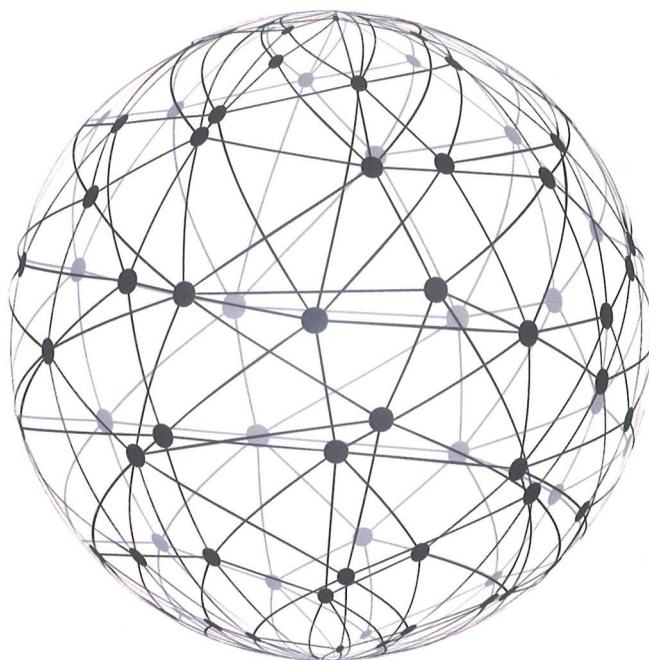


Coordenadores

Anderson Schreiber
Bruno Terra de Moraes
Chiara Spadaccini de Teffé



Direito e Mídia

Tecnologia e Liberdade de Expressão

Coordenadores

Anderson Schreiber

Professor Titular de Direito Civil da UERJ • Coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito e Mídia • Procurador do Estado do Rio de Janeiro • Advogado.

Bruno Terra de Moraes

Mestre e doutorando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) • Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

Chiara Spadaccini de Teffé

Mestre e doutoranda em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) • Professora de Direito Civil e Tecnologia no IB-MEC • Advogada e consultora em proteção de dados pessoais.

Coordenadores

Anderson Schreiber
Bruno Terra de Moraes
Chiara Spadaccini de Teffé

Direito e Mídia **Tecnologia e Liberdade** **de Expressão**

Responsabilidade por Compartilhamento de Mensagens por WhatsApp • Memes e Direitos Autorais • Acesso à Cultura • Manchetes que Induzem a Erro • Direito ao Esquecimento • Sigilo de Fonte • Vazamento Seletivos • Deveres do Colunista • Direito de Resposta na Internet • Retificação da Notícia • Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade • Direito à Imagem • Controle de Qualidade da Notícia • Censura • Direito de Sátira • Responsabilidade Civil dos Provedores • Mídia e Democracia

EDITORA
FOCO

2020 © Editora Foco

Coordenadores: Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes e Chiara Spadaccini de Teffé

Autores: Anderson Schreiber, Beatriz Capanema Young, Bruno Terra de Moraes, Cássio Monteiro Rodrigues, Chiara Spadaccini de Teffé, Danielle Fernandes Bouças, Diego Brainer de Souza André, Felipe Ramos Ribas Soares, Felipe Schwartzman, Felipe Zaltman Saldanha, Guilherme de Mello Franco Faoro, João Quinelato de Queiroz, José Eduardo Junqueira Ferraz, Júlia Costa de Oliveira, Livia Teixeira Leal, Marcella Campinho Vaz, Mariana Ribeiro Siqueira, Marina Duque Moura Leite, Micaela Barros Barcelos Fernandes, Rafael Mansur de Oliveira, Roberta Leite, Tayná Bastos de Souza, Thiago Ferreira Cardoso Neves e Thiago Junqueira

Diretor Acadêmico: Leonardo Pereira

Editor: Roberta Densa

Assistente Editorial: Paula Morishita

Revisora Sênior: Georgia Renata Dias

Capa Criação: Leonardo Hermano

Diagramação: Ladislau Lima

Impressão miolo e capa: META BRASIL

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

D598

Direito e mídia: tecnologia e liberdade de expressão / Anderson Schreiber ... [et al.] ; coordenado por Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2020.

400 p. : 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia e índice.

ISBN 978-85-8242-030-8

1. Direito. 2. Mídia. 3. Tecnologia. 4. Liberdade de expressão. I. Schreiber, Anderson. II. Young, Beatriz Capanema. III. Moraes, Bruno Terra de. IV. Rodrigues, Cássio Monteiro. V. Teffé, Chiara Spadaccini de. VI. Bouças, Danielle Fernandes. VII. André, Diego Brainer de Souza. VIII. Soares, Felipe Ramos Ribas. IX. Schwartzman, Felipe. X. Saldanha, Felipe Zaltman. XI. Faoro, Guilherme de Mello Franco. XII. Queiroz, João Quinelato de. XIII. Ferraz, José Eduardo Junqueira. XIV. Oliveira, Júlia Costa de. XV. Leal, Livia Teixeira. XVI. Vaz, Marcella Campinho. XVII. Siqueira, Mariana Ribeiro. XVIII. Leite, Marina Duque Moura. XIX. Fernandes, Micaela Barros Barcelos. XX. Oliveira, Rafael Mansur de. XXI. Leite, Roberta. XXII. Souza, Tayná Bastos de. XXIII. Neves, Thiago Ferreira Cardoso. XXIV. Junqueira, Thiago. XXV. Título.

2020-579

CDD 340 CDU 34

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva – CRB-8/9410

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito 340 2. Direito 34

DIREITOS AUTORAIS: É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora FOCO, com exceção do teor das questões de concursos públicos que, por serem atos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

NOTAS DA EDITORA:

Atualizações e erratas: A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura.

Erratas: A Editora se compromete a disponibilizar no site www.editorafoco.com.br, na seção Atualizações, eventuais erratas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (05.2020) – Data de Fechamento (04.2020)

2020

Todos os direitos reservados à
Editora Foco Jurídico Ltda.

Rua Nove de Julho, 1779 – Vila Areal
CEP 13333-070 – Indaiatuba – SP

E-mail: contato@editorafoco.com.br
www.editorafoco.com.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Anderson Schreiber V

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E TECNOLOGIA

Anderson Schreiber 1

A TESE DA POSIÇÃO PREFERENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO FRENTE AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Felipe Ramos Ribas Soares e Rafael Mansur 29

MANCHETES NO DIVÃ: UMA INTRODUÇÃO AO EXAME DOS TÍTULOS NOTICIOSOS

Thiago Junqueira e José Eduardo Junqueira Ferraz 55

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À IMAGEM: CRITÉRIOS PARA A PONDERAÇÃO

Chiara Spadaccini de Teffé 79

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO COMPARTILHAMENTO DE MENSAGENS PELO WHATSAPP E O CASO MARISA LETÍCIA

Livia Teixeira Leal e Mariana Ribeiro Siqueira 109

MEMES E DIREITO AUTORAL: DA SUPERAÇÃO DA LÓGICA PROPRIETÁRIA À TUTELA DO ELEMENTO CULTURAL

Diego Brainer de Souza André e Cássio Monteiro Rodrigues 125

DIREITOS AUTORAIS E ACESSO À CULTURA

Micaela Barros Barcelos Fernandes 147

MÍDIA DEMOCRÁTICA: CONTROLE DE QUALIDADE DA NOTÍCIA A SERVIÇO DA PLENITUDE DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Bruno Terra de Moraes 173

DIREITO AO ESQUECIMENTO

Anderson Schreiber 209

DIREITO AO ESQUECIMENTO E O CASO RICHTHOFEN: QUAL DEVE SER O FUTURO DO PASSADO?

Júlia Costa de Oliveira e Roberta Leite..... 221

RESPONSABILIDADE CIVIL DO JORNALISTA POR DIVULGAÇÃO DE MATERIAL SIGILOSO: OPERAÇÃO LAVA JATO E VAZAMENTOS SELETIVOS

Beatriz Capanema Young, Marcella Campinho Vaz e Tainá Bastos de Souza 251

DEVERES DO COLUNISTA: HÁ LIMITES À LIBERDADE DE OPINAR?

Guilherme de Mello Franco Faoro e Felipe Zaltman Saldanha 271

RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA ENTRE PROVEDORES E AUTORES DE CONTEÚDO OFENSIVO À LUZ DO MARCO CIVIL: CRITÉRIOS OBJETIVOS NA PERSPECTIVA CIVIL CONSTITUCIONAL

João Quinelato de Queiroz 291

RESPONSABILIDADE CIVIL DE EMPRESAS JORNALÍSTICAS POR COMENTÁRIOS DE TERCEIROS NA INTERNET: ANÁLISE DA DISTINÇÃO ENTRE PROVEDORES DE CONTEÚDO FEITA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.352.053

Felipe Schvartzman 325

A PROIBIÇÃO JUDICIAL DE VEICULAÇÃO DE NOTÍCIAS E O PROBLEMA DA CENSURA SOB A ÓTICA DO CASO DA CHANTAGEM À EX-PRIMEIRA DAMA

Thiago Ferreira Cardoso Neves 343

RETIFICAÇÃO DE INFORMAÇÃO ATRAVÉS DO DIREITO DE RESPOSTA: PROPOSTAS PARA O SEU RECONHECIMENTO

Danielle Fernandes Bouças e Marina Duque Moura Leite 367

DIREITO DE SÁTIRA X LIBERDADE RELIGIOSA: DEZ MANDAMENTOS PARA EVITAR UM NOVO CASO PORTA DOS FUNDOS

Anderson Schreiber 387

APRESENTAÇÃO

É com grande honra e alegria que apresento este novo volume de estudos sobre as relações entre o direito e a comunicação, especialmente em face das novas tecnologias. O surgimento de novos ambientes comunicativos, estruturados de modo inteiramente diverso das chamadas mídias tradicionais, trouxe novos desafios e uma enxurrada de novos conflitos que os tribunais têm sido chamados a solucionar. Tais soluções não podem, de um lado, prescindir do conhecimento técnico acerca dos instrumentos comunicativos aos quais se aplicam – sob pena de gerar respostas inexecutáveis ou ineficientes –, mas também não podem, de outro lado, se distanciar do firme compromisso da ordem jurídica brasileira com a tutela e promoção dos direitos fundamentais, crescentemente ameaçadas por práticas como *online hate speech*, *cyberbullying*, *shaming*, *fake news* e assim por diante. Daí porque se torna cada vez mais urgente e necessário o estreitamento do diálogo entre os estudiosos do direito e da comunicação. É preciso diminuir o abismo que se estabeleceu historicamente entre estes dois campos tão relevantes da atuação humana, não raro por força de estigmas e pré-conceitos que identificam juristas como censores de toga e comunicadores como pessoas absolutamente indiferentes aos direitos das pessoas retratadas em sua atividade. Nenhum dos dois extremos encontra amparo na realidade atual, em que profissionais dessas duas áreas de conhecimento têm interagido cada vez mais na busca de soluções que se revelem, a um só tempo, justas e eficientes.

O conjunto de estudos que o leitor tem agora em mãos procura contribuir para esse esforço, construindo, a partir de casos controvertidos, a ponte necessária entre a aplicação das normas jurídicas e as novas formas de comunicação em um mundo “digital”. A obra é fruto de intensos debates travados nos encontros periódicos do *Grupo de Pesquisa em Direito e Mídia* que tenho a honra de coordenar, desde 2012, no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito da UERJ. O referido grupo de pesquisa inclui diferentes gerações de estudiosos, que expõem, nos artigos aqui reunidos, suas reflexões sobre alguns dos problemas mais palpitantes da realidade atual, como a responsabilidade civil por compartilhamento de mensagens por *WhatsApp* e por administração de grupos no mesmo aplicativo; a discussão sobre a incidência de direitos autorais sobre *memes* e outras manifestações típicas do mundo digital; o problema dos vazamentos seletivos de informações sigilosas na rede; o direito de resposta em publicações *online*; o direito de retificação de notícia equivocada na internet; o direito ao esquecimento; a discussão sobre o atual conceito de censura; entre tantas outras matérias que têm exigido uma resposta jurídica previsível e consistente. De fato, o leitor encontrará neste livro não apenas um utilíssimo repertório de casos concretos, mas propostas de soluções para os problemas apresentados, sempre em linguagem didática e acessível.

Registro, por fim, meus agradecimentos aos doutorandos em Direito Civil da UERJ Bruno Terra de Moraes e Chiara Spadaccini de Teffé, que me auxiliaram imensamente na organização deste volume, tanto no que tange à revisão dos artigos quanto à coordenação dos trabalhos entre os diferentes coautores. Agradeço também a Rafael Mansur, que encontrou tempo, entre as múltiplas pesquisas que coordena em nosso escritório, para revisar os originais deste livro. Devo, ainda, um muito obrigado especial a Roberta Densa, que contribuiu decisivamente, há quase dez anos, para a edição do volume original *Direito Mídia* e, agora, mais uma vez, dedicou seu tempo e esforço à publicação desta obra, juntamente com os demais integrantes da Editora Foco. A todos, minha gratidão.

Anderson Schreiber

Professor Titular de Direito Civil da UERJ. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito e Mídia. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E TECNOLOGIA

Anderson Schreiber

Professor Titular de Direito Civil da UERJ. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito e Mídia. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

1. A AMBÍGUA RELAÇÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E TECNOLOGIA

A sucessão de avanços tecnológicos ligados à internet, às redes sociais, aos *smartphones* e à cultura digital não resultou apenas na abertura de espaços inteiramente novos para o intercâmbio de informações e ideias, mas também em uma alteração na própria forma de se comunicar. Em todo o mundo, especialistas registram, há tempos, o crescimento continuado de um “*movimento internacional de jovens ávidos para experimentar, coletivamente, formas de comunicação diferentes daquelas que as mídias clássicas nos propõe.*”¹ Trata-se de uma alteração profunda de mentalidade e de hábitos, que exprime um sentimento de insuficiência em relação não apenas ao conteúdo, mas à própria estrutura “*unilateral*” dos meios tradicionais de comunicação de massa, preferindo-se meios que permitam aos indivíduos participar ativamente não apenas da seleção, mas da própria construção e difusão das informações que recebem.²

Essa mudança de papel do público – que deixa de ser mero destinatário para se transformar, agora, em uma espécie de coautor do discurso comunicativo – assume, na história da comunicação, tom genuinamente “*revolucionário*”. Até poucos anos atrás, essa revolução era vista principalmente sob o prisma positivo: o estabelecimento de canais de comunicação autênticos e diretos entre pessoas situadas nas mais diferentes regiões do globo prometia uma espécie de *olimpico da liberdade de expressão*, no qual a interatividade permanente contribuiria para a livre circulação de ideias, para o aumento dos níveis informacionais e, conseqüentemente, para a redução da intolerância e dos preconceitos, a partir do estímulo irresistível ao contato com “*o outro*”.³

1. LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 11.

2. Sobre a estrutura “*unilateral*”, por vezes referida como “*autoritária*”, dos meios tradicionais de comunicação, especialmente a televisão, ver RODOTÀ, Stefano. *Intervista su Privacy e Libertà*. Bari: Laterza, 2005, p. 125: “*Alcune tecnologie hanno in sé una forza che spinge, per esempio, a rafforzare un potere. La stessa televisione tradizionale resta, a mio avviso, una tecnologia sostanzialmente autoritaria: c'è chi parla, chi si esprime e chi semplicemente assiste in modo passivo, senza altra possibilità di reazione che spegnere il televisore o passare su un altro canale, dove, tuttavia, si ritrova nella stessa condizione di dipendenza. La tv può essere usata da un leader democratico come da un dittatore, e la distinzione tra l'uno e l'altro è affidata ai contenuti: ma resta il fatto comune dell'intima essenza autoritaria della televisione tradizionale.*”

3. Nessa direção, ver Pierre Lévy: “O ciberespaço, interconexão dos computadores do planeta, tende a tornar-se a principal infra-estrutura de produção, transação e gerenciamento econômicos. Será em breve o principal equipamento coletivo internacional da memória, pensamento e comunicação. Em resumo, em algumas dezenas de anos, o ciberespaço, suas comunidades virtuais, suas reservas de imagens, suas simulações interativas, sua irresistível proliferação de textos e de signos, será o mediador essencial da inteligência coletiva da humanidade.” (*Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 167)

Mais recentemente, contudo, o entusiasmo tem cedido espaço a algum ceticismo, provocado pela intensificação do chamado *online hate speech* e pela disseminação de práticas lesivas, como o *shaming*⁴ e o *cyberbullying*,⁵ além de outros fenômenos que exprimem uma espécie de “*dark side*” das redes sociais⁶ e sugerem que novos ambientes comunicativos podem, em certas situações, estar servindo mais à frustração da liberdade de expressão que à sua consagração – e, pior, frequentemente em prejuízo das minorias. A própria estrutura dos novos ambientes eletrônicos, erigida quase sempre sobre a construção de “*perfis*” aos quais se atrelam “*grupos*” de “*amigos*”, “*seguidores*” etc., ao mesmo tempo em que pode reforçar laços de identidade, tem se revelado, não raro, como elemento que intensifica o sectarismo e a exclusão de outras visões de mundo.

Contribui também para esse cenário a estrutura limitada na qual se deve “encaixar” o discurso na internet – usualmente, com limites diminutos de caracteres ou tempo de exposição –, que acabam incentivando um elevado grau de superficialidade nas manifestações na rede. Assim, usuários são estruturalmente estimulados a permanecer em uma espécie de círculo de pares, onde o discurso acaba se dirigindo mais à obtenção de “*likes*” e “*curtidas*”, que ao estabelecimento de um efetivo diálogo sobre os temas tratados.⁷ As mensagens divulgadas em redes sociais, por exemplo, acabam assumindo, muitas vezes, um caráter ensimesmado, quase publicitário, de autoafirmação da identidade criada pelo emissor, que as fazem soar tão pouco abertas ao debate quanto “*as mensagens iconoclasticas coladas nos vidros dos carros*”.⁸

4. Em definição básica, *shaming* consiste no “ato de criticar e chamar a atenção de alguém publicamente, especialmente na internet” (definição disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/shaming>). Para um estudo mais aprofundado sobre o fenômeno do *shaming*, ver LAIDLAW, Emily B. *Online Shaming and the Right to Privacy*. In: *Laws* 6, n. 1, 2017, pp. 2-3: “At its best, *shaming* can enforce rules of civility in online communities. It can be a facilitative force for positive change. Indeed, *shaming* is entrenched in our culture, particularly to address social wrongs seen as outside the reach of the law. Naming and *shaming* is a core regulatory tool to address human rights abuses. Shame campaigns against corporations for violating a perceived social or moral wrong is common, such as campaigns against sweat shops or concerning environmental standards. It is a common strategy to address regulation of internet-based companies, such as the campaign against Facebook for its refusal to shut down a rape joke group or boycott of the internet registration authority GoDaddy for supporting the Stop Online Privacy Act (SOPA) and the PROTECT IP Act (PIPA) or creation of fake Facebook groups to publicly test the quality of Facebook’s application of its community standards. At its worst, *shaming* is a brutal form of abuse, causing, among other things, social withdrawal, depression and anxiety.”
5. Seja consentido remeter a SCHREIBER, Anderson. *Cyberbullying: Responsabilidade civil feitos na família*. Disponível em: www.cartaforense.com.br: “Mas, afinal, o que é exatamente o *cyberbullying*? Trata-se da prática de intimidação sistemática a alguém por meio da internet ou tecnologias relacionadas. O *cyberbullying* consiste, em suma, na utilização do espaço cibernético para intimidar e hostilizar uma pessoa de modo continuado.”
6. CLARKE, Tom. *Social Media: the new frontline in the fight against hate speech*. Disponível em: minorityrights.org. Publicado em: 30.10.2013.
7. “Na busca da auto-identificação bem sucedida, os indivíduos auto-manipuladores mantêm uma relação bastante instrumental com seus interlocutores. Estes últimos só são admitidos para certificar a existência do manipulador – ou, mais exatamente, para permitir que os manipuladores façam seus ‘eus virtuais’ caírem na realidade.” (JAURÉGUIBERRY, Francis. *Hypermodernité et manipulation de soi*. In: AUBER, Nicole (org.). *L’individu hypermoderne*. Toulouse: Érès, 2004, pp. 155-168).
8. BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo – A Transformação das Pessoas em Mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 138.

Daí porque se identifica, hoje, uma certa ambiguidade na relação entre liberdade de expressão e tecnologia. Ao mesmo tempo em que os avanços tecnológicos abriram novos espaços de comunicação e suscitaram a esperança de criação de uma espécie de olimpo da liberdade de expressão, tal esperança não parece ter, ainda, se concretizado, tornando-se cada vez mais corriqueiros os exemplos de *silenciamento de vozes* na internet, por meio de práticas grupais de opressão genérica ou específica que soterram o exercício da liberdade de expressão ou estimulam um crescente desinteresse pela exposição e intercâmbio de ideias em ambientes virtuais.⁹

2. O PAPEL DO DIREITO NA TUTELA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Essa ambiguidade reflete-se também no plano jurídico. Ao mesmo tempo em que se instituiu um verdadeiro ativismo da liberdade de expressão na internet, ao qual todos parecem querer se associar de algum modo – afinal, ninguém quer ser rotulado como “um inimigo da liberdade” –, torna-se, por outro lado, cada vez mais evidente que, muitas vezes, a defesa da liberdade de expressão no universo digital surge em defesa de interesses econômicos ligados à preservação de um espaço de autorregulação na rede. Nesse contexto, o Direito é quase sempre visto com aversão, porque constitui, em larga medida, a palavra do Estado e, em última análise, do Estado-juiz, que representa, no plano simbólico, uma ameaça ao “*território livre*” da internet. Nesse contexto, uma decisão judicial que se aventure, por exemplo, a interferir na publicação de conteúdo no campo das redes sociais, dos motores de busca ou dos aplicativos de mensagens é quase sempre taxada como “*censura*” ou, no mínimo, (des)qualificada como uma intervenção imprópria em um universo que seria, por definição, governado pela liberdade absoluta.

Essa visão é, a meu ver, falaciosa. As violações a direitos e os conflitos entre indivíduos podem se estabelecer em qualquer campo da atuação humana e, na internet, como em qualquer outro contexto, impedir a intervenção do Direito em absoluto acaba significando, quase sempre, deixar que esses conflitos se resolvam pela força – não necessariamente a força física, mas a força daqueles que detêm, por razões culturais, sociais ou econômicas, o poder de ditar regras. Imaginar que a internet é um “*mundo sem regras*” talvez signifique, nesse sentido, um pensamento excessivamente ingênuo. Se uma decisão judicial que ordena a retirada de certo conteúdo de uma rede social devesse ser tratada como *censura*, o que se deveria dizer da ação da própria sociedade empresária gestora da rede social que suprime certo conteúdo publicado por um usuário com base em regras ou termos de uso criadas por si própria? Uma decisão judicial, ao menos em tese, precisa estar amparada em normas jurídicas, emitidas democraticamente, e ser fundamentada (motivação das decisões judiciais) em razões jurídicas controláveis por diferentes graus de jurisdição a que se pode recorrer, no

9. Era já o alerta de Bauman, para quem “a ‘rede’ parece, de maneira perturbadora, uma duna de areia soprada pelo vento e não um canteiro de obras onde se poderão estabelecer vínculos sociais confiáveis” (*Vida para Consumo*, cit., p. 137).

âmbito de procedimentos que asseguram à vítima a ampla defesa e o contraditório, enquanto a supressão de conteúdo promovida por uma companhia privada em um universo que fosse eventualmente imune ao Direito estaria baseada somente em suas regras internas, cuja emissão não é necessariamente “democrática” ou aberta à participação dos usuários e que podem, ademais, ser aplicadas sem necessidade de motivação ou de respeito ao contraditório e a ampla defesa dos usuários. Pior: normalmente as regras privadas são aplicadas por meio de instrumentos autômatos (como robôs) que buscam, identificam e suprimem conteúdos considerados ofensivos a partir de certos parâmetros gerais, sem que haja necessariamente uma análise específica do caso concreto (como ocorre necessariamente, por razões estruturais, na atuação do Poder Judiciário).

Vejamos um exemplo: tornou-se célebre, há alguns anos, a polêmica atitude do Facebook de retirar do ar a conhecida imagem da jovem Kim Phuc, queimada por napalm em um ataque ocorrido no âmbito da Guerra do Vietnam.¹⁰ Pode-se lembrar também da exclusão pela mesma companhia da imagem da capa do álbum *Nevermind*, da banda Nirvana, que expunha a fotografia de um bebê nu em uma piscina: a supressão ocorreu logo após a imagem ser postada em comemoração pelos vinte anos do lançamento do icônico álbum.¹¹ Esses são apenas alguns dos numerosos exemplos que demonstram que o perigo da censura e a ameaça à liberdade de expressão não restam afastados em um universo que se pretenda alheio ou imune ao Direito. Ao contrário, o Direito, como conjuntos de normas que regem a vida social, é o único parâmetro efetivamente democrático para a solução dessas controvérsias e o único instrumento que assegura que uma efetiva tutela da liberdade de expressão não estará comprometida por práticas de mercado que, porventura, se dissociem da proteção dos valores fundamentais consagrados no texto constitucional.

3. A TUTELA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Evidentemente, pode-se contra-argumentar que há decisões judiciais ruins, pouco fundamentadas, algumas com viés autoritário. Convém examinar esse ponto

10. “O Facebook voltou atrás, nesta sexta-feira (9), em sua decisão de censurar uma foto icônica da Guerra do Vietnã de uma menina nua tentando escapar de um bombardeio de napalm, depois de que a medida desencadeou uma onda de indignação, inclusive da primeira-ministra da Noruega. ‘Por causa do seu status como uma imagem icônica de importância histórica, o valor de permitir o compartilhamento supera o valor de proteger a comunidade com a remoção, então, decidimos restabelecer a imagem no Facebook, onde sabemos que ela foi removida’, disse um porta-voz da rede social em um e-mail à agência France Presse.” Para mais detalhes, confira a reportagem do site g1.com, disponível em <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/09/facebook-volta-atras-na-decisao-de-censurar-foto-da-guerra-do-vietna.html>.

11. “O Facebook censurou a capa do álbum *Nevermind*, do Nirvana. A foto mostra um bebê sem roupa, dentro da água, e foi postada na página da banda para promover o lançamento de uma edição de luxo do disco, que comemora 20 anos em setembro. O site alega que proibiu a foto porque ela se enquadra no aviso: ‘o Facebook não permite fotos que ataquem um indivíduo ou grupo, ou que contenham nudez, uso de drogas, violências ou outras violações dos Termos de Uso’.” Para mais detalhes, confira a reportagem do site terra.com.br, disponível em: <https://www.terra.com.br/diversao/musica/facebook-censura-capa-do-album-nevermind-do-nirvana,891024f4d865a310VgnCLD200000bbcecb0aRCRD.html>

com atenção. De fato, não faltam exemplos de excessos do Poder Judiciário, tanto mais em um país como o Brasil, em que, no afã de assegurar a necessária celeridade processual, tem-se investido em ampliar o poder decisório monocrático mesmo em órgãos colegiados, gerando frequentes mudanças de posicionamento mesmo no âmbito das mais altas cortes do país, como se viu, recentemente, no episódio envolvendo a *Revista Crusoé*.¹² O fato de existirem decisões judiciais ruins não deve, contudo, conduzir à conclusão de que a atuação do Poder Judiciário é sempre uma atuação *contrária* à liberdade de expressão. Há muitos exemplos em que os tribunais atuaram *em defesa* da liberdade de expressão.

Veja-se, por exemplo, o recente caso do Especial de Natal do Porta dos Fundos, intitulado “A Primeira Tentação de Cristo”. Ali, após a propositura de ação judicial por uma associação religiosa pleiteando a suspensão da exibição do vídeo, em razão do modo supostamente ofensivo como determinados personagens bíblicos eram retratados,¹³ o STF decidiu pela manutenção do filme, argumentando, em síntese, que “*não se descuida da relevância do respeito à fé cristã (assim como de todas as demais crenças religiosas ou a ausência dela). Não é de se supor, contudo, que uma sátira humorística tenha o condão de abalar valores da fé cristã, cuja existência retrocede há mais de 2 (dois) mil anos, estando insculpida na crença da maioria dos cidadãos brasileiros.*”¹⁴

Aliás, os tribunais brasileiros têm sido, de modo geral, bravos defensores do direito de sátira, como se pode ver, a título ilustrativo, da decisão em que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou pedido de indenização por danos morais formulado pelo atual Presidente da República Jair Bolsonaro em face do jornal *O Dia*, em razão da publicação de charge que retratava o político com seus membros retorcidos de modo a formar uma suástica, tudo acompanhado pela frase “... e ninguém vai fazer nada?” Concluiu, acertadamente, o Tribunal fluminense que “*a charge publicada estava inserida no notório contexto de que, em toda a sua carreira política, o apelante, à época Deputado Federal e reconhecido pré-candidato à Presidência da República, sempre se apresentou assertivamente como um político conservador e de direita, com declarações, muitas vezes, polêmicas, e passíveis das mais diversas interpretações. Ao que se extrai*

12. Para mais detalhes sobre as idas e vindas do episódio envolvendo a *Revista Crusoé*, ver Alexandre de Moraes *revoga decisão que censurou reportagens de ‘Crusoé’ e ‘O Antagonista’*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/18/alexandre-de-moraes-revoga-decisao-que-censurou-reportagens-de-crusoe-e-antagonista.ghtml>. Seja, ainda, consentido remeter a SCHREIBER, Anderson. *O retorno de Crusoé*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2019/04/o-retorno-de-crusoe.shtml>.

13. Segundo a petição inicial apresentada pela Associação Centro Dom Bosco de Fé e Cultura no âmbito da ação 0332259-06.2019.8.19.0001, ajuizada perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “*Jesus é retratado como um homossexual pueril, Maria como uma adúltera desbocada e José como um idiota traído*”.

14. STF, Rel 38782, decisão monocrática proferida pelo Min. Dias Toffoli, j. 9.1.2019. A decisão reverteu a tutela antecipada concedida pelo TJRJ pra remoção do vídeo, sob o fundamento de ser “*mais adequado e benéfico, não só para a comunidade cristã, mas para a sociedade brasileira, que é majoritariamente cristã, até que se julgue o mérito do Agravo, recorrer-se à cautela, para acalmar os ânimos*” (TJ RJ, Decisão Monocrática proferida nos autos do Agravo 0083896-72.2019.8.19.0000, j. 7.1.2020). Para uma análise crítica do caso, oferecendo parâmetros a serem seguidos em situações similares, seja consentido remeter a SCHREIBER, Anderson. *De Moisés para Jesus: Dez Mandamentos para evitar um novo caso Porta dos Fundos*. Publicado originalmente em: <https://www.jota.info>.

da charge, por conseguinte, sua intenção, mais se aproximou da intenção de fazer uma crítica humorística (animus jocandi), do que do objetivo de atingir a reputação e a honra do político (animus difamandi).¹⁵

Na mesma direção, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4451, ocorrido em 2018, decidiu unanimemente pela inconstitucionalidade dos incisos II e III do artigo 45 da Lei das Eleições (Lei 9.504/1997), que, respectivamente, impediam as emissoras de rádio e TV de “*usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito*” e de “*veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes*”. O voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes registrou que seria “*realisticamente falso assumir que o debate eleitoral, ao perder em liberdade e pluralidade de opiniões, ganharia em lisura ou legitimidade*”, concluindo que “*a previsão dos dispositivos impugnados é inconstitucional, pois consiste na restrição, subordinação e forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral, pretendendo diminuir a liberdade de opinião e de criação artística e a livre multiplicidade de ideias, com a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático; tratando-se, pois, de ilegítima interferência estatal no direito individual de criticar.*”¹⁶

Recorde-se, ainda, o importante precedente judicial proferido no caso do filme *Tropa de Elite*, cujo lançamento esteve ameaçado por ação judicial promovida por policiais militares que pretendiam obter a suspensão da veiculação, comercialização e exibição do filme, ao argumento de que a obra violava sua honra, sua dignidade e trazia até mesmo risco à sua integridade física. A decisão da 1ª Vara Cível da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que indeferiu o pedido de suspensão da liminar destacou o caráter ficcional do filme, como importante critério para aferição da efetiva violação à honra: “*recorde-se que se trata de peça de ficção, por mais que no início apareça referência de que a mesma estaria baseada em relatos verídicos. No entanto, os fatos, ao se traduzirem em palavras, recebem sempre uma versão. Será fidedigna? Será falaciosa? Será hiperbólica? Cada espectador que julgue por si. Certamente a prática profissional dos autores, se incongruente com o que o filme retrata, demonstrará que ele não passa de peça de (má) ficção. Caso contrário, estar-se-á presente a uma dramatização contundente da realidade.*”¹⁷

Por fim, vale mencionar o caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual a Sociedade Beneficente Muçulmana moveu ação contra o Google, pleiteando a retirada do ar do vídeo intitulado “*Passinho do Romano*”, porque a letra do funk ali ouvido continha trechos do Alcorão. Tanto a sentença quanto o acórdão rejeitaram o pleito, registrando a decisão colegiada que “*a inserção de trecho do Alcorão na*

15. TJRJ, Apelação 0171549-17.2016.8.19.0001, j. 26.2.2018.

16. STF, ADI 4.451, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 21.6.2018.

17. TJRJ, 1ª Vara Cível, Processo 2007.001.146746-3, j. 12.9.2007.

música e nos vídeos pode ser conduta rechaçada pela religião islâmica e um desrespeito aos preceitos subjetivos dos muçulmanos, mas não é um desrespeito à liberdade de crença religiosa ou ao sentimento religioso, nem ato que rompe os limites do exercício da liberdade artística. Aliás, como os direitos fundamentais se estendem a todos, a insatisfação da comunidade religiosa pode se manifestar no próprio campo do exercício da liberdade de expressão, sobretudo por meio da crítica, o que é inerente ao jogo democrático de uma sociedade plural."¹⁸

Como se vê, não é verdadeira a afirmação – por vezes repetida irrefletidamente – segundo a qual o Poder Judiciário brasileiro representa uma ameaça à liberdade de expressão, atuando como uma espécie de “ *censor de toga*”. Os tribunais brasileiros aplicam, não raro, soluções que privilegiam a liberdade de expressão, mesmo quando, de outro lado, há invocações de violações a outros direitos fundamentais. Por vezes, tais invocações não se sustentam substancialmente ou exprimem um sacrifício demasiadamente genérico ou indireto do direito fundamental que se contrapõe à liberdade de expressão (como ocorre, frequentemente, com a liberdade religiosa, por vezes referida como ofensa ao “sentimento religioso”). Outras vezes, contudo, o sacrifício imposto a este direito fundamental pode ser desproporcional em relação à proteção da liberdade de expressão.

Veja-se um exemplo: a maior parte das pessoas concordará que, se um terapeuta escreve, para se promover, um livro que relata detalhes de suas sessões com um cliente famoso identificado por seu nome completo na obra, o exercício da liberdade de expressão do autor, ainda que possa não ser ilícito (a depender da categoria profissional do referido terapeuta, que pode não estar legalmente sujeita a dever de sigilo), sacrifica de modo desproporcional o direito fundamental à privacidade do retratado. Em tais casos, deve prevalecer a liberdade de expressão? Ou deve prevalecer a privacidade? A ordem jurídica fornece uma resposta prévia a essa questão ou competirá ao Poder Judiciário analisar o caso concreto e decidir?

4. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA INTERNET

Em qualquer campo da atividade humana, direitos fundamentais podem entrar em colisão. A internet não é uma exceção. Consiste, neste sentido, em um ambiente como qualquer outro. É certo que há quem sustente que violações a direitos fundamentais na internet configuram uma espécie de “*risco inerente*” a estar conectado.¹⁹

18. TJSP, Apelação 1024271-28.2015.8.26.0100, j. 5.4.2016.

19. Um exemplo bastante emblemático dessa postura está na decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 844.736/RJ, em que se concluiu que o envio de spam após expressa solicitação de não-recebimento não configura dano moral, competindo ao usuário contratar um serviço de antispam (restou vencido, com voto substancioso, o Min. Luis Felipe Salomão). Um dos Ministros que acompanhou o entendimento vencedor chegou a afirmar: “O *spam* é algo a que se submete o usuário da internet. Não vejo, a esta altura, como nós possamos desatrelar o uso da internet do *spam*.” (notícia do julgamento disponível no site oficial do Superior Tribunal de Justiça sob o título *Quarta Turma não Reconhece Dano Moral por Envio de SPAM Erótico a Internauta*, 3.11.2009).

Em uma espécie de reedição da velha e revelha visão voluntarista do “*contratou porque quis*”, sustenta-se que quem se conectou se conectou porque quis. Trata-se de uma perspectiva ultrapassada: estar conectado, hoje, não é mais um ato de livre escolha ou de diletantismo, como pode ter sido nos primórdios da internet. Estar conectado, hoje, é praticamente imprescindível para a realização de atos corriqueiros como comprar um ingresso de cinema ou fazer certas operações bancárias, sem falar no consumo de produtos ou serviços, que vão desde o transporte urbano até a hospedagem em países estrangeiros.

Nesse contexto, a internet não pode ser vista como um ambiente em que seus usuários toleram ou aceitam violações a direitos fundamentais, sob pena de, em pouco tempo, tais violações estarem preenchendo a maior parte de sua vida cotidiana. Vale dizer: enxergar a internet como ambiente imune a todo o arcabouço jurídico construído, desde o fim de Segunda Guerra Mundial, em defesa dos direitos fundamentais representaria grave retrocesso na evolução da ciência jurídica contemporânea. A internet não é imune à incidência das normas constitucionais que estabelecem, claramente, a proteção da liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX),²⁰ mas também, e em igual medida, de outros direitos fundamentais, como se vê do artigo 5º, inciso X, no qual se lê: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

Parece evidente, portanto, que nem o legislador infraconstitucional, nem o Poder Judiciário podem, entre nós, criar uma preferência abstrata e geral em favor de um ou de outro direito fundamental. Todos devem ser tutelados em sua máxima medida, admitindo-se tão-somente sacrifícios recíprocos à luz da ponderação que se imponha, concretamente, diante de uma situação de colisão de direitos fundamentais igualmente protegidos pelo texto constitucional. É certo que a técnica da ponderação impõe desafios e dificuldades, consistindo a maior delas em uma imprevisibilidade latente quanto ao resultado do julgamento que será proferido em caso de colisão de direitos fundamentais. Tal imprevisibilidade, no Brasil, como em numerosos outros países – incluindo a Alemanha e os Estados Unidos da América – resolve-se pela construção de parâmetros doutrinários e jurisprudenciais que vão se formando, com o tempo, a partir de precedentes proferidos pelas cortes nos diferentes campos da vida. Em outras palavras, a imprevisibilidade latente do método ponderativo não representa uma razão para *não o aplicar*, mas sim uma razão para *aplicá-lo mais*. É a repetição dos casos – e especialmente o exame dos gêneros de conflitos pela Corte Constitucional – que assegura a todos a previsibilidade esperada.

A doutrina desempenha, aí, importantíssimo papel, propondo parâmetros seguros para o uso judicial. E os juristas brasileiros têm se desincumbido desta mis-

20. “Art. 5º. (...) IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...) IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

são fornecendo sugestões para o julgamento de diferentes hipóteses de colisão de direitos fundamentais nos mais distintos campos.²¹ Também o legislador ordinário pode contribuir para essa tarefa, indicando, a partir da regulação de determinadas hipóteses ou atividades, parâmetros que possam ser empregados nessa ponderação. O que o legislador não pode fazer, sob pena de violação à nossa Constituição, é eleger um direito fundamental que prevaleça sobre os demais.

Também nesse aspecto, a internet não constitui uma exceção. Ao contrário, o desenvolvimento dos espaços de interação na internet – em especial, o advento das redes sociais – trouxe novos desafios à tutela dos direitos fundamentais. Primeiro, porque a lesão aos direitos fundamentais perpetrada na rede amplifica-se de modo extraordinário, podendo alcançar escala mundial em poucas horas. Segundo, porque a lesão se eterniza, sendo certo que mesmo a remoção do conteúdo ofensivo não interrompe integralmente a ocorrência do dano, em virtude da capacidade de reprodução do conteúdo ofensivo em diferentes sítios eletrônicos. Terceiro, porque frequentemente a origem da lesão é anônima, seja porque (a) o ofensor se vale deliberadamente de nomes falsos, IPs públicos²² e outras estratégias, seja porque (b) mesmo que não empregue qualquer artifício para se disfarçar, o usuário é identificado quase sempre por um mero apelido ou “*nickname*”, não dispondo a vítima do seu endereço físico ou eletrônico ou de qualquer outro meio que permita a adoção de medidas protetivas de seus direitos. E, mesmo quando localizável, o ofensor revela-se não apenas frequentemente inapto, sob o prisma econômico, a arcar com indenização, mas sobretudo tecnicamente inapto a adotar alguma outra medida capaz de mitigar os efeitos da lesão sofrida pela vítima, como o rastreamento da reprodução do conteúdo ofensivo e sua supressão.

Nesse cenário, resta à vítima dirigir-se à sociedade empresária que é proprietária da rede social ou ambiente virtual em que a lesão se propaga. Todavia, por razões inerentes à sua própria atividade empresarial, tal sociedade não tem qualquer incentivo de mercado para analisar tal conteúdo e suprimi-lo, pois esse ato contraria, de certo modo, a própria natureza do seu negócio que consiste na oferta de um espaço de comunicação aos usuários. Mesmo que tenha interesse em agir, argumenta-se que seria impossível para tais sociedades analisar todas as reclamações que chegam

21. A título ilustrativo ver: SARLET, Ingo. *O Direito ao “Esquecimento” na Sociedade da Informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, pp. 183-205; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Honra, Liberdade de Expressão e Ponderação*. In: *Civilistica.com*, a.2, n.2, 2013. Disponível em: www.civilistica.com.br; COELHO, Ivana Pedreira. *Direito de Sátira: Conflitos e parâmetros de ponderação*. In: SCHREIBER, Anderson (coord.). *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 98-117; CASTRO NEVES, José Roberto de. *Os Direitos da Personalidade e a Liberdade de Expressão: Parâmetros para ponderação*. In: *Revista da EMERJ*, vol. 62, 2013, pp. 110-118; MAGALHÃES, Fabiano Pinto de. *Privacidade, Imagem-Atributo e Liberdade de Expressão. Colisão e Parâmetros de Ponderação. Comentários ao acórdão no REsp 1.235.926/SP*. In: *Civilistica.com*, a.3, n.1, 2014. Disponível em: www.civilistica.com.br.

22. “O IP (*Internet Protocol*) é o principal protocolo de comunicação da Internet. Ele é o responsável por endereçar e encaminhar os pacotes que trafegam pela rede mundial de computadores. Pacotes são os blocos de informações enviados na Internet e podem ser considerados como as cartas enviadas pelo serviço de correios.” Definição disponível em: <https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2012/05/o-que-e-ip.html>.

a si acerca de conteúdos ofensivos. E, *last, but not least*, pode haver efetivo receio de ferir a liberdade de expressão daquele usuário que – ainda que de forma anônima – produz o conteúdo ofensivo.

Seja por falta de incentivo, por impossibilidade técnica ou por receio de violar direitos, o fato é que as proprietárias de redes sociais e ambientes virtuais acabam, muitas vezes, mantendo-se inertes em relação a reclamações quanto à veiculação de conteúdo ofensivo aos direitos fundamentais, por mais gritantes que se afigurem. O Superior Tribunal de Justiça analisou, por exemplo, o caso de uma psicóloga, empregada em uma grande companhia, que teve seu nome inserido, à sua revelia, em um site de encontros românticos, com a criação de um perfil falso. Ao lado do seu nome completo e do seu verdadeiro número de telefone de trabalho, o site veiculava a seguinte informação sobre a usuária: “*pessoa que se propõe a participar de programas de caráter afetivo e sexual*”. Para obter a retirada do seu nome do site, a psicóloga precisou propor ação judicial, no âmbito da qual chegou a afirmar, em depoimento pessoal, que receava perder o emprego por conta da constrangedora exposição que vinha sofrendo.²³

Em outro precedente, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, analisou-se a situação de uma mulher que viu fotos verdadeiras tiradas para um “*book*” irem parar na rede, em um perfil falso criado em uma rede social, que, ao lado seu verdadeiro número de celular, apresentava a informação de que se tratava de “*garota de programa*”. A referida mulher passou, então, a receber ligações telefônicas de “*clientes*” interessados em contratar seus supostos serviços e passou a ser vista com suspeita por pessoas que a conheciam. Tentou, de toda forma, que o conteúdo falso fosse retirado do ar, enviando comunicações à rede social, mas não obteve nem sequer uma resposta. Restou-lhe a via judicial, com todos os custos e dispêndios envolvidos, além da propagação no tempo da lesão à sua personalidade, com efeitos multiplicadores evidentes.²⁴

Exemplos assim pululam na nossa jurisprudência, com lesões que derivam ora da criação de perfis falsos que desabonam a vítima, ora de ofensas racistas ou homofóbicas que se proliferam na rede, ora da exposição não-autorizada da intimidade dos autores das demandas. É evidente que abordar o tema sob a perspectiva da responsabilidade exclusiva do ofensor não estimula qualquer alteração neste quadro – como dito, os ofensores são muito frequentemente anônimos ou não podem ser localizados ou não tem aptidão econômica ou técnica para reparar ou mitigar os danos causados. Ademais, não resta dúvida de que a ofensa perpetrada amplifica-se em virtude do próprio meio em que é veiculada, a exemplo do que já se reconhece, há muito, no campo das publicações em jornais ou em revistas, em que a sociedade

23. STJ, REsp 566.468/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 23.11.2004.

24. TJSJ, Apelação Cível 0173842-95.2012.8.26.0100, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 21.1.2014. Confira-se também a reportagem “Fui motivo de piada na rua’ diz usuária que ganhou processo contra Facebook”, publicada em fevereiro de 2014 no site *JusBrasil* (www.jusbrasil.com.br). O nome da autora foi, também aqui, alterado para evitar sua identificação.

proprietária do veículo de imprensa é chamada a responder solidariamente pelo dano causado na hipótese de restar comprovada a ofensa a um direito fundamental da vítima²⁵ – entendimento que, de resto, nossas cortes aplicam também à publicação em sites que contêm as versões *online* de jornais e revistas.²⁶

Não bastasse tudo isso, é inegável que as redes sociais consubstanciam um serviço oferecido ao usuário, remunerado indiretamente por meio do fornecimento de dados e da exposição a publicidade de maneira mais ou menos aberta, conforme já decidiram nossos tribunais,²⁷ de modo que se submetem à incidência do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece expressamente a responsabilidade solidária dos fornecedores de serviços por danos decorrentes de sua prestação defeituosa, assim entendida aquela que não oferece a devida segurança ao consumidor, sujeitando-o a danos (art. 14).²⁸ Ainda que se afastasse, por mero amor ao debate, a incidência da legislação consumerista, não se poderia deixar de concluir que a gestão de redes sociais configura atividade de risco, nos termos do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, tendo em vista o elevado potencial de danos inerente à criação de um espaço onde o conteúdo inserido assume dimensão pública, de amplitude global, sem qualquer espécie de filtragem prévia.

Baseando-se nestas razões, os tribunais brasileiros vinham formando seu entendimento no sentido de que as sociedades empresárias que exploram redes sociais são responsáveis por danos perpetrados naquele ambiente. Tais decisões fundavam-se ora no defeito do serviço prestado (CDC, art. 14), ora na configuração da exploração da rede social como uma atividade de risco (Código Civil, art. 927, parágrafo único).²⁹ Sem desconhecer, nem desconsiderar a dificuldade técnica de monitoramento de todo o conteúdo postado, os tribunais brasileiros vinham apontando medidas que

25. Conforme dispõe a Súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.” Reconhecendo a natureza solidária desta responsabilidade, ver, por todos, STJ, REsp 210.961/SP, j. 21.9.2006.

26. A título exemplificativo, ver: TJSP, Apelação Cível nº 1117467-18.2016.8.26.0100, j. 17.6.2019, em que se examinou ofensa aos direitos à honra e à imagem perpetrada nos sites do Uol e da Folha de S. Paulo, em razão da divulgação e disseminação de notícia com informações inverídicas. Confira-se, também, a Apelação Cível nº 1056747-51.2017.8.26.0100, j. 23.10.2019, na qual se condenou a Carta Capital e sua editora a retirarem do ar publicação feita no site da revista imputando ao autor da ação a prática de condutas delituosas das quais fora absolvido na esfera criminal, maculando sua honra.

27. Nessa direção, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, ainda em 2012, que: “O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo ‘mediante remuneração’, contido no art. 3º, §2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor” (Recurso Especial 1.308.830/RS, j. 8.5.2012).

28. “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – o modo de seu fornecimento; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi fornecido.”

29. Ver, a título ilustrativo, TJRJ, Apelação Cível 0006047-50.2009.8.19.0040, Rel. Des. Benedito Abicair, j. 1.12.2009.

poderiam ser adotadas pelas proprietárias de redes sociais para prevenir ou atenuar os danos causados, como a identificação do indivíduo que divulga o conteúdo falso ou difamatório. Em caso envolvendo vítima de perfil falso no *Orkut*, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concluiu:

“Ainda que se considere a dificuldade de se fiscalizar os conteúdos de tudo o que é lançado nas páginas do *Orkut*, como sustenta a empresa ré, é possível verificar a procedência das informações, conforme, inclusive, foi feito após a apresentação desta apelação (...) logo, se a ré possui meios, como comprovou tardiamente, de identificar o autor da ofensa, e não o fez, responderá pelo anonimato deste, restando claro o dever de compensar o dano sofrido.”³⁰

Em outro caso de perfil falso – envolvendo, desta vez, uma vítima que, ao lado da exibição do seu número verdadeiro de telefone, foi descrita como uma mulher “*na idade da loba, faminta por sexo*” – o mesmo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi mais longe, concluindo que a identificação do terceiro que divulga o conteúdo lesivo não exime de responsabilidade a empresa proprietária do site:

“A indicação, pelo demandado, do usuário que promoveu a inclusão do aludido falso perfil não afasta sua responsabilidade que, *in casu*, é objetiva. Cabe ao fornecedor desenvolver mecanismos de proteção com vistas a evitar fraudes, notadamente quando as ocorrências, como a descrita nestes autos, tornam-se frequentes, retirando-lhes o caráter de caso fortuito.”³¹

Em suma, nossas cortes vinham entendendo, de modo geral, que as sociedades empresárias que criam e exploram de algum modo redes sociais devem ser consideradas responsáveis pelos danos causados às vítimas de conteúdo lesivo. Não apenas porque proporcionam, como aspecto inerente à sua atividade, um espaço de propagação das mensagens dos seus usuários, mas também porque obtêm ganhos e vantagens econômicas a partir da exploração direta ou indireta desse espaço comunicativo. Confira-se, nesse sentido, a tônica dada à matéria pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na internet é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos direitos da personalidade de internautas e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais comensuráveis da vida em comunidade, seja ela real, seja virtual.”³²

30. TJRJ, Apelação Cível 2009.001.14165, Rel. Des. Alexandre Câmara, j. 8.4.2009. Trecho extraído do voto do Relator, acompanhado por seus pares.

31. TJRJ, Apelação Cível 2009.001.41528, Rel. Des. Ernani Klausner, DJe 3.9.2009.

32. STJ, Recurso Especial 1.117.633/RO, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 9.3.2010. A situação, note-se, é análoga ao que já ocorre fora do mundo virtual, na prestação de serviços que podem ser manipulados por terceiros para gerar danos a usuários, como no caso da inscrição nos serviços de proteção ao crédito por dívida contratada com documentação falsa, hipótese que o STJ já decidiu recair dentro da esfera de responsabilidade da instituição financeira contratante, ainda que só tardiamente venha tal instituição a ter conhecimento da falsificação documental: “Tem-se tornado fato corriqueiro a ação de pessoas inescrupulosas especializadas na contratação de cartões de crédito com o CPF de pessoas já falecidas. Esses estelionatários utilizam-se do número do CPF de pessoa falecida para adquirir um cartão de crédito e utilizá-lo até a sua suspensão pelo inadimplemento de faturas. (...) A administradora de cartão de crédito, que normalmente celebra seus contratos via telefone ou internet, sem exigir a presença física do consumidor usuário do cartão de crédito,

Mesmo as decisões que prestigiavam a dificuldade técnica de monitoramento prévio do conteúdo postado nas redes sociais não concluíam, em sua maioria, pela irresponsabilidade das empresas, mas sim por uma espécie de responsabilidade *condicionada*, deflagrada tão-somente a partir do momento em que, comunicada da existência do material lesivo, deixava de adotar providências para retirar o referido material de seu site. Confira-se nessa direção o seguinte acórdão proferido pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em outro caso versando sobre perfil falso no *Orkut*:

“No caso vertente e numa primeira análise, comungo do entendimento da douta magistrada no sentido da impossibilidade de o provedor hospedeiro proceder à devida verificação prévia das 40 milhões de páginas existentes no *Orkut*. Isto numa primeira análise. No entanto, se assim é, não há dúvida de que, sendo solicitada a exclusão do perfil, aí então tem o provedor a obrigação de excluí-lo se falso e ofensivo à honra do retratado.”³³

Por essa via jurisprudencial, começou a adentrar a realidade brasileira a chamada teoria do *notice and takedown*.

5. A CORRETA COMPREENSÃO DA TEORIA DO NOTICE AND TAKEDOWN

Inspirada no *Digital Millennium Copyright Act*, a teoria do *notice and takedown* nasce umbilicalmente vinculada ao campo dos direitos autorais. Surge, essencialmente, com o propósito de criar uma espécie de exceção à responsabilidade por violação de direitos autorais na internet, assegurando imunidade aos provedores que atendessem prontamente à notificação do ofendido para a retirada do material impróprio.³⁴ Com a notificação, o controvertido dever geral de monitoramento permanente da rede transforma-se em uma *obrigação específica de agir*, que não poderia mais ser afastada pelo argumento da inviabilidade prática de monitoramento e que, se atendida, isentaria o notificado de responsabilidade civil.³⁵

só toma conhecimento da fraude quando deflagra os procedimentos de cobrança extrajudicial. A jurisprudência desta Corte é tranquila no sentido de que o apontamento indevido do nome de consumidores em órgãos de proteção ao crédito produz danos morais, gerando obrigação de indenizar por quem procede à inscrição.” (STJ, Recurso Especial 1.209.474/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 10.9.2013).

33. TJRJ, Apelação Cível 2008.001.04540, Rel. Des. Horácio dos Santos Ribeiro Neto, j. 25.3.2008.

34. Para uma breve apresentação do sistema de *notice and takedown* na experiência norte-americana, confira-se: GIBSON, James. *Notice and Takedown, Here and Abroad*. In: The Media Institute (Sept. 15, 2011). Disponível em: <http://www.mediainstitute.org/IPI/2011/091511.php>. Um substancial estudo empírico sobre o funcionamento do mecanismo de *notice and takedown* encontra-se em: URBAN, Jennifer M.; KARAGANIS, Joe; SCHOFIELD, Brianna L. *Notice and Takedown in Everyday Practice* (March 22, 2017). UC Berkeley Public Law Research Paper n. 2755628. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2755628>.

35. O *Digital Millennium Copyright Act* regulamenta minuciosamente, em seu Título II (denominado ele próprio como *Online Copyright Infringement Liability Limitation*), o procedimento de notificação e contranotificação, além de providências que devem ser seguidas pelos provedores para fazerem jus à limitação de responsabilidade. Ver especialmente a *section 202*, que traz substancial modificação ao §512 do Capítulo 5 do Título 17 do *United States Code*, compilação das normas federais de caráter geral e permanente.

A teoria do *notice and takedown* possui vantagens e desvantagens. Entre as desvantagens, destaca-se o fato de que o dano sofrido pela vítima durante o período anterior à notificação permanece sem ressarcimento (ou somente poderia ser ressarcido perante o terceiro ofensor, quase sempre anônimo ou, mesmo quando identificado, não localizável, conforme já destacado). Cria-se, nesse sentido, uma espécie de “*imunidade parcial*” da pessoa jurídica proprietária do site até o momento da notificação, deixando sem reparação, ao menos, uma parte do dano sofrido pela vítima, o que poderia suscitar, no direito brasileiro, alegações de afronta ao princípio da reparação integral.³⁶

Por outro lado, a importação do mecanismo do *notice and takedown*, se realizada com as necessárias cautelas, poderia trazer vantagens relevantes: poderia, em especial, incentivar uma atuação mais proativa das sociedades empresariais proprietárias de redes sociais e outros ambientes virtuais, as quais teriam, no momento da notificação, a oportunidade de avaliar o conteúdo postado pelo terceiro e decidir se seria ou não o caso de adotar medidas para sua retirada. Tem-se aí algum equilíbrio entre o dever geral de monitoramento e a necessidade de evitar a propagação de danos na rede. O incentivo à ação específica poderia contribuir para um universo virtual mais sadio, respeitador dos direitos fundamentais do ser humano, sem a necessidade de impor à vítima o recurso ao Poder Judiciário, que, além de custoso, requer tempo incompatível com a rápida difusão do conteúdo ofensivo pelo mundo virtual e a extraordinária abrangência que assume o dano causado. Em outras palavras, a principal vantagem do *notice and takedown*, em sua versão original, consistia justamente em *evitar a via judicial*, considerada inadequada à tutela dos direitos na internet, pela velocidade e abrangência com que as violações se propagam.

Quando se iniciaram, no Brasil, as discussões em torno do Projeto de Lei do Marco Civil da Internet, muitos esperavam que o Poder Legislativo incorporasse o mecanismo do *notice and takedown*, detalhando seu funcionamento de modo a criar um efetivo e célere mecanismo de solução de conflitos para a internet no Brasil. Infelizmente, o que acabou ocorrendo, neste particular, foi justamente o contrário.

6. O CONTRAEXEMPLO BRASILEIRO: ARTIGO 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET

A promulgação do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) trouxe numerosos avanços na disciplina jurídica do uso da internet no Brasil, como, por exemplo, a con-

36. Confira-se, sobre esse aspecto em particular, voto vencedor em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual se afirmou que a doutrina do *notice and takedown* desvia-se da tradição jurídica brasileira, para a qual “o dano acontece no momento da publicação, não valendo a tese do douto voto vencido de que a parte autora deveria primeiro pedir a retirada da página, pois essa simples providência não ilide o prejuízo já sofrido, inexistindo em nosso Direito fato ilícito não indenizável” (TJRJ, Apelação Cível 2008.001.56760, Rel. Des. Otávio Rodrigues, j. 3.12.2008).

sagração do princípio da neutralidade da rede.³⁷ Tais avanços devem ser aplaudidos. Falhou, todavia, a referida lei no tocante à regulação da responsabilidade civil por danos derivados de conteúdos ofensivos veiculados na rede. A aludida falha precisa ser corrigida, evitando-se os diferentes problemas e injustiças que tem gerado no tocante à tutela dos direitos fundamentais na rede.

O problema concentra-se, especialmente, no artigo 19 do Marco Civil da Internet, que assim determina:

“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.”

A norma importa o mecanismo do *notice and takedown*, mas o faz de modo deturpado, convertendo a notificação extrajudicial em uma “*ordem judicial específica*”. A alteração não cria apenas uma jabuticaba, mas golpeia de morte a principal utilidade do *notice and takedown*, que consistia precisamente em assegurar uma solução célere, capaz de interromper desde logo a propagação do dano, sem prejuízo de uma eventual e posterior discussão, em juízo ou não, acerca da legitimidade da veiculação do conteúdo ofensivo. O *notice and takedown*, em sua versão original, possui um efeito de incentivo à participação dos proprietários das redes sociais na preservação de um ambiente sadio, incentivo que restou suprimido na versão brasileira do mecanismo.

Com efeito, ao converter a notificação em “*ordem judicial específica*”, o artigo 19 do Marco Civil da Internet cria verdadeira norma de *blindagem* das sociedades empresárias que exploram redes sociais. No cenário mundial, trata-se de uma proteção muito maior à indústria da internet que a existente em outros países, pois tais sociedades passam a responder apenas em caso de descumprimento de ordem judicial específica. Internamente, o artigo 19 representa um retrocesso na proteção dos direitos fundamentais em relação à orientação que já vinha sendo seguida por diversos tribunais brasileiros, qual seja, impor a responsabilização quando a inércia persistisse após notificação extrajudicial, solução que, de resto, já representava uma espécie de “*caminho intermediário*”. Aliás, incluir no Marco Civil da Internet um dispositivo que alude a responsabilidade civil apenas após o descumprimento de ordem judicial não faz nenhum sentido, pois o descumprimento de ordem judicial sempre foi, entre nós, fonte do dever de indenizar e, mais que isso, crime de desobediência (Código Penal, art. 330).

Assim, o artigo 19 do Marco Civil da Internet acabou não tratando nem de *notice*, nem de *takedown*. Ao suprimir a notificação extrajudicial, ofereceu um contraestímulo à retirada do material ofensivo, pois tornou muito mais seguro que

37. “Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: (...) IV – preservação e garantia da neutralidade de rede”.

adotar qualquer postura proativa simplesmente aguardar a propositura de uma ação judicial, o desenvolvimento das diferentes etapas processuais e, por fim, a emissão de uma ordem judicial específica para supressão antes de pensar sobre o que pode ser feito em benefício da vítima. A limitação legal que o artigo 19 institui no tocante à responsabilidade civil dos chamados “provedores de aplicações” – assim o Marco Civil denomina aquele que oferece um “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet” (art. 5º, VII), consagrando uma terminologia que, não se pode deixar de notar, abstrai o sujeito proprietário e, portanto, o responsável – não encontra paralelo no nosso ordenamento e desafia uma explicação sistemática à luz da dogmática da responsabilidade civil brasileira.

Com efeito, a partir da entrada em vigor do artigo 19 do Marco Civil da Internet, a propositura de ação judicial deixou de ser instrumento de proteção dos direitos da vítima para se tornar uma condição *sine qua non* da responsabilidade civil. Trata-se de situação inédita: a vítima, que antes propunha ação judicial como seu último recurso, para obter a responsabilização do réu, agora precisa propor a ação judicial e pleitear a emissão de uma ordem judicial específica, para que, só então, e apenas em caso de descumprimento da referida ordem judicial, a proprietária do site ou rede social possa ser considerada responsável. Em uma realidade cada vez mais consciente do abarrotamento do Poder Judiciário, o Marco Civil da Internet enveredou na contramão de todas as tendências de *desjudicialização* dos conflitos e transformou o ingresso em juízo em uma medida imprescindível à tutela dos direitos da vítima no ambiente virtual, ambiente no qual, pela sua própria celeridade, dinamismo e amplitude global, os remédios judiciais tendem a ser menos eficientes e adequados.

7. O CHAMADO CHILLING EFFECT E A OPORTUNIDADE PERDIDA PELO LEGISLADOR BRASILEIRO

Para justificar tamanha proteção, os defensores do artigo 19 do Marco Civil da Internet argumentam que a preservação das feições originárias do *notice and take-down*, com a exigência de notificação extrajudicial, causaria um “efeito resfriador” (*chilling effect*) da liberdade de expressão. Em outras palavras, se mantida a referência à notificação extrajudicial, o incentivo à supressão de conteúdo poderia ser grande demais, estimulando que as sociedades proprietárias de redes sociais e outros ambientes virtuais promovessem interferências indevidas no exercício da liberdade de expressão de seus usuários e clientes.

Mais uma vez, é preciso enxergar as ideias em seu devido lugar. O argumento do *chilling effect* nasce, na sua pátria de origem, no campo das notificações fundadas na proteção de direitos autorais, notificações que foram empregadas de modo sistemático pela indústria do entretenimento, na defesa de seus próprios interesses e, por vezes, minando formas de expressão artísticas típicas do ambiente digital, como *mélanges*, *sampleamentos*, *colagens*, *remixes*, *memes* etc. Em matéria de tutela dos direitos fundamentais à privacidade, à intimidade, à imagem e à honra da pessoa

humana, o argumento do “efeito resfriador” da liberdade de expressão não é apenas menos usual, mas também menos convincente, pelo simples fato de que os indivíduos não se organizam para promover atitudes sistemáticas em larga escala com vistas à supressão de conteúdos veiculados na rede. Ademais, a imensa maioria dos casos envolvendo a violação de direitos fundamentais diz respeito a hipóteses de flagrante ilicitude ou abuso, como a criação de perfis com informações falsas sobre determinada pessoa humana, a divulgação não-autorizada de imagens íntimas, ofensas racistas e homofóbicas etc. Em situações de *flagrante violação a direitos fundamentais*, a eventual verificação de um “*chilling effect*” seria, a rigor, bem-vinda e compatível com a tutela dos direitos fundamentais imposta pela Constituição da República.

Onde o *chilling effect* mostra-se efetivamente nocivo é naquele grupo de situações *duvidosas*, em que não se pode identificar, em um primeiro olhar, se há ou não violação a direitos fundamentais. Daí porque o mecanismo do *notice and takedown*, em sua versão original, afigura-se vantajoso: separa o joio do trigo, permitindo que as sociedades empresárias que controlam redes sociais retirem do ar conteúdos flagrantemente ofensivos, cumprindo seu dever de cuidado, como, de resto, ocorre em diferentes ambientes virtuais em que a atuação de um moderador já exerce esse papel (v.g., seção de comentários dos leitores em sítios eletrônicos de jornais ou revistas). Acreditar que as sociedades empresárias – que são proprietárias e legitimamente lucram com suas redes sociais e outros ambientes comunicativos na internet – passariam a retirar indiscriminadamente conteúdos do ar diante do mero recebimento de notificações extrajudiciais para evitar responsabilização parece, mais uma vez, uma crença ingênua, na medida em que tal atitude atingiria o *core business* de tais sociedades.

De todo modo, ainda que houvesse risco de um efeito resfriador, tal risco poderia ter sido afastado na confecção do Marco Civil da Internet, justamente por meio do detalhamento pelo legislador brasileiro do mecanismo do *notice and takedown*. Nos Estados Unidos, por exemplo, a legislação prevê expressamente que a notificação deve conter requisitos mínimos, como identificação do conteúdo violador de direitos e os dados de contato do notificante, por exemplo. Isso, por si só, já não torna as notificações tão comuns. Há, ainda, expressa previsão de possibilidade de contranotificação por parte do alegado violador dos direitos, além de prazos expressamente estipulados para a atuação do proprietário do site.³⁸ Tudo isso poderia ter sido contemplado pelo legislador brasileiro no Marco Civil da Internet, em um desenho normativo do *notice and takedown* que afastasse os riscos de um efeito resfriador. Poderia mesmo o legislador brasileiro ter previsto, por exemplo, que os provedores de aplicações não respondem se, embora notificados, deixarem de retirar do ar um conteúdo cujo caráter ofensivo se afigura “*duvidoso*”, tomando por empréstimo a noção de “*reasonable*

38. Ver *U.S. Code, Title 17, Chapter 5, Section 512*, especialmente *Section 512 (c) (3)* – sobre os requisitos da notificação –, e *Section 512 (g) (2) e (3)* – sobre contranotificação e prazos de atuação.

doubt” originária também do direito norte-americano.³⁹ Haveria, em suma, muitos caminhos possíveis, mas o artigo 19 do Marco Civil da Internet preferiu a via fácil de uma blindagem absoluta, que, ao remeter a discussão ao Poder Judiciário, contraria a própria ideia de uma lei destinada a tutelar direitos na internet.

8. EXCEÇÕES À IMUNIDADE PREVISTAS PELO MARCO CIVIL DA INTERNET

O Marco Civil da Internet apresenta duas exceções à imunidade estampada no seu artigo 19. A primeira exceção está contida no §2º do próprio artigo 19 e diz respeito aos direitos autorais:

“Art. 19 (...)

§2º. A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.”

A aplicação da norma de blindagem dos provedores – que determina a limitação da sua responsabilidade civil aos casos de descumprimento de ordem judicial específica – não se aplica, como se vê, às infrações de direitos autorais ou conexos, hipótese que fica a depender de “*previsão legal específica*”, a qual deverá respeitar não apenas a liberdade de expressão, mas também as “*demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal (sic)*”. É curioso notar que tais garantias não são mencionadas no *caput* do artigo 19, em que o legislador ordinário menciona apenas a liberdade de expressão, parecendo eleger um direito fundamental em detrimento de todos os demais. O objetivo parece ter sido remeter ao inciso XXVII do artigo 5º da Constituição, segundo o qual “*aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar*”.

O fato é que a lei específica a que remete o §2º do artigo 19 do Marco Civil da Internet jamais foi promulgada. Daí decorre que, se o conteúdo postado por terceiro em uma rede social viola direitos autorais ou conexos, a proprietária da rede social não poderá invocar o artigo 19, valendo, portanto, as normas gerais de responsabilidade civil, segundo as quais a responsabilidade é integral – e não limitada às hipóteses de inação após ordem judicial específica. Em outras palavras, a proteção aos direitos autorais afigura-se, hoje, mais intensa que aquela reservada à tutela dos direitos fundamentais do ser humano à intimidade, privacidade, honra e imagem, pois esta última depende de recurso ao Poder Judiciário e emissão de ordem judicial específica, antes da qual nenhuma responsabilidade pode ser imputada.

39. “(...) the phrase, ‘belief beyond a reasonable doubt’, directs the attention of the factfinder to the degree of persuasion which must be induced to secure a favorable finding, rather than the amount of evidence which must be produced by the proponent. The conclusion, accordingly, is inescapable, as this analysis has endeavored to demonstrate, that the reasonable doubt standard of persuasion plays a vital role in the due process equation for cogent reasons” (MASCULO, Edward Gregory. *Procedural Due Process and the Reasonable Doubt Standard of Proof in Civil Contempt Proceedings*. In: *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, 245, 1988, p. 274).

Tem-se aí verdadeira inversão axiológica, na medida em que os direitos autorais e conexos – que incluem, portanto, aqueles de conteúdo exclusivamente patrimonial – passam a contar com um instrumento de tutela mais forte, célere e efetivo que os direitos fundamentais do ser humano, aos quais a Constituição brasileira atribui maior importância hierárquica, como se vê da expressa consagração da cláusula geral de proteção da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (CF, art. 1º, III). Tal inversão de valores afronta a Constituição, resultando, de modo inequívoco, na inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet.

Há quem defenda a redação do §2º do artigo 19 do Marco Civil da Internet, sustentando que as violações a direitos autorais seriam mais claras e evidentes que as violações aos direitos fundamentais à intimidade, privacidade, honra e imagem – e, por essa razão, os primeiros teriam sido mantidos de fora da imunidade instituída pelo *caput* do artigo 19. Nada pode ser, contudo, mais distante da realidade: há violações extremamente duvidosas no campo dos direitos autorais, especialmente na internet, como se pode ver daqueles já mencionados *mélanges*, *sampleamentos*, *colagens* e *remixes*. O que dizer, por exemplo, do famoso caso da versão funk de *Asa Branca* produzida por um MC de Belo Horizonte?⁴⁰ Há ali violação de direitos autorais? O que dizer dos *memes* que “viralizam” por aplicativos de mensagens, misturando imagens protegidas por direitos autorais com frases cômicas?⁴¹ Onde está a clareza ou a evidência destas supostas violações? Bem ao contrário, o debate, hoje, no campo dos direitos autorais é intensíssimo, especialmente em torno de manifestações proporcionadas pela internet.

De outro lado, a violação aos direitos fundamentais à intimidade, privacidade, honra e imagem afigura-se, muitas vezes, flagrante, como ocorre no caso de perfis falsos nas redes sociais, na agressão racista ou homofóbica ou na veiculação de imagens íntimas. Estes exemplos revelam que o caráter flagrante ou evidente da violação a direitos – quer se trate de direitos autorais, quer se trate de direitos da personalidade – não decorre da natureza do direito violado, mas de outras características atreladas à própria prática lesiva. Vale dizer: há violações flagrantes a direitos autorais e há violações flagrantes a direitos da personalidade, podendo, em ambos os casos, haver violações de caráter menos evidente, duvidoso, incerto. Nesse contexto, não há qualquer dúvida de que o Marco Civil da Internet não poderia ter eleito aleatoria-

40. “Uma letra de um funk pornô no ritmo da música ‘Asa Branca’, de Luiz Gonzaga, criou polêmica entre a família do Rei do Baiano e um MC de São José do Rio Preto (SP). (...) A letra no ritmo da famosa ‘Asa Branca’ foi reprovada pela família de Luiz Gonzaga. Por tal motivo, em retratação ao desconforto causado, [o cantor] retirou a música dos seus canais de comunicação, visando minimizar qualquer consequência dela decorrente, não se tratando aqui da discussão sobre a fonte de inspiração de sua melodia.” Para mais detalhes sobre a polêmica, confira-se a reportagem *Versão funk de ‘Asa Branca’ cria polêmica entre família de Luiz Gonzaga e MC de Rio Preto*, disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/versao-funk-de-asa-branca-cria-polemica-entre-familia-de-luiz-gonzaga-e-mc-de-rio-preto.ghtml>.

41. Sobre o tema, ver o artigo *Memos e Direito Autoral: Da superação da lógica proprietária à tutela do elemento cultural*, de autoria de Diego Breiner de Souza André e Cássio Monteiro Rodrigues, publicado nesta mesma obra.

mente *temas* aos quais reserva tratamento mais favorecido – como acontece com os direitos autorais – sem atentar para a tábua axiológica instituída pela Constituição brasileira. Também é certo que, à luz das normas constitucionais, se algum direito houvesse de ser protegido com maior intensidade, não seriam os direitos autorais (especialmente, os direitos autorais patrimoniais), mas sim os direitos da personalidade, que integram o núcleo conceitual da dignidade humana, valor fundamental da República (art. 1º, III).

A segunda exceção instituída pelo Marco Civil da Internet à imunidade que reserva aos chamados provedores de aplicações situa-se no artigo 21 da lei, em que se lê:

“Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.”

Também aí a previsão do Marco Civil da Internet, embora calcada na proteção da intimidade, soa casuística e pouco sistemática. Primeiro, não se compreende por qual razão o dispositivo se limita a “*cenas de nudez*” ou “*de atos sexuais de caráter privado*”. Há outros atos evidentemente íntimos, que mereceriam igual proteção, como a divulgação não-autorizada de cenas de tratamento médico invasivo, de uma agressão física sofrida ou de outros eventos cuja veiculação pública pode lesar a mesma intimidade ou outros direitos de igual hierarquia no tecido constitucional brasileiro. Por exemplo, a falsa rotulação de certa pessoa como “*garota de programa*”, como aconteceu no precedente judicial examinado anteriormente, dependeria, de acordo com o Marco Civil da Internet, da emissão de uma ordem judicial específica porque, embora veiculando informação falsa que se relaciona à sexualidade, não configura veiculação de “*cena de nudez ou de atos sexuais de caráter privado*” nos termos da literalidade do artigo 21. Durante todo o tempo necessário à emissão da ordem judicial, a mulher em questão continuaria sendo falsamente rotulada como “*garota de programa*” nas redes sociais. A eleição do sexo ou nudez, sem a menção a outras violações flagrantes à intimidade – e também aos demais direitos fundamentais – revela notável inconsistência sistemática, sugerindo que certas violações foram pinçadas casuisticamente pelo Marco Civil da Internet sem muita atenção à tábua de valores consagrada na Constituição, norma fundamental do sistema jurídico brasileiro.

Além disso, o artigo 21 do Marco Civil da Internet institui, mesmo na hipótese de “*cenas de nudez*” ou “*de atos sexuais de caráter privado*”, uma responsabilidade meramente “*subsidiária*”. Tal opção legislativa afigura-se tecnicamente insustentável e bastante reveladora da excessiva proteção concedida pelo Marco Civil da Internet

às sociedades empresárias que atuam na internet. Vale dizer: se, mesmo notificada de modo específico, com “*elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido*”, a sociedade proprietária da rede social mantiver no ar vídeo contendo “*atos sexuais de caráter privado*”, ainda assim, sua responsabilidade será meramente subsidiária em relação ao terceiro – usualmente anônimo – que postou o conteúdo flagrantemente ofensivo. Mais uma vez, tem-se uma exceção injustificada ao regime geral da responsabilidade civil, reduzindo-se a proteção da vítima sem qualquer razão sustentável à luz do sistema jurídico brasileiro.

9. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET

O artigo 19 do Marco Civil da Internet é, em uma palavra, inconstitucional. Ao condicionar a reparação de danos decorrentes da violação a direitos fundamentais ao descumprimento de uma ordem judicial específica, o dispositivo legal viola, em primeiro lugar, o artigo 5º, X, da Constituição brasileira, que não se limita a consagrar os direitos fundamentais à intimidade, privacidade, honra e imagem, mas também determina seja “*assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”. Nesse contexto, o estabelecimento por lei ordinária de qualquer condicionante à reparação desses danos – e especialmente uma condicionante tão severa quanto a prévia emissão de ordem judicial específica, até a qual esses danos permanecem sem reparação – representa indevida restrição à tutela que o Constituinte pretendeu plena e integral, a ponto de mencioná-la expressamente na parte final do inciso X do artigo 5º sem qualquer menção à atuação ulterior do legislador infraconstitucional.

O contra-argumento de que a condicionante se aplica apenas às empresas proprietárias de sites e redes sociais, conservando a vítima o direito de pleitear reparação perante o terceiro que divulga inicialmente o conteúdo, afigura-se, como já se viu, verdadeiramente “ficcional”, na medida em que, como já destacado, o terceiro é frequentemente anônimo. E, mesmo quando identificado, a chance efetiva de que venha a reparar os danos causados afigura-se reduzida seja porque não pode ser localizado, seja porque não dispõe de recursos econômicos, seja, ainda, porque não dispõe de meios técnicos que se mostram bem mais eficazes para a reparação (v.g., supressão do conteúdo lesivo, desidentificação da vítima, desindexação) que o pagamento de uma indenização em dinheiro.

O artigo 19 da Lei 12.965 viola, portanto, o artigo 5º, X, da Constituição brasileira, o que já bastaria para concluir pela sua inconstitucionalidade. Há, todavia, outras divergências entre o artigo 19 do Marco Civil da Internet e o tecido constitucional. Por exemplo, a exigência do descumprimento de “*ordem judicial específica*” acaba por resultar na imposição forçada de uma ação judicial como requisito para que o dano sofrido se torne juridicamente relevante. Nesse sentido, o artigo 19 do Marco Civil

da Internet fere também o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição,⁴² na medida em que a garantia de acesso ao Judiciário tem sido interpretada como um *direito* da vítima, nunca um *dever*. Ao impor o recurso ao Poder Judiciário como condição imprescindível para que o dano sofrido gere, mesmo em abstrato, responsabilidade civil, o artigo 19 do Marco Civil da Internet afronta a garantia de acesso à Justiça em sua dimensão substancial.

O artigo 19 do Marco Civil da Internet viola, ainda, o chamado “*princípio da vedação de retrocesso*”, na medida em que, ao condicionar a tutela de direitos fundamentais ao recebimento de “*ordem judicial específica*”, promove retrocesso em relação ao grau de proteção que já era assegurado aos direitos fundamentais pela jurisprudência brasileira, pois, como já visto, nossas cortes vinham considerando os réus responsáveis por tais violações se deixassem de agir após comunicação de qualquer espécie (incluindo, a notificação extrajudicial física ou até eletrônica).⁴³ A diminuição do grau de proteção dos direitos fundamentais encontra obstáculo na vedação de retrocesso, noção já amplamente desenvolvida no campo do Direito Público,⁴⁴ mas também aplicável ao Direito Privado, especialmente na experiência jurídica brasileira, que se desprende progressivamente da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado para encontrar na máxima realização dos valores constitucionais o norte reunificador do seu sistema jurídico.⁴⁵

Há, ainda, a questão relativa à inversão axiológica que o próprio artigo 19 do Marco Civil da Internet promove, ao fornecer proteção mais intensa, célere e efetiva aos direitos autorais e conexos (incluindo, portanto, aqueles de conteúdo exclusivamente patrimonial) que a proteção reservada aos direitos fundamentais do ser humano, aos quais a Constituição brasileira atribui maior importância hierárquica e valorativa, como se vê da expressa consagração da cláusula geral de proteção da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (CF, art. 1º, III). Tal inversão de valores afronta a Constituição, resultando, igualmente, na inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet.

Pode-se, por fim, vislumbrar inconstitucionalidade no artigo 19 do Marco Civil da Internet por afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade – princípios (*rectius*: postulados) que a doutrina constitucionalista brasileira tem alçado ao nível de normas constitucionais.⁴⁶ Com efeito, o condicionamento da

42. “Art. 5º. (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

43. Nesse sentido, é de se registrar que o Decreto 7.962, de 15 de março de 2013, que disciplina o comércio eletrônico, determinou que “os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização: (...) II – endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato.”

44. Ver DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, coleção de teses, 2007.

45. TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 1-22.

46. “(...) abrem-se duas linhas de construção constitucional, uma e outra conducentes ao mesmo resultado: o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser

responsabilidade civil dos chamados provedores de aplicações ao descumprimento de ordem judicial específica afigura-se desproporcional, na medida em que exige imenso esforço da vítima para que obtenha a tutela de seus direitos da personalidade, ao mesmo tempo em que nenhuma concessão exige à liberdade econômica das sociedades proprietárias de redes sociais e outros ambientes virtuais. Embora ambos os interesses sejam constitucionalmente protegidos – direitos da personalidade e liberdade econômica –, é certo que a eventual ponderação entre tais interesses não se pode dar em sacrifício exclusivamente de um deles, mas sim mediante concessões recíprocas.

10. UMA PROPOSTA DE SALVAÇÃO PARA O ARTIGO 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET: INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Conclui-se, por diferentes razões, que o artigo 19 do Marco Civil da Internet consiste em norma inconstitucional.⁴⁷ Para salvar o artigo 19 da inconstitucionalidade, seria necessário interpretá-lo em conformidade com a tutela plena e integral dos direitos fundamentais, assegurada no artigo 5º, X, da Constituição e na cláusula geral de proteção à dignidade humana (art. 1º, III), e, ainda, com a garantia de acesso ao Poder Judiciário, consagrada no inciso XXXV do mesmo artigo 5º. O único modo de fazê-lo parece consistir em interpretar o artigo 19 do Marco Civil da Internet de modo a deflagrar a responsabilidade civil dos chamados provedores de aplicação em caso de descumprimento não apenas de ordem judicial específica, mas também de *notificação extrajudicial* da vítima ou de seu representante, sempre que (a) se estiver diante de uma violação a direitos fundamentais e (b) desde que tal notificação preencha o mesmo requisito que a referida lei exige da ordem judicial, qual seja, contenha “a identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material”.

Com efeito, não há qualquer razão legítima para fazer distinção, ali, entre a ordem judicial e a notificação extrajudicial. O principal argumento que levou à redação restritiva do artigo 19 do Marco Civil da Internet – qual seja, aquele segundo o qual seria impossível para as sociedades empresárias fiscalizar previamente tudo que os usuários inserem na rede – cai por terra com a notificação extrajudicial, que aponta especificamente o conteúdo ofensivo. Tampouco se pode argumentar que tais

aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento. A primeira linha, mais inspirada na doutrina alemã, vislumbrará o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não escrito. De outra parte, os que optarem pela influência norte-americana, pretenderão extraí-lo da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 244).

47. Era já o posicionamento defendido em SCHREIBER, Anderson. *A Responsabilidade Civil por Dano Derivado do Conteúdo Gerado por Terceiro*. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (orgs.). *Direito e Internet III: Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014)*. t. II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 277-304.

sociedades não teriam condições de analisar todas essas notificações extrajudiciais, pois, se cada reclamação contra material ofensivo aos direitos fundamentais pode, em teoria, gerar uma ação judicial, afirmar que não é possível lidar com o número de notificações extrajudiciais equivaleria a confessar uma inusitada aposta de que as vítimas, por força do dispêndio de recursos e tempo, não ingressariam em juízo – ou, no mínimo, transferir ao Poder Judiciário um dever de cuidado que recai sobre o prestador de serviço, transformando juízes em uma espécie de serviço de atendimento ao consumidor de serviços oferecidos por redes sociais e outros ambientes virtuais.

A referida interpretação conforme a Constituição eliminaria, ademais, a incoerência sistemática do Marco Civil da Internet, que contrapõe o artigo 19 ao artigo 21 da mesma lei ordinária. Neste último dispositivo, lembre-se, o legislador ordinário dispensou a ordem judicial, contentando-se apenas com a notificação extrajudicial nas hipóteses de material “*contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado*”, mas elegeu, como insólito resultado, a responsabilidade subsidiária. A interpretação proposta para o artigo 19 eliminaria tal inconsistência, na medida em que seu significado mais abrangente acabaria por abarcar a hipótese contida no artigo 21, contornando o caráter meramente subsidiário da responsabilidade civil, caráter que não se justifica diante de uma omissão específica na tutela dos direitos fundamentais.

Vale dizer: em se tratando de direitos fundamentais de igual hierarquia (e, nos casos citados, até dos mesmíssimos direitos fundamentais), os mecanismos de tutela devem ser idênticos ou, ao menos, igualmente eficientes, sob pena de se instituir uma diferenciação normativa que não encontra amparo no texto constitucional, fundada em casuísmos ou construções importadas de ordenamentos jurídicos estrangeiros sem a devida reflexão e adaptação ao sistema jurídico nacional.⁴⁸ Se a intimidade sexual é tutelada por meio de mera notificação extrajudicial, outras formas de intimidade devem ser tuteladas de igual maneira, assim como outros direitos da vítima que ostentem igual importância à luz da Constituição. Esse acesso aos mesmos remédios afigura-se indispensável para a máxima realização dos valores constitucionais, expressos nos direitos fundamentais do ser humano, além da preservação da isonomia, também assegurada constitucionalmente.

Vale dizer: a salvação do artigo 19 do Marco Civil da Internet somente pode ser alcançada por uma interpretação conforme a Constituição da República, que dispense a ordem judicial específica, contentando-se com a notificação extrajudicial específica sempre que o conteúdo em questão lese direitos da personalidade – seja a intimidade sexual, como já reconhece o artigo 21 da lei em questão, seja qualquer outro atributo da personalidade humana que se afigure igualmente merecedor de tutela à luz do texto constitucional.

48. É sintomático que muitos autores se refiram ao artigo 21 do Marco Civil da Internet como o dispositivo dedicado à “*pornografia de vingança*”, termo extraído da expressão da língua inglesa “*revenge porn*”, quando, em verdade, o artigo 21 trata da divulgação de “*cenas de nudez*” e “*atos sexuais de caráter privado*”, sem exigir necessariamente a intenção maliciosa que aquela expressão revela.

Nem se argumente que seria difícil às sociedades empresárias que exploram serviços na internet se adaptar a tal entendimento, na medida em que cada ordenamento jurídico tem suas próprias regras enquanto a atuação de tais grupos assume caráter global pela própria abrangência dos seus produtos. O argumento *provaria demais*, porque, em sendo aceito, o próprio Marco Civil da Internet, como um todo, perderia sua razão de ser, na medida em que não competiria aos ordenamentos nacionais a disciplina jurídica da internet. Ao contrário, o uso do ambiente digital, onde numerosas violações a direitos podem ser perpetradas, não pode, conforme já demonstrado, consistir em bolha de imunidade às normas jurídicas democraticamente aprovadas em cada país. E o que se tem visto, mundo afora, é a atuação das instituições jurídicas de diversos países para prevenir tais violações e assegurar a reparação dos danos que daí derivem, em diferentes setores.⁴⁹

11. CONCLUSÃO

Como qualquer setor da vida, a internet precisa de regras. E as tem necessariamente. Defender a liberdade absoluta na internet não leva a uma internet sem regras ou a um “território livre”, como se costuma sustentar, mas sim a uma internet governada exclusivamente por regras instituídas por cada agente privado, sem nenhuma garantia de que tais regras serão construídas de modo transparente ou que respeitarão, no fim do dia, os direitos fundamentais. Não se pode privar o usuário da internet de recorrer ao ordenamento jurídico, composto por normas aprovadas democraticamente e em vigor no país. Nesse cenário, o direito não deve ser visto como inimigo da liberdade de expressão na internet, mas, bem ao contrário, como instrumento imprescindível para garantir sua tutela e promoção.

49. A título exemplificativo, confira-se a reportagem “União Europeia rejeita propostas do Facebook para regulamentação online – Companhia terá de assumir mais responsabilidade pelo material ilegal veiculado em plataformas”, publicada na Folha de S. Paulo em 17.2.2020. Ali, destaca-se que o documento proposto pelo Facebook “sugeria que fossem adotadas políticas mundiais, e não nacionais, sobre o que é permissível, e que as companhias de internet não deveriam enfrentar qualquer responsabilidade judicial pelo conteúdo veiculado em suas plataformas, ou a liberdade de expressão se veria restringida (...) Thierry Breton, o comissário francês que supervisiona a estratégia da União Europeia quanto aos dados, rejeitou os planos depois de uma reunião com Zuckerberg, dizendo que o Facebook demorava demais a apresentar ideias sobre como remover o conteúdo ilegal, e advertindo que a União Europeia estava se preparando para agir. ‘Não é suficiente. O processo seria lento demais, eles assumem pouca responsabilidade e a regulamentação seria insuficiente’, disse Breton, acrescentando que o Facebook não havia citado seu domínio sobre o mercado.” Não faltam exemplos de atuações concretas das instituições jurídicas de diferentes países em relação às companhias de internet: em 20 de março de 2019, por exemplo, a Comissão Europeia condenou o Google a pagar multa de 1,49 bilhão de euros por violação às normas concorrenciais no âmbito da publicidade online (notícia disponível em www.dw.com). Em outro exemplo, o Escritório do Comissário de Informação do Reino Unido condenou o Facebook ao pagamento de 500 mil libras esterlinas pelo conhecido caso *Cambridge Analytica* (notícia disponível em www.epocanegocios.globo.com, em 31.10.2019). Ainda a título meramente ilustrativo, a agência de proteção de dados da França multou o Google em 50 milhões de euros por violação de regras de privacidade da União Europeia (notícia publicada em 21.1.2019 em www.gl.globo.com).

Tal constatação não deve ser confundida com uma imposição de ingresso em juízo para solucionar cada conflito que se instaure na internet ou nos novos ambientes comunicativos inaugurados pelos avanços tecnológicos. Ao revés, o Poder Judiciário, pela própria estrutura de um processo judicial, não detém a celeridade necessária para tutelar os direitos fundamentais e a liberdade de expressão no universo dinâmico e difuso da rede. Daí a importância de se pensar em instrumentos que incentivem a participação dos próprios agentes econômicos que atuam na internet.

Na questão relativa à responsabilidade por conteúdo ofensivo aos direitos fundamentais veiculado na rede, o legislador brasileiro poderia ter incorporado o mecanismo do *notice and takedown*, mantendo a principal vantagem que o instituto oferece em sua construção originária, qual seja, a possibilidade de notificação extrajudicial por parte daquele que está tendo seus direitos fundamentais violados. Poderia, ainda, o legislador ter detalhado a disciplina deste instituto entre nós, exigindo a identificação do conteúdo violador de direitos e os dados de contato do notificante, por exemplo, como já ocorre nos Estados Unidos. Na mesma direção, poderia ter contemplado expressamente a possibilidade de contranotificação por parte do alegado violador dos direitos e estipulado prazos para a resposta e para a atuação do proprietário do site.⁵⁰

Poderia até mesmo o legislador brasileiro ter previsto, por exemplo, que os provedores de aplicações não respondem civilmente caso, embora notificados, não retirem do ar um conteúdo cujo caráter ofensivo aos direitos fundamentais se afigure consideravelmente *duvidoso*, em oposição às violações *flagrantes* aos direitos fundamentais.

O artigo 19 do Marco Civil da Internet preferiu, entretanto, promover verdadeira blindagem aos chamados provedores de aplicações, engessando sobremaneira a tutela dos direitos fundamentais e acarretando a inconstitucionalidade da norma, conforme já demonstrado. Daí porque um sem-número de casos continua batendo às portas do Poder Judiciário, culminando na discussão, hoje submetida ao STF, sobre a constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet.⁵¹ A interpretação conforme a Constituição revela-se possível, como sustentando neste texto, mas exige flexibilização da exigência de ordem judicial na tutela dos direitos fundamentais. Somente o tempo dirá como nossa Suprema Corte irá se posicionar e qual ambiente virtual será possível, finalmente, construir.

Nada disso significa, contudo, que se deva *demonizar* as redes sociais ou os grupos empresariais que atuam na internet. Exercem, bem ao contrário, atividade legítima, que, além de oferecer muitas conveniências práticas oferece aos usuários, contribui, em diversas situações, para o exercício dos direitos fundamentais. Não

50. Remeta-se, ainda uma vez, ao *U.S. Code, Title 17, Chapter 5, Section 512*, especialmente *Section 512 (c) (3)* – sobre os requisitos da notificação –; e *Section 512 (g) (2) e (3)* – sobre contranotificação e prazos de atuação.

51. Recomenda-se acompanhar o andamento no STF do Recurso Extraordinário 1037396/SP, de relatoria do Min. Dias Toffoli.

devem, contudo, ser os exclusivos emissores de suas próprias regras, mas se adaptar – como, de resto, ocorre com qualquer outra atividade empresarial – às regras de cada ordenamento jurídico, respeitando as escolhas fundamentais de cada sociedade às quais dirigem seus serviços. Devem, em suma, e com o perdão da obviedade ululante, respeitar as normas jurídicas.

Do ponto de vista legislativo, afigura-se extremamente relevante que tais normas não sejam emitidas com base em casuísmos, importações acríticas de construções estrangeiras ou buscadas em um “direito da internet” que, incidindo frequentemente no equívoco de considerar que a tecnologia é razão das escolhas normativas e não mero objeto de incidência dessas escolhas (que são, antes de tudo, jurídicas), se pretende universal e, nesse sentido, inteiramente independente dos valores fundamentais de cada ordenamento. Tal universalismo deve ser buscado por meio dos instrumentos que o próprio direito oferece, como tratados e convenções internacionais, nunca por meio da criação de conjuntos normativos nacionais dissociados da Constituição de cada país. Cada opção do legislador ordinário precisa estar amparada na tábua axiológica da Constituição e a internet não é um campo de exceção. A tutela e promoção da liberdade de expressão e de todos os demais direitos fundamentais não se alcança por meio do afastamento do direito, mas por meio de seu continuado desenvolvimento técnico e de sua efetiva aplicação.

Em 2001, o

por sua ex-espe

um jovem que

que envolvente

determinar o re

a liminar, afim

rencial no Exe

esclarecido de

abusivo da libe

retificação, de

sítio eletrônico

Este e

exemplo de

colisões na

cia, diferen

grande e