforma que são especificamente voltadas para o compartilhamento ilegal** desse conteúdo, **como pode ser deduzido pela adoção de um modelo financeiro que encoraja** usuários da plataforma a comunicar ao público, através da plataforma, conteúdo protegido pelo direito de autor<sup>46</sup>.
36. Esse foco no papel ativo ou passivo do provedor em relação ao conteúdo de terceiros é um ponto importante também na jurisprudência estadunidense para eventual responsabilização, apesar da existência de uma explícita imunidade na legislação. No caso *FHC v. Roommates*, por exemplo, um site de anúncios foi considerado responsável por permitir que os anunciantes veiculassem anúncios em violação da legislação de antidiscriminação racial, devido em particular à **disponibilização de ferramentas algorítmicas** que permitiam o direcionamento

---

de p. 0001 – 0016., 17 de jul. 2000. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031>> Acesso em 24 abr. 2023.

<sup>45</sup> Trib. Milano, sentença n. 10893, 9 set. 2011, confirmada neste ponto pelo julgamento da Corte de Cassação na Cass. Civ., sentença n. 7708, 19 mar. 2019.

<sup>46</sup> Casos C-682/18 e C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503. Frank Peterson contra Google LLC e o. e Elsevier Inc. contra Cyando. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-682/18>> Acesso em 24 abr. 2023.

de ofertas com base nas características étnicas do interessado<sup>47</sup>. Nesse sentido, o provedor teria **colaborado materialmente na criação de conteúdo** e, portanto, não poderia se beneficiar da imunidade concebida para provedores de serviços de aplicação conforme a seção 230 do *Communications Decency Act* (CDA), que os distingue expressamente dos editores de conteúdo.

37. Mais recentemente, a imunidade prevista na seção 230 do CDA foi excetuada em casos parecidos por conta de uma conduta de contribuição material de provedores de aplicação para a criação de conteúdo ilegal, como quando o provedor “**encorajar**” postagens de “fofocas”<sup>48</sup> **ou não adotar as diligências mínimas** para remover produtos defeituosos<sup>49</sup>. Até mesmo no contexto do direito de autor, onde a imunidade dos provedores de *hosting* do conteúdo de terceiros está condicionada à aplicação de um sistema de *notice and takedown* previsto no *Digital Millennium Copyright Act*, foi considerado que essa imunidade deveria ser excetuada também quando o provedor estiver **ciente de fatos ou circunstâncias diante das quais se torna aparente a ilegalidade do conteúdo**<sup>50</sup>.

38. Em suma, a jurisprudência internacional demonstra a equivalência de dois comportamentos destacados acima, no sentido de gerar responsabilidade em intermediários de Internet pelo conteúdo de terceiro: a intervenção ativa na intermediação de conteúdo de terceiros e a falta de adoção de diligências

---

<sup>47</sup> United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *Fair Housing Councils of San Fernando Valley and San Diego v. Roommate*, 521 F.3d 115, 2008. Disponível em: <<https://casetext.com/case/fair-v-roommates>> Acesso em 24 abr. 2023.

<sup>48</sup> *Jones v. Dirty World Entm't*, No. 13-5946 (6o Cir.), 2014. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca6/13-5946/13-5946-2014-06-16.html>> Acesso em 24 abr. 2023.

<sup>49</sup> *Oberdorf v. Amazon.com Inc.*, 930 F.3d 136 (3d Cir.), reh'g en banc granted, opinion vacated, 936 F.3d 182, 2019. Disponível em: <<https://casetext.com/case/oberdorf-v-amazoncom-inc-3/analysis?citingPage=1&sort=relevance>> Acesso em 24 abr. 2023.

<sup>50</sup> *Viacom International v. YouTube*, 2d Cir. Apr. 5, 2012, F.3d 19, 42 (2nd Cir. 2012). Os fatos neste caso remetiam a um provedor que ativamente encorajou a criação do conteúdo ilegal: por exemplo, solicitando o *upload* e *download* de materiais ilegais, providenciando assistência para aqueles que quiserem assistir filmes protegidos pelo direito de autor, e ajudando usuários na conversão de material sujeito a direito de autor em um formato DVD. Disponível em: <[https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/cx/2012\\_Viacom.pdf](https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/cx/2012_Viacom.pdf)> Acesso em 24 abr. 2023.

mínimas que poderiam ser esperadas por um operador econômico em determinadas circunstâncias.

#### 4. Análise do art. 19 do MCI à luz da proporcionalidade e da interpretação evolutiva

39. No presente tópico vamos demonstrar, em primeiro lugar, que o art. 19 do MCI corresponde à regra de solução de colisão de direitos fundamentais. Em seguida, vamos abordar a ideia de que esta regra geral, na época da sua elaboração, representava um equilíbrio proporcional entre os direitos em colisão, mas hoje o faz apenas parcialmente.
40. Como destacamos, o art. 19 do MCI foi concebido em um contexto em que a regulação da internet estava nascendo no Brasil, e o ecossistema digital era ainda substancialmente descentralizado e em plena expansão. Nesse contexto, fazia sentido aplicar de maneira generalizada uma abordagem regulatória cautelosa, baseada na preocupação de que a generalização do sistema de notificação por usuários (*notice and takedown*), além de criar uma obrigação onerosa – que poderia ter desincentivado inovação e livre iniciativa – teria levado, muito provavelmente, a uma maior remoção de conteúdos de forma abusiva.
41. Atualmente, houve mudanças relevantes ocorridas no ambiente digital, ou seja, o já mencionado aumento de escala e o conseqüente aprimoramento tecnológico, e a evolução das capacidades das grandes empresas de detectarem conteúdos nocivos para evitarem lesões a direitos. Além disso, como destacamos nas seções precedentes, o que temos observado ao longo dos últimos anos é o estabelecimento de modelos de negócio baseados na maximização do engajamento dos usuários e na organização algorítmica ativa (ou “recomendação”) de conteúdo, e envolvendo uma crescente exploração de tais capacidades por atores de má-fé e criminosos para campanhas coordenadas de desinformação. Com isso, o art. 19 do MCI representa uma norma cujo nobre intuito inicial se torna uma enorme vulnerabilidade. De tal maneira, precisa ser interpretado conforme a Constituição Federal.



#### 4.1. Regra de solução para colisão de direitos fundamentais

42. O art. 19 do MCI representa regra que soluciona a colisão de direitos fundamentais. De um lado, tem-se a liberdade de expressão (arts. 5º, IV e IX, e 220, CF) e livre iniciativa (art. 170, CF). De outro, os direitos à intimidade, à vida privada, à proteção de dados pessoais, à integridade psicofísica, à honra, à imagem, à saúde, à segurança (art. 5º, X, CF), entre outros potencialmente afetados.
43. Esses direitos têm na realidade estrutura normativa de princípios, ou seja, de mandados de otimização, impondo a sua realização na maior medida jurídica e fática possível<sup>51</sup>. Quando determinada postagem publicada em rede social atinge a honra ou demais direitos da personalidade de terceiro, ocorre uma colisão dos referidos princípios constitucionais, a qual precisa ser remediada mediante a incidência de uma regra que os compatibilize.
44. É exatamente esse o papel pensado para o art. 19 do MCI: trata-se de regra que é resultado de ponderação dos referidos direitos em colisão realizada pelo legislador e que privilegia, em certa medida, a liberdade de expressão, restringindo conseqüentemente os direitos fundamentais supramencionados. Nesse sentido, como bem analisa Otávio Rodrigues Jr., adotou-se modelo que sopesa direitos fundamentais e projeta esse sopesamento para a legislação ordinária, “dando prevalência à liberdade de expressão em detrimento da privacidade e da intimidade.” O trecho de “abertura do art. 19 do MCI não deixa dúvidas quanto a essa orientação”<sup>52</sup>.
45. A determinação da constitucionalidade ou não desse dispositivo depende, então, da verificação de se é proporcional ou não a prevalência à liberdade de

---

<sup>51</sup> Ver, entre outros: DA SILVA, Virgílio Afonso da Silva. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrição e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/20674>> Acesso em 24 abr. 2023.

<sup>52</sup> Nesse sentido, ver: JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. O artigo 19 do MCI: uma “nova” espécie de inconstitucionalidade? Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-18/direito-comparado-artigo-19-mci-especie-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

expressão e conseqüente restrição aos outros direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

#### 4.2. Da restrição desproporcional a direitos fundamentais

46. A regra da proporcionalidade é, como sabido, formada por três sub-regras: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Já aplicando-as à presente problemática, essas sub-regras propõem os seguintes exames: primeiramente, se a medida é adequada, ou seja, se ela é apta a fomentar a liberdade de expressão e a livre iniciativa. Em segundo lugar, se a medida proposta é necessária, o que ocorre quando nenhuma outra medida é capaz de fomentar, em igual intensidade, a liberdade de expressão e a livre iniciativa e, ao mesmo tempo, limitar, em menor grau, os direitos à intimidade, à vida privada, à proteção de dados pessoais, à honra e à imagem, à saúde (inclusive psíquica), à segurança, etc. E, por fim, se a medida proposta é proporcional em sentido estrito. Nesse último exame procede-se a uma ponderação para determinar se o grau de realização da liberdade de expressão justifica a intensidade da restrição aos referidos direitos da personalidade.
47. **Exigir prévia ordem judicial** de exclusão de conteúdo para que haja responsabilização civil de provedor de internet **pode ser considerada medida adequada**, porque de fato fomenta a liberdade de expressão e a livre iniciativa. Essa medida evita, por exemplo, que os provedores de internet, com receio de responder civilmente por postagens críticas a terceiros, adotem uma postura mais conservadora, impedindo *ab initio* a sua publicação, ou suprimindo-as, sem análise de mérito cuidadosa, logo que haja solicitação do suposto ofendido, provocando o chamado efeito resfriador ou “chilling effect”. Por outro lado, como será melhor abordado abaixo em tópico próprio sobre efeito resfriador (item 5.2.3), a ausência de responsabilização da plataforma pode gerar um ambiente tóxico que viola a liberdade de expressão das minorias. Nada obstante, a referida regra, na medida em que, em geral, propicia um ambiente mais seguro

e previsível para as plataformas, fomentando a liberdade de expressão, pode, portanto, ser considerada adequada.

48. **O juízo de necessidade, especialmente diante do cenário atual desenhado até este ponto, é menos certo.** Conforme indica a literatura<sup>53</sup> e a jurisprudência e experiências estrangeiras de regulação das plataformas, há medidas possíveis que elevam o patamar mínimo de segurança provido aos usuários, em um equilíbrio necessário diante de um cenário marcado pelo uso das redes para graves violações a direitos fundamentais. Assim, como será explicado na seção 4.3.3, abaixo, o estudo de alternativas a uma normativa que se restrinja a uma perspectiva binária de responsabilização têm assumido papel central.
49. **Por fim, o teste da proporcionalidade em sentido estrito** visa a responder se a importância da realização da liberdade de expressão nesse caso justifica o grau de restrição a outros direitos fundamentais. De outra maneira, se os motivos que fundamentam a exigência de decisão judicial prévia têm peso suficiente para justificar a restrição aos direitos da personalidade dos ofendidos<sup>54</sup>.
50. O resultado desse último teste **depende de 3 questões fundamentais:** (i) a forma desatualizada de promoção da liberdade de expressão e da livre iniciativa; (ii) a grave restrição aos direitos da personalidade das vítimas de ofensas; e (iii) a normalidade em se ter provedores de aplicativos decidindo sobre a ilicitude das postagens.

#### 4.2.1. Forma desatualizada do regime de responsabilidade

51. O art. 19 do MCI é fruto de um contexto da internet do fim do século XX e início do século XXI. Fez sentido para uma realidade, como a descrita acima, da década de 90 do século passado e início do atual, no qual o mercado para provedores de

---

<sup>53</sup> GOLDMAN, Eric. Content Moderation Remedies, 28 Michigan Technology Law Review, 2021. Disponível em <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3810580](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3810580)> Acesso em: 24 ab. 2020.

<sup>54</sup> Segundo Virgílio Afonso da Silva, “o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.” (SILVA, *Direitos fundamentais*, cit., p. 40).

aplicações era mais fragmentado e competitivo, os provedores eram de tamanho reduzido, e não utilizavam maciçamente ferramentas de recomendação algorítmica. Na década de noventa e início dos anos 2000, as leis aprovadas previam regimes abrandados de responsabilidade aos provedores com o fim de incentivar o desenvolvimento tecnológico e empresarial, estimulando a inovação além de promover a liberdade de expressão<sup>55</sup>. Atualmente, a fase é de implementar uma abordagem progressiva e diferenciada na regulação de provedores de aplicativos, com foco em riscos<sup>56</sup>.

52. Esse movimento de mudança na regulação da responsabilidade civil dos provedores tem sido perceptível de maneira significativa na Alemanha. Martin Eifert, professor catedrático da *Humboldt-Universität zu Berlin* e atual ministro da Corte Constitucional Alemã, refere-se à “tendência fundamental de que se imponham de forma crescente obrigações aos intermediários”<sup>57</sup>. A fase da inovação sem permissão, baseada na promoção da experimentação tecnológica bem encapsulada no famoso lema de Mark Zuckerberg “move fast and break things” (movimente-se rápido e quebre coisas) foi claramente substituída por

---

<sup>55</sup> Entre as leis alemãs, por exemplo, pode-se citar os §§ 8-11 da Lei dos Serviços a Distância – Teleserviços (Teledienstegesetz) – de 1997. Segundo Martin Eifert, “o objetivo – nas palavras da justificativa e fundamentação da lei – era primeiramente alcançar ‘a superação de obstáculos para o livre desenvolvimento das forças do mercado no âmbito dos novos serviços de informação e comunicação e a garantia de condições conjunturais econômicas uniformes para a oferta e para o uso destes serviços’.” Tal conceito, também adotado pelas regulamentações europeias da Diretiva E-Commerce no ano 2000 e subsequentemente levado adiante nacionalmente de acordo com os §§ 7-10 da TMG (Telemediengesetz – Lei Alemã de Telemedios), é um conceito que dá preferência aos privilégios de responsabilidade e que seguiu, com isso, basicamente um modelo de pensamento voltado para o incentivo à tecnologia.” “Os acess-providers foram amplamente liberados de responsabilidade (§ 8f. TMG), pois eles não tinham juridicamente (e naquele tempo tampouco tecnicamente) qualquer acesso qualificado de monitoramento dos conteúdos. Os Host-Providers (§ 10 TMG) – e aqui se trata também de destinatários da NetzDG – já tinham de fato desde sempre um acesso técnico aos conteúdos. O seu desenvolvimento, contudo, não deveria ser obstaculizado por obrigações de grande alcance. Nesse sentido, foram excluídas pelo § 10 da TMG e pelo art. 14 da Diretiva E-Commerce aquelas obrigações de monitoramento de conteúdos que eram particularmente proativas, sendo que a responsabilidade foi vinculada necessariamente ao conhecimento positivo de atividades ilícitas ou a circunstâncias evidentes que indicavam claras ilicitudes.” (EIFERT, Martin. A Lei Alemã para a Melhoria da Lei nas Redes Sociais (NetzDG) e a Regulação da Plataforma. *In*: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). Fake news e regulação. 2ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 164.

<sup>56</sup> Vide a Lei de Serviços Digitais da União Europeia ou a Online Safety Bill do Reino Unido, em discussão.

<sup>57</sup> Vide supra, EIFERT, 2020.

uma nova fase, baseada na consciência de que entre as “coisas” que certas tecnologias podem quebrar se encontram os processos democráticos e os direitos fundamentais dos usuários.

53. Os intermediários são identificados como estrangulamentos ou afunilamentos com uma função estruturadora dos ecossistemas digitais<sup>58</sup>, e consequências sistêmicas de suas ações, e portanto sofrem uma maior e reforçada incidência de responsabilidade. Assim, temos observado um aumento de responsabilização, particularmente face aos grandes intermediários digitais. A título de exemplo, a Lei alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais – comumente apelidada “NetzDG” – restringe sua aplicação às plataformas com mais de dois milhões de usuários cadastrados na Alemanha e desenha a obrigação de retirada de conteúdos por meio da responsabilidade indireta de monitoramento (*Störerhaftung*)<sup>59</sup>. Acreditamos, contudo, que a identificação do número de usuários como patamar para o estabelecimento de deveres específicos às plataformas depende de uma escolha essencialmente política. Assim, acreditamos que a sede mais apropriada para se definir este patamar sejam os parlamentos, como foi ilustrado no caso alemão.

#### 4.2.2. A premissa questionável do efeito resfriador

54. Outro ponto central dessa questão envolve uma das principais teses de defesa da constitucionalidade do art. 19 do MCI: argumenta-se que, sem esta regra, prevaleceria uma tendência por parte das plataformas de bloqueio excessivo das postagens, configurando-se, portanto, uma violação à liberdade de expressão.

---

<sup>58</sup> Sobre o poder estrutural dos intermediários, vide BELLI, Luca. Structural power as a critical element of social media platforms' private sovereignty. In CELESTE, Edoardo; HELDT, Amélie; KELLER, Clara. Constitutionalising Social Media. Oxford: Hart Publishers, 2022; BELLI, Luca. Fundamentos da regulação da tecnologia digital: entender como a tecnologia digital regula para conseguir regulá-la. In: Pinheiro, Antonio Porto; Sampaio, Patrícia. Regulação e Novas Tecnologias. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2022, pp 53-154. Sobre as características que tornam intermediários os orquestradores de ecossistemas digitais, vide ZINGALES, Nicolo; Farani de Azevedo, P. Direito antitruste e ecossistemas digitais: mapeando o debate. In: ZINGALES, N.; Farani de Azevedo, P. A aplicação do direito antitruste em ecossistemas digitais: desafios e propostas. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2022, p. 13-46.

<sup>59</sup> Eifert, A lei alemã para a melhoria da aplicação da lei nas redes sociais, cit., p. 166.

55. Trata-se do tão propalado *chilling effect*. A professora de Direito da Universidade da Virgínia, Dra. Leslie Kendrick, define *chilling effect* como a “preocupação de que uma regra legítima possa restringir discurso protegido, fora de seu âmbito. O fenômeno geralmente surge quando potenciais emissores de discursos, devido às inseguranças do processo legal, deixam de fazê-lo”<sup>60</sup>. A nosso ver, a teoria do efeito resfriador considera somente parte das preocupações relacionadas à proteção da liberdade de expressão, sem considerar outras dimensões e riscos sistêmicos que são susceptíveis de determinar o mesmo tipo de prejuízo, ou até maior, à liberdade de expressão, bem como outros direitos.
56. Tal falta de consideração deve se imputar à emergência da dita teoria ao longo da primeira década dos anos 2000, época na qual a possibilidade dos provedores implementar mecanismos de notice and take down podia ser considerado, de fato, um dos principais riscos à livre circulação de informação. As evoluções da década seguinte, como destacamos em precedência, nos demonstram que a circulação de informação em aplicativos não depende das dinâmicas de um “livre mercado das ideias” no qual informações seriam compartilhadas sem interferência mas, ao contrário, é altamente influenciada por recomendações algorítmicas, implementando tecnologias e modelos de negócio cujo objetivo primário é a organização das informações baseada na maximização de lucro dos provedores mesmos. Neste contexto, como destacamos, surgiu uma ampla gama de comportamentos organizados capazes de explorar as vulnerabilidades das tecnologias e modelos de negócio utilizados pelos provedores de aplicativos para alcançar uma pluralidade de objetivos perniciosos, configurando os riscos sistêmicos supramencionados<sup>61</sup>. Neste sentido, depois de uma década de ouro

---

<sup>60</sup> Tradução livre. Cf: KENDRICK, Leslie. Speech, Intent, and the Chilling Effect. Wm. & Mary L. Rev., v. 54, p. 1633, 2012.

<sup>61</sup> Por exemplo, nos últimos cinco anos, foi documentado um número considerável de chamadas black-ops (“operações negras”) nas quais agências privadas orquestram campanhas de desinformação e manipulação explorando vulnerabilidades sistêmicas de mídia sociais, vendendo tal “serviço” por encomenda em vários países, como Cambridge Analytica, Team Jorge ou a rede Fabrika. Vide supra BRADSHAW, BAILEY e HOWARD(2021); MENN (2023); KIRCHGAESSNER, Stephanie et al. Dark arts of politics: how ‘Team Jorge’ and Cambridge Analytica meddled in Nigerian election. The Guardian. (16 de fevereiro 2023).

para a teoria do efeito resfriador, doutrinadores nacionais, bem como internacionais, têm questionado as falsas premissas sobre a necessidade de impedir regras restritivas à liberdade de expressão visando a maior proteção de direitos fundamentais.

57. No Brasil, Anderson Schreiber, por exemplo, entre as vozes que apresentam ceticismo em relação à objetividade e robustez do argumento do *chilling effect*, comentando que em sua origem estadunidense a preocupação se dá, frequentemente, em relação a notificações de direito autoral, que, pela própria natureza do conteúdo, têm alcance limitado sobre a tutela de direitos da personalidade.<sup>62</sup> Nos EUA, Leslie Kendrick, da Universidade da Virgínia, afirma que a teoria dos efeitos resfriadores é intuitivamente atraente, mas observa que ela se funda em nada mais do que “suposições empíricas não persuasivas.”<sup>63</sup>
58. Para a professora de Direito da Universidade de Miami Mary Anne Franks, a doutrina constitucional norte-americana sobre liberdade de expressão tradicionalmente incorpora a teoria tradicional de *chilling effects*, a despeito da ausência de dados empíricos e da sua verificação na realidade. Assim, a pesquisadora afirma que a ideia de que regras restritivas a discursos nocivos necessariamente causariam a inibição de discursos em geral é uma “falsa premissa” para uma “falsa promessa”<sup>64</sup>: a proteção da liberdade de expressão. Em outras palavras, a visão tradicional sobre *chilling effects* se baseia na ideia abstrata de que medidas para deter certos tipos de comportamentos podem impactar negativamente a liberdade de expressão, resultando na adoção de medidas exageradamente brandas. Nas palavras de Franks, “a evidência objetiva do efeito resfriador é difícil de ser encontrada na prática, o que é um fato

---

<https://www.theguardian.com/world/2023/feb/16/team-jorge-and-cambridge-analytica-meddled-in-nigeria-election-emails-reveal>

<sup>62</sup> Schreiber, Marco civil da internet, cit., p. 288.

<sup>63</sup> Speech, Intent, and the chilling effect, cit., p. 1684.

<sup>64</sup> Tradução livre. Cf. FRANKS, Mary Anne. Fearless speech. *First Amend. L. Rev.*, v. 17, p. 305, 2018.

desconcertante tendo em vista a influência que essa teoria tem na legislação e no processo decisório”<sup>65</sup>.

59. Por outro lado, a falta de medidas que possam restringir a circulação de conteúdos nocivos comprovadamente impacta a participação de minorias e de grupos vulneráveis, e inúmeros exemplos ilustram como a falta ou brandez de salvaguardas, devido à preocupações para um potencial efeito resfriador, criam vulnerabilidades sistêmicas, tipicamente exploradas por atores de má fé, frequentemente organizados de maneira coordenada.<sup>66</sup> Tais comportamentos podem determinar não somente consequências prejudiciais em termos de liberdade de expressão, como a autocensura de vítimas de trolls, tipicamente membros de comunidades vulneráveis ou ativistas frequentemente obrigadas a “fechar” suas contas de redes sociais para evitar assédio, portanto limitando sua capacidade de receber e compartilhar informações. Entretanto, a discussão sobre silenciamento de grupos vulneráveis viabilizado pela falta de moderação adequada, ainda que apoiada em dados, é frequentemente negligenciada pelos legisladores e formuladores de políticas públicas. Ampla evidência na literatura especializada discorre sobre os efeitos de assédio, discurso de ódio e racismo na participação pública de mulheres e de homens não-brancos. Nadim e Fladmoe (2019), por exemplo, relatam que mulheres alvos de ataques online são mais propensas a não voltarem a reproduzir opiniões nesses ambientes, a partir de questionários conduzidos em 2013 e 2016 na Noruega, com aproximadamente 50.000 usuários de redes sociais<sup>67</sup>.

60. No Brasil, o observatório sobre violência política de gênero online, MonitorA, desenvolvido pelo InternetLab, Revista Azmina, Volt DataLab e por Yasmin Curzi de Mendonça, ganhador do prêmio Cláudio Perseu Abramo de Jornalismo de

---

<sup>65</sup> Tradução livre. Cf. FRANKS, Mary Anne. Fearless speech. *First Amend. L. Rev.*, v. 17, p. 294, 2018.

<sup>66</sup> Vide supra, BRADSHAW, BAILEY e HOWARD, 2021; MENN, 2023; KIRCHGAESSNER et al., 2023.

<sup>67</sup> NADIM, Marjan; FLADMOE, Audun. Silencing women? Gender and online harassment. *Social Science Computer Review*, v. 39, n. 2, p. 245-258, 2021.



Dados em 2021, apontou como mulheres candidatas receberam mais de 40 xingamentos – com base em gênero – por dia no Twitter, ao longo da campanha eleitoral de 2020, tornando-se mais um obstáculo para a candidatura de mulheres aos cargos do Legislativo<sup>68</sup>.

61. Segundo a jornalista filipina Maria Ressa, ganhadora do prêmio Nobel da paz de 2021, nos ambientes digitais, “a liberdade de expressão acaba sendo utilizada para sufocar a própria liberdade de expressão”.<sup>69</sup> Sob essa perspectiva, é possível questionar a **adequação** da medida do art. 19 do MCI, não somente como um instrumento adequado para proporcionar a ponderação entre direitos fundamentais, mas até para alcançar sua função essencial, ou seja, para fomentar a liberdade de expressão.

4.2.3. Diversidade de medidas de moderação de conteúdo: desnecessidade da medida do art. 19 do MCI

62. Por fim, impera na discussão legislativa sobre liberdade de expressão e plataformas digitais a constante primazia da lógica binária de remoção-manutenção de conteúdo. Essa visão desconsidera uma ampla gama de técnicas de moderação de conteúdo que poderiam vir a ser facilmente aplicadas por plataformas, evitando danos e, inclusive, podendo obedecer a uma lógica de proporcionalidade no sopesamento da liberdade de expressão e outros direitos fundamentais<sup>70</sup>. Entre outras, técnicas como a rotulação de conteúdo a partir da checagem de fatos, a diminuição de engajamento e de visualização de conteúdos considerados impróprios ou irrelevantes, seja por cuidado com outros usuários

---

<sup>68</sup> REVISTA AZMINA; INTERNETLAB. MonitorA: relatório sobre violência política online em páginas e perfis de candidatas(os) nas eleições municipais de 2020. São Paulo, 2021

<sup>69</sup> MELLO, Patrícia Campo. Plataformas de internet estão destruindo a democracia, diz Nobel da Paz. Jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/06/plataformas-de-internet-estao-destruindo-a-democracia-diz-nobel-da-paz.shtml>

<sup>70</sup> Ver, por exemplo, GOLDMAN, Eric. Content moderation remedies. *Michigan Technology Law Review*, Forthcoming, 2021 e GRIMMELMANN, James. The virtues of moderation. *Yale JL & Tech.*, v. 17, p. 42, 2015.

ou, mais frequentemente, por uma lógica comercial, já são amplamente aplicadas por grandes plataformas para a contenção de desinformação.

Sob essa perspectiva, é possível questionar a **necessidade** do mecanismo delineado pelo art. 19 para a promoção da liberdade de expressão. Havendo outras medidas que fomentam a liberdade de expressão – até de maneira mais granular e eficiente – e não restringem tão gravemente os demais direitos fundamentais, a imposição de uma escolha binária entre retirada de conteúdo com base em ordem judiciária ou inação revela-se desnecessária, sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade.

#### 4.2.4. Restrições graves a direitos da personalidade

63. A priorização da liberdade de expressão no art. 19 do MCI implica restrição grave a direitos da personalidade das vítimas de postagens com conteúdo ilícito. Isto é decorrência do fato de que o ambiente das redes sociais torna mais simples e escaláveis – e, portanto, potencialmente mais perigosas – as violações de direitos fundamentais, o que gera uma necessidade maior, e não menor, de sua defesa. Em relação a este ponto, afirma Martin Eifert:

A comunicação em redes sociais trouxe consigo, acima de tudo, uma nova e particular dinâmica. A discussão mundial sobre massivas manifestações misantrópicas e racistas (*hate speech*) nos meios sociais suporta a impressão amplamente difundida de que as fronteiras do discurso público se deslocaram e a diminuição dos custos de interação, a desconstrução de mecanismos de *gatekeeping*, bem como a evasão de controles sociais pelo anonimato tenham retirado o tabu de preconceitos e incendiaram sua difusão. Essa dinâmica própria e particular fortalece a necessidade de proteção de direitos de personalidade.<sup>71</sup>

64. Nesta perspectiva, esse potencial ampliador das violações a direitos da personalidade pode dar ensejo, inclusive, a um efeito resfriador da liberdade de

---

<sup>71</sup> Eifert, A lei alemã para a melhoria da aplicação da lei nas redes sociais, cit., p. 180. O autor complementa que esse foi o gatilho, o elemento desencadeador para a promulgação da *NetzDG*.

expressão, invertendo a lógica protetiva originalmente imaginada para o dispositivo do art. 19 do MCI. Este ponto será expandido a seguir.

65. Além disso, cabe destacar que a exigência de recorrer ao judiciário corresponde à imposição de ônus pesadíssimo para a população, mesmo levando em conta as facilidades previstas nos §§ 3.º e 4.º do art. 19. Se é ônus pesado para uma pessoa com alto grau de instrução, maior ainda é para pessoas de baixa escolaridade e poder aquisitivo. Uma exigência como essa é extremamente problemática em um país como o Brasil, com uma quantidade enorme de pessoas com níveis de renda e escolaridade extremamente baixos , e um sistema judiciário caracterizado pela ineficiência, apesar das facilidades supracitadas. O problema crônico da lentidão do Poder Judiciário, mesmo em âmbito dos Juizados especiais, nos parece extremamente importante. O resultado da pesquisa “o sistema recursal nos juizados especiais federais”, apresentado em maio de 2022 , demonstra que os processos analisados em primeira instância nos juizados especiais federais levam, em média, nove meses para serem julgados. Nos recursos desses processos, no entanto, esse tempo médio chega a até 12 meses. Como noticiou o CONJUR, o resultado da pesquisa “reforça a necessidade de revisão dos marcos legais dos juizados e de revisão e uniformização dos trâmites para dar mais celeridade aos processos.”<sup>72</sup>
66. Pois bem, caso a vítima de uma ofensa em redes sociais não consiga obter uma decisão liminar favorável à retirada do conteúdo ofensor, a parte autora terá que esperar 21 meses, quase dois anos, para obter justiça .
67. Sob essa perspectiva, é possível questionar a **proporcionalidade em sentido estrito** da medida do art. 19 do MCI para fomentar a liberdade de expressão.

---

<sup>72</sup> Conjur. Juizados especiais têm desafio para reduzir tempo de tramitação de processos. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jun-04/juizados-desafio-reduzir-tempo-tramitacao-processos>>. Acesso em 18 abr. 2023.

#### 4.2.5. Privatização ou cooperação na aplicação do direito?

68. Um último argumento central sobre essa questão é a aplicação privada do direito, que leva à privatização de uma atividade quintessencialmente pública, ou seja a ponderação entre direitos fundamentais. Argumenta-se que, por não haver critérios objetivos e simples para determinar, de um lado, a verificação de dano em relação ao suposto ofendido e, de outro, a licitude da postagem, é temerário delegar aos provedores o poder e a responsabilidade para decidirem sobre a manutenção ou não de postagens, sendo as considerações principais de operadores comerciais ditadas pela redução de custos, ao invés que a maximização de direitos fundamentais e devido processo.<sup>73</sup> E, por essa linha, o melhor seria deixar o judiciário decidir<sup>74</sup>.

69. Para rebater esse argumento, mais uma vez aqui vamos nos valer da experiência alemã. Como a Lei Alemã para Aplicação da Lei nas Redes Sociais prevê que as redes sociais devem decidir sobre a retirada de postagens ofensivas de seus usuários, uma das acusações centrais recebidas pela lei foi a de que ela “violaria

---

<sup>73</sup> Vide supra BELLI, FRANCISCO e ZINGALES, 2017; BELLI e SAPPA, 2017; BELLI, 2022; CURZI, ALMEIDA e ZINGALES, 2022.

<sup>74</sup> SANTOS, Antônio Jeová. Dano moral na internet. São Paulo: Método, 2001, p. 146 (“não é bom, nem útil, deixar à discricção ou arbítrio do provedor verificar qual página é lícita ou ofensiva, pois seria dar azo ao surgimento da censura se a qualquer provedor fosse dado o direito de tirar de seu serviço a página de alguém por entender que ela é ofensiva e maltrata os bons costumes. Nem sempre o funcionário do provedor que terá de verificar o conteúdo da página estará habilitado para saber se aquele conteúdo é nobre ou ofensivo a uma determinada classe de profissionais, por exemplo.”); LAUX, Francisco de Mesquita. Supremo debate o artigo 19 do Marco Civil da Internet (parte 3). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-18/direito-civil-atual-supremo-debate-artigo-19-marco-civil-internet-parte>>. Acesso em: 24 abr. 2020 (“a intenção do art. 19 é a de evitar que discussões relativas à existência, ou não, de conteúdo difamatório, tivessem que ser, na prática, ‘decididas’ pelo gestor da rede social e que, nesse contexto, um erro na avaliação do material ensejasse a responsabilização civil do provedor. É daí que vem o intuito de ‘assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura’ transcrito pela norma.”). Nesse sentido, há manifestações do STJ: REsp 1316921/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012, p. 7 do relatório e voto (“há de se considerar a inviabilidade de se definirem critérios que autorizariam o veto ou o descarte de determinada página. Ante à subjetividade que cerca o dano psicológico e/ou à imagem, seria impossível delimitar parâmetros de que pudessem se valer os provedores para definir se um conteúdo é potencialmente ofensivo. Por outro lado, seria temerário delegar esse juízo de discricionariedade aos provedores.”)

os fundamentos do Estado de Direito, pois privatizaria as competências privativas do Estado de aplicar o direito”<sup>75</sup>.

70. Tanto lá quanto aqui essa acusação não pode ser generalizada e necessita ser esmiuçada. Uma delegação *in absoluto* da atividade de ponderação entre direitos fundamentais para empresas privadas seria contrária à obrigação positiva dos poderes públicos de proteção de direitos fundamentais de cada indivíduo<sup>76</sup>. Porém, a opção alemã – bem como a maioria das abordagens internacionais destacadas acima – aplica tal delegação somente a uma categoria de provedores cujo tamanho e modelo de negócios (i.e. redes sociais com mais de dois milhões de usuários) justifiquem a delegação, exigem a aplicação de critérios de transparência estabelecidos pelo legislador, e mantêm a possibilidade de revisão pública das decisões privadas. Ou seja, este tipo de abordagem não delega inteiramente a capacidade reguladora para empresas privada mas, as insere num sistema híbrido, no âmbito do qual os provedores privado cooperam na provisão de remédios efetivos com os atores públicos, como destacado pelos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos

---

<sup>75</sup> Eifert, A lei alemã para a melhoria da aplicação, cit., p. 186.

<sup>76</sup> Vale a pena salientar a postura tomada pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos em *Ximenes-Lopes v. Brasil* (inter-am. ct. h.r. (ser. c) n. 149, ¶ 96, 04/07/2006) em face de delegações de funções essencialmente estatais (no caso específico, falando de serviços sanitários):

“Embora os Estados possam delegar a prestação de tais serviços [públicos], por meio da chamada terceirização, eles continuam sendo responsáveis pela prestação desses serviços públicos e pela proteção do interesse público em questão. Delegar a execução de tais serviços a instituições privadas requer, como elemento essencial, a responsabilidade dos Estados de fiscalizar sua execução, a fim de garantir a efetiva proteção dos direitos humanos dos indivíduos sob sua jurisdição e a prestação de tais serviços à população, com base na não-discriminação e tão eficazmente quanto possível. [...] Diante do exposto, a Corte considera que os Estados são responsáveis por regular e fiscalizar em todos os momentos a prestação de serviços e a implementação dos programas nacionais relativos ao desempenho da qualidade pública de serviços de saúde para que possam dissuadir qualquer ameaça ao direito à vida e à integridade física das pessoas em tratamento médico. Eles devem, *inter alia*, criar os mecanismos adequados para a realização de inspeções em instituições psiquiátricas, submeter, investigar e resolver reclamações e tomar as medidas disciplinares ou ações judiciais relativas a casos de má conduta profissional ou violação dos direitos dos pacientes”.

Humanos da ONU<sup>77</sup>, enquanto os atores públicos permanecem no controle de última instância.

71. Como lembra Martin Eifert, não é patológico defender que o provedor da rede social deva “decidir em primeiro lugar sobre um apagamento ou bloqueio de conteúdos ilícitos”. Trata-se, de maneira oposta, “de uma consequência jurídica normal” decorrente da teia de relações “das redes sociais” que têm “caráter de direito privado”. De acordo com o autor, a responsabilização indireta por monitoramento em caso de publicação de conteúdo ilícito é legitimada normativamente e indispensável do ponto de vista fático. Em relação à legitimação normativa, Eifert afirma que a referida responsabilização “corresponde, do ponto de vista normativo, às circunstâncias do compartilhamento, por parte do usuário”, de postagens que abrangem quase todos os conteúdos “– algo que é possibilitado pela técnica e avançado pelo modelo de comércio<sup>78</sup> – e que, além de suas funções sociais altamente produtivas, podem, correspondentemente, ser utilizados para a difusão de conteúdos ilícitos e danosos para a sociedade” Em seguida, Eifert conclui: “A obrigação para apagamento de conteúdos ilícitos corresponde à anterior facilitação de sua difusão. O fato de que as decisões sobre a ilicitude resultam em difíceis ponderações não pode se desvincular da responsabilidade de tomá-las, ainda que isso seja desde sempre uma carga da difusão de informação”<sup>79</sup>.
72. Em relação à imprescindibilidade fática, Eifert afirma que as regulações jurídicas dos intermediários são também indispensáveis do ponto de vista fático.

---

<sup>77</sup> Vide Organização das Nações Unidas, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, 2011. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf). Acesso em 24/04/2023.

<sup>78</sup> Raciocínio semelhante consta na Opinião do Advogado Geral Saugmandsgaard no caso C-401/19, *Polónia c. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia*, para 113: “considerar que uma obrigação de vigilância é «geral» [e portanto, inadmissível] uma vez que obriga, de facto, um prestador intermediário a efetuar uma filtragem, com o auxílio de ferramentas informáticas, de todas as informações colocadas em linha pelos utilizadores do seu serviço, ainda que se trate de procurar infrações específicas, equivaleria, de forma lamentável, a ignorar os desenvolvimentos tecnológicos que tornam possível essa filtragem e a privar o legislador da União de um meio útil para lutar contra certos tipos de conteúdos ilegais.”

<sup>79</sup> Eifert, A lei alemã para a melhoria da aplicação, cit., p. 187.

“Considerados como ao mesmo tempo difusores e observadores de conteúdos, eles têm um acesso direto e, em última instância, também os recursos para processar a enorme quantidade de casos trazidos ao seu conhecimento”<sup>80</sup>. Além disso, podemos afirmar com certeza que o Judiciário tem instrumental melhor para efetuar tal ponderação e implementar esse filtro de maneira célere, eficiente e escalável?

73. Pelo contrário: as grandes plataformas digitais são quem têm condições de contratar especialistas em moderação, estabelecer equipes voltadas ao estudo de impacto das tecnologia que a empresa quer implementar e que, tipicamente, não podem ser analisadas por especialistas externos devido à secreto industrial, bem como de desenvolver ferramentas de inteligência artificial, que permitam cumprir os deveres de diligência na maneira mais rápida e escalável possível. Parece possível argumentar que tais empresas têm melhores condições que o Judiciário para poder fazer esse controle de primeira instância de maneira mais eficiente e efetiva .

## 5. DA INTERPRETAÇÃO DO ART. 19 DO MCI CONFORME À CRFB/1988

74. Por todo o exposto, verificou-se que o art. 19 do MCI, ao dar prioridade à liberdade de expressão, coloca em risco a exequibilidade de outros direitos fundamentais e da própria liberdade de expressão por grupos vulneráveis . As exceções feitas pelo legislador ao regime geral do Marco Civil da Internet, em relação a direitos autorais (art. 19, §2º) e direitos de intimidade (art. 21), foram justificadas pela maior capacidade probatória em sede de mera notificação à plataforma para reivindicar a violação desses direitos. Ao estabelecer possibilidades diversas de exceção à regra geral, o artigo diferencia e hierarquiza os direitos fundamentais. Tal diferenciação é incompatível com os princípios

---

<sup>80</sup> Eifert, A lei alemã para a melhoria da aplicação, cit., p. 187.

fundamentais do Estado Democrático Brasileiro. Como pondera Schreiber que prover tutela diferenciada a direitos fundamentais de igual hierarquia (p. ex., a intimidade sexual, de um lado, e outras formas de intimidade. de outro) seria um contrassenso jurídico<sup>81</sup>.

75. Nas seções anteriores, procurou-se demonstrar como a ampliação do poder político-econômico das grandes empresas de plataformas digitais e o aprimoramento de suas técnicas de moderação de conteúdo justificam a necessidade de imposição de maiores deveres de diligência . Buscou também apresentar como o regime geral do artigo 19 pode ser aprimorado para assegurar que direitos fundamentais sejam, equitativamente, protegidos. De tal modo, a constitucionalidade do art. 19 do MCI pode ser salvaguardada por meio de uma interpretação conforme à Constituição, que almeja uma regulação progressiva e diferenciada de provedores de aplicativos de internet.
76. Vale mencionar que autores brasileiros de relevo defendem posição na linha de interpretação do art. 19 do MCI conforme a CF. Anderson Schreiber, por exemplo, defende que uma “tal interpretação poderia ser obtida por meio de uma leitura que aproximasse o art. 19 da Lei 12.965 de outro dispositivo do Marco Civil da Internet, qual seja, o art. 21”<sup>82</sup>. Como sabido, no art. 21, o MCI trata da situação especial de postagem contendo “cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado” sem consentimento dos seus participantes. Nesse dispositivo, o MCI criou o dever do provedor de, após notificado acerca da existência da postagem, “promover, de forma diligente, [...] a indisponibilização desse conteúdo”.
77. Em face dessa argumentação, Schreiber conclui que “a salvação do art. 19 do Marco Civil da Internet somente pode ser alcançada por uma interpretação conforme a Constituição da República que dispense a ordem judicial específica, contentando-se com mera notificação, sempre que o conteúdo em questão lese direitos da personalidade – seja a intimidade sexual, como já reconhece o art. 21

---

<sup>81</sup> Schreiber, Marco civil da internet, cit., p. 297.

<sup>82</sup> Schreiber, p. 296.



da lei ordinária, seja qualquer outro atributo da personalidade humana que se afigure merecedor de tutela à luz do texto constitucional”<sup>83</sup>.

78. Apesar de meritória, essa tese não nos parece ideal, de um lado, porque adota uma perspectiva binária segundo a qual as únicas opções de moderação seriam a retirada do conteúdo ou a inação do provedor, perspectiva que como destacamos não corresponde à atual realidade, e de outro lado acaba restringindo a aplicação dos direitos fundamentais aos direitos de personalidade, enquanto é claro que outros direitos e liberdades também estão em jogo. Inclusive, a própria liberdade de expressão de outros agentes atingidos por eventuais ataques ou por notícias deliberadamente e comprovadamente falsas pode ser prejudicada, caso as devidas medidas de moderação não sejam tomadas pelas plataformas que, não somente oferecem um espaço para o diálogo, mas contribuem crucialmente à propagação ou de conteúdos específicos, bem como ao aumento ou redução de visibilidade de tais conteúdos, por meio de sofisticada recomendação algorítmica e outras tecnologias.

79. Por esse motivo, sugerimos que esta Corte interprete o art. 19 do MCI de modo que se reconheça que a isenção de responsabilidade decretada pelo dispositivo não é incondicional: ela está conectada a uma postura adequada das plataformas na geração, organização e divulgação de conteúdo. Tal postura deve ser analisada considerando o modelo de negócio predominante entre os provedores de aplicação de internet: em particular, a intervenção material na geração, organização, divulgação e promoção do conteúdo .

80. Pela reflexão acerca de quais deveriam ser as balizas que orientam essas diligências, fazem-se algumas considerações. Primeiramente, não há direito sem respectivo remédio; e a efetividade de tal remédio no ambiente digital depende da atuação da plataforma<sup>84</sup>. Portanto, todos os provedores que quiserem se

---

<sup>83</sup> Schreiber, Marco civil da internet, cit., p. 297.

<sup>84</sup> Neste sentido, vide BELLI, L., ZINGALES, N. Best Practices on Platforms’ Implementation of the Right to an Effective Remedy. Outcome Document N°3. IGF Coalition on Platform Responsibility. United Nations Internet Governance Forum, 2019. Disponível em: [https://www.intgovforum.org/en/filedepot\\_download/4905/1550](https://www.intgovforum.org/en/filedepot_download/4905/1550). Acesso em 24/04/2023.

beneficiar da isenção do art. 19 devem disponibilizar um canal de atendimento para permitir a recepção de queixas, no intuito de poder adotar medidas efetivas para limitar o prejuízo que pode decorrer da postagem de determinado conteúdo. Em segundo lugar, eventuais queixas devem ser atendidas com um nível de diligência mínimo<sup>85</sup>. Isso implica, particularmente, na obrigação para todo provedor de adotar medidas de moderação adequadas quando a situação em questão envolve risco sistêmico, e de fornecer informações suficientes e em tempo útil para o usuário a fim de garantir o exercício do seu próprio direito.

## CONCLUSÃO E PEDIDOS

81. Por todo o exposto, a Associação Brasileira de Centros de Inclusão Digital (ABCID) **pede que a tese fixada, com repercussão geral, seja no sentido de interpretar o art. 19 do Marco Civil da Internet conforme a CF.**
82. Como demonstrado, o art. 19 define uma regra geral que não reflete a evolução ecossistêmica da internet da última década. Um modelo de responsabilização abrandada era necessário e compreensível, na década dos anos 1990 e 2000, desempenhando um papel fundamental como incentivo ao desenvolvimento tecnológico. Contudo, essa realidade se alterou drasticamente. Devido à presença de claros riscos sistêmicos determinados por certos tipos de provedores de aplicativos, estamos testemunhando uma movimentação

---

<sup>85</sup> As devidas diligências na moderação de conteúdos podem ser tomadas com a aplicação dos sempre mais sofisticados (e sempre mais comuns) algoritmos para o reconhecimento automático de conteúdo, utilizando as técnicas de *matching* e classificação. Ao mesmo tempo, nada impede atender a esses critérios de forma distinta da uma abordagem industrial à moderação de conteúdo, por exemplo treinando profissionais adequados à moderação e envolvendo os próprios usuários do aplicativo na tomada de decisão. Vide BINNS, R., KATZENBACK, C., Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance. *Big Data & Society*, v. 7, n. 1, 2020, pp. 1-15; DIAS OLIVA, T. Content Moderation Technologies: Applying Human Rights Standards to Protect Freedom of Expression, *Human Rights Law Review*, v. 20, n. 607, 2020, p. 625-629.

regulatória global marcada pela abordagem progressiva e a tendência de que se reconheçam e imponham crescentemente deveres de diligência mínima aos provedores cujo tamanho, funcionamento tecnológico, e modelo de negócio são radicalmente diferentes do que caracterizava os provedores até o início da década de 2010. Na realidade atual, uma interpretação e aplicação literal do art. 19 do MCI representa uma restrição desproporcional de um amplo leque de direitos fundamentais (art. 5, X, CF) em nome da liberdade de expressão e pode prejudicar inclusive o pleno gozo da liberdade de expressão por inúmeros grupos vulneráveis.

83. É possível, contudo, resguardar a constitucionalidade do dispositivo por meio da sua **interpretação conforme a Constituição Federal**. Deve-se, para tanto, aplicar uma maior expectativa de diligência para aqueles atores cujas atividades geram “risco sistêmico” para a sociedade. Ademais, é preciso desaplicar a isenção para aqueles provedores com papel ativo na criação e organização (o que inclui a monetização) do conteúdo ilícito, já que, caso gerem danos, pode-se dizer que o dano seja decorrente de conteúdo gerado não só por terceiro, como prevê o art. 19 do MCI, mas também pelos próprios provedores.
84. Por conta disso, a ABCID requer, respeitosamente, que a tese fixada, com repercussão geral, seja no sentido de **interpretar o art. 19 do MCI conforme a CF, de maneira que a previsão de “danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros” seja interpretada restritivamente**, protegendo apenas provedores que adotem a devida diligência, de acordo com seu próprio tamanho e capacidades, na proteção de direitos fundamentais. Isso implica, particularmente, a obrigação para grandes provedores de adotar medidas de moderação adequadas (sob pena de eventual responsabilização) quando há possibilidade de risco sistêmico; e a necessidade para todos provedores de manter um canal de atendimento que garanta aos usuários um justo processo para eventuais reclamações. Claramente, este mecanismo representaria somente um elemento de um arcabouço regulatório necessariamente mais complexo, que consideramos deveria ser elaborado pelo Legislador.

Rio de Janeiro, 25 de abril de 2023.

**André Pacheco Teixeira Mendes**

**OAB/RJ 148.661**

**Luca Belli**

**Professor da FGV Direito Rio**

**Walter B. Gaspar**

**Pesquisador da FGV Direito Rio**

**Daniel Pires Novais Dias**

**OAB/BA 31.042**

**Nicolo Zingales**

**Professor da FGV Direito Rio**

**Yasmin Curzi**

**Pesquisadora da FGV Direito Rio**