

PARECER

Constitucionalidade do art. 19 da Lei nº 12.965/2014 (“Marco Civil da Internet”) que prevê a responsabilização civil de provedor de aplicação de internet por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros apenas na hipótese de descumprimento de ordem judicial específica de exclusão de conteúdo.

CONSULTA

Consulta-nos Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. (“Facebook Brasil” ou “Consulente”), por meio de seu advogado, o Doutor Diego Spinola, a respeito da constitucionalidade do art. 19, da Lei nº 12.965, de 2014 (“Marco Civil da Internet” ou “MCI”), questionada no Recurso Extraordinário (“RE”) nº 1.037.396/SP, submetido ao rito da Repercussão Geral para solução do Tema nº 987, assim delimitado:

“à luz dos princípios constitucionais e da Lei nº 12.965/2014, a empresa provedora de aplicações de internet possui os deveres (i) de fiscalizar o conteúdo publicado nos seus domínios eletrônicos; (ii) de retirar do ar informações reputadas como ofensivas mediante simples notificação extrajudicial e (iii) de se responsabilizar legalmente pela veiculação de aludido conteúdo antes da análise pelo Poder Judiciário.”

A discussão trata da necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para, somente no caso de descumprimento de referida ordem, responsabilizar civilmente os provedores de aplicação de internet por danos decorrentes de conteúdos publicados por terceiros usuários de suas plataformas.

A Consulente nos apresenta os seguintes quesitos:

- a. A interpretação do art. 19 do Marco Civil da Internet com base na Constituição Federal aponta para um dever de provedores de aplicação de internet fiscalizarem previamente o conteúdo publicado por terceiros em suas plataformas eletrônicas?
- b. Considerando a suposta inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet, o provedor de aplicação deveria: (i) retirar as informações reputadas como ofensivas

mediante notificação extrajudicial?; ou (ii) ser responsabilizado legalmente pela veiculação de conteúdo de terceiros antes da sua análise pelo Poder Judiciário?

c. Haveria conflito entre o regime jurídico estabelecido pelo art. 19 do Marco Civil da Internet e a proteção do consumidor, conforme definido na Lei nº 8.078, de 1990 ("Código de Defesa do Consumidor" ou "CDC")?

Com o propósito de analisar o tema e oferecer resposta sobre os quesitos, o presente Parecer encontra-se estruturado da seguinte maneira:

- (i) a Seção I apresenta síntese sobre o conflito jurídico objeto deste Parecer;
- (ii) a Seção II apresenta definições de diferentes tipos de provedores - com ênfase no "provedor de aplicação" - e o papel que exercem na garantia da liberdade de expressão, assim como peculiaridades deste direito no ambiente digital;
- (iii) a Seção III apresenta os diferentes modelos de responsabilização de provedores e o processo que culminou na redação final do art. 19 do MCI;
- (iv) a Seção IV expõe a evolução da jurisprudência antes e depois da entrada em vigor do MCI;
- (v) a Seção V aborda os argumentos que sustentam a constitucionalidade do art. 19 do MCI e quais seriam os impactos decorrentes de uma eventual declaração de sua inconstitucionalidade; e
- (vi) Ao final, apresenta-se uma breve conclusão que sumariza o exposto e responde aos questionamentos formulados pela Consulente.

I. INTRODUÇÃO: APRESENTAÇÃO DO CONFLITO

I.1. Contextualização da discussão

O art. 19 do MCI disciplina:

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

§ 1º A ordem judicial de que trata o **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material. (...)" (grifo nosso)

O dispositivo determina a isenção geral de responsabilidade do chamado "provedor de aplicação" por conteúdos gerados por terceiros, salvo se este deixar de tomar as providências

para tornar indisponível o conteúdo apontado como ilegal após uma ordem judicial específica, nos limites técnicos de seu serviço e no prazo estipulado pelo juiz.

Frequentemente, vítimas de ofensas praticadas na internet ingressam com ações judiciais para fazer cessar a divulgação de um determinado conteúdo e, muitas vezes, obter indenização por danos alegadamente sofridos em razão de sua publicação. As empresas que oferecem plataformas para interações entre usuários, denominadas provedores de aplicação, são muitas vezes incluídas no polo passivo dessas demandas (individualmente ou em litisconsórcio passivo).

Uma parcela minoritária de magistrados vem afastando a aplicabilidade do art. 19 do MCI e, por consequência, responsabilizando diretamente os provedores de aplicação por alegados danos causados pela publicação de conteúdo tido como ilícito criado e publicado pelos usuários, mesmo quando o provedor de aplicação não haja recebido previamente uma ordem judicial para retirada de conteúdo.

É exatamente esse o caso posto no RE nº 1.037.396/SP submetido à apreciação do STF.

I.2. Síntese do caso que estruturou o RE nº 1.037.396/SP

A recorrida, Lourdes Pavioto Correa, propôs ação de obrigação de fazer (com pedido de indenização por danos morais) perante o Juizado Especial Cível da comarca de Capivari, Estado de São Paulo, em face da Consulente, por danos alegadamente sofridos em razão da criação de perfil com seu nome na rede social Facebook.

O juízo de primeira instância determinou liminar para a exclusão do conteúdo, que foi cumprido pela empresa após a indicação da URL correspondente. Em sentença, foi rejeitado o pedido de indenização, sob o argumento de que provedores de aplicação não possuem o dever legal de fiscalizar previamente o conteúdo disponibilizado por terceiros, sendo inexistente a omissão ou negligência por parte da Consulente, que teria atendido a ordem de retirada de conteúdo após a expedição da ordem judicial.

A Segunda Turma Recursal Cível de Piracicaba acolheu o recurso da autora, reformando a sentença e condenando a Consulente ao pagamento de indenização por danos morais. Segundo a justificativa apresentada, a responsabilidade da empresa residiria em sua inércia e por supostamente não disponibilizar meios suficientes para que interessados possam promover a retirada de conteúdo lesivo. Reconheceu-se, ademais, a preponderância do CDC e das garantias constitucionais à honra, intimidade, imagem e privacidade sobre as normas do MCI e das garantias constitucionais da liberdade de expressão, livre manifestação do pensamento e do direito à informação.

A Consulente interpôs então Recurso Extraordinário contra a referida decisão, que teve Repercussão Geral reconhecida.

A Procuradoria Geral da República manifestou-se pela constitucionalidade do art. 19 do MCI, não vislumbrando incompatibilidade do regramento delineado pelo MCI com o texto constitucional. Afirmou que o mencionado diploma viabiliza a convivência harmônica entre

valores essenciais dentro do ordenamento jurídico e argumentou que a eventual transferência aos provedores de internet da função de mediar conflitos entre direitos fundamentais afastaria a reserva de jurisdição e poderia acarretar restrição à liberdade de expressão dos usuários.

Após o reconhecimento de Repercussão Geral, 16 entidades manifestaram-se para ingressar na ação como *amici curiae*¹. Das entidades que solicitaram admissão como *amici*, até a presente data, a absoluta maioria se posicionou pela constitucionalidade do art. 19 do MCI .

1.3. Esclarecimento necessário sobre recursos envolvendo responsabilidade civil de provedores de aplicação submetidos ao STF

Antes de passar à exposição das razões que justificam o reconhecimento da constitucionalidade do art. 19 do MCI, impõe-se fazer um breve esclarecimento.

Com efeito, a discussão sobre a responsabilidade civil de provedores de aplicação por ato ilícito de terceiros não é recente e precede a edição do MCI.

Antes de vigente o art. 19 do MCI, a jurisprudência majoritária vinha adotando a tese de que os provedores de conteúdo somente poderiam responder por conteúdos postados por terceiros, caso não retirassem o conteúdo lesivo após notificação extrajudicial apresentada pelo usuário ofendido.

Ainda assim, a jurisprudência não era uniforme.

Em 2012, o STF reconheceu a existência de repercussão geral sobre o tema por ocasião da submissão do ARE nº 660.861/MG, sob o Tema nº 533:

“Dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário.”

O foco principal da discussão naquele caso residia no dever dos provedores de aplicação de fiscalizar o conteúdo neles postado pelos respectivos usuários.

O ARE nº 660.861/MG foi convertido no RE nº 1.057.258/MG, e aguarda apreciação.

Com a entrada em vigor do art. 19 do MCI, restou mantida a desobrigação dos provedores de aplicação de fiscalizar previamente os conteúdos e veio a definir-se, de forma explícita, que a responsabilização de tais provedores por conteúdos gerados por terceiros em suas

¹ De acordo com levantamento feito até o dia 09 de janeiro de 2019, pediram ingresso como amici curiae as seguintes entidades: a saber: Yahoo! do Brasil Internet Ltda.; Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (“Brasilcon”); Google Brasil Internet Ltda., Intervezes – Coletivo Brasil de Comunicação Social; Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP; Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – ABRAJI, Mercado Livre.Com Atividades De Internet Ltda; Wikimedia Foundation Inc.; Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor; Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e Centro Acadêmico Direito GV (manifestaram-se conjuntamente, e aqui serão considerados apenas como uma entidade); Associação Internetlab de Pesquisa em Direito e Tecnologia; Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (“ITS”); Twitter Brasil Rede de Informação Ltda; Associação Brasileira de Internet - ABRANET; Twitter Brasil Rede de Informação LTDA. (“Twitter”); Grupo de Proteção à Marca (“BPG”); e as Associações Dinamo e ABStartups (manifestaram-se conjuntamente, e aqui serão considerados apenas como uma entidade).

plataformas somente poderia advir em caso de haver descumprimento de decisão judicial que determine a remoção de conteúdo específico, mediante a sua identificação clara e específica, de forma a permitir a localização unívoca do material.²

Assim, em que pese a similaridade dos temas constitucionais tratados nos dois recursos, importa ter claro que a discussão travada no RE nº 1.037.396/MG – e objeto deste parecer – apresenta contornos distintos daquela tratada no RE nº 1.057.258/SP.

II. O PAPEL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO DA INTERNET

II.1. O papel dos provedores de internet

O MCI, que estabelece direitos e obrigações para o uso da internet no Brasil, define duas modalidades de provedores de serviço de internet, que desempenham papel estratégico no oferecimento da infraestrutura para troca de informações nos dias de hoje: os provedores de conexão e os provedores de aplicação³.

Os **provedores de conexão** são aqueles que viabilizam “a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP”. Ou seja, correspondem a pessoas jurídicas que possibilitam a conexão física do usuário com a rede. No Brasil, a infraestrutura que viabiliza a conexão de usuários com a rede é gerida pelos prestadores de serviços de telecomunicações, sendo exemplos desse tipo de provedores a Vivo, Tim, Net, Oi, dentre outras.⁴

Já os **provedores de aplicação** são aqueles que dispõem de “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”.⁵ São os sites ou aplicativos que podem ser utilizados após a habilitação por um provedor de conexão, fornecendo um conjunto de funcionalidades que permitirão a visualização, disponibilização e compartilhamento do conteúdo. Essas funcionalidades podem ser bastante diversas, como serviços de e-mail, redes sociais, plataformas de compartilhamento de vídeo etc.

Esses provedores de aplicação, em muitos casos, acabam servindo como canais de comunicação direta entre os usuários da internet. Ao contrário do que ocorre com os modelos tradicionais de comunicação social, chamadas de multiponto (*multicast* ou *one-to-many*, em inglês), a internet propicia uma forma de comunicação interpessoal e colaborativa de muitos para muitos (*many-to-many*). Na comunicação multiponto, admite-se a difusão concomitante

² A forma “unívoca” de se localizar o material já foi definida pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1629255/MG: ela deve ser feita através do endereço eletrônico da página no qual está presente o conteúdo supostamente lesivo. O endereço eletrônico é tecnicamente conhecido como *Uniform Resource Locator* (URL), ou localizador uniforme de recursos. A partir desse endereço, informa-se como conectar-se, por exemplo: “www.exemplo.com.br”.

³ No âmbito da doutrina, há quem estabeleça classificação que diferencia entre seis categorias de provedores: estrutura, acesso, correio eletrônico, hospedagem, conteúdo e informação. Essa, no entanto, não foi a opção do legislador pátrio, que resolveu agrupar os provedores de internet em duas categorias: de conexão e de aplicação, sendo que esta última categoria abrange os provedores de serviços online em geral, incluindo provedores de serviços de correio eletrônico, hospedagem, conteúdo e informação.

⁴ Art. 5º, V, Marco Civil da Internet.

⁵ Art. 5º, VII, Marco Civil da Internet.

da mesma informação previamente editorializada a um grande número de pessoas. Já no caso da internet, frequentemente, há a criação de diversos canais de comunicação direta entre os próprios usuários, sem que haja intervenção prévia editorial em cada conteúdo disponibilizado. No caso dos provedores de aplicação, em que a produção de conteúdo fica a cargo do usuário (como o Facebook, YouTube, e outras redes mais interativas) essa estrutura fica clara: há uma multiplicidade de usuários que produzem conteúdos que serão vistos por outros usuários.

A distinção entre provedor de conexão e provedor de aplicação foi bem ilustrada pela Ministra Nancy Andrighi no REsp nº 1.642.997/RJ:

“No Brasil, os provedores de conexão acabam, em sua maioria, confundindo-se com os próprios prestadores de serviços de telecomunicações, que em conjunto detêm a esmagadora maioria de participação neste mercado. Por sua vez, utilizando as definições estabelecidas pelo art. 5º, VII, do Marco Civil da Internet, uma “aplicação de internet” é o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet. Como é possível perceber, essas funcionalidades podem ser as mais diversas possíveis, tais como serviços de e-mail, redes sociais, hospedagem de dados, compartilhamento de vídeos, e muitas outras ainda a serem inventadas. Por consequência, os provedores de aplicação são aqueles que, sejam com ou sem fins lucrativos, organizam-se para o fornecimento dessas funcionalidades na internet.”⁶

Embora *provedor de aplicação* e *provedor de conexão* sejam conceitos legais, instituídos pelo MCI, é essencial compreender quais são as atividades que desempenham para poder lhes atribuir o regime de responsabilidade adequado.

Especificamente em relação aos provedores de aplicação, deve-se verificar se produzem conteúdo específico ou se possuem arquitetura que permite que usuários disponibilizem informações - ou seja, se do ponto de vista do provedor de aplicação o conteúdo é disponibilizado e gerado por terceiros.⁷⁻⁸

Evidentemente, a responsabilização civil atribuída aos provedores deverá ser diferente caso se trate de conteúdo próprio dos provedores ou gerado por terceiros.

Conforme reconhecido no documento denominado, “Manila Principles on Intermediary Liability”⁹, elaborado em 2015 com participação de diversas organizações internacionais que

⁶ STJ, 3ª Turma Julgadora, REsp 1.642.997/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.12.09.2017.

⁷ Por exemplo, tanto o *Netflix* quanto o *YouTube* são provedores de aplicação que compartilham mídias audiovisuais. Contudo, enquanto o *Netflix* promove controle prévio e centralizado dos filmes que serão disponibilizados em sua aplicação, no *YouTube* o conteúdo provém de compartilhamentos de terceiros.

⁸ “As discussões acerca da responsabilidade civil dos provedores de aplicações apresentam uma complexidade elevada, pois em regra não se está a discutir uma ofensa diretamente causada pelo provedor, mas sim por terceiros usuários das funcionalidades por ele fornecidas. A dificuldade é ainda mais elevada quando os provedores não exercem nenhum controle prévio sobre aquilo que fica disponível on-line, o que afasta a responsabilidade editorial sobre as informações.” STJ, Recurso Especial nº 1.642.997-RJ, voto da Rel. Min. Nancy Andrighi, j.12.09.2017.

⁹ “Os Princípios de Manila sobre Responsabilidade de Intermediários”, em tradução livre. Manila é a capital das Filipinas, onde o documento foi assinado. Disponível em <https://www.manilaprinciples.org>. Acesso em 08.01.2019.

lidam com direitos humanos e direitos digitais¹⁰, todas as comunicações sociais feitas pela internet são facilitadas por intermediários (categoria na qual estão incluídos provedores de aplicação), sendo de rigor reconhecer que esses intermediários não devem ser responsabilizados por conteúdo gerado por terceiros.

Na mesma linha, a Resolução nº 03 de 2009, assinada pelo Comitê Gestor da Internet (“CGI.br”), que estabeleceu princípios para a governança e uso da internet no Brasil, conhecidos como o “decálogo da internet no Brasil”, lista uma série de diretrizes para a governança da rede em nosso país. A cláusula 7 trata do princípio da “**inimputabilidade da rede**”, afirmando que “*o combate a ilícitos na rede deve atingir os responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte, sempre preservando os princípios maiores de defesa da liberdade, da privacidade e do respeito aos direitos humanos*”.

Essa mesma diretriz encontra respaldo em documentos internacionais que tratam de liberdade de expressão e a garantia de direitos humanos e inovação na rede.¹¹

II.2. Observância à liberdade de expressão na internet

O conceito de democracia pressupõe o exercício ativo da cidadania, possibilitado justamente pelo acesso à informação, à liberdade de expressão, de manifestação, tudo conjugado com tutela jurídica de direitos e deveres.¹²

O art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (“DUDH”) prevê:

“Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.”¹³

Igualmente, estabelece o art. 19 da Convenção Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (“ICCPR”):

¹⁰ Dentre elas, temos organizações de peso como a Electronic Frontier Foundation (EFF), Article19, Fundación Karisma, ONG Derechos Digitales, International Alliance on Information for All - United Kingdom, FreePress.net, Association for Progressive Communications (APC) - South Africa, dentre outras.

¹¹ Dentre os Princípios de Manila, encontra-se a recomendação de que intermediários não sejam responsabilizados por conteúdos de terceiros: “Intermediaries must never be made strictly liable for hosting unlawful third-party content, nor should they ever be required to monitor content proactively as part of an intermediary liability regime”. Ver Electronic Frontier Foundation, *The Manila Principles on Intermediary Liability Background Paper*, 30 May 2015, p. 25. Disponível em https://www.eff.org/files/2015/07/08/manila_principles_background_paper.pdf. Acesso em 08.01.2019.

¹² John Stuart Mill, em sua obra “On liberty”, intervém em favor da liberdade de expressão e do choque de ideias, que consiste na única forma de fortalecer o embate. Tanto ideias “corretas” quanto ideias “erradas” devem ser externalizadas para que construamos um verdadeiro mercado de ideias. O autor resume: “But the peculiar evil of silencing the expression of an opinion is that it is robbing the human race; posterity as well as the existing generation; those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth: if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error”. John Stuart Mill, *On liberty*. Ontario: Batoche Books Limited, 2001, p. 19.

¹³ Resolução da Assembleia Geral da ONU 217A(III), adotada em 10 de Dezembro de 1948.

“Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.”¹⁴

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 (“CF”) assegura esse direito, bem como o direito de acesso à informação em seu artigo 5º, nos incisos IV e XIV.¹⁵

Ainda, no capítulo sobre Comunicação Social, a CF afirma que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, **sob qualquer forma, processo ou veículo** não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (art. 220).

Forte na necessidade de assegurar a liberdade de expressão, o Brasil subscreveu a Declaração de Chapultepec que, muito embora não tenha força legal¹⁶ e tenha por foco o desenvolvimento da atividade jornalística, estabelece que “[n]ão deve existir nenhuma lei ou ato de poder que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa, seja qual for o meio de comunicação.”

Dentre os princípios consagrados na Declaração de Chapultepec, destacam-se os seguintes:

I – **Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão** e de imprensa. O exercício dessa não é uma concessão das autoridades, é um direito inalienável do povo.

II – **Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. Ninguém pode restringir ou negar esses direitos.**”

O STF possui jurisprudência pacificada reconhecendo a importância da liberdade de expressão e a necessidade de proteger e assegurar o seu amplo exercício:

“Aqui utilizo o termo “liberdade de expressão” em sentido amplo, abrangendo a liberdade de informação e também a liberdade de imprensa. **A CRFB/1988 incorporou um sistema de proteção reforçado das liberdades de expressão**, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade prima facie destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade. Assim, embora não haja hierarquia entre direitos fundamentais, tais liberdades possuem uma posição preferencial, o que significa dizer que seu afastamento é excepcional, e o ônus argumentativo é de quem sustenta o direito oposto.”

¹⁴Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=848&IID=2> Acesso em 08.01.2019.

¹⁵ Isso porque tais direitos são condições para o exercício de outros direitos fundamentais, em especial os direitos políticos, visto que viabilizam a livre formação de opinião e o confronto entre ideais divergentes.

¹⁶ Muito embora da Declaração de Chapultepec não tenha força legal, em mais de uma ocasião, o STF já reconheceu a importância dos princípios nela insculpidos. Nesse sentido, confira-se: ADPF 130, rel. Min. Carlos Britto, Rcl 16.074 MC-AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello e Rcl 31117 MC/PR, decisão proferida em plantão pela Min. Carmen Lucia.

(STF, Rcl 24760 MC/DF, voto Min. Barroso, j. 26.10.2016).

* * *

“Essa repulsa constitucional bem traduziu **o compromisso da Assembléia Nacional Constituinte de dar expansão às liberdades do pensamento. Estas são expressivas prerrogativas constitucionais cujo integral e efetivo respeito, pelo Estado, qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático.** A livre expressão e manifestação de idéias, pensamentos e convicções não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público nem submetida a ilícitas interferências do Estado.

(...)

O regime constitucional vigente no Brasil privilegia, de modo particularmente expressivo, o quadro em que se desenvolvem as liberdades do pensamento. Esta é uma realidade normativa, política e jurídica que não pode ser desconsiderada pelo Supremo Tribunal Federal.”
(STF, ADPF 187, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. em 15.06.2011)

No julgamento da ADPF 130, voltado à análise da constitucionalidade da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), a posição do STF em prol da liberdade de expressão ficou bem definida, tendo o tribunal naquele caso decidido pela incompatibilidade da referida lei com a CF e o Estado Democrático de Direito em termos bastante claros.

Em seu voto condutor, o relator Min. Carlos Britto destacou que a liberdade de pensamento assegurada na CF deveria ser observada igualmente na internet, nos seguintes termos:

“Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), **não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.**” (STF, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 30/4/2009)

Com razão, pois, na internet, o direito à liberdade de expressão adquire novos contornos, uma vez que a informação circula com maior rapidez e envolve mais agentes para além daqueles da mídia tradicional. Isto é, a internet oferece espaço para a divulgação de informações, a conexão entre pessoas ao redor do mundo e a influência direta no cotidiano das pessoas.

Torna-se importante, portanto, a elaboração de postulados que assegurem a liberdade de expressão, considerando as particularidades da rede, os fenômenos sociais emergentes do avanço de novas tecnologias, e também a interpretação de anteriores com as lentes apropriadas.¹⁷

¹⁷ Nesse sentido, convém destacar o entendimento de Carlos Affonso Pereira de Souza: “A Internet é um meio de comunicação e informação sem precedentes. Se por um lado é verdade que não se precisa de lei nova para cada nova forma de manifestação do pensamento que venha a surgir, a rede inovou de forma tão profunda as maneiras de expressão que o Direito não pode ficar inerte ao seu desenvolvimento. A missão delicada do Marco Civil é encontrar um equilíbrio entre a criação de um espaço em que se possa cultivar a liberdade de expressão - já que a rede tanto amplia como potencialmente restringe o discurso de forma tão facilitada - ao mesmo tempo em que

Diante desse cenário, organizações internacionais destinadas à proteção de direitos humanos emitiram recomendações para que os Estados busquem compreender os novos fenômenos e assegurar a incidência de suas normas sobre os novos dilemas surgidos no campo da liberdade de expressão.

Assim, a Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos ("CNUDH"), entidade que monitora os tratados para ICCPR, afirmou:

O art. 19 da ICCPR protege todas as formas de expressão e os meios para a disseminação das mesmas, incluindo todas as formas de expressão eletrônicas e baseadas na internet. (...) Os estados signatários da ICCPR devem considerar a extensão em que os avanços da tecnologia da informação, como os sistemas de disseminação de informações pela internet e dispositivos móveis, alteraram dramaticamente as práticas de comunicação no mundo inteiro. Especificamente, o arcabouço jurídico que regulamenta os meios de comunicação de massa deve levar em consideração as diferenças entre a mídia impressa e eletrônica e a internet, observando, ao mesmo tempo, as maneiras pelas quais os meios de comunicação convergem.¹⁸

Da mesma forma se manifestaram os quatro relatores especiais na sua Declaração Conjunta Sobre a Liberdade de Expressão e a Internet¹⁹:

A liberdade de expressão se aplica à internet do mesmo modo que a todos os meios de comunicação. As restrições à liberdade de expressão na internet só são aceitáveis quando cumprem os padrões internacionais, que dispõem, entre outras coisas, que elas devem estar previstas pela lei, buscar uma finalidade legítima reconhecida pelo direito internacional e ser necessárias para alcançar essa finalidade (o teste "tripartite").

III. MODELOS DE RESPONSABILIZAÇÃO DE PROVEDORES E A CONSTRUÇÃO DO ART.19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET

III.1. Modelos de responsabilização de provedores de aplicação

A responsabilização de provedores de aplicação observa três grandes modelos:

se garante às vítimas da disponibilização de conteúdo ilícito os meios para identificar o seu autor e a remoção do material impugnado." In SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da internet. In DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cintia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III - Tomo II: Marco Civil da internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 403-404.

¹⁸ Comentário Geral No. 34 em relação ao art. 19, publicado em setembro de 2011 pela CNUDH.

¹⁹ Igualmente, a Corte Europeia de Direitos Humanos declarou que: "user generated expressive activity on the Internet provides an unprecedented platform for the exercise of freedom of expression". (Delfi AS v Estonia (2016) 62 EHRR 6, at paragraph 110.) "In light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information generally. The maintenance of Internet archives is a critical aspect of this role..." (Times Newspapers Ltd (nos.1 and 2) v the United Kingdom (App. nos. 3002/03 and 23676/03), at paragraph 27)

Responsabilização em sentido estrito	Liberdade condicionada ou “safe harbors”	Imunidade
<p>Intermediários responsáveis pelo conteúdo de terceiros, devendo continuamente monitorar seus usuários, e retirar conteúdos indiscriminadamente.</p> <p>Caso intermediários falhem no monitoramento, estarão sujeitos a sanções.</p>	<p>Intermediários parcialmente responsáveis por conteúdo de terceiros.</p> <p>Devem atender a determinados requisitos para garantir sua imunidade.</p> <p>E.g.: <i>notice-and-takedown, notice and notice, notice and counternotice.</i></p>	<p>Intermediários não são responsáveis por conteúdo de terceiros.</p> <p>Não possuem obrigação de monitorar usuários, pois são apenas “mensageiros” da informação.</p>
<p>Exemplos na Venezuela, Rússia, Arábia Saudita e Tailândia.</p>	<p>Exemplos nos Estados Unidos, Brasil e na União Europeia.</p>	<p>Não há exemplos, pois a maioria dos países oferece algum tipo de restrição.</p>

A **responsabilização em sentido estrito** impõe aos provedores um altíssimo grau de responsabilidade sobre conteúdo disponibilizado por seus usuários, mesmo que a empresa não possua nenhuma ingerência na sua criação e divulgação. Para evitar eventual aplicação de penalidades por atos de terceiros, provedores realizam excessivo controle prévio e a posteriori sobre as interações de seus usuários em sua plataforma. Esse modelo de responsabilização é o mais potencialmente atentatório à liberdade de expressão, exatamente porque incentiva demasiadamente a fiscalização do conteúdo e de sua forma de disseminação.

Além dos exemplos da Rússia e Arábia Saudita, vale destacar que em 2017 a Venezuela editou a “Lei constitucional contra o ódio, pela convivência pacífica e pela tolerância”, que impôs a provedores a obrigação de agir proativamente na remoção de mensagens que contenham propaganda de guerra ou que promovam o que se chamou de “discurso de ódio”. Ocorre que referida lei atribui obrigações demasiadas aos intermediários, como a previsão de multa, bloqueios ou responsabilização criminal aos provedores que não promoverem a retirada em seis horas de conteúdo supostamente ilícito. Além disso, referida lei não define quais seriam os atores competentes para denunciar o conteúdo ou o conteúdo de “discurso de ódio”, deixando grande margem de interpretação sobre esses elementos.

O modelo de **imunidade total** não é encontrado na sua forma pura. Por esse modelo, intermediários não seriam responsabilizados pela disponibilização de conteúdo de terceiros, tampouco teriam obrigação de realizar qualquer tipo de monitoramento ou fiscalização prévia.

Por sua vez, os modelos de **liberdade condicionada** são bastante diversos entre si, podendo carregar níveis mais permissivos ou restritivos quanto à liberdade dos provedores e também em relação à matéria em questão.

Em países de regime democrático e que consideram a liberdade de expressão um dos pilares fundamentais de suas sociedades, costuma-se adotar modelos de liberdade condicionada.

Por exemplo, na legislação americana, o Communications Decency Act (“CDA”), na Seção 230(c)(1)²⁰, afirma que intermediários estão isentos de serem responsabilizados por conteúdos de terceiros em suas plataformas, exceto quando há violação de direitos autorais e de violações a certas leis federais.

Desta forma, nos Estados Unidos, criou-se o Digital Millennium Copyright Act (“DMCA”), que trata especificamente da matéria de direito autoral, uma das primeiras legislações do mundo sobre o tema que acabou por introduzir e disseminar o procedimento de notice and takedown (notificação e retirada). Esse procedimento é aplicável exclusivamente a casos de violação a direitos autorais. Nesses casos, a pessoa que se sentiu lesada por determinado conteúdo deverá enviar notificação à plataforma onde está hospedado o conteúdo autoral. Recebida a notificação, a empresa notificada deverá tornar indisponível o conteúdo e permitir que o usuário demonstre que possui autorização para distribuir aquele conteúdo autoral, caso em que o conteúdo deverá ser restabelecido. O provedor somente será responsabilizado caso deixe de remover o conteúdo após notificação.

Por mais que esse instrumento tenha sua importância na proteção dos direitos autorais, é criticado porque, embora promova proteção aos provedores, resulta em si em grandes volumes de remoção de conteúdos da Internet. Embora os provedores de aplicação tenham a possibilidade de manter conteúdos considerados não infringentes a direitos de terceiros se assim o entenderem, a perspectiva de responsabilização cria estímulos para a remoção de todo conteúdo fruto de simples notificação extrajudicial. Dados empíricos²¹ mostram que provedores submetidos a esse sistema tendem a adotar posições mais conservadoras para

²⁰ Section 230. (c) **Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material**

(1) Treatment of publisher or speaker No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider. **(2) Civil liability** No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of: (A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or (B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph

²¹ URBAN, Jennifer. KARAGANIS, J. SCHOFIELD, Brianna. Notice and Takedown in Everyday Practice, Samuelson Law, Technology and Public Policy Clinic, 2017. Disponível em <https://goo.gl/SXaqYS>. Acesso em 08.01.2019. Nesse caso, foram realizados três estudos empíricos. O primeiro é qualitativo e se refere às formas pelas quais os procedimentos de retirada e exclusão de conteúdo são percebidos pelos principais *stakeholders*. O segundo estudo é quantitativo e examina uma amostra aleatória a partir de 108 milhões de pedidos de retirada de conteúdo submetidos ao *Lumen Archive*, durante seis meses. O terceiro estudo, por sua vez, também é quantitativo, a partir de uma amostra aleatória, retirada de dentro da amostra do segundo estudo, sobre pedidos de retirada de conteúdo no Google Imagens. No segundo estudo, A pesquisa empírica revelou que todos os pedidos de retirada de conteúdo da amostra tinham sido gerados automaticamente, sendo que pelo menos 30% deles era bastante problemático. Em outros 19% da amostra, não se tem certeza se houve violações efetivas de direitos autorais que motivassem os motivos de retirada.

evitar responsabilização, optando por indisponibilizar o conteúdo mesmo quando não há certeza sobre a legitimidade da reclamação apresentada pelo pretendo autor do conteúdo.²²

Outro exemplo de legislação que segue o modelo da liberdade condicionada pode ser achado nos países integrantes da União Europeia. A Diretiva de *E-Commerce* (“ECD” ou “Diretiva 2000/31/CE”) da União Europeia, além de afirmar que nenhum país pode impor aos intermediários obrigação geral de monitorar seus usuários,²³ oferece uma espécie de imunidade aos intermediários enquanto fornecedores de serviços técnicos e de infraestrutura da rede. A Diretiva dá liberdade para que os diferentes países instituem mecanismos para a retirada de conteúdo e estipula que os intermediários estariam apenas sujeitos a serem responsabilizados depois de tomarem ciência do conteúdo ilegal.

A Corte de Justiça da União Europeia (“CJUE”) já se pronunciou sobre o significado do termo “tomar ciência”, afirmando que “meras alegações” seriam insuficientes para deixar intermediários sujeitos à responsabilização, especialmente em casos complexos. As alegações devem ser substanciais, de modo que os intermediários não devem ser responsabilizados diante de alegações rasas de ilegalidade de conteúdo.²⁴⁻²⁵

Outro exemplo de modelo de liberdade condicionada é aquele adotado no Canadá, também referente a direitos autorais, o qual introduziu o modelo de *notice and notice*. Considera-se que o modelo canadense é menos lesivo à liberdade de expressão, pois há menos incentivos para a exclusão indiscriminada de conteúdo.

Em 2012, por meio do Copyright Modernization Act, o Canadá instituiu oficialmente este regime, utilizado informalmente desde 2000. O procedimento inicia-se no informe, pelo titular do direito autoral (quem pede a remoção), ao provedor de serviço de internet, que o repassará para o usuário pessoalmente acusado (quem publica). A notificação deve ser escrita e incluir alguns pré-requisitos, como o nome e endereço do requerente, o material objeto da violação, o interesse que fundamenta a proteção do direito autoral, a caracterização da violação, incluindo sua hora e localização. O provedor de internet deverá manter um registro do usuário

²² Ibidem, p.48. No original: “Most OSPs reported acting conservatively in order to avoid liability, opting to take down content even when they are uncertain about the strength of the underlying claim. (...) OSPs uniformly described their conservatism as a result of necessarily prioritizing avoiding liability over taking risks that might protect expression”.

²³ KELLER, Daphne. The Right Tools: Europe’s Intermediaries Liability Laws and the 2016 General Data Protection Regulation. Stanford Law School for Internet and Society. <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2017/02/SSRN-id2922704.pdf>

²⁴ Com base no art. 14(1) da ECD a Corte iniciou a qualificação deste modelo de responsabilização a partir dos casos Google France e L’Oréal v. eBay. Este dispositivo impõe ao intermediário a condição de atuar com diligência para que seja garantida a imunidade sobre a responsabilização do conteúdo publicado por terceiros.

²⁵ Artigo 14. Armazenagem em servidor

1. Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista no armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador do serviço não possa ser invocada no que respeita à informação armazenada a pedido de um destinatário do serviço, desde que:

a) O prestador não tenha conhecimento efectivo da actividade ou informação ilegal e, no que se refere a uma acção de indemnização por perdas e danos, não tenha conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a actividade ou informação ilegal, ou

b) O prestador, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, actue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações.

que detém a localização eletrônica na qual a violação do direito autoral ocorreu. Este registro deverá ser retido por seis meses, podendo ser estendido a um ano. Caso o provedor falhe no cumprimento de suas obrigações, será responsabilizado por danos com respectiva obrigação de indenizar, cujo valor pode variar. Este modelo de *notice and notice* oferece bastante liberdade para os intermediários com relação a formas de curadoria de conteúdo, fazendo com que sua única obrigação prévia seja a de, eventualmente, oferecer informações e auxiliar no fluxo de informações entre titular de direito autoral e usuário.

A partir dos exemplos desses países, vê-se a grande diversidade dos modelos de liberdade condicionada. A consequência negativa de modelos que acabam, mesmo que não intencionalmente, se aproximando de modelos mais restritivos, é a também diminuição da liberdade de expressão.

III.2. A Construção do art. 19 do Marco Civil da Internet

No Brasil, foram muitos os projetos de lei que tentaram obrigar os provedores de aplicações a removerem conteúdo da rede mediante requisições extrajudiciais de indivíduos ou entidades, ou seja, sem a necessidade de ordem judicial.

Nessas propostas, todas elas rejeitadas pelo Congresso Nacional, usualmente o provedor de aplicação seria responsabilizado solidariamente quando, após o recebimento de notificação privada, deixasse de imediatamente tornar indisponível aquele conteúdo. Vários desses projetos de lei inclusive definiam o prazo de 24 horas para a remoção do conteúdo pelo provedor de aplicação, mediante mera notificação.²⁶

O art. 19 do MCI introduziu no ordenamento jurídico brasileiro sistema que afasta a responsabilização dos intermediários até o momento em que haja uma ordem judicial que determine a retirada do conteúdo. Somente na recusa do intermediário em proceder com o cumprimento da decisão judicial, poderá haver a sua responsabilização, de modo a se qualificar como responsabilidade condicionada.²⁷

A única hipótese em que o MCI admitiu a responsabilização de provedores de internet por conteúdos de terceiros, após inobservância de notificação extrajudicial, sem a necessidade de ordem judicial, trata de caso específico de grande gravidade: a chamada disseminação não consentida de imagens íntimas (fenômeno também conhecido como *revenge porn*, ou “pornografia de vingança”, em português) previsto pelo art. 21.

²⁶ Em março de 2018, o projeto de lei foi retirado pelo próprio autor e arquivado pelo Senado Federal, o que pode ser explicado pela grande rejeição à proposta. Em consulta pública no portal e-cidadania, o projeto recebeu 155 votos “sim” e 2.862 votos “não”. Ver <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacao:materia?id=130820>. Acesso em 08.01.2019.

²⁷ O art. 21 do MCI apresenta exceção a essa regra, que se aproxima do sistema de *notice and takedown* para os casos de disseminação não consentida de imagens íntimas (fenômeno também conhecido como pornografia de vingança, ou *revenge porn*). Nestes casos, basta uma notificação extrajudicial para que o provedor torne indisponível o conteúdo. O art. 19, § 2º, afirma que a questão da retirada de conteúdo por violação de direitos autorais será regulada por lei específica.

Além da gravidade que lhes é característica, conteúdos de “revenge porn” são objetivamente identificáveis, sem a necessidade de análise por meio de juízos subjetivos, como são os casos envolvendo conteúdos ofensivos à honra ou imagem, por exemplo. Em outras palavras, não há dúvidas subjetivas acerca da identificação de um conteúdo que provem de disseminação não consentida de imagens íntimas como violador, pela presença de “cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado”.²⁸

O MCI é singular não só pelo seu conteúdo, mas também pelo processo que levou à sua criação e aprovação.²⁹ O Brasil elaborou uma moldura legislativa alinhada a diretrizes internacionais e ao disposto na CF.³⁰ O MCI prevê a liberdade de expressão como princípio norteador da disciplina do uso da Internet,³¹ assegurando a livre manifestação de opiniões dentro do contexto e das especificidades do mundo virtual.

Esse resultado, no entanto, foi obtido depois de 7 anos de debates envolvendo diversos setores da sociedade (comunidade científica, setor privado, governo etc.).

A concepção do MCI nasceu da construção de alternativas por diversos setores da sociedade civil diante de proposta de regulação para a internet brasileira conhecida como “Projeto de Lei Azeredo”³², que visava a regulação da internet por meio do direito penal.³³ O MCI foi, portanto, a proposta diametralmente oposta, formulada por meio de consultas públicas.

Um dos autores deste Parecer esteve na origem da ideia do MCI³⁴, tendo participado ao longo da construção colaborativa do seu texto. Sua gênese incluiu a participação livre e aberta *online*³⁵, destinada a potencializar a contribuição social nos contornos da legislação, desde o ano de 2009. Participaram desse processo cidadãos comuns, associações de classe, acadêmicos, entidades do terceiro setor e representantes do mercado.

²⁸ O pedido da vítima, associado a uma análise objetiva do conteúdo, é suficiente para configurá-lo como tal, procedimento que não pode ser estendido a conteúdos cuja análise de ofensividade seja subjetiva, o que só poderia ser feito efetivamente pela figura de um juiz, conforme se verá no item V.2 a seguir.

²⁹ LEMOS, Ronaldo. Uma Breve história da Criação do Marco Civil. In: De Lucca, N. et al (Org), *Direito & Internet III - Marco Civil da Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p.79.

³⁰ Referido alinhamento internacional pode ser observado inclusive em relação ao próprio art. 19: “Em especial o artigo 19 [...] cria para os chamados provedores de aplicações de Internet um ambiente que restringe a possibilidade de sua responsabilização por conteúdos gerados por terceiros apenas para casos de descumprimento de ordem judicial. Esse regime de isenção de responsabilidade dos provedores se apoia claramente em outras iniciativas legislativas que geraram forte impacto para a promoção do discurso e para a inovação em outros países, conforme se deu, por exemplo, com o artigo 230 do Communications Decency Act, nos Estados Unidos”. In SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da internet. In DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III - Tomo II: Marco Civil da internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 384.

³¹ Essas previsões estão contidas nos artigos 2º e 3º, inciso I da lei.

³² PAPP, Anna Carolina. *Em nome da internet - os bastidores da construção coletiva do Marco Civil*, 2014. Trabalho de Conclusão de Curso - Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo.

³³ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; STEIBEL, Fabro; LEMOS, Ronaldo. Notes on the creation and impacts of Brazil's Internet Bill of Rights. *The Theory and Practice of Legislation*, v. 5, n. 1, p. 73-94, 2017.

³⁴ LEMOS, Ronaldo. Uma Breve história da Criação do Marco Civil. In: De Lucca, N. et al (Org), *Direito & Internet III - Marco Civil da Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p.93

³⁵ Disponível em <http://culturadigital.br/marcocivil/>. Acesso em 08.01.2019.

A primeira consulta pública online teve duas fases. Além disso, o Ministério da Justiça recebeu 34 documentos de diversas representações diplomáticas estrangeiras sobre modelos de regulação da internet.³⁶

Em sua versão final, o MCI balanceou interesses diversos, sem deixar de observar as diretrizes internacionais e privilegiando a proteção da liberdade de expressão e a concretização dos princípios constitucionais.

A regra de responsabilização dos provedores da internet, definida pelo artigo 19, objeto da presente ação a mais debatida dentro do MCI³⁷. Isso decorreu, em grande medida, do fato de, antes dessa regulação, a jurisprudência sobre responsabilidade dos provedores ser errática e divergente, provocando enorme insegurança jurídica.³⁸

O primeiro modelo de responsabilidade de provedores sugerido para integrar o MCI foi o *notice and counter notice*, que visava unir as partes da demanda (quem publica o conteúdo e quem pede a sua remoção). O provedor de aplicação ficaria responsável apenas pela intermediação das partes.³⁹ Ao receber notificação, a plataforma deveria remover o conteúdo e notificar o publicador original. Caso esse usuário discordasse da razão pela qual o conteúdo foi retirado, poderia questionar o provedor, caso em que este deveria restituir o conteúdo, e nesse caso o publicador ficaria integralmente responsável pelo conteúdo, podendo ser acionado judicialmente.

Esse mecanismo foi criticado por inúmeros juristas, justamente por prescindir de ordem judicial, podendo implicar em violação à liberdade de expressão.

Como alternativa, foi proposta a responsabilização de provedores somente diante da omissão em remover conteúdo após ordem judicial expressa. Entendia-se que, na ausência de violação a regras da própria plataforma, o Judiciário seria o órgão qualificado para decidir sobre a existência de lesão a direitos.

Após essa mudança, mais de 100 comentários foram apresentados na plataforma da Consulta Pública em apoio à medida.⁴⁰

³⁶ BRITO CRUZ, Francisco. *Direito, Democracia e Cultura Digital: A Experiência de Elaboração Legislativa do Marco Civil da Internet*, 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

³⁷ Para se ter uma ideia, das 1.168 contribuições apresentadas na segunda fase da consulta pública do MCI, mais de 200 abordaram exclusivamente o tópico da responsabilidade civil dos provedores.

³⁸ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; STEIBEL, Fabro; LEMOS, Ronaldo. Notes on the creation and impacts of Brazil's Internet Bill of Rights. *The Theory and Practice of Legislation*, v. 5, n. 1, p. 13, 2017.

³⁹ PAPP, Anna Carolina. *Em nome da internet - os bastidores da construção coletiva do Marco Civil*, 2014. Trabalho de Conclusão de Curso - Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo, p. 59.

⁴⁰ Durante a tramitação do projeto no legislativo, outros questionamentos foram levantados, como a possibilidade de haver mecanismos distintos para a retirada de conteúdo que violasse direito autoral e a questão da possibilidade de retirada de material proveniente de disseminação não consentida de conteúdo íntimo, tratada no artigo 21 na versão final da lei.

Quando o projeto tramitava no Congresso, 29 entidades⁴¹ assinaram o manifesto intitulado “**Em defesa do Marco Civil**”⁴², que ressaltou ser o MCI uma das propostas mais avançadas sobre o uso da internet no mundo⁴³. Especificamente quanto à necessidade de ordem judicial para que haja a obrigação de remover conteúdos, **as entidades apontaram que essa medida evitaria a censura prévia de conteúdos, privilegiando a liberdade de expressão e o direito à informação**, apoiando integralmente o texto, que mereceu elogios de diversos especialistas⁴⁴ e organizações internacionais, dentre eles a ONU⁴⁵⁻⁴⁶⁻⁴⁷⁻⁴⁸.

⁴¹ Foram elas: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS-FGV); Intervezes; Grupo de Pesquisa de Políticas Públicas para o Acesso à Informação (GPOPAl-USP); art. 19; União Nacional dos Estudantes (UNE); Coletivo Digital; Central Única dos Trabalhadores (CUT); Barão de Itararé; Fora do Eixo; Instituto Nupef - Núcleo de Pesquisas, Estudos e Formação; Instituto Telecom; Associação Brasileira de Centros de Inclusão Digital (ABCID); Associação Software Livre; Proteste - Associação Brasileira de Defesa do Consumidor; Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito, Artes e Políticas Culturais (NEDAC-UFRJ); Saúde e Alegria; Associação das Rádios Públicas do Brasil (Arpub); Casa da Cultura Digital; Teia; Grupo de Pesquisa em Direitos Autorais e Acesso à Cultura da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (GP Cult - UFRRJ); Geledes - Instituto da Mulher Negra; Instituto Bem Estar Brasil; Articulação de Organizações de Mulheres Negras Brasileiras (AMNB); Rede de Cultura Digital Indígena, EMERGE - Centro de Pesquisas e Produção em Comunicação e Emergência; e Fenadados - Federação Nacional dos Trabalhadores em empresas de Processamento de Dados, Serviços de Informática e Similares.

⁴² Disponível em <http://intervozes.org.br/em-defesa-do-marco-civil/>. Acesso em 08.01.2019.

⁴³ Registre-se que as entidades elogiaram a oportunidade de participação direta da sociedade na elaboração do Anteprojeto de Lei, ressaltando que esse processo resultou em texto moderno e equilibrado, que busca estabelecer direitos essenciais para o uso da internet no país.

⁴⁴ O equilíbrio entre a preservação de liberdades na rede e mecanismos para se coibir atos ilícitos previsto no MCI foi elogiado por Sir Tim-Berners Lee, fundador da World Wide Web, o qual afirmou que o diploma é “um excelente exemplo de como governos podem ter um papel positivo em avançar direitos na web e manter a internet aberta” (http://www.huffingtonpost.com/tim-bernerslee/internet-magna-carta_b_5274261.html)

⁴⁵ O relatório da ONU sobre liberdade de expressão apontou o MCI como lei de grande destaque positivo para propiciar o equilíbrio entre liberdades na internet e coibir atos ilícitos: “O Relator Especial saúda iniciativas tomadas em outros países para proteger intermediários, como o projeto de lei adotado no Chile, o qual determina que intermediários não são obrigados a impedir ou remover o acesso a conteúdos gerados por usuários que infringem as leis de direito autoral, a não ser quando demandados por ordem judicial. Um regime similar foi proposto no Brasil” (tradução livre do inglês). A/HRC/17/27, Human Rights Council, Seventh session. Report of the Special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue. Disponível em: https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf. Acesso em 12.12.2018

⁴⁶ A Electronic Frontier Foundation (“EFF”), uma das organizações globais mais relevantes na defesa de liberdades civis no meio digital, afirmou que o MCI foi “uma conquista única no direito moderno devido à sua construção democrática, que envolveu diversos setores da sociedade e teve seus preceitos amplamente debatidos”. <https://www.eff.org/deeplinks/2015/10/brazils-terrible-pl215>. The Marco Civil Da Internet, Brazil's Internet bill of rights, was a unique achievement in modern law. Net users, academics, technologists, businesses and representatives of government all contributed to it in a lengthy consultation process, conducted using the very technology it was constructed to defend. Its scope and principles were publicly debated. Its drafters considered hundreds of edits and suggestions. Its final form was by no means perfect, but still contain some of the strongest protections for free expression and privacy online, net neutrality, and access to information. Signed into law in April 2014, it was a historic victory for positive collaboration that would form a solid foundation for future of Brazil's Internet.

⁴⁷ A Artigo 19, organização internacional de proteção a direitos humanos, também elogiou o Marco Civil da Internet, descreve a lei como inovadora e que a liberdade de expressão é um de seus pilares mais importantes, sendo que o modelo de responsabilização de intermediários é um dos elementos fundamentais para a garantia desse direito. Nesse mesmo documento, no entanto, a entidade alerta que a letra da lei representa apenas um passo na direção de garantir a liberdade de expressão, que temos que ficar atentos na forma com que a lei é aplicada ao longo tempo. Vide <https://www.article19.org/resources/country-report-brazils-marco-civil-da-internet/>. Acesso em 08.01.2019.

⁴⁸ Em relatório do Brookings Institute sobre modelos de governança na internet no Brasil e nos Estados Unidos, o Marco Civil é descrito como uma lei altamente protetiva de direitos e liberdades individuais em uma sociedade democrática, que é até mesmo considerada um modelo para outras organizações. Vide <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/USBrazil-Global-Internet-Governance-web-final.pdf>. Acesso em 08.01.2019.

IV. O PAPEL DO MCI NA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Houve mudança no entendimento das Cortes, com especial destaque ao Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), após a aprovação do MCI⁴⁹.

Até o advento do MCI em 2014, a jurisprudência ora orbitava na tese de responsabilidade objetiva dos provedores, ora na tese da responsabilidade subjetiva dos provedores após notificação extrajudicial privada. Nesse modelo, para a responsabilização de provedores de internet por conteúdos gerados por terceiros, bastaria a omissão em remover conteúdo após notificação pelo usuário, conforme se verifica pelos seguintes excertos decisórios:

“Na linha dos precedentes desta Corte, o provedor de conteúdo de internet não responde objetivamente pelo conteúdo inserido pelo usuário em sítio eletrônico, por não se tratar de risco inerente à sua atividade. Está obrigado, no entanto, a retirar imediatamente o conteúdo moralmente ofensivo, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano” (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1284096-MG, Rel. Min. Sidnei Benetti, Terceira Turma, j. 10.12.2013);

“Notificada a empresa para retirar material moralmente ofensivo inserido em sítio eletrônico e tendo permanecido inerte, correta a sua condenação em danos morais” (STJ, AgRg no AREsp 230095 / RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 06.08.2013).

A tese ganhou aderência no STJ em 2012, devido à dificuldade de encontrar soluções para o ressarcimento do ofendido. Assim, com vistas à proteção dos direitos dos usuários, atribuiu-se aos provedores de aplicação a incumbência de remoção de conteúdo de terceiros independente de prévia determinação judicial - dependente só de pedido do ofendido -, enfraquecendo a proteção à liberdade de expressão.

Mesmo se reconhecendo a notificação extrajudicial como suficiente para retirada do conteúdo, em geral, os tribunais entendiam que a responsabilidade dos provedores de aplicação seria subjetiva, afastando a responsabilidade objetiva. Reconhecia-se, portanto, que (i) a submissão dos provedores de internet às regras consumeristas ocorreria no limite de suas atividades; e (ii) a fiscalização de conteúdo não deveria ser considerada atividade intrínseca àquela realizada pelos provedores, ficando **afastado** o regime de responsabilidade objetiva do art. 14 do CDC conjugado com o art. 927 do Código Civil. Nesse sentido são os julgados do STJ no período que antecedeu o MCI:

“Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. (...) No que tange à filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário, não se trata de atividade

⁴⁹ A construção desta Seção do Parecer se apoiou no levantamento de decisões realizada no livro: “Teses jurídicas sobre liberdade de expressão na internet”, de realização da Artigo 19 e autoria de Natalia Langenegger. Disponível em http://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2018/11/Livro_Web.pdf. Acesso em 08.01.2019.

intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. (...) Conclui-se, portanto, ser ilegítima a responsabilização dos provedores de pesquisa pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários.” (STJ, Recurso Especial nº 1316921-RJ, Min. Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 26.06.2012) (grifo nosso)

Apesar de o STJ entender, à época, que o provedor deveria remover conteúdo a partir de notificação extrajudicial, prevalecia o entendimento de que, em caso de conflito entre princípios, deveria ser privilegiada a liberdade de expressão. Nesse sentido, decidiu:

“Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.”⁵⁰

A mesma tendência é encontrada no STF no período anterior ao MCI: ao acolher a ADPF 130, o Ministro Menezes Direito destacou que:

“Quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias.”

Assim, mesmo antes de 2014, a jurisprudência já seguia algumas das tendências que inspiraram o Marco Civil da Internet:

- (i) afastar a incidência do art. 14 do CDC c/c art. 927, parágrafo único, do CC na responsabilização do provedor de aplicações de internet, exigindo a demonstração de culpa ou dolo na desobediência a notificação extrajudicial;
- (ii) reconhecer a impossibilidade de fiscalização prévia dos conteúdos, por não se tratar de atividade de risco intrínseco ao papel desempenhado pelos provedores; e
- (iii) privilegiar a liberdade de expressão em caso de colisão entre princípios.

Com a promulgação do MCI, entrou em vigor norma que estrutura o regime de responsabilização dos provedores de Internet. Deixou-se explícito que, para a responsabilização dos provedores de aplicação, deve haver descumprimento a ordem judicial específica, excetuadas as hipóteses de divulgação não autorizada de materiais contendo nudez ou atos sexuais de caráter privado (MCI, art. 21). Além disso, as providências tomadas pelos provedores devem ser consideradas dentro dos limites técnicos de seus serviços, e a ordem judicial deve conter identificação clara e específica do conteúdo apontado.

Como consequência, a jurisprudência do STJ e dos tribunais estaduais se redirecionou ao sistema de responsabilidade subjetiva após o descumprimento de ordem judicial,

⁵⁰ STJ, Recurso Especial nº 1.316.921-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 26.06.2012. Ressalte-se que esse entendimento foi reproduzido no ano seguinte, pela mesma Ministra: STJ, Reclamação nº 5072, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.12.2013.

conforme decisões abaixo:

"A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça adotava a primeira vertente, ao afirmar que bastaria a ciência inequívoca do conteúdo ofensivo, sem sua retirada em prazo razoável, para que o provedor se tornasse responsável, conforme se verifica no julgado mencionado acima (REsp 1.406.448/RJ, Terceira Turma, DJe 21.10.2013). No entanto, movido por uma série de preocupações, o Marco Civil da Internet expressamente adota a segunda vertente, determinando a responsabilidade do provedor de aplicação somente em caso de descumprimento de ordem judicial, conforme disposto no art. 19, caput, da mencionada lei (...) Entre as preocupações que levaram o legislador pátrio a adotar esse posicionamento normativo, conforme apontado pela doutrina estão: (i) o perigo do alto empoderamento dos provedores de aplicação ao decidir entre o que permanece on-line e o que é retirado; (ii) evitar a intensa subjetividade dos critérios que podem ser utilizados para a retirada de um conteúdo supostamente ofensivo da internet, deixando-se que o Poder Judiciário, a partir de um conjunto de casos julgados, decida o que é ofensivo em concreto; e (iii) afastar o risco de diminuição do grau de inovação da internet que poderia ser causado por um aumento na insegurança jurídica daqueles que atuam neste ambiente. Essa vertente também consta nos mencionados Princípios de Manila, para que se evite a constituição de um sistema de censura mantido por empresas privadas, o que seria altamente danoso para a liberdade de expressão." (STJ, REsp 1629255/MG, j. 27.08.2017)

"No entanto, essa teoria subdivide-se em duas vertentes a depender do termo inicial para se considerar o provedor de aplicação responsável por conteúdo gerado por terceiro. Esse termo a quo pode ser: (i) a notificação do próprio usuário, pelos meios oferecidos pelo provedor; ou (ii) a notificação judicial, após a provocação do Poder Judiciário por aquele que se considera ofendido. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça adotava a primeira vertente, ao afirmar que bastaria a ciência inequívoca do conteúdo ofensivo, sem sua retirada em prazo razoável, para que o provedor se tornasse responsável, conforme se verifica no julgado mencionado acima (REsp 1.406.448/RJ, Terceira Turma, DJe 21/10/2013). No entanto, movido por uma série de preocupações, o Marco Civil da Internet expressamente adota a segunda vertente, determinando a responsabilidade do provedor de aplicação somente em caso de descumprimento de ordem judicial, conforme disposto no art. 19, caput, da mencionada lei." (STJ, Recurso Especial 1642997/RJ, j. 12.09.2017)

"[e]ntre as preocupações que levaram o legislador pátrio a adotar esse posicionamento normativo, conforme apontado pela doutrina estão: (i) **o perigo do alto empoderamento dos provedores de aplicação** ao decidir entre o que permanece on-line e o que é retirado; (ii) **evitar a intensa subjetividade dos critérios** que podem ser utilizados para a retirada de um conteúdo supostamente ofensivo da internet, deixando-se que o Poder Judiciário, a partir de um conjunto de casos julgados, decida o que é ofensivo

em concreto; e (iii) afastar o risco de diminuição do grau de inovação da internet que poderia ser causado por um aumento na insegurança jurídica daqueles que atuam neste ambiente.” (Grifo nosso)⁵¹⁻⁵² (STJ, Recurso Especial 169255/MG, j. 22.08.2017)

Mudou, portanto, o entendimento a respeito do momento a partir do qual passa a incidir a responsabilidade dos provedores de internet, deixando de ser a notificação extrajudicial enviada pelo ofendido para ser o descumprimento de decisão judicial expressa, o que demonstra o enraizamento do art. 19 do MCI na jurisprudência.

Todavia, ainda há julgados minoritários, em casos esparsos decididos pelos Juizados Especiais e alguns Tribunais de Justiça, se posicionando contrariamente à escolha legislativa.

Essa corrente jurisprudencial reputa que o art. 19 do MCI seria inconstitucional por apresentar limitação à reparação de violações contra a honra, privacidade e imagem (art. 5º, X, da CF).⁵³ Nessa linha, o não atendimento a uma ordem judicial não deveria ser condicionante para a

⁵¹ Trata-se de entendimento também refletido nas decisões do TJSP, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (“TJDFT”) e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (“TJRJ”) após a nova regulamentação: “Todavia, ressalvado o respeitável entendimento em sentido contrário, a empresa ré somente poderá ser obrigada a retirar o conteúdo ofensivo e, principalmente, devassar o sigilo de seu banco de dados para identificação do usuário, através de decisão judicial e jamais por iniciativa particular. Isso porque cabe ao Poder Judiciário a verificação de eventual abuso do direito constitucional de manifestação de pensamento, jamais podendo o provedor fazer tal valoração.” (TJSP, Apelação nº 1089633-45.2013.8.26.0100, julgado em 02/12/2014) (Grifo nosso) E continua: “Nesse sentido, corretamente observou o MM. Juiz “a quo”: “A ré não é autora do conteúdo e nem pode intervir em seu conteúdo, não podendo, portanto, ser responsabilizada por ele. A ré consiste apenas em provedora de hospedagem, fornecendo espaço de inserção na rede, não intervindo na elaboração dos conteúdos. Tampouco pode a ré obstar a permanência de site por ela hospedado, com base em seu entendimento de que as informações por ele disponibilizadas são abusivas ou ofensivas. A um, porque a ré não tem condições de saber se as denúncias apresentadas são verdadeiras ou falsas, ou, se os fatos denunciados existem ou não. A duas, porque ela tem o dever de respeitar o direito constitucional das pessoas que utilizam os sites por ela hospedados de manifestar de forma livre a sua opinião. Apenas se tivesse determinação judicial nesse sentido, a ré poderia ser responsabilizada em caso de eventual descumprimento.”

“Ora, quando a lei determina que somente após ordem judicial é que o provedor deverá retirar o conteúdo da internet, o faz, exatamente, para fique a cargo do Poder Judiciário a valoração do conteúdo gerado por terceiros. Destaque-se que o texto legal pretende, com isso, assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura por parte do provedor. A única exceção, como bem acentuado pelo juízo a quo, é quando o conteúdo gerado por terceiros tratar-se de divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, vídeos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado.” (TJDF, Apelação nº 20150110776460, Rel. Des. Arnaldo Camanho, j. 21.09.2016) (Grifo nosso)

“[N]ão se mostra minimamente razoável impor à ré que analise cada um dos milhares de perfis em sua plataforma eletrônica, fazendo ela própria juízo de valor acerca do que pode ou não ser considerado ofensivo a terceiro. [...] Logo, somente seria cabível a limitação de tal direito caso se constate a violação de outro direito de igual predominância, sendo que tal conflito de direitos deve, necessariamente, ser analisado pelo Poder Judiciário, por força do artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/88. Assim, não cabe à ré, de forma autônoma, prévia e sem participação do Poder Judiciário, efetuar análise e censura de perfis de seus usuários. [...] o que não se mostra possível, todavia, é impor à ré o ônus de efetivar espécie de censura prévia a todo e qualquer perfil indicado pelos autores, sob pena de violação ao princípio da reserva de jurisdição, além de violação clara e inaceitável ao direito de manifestação do pensamento constitucionalmente previsto.” (TJRJ, Apelação Cível nº. 0010999-40.2015.8.19.0209, Rel. Des. Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio, Vigésima Sétima Câmara Cível, j. 14.09.2017) (Grifo nosso)

⁵² No mesmo sentido: (i) TJSP, Apelação 1013858-77.2014.8.26.0071, r. Des. Miguel Brandi, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 13/11/2015 e (ii) TJSP, Apelação 0005234-26.2011.8.26.0309, Rel. Des. Egidio Giacoia, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 15.10.2015.

⁵³ Nesse sentido, vide: TJSP, Apelação nº 1011391-95.2015.8.26.0005, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 07.06.2016.

cessação de ofensa a direitos fundamentais.⁵⁴⁻⁵⁵

V. DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 19 DO MCI

V.1. Ofensa à liberdade de expressão e ao princípio da individualização da pena

O art. 19 do MCI determina que o provedor de aplicações de internet não pode ser responsabilizado por conteúdo de terceiros, exceto se descumprir ordem judicial.⁵⁶

Como mencionado, as vigentes regras do MCI estão de acordo com recomendações da Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Internet (2011), da ONU, OSCE, OEA e CADHP⁵⁷, segundo as quais

“nenhuma pessoa que ofereça unicamente serviços técnicos de internet como acesso, buscas ou conservação de informações em memória cachê deverá ser responsável por conteúdos gerados por terceiros e que se difundam por meio desses serviços, sempre que não intervir especificamente em tais conteúdos nem se negar a cumprir uma ordem judicial que exija a sua eliminação quando estiver em condições de fazê-lo (‘princípio de mera transmissão’).⁵⁸

Na contramão, eventual declaração de inconstitucionalidade do art. 19 do MCI muito possivelmente resultaria em expansão da responsabilização civil do intermediário que atua meramente como plataforma de divulgação do conteúdo. Bastaria para tanto o recebimento de notificação extrajudicial de um usuário ofendido.

⁵⁴ SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. In *Direito e Internet III Tomo II: Marco Civil da internet (Lei n. 12.965/14)*, coord. Newton de Lucca e outros, São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 286/287.

⁵⁵ Ainda segundo essa corrente jurisprudencial, o provedor teria condições técnicas para realizar uma avaliação sobre a consistência do pedido de remoção de conteúdo. Mais ainda, situações de dúvida sobre a licitude do conteúdo veiculado deveriam privilegiar o direito de personalidade do ofendido sobre o direito coletivo à liberdade de expressão. No mesmo sentido, não são raras as propostas normativas apresentadas às duas casas do Congresso Nacional buscando a alteração do regime de responsabilidade de provedores de internet previsto nos arts. 19 e 21 do Marco Civil da Internet, como os seguintes exemplos: (i) Projeto de Lei nº 5203/2016, que estabelece regime diferenciado para indisponibilização de conteúdo idêntico a outro já removido em razão de ordem judicial; e (ii) Projetos de Lei nº 8.443/2017, nº 7.881/2014, nº 1676/2015 e nº 2712/2015, que modificam a regra geral de responsabilidade de provedores com vistas a instituir regras de ‘direito ao esquecimento’ no Brasil.

⁵⁶ Como já mencionado anteriormente, o provedor deverá cumprir a ordem judicial dentro de suas capacidades técnicas, e desde que o conteúdo esteja univocamente identificado. A única exceção está presente no art. 21 do Marco Civil da Internet, que determina que em face de conteúdos sexuais privados, basta a notificação (unívoca) do conteúdo e sua não remoção para a incidência de responsabilização.

⁵⁷ ONU - Organização das Nações Unidas; OSCE - Organização para a Segurança e Cooperação na Europa; OEA - Organização dos Estados Americanos; e CADHP - Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

⁵⁸ Declaração conjunta assinada pelo Relator Especial das Nações Unidas sobre a Liberdade de Opinião e Expressão; Representante da OSCE para a Liberdade dos Meios de Comunicação; pela Relatora Especial da OEA para a Liberdade de Expressão, e pela Relatora Especial da CADHP para Liberdade de Expressão e Acesso à Informação. Vide: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=849&IID=4>. Acesso em 08.01.2019.

A imensa subjetividade do conceito de conteúdo ofensivo e o fato de a jurisprudência nacional ser amplamente protetiva de direitos de personalidade⁵⁹ levaria os provedores de aplicações de internet a suspenderem conteúdo constante das notificações recebidas, o que certamente criaria um ambiente propício à violação do direito à liberdade de expressão e manifestação do pensamento, garantido pela CF (art. 5º, VI e IX) e à realização de censura massiva sobre conteúdo.

Vale lembrar que, no julgamento da ADPF 187, o chamado “Caso da Marcha da Maconha”, o STF decidiu ser indevida a pretensão do Estado de reprimir a liberdade de expressão, proclamando a importância que esse direito assume no nosso regime constitucional:

“Tenho sempre enfatizado, nesta Corte, Senhor Presidente, que **nada se revela mais nocivo e mais perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir a liberdade de expressão**, mesmo que se objective, com apoio nesse direito fundamental, expor idéias ou formular propostas que a maioria da coletividade repudie, pois, nesse tema, guardo a convicção de que o pensamento há de ser livre, sempre livre, permanentemente livre, essencialmente livre.

(...)

Não custa insistir, neste ponto, na asserção de que **a Constituição da República revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de idéias e de pensamento.**” (STF, ADPF 187, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. em 15.06.2011)

Não por outra razão esse temor já foi expressado pela jurisprudência pátria, como pode ser visto no excerto abaixo:

“(...) caso todas as denúncias fossem acolhidas, açodadamente, tão somente para que o provedor se esquivasse de ações como a presente, correr-se-ia o risco de um “mal maior”, o de censura, com violação da liberdade de expressão e pensamento (art. 200 §2ª, da CF).” (STJ, Recurso Especial 1568935/RJ, j. 05.04.2016) (grifo nosso)

Sem a limitação prevista pelo caput do art. 19 do MCI, **estar-se-ia não apenas gerando um risco de restrições à liberdade de expressão, mas também transferindo a responsabilidade de ilícitos provocados por terceiros para o provedor de aplicação onde o conteúdo é disponibilizado, de forma a violar o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLV).**⁶⁰

⁵⁹Em entrevista quando esteve no Brasil, a Professora da Faculdade de Cambridge, Julia Powles explicou algumas das questões em evidência quando da aplicação do direito ao esquecimento na Europa. Disponível em http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/01/ENTREVISTA_JULIA_POWLES_v04.pdf. Acesso em 08.01.2019.

⁶⁰ Constituição Federal, art. 5º, XLV - “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.”

No limite, o cenário seria de afronta à jurisprudência do STJ e do STF, que declaram inexistir obrigação para que provedores realizem prévia fiscalização dos conteúdos que são neles postados e divulgados.

Já demonstrou que a jurisprudência majoritária considera complexo o tema da responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet, reconhecendo a inviabilidade de monitoramento prévio de conteúdos e a ausência denexo de causalidade entre a conduta de tais provedores e eventuais danos causados por terceiros⁶¹, bem como a necessidade de decisão judicial prévia à responsabilização por omissão em adequar as técnicas disponíveis e adequadas para a remoção do conteúdo, não bastando a notificação extrajudicial para que o provedor esteja obrigado a agir, sob pena de ser responsabilizado.

Não menos relevante é o impacto econômico da responsabilização dos provedores na inexistência de decisão judicial. Vale lembrar que inúmeros serviços da internet não possuem o porte dos grandes *players* da internet e não possuem a capacidade de contratar serviços advocatícios capazes de analisar e decidir sobre a licitude de conteúdos e o cabimento de acolhimento de um pedido de retirada notificado extrajudicialmente.

A necessidade de atuação preventiva - diante dos riscos de responsabilização - criaria novos custos tanto para empresas pequenas, novos entrantes e também para os provedores estabelecidos. Isso aumentaria os custos não só para provedores estabelecidos, mas sobretudo para *startups*, por exemplo, que se veriam obrigadas a implementar departamentos internos para controle e supervisão de conteúdos e recebimento e análise de notificações.

Seriam, portanto, custos econômicos desproporcionais, em especial para novos provedores entrantes, a despeito destes exercerem atividades privadas lícitas e que não se caracterizam como de alto risco.

Ou seja, mais razoável (no sentido da “regra da razão”) foi a solução desenhada no MCI, que criou mecanismos que facilitam o encontro e a identificação dos perpetradores de violações a direitos por meio da obrigação de guarda de certos registros do usuário.⁶² Assim, o MCI atribui a função de avaliar a procedência de um pedido de retirada de conteúdo, dentro dos limites técnicos e do escopo do serviço oferecido pelo provedor de aplicação, e determinar seu acatamento ao Poder Judiciário.

⁶¹ Nesse sentido, STJ, Recurso Especial nº 1.501.603-RN, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.12.2017; TJSP, Apelação nº 0000324-26.2013.8.26.0263, Rel. Des. Fortes Barbosa, j. 15.05.2014; STJ, Recurso Especial 1568935-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 05.04.2016; TJRJ, Apelação Cível nº 0027820-05.2013.8.19.0205, Rel. Des. Celso Silva Filho, Vigésima Terceira Câmara Cível, j. 28.03.2017; TJRJ, Apelação Cível nº 0010999-40.2015.8.19.0209, Rel. Des. Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio, Vigésima Sétima Câmara Cível, j.14.09.2017.

⁶² Nesse sentido, o Marco Civil, em seu exercício de ponderação, obrigou os provedores de aplicação e de conexão a guardar os registros de acesso e conexão de todo e qualquer usuário de serviços de internet no Brasil, por prazos que chegam a até 1 ano. Com a guarda desses registros, não há conexão anônima no Brasil. A absoluta maioria dos usuários da internet são identificáveis, o que facilita a identificação dos efetivos responsáveis pelas violações.

Nem se diga que o modelo atual criaria inconveniente para o usuário de Internet, que teria que se valer do Poder Judiciário para que o provedor de conteúdo fosse compelido a retirar de sua plataforma postagem inadequada, tendo que aguardar o desfecho do processo.

O Marco Civil facilitou o acesso à justiça. O próprio artigo 19, aqui em debate, propiciou em seu parágrafo terceiro o direito de acessar os juizados especiais para causas envolvendo conteúdos na internet, da seguinte forma:

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, **poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.**

Além disso, o parágrafo quarto do mesmo artigo estabeleceu a possibilidade de antecipação de tutela, evitando-se assim danos irreparáveis, da seguinte forma:

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, **poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial**, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Ou seja, ao mesmo tempo em que isentou de responsabilidade os provedores de aplicação, exceto se descumprirem ordem judicial em que determinada a remoção de conteúdo, o MCI determinou que esses mesmos provedores guardem todos os registros de acesso aos seus sistemas, permitindo a identificação dos violadores, e abriu o acesso aos juizados especiais para causas dessa natureza, permitindo também expressamente a antecipação de tutela.

A alteração do modelo de responsabilização dos provedores de aplicação poderia levar a efeitos colaterais significativos, resultando no engessamento - e até mesmo inviabilidade -, de novas tecnologias, serviços e modelos econômicos na internet.

Isto porque o temor de responsabilização poderá levar provedores de aplicação a não disponibilizarem tantas ferramentas abertas à edição e manipulação do público.

Isso violaria o princípio da livre iniciativa (art. 170 da CF)⁶³ e diversos princípios norteadores da internet no Brasil previstos no MCI, dentre eles a garantia à liberdade de expressão (art. 3º, I), a preservação da natureza participativa da rede e da liberdade dos negócios promovidos na internet, desde que respeitada a lei (art 3º, VII e VIII), e a promoção da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso (art. 4º, III).⁶⁴

⁶³ Constituição Federal, art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

⁶⁴ Lei nº 12.965, 2014, art. 3º, (...) "I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; (...) VII - preservação da natureza participativa da rede; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios

V.2. Violação ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário

Diante da subjetividade do que pode ser considerado ofensivo, a análise da legalidade de conteúdo publicado em determinada plataforma deverá ser realizada pelo Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário.⁶⁵

Declarada a inconstitucionalidade do art. 19 do MCI, eliminando-se a necessidade de prévia ordem judicial para remoção de conteúdo tido como ilegal, poderia haver uma real supressão da competência do Judiciário de analisar casos que potencialmente atinjam o direito à inviolabilidade da imagem ou da honra de terceiros.

Na prática, seriam os próprios provedores de aplicação que teriam o ônus de interpretar e decidir se o conteúdo viola referidas garantias, afastando de forma substancial o preceito constitucional do referido inciso XXXV do art. 5º da CF.

É evidente que só deve caber ao Judiciário avaliar a legalidade dos conteúdos frente ao ordenamento legal e sopesar os interesses nos casos concretos, orientado pela jurisprudência formada sobre o tema.

A definição dos limites da liberdade de expressão é matéria sensível e complexo, que requer cuidadosa ponderação de princípios de direito envolvidos no caso concreto que, muitas vezes, podem se apresentar em situação conflitante.

Conforme bem explicado pelo Min. Menezes Direito no julgamento da ADPF 130:

Esse sistema próprio de equilíbrio entre a liberdade da comunicação e o respeito aos direitos da personalidade provoca imperativamente uma análise científica daquilo que nosso Presidente, Ministro Gilmar Mendes, examinando decisões da Corte Constitucional alemã, particularmente quando do julgamento do chamado "Caso Lebach", chamou de processo da ponderação. De fato, disse o Ministro Gilmar que **"no processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio de direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação.** É o que se verificou na decisão acima referida, na qual restou íntegro o direito de noticiar fatos criminosos, ainda que submetida a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito da personalidade" (Revista de Informação Legislativa nº 122/297).

É que não se pode deixar de considerar, quando se faz um balanço dos direitos que estão enlaçados pela própria Constituição Federal, que cada qual, o direito à liberdade de expressão no seu maior alcance e os direitos da personalidade, tem uma característica científica que precisa ser determinada

estabelecidos nesta Lei. Art. 4º, (...) III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso".

⁶⁵ Constituição Federal, art. 5º, XXXV: "XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"

como pressuposto do equilíbrio a ser mantido na interpretação constitucional.
(...)

No caso brasileiro, pode-se dizer que **ao intérprete da Constituição necessariamente cabe realizar essa tarefa magna de desafiar a chamada colisão de direitos fundamentais** (Grundrechtskollision).

A pretensão de remoção de um conteúdo postado por um usuário, sob o argumento de violação ao direito de imagem ou honra não pode prescindir da análise de um magistrado com o conhecimento jurídico, habilitado a fazer esse processo de ponderação.

Os provedores de internet não possuem o dever de atuar como entidade adjudicante de conflitos envolvendo a legalidade de conteúdos na Internet face a um requerimento de remoção de conteúdo. Atribuir tal função a entes privados, desprovidos do conhecimento jurídico, poderia dar margem a abusos e juízos inadequados que poderiam resultar na proibição de manifestações de expressão absolutamente válidas.

Afastar o Poder Judiciário dessas decisões suprimiria também a formação de jurisprudência sobre o tema, tão importante para a segurança jurídica.⁶⁶

Mais do que isso: delegar indevidamente uma função essencialmente jurisdicional a agentes privados viola também o art. 93, inciso IX, da CF, que exige a motivação e publicidade dos julgamentos.⁶⁷

Portanto, quando se trata de dúvida sobre a legalidade de um conteúdo ou no questionamento de sua remoção por supostamente infringir a lei, faz-se necessário que o juiz pondere cada situação, analisando suas nuances, para então determinar que os conceitos definidos pela lei e pela CF estão configurados no caso. Essa não é uma análise fácil e afeta diretamente o interesse público, por orientar os limites da liberdade de expressão. Nesse sentido, seria temerário fazer com que os provedores estivessem sujeitos a serem responsabilizados, quando não se tem nem certeza da legalidade do conteúdo em questão.

O preceito constitucional da inafastabilidade de jurisdição está calcado na ideia de que análises casuísticas de legalidade são prerrogativas do Poder Judiciário. Isso abarca atividades como a análise e interpretação do conteúdo de determinado fato supostamente ilegal, análise envolvendo a sobreposição do direito individual do notificante à liberdade de expressão do suposto infrator, o julgamento sobre a necessidade de exclusão de conteúdo e a aplicação de penalidades. Trata-se de prerrogativas da função jurisdicional, não podendo serem atribuídas aos provedores de aplicações na internet. Nesse sentido, a função do Poder

⁶⁶ Nesse sentido, TJSP, Apelação nº 1089633-45.2013.8.26.0100, julgado em 02/12/2014; TJDF, Apelação nº 20150110776460, Rel. Des. Arnaldo Camanho, j. 21.09.2016; STJ, REsp 1.512.647/MG, r. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 13.05.2015; TJSP, Apelação 1013858-77.2014.8.26.0071, r. Des. Miguel Brandi, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 13.11.2015, TJSP, Apelação 0005234-26.2011.8.26.0309, r. Des. Egidio Giacoia, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 15.10.2015.

⁶⁷ Interessante notar que o debate sobre a publicidade de julgamentos e da motivação do órgão decisor se realiza também em relação aos procedimentos arbitrais, nos quais o afastamento da jurisdição se dá por vontade das partes - ao contrário do caso em tela, em que a legislação proposta exclui *a priori* a jurisdição estatal. Às partes não será autorizado escolher o *locus* decisório e não terão acesso à jurisprudência privada constituída, de modo a se informar e melhor conduzir a defesa do seu direito de liberdade de expressão e informação.

Judiciário é justamente garantir direitos, estabelecendo qual princípio deverá prevalecer em cada caso, mediante processo que observe o contraditório e ampla defesa.⁶⁸

A análise pelo Poder Judiciário é essencial para a preservação de direitos fundamentais, como o direito à honra, à imagem e à privacidade, na medida em que as ofensas a tais direitos podem ter natureza subjetiva, complexa, e pode haver concorrência de direitos, demandando assim a análise judicial para que se possa afirmar sobre a sua ilicitude.⁶⁹

Claro que isso não afasta a prerrogativa dos provedores de fazerem valer seus próprios termos de uso, independentemente de decisão judicial. Mas mesmos nesses casos, trata-se de faculdade e não dever. Nesse sentido, fundamental destacar que as plataformas são prestadoras de serviço que operam em regime privado, definindo os termos para o seu uso contratualmente. Isso significa que certos conteúdos podem não estar autorizados pelos termos de serviço. Ressalte-se que a análise feita pelos provedores de aplicação, nesses casos, dá-se com base no contrato que governa seus termos de serviço, não com base em alegação de ofensa feita por uma terceira parte.

V.3 Censura privada por provedores de aplicações de Internet

O texto atual do MCI possui modelo balanceado para a coibição de ofensas na internet.

Como visto, a lei prevê a possibilidade de remover conteúdos por meio da concessão de antecipação de tutela, atribuindo competência aos juizados especiais para decidir a respeito dessas ações, o que amplia o acesso à justiça.

Ir além desse sistema, impondo a valoração da legalidade e consequente remoção de conteúdos aos provedores de aplicação, criaria uma situação potencialmente nociva.

⁶⁸ Um exemplo desse exercício no direito constitucional brasileiro é o citado por Daniel Sarmento em obra dedicada ao estudo de diversos temas constitucionais. Trata-se do caso Ellwanger (HC 82.424), apreciado pelo STF, cujo objeto era a condenação de Siegfried Ellwanger pela redação e distribuição de livros de conteúdo anti-semita. Após sopesamento dos princípios colidentes (liberdade de expressão/liberdade de imprensa *versus* dignidade da pessoa humana/direito à honra), os ministros entenderem que deveria prevalecer o direito à honra em detrimento da liberdade de expressão. Embora não se trate de publicação de conteúdo na internet, o exemplo serve para demonstrar que a sensibilidade de alguns temas merece a análise e o devido julgamento pelo Poder Judiciário, com todas as garantias inerentes ao processo, não podendo ficar a análise a cargo do provedor de aplicações de internet. SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁶⁹ As duas exceções a essa regra constantes do Marco Civil são, além da já mencionada veiculação de conteúdos relacionados a nudez ou atos sexuais (art. 21), que gera o dever de o provedor remover o conteúdo após receber uma notificação indicando o conteúdo ofensivo, a violação de direitos autorais, que adotará o regime disposto na legislação específica (art. 19, §2º c/c art. 31). A razão para essas exceções é que, ao contrário de ofensas que possuem caráter eminentemente subjetivo, violação de direitos autorais e cenas de nudez são elementos absolutamente objetivos, conforme visto acima. No caso de conteúdo de caráter sexual, diferentemente do genérico "conteúdo ofensivo", há uma certeza na identificação da natureza jurídica do conteúdo, bem como uma certeza de que aquele conteúdo irá produzir dano. No entanto, isso só é possível nessas situações graças à objetividade de que estão revestidas, ou seja, diante da patente diferença entre esse tipo de conteúdo e outros potencialmente "ofensivos", não sendo possível ampliar de maneira indiscriminada as hipóteses de autonomia dos provedores na análise e remoção de conteúdo. Para além dessas exceções, o provedor apenas poderá prescindir de ordem judicial para a exclusão de conteúdos que consistam em infração aos seus Termos de Uso, tendo em vista o regime contratual do serviço disponibilizado.

Como se sabe, a qualificação de conteúdo como legal ou ilegal pode variar entre contextos socioculturais, locais e momentos históricos. Diante dessa incerteza conceitual, postura cuidadosa dos provedores de aplicação levaria ao resultado prático de remoção massiva de conteúdos da internet, conduzindo ao que a doutrina norte-americana convencionou chamar de “chilling effect”⁷⁰, que pode ser traduzido para o português como “efeito silenciador”.

Essa hipótese foi confirmada por um estudo empírico conduzido pela Universidade de Berkeley, publicado em 2017, que mostrou que mecanismos de *notice and take down*⁷¹, incentivam a retirada de conteúdo potencialmente infringente. Com o aperfeiçoamento de mecanismos de detecção automatizada de conteúdo potencialmente infringente, retira-se indiscriminadamente diversos conteúdos legais, que poderiam estar protegidos pela doutrina do *fair use*, por exemplo.

Assim, medida similar que pudesse responsabilizar os provedores no Brasil poderia acarretar esse mesmo efeito prático: o de excluir publicações apenas pelo seu potencial danoso, sem passar por um crivo técnico-legal de um magistrado, prejudicando a liberdade de expressão e o direito de informação dos usuários.

Apenas para permitir um dimensionamento da relevância da questão, o Facebook, por exemplo, em junho de 2018⁷², teve média de 1,47 bilhões de usuários ativos por dia e 2,23 bilhões de usuários ativos neste mês. Dada a inviabilidade de fazer uma análise de cada postagem diante desse número de usuários e suas respectivas atividades, e de manter seu modelo de negócios, os efeitos da inconstitucionalidade do art. 19 do MCI seriam extremamente danosos para a liberdade de expressão e democracia.

Mais que isso, o temor de responsabilização em hipótese de inércia poderia levar ao extremo de as plataformas instituírem técnicas de monitoramento e gerenciamento de conteúdo em suas aplicações, com o propósito de evitar toda e qualquer veiculação de conteúdo subjetivo e passível, ainda que remotamente, de ser considerado ofensivo ou ilícito, o que pode igualmente contribuir para o “efeito silenciador”.

A esse respeito, André Farah anota:

“O provedor de serviços na Internet que, sempre que recebe notificações extrajudiciais, contemplando supostas difamações, provenientes de

⁷⁰ Para uma análise dos *chilling effects* e de como eles se manifestaram no âmbito dos Estados Unidos com a aprovação do chamado DMCA (Digital Millennium Copyright Act), ver LEMOS, R. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2190>. Acesso em 08.01.2019.

⁷¹ Como colocado no item III.1, desde 1998, está em vigor o DMCA, o qual trata da regulação de direito autoral na internet. Durante sua elaboração, houve intenso debate sobre qual deveria ser o regime de responsabilidade dos intermediários/provedores de aplicação. Ressaltou-se que o poder de controle e filtragem de conteúdo dos intermediários era diferente dos editores de conteúdo de uma revista ou estação de TV (*broadcast*), pois para os provedores de aplicação, o conteúdo a ser publicado em suas plataformas é produzido pelos próprios usuários e isso normalmente ocorre em larga escala, o que torna impossível a prática de controle prévio ou acaba por alijar de maneira definitiva o modelo de negócio em questão. Na seção 512 do DMCA foi estabelecido uma “salvaguarda” para essa responsabilização sobre conteúdo de terceiros que infringisse direitos autorais. A plataforma poderia ser notificada e não seria responsabilizada civilmente se retirasse o conteúdo do ar. O responsável por contestar a remoção seria o autor da postagem.

⁷² Disponível em <https://newsroom.fb.com/company-info/>. Acesso em 08.01.2019.

reclamação da classe política, derruba as postagens alvo do ataque, sem sombra de dúvida **resfria o debate democrático**. (...)

Nesta última situação, **a vigilância, do Estado ou de um ator particular, em relação a um indivíduo, pode fazer com que o mesmo sinta-se dissuadido de se manter em uma rede social e assim perder todos os ricos debates de cunho político eventualmente existentes**. (...)

Com o que foi dito até agora, é interessante detalhar um pouco a formatação do medo do princípio da incerteza e do princípio da comparação de danos. **O medo possui dois componentes. O primeiro é a probabilidade de imposição errônea de uma sanção legal. O segundo é a magnitude do dano decorrente do erro de ser considerado responsável**. A atitude da pessoa dissuadida é legal, porém a depender da situação existe o medo de que o sistema judiciário chegue a outra conclusão, passando a haver uma incerteza não apenas quanto ao sistema, mas igualmente na própria mente da pessoa se sua conduta é legal. Para agravar isso, soma-se o ingrediente da vagueza das palavras utilizadas nas diversas leis. A vagueza atinge com imprecisão a determinação da norma e a previsão de sua consequência. Isso gera, em efeito dominó, o aumento do grau de incerteza e, por sua vez, o aumento do medo. Além disso, este ainda pode ser visto pela perspectiva do custo de um processo judicial, ou seja, na defesa da conduta. **O resultado, pois, dessa equação pode ser a dissuasão**.” (Liberdade de expressão e remoção de conteúdo da Internet, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018, p. 67-9)

Desse modo, a suspensão provisória diante de notificações extrajudiciais ou o controle prévio de conteúdo na internet pode contribuir, ainda que indiretamente, para a criação de embaraços imediatos ao direito à liberdade de expressão e manifestação do pensamento, garantido pela Constituição Federal (art. 5º, VI e IX).⁷³ Essa situação resultaria em cenário de censura massiva de conteúdos veiculados na internet, proibida pelo ordenamento constitucional (art. 220, § 2º), visto que manifestações legítimas poderiam ser suprimidas em função da possível postura preventiva por intermediários, receosos pela incidência de responsabilidade subsidiária.⁷⁴

É justamente com vistas a evitar similares situações que a Declaração Conjunta dos Relatores para a Liberdade de Expressão e “Fake News” da ONU e OEA deixa claro que a indicação de conteúdo ilegal deve advir de ordem de “*órgão oficial, independente e imparcial (como corte judicial)*”, com garantia do devido processo legal.

Certamente, postura conservadora destinada a afastar possível responsabilidade por conteúdos disponibilizados por terceiros resultaria na pronta remoção de conteúdo

⁷³ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 2nd ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 360; GODOY, C. L. B. de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 49.

⁷⁴ Constituição Federal, art. 220. “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (...) § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

potencialmente ofensivo, ou seja, em uma atuação de maneira prévia à própria notificação do usuário ou, diante de notificações, levaria à imediata remoção do conteúdo indicado, sem maior análise e aprofundamento.

Nesse cenário, e considerando que seriam inúmeros os pedidos de remoção de conteúdo formulados, seria estimulado um sistema de retirada automática de todo e qualquer conteúdo reputado inadequado por usuários, reforçando ainda mais o argumento de ofensa à liberdade de expressão em razão de sistema de ampla responsabilização de intermediários.

Caso se opte por permitir que a plataforma seja responsabilizada de maneira objetiva e por conteúdos publicados por terceiros, independente de avaliação prévia pelo Poder Judiciário, estaria sendo imposto às plataformas risco que não é inerente à sua atividade, e que muito provavelmente seria alocado em prejuízo à liberdade de expressão.

A ausência de parâmetros para a tomada de decisão pelos provedores de aplicações notificados poderá resultar na divergência de padrões decisórios entre os distintos intermediários notificados - e com reduzido horizonte de uniformização devido à ausência de instância revisora comum, salvo na hipótese de judicialização.

É também possível que alguns dos intermediários envolvidos, especialmente os novos provedores incipientes (as chamadas *start-ups*) não sejam dotados de capacidade técnica e econômica para implementar um sistema de avaliação e remoção de conteúdo em regime de *notice-and-take-down*.

Os provedores de conexão e aplicação fornecem infraestrutura e espaço para que usuários compartilhem e obtenham informações *online*. Exigir que realizem filtragem e exclusão de conteúdos configura censura prévia⁷⁵, na medida em que atribui a privados o dever de fiscalizar a internet e remover informações a seu critério e sem assegurar aos usuários supostamente infratores o direito de previamente defender a manutenção do conteúdo.

A legalidade de eventuais abusos no exercício da liberdade de expressão deve sempre ser avaliada pelo Poder Judiciário, de maneira a não impedir previamente que alguém tenha a possibilidade de se manifestar. Além disso, a avaliação dos excessos cometidos no exercício da referida liberdade, na forma definida em lei, deve ser realizada por órgão independente dotado de procedimento que assegure igualdade entre as partes, sendo clara a jurisprudência nesse sentido⁷⁶ (vide item IV).

⁷⁵ Sobre o tema, ver artigo de Alexandre Pacheco e Clarissa Gross, pesquisadores da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas redigido à época da publicação do Marco Civil da Internet, disponível em https://www.huffpostbrasil.com/alexandre-pacheco-da-silva/oportunismo-de-ultima-hora_a_21667460/. Acesso em 08.01.2019.

⁷⁶ Nesse sentido: STJ, Recurso Especial 1641155/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 13/06/2017. O julgado ainda faz referência a doutrina sobre o tema: Nesse sentido, vale mencionar a lição de Carlos Affonso Pereira de Souza vê “meios tecnológicos para revisar todas as páginas de um provedor”, mas ressalva que esse procedimento causaria “uma descomunal perda na eficiência do serviço prestado, quando não vier a impossibilitar a própria disponibilização do serviço” (A responsabilidade civil dos provedores pelos atos de seus usuários na internet. In Manual de direito eletrônico e internet. São Paulo: Aduaneiras, 2006, p. 651). No mesmo sentido opina Paulo Nader, que considera inviável impor essa conduta aos provedores, “pois tornaria extremamente complexa a organização de meios para a obtenção dos resultados exigidos, além de criar pequenos órgãos de censura” (Curso de direito civil. vol. VII, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 385); e TJRJ, Apelação Cível nº. 0010999-

Se, por um lado, práticas de remoção de conteúdo visam a tutela dos direitos de personalidade do indivíduo, essas mesmas práticas prejudicam o acesso à informação e permitem a manipulação do passado histórico.⁷⁷⁻⁷⁸

Há um forte interesse público em preservar na internet informações públicas para que permaneçam disponíveis à pesquisa, arquivamento ou fins semelhantes.⁷⁹ A redução massiva de informação da internet por meio de procedimentos extrajudiciais e motivados no simples dissabor de indivíduos poderá resultar em prejuízo considerável à memória e à formação social, política e econômica de indivíduos e da coletividade.

Em outras palavras, a supressão de informações consideradas irrelevantes em determinado momento histórico atuará em detrimento da composição de repositório de informações históricas e influenciará o processo de construção histórica posteriormente realizado, entendimento presente no STJ desde antes do Marco Civil.⁸⁰

Em suma, a situação seria de fragilidade do direito à informação, crucial para o desenvolvimento de regime democrático, com a criação de um regime que vai na contramão da jurisprudência das Cortes Superiores, que veda a possibilidade de censura prévia, realizada sem a intervenção judicial e em exercício de sopesamento.

V.4. Ausência de violação à dignidade da pessoa humana e ao direito à intimidade

Ao reconhecer no art. 19 do MCI que a responsabilização pela não retirada de conteúdo da Internet exige a desobediência de ordem judicial⁸¹, o legislador realizou ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade e privilegiou, ao menos inicialmente, aquele em detrimento deste último.

Entendeu o legislador que a restrição à liberdade de expressão *a priori* importaria prejuízo maior que os decorrentes da lesão à imagem ou honra de determinado usuário, sendo necessária demonstração clara de abuso na manifestação de pensamento e de

40.2015.8.19.0209, Rel. Des. Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio, Vigésima Sétima Câmara Cível, j.14/09/2017.

⁷⁷ Alinha-se à essa perspectiva decisão da Suprema Corte do Japão, publicada no começo de 2017, que negou reconhecimento o *direito ao esquecimento*. *In casu*, o sujeito buscava eliminação de *hyperlinks* sobre um episódio envolvendo pedofilia. A Corte japonesa entendeu que forçar um mecanismo de busca a realizar a desindexação significa restringir o acesso dos cidadãos a informações de interesse público. Mais informações em <https://jota.info/justica/direito-ao-esquecimento-fere-direito-a-informacao-12062017>. Acesso em 08.01.2019.

⁷⁸ Nessa esteira, reportagem publicada pelo *The New York Times* indica o potencial de uma decisão como a dada pela Corte Europeia no caso do Google Espanha abrir as portas para o exercício de "reescrita do passado". Disponível em <https://www.nytimes.com/2014/05/14/technology/google-should-erase-web-links-to-some-personal-data-europes-highest-court-says.html>. Acesso em 08.01.2019.

⁷⁹ In: ARTIGO 19. *op. cit.*, Acesso em 08.01.2019.

⁸⁰ Tema analisado no item V. Nesse sentido são os precedentes: STJ, Recurso Especial nº 1.316.921-RJ, Rel Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 26.06.12. Ressalte-se que esse entendimento foi reproduzido no ano seguinte, pela mesma Ministra: STJ, Reclamação nº 5072, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.12.2013.

⁸¹ Respeitada a exceção trazida pelo art. 21. Nos casos de disseminação não consentida de imagens íntimas, basta a desobediência à notificação extrajudicial da vítima ou de seu representante legal para que o provedor de aplicação seja responsabilizado. O art. 19, § 2º, afirma que a questão da retirada de conteúdo por violação de direitos autorais será regulada por lei específica.

caracterização de ofensa descabida ao direito da personalidade do usuário, com a observância do devido processo legal e das regras colocadas pela plataforma, para que se pudesse cogitar da restrição à liberdade de expressão manifestada na internet.

Em relação à necessidade de um sopesamento entre princípios que se reflita em opções legislativas, Virgílio Afonso da Silva entende não ser possível declarar algum deles como inválido, mas que, “*nos casos de colisão entre princípios, o que se exige é a definição de relações condicionadas de precedência*”. Em outras palavras, explica que os princípios são mandamentos de otimização, de modo que é necessário “*um sopesamento entre os princípios colidentes para que se decida qual deles terá preferência*”⁸², o que poderá ser realizado mediante o que o autor denomina “*medição legislativa*”⁸³.

Lembra ainda a premissa de Robert Alexy, segundo a qual “*quanto maior for o grau de não realização ou de restrição de um princípio, maior terá que ser a importância da realização do princípio que com ele colide*”⁸⁴, sendo esse o caso da opção do legislador brasileiro ao privilegiar a liberdade de expressão no Marco Civil da Internet.

A análise do MCI permite identificar, em diversos dispositivos, a tendência à proteção da liberdade de expressão e vedação à censura, como nos artigos 2º⁸⁵, 7º, 11º⁸⁶, 8º⁸⁷ e, evidentemente, no art. 19.

A exposição de motivos⁸⁸ da Lei revela a intenção de que se passe a utilizar a internet como meio de fortalecimento da democracia, devendo ser um ambiente de abertura, transparência e livre produção de conteúdo pelos usuários, em que intermediários não sejam obrigados a realizar aprovação prévia de conteúdos, podendo ser responsabilizados apenas subjetivamente, em atenção ao princípio da presunção de inocência.

Igualmente, o relatório do Projeto de Lei nº 2.126/2011 da Câmara dos Deputados⁸⁹ estabelece que o Marco Civil da Internet traz o “fim da censura privada”, com destaque para a isenção de responsabilidade do provedor de aplicações por conteúdo gerado por terceiros, exceto em caso de descumprimento de decisão judicial específica.

A posição do legislador de garantir proteção diferenciada à liberdade de expressão em contraposição aos direitos da personalidade, condicionando a responsabilização dos

⁸² SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011p. 34.

⁸³ Segundo o autor, “há medição legislativa quando o legislador, exercendo sua competência legislativa, tenha fixado alguma solução para uma determinada colisão entre direitos fundamentais.” (In Op. cit. p. 168).

⁸⁴ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 176. In Op. cit. p. 154.

⁸⁵ Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como [...]

⁸⁶ Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

⁸⁷ Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que: I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

provedores pela não remoção de conteúdo à desobediência de uma ordem judicial vai ao encontro do entendimento adotado pelo STF no julgamento da ADPF 187:

“É certo que a liberdade de expressão, como direito fundamental, merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso, *prima facie*, maior. Não se quer afirmar que haja qualquer espécie de hierarquia entre as normas constitucionais – o princípio da unidade da Constituição, amplamente reconhecido pela doutrina brasileira e pela jurisprudência desta Corte (cf. ADI 815/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 28.03.1996), não concebe essa distinção hierárquica –, **mas é inegável que existe uma certa preeminência axiológica da liberdade de expressão, já reconhecida por autores como LUÍS ROBERTO BARROSO** (Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In. SARLET, Ingo (Org.). Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 82-83), *verbis*:

[...] Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, **entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – preferred position – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados**. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e pela do Tribunal Constitucional Federal alemão. [...]” (STF, ADPF 187, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. em 15.06.2011)

Por óbvio, não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 19 do MCI na medida em que o referido dispositivo nada mais fez do que prestigiar a função jurisdicional do Poder Judiciário como intérprete da Constituição da República e garantidor de direitos individuais, reservando ao juízo estatal a avaliação do cabimento de atendimento de um pedido de remoção de conteúdo, frente à alegação de violação de direitos da personalidade do ofendido.

Obrigiar a parte que se julgue ofendida na sua dignidade, honra ou imagem a se valer do Poder Judiciário para promover a retirada de conteúdo supostamente ofensivo não significa violar direitos da personalidade. Trata-se apenas de sujeitar a pretensão da parte ao crivo judicial, evitando-se, com isso, restrições indevidas à liberdade de expressão, sendo certo que o MCI previu facilitação de acesso à justiça.

Portanto, não é possível falar em inconstitucionalidade do art. 19 do MCI com base em argumento de violação ao direito à intimidade, vida privada, honra e imagem previsto constitucionalmente (art. 5º, X).⁹⁰

⁹⁰ Vale notar que, além disso, o MCI possui disposições claras no sentido de proteger os direitos à intimidade e vida privada. Nos termos do art 7º, I, é assegurado aos usuários “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

V.5. Ausência de violação à defesa do consumidor

Desde a promulgação do MCI, acadêmicos têm destacado o diálogo de fontes entre o MCI e o CDC,⁹¹ que coloca referidos dispositivos em situação de complementaridade.

Referida tese também tem sido adotada pelo STJ, que entende **não serem** as relações jurídicas na camada de aplicações de internet desenvolvidas de modo bilateral (plataforma-usuário), visto que envolvem múltiplas partes, especialmente nas relações de plataformas de redes sociais (usuário-plataforma-usuário) ou em *marketplaces*, dedicados à intermediação de vendas e prestações de serviços.⁹²

Não há que se falar em conflito entre o regime específico do MCI e os princípios de defesa dos consumidores.

O CDC afirma que, dentre os direitos básicos do art. 6º, está a “*efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos*”. Em nenhum momento essa reparação é impedida no caso de conteúdos ofensivos gerados por terceiros. Pelo contrário, o MCI prevê mecanismos claros para a remoção de conteúdo e responsabilização dos agentes, de acordo com seu papel, com a observância do devido processo legal.

É do interesse dos consumidores a existência de regras como a do art. 19 do MCI, o que garante um cenário jurídico de inovação e de ampliação dos serviços prestados, com segurança jurídica e inexistência de mecanismos de censura prévia.

O CDC fala da garantia de “*serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho*” (art. 4º, I, d). A modificação das regras do art. 19 do MCI poderia gerar profunda transformação no modo como se utilizam as aplicações de internet, gerando mecanismos de controle da informação, em plataformas que hoje são amplamente utilizadas pelos consumidores para fins de comunicação e manifestação de pensamento.

A aplicação da tese de “*reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços*”, tal como prevista no art. 14 do CDC, além de

⁹¹ MENDES, Laura Schertel. A Tutela da Privacidade do Consumidor na Internet: Uma Análise à Luz do Marco Civil da Internet e do Código de Defesa do Consumidor. DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coordenadores). *Direito & Internet III–Tomo I: Marco Civil da internet (Lei 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2015.

⁹² A situação de complementaridade também é bem compreendida pela doutrina especializada em direito do consumidor. Bruno Miragem, no livro *Curso de Direito do Consumidor*, aos discutir os fundamentos do direito dos consumidores, abre capítulo específico sobre “responsabilidade civil de consumo” discutindo três tendências fundamentais: a proteção dos interesses legítimos dos consumidores, a tendência de abandono do critério de culpa e os critérios de imputação de responsabilidade, balizados entre o risco e a vantagem econômica da atividade. Ao lado do item específico sobre a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço na internet, Bruno Miragem discute a responsabilidade dos provedores de internet por conteúdo gerado por terceiros na Lei nº 12.965/2014, explicando o conteúdo da regra do art. 19. Resta claro, pela própria separação didática de Miragem, que o regime de responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14, CDC) não se confunde com o regime de responsabilidade por conteúdo gerado por terceiros MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 638-649.

juridicamente inválida, teria como potencial gerar outra lesão ao usuário, potencialmente tornando os serviços piores e com desempenhos modificados.⁹³

O MCI, portanto, é compatível com o CDC porque, ao estabelecer no art. 19 a regra geral de responsabilidade civil dos provedores de aplicações por conteúdos de terceiros na hipótese de descumprimento de ordem judicial de remoção de conteúdos, buscou amparar não apenas a plataforma, mas também os usuários, por ser o Poder Judiciário a via mais adequada e imparcial para essa análise e julgamento e, ainda, pela prevenção contra possíveis abusos futuros em relação a conteúdos.

Ademais, o art. 7º, XIII do MCI garante aos usuários “a aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet” e a jurisprudência entende que isso deve ocorrer no limite das atividades por eles desempenhadas. Com isso, evita-se a excessiva oneração dos provedores, o que prejudicaria de forma direta os usuários, que utilizam esses recursos diariamente como instrumento de trabalho, lazer, dentre outros.

Tampouco há que se falar em desobediência ao inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, visto que o Marco Civil da Internet, norma de nível hierárquico idêntico ao Código de Defesa do Consumidor, é posterior a ele e específica, podendo, portanto, dispor sobre o regime de responsabilidade dos provedores de aplicações de internet.

VI. CONCLUSÃO

Com fundamento em todo o exposto acima, passamos a responder sinteticamente aos quesitos formulados pela Consultente.

a. *A interpretação do art. 19 do Marco Civil da Internet com base na Constituição Federal aponta para um dever de provedores de aplicação de fiscalizar previamente o conteúdo publicado em suas plataformas eletrônicas?*

Não. Muitos dos provedores de aplicação têm como principal função o fornecimento de “espaço virtual” para que os usuários compartilhem e obtenham informações online. Nesses modelos de negócio, chamados por alguns de *many-to-many*, são os usuários os responsáveis pela criação do conteúdo, sem editoração prévia por parte das plataformas. O alto volume de usuários e de conteúdo por eles produzido tornaria, se houvesse a obrigatoriedade de fiscalização prévia, a restrição demasiadamente severa para a diminuição da possibilidade do provedor ser responsabilizado judicialmente. Esses embaraços à

⁹³ Os direitos básicos dos consumidores, previstos no art. 6º, não são apenas os que estão expressamente previstos no Código elaborado em 1990. Uma das grandes fortalezas do CDC é seu caráter aberto, especialmente em razão do art. 7º, que diz que “os direitos previstos neste código [CDC] não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade” (art. 7º, CDC). Nesse sentido, o conjunto de direitos afirmados pelo Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) deve ser visto como complementar ao CDC, especialmente o art. 2º e o art. 3º, que definem bases principiológicas que se somam ao art. 6º do CDC.

liberdade de expressão poderiam resultar em censura massiva de conteúdos veiculados na internet, contrariando o art. 220, § 2º, da CF.

Além disso, similar obrigação impor um significativo ônus, o que poderia inviabilizar o modelo de negócio dessas plataformas, prejudicando o acesso à informação e a possibilidade de inovação e desenvolvimento. Isso conflita com o art. 170 da CF, que versa sobre a liberdade de iniciativa, além dos arts. 3º VIII e 4º III do próprio MCI, que tratam dos princípios do uso da internet no Brasil (dentre eles, a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da CF).

Essencial mencionar que esse encargo poderia afetar de forma ainda mais grave plataformas menores, fora do circuito dos grandes *players* da internet, que também não teriam a capacidade de executar esse tipo de fiscalização em massa, nem de arcar com as consequências econômicas caso viessem a ser responsabilizadas por conteúdo de terceiros sem a existência de ordem judicial de remoção prévia.

Finalmente, o art. 19 do MCI inicia-se com o texto “com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, (...)”. Houve uma opção, por parte do legislador, em apontar a finalidade primordial de garantia da liberdade de expressão aos usuários da internet, bem como evitar consequências adversas relacionadas a filtros de análise de conteúdo e obstáculos tecnológicos à livre publicação de conteúdo online.

A análise sistemática do art. 5º da CF, que define os direitos fundamentais, com o art. 220, que define os diretrizes para a comunicação social, conduz a uma conclusão sobre a existência de um sistema normativo de proteção às liberdades civis, em especial a liberdade de expressão, que é completado pelas normas do MCI.

Esse sistema normativo de proteção às liberdades aponta para um não dever dos provedores de aplicações de internet de fiscalizar previamente o que é publicado em suas plataformas. Em hipóteses de ofensa aos direitos da personalidade por parte dos usuários, sendo ou não ofensas criminais, há um mecanismo de efetivo remédio jurídico por meio do Judiciário. A plataforma só pode ser responsabilizada civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.

b. *Considerando a suposta inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet, o provedor de aplicação deveria:*

(i) Retirar as informações reputadas como ofensivas mediante notificação extrajudicial?

O art. 19 do MCI, ao determinar a responsabilização dos provedores por conteúdo gerado por terceiros apenas após descumprimento de ordem judicial determinando a remoção de tal conteúdo, considerou diversos interesses, sem deixar de observar o posicionamento do STF e as diretrizes internacionais para a proteção dos direitos fundamentais na internet. O resultado desse balanceamento foi a primazia ao princípio da liberdade de expressão, de

forma a evitar que houvesse censura prévia de conteúdo, mesmo que de maneira indireta. Isso porque, diante do risco de responsabilização por mera notificação extrajudicial, há um incentivo para que provedores de aplicação adotem medidas mais conservadoras para a disponibilização de conteúdo. Esse cerceamento também iria contra outros preceitos presentes na CF e no MCI, como o princípio da inovação e preservação da natureza participativa da rede. O próprio STJ já ressaltou que, caso todas as denúncias sobre ilegalidades fossem acolhidas assim que recebidas, haveria o risco de censura e violação de princípios fundamentais. Nem se diga que a regra prevista no art. 19 do MCI cria embaraços para que a parte lesada possa promover a remoção de conteúdos impróprios da internet. O MCI possibilita que as partes possam acessar facilmente a justiça através de juizados especiais, medida muito menos custosa do que seria ingressar em juízo comum.

(ii) ser responsabilizado legalmente pela veiculação de conteúdo antes da sua análise pelo Poder Judiciário?

O julgamento do que é ou não ilegal frente ao ordenamento jurídico vigente pode ser bastante complexo, podendo exigir ponderação de princípios de direito conflitantes ou concorrentes - os conflitos entre liberdade de expressão e direitos da personalidade são alguns dos mais complicados de serem resolvidos. Por essa razão, o local mais adequado para a resolução desse tipo de conflito é o Poder Judiciário, em consonância com o princípio da inafastabilidade do poder judiciário. Retirar o art. 19 significaria obrigar entes privados a resolver conflitos entre valores constitucionais, sem o necessário respeito à garantia da fundamentação e publicidade das decisões (CF, art. 93, IX) - a não ser que se trate de quebra de termos contratuais da plataforma, quem teve seu conteúdo retirado por meio de uma ordem extrajudicial pode nunca saber os motivos, ou ter uma chance real de defesa, o que também desrespeita o princípio do devido processo legal.

Além disso, não se pode afirmar que o art. 19 do MCI traria a obrigação inconstitucional do consumidor a ingressar em juízo. Portanto, não é inconstitucional o art. 19 do MCI. Pelo contrário, sua existência garante e reforça os mais fundamentais princípios presentes na CF.

c. *Haveria conflito entre o regime jurídico estabelecido pelo art. 19 do Marco Civil da Internet e a proteção do consumidor, conforme definido na Lei nº 8.078, de 1990 (“Código de Defesa do Consumidor” ou “CDC”)?*

Não. O regime jurídico definido pelo art. 19 do MCI não colide com o dever do Estado de promover a tutela dos consumidores, tal como prevista na CF. Não há, também, colisão com os direitos dos consumidores de efetiva reparação por danos causados por fornecedores, considerando que, em casos de danos gerados por conteúdos de terceiros, há mecanismos para a devida responsabilização dos agentes e remoção judicial de conteúdo.

A modificação do art. 19 do MCI pode, pelo contrário, prejudicar os consumidores, que possuem o direito a plena liberdade de expressão e a serviços de aplicações de Internet. É da expectativa legítima do consumidor a existência de aplicações sem filtros de censura prévia e sem controle de conteúdo publicado em plataformas de múltiplos lados, respeitadas

as regras de uso da plataforma. Nesse sentido, uma decisão do STF de declaração de inconstitucionalidade do art. 19 do MCI entraria em colisão com o próprio mandamento constitucional de atuação do Estado para promoção dos interesses dos consumidores.

Como fica claro da leitura do art. 2º e do art. 3º do MCI, a defesa do consumidor e a responsabilização dos agentes são pilares das regras para uso da Internet no Brasil. Do mesmo modo, o art. 7º do CDC abre espaço para que outros direitos, afirmados por leis federais, sejam incorporados ao rol de direitos básicos dos consumidores. Nesse sentido, o MCI complementa o CDC.

É como nos parece,

São Paulo, [•] de [•] de 2019.



Nelson Jobim

Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal.



Ronaldo Lemos

Diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio). Professor Visitante da Universidade de Columbia. Pesquisador visitante do MIT Media Lab. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade de Harvard.