RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.057.258 MINAS GERAIS

RELATOR	**: MIN. LUIZ FUX**
RECTE.(S)	: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.
ADV.(A/S)	: RAFAEL BARROSO FONTELLES
ADV.(A/S)	: FELIPE MONNERAT SOLON DE PONTES RODRIGUES
ADV.(A/S)	: FABIO RIVELLI
ADV.(A/S)	: EDUARDO LUIZ BROCK
ADV.(A/S)	: LUIZ HENRIQUE KRASSUSKI FORTES
RECDO.(A/S)	: ALIANDRA CLEIDE VIEIRA
ADV.(A/S)	: ALESSANDRO CESAR VIEIRA (122982N/)
ADV.(A/S)	: LUIZ ALBERTO MIRANDA JUNIOR
INTDO.(A/S)	: ASSOCIACAO ARTIGO 19 BRASIL
ADV.(A/S)	: ALEXANDRE DE OLIVEIRA ANDRADE MORAES SAMPAIO
INTDO.(A/S)	: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE CENTROS DE INCLUSAO DIGITAL-ABCID
ADV.(A/S)	: THIAGO BOTTINO DO AMARAL
AM. CURIAE.	: FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA
ADV.(A/S)	: PATRÍCIA HELENA MARTA MARTINS
ADV.(A/S)	: ISABELA BRAGA POMPILIO
ADV.(A/S)	: SANDRA ARLETTE MAIA RECHSTEINER
AM. CURIAE.	: NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR - NIC.BR
ADV.(A/S)	: LIVIA CALDAS BRITO

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente, Luís Roberto Barroso; Excelentíssima Senhora Ministra Carmén Lúcia; Excelentíssimos Ministros; ilustre representante do Ministério Público; ilustres advogados.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

I.

O delineamento da questão constitucional controvertida, o marco teórico dos diálogos constitucionais e a necessidade de atuação minimalista da Corte *in casu*

Gostaria de abrir o presente voto fazendo alguns apontamentos que penso serem de grande relevância para os trabalhos em curso. Em primeiro lugar, entendo pertinente consignar, ainda uma vez, as razões que conduziram o Plenário desta Corte ao presente julgamento conjunto dos recursos extraordinários paradigmas dos Temas nºs 533 e 987 da Repercussão Geral.

A leitura dos relatórios já deixou clara a peculiaridade de direito intertemporal que distingue ambos os casos. Em que pese ambos os processos girem em torno do tema da possibilidade de responsabilização civil de provedores de aplicativos ou de ferramentas de internet por conteúdos gerados pelos seus usuários, o RE 1.057.258 (Tema 533), de minha relatoria, trata de fatos ocorridos anteriormente à vigência do Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/2014). Em contrapartida, o RE 1.037.396 (Tema 987), de relatoria do Eminente Ministro Dias Toffoli, discute precisamente a constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet, que, como todos sabemos, determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo como condição para a responsabilização civil de provedor de internet, *websites* e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros. Isto porque os fatos que deram ensejo ao processo na origem ocorreram já na vigência deste diploma legislativo (isto é, após 23 de abril de 2014).

A questão temporal acima apontada tem sua importância, mas é preciso ressaltar a íntima relação entre as teses jurídicas discutidas em

ambos os casos. Ao passo que no RE 1.037.396 (Tema 987), a recorrente, Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., sustenta basicamente, por uma série de argumentos, a constitucionalidade da opção legislativa insculpida no art. 19 do Marco Civil da Internet, no RE 1.057.258 (Tema 533), a recorrente Google Brasil Internet Ltda. sustenta, em síntese, ser constitucionalmente imperiosa a solução que veio posteriormente a ser adotada pelo art. 19 do Marco Civil da Internet – qual seja, a impossibilidade de responsabilização civil da pessoa jurídica gestora de aplicativo de redes sociais pela publicação de conteúdo ofensivo, por terceiros, sem a prévia determinação judicial para a sua remoção. Ampara-se a recorrente no direito à livre manifestação do pensamento, argumentando que eventual regra em contrário transformaria as administradoras de *websites* em órgãos de censura, incumbidas de controlar o que pode ou não ser publicado na *internet*. Aduz, ademais, que a remoção extrajudicial do conteúdo importaria violação à reserva de jurisdição do Poder Judiciário por iniciativa de uma empresa privada, que teria de exercer juízo de valor sobre conteúdos de terceiros, ofendendo o art. 5º, XXXV, da Constituição.

Neste cenário, percebe-se que a tarefa desta Corte, ao julgar conjuntamente os recursos em análise, não se restringirá apenas a declarar se o legislador tinha, à luz da ordem constitucional, a faculdade de estabelecer o regime de responsabilidade civil que instituiu para os provedores de aplicativos ou de ferramentas de internet mediante o art. 19 do Marco Civil da Internet; mais do que isso, caberá à Corte dizer se a ampla imunidade civil trazida pelo dispositivo é decorrência necessária e mera concretização do arcabouço normativo constitucional de proteção à liberdade de expressão (arts. 5º, IV, IX, XIV, XXXIII e 220, § 1º, § 2º e § 6º, da CF).

Em outras palavras, há que se responder à seguinte questão central: **o direito fundamental à liberdade de expressão impõe que se garanta a provedores de aplicações de internet imunidade civil por conteúdos gerados por terceiros?**

O delineamento da questão constitucional em análise, que acabo de fazer, se revela essencial, a meu sentir, como um primeiro passo para que a partir deste julgamento possa haver a instauração ou o aprofundamento de um **profícuo diálogo institucional** deste Supremo Tribunal Federal com o Congresso Nacional sobre a matéria.

Como é de conhecimento geral, o Congresso Nacional está às voltas com a discussão de um novo marco legal para a disciplina dos provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada. Penso não haver dúvidas de que um mais adequado equacionamento da matéria, a partir de suas diversas variáveis e dos legítimos interesses em disputa (com a criação, por exemplo, de regras específicas de transparência e de tratamento de reclamações sobre conteúdos ilícitos), tem de se dar no seio do Poder Legislativo. É que o tema envolve inegáveis complexidades técnicas e ainda comporta amplo campo de experimentalismo institucional, haja vista que a observada expansão exponencial das chamadas redes sociais, com suas virtudes e seus vícios, é fenômeno assaz recente, sendo ainda mais recentes, por conseguinte, as experiências legislativas internacionais de enfrentamento destes desafios.

Neste contexto, entendo pertinente consignar ainda nestas considerações introdutórias meu entendimento de que a presente controvérsia constitucional **recomenda uma atuação minimalista desta Corte**, voltada exclusivamente à indicação da moldura constitucional mínima que deverá ser observada pelo legislador em momento futuro oportunamente determinado. Com efeito, uma intervenção da jurisdição

constitucional pautada pela ideia de virtudes passivas (BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed., New Haven: Yale University Press, 1986) parece fazer especial sentido quando se trata de discussões relacionadas a novas tecnologias, como são as aplicações para a internet, haja vista a grande volatilidade das questões fáticas envolvidas e a dificuldade de se antever futuros desenvolvimentos e suas consequências (SUSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism in the Supreme Court*, Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 174).

Conforme magistério do professor da Harvard Law School Cass Sunstein, o minimalismo judicial, além de ter a virtude de proteger as cortes do cometimento de erros, tem a grande qualidade de fomentar a deliberação democrática (*One Case at a Time*, p. 04). Atendo-se ao estabelecimento de parâmetros constitucionais mínimos, o Tribunal evita a fossilização de uma determinada questão e se limita a encerrar uma rodada deliberativa acerca da temática, devolvendo a matéria à deliberação da instância que detém maiores capacidades institucionais para a definição das minúcias de um regime constitucionalmente adequado. Cria-se, assim, ambiente dialógico em que a Corte e o Parlamento podem contribuir com seus melhores atributos e suas perspectivas institucionais únicas na construção de soluções socialmente mais eficientes (BATEUP. Christine. *The Dialogic Promisse: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, Brooklyn Law Review. Vol. 71 (3), 2006, p. 1.169).

Feitas estas considerações iniciais, passo ao enfrentamento das controvérsias *sub examine,* para o que se faz necessário delinear algumas premissas fáticas, traçando, inicialmente, um breve histórico da rede mundial de computadores até seu estágio atual de desenvolvimento e da Lei do Marco Civil Internet.

PREMISSAS FÁTICAS
II.
A internet, as redes sociais e a relevância e a atualidade do tema

A Lei Federal nº 12.965/2014 (Marco Civil) define internet como "*o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes*" (art. 5º, I).

Sua origem tem como contexto o auge da Guerra Fria, remontando a pesquisas desenvolvidas com fins militares nos Estados Unidos a partir da instituição, em 1958, da ARPA (Advanced Research Projects Agency), que se deu como reação do governo do presidente norte-americano Eisenhower ao lançamento do satélite *Sputnik* pela União Soviética no ano anterior. Como decorrência dos trabalhos desta agência governamental norte-americana, foi criada a ARPANET, sistema no âmbito do qual se deu a primeira comunicação de dados *host-to-host* (isto é, entre terminais distantes com sistemas diferentes), em 29 de outubro de 1969, sendo este um dos momentos mais importantes da história do desenvolvimento da internet (KLEINROCK, Leonard. *An Early History of the Internet*, *in* IEEE Communications Magazine, v. 48, nº 8, aug/2010, pp. 26-36).

A partir deste marco, a internet se desenvolveu grandemente nas décadas de 70 e 80, mas, segundo o professor da George Washington University, Matthew Hindman, até o início dos 90 a rede mundial de computadores estava restrita a técnicos e acadêmicos. Em 1993, entretanto, foi criado o primeiro navegador gráfico na *World Wide Web*, o software Mosaic, cujo nome comercial veio a ser Netscape, sendo esta a solução técnica que e fato possibilitou, a partir de sua difusão mundial, o que se chamou "revolução da internet" (HINDMAN, Matthew. *The Mith of Digital Democracy*, New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 1).

Ainda conforme Hindman, com a popularização da internet surgiu a expectativa de que haveria uma "democratização da política". Imaginava-se que a rede propiciaria que mais e mais pessoas manifestassem suas opiniões umas para as outras, multiplicando exponencialmente o intercâmbio de ideias e contribuindo para o crescimento dos níveis de participação popular nos assuntos públicos. Referida expectativa, entretanto, revelou-se em um primeiro momento frustrada: a chamada democracia digital não passou de um mito. Isto porque as ferramentas então disponíveis para que os cidadãos comuns expusessem suas ideias - quais sejam, a criação de sítios eletrônicos próprios e *blogs* pessoais -, remanesciam simplesmente invisíveis ao acesso da população em geral, dado que as ferramentas de busca sempre exibiam com destaque os sítios eletrônicos mais acessados, os quais pertenciam aos mesmos atores que já dominavam o debate público antes da internet, isto é, aos grandes veículos de imprensa, às grandes empresas e aos grupos políticos organizados. Este fenômeno de invisibilização digital das manifestações dos cidadãos comuns, apelidado de "googlearquia" (*googlearchy*- HINDMAN, Matthew. *Op. cit*., p. 43) é, sem dúvida, uma das marcas da internet da década de 90 e da primeira década de deste século.

Ocorre que a partir dos anos 2000 começaram a surgir paulatinamente sítios eletrônicos e aplicações que atuavam a partir de uma nova lógica operativa. Enquanto seus precursores da década anterior eram estáticos, à semelhança de jornais ou revistas eletrônicos, e os usuários da internet de então eram apenas consumidores e expectadores, os novos *sites* e aplicações passaram a ter como característica a intensa interatividade e o apagamento da distinção entre criadores de conteúdo e usuários, vez que a maior parte das informações veiculadas passou a ser gerada pelos últimos. A este novo estado da arte, que se intensificou

sobremaneira a partir de 2010, diversos estudiosos se referem pelo termo "Internet 2.0" ou "Web 2.0". Trata-se da era das *wikis* (sites em que vários usuários modificam e acrescentam colaborativamente os conteúdos) e, sobretudo, das chamadas redes sociais (Harvard Law Review, vol. 123: 981, Feb/2010: *Badging: Section 230 Immunity in a Web 2.0 World*, note). Como marco inicial desta nova fase da vida digital pode ser apontado o emblemático lançamento do Facebook, em fevereiro de 2004.

Esta nova etapa evolutiva da internet trouxe a efetiva superação da tradicional comunicação do tipo "um-para-muitos", realizada desde sempre pelos veículos de imprensa convencionais, para uma comunicação do tipo "muitos-para-muitos". Isto porque através das redes sociais tornou-se infinitamente mais simples para quaisquer indivíduos a criação de páginas pessoais, o que, aliado às ferramentas de retransmissões e compartilhamentos próprios destas aplicações, faz com que virtualmente qualquer pessoa tenha condições de difundir conteúdos para um número imenso e imprevisível de usuários, de modo muito veloz e sem qualquer custo. É dizer, por meios das redes sociais e sua rede difusa de usuários, absolutamente qualquer postagem individual pode se tornar "viral" (MOUNK, Yascha. *O Povo Contra a Democracia*, São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 159).

Obviamente, este cenário inédito na história da humanidade, de possibilidade de difusão de informações em escala amplíssima e velocidade astronômica, traz consigo diversos desafios para a sociedade e, por conseguinte, para o direito. Aliás, questões jurídicas instigantes envolvendo liberdade de expressão e avanços tecnológicos não são novidades, do que é prova o célebre artigo escrito, ainda no final do século XIX, pelo então futuro *justice* da Suprema Corte norte-americana Louis Brandeis sobre o direito à privacidade em um mundo que aprendia a lidar com a realidade das câmeras fotográficas instantâneas e a

imprensa de tabloides (BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. *The Right to Privacy*. 4 Harvard Law Review 193, 195, 1890).

Os mencionados desafios são, a esta altura, de todos conhecidos e foram amplamente explanados em diversas manifestações na audiência pública ocorrida neste Supremo Tribunal Federal nos dias 28 e 29 de março de 2023. Eles incluem, é claro, violações à privacidade e à honra de indivíduos pela difusão de imagens e informações não autorizadas ou simplesmente falsas, mas não apenas.

A triste experiência recente de pandemia da Covid-19 demonstrou como a difusão sem controle de informações falsas relacionadas a saúde pública pode gerar efeitos sociais deletérios. Diversos episódios observados ao redor do mundo, entre eles os infames atentados perpetrados nessa Praça dos Três Poderes e contra o prédio deste Supremo Tribunal Federal no dia 8 de janeiro de 2023, evidenciam como as redes sociais têm sido utilizadas em todo o globo como o principal canal de propagação de "discursos de ódio" e de informações falsas destinadas à descredibilização de instituições, com vistas à desestabilização de regimes democráticos, além de serem utilizadas para a arregimentação de pessoas e preparação de atos terroristas, entre diversas outras coisas.

À luz destes dados, resta absolutamente clara a relevância e a atualidade da temática ora enfrentada. Prova cabal da manifesta contemporaneidade da matéria é o fato notório de que a Suprema Corte dos Estados Unidos analisou recentemente dois casos levados a sua jurisdição em que se buscava a responsabilização de provedores de aplicativos de internet por conteúdos gerados por terceiros. Trata-se dos casos *Gonzalez v. Google LLC* e *Twitter, Inc. v. Taamneh*, em que se alegava, basciamente, que algoritmos do Youtube e do Twitter teriam

impulsionado postagens do grupo terrorista Estado Islâmico que teriam tido influência direta em atentados terroristas específicos, em que foram vítimas uma cidadã estadunidense e uma cidadã jordaniana. Como se sabe, a Suprema Corte postergou a resolução da questão de fundo naqueles casos, mas a controvérsia fatalmente retornará à baila.

É este o contexto do presente julgamento. Cabe a este Supremo Tribunal Federal declarar o que se pode extrair diretamente da Constituição brasileira acerca do regime de responsabilidade civil dos provedores de aplicativos de internet.

III.

O Marco Civil da Internet, seus objetivos e os fundamentos da disposição do art. 19

Para que esta Corte possa levar a cabo esta tarefa, faz-se antes necessário procurar compreender brevemente as razões que conduziram à edição do mencionado art. 19 do Marco Civil da Internet.

O processo deliberativo que levou à publicação da Lei Federal nº 12.965 em 23 de abril de 2014 se iniciou no ano de 2009, mediante iniciativa do Ministério da Justiça em colaboração com o Centro de Tecnologia e Sociedade, da Fundação Getúlio Vargas. Ainda nesta fase inicial, foram abertos canais digitais de consulta pública que possibilitaram milhares de manifestações que ajudaram na formulação do Projeto de Lei nº 2.126, enviado pela Presidência da República à Câmara dos Deputados em 24 de agosto de 2011.

Conforme testemunho do Deputado relator da matéria na Câmara, Alessandro Molon, o debate acerca do projeto foi ainda ampliado no âmbito do Congresso Nacional, com a realização de diversas audiências públicas e através de um portal criado para o envio de sugestões de

internautas, de modo que o processo de construção do que veio a ser o Marco Civil da Internet foi considerado o mais amplo já havido no âmbito da Câmara dos Deputados até então (MOLON, Alessandro. *Marco Civil da Internet, uma Construção da Sociedade*, *in* LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). *Marco Civil da Internet*, São Paulo: Atlas, 2014, p. xxviii).

Os principais objetivos visados com a edição da lei em tela constam expressamente de seu artigo 4º e foram explicados na mensagem que instruiu o projeto de lei enviado à Câmara dos Deputados (https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=912989&filename=PL%202126/2011). Em um contexto em que apenas cerca de 45% da população tinha acesso à rede (dados de 2011), o Marco Civil da Internet tinha como diretriz a promoção do direito de acesso à internet a todos, com a correlata promoção do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e pública. Além disso, a lei tinha como meta a promoção da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso. Referidos propósitos, pode-se dizer, foram em boa medida atingidos, dado que no final de 2022 mais de 90% dos lares brasileiros já contava com acesso à internet, de acordo com dados do PNAD (https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/90-dos-lares-brasileiros-ja-tem-acesso-a-internet-no-brasil-aponta-pesquisa) e é absolutamente notório o ritmo de crescimento em nosso País dos negócios viabilizados por instrumentos digitais, o chamado *e-commerce.*

Justamente com vistas ao estímulo à inovação, à difusão do acesso e à expansão dos negócios realizados pela internet é que o Marco Civil incorporou a regra constante de seu art. 19. Sua inspiração na legislação comparada é óbvia: a disposição reproduz, ainda que com o temperamento da possibilidade de responsabilização pelo não

atendimento de ordens judiciais, a imunidade civil trazida no ano de 1996 pela Seção 230 do *Communications Decency Act*– *CDA* norte-americano. Relatam os especialistas, que a edição da Seção 230 do *CDA* se deu como resposta do Congresso Estadunidense a uma decisão judicial da Suprema Corte do Estado de Nova York (*Stratton Oakmont v. Prodigy Services Co.*), que havia reconhecido a responsabilidade de empresa intermediária que controlava em alguma medida o conteúdo veiculado em sua plataforma por internautas, apagando determinadas postagens (KLONICK, Kate. *The New Governors: the people, rules, and processes governing online speech*, in Harvard Law Review, v. 131, 1598-1670, 2018, p. 1.605).

Diversos autores, tanto estrangeiros como brasileiros, entendem que esta imunidade trazida pela Seção 230 do *Communications Decency Act* foi absolutamente essencial ao desenvolvimento da internet nos anos seguintes e determinante para o surgimento das ferramentas que hoje caracterizam a Web 2.0, entre as quais o Youtube, o Facebook e o Twitter (nesse sentido, por exemplo: BALKIN, Jack M. *The Future of Free Expression in a Digital Age*, in Pepperdine Law Review, vol. 36, nº 2, 427/444, 2009, p. 436; LEMOS, Ronaldo. *Fundamentos, Princĭpios, Objetivos e Elementos Conceituais do Marco Civil*, *in* LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). *Marco Civil da Internet*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 10).

À luz desta reconstrução histórica, pode-se identificar na previsão do art. 19 do Marco Civil da Internet, em primeiro lugar, um claro objetivo de valorização do trabalho e de prestígio à livre iniciativa, que são pilares fundamentais da ordem econômica constitucional (CF, art. 170, caput). Trata-se indubitavelmente de preocupação das mais relevantes, ante as múltiplas possibilidades de negócios que a internet trouxe, os quais poderiam ser, em alguma medida, desincentivados, pelo incremento de riscos e custos, a depender do regime de responsabilidade civil que se lhes aplicasse.

Saliente-se, no ponto, que legislações comparadas mais modernas sobre o tema também trazem em seu bojo a referida preocupação com o "mercado digital". Nesse sentido, por exemplo, a Lei Alemã Para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais - *NetzDG*, ao mesmo tempo em que prevê regras relacionadas à prestação de informações e impõe prazos para a remoção de conteúdos ilícitos aos provedores de redes sociais em geral, expressamente libera da observância destas obrigações as redes sociais que tiverem menos de dois milhões de usuários registrados na Alemanha (https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/NetzDG.pdf, §1(2)).

De igual modo, o reconhecimento acerca dos efeitos econômicos benéficos de um regime de limitação da responsabilidade civil e da necessidade de preservação de um ambiente propício para negócios digitais consta de alguns dos *consideranda* da mais recente regulamentação geral da União Europeia sobre serviços digitais (*Digital Service Act*), *in verbis* (íntegra em língua portuguesa: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065):

> *"(1)* ***Os serviços da sociedade da informação e, especialmente, os serviços intermediários tornaram-se uma parte importante da economia da União e da vida quotidiana dos seus cidadãos. Vinte anos após a adoção do regime jurídico existente aplicável a esses serviços, estabelecido na Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, serviços e modelos de negócio novos e inovadores, como as redes sociais em linha e as plataformas em linha que permitem aos consumidores celebrar contratos à distância com comerciantes, possibilitaram aos utilizadores profissionais e aos consumidores transmitir e aceder a informações e efetuar***

> ***transações de formas inéditas. Atualmente, a maioria dos cidadãos da União utiliza esses serviços diariamente***. *No entanto, a transformação digital e a utilização crescente desses serviços resultaram igualmente em novos riscos e desafios, tanto para os destinatários individuais do serviço pertinente, para as empresas e para a sociedade em geral. (...)*
>
> *(16)* ***A segurança jurídica proporcionada pelo quadro horizontal de isenções condicionais de responsabilidade aplicáveis aos prestadores de serviços intermediários, estabelecido na Diretiva 2000/31/CE, permitiu o aparecimento de muitos serviços novos e a sua expansão em todo o mercado interno. Por conseguinte, esse quadro deverá ser preservado***. *No entanto, tendo em conta as divergências aquando da transposição e aplicação das regras pertinentes a nível nacional, e por razões de clareza e coerência, esse quadro deverá ser incorporado no presente regulamento. É igualmente necessário clarificar certos elementos desse quadro, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (...)* (grifei)".

Mas para além deste objetivo de ordem econômica, a própria dicção do art. 19 do Marco Civil da Internet traz em si de modo expresso seu objetivo precípuo, assentando ser o intuito do regime de responsabilidade civil que veicula "*assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura*". *In verbis*:

> *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 identificação dos objetivos fundamentais que inspiraram o art. 19 do Marco Civil da Internet tem o condão de aclarar a complexa colisão de direitos fundamentais que ora se tem sobre a mesa. De um lado, encontram-se os valores da livre-iniciativa e da liberdade de expressão; de outro, diversos direitos fundamentais que podem vir a ser lesados pelo uso abusivo de aplicações de internet, entre os quais os direitos da personalidade, os direitos autorais e os direitos difusos à paz e à saúde públicas, bem como o direito fundamental à ordem democrática. Ante este cenário de colisão de direitos, a definição de um regime constitucional de responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet demandará um adequado e cauteloso juízo de calibração entre os mencionados princípios constitucionais, de sorte a que restem suficientemente protegidos e proporcionalmente privilegiados todos os direitos em disputa.

Este juízo de calibração tem de passar necessariamente, a meu ver, pela compreensão das funções que a responsabilidade civil exerce no ordenamento hodiernamente.

PREMISSAS TEÓRICAS

IV.

O fundamento constitucional da responsabilidade civil e suas funções no ordenamento jurídico

Assentados os aspectos fáticos mais importantes para o deslinde da controvérsia constitucional objetiva *sub judice*, passo ao delineamento de

algumas premissas teóricas que reputo fundamentais ao seu deslinde, iniciando pelas bases constitucionais da responsabilidade civil em nosso sistema.

Conceitua Sergio Cavalieri Filho a responsabilidade civil como "*um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário*". Conforme explica o autor, a ordem jurídica se estrutura, com vistas à organização social, entre a proteção do que é lícito e a repressão do que é ilícito, sendo esta a razão pela qual os romanos já identificavam como um dos preceitos do direito o *neminem laedere*, expressão de um dever geral de não lesar ninguém (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 16ª ed., Barueri: Atlas, 2023, p. 11).

Deveras, decorre de um senso de justiça primário, apreendido desde as civilizações mais antigas, a ideia de que aquele que causa um dano injusto a outrem deve repará-lo. Partindo desta lógica primeva, a evolução social conduziu, ainda na República Romana, aos grandes avanços civilizatórios da limitação da responsabilidade ao patrimônio do devedor (que até então respondia com seu próprio corpo) e da noção de que a reparação deveria ser proporcional ao dano causado, pela edição, respectivamente, da *Lex Poetelia Papiria* e da *Lex Aquilia* (PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. *Responsabilidade Civil,* 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022, pp. 22 e 351).

Sob influxo das ideias iluministas, o Código Napoleão, do início do século XIX, consagrou a responsabilidade civil como instituto de caráter fortemente individualista, que tinha no elemento "culpa" seu núcleo. A responsabilidade civil era então invariavelmente subjetiva, de sorte que a obrigação de indenizar demandava a prova da culpa do ofensor, além, obviamente, do dano e do nexo de causalidade. A realidade social

observada, entretanto, a partir da metade do século XIX e início do século XX, de crescente complexidade das práticas industriais e do consequente aumento progressivo dos riscos de acidentes de toda a espécie, conduziram doutrinadores e legisladores ao desenvolvimento de um conceito solidarista de responsabilidade civil, centrado na ideia de risco, de acordo com a qual, com vistas à repartição dos custos entre todos os beneficiários da atividade, são estabelecidas hipóteses em que o dever de indenizar prescinde da demonstração da culpa, isto é, hipóteses de responsabilidade objetiva (TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Responsabilidade Civil*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, pp. 4 e 5).

A Constituição Federal de 1988, atenta ao estado da arte, previu expressamente algumas hipóteses de responsabilidade objetiva, relacionadas a danos causados pelo manejo de energia nuclear e à atuação danosa de agentes públicos (arts. 21, XXIII, "d", e 37, § 6º). Mediante a eleição da 'construção de uma sociedade solidária' como objetivo fundamental da República (art. 3º, I) e a determinação de que o Estado promova, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), abriu o constituinte, ainda, margem para que o legislador criasse outras hipóteses de responsabilidade objetiva, do que são exemplos a responsabilidade do fornecedor de produtos ou serviços (Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor) e a cláusula geral de responsabilidade objetiva inserida no Código Civil para os casos em que a "*atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*" (CC, art. 927, parágrafo único). Importante destacar desde logo que, afora estas previsões, trouxe a Constituição dispositivos que expressamente garantem a reparação civil por lesões a direitos da personalidade (intimidade, privacidade, honra e imagem – art. 5º, V e X).

Mas o assim nomeado "giro solidarista", acima referido, não consistiu apenas no deslocamento do núcleo da responsabilidade civil do elemento culpa para a ideia de risco, tendo, outrossim, implicado em uma profunda alteração na compreensão das funções que a responsabilidade exerce no ordenamento. De fato, no apogeu da chamada "sociedade de risco", uma responsabilidade civil orientada exclusivamente pela ideia de reparação não mais se justifica ética ou economicamente, vez que que os interesses potencialmente lesados extrapolam em muito a dimensão meramente patrimonial. Em uma realidade social de conflitos acentuados e de desenvolvimento tecnológico capaz de gerar danos anônimos, difusos e permanentes, a função reparatória é simplesmente insuficiente, dado que não raras vezes sequer é possível quantificar o prejuízo, e o sistema de responsabilidade civil não pode permanecer eticamente neutro em relação ao próprio cometimento do ilícito, contentando-se com a compensação *a posteriori* da vítima.

De fato, **no direito contemporâneo, o sistema da responsabilidade civil deve assumir, sem descurar de sua clássica função reparatória, um papel preponderantemente preventivo e precaucional, de indução de comportamentos meritórios e de dissuasão de condutas antijurídicas e danosas, sob pena perder parte de sua justificativa moral** (ROSENWALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2022, p. 14). Esta concepção, que, por óbvio, pode ter influência sobre aspectos relacionados, por exemplo, à quantificação da indenização pelo acréscimo de penas civis (*punitive damages*), a meu sentir deve também orientar a própria definição do regime de responsabilidade civil aplicável a cada atividade e a cada ator social.

No ponto, cabe ressaltar que a função primordialmente preventiva da responsabilidade civil é amplamente aceita e desenvolvida pelos autores da análise econômica do direito (*law and economics*). Nesse

sentido, por exemplo, assenta o professor da Harvard Law School Steven Shavell que, em termos econômicos, a tradicional função de compensação das vítimas atribuída à *tort law* perde em parte sua razão de ser em um cenário de desenvolvimento do mercado de seguros, de sorte que a redução dos custos sociais pelo desestímulo à causação dos danos (*detterence of harm*) passa a ser o principal propósito da responsabilidade civil atualmente. Em outras palavras, na hipotética ausência de um sistema de responsabilidade civil, a função compensatória provavelmente seria suprida eficientemente pelo mercado de seguros; o diferencial e, portanto, a vantagem da responsabilidade civil reside na criação de incentivos para a elevação dos níveis gerais de segurança (SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 268).

No exato mesmo sentido, Robert Cooter e Thomas Ulen (professores, respectivamente, das Universidades de Berkeley e de Illinois) consignam ser a essência econômica do sistema de responsabilidade civil a criação de incentivos para que potenciais causadores invistam em segurança em um nível eficiente, mediante a internalização dos custos dos danos que sua falta de cuidado pode causar às vítimas (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*, 6ª ed., Boston: Pearson, 2012, p. 190).

É claro que, também como salienta Shavell, o simples fato de o sistema da responsabilidade civil ser capaz de criar poderosos incentivos para a prevenção de danos não torna sua adoção imediatamente recomendável do ponto de vista econômico (op. cit., p. 270). Isto porque também as regras de responsabilidade civil geram custos sociais, com destaque para os custos que decorrem dos deveres de cuidado que induzem, de modo a não se justificar um regime de responsabilidade civil que gere dispêndios maiores do que os prejuízos que seriam observáveis na sua ausência (POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 9ª ed.,

New York: Wolters Kluwer, 2014, p. 192). Este alerta serve, sem dúvida alguma, para o caso concreto, pois, como dito, a depender do regime de responsabilidade civil que se aplique aos provedores de aplicações de internet, haverá a criação de custos sociais totais maiores do que os atualmente existentes, tanto no que concerne ao ambiente de negócios digitais quanto para a própria liberdade de expressão.

Mas para além dos mencionados fundamentos ético e econômico, há ainda, a meu juízo, um terceiro fundamento para a concepção de que a responsabilidade civil deve assumir no sistema jurídico uma função predominantemente preventiva. **Trata-se de um fundamento de ordem dogmática, relacionado à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e ao dever de proteção que dela decorre,** conforme ficará claro a seguir.

V.

Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e do dever de proteção suficiente

A Constituição Federal, que estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, contém, como se sabe, um extenso rol de direitos fundamentais. Promulgada já nos últimos anos do século XX, a Carta vigente incorporou toda a evolução do constitucionalismo observada no século passado, razão pela qual ostenta direitos de todas as chamadas "gerações" de direitos fundamentais. De fato, restam consagrados na ordem constitucional pátria, com atributo de jusfundamentalidade, tanto as clássicas liberdades públicas (direitos de primeira geração), quanto direitos econômicos, sociais e culturais (direitos de segunda geração) e direitos difusos e coletivos (direitos de terceira geração).

Acerca das chamadas "gerações de direitos fundamentais", a melhor

doutrina sempre relembra que o uso do termo "geração" neste contexto se dá unicamente para enfatizar a historicidade do surgimento destes direitos (as gerações são cumulativas, e não excludentes uma da outra) e que cada uma destas três gerações pode ser associada respectivamente a uma das palavras que formavam o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 11ª ed., São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 206).

De fato, como é de amplo conhecimento, os direitos fundamentais efetivamente positivados surgiram inicialmente como liberdades públicas, no calor das chamadas revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII (Revolução Gloriosa inglesa, Revolução Americana e Revolução Francesa). Sob o ideal liberal-burguês, que prevaleceu nos referidos movimentos revolucionários, foram então consagrados, de modo inédito nos textos constitucionais, o direito à liberdade religiosa, o direito ao livre pensamento e à livre expressão, o direito de reunião e associação, o direito ao devido processo legal, o direito à privacidade, o direito à propriedade, entre outros.

Tais direitos assumiam, por sua própria natureza e a partir do viés individualista predominante à época, exclusivamente a feição de direitos subjetivos públicos e, portanto, de limites impostos ao poder estatal ou esferas de autonomia dos indivíduos em face do Estado. Em outras palavras, compreendia-se originalmente os direitos fundamentais exclusivamente sob uma **dimensão subjetiva**, relativa à defesa jurídica de cada cidadão individualmente considerado em face da ação potencialmente usurpadora do Estado, de sorte que da existência destes direitos decorreriam essencialmente deveres de abstenção para poder público (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 51).

Esta concepção individualista acerca dos direitos fundamentais, entretanto, veio a ser paulatinamente superada e ampliada nos anos que se seguiram ao fim da Segunda Guerra Mundial. Sem abandonar a ideia de que direitos fundamentais são direitos subjetivos, a doutrina passou a reconhecer a estes direitos uma **dimensão objetiva,** segundo a qual os direitos fundamentais seriam mais que meros trunfos individuais em face do Estado, **constituindo, antes, a expressão mais elevada dos valores nucleares da ordem jurídica democrática e o elemento estruturante essencial da comunidade política fundada e regida pela Constituição** (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas,* 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 106).

Segundo leciona Ingo Sarlet, a ideia de que os direitos fundamentais são dotados de uma dimensão objetiva (ou de uma perspectiva jurídico-objetiva), embora já encontrasse algum desenvolvimento em período anterior, teve impulso na doutrina alemã no contexto do julgamento do famoso **Caso Lüth** pelo Tribunal Federal Constitucional alemão, no ano de 1958. Naquele julgamento, em um breve resumo, a Corte Constitucional alemã decidiu ser legítimo boicote convocado pelo presidente do Clube de Imprensa da cidade de Hamburgo, Erich Lüth, contra filme de um cineasta que durante o regime nazista havia produzido obra cinematográfica com conteúdo claramente antissemita, sob o entendimento de que **os direitos fundamentais** (e, no caso, o direito à liberdade de expressão) ***"não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos"*** (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012,

p. 143).

À luz desta compreensão, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que as disposições do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), em que pese destinadas precipuamente à regência das relações entre particulares, não poderiam ser interpretadas de modo tal que se desconsiderasse a relevância da liberdade de expressão para o sistema, advindo daí todo o instigante debate doutrinário em torno da chamada "eficácia horizontal dos direitos fundamentais" (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116).

A admissão de que os direitos fundamentais, para além de sua tradicional dimensão subjetiva, têm também uma relevantíssima **dimensão objetiva** implica, assim, no reconhecimento de que **estes direitos têm uma eficácia irradiante, que se manifesta precipuamente na atividade hermenêutica do juiz sobre todo o ordenamento jurídico**. É o magistério do professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro Daniel Sarmento:

> *"Uma das mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento da sua eficácia irradiante. Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a "humanização" da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido social"* (SARMENTO, Daniel. *Direitos*

> *Fundamentais e Relações Privadas*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006, p. 124).

Mas para além da consequência hermenêutica ora apontada, há ainda uma outra decorrência lógica da compreensão de que os direitos fundamentais são dotados de uma dimensão objetiva. Trata-se do reconhecimento de que **o Estado tem o dever de proteger suficientemente os direitos fundamentais contra violações causadas por terceiros, por meio da edição de legislação adequada e da criação de políticas públicas**.

Ora, se os direitos fundamentais incorporam os valores nucleares da comunidade política e, assim, a própria *ratio essendi* do Estado, não basta que o poder público não os vulnere em sua atuação, sendo, antes, de rigor que o poder estatal seja manejado para sua proteção e promoção. Em outras palavras, o Estado tem o dever de ser parte da solução, e não apenas de não ser parte do problema. **Exige-se do poder público uma atuação ativa e proativa na defesa dos direitos fundamentais de seus cidadãos, pois o Estado é o guardião-mor destes direitos**. Sob esta perspectiva, aponta a melhor doutrina que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão passou a reconhecer que a ofensa aos direitos fundamentais pelo Estado pode se dar tanto na forma de excesso de atuação (*Übermassverbot*) quanto na forma omissiva, de um déficit de proteção (*Untermassverbot*) (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122).

Aplicando-se a ideia à Constituição brasileira, se a República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos (CF, arts. 1º, III, e 3º, I e IV), o aparato estatal brasileiro, administrativo e legislativo, há de estar a serviço da proteção

suficiente dos direitos fundamentais. Por conseguinte, **se a proteção fornecida pelo Estado é insuficiente, cabe a este Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, declarar a omissão e ordenar a medida adequada para que os direitos fundamentais potencialmente vulnerados sejam efetivamente protegidos**.

Saliento no ponto que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a ideia da existência de deveres de proteção do Estado a ela correlata é amplamente aceita e aplicada na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, incorporando-se na expressão recorrente nos acórdãos desta Corte de que haveria uma **vedação à proteção insuficiente ou deficiente** dos direitos fundamentais.

Assim é que, por exemplo, no julgamento do HC 104.410, a Segunda Turma da Corte discutiu questão relacionada à constitucionalidade do "crime de perigo abstrato" de porte ilegal de arma desmuniciada, previsto na Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), tendo assentado, na oportunidade, que o tipo penal era compatível com a Constituição, haja vista que *"a tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc"*. Na ementa daquele julgado, o Eminente Ministro Gilmar Mendes, relator, fez constar:

> *"Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote)"*. (HC 104.410, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe*

27/03/2012).

De igual sorte, no julgamento da ADI 3.470, o Plenário deste Tribunal declarou a inconstitucionalidade de artigo de lei federal (art. 2º da Lei nº 9.055/1995) que tolerava a utilização da substância amianto crisotila, ao fundamento de que lei não protegia suficiente e adequadamente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Transcrevo excerto da ementa daquele julgado, que foi relatado pela Eminente Ministra Rosa Weber:

> *"**À luz do conhecimento científico acumulado sobre a extensão dos efeitos nocivos do amianto para a saúde e o meio ambiente e à evidência da ineficácia das medidas de controle nela contempladas, a tolerância ao uso do amianto crisotila, tal como positivada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, não protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado (arts. 6º, 7º, XXII, 196, e 225 da CF)**, tampouco se alinha aos compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o conteúdo desses direitos, especialmente as Convenções nºs 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia. **Inconstitucionalidade da proteção insuficiente**. Validade das iniciativas legislativas relativas à sua regulação, em qualquer nível federativo, ainda que resultem no banimento de todo e qualquer uso do amianto. 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente, com declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995 a que se atribui efeitos vinculante e erga omnes"* (ADI 3.470, Tribunal Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 1º/02/2019).

Ainda naquele julgamento, assentou o Eminente Ministro Marco Aurélio:

> *"A leitura que o Supremo faz do dispositivo [art. 196 da CF] consiste em nele reconhecer um dever constitucional de promoção de políticas públicas abrangentes direcionadas à proteção integral da saúde dos indivíduos e da coletividade, imponível solidariamente aos três entes da Federação. (...) O que cabe indagar é se as políticas públicas destinadas à proteção do público quanto aos perigos decorrentes do uso do amianto são, à luz do artigo 196 da Lei Maior, suficientes e adequadas. Assim fiz ver no voto que proferi no julgamento do Recurso Extraordinário nº 567.089/MT, de minha relatoria:* ***Embora ainda pouco utilizado pelo Supremo, emerge como parâmetro de aferição de constitucionalidade da intermediação legislativa de direitos fundamentais o chamado princípio da proibição da concretização deficitária, cujo fundamento último radica-se no dever, imputável ao Estado, de promover a edição de leis e ações administrativas efetivas para proteger os direitos fundamentais****"* (fls. 135/136 do acórdão da ADI 3.470).

Também na ADO 26 – que é o julgado em que o Plenário declarou a omissão inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização de "*condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém*" – a compreensão de que os direitos fundamentais imporiam ao Estado o dever de adoção de medidas legislativas adequadas à sua proteção foi essencial para a conclusão obtida. Com efeito, assentou, na ocasião, o Eminente Ministro Celso de Mello no voto condutor:

> *"Os direitos fundamentais assumem não apenas a função de garantir às pessoas o acesso a posições jurídicas oponíveis ao Poder Público, mas também expressam o dever do Estado de tornar efetiva a proteção a esses mesmos direitos eventualmente expostos a situações de dano efetivo ou potencial (...). É preciso proclamar que as Constituições consubstanciam ordens normativas cuja eficácia, autoridade e valor não podem ser afetados ou inibidos pela voluntária inação ou por ação insuficiente das instituições estatais. Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, descumprindo, por inércia e omissão, o dever de emanação normativa que lhes foi imposto, infrinjam, com esse comportamento negativo, a própria autoridade da Constituição e afetem, em consequência, o conteúdo eficacial dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior"*(ADO 26, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 06/10/2020).

Em igual sentido, afirmou o Eminente Ministro Alexandre de Moraes naquela assentada:

> *"Em que pese a excelência dos diversos posicionamentos, na presente hipótese, flagrante a insuficiência protetiva aos direitos e liberdades fundamentais contra qualquer tipo de discriminação homofóbica e transfóbica.*
>
> *As práticas homofóbicas e transfóbicas constituem terrível histórico em nosso país, com constante e determinado padrão de acentuado desrespeito cruel ao rol de direitos e liberdades fundamentais da comunidade LGBT, caracterizando a necessidade de efetivação da proteção constitucional prevista no inciso XLI do artigo 5º, com a devida edição legislativa para "punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e*

> *liberdades fundamentais relacionados à orientação sexual e identidade de gênero".*
>
> *A existência de poucas e esparsas políticas públicas e, principalmente, legislações estaduais para combater as práticas homofóbicas e transfóbicas não afasta a omissão constitucional, em face da exigência de proteção legal satisfatória contra atentados discriminatórios aos direitos e liberdades fundamentais praticados em virtude de orientação sexual e identidade de gênero"*(fls. 243 do acórdão da ADO 26).

Cito ainda um último exemplo. No julgamento do Mandado de Injunção 7.300, ocorrido no ano de 2021, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal formulou apelo aos Poderes Legislativo e Executivo no sentido da adoção de "*medidas administrativas e/ou legislativas necessárias à atualização dos valores dos benefícios básicos e variáveis do programa Bolsa Família (Lei 10.836/2004), isolada ou conjuntamente, e, ainda, para que aprimorem os programas sociais de transferência de renda atualmente em vigor, mormente a Lei 10.835/2004, unificando-os, se possível*". A esta conclusão, chegou a Corte também sob o entendimento de que a política pública federal então vigente não promovia de modo suficiente o combate à pobreza e à extrema pobreza, não cumprindo, assim, o dever decorrente da dimensão objetiva do direito fundamental à vida digna. É o que fica claro do seguinte excerto do voto do Eminente Ministro Gilmar Mendes:

> *"Do que ressoa dos autos, o que está em jogo é a verificação do cumprimento de um dever de proteção constitucional (Schutzpflicht), que visa a tutelar garantias individuais da mais absoluta centralidade para a ordem democrática: a promoção do combate à pobreza, como condição de superação das desigualdades sociais e econômicas. Nesse sentido, os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como*

> *proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote)"* (MI 7.300, Tribunal Pleno, redator p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJe* 23/08/2021).

Como resta demonstrado, a compreensão de que os direitos fundamentais insculpidos na Constituição ostentam uma dimensão objetiva, da qual decorre para o Estado o dever de garantir a proteção suficiente destes direitos, é cediça na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. É sob esta ótica, penso, que o regime de responsabilidade civil insculpido no art. 19 do Marco Civil da Internet deve ser analisado, o que passo a fazer a seguir.

DO MÉRITO
VI.
Da insuficiência inconstitucional do regime vigente

Por tudo o que foi dito até aqui, resta claro que a questão da definição de um regime adequado de responsabilidade civil para empresas provedoras de aplicações de internet figura entre os temas mais desafiadores para as democracias modernas.

As redes sociais (e as aplicações de internet em geral que facultam aos usuários a criação de conteúdos em larga escala), ao mesmo tempo em que carreiam os benefícios inegáveis da geração de inúmeros novos modelos de negócios e da expansão da possibilidade de expressão a um patamar jamais observado na história humana, podem facilmente ser (e comumente são) direcionadas à lesão de direitos fundamentais,

individuais e coletivos. Como equilibrar, então, à luz da exigência de constitucional de proteção suficiente dos direitos fundamentais, todos os interesses em colisão?

Para o deslinde da questão, penso ser necessário estabelecer desde logo um **pressuposto essencial**, qual seja: o volume colossal de conteúdos disponibilizados em todo o globo diariamente e a sua velocidade imensa de difusão potencial **fazem com que qualquer calibração adequada dos interesses conflitantes dependa necessariamente da imposição de obrigações legais aos intermediários da comunicação digital, isto é, às empresas provedoras de aplicações de internet**. É dizer, **sem que a legislação preveja, em alguma medida, obrigações de monitoramento para as empresas provedoras, não haverá proteção suficiente contra lesões a direitos fundamentais no universo digital**.

Conforme descrevem diversos autores, esta ideia essencial – de que um ambiente digital saudável só poderia ser criado mediante o auxílio das próprias empresas provedoras de aplicações na moderação dos conteúdos – já se fazia presente nos primórdios do desenvolvimento da internet nos Estados Unidos e foi a razão principal que conduziu o Congresso Norte-Americano à edição da Seção 230 do *Communications Decency Act – CDA*.

De fato, o dispositivo legal norte-americano que inspirou o art. 19 do Marco Civil da Internet foi criado não para impedir a moderação de conteúdos veiculados por terceiros pelas plataformas digitais, mas exatamente para garanti-la, forte no pressuposto de que o monitoramento ativo das empresas provedoras era benéfico e necessário. É por isso que o cerne da Seção 230 do *CDA* consiste em afirmar que as empresas provedoras não podem ser tratadas como editoras de livros e jornais comuns – *publisers* (*Section 230. "No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information*

provided by another information content provider"). É o magistério, entre outros, da professora da Faculdade de Direito da Universidade da Virginia Danielle Keats Citron:

> *"Em 1995, os legisladores federais enfrentaram um desafio. Eles queriam que a internet fosse aberta e livre, mas eles também percebiam que esta abertura trazia o risco da postagem de materiais ilegais e ofensivos. Eles entendiam que as agências federais não poderiam lidar com todo este material nocivo por si próprias e que elas precisariam que as empresas de tecnologia ajudassem a moderar – remover, bloquear ou filtrar – conteúdos. (...) Para superar a decisão da Corte de Nova York (Stratton Oakmont v. Prodigy Services Co.), os deputados Cox e Wyden escreveram a Seção 230(c) do CDA. Eles desejavam incentivar esforços privados destinados ao combate de conteúdos ofensivos"* (CITRON, Danielle Keats. *The Fight for Privacy: protecting dignity, identity and love in the digital age*, United Kingdom: Vintage Digital, 2022, pp. 84/85, tradução livre).
>
> [Do original: *"In 1995, federal lawmakers faced a challange. They wanted the internet to be open and free, but they also realized that openness risked the posting of illegal and "offensive" material. They undestood that federal agencies could not deal with all "noxious material" on their own and they needed tech companies to help mpderate – remove, block or filter – content. (...) To nullify the New York trial court´s ruling (Stratton Oakmont v. Prodigy Services Co.), Cox and Wyden drafted Section 230(c) of the CDA. They wanted to incentivize private efforts aimed at combatting "offensive" material"*].

Nessa mesma linha, segundo o Juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão e professor catedrático da Universidade Humboldt de Berlim, Martin Eifert, haveria uma tendência no Direito Europeu, que vem desde o julgamento, pela Corte de Justiça da União Europeia, do famoso caso *Google-Spain* (2014), de atribuir de forma crescente obrigações às empresas intermediárias da comunicação digital, que passaram a ser identificadas como "*estrangulamentos ou afunilamentos com uma função estruturadora*", sem o que a tentativa de melhoria geral do ambiente digital restaria frustrada (EIFERT, Martin. *A Lei Alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (NetzDG) e a Regulação da Plataforma, in* ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). *Fake News e Regulação*, 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 185).

É certo, todavia, que a referida imposição de obrigações de monitoramento dos conteúdos disponibilizados em suas plataformas às empresas provedoras de aplicações de internet pode se dar de diversas formas e com diversos níveis de intensidade. A escolha acerca da medida adequada de imposição destas obrigações há de ser feita com o devido cuidado, a fim de que não se sacrifiquem, de outra parte, a viabilidade econômica das redes sociais ou a liberdade de expressão dos usuários por elas possibilitada. Nesse sentido, discute-se mundo afora os benefícios e custos sociais das diversas estratégias regulatórias possíveis para a matéria e ganha algum destaque na doutrina a ideia de "**autorregulação regulada**", enquanto método indireto de regulação estatal, de direito "procedimentalizado", que tende a evitar os malefícios de uma intervenção governamental mais intensa (ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. *A Autorregulação Regulada como Modelo do Direito Proceduralziado, in* ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). *Fake News e Regulação*, 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 135 e ss.).

No modelo da chamada "autorregulação regulada", procura-se combinar as vantagens das duas formas tradicionais de regulação (a autorregulação e a heterorregulação estatal) pelo estímulo à auto-organização a partir de parâmetros indutivos gerais de interesse público, de que decorram tarefas para os atores do setor que se busca regular (MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e Autorregulação Regulada das Redes Sociais no Brasil: fundamentos constitucionais, in*ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). *Fake News e Regulação*, 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 344).

À luz do pressuposto que vimos de assentar, resta clara já a esta altura **a insuficiência inconstitucional do regime de responsabilidade civil insculpido no art. 19 do Marco Civil da Internet**. A imunidade civil trazida pelo dispositivo – que, repita-se, só permite a responsabilização das empresas provedoras no caso de descumprimento de ordem judicial de remoção – gera um quadro de evidente desproteção aos direitos fundamentais passíveis de lesão no ambiente digital, e isto por basicamente duas razões.

A primeira delas se refere **à total ausência de estímulos legais para que as empresas provedoras moderem adequadamente os conteúdos que terceiros veiculam em suas plataformas**. Deveras, conforme amplamente apontado pela doutrina da análise econômica do direito, a imunidade à responsabilidade civil tende a fazer com que o beneficiado simplesmente deixe de adotar qualquer precaução no sentido de evitar a ocorrência de danos a terceiros, vez que medidas de cuidado invariavelmente geram custos e sua adoção, neste cenário, não traria nenhuma recompensa econômica (SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 179).

Dado que as empresas provedoras de aplicações de internet, no regime ora vigente, não podem ser responsabilizadas pelos conteúdos veiculados por terceiros em suas plataformas (salvo, é claro, no caso de descumprimento de ordem judicial específica), **a tendência óbvia é a de que estas empresas simplesmente se abstenham de realizar qualquer tipo de moderação de conteúdos e de qualquer providência no sentido do monitoramento do que os terceiros postam em suas páginas digitais**.

Não se desconhece, no ponto, que as grandes empresas provedoras de aplicações de internet, mesmo no regime de responsabilidade civil vigente, mantêm políticas de utilização e diretrizes aplicáveis a suas comunidades de usuários, em virtude das quais retiram, bloqueiam e excluem milhares de postagens diariamente. Isto restou largamente demonstrado na audiência pública convocada no âmbito dos processos ora em julgamento, ocorrida nos dias 28 e 29 de março de 2023, na Sala da Primeira Turma deste Tribunal.

Naquela oportunidade, apenas como exemplo, a empresa META, provedora dos serviços **Facebook e Instagram**, demonstrou ter retirado do ar espontaneamente – isto é, independentemente de notificação extrajudicial ou ordem judicial prévias – **mais de 3 milhões de postagens violadoras de seus termos de uso**, relacionadas a incitação à violência, a discursos de ódio e a conteúdos violentos propriamente ditos, **apenas entre agosto de 2022 e janeiro de 2023**. A empresa Google, por sua vez, provedora do **Youtube, demonstrou ter removido proativamente deste serviço mais de 1 milhão de vídeos no Brasil apenas no ano de 2022**, por violação de suas políticas internas relacionadas ao combate à desinformação, ao assédio, a discursos de ódio e à violência, destacando que, naquele período, apenas pouco mais de 1.700 remoções se deram em virtude de ordens judiciais. Na mesma linha, a empresa provedora do serviço **TikTok informou ter removido, apenas no terceiro bimestre de**

2022, mais de 111 milhões de vídeos em todo o mundo, sendo mais de 96% deles espontaneamente (sem qualquer provocação de usuários), com base apenas em sua própria política interna de moderação de conteúdo.

É preciso reconhecer, à vista destes dados, que estas grandes empresas têm atuado, em alguma medida, para minorar as lesões a direitos fundamentais decorrentes de publicações de terceiros em suas plataformas. Nada obstante, há que se pontuar que esta atuação se dá sobretudo em resposta a estímulos de ordem estritamente comercial. De fato, se uma determinada rede social for amplamente vista na sociedade como canal de propagação de conteúdo violento, pornográfico ou de *hate speech* (discurso de ódio), empresas sérias de outros setores, interessadas na publicidade de seus produtos e serviços em meio digital, evitarão associar suas marcas a estas plataformas. A rigor, as plataformas digitais sempre tenderão a moderar os conteúdos disponíveis em suas páginas de modo a adequá-los às expectativas majoritárias de seus usuários, a fim de maximizar suas receitas com publicidade, o seu *advertising revenue* (KLONICK, Kate. *The New Governors: the people, rules, and processes governing online speech*, in Harvard Law Review, v. 131, 1598-1670, 2018, p. 1.627).

Esta realidade, entretanto, não faz com que o regime de responsabilidade civil vigente seja suficientemente protetivo dos direitos fundamentais e, portanto, constitucionalmente adequado. Isto porque, em primeiro lugar, não se pode perder de vista que o que se está em julgamento é a regra geral, aplicável a todos os provedores de aplicativos na internet, e o fato de algumas plataformas terem eventualmente estímulos econômicos para evitar *sponte propria* lesões a direitos praticadas por seus usuários não exclui a possibilidade de que outras – e talvez a maioria – tenham exatamente os estímulos opostos, no sentido do fomento da divulgação de conteúdos lesivos como forma justamente de

atrair audiência e aumentar sua visibilidade.

Conforme a literatura aponta com alguma frequência, conteúdos lesivos a direitos fundamentais, tais como *fake News* relacionadas a questões de saúde pública ou discursos de ódio, ou mesmo conteúdos difamatórios, podem gerar engajamento substancialmente maior do que conteúdos lícitos e verdadeiros, de acordo com o fenômeno que Cass Sunstein chama de *cybercascades* (ou cascatas cibernéticas), que consiste na aceitação de uma informação veiculada na internet como verdade apenas pelo fato de que outras pessoas já o fizeram antes (SUNSTEIN, Cass R. *#Republic: divided democracy in the age of social media,* New Jersey: Princeton University Press, 2018. p. 98). Segundo o professor Sunstein, pesquisas realizadas nos Estados Unidos revelariam que informações falsas divulgadas nas redes sociais tenderiam a se espalhar mais rapidamente do que informações verdadeiras por razões de ordem psicológica, ligadas ao sentimento de repulsa que os emissores dessas falsidades intencionalmente visam causar, a preconceitos preestabelecidos e à "tribalização" (*group polarization*) da sociedade, que se divide cada vez mais em pequenos grupos fechados de interação predominantemente digital (SUNSTEIN, Cass R. *Liars: Falsehoods and Free Speech in an Age of Deception*, New York: Oxford University Press, 2021, p. 78).

Deveras, é incontestável que as redes sociais, em conjunto com os já mencionados benefícios sociais que trouxeram, têm gerado por todo o mundo o que o filósofo alemão Jürgen Habermas chama de **mudança estrutural da esfera pública,** cuja marca é a fragmentação. Segundo o autor, o novo padrão de comunicação introduzido pelas plataformas digitais convida um número crescente de usuários à "*criação espontânea de mundos próprios confirmados de maneira intersubjetiva*", que se apresentam como verdadeiras "*esferas públicas concorrentes*". Trata-se do fenômeno das chamadas "câmaras de eco" (*echo chambers*), em que determinados grupos

sociais alimentam e amplificam mutuamente seus preconceitos e crenças pela comunicação repetida e completamente avessa – em regra até de modo violento – à divergência ou à ponderação dentro de um determinado sistema (HABERMAS, Jürgen. *Uma Nova Mudança Estrutural da Esfera Pública e da Política Administrativa*, São Paulo: Unesp, 2023, p. 67).

Aqui cabe, penso eu, desde logo uma reflexão sobre os impactos das redes sociais no próprio exercício da liberdade de expressão. Para que a liberdade de expressão, em um plano ideal, possa de fato servir ao regime democrático, é necessário que os cidadãos possam ter acesso a diferentes pontos de vista em um ambiente de debate público franco e plural, a fim de que, a partir de um juízo crítico, formem suas convicções acerca das diversas controvérsias de interesse público. A fragmentação da esfera pública gerada pelas plataformas digitais, mediante a criação das chamadas "bolhas de filtro" (*filter bubbles*) e "câmaras de eco" (*echo chambers*) atenta contra a vertente estrutural da liberdade de expressão, justamente porque impede que os usuários acessem informações variadas, reduzindo a qualidade do debate público.

Pois bem. Nesse contexto de inegável fragmentação da esfera pública, é natural, do ponto de vista econômico, que determinadas empresas provedoras de aplicações de internet se vejam estimuladas a não moderar e até a impulsionar conteúdos potencialmente lesivos a direitos fundamentais, como forma de acesso a determinados nichos de usuários. Um regime jurídico de responsabilidade civil que simplesmente feche os olhos para uma tal realidade não pode, a meu sentir, ser considerado satisfatório à luz do que exigem a Constituição e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais nela consagrados.

Ademais, mesmo no que concerne às grandes empresas do setor, que, como dito, têm adotado políticas de autorregulação, nada garante

que eventuais estímulos de ordem meramente econômica, destituídos de *enforcement* legal, sejam de fato eficientes para fazer com que as empresas provedoras busquem a proteção adequada dos direitos fundamentais passíveis de lesão pela atuação de seus usuários. Nessa linha, a professora da Universidade de Stanford Evelyn Douek, uma das maiores estudiosas da atualidade acerca do tema da moderação de conteúdos na internet, afirma, citando exemplos norte-americanos, que o comprometimento das plataformas digitais com a moderação de conteúdos, estampado em seus termos de uso, é inconstante (*fickle*) e, a bem da verdade, falso. *In verbis*:

> *"A promessa de formalismo na moderação de conteúdos é falsa em um outro sentido mais literal também: as plataformas não o querem. Elas usam a linguagem dos direitos e dos ideais elevados, mas não pode ser esquecido o fato de que elas são negócios que visam a maximização de seus lucros. A moderação de conteúdos é a mercadoria que as plataformas oferecem. Não há nenhuma razão para assumir que seus interesses se alinham aos interesses sociais, e todas as razões para se pensar o contrário. Certamente, um nível de consistência e previsibilidade em suas regras conduzirá a uma maior satisfação de seus usuários e pode ajudar a evitar certas formas draconianas de regulação governamental. Mas há histórias constantes de plataformas descumprindo suas próprias regras quando isto serve a seus interesses políticos e comerciais"* (DOUEK, Evelyn. *The Siren Call of Content Moderation Formalism, in* BOLLINGER, Lee C.; STONE, Geoffrey R. (org.). *Social Media, Freedom of Speech and the Future of Our Democracy*, New York: Oxford University Press, 2022, p. 147, tradução livre).
>
> [Do original: *"The promisse of content moderation*

> *formalism is false in another, more literal sense too: Platforms do not mean it. They talk in the language of rights and lofty ideals, but it can never be forgotten that they are profit-maximizing businesses. Content moderation is the commodity platforms offer. There is no reason to assume that their interests align with societal interests, and every reason to think that often the case is otherwise. Certainly, a degree of consistency and predictability in their rules will lead to greater user satisfaction and may help stave off certain forms of draconian governmental regulation. But there are constant stories of platforms departing from their own rules when it serves their political or comercial interests"*].

Independentemente do reconhecimento de qualquer tipo de má-fé das grandes plataformas digitais na aplicação de suas próprias políticas de uso, **o fato é que a evidência empírica disponível revela no mínimo a falta de transparência desta autorregulação, que grassa em um regime que praticamente exclui a possibilidade de responsabilização civil das empresas provedoras de aplicações de internet, qualquer que seja o tratamento que deem às postagens lesivas de seus usuários**. Com efeito, conforme aponta a literatura especializada, os sistemas de moderação privada de plataformas como Facebook, Twitter e Youtube são considerados historicamente opacos (KLONICK, Kate. *The New Governors: the people, rules, and processes governing online speech*, in Harvard Law Review, v. 131, 1598-1670, 2018, p. 1.630).

Esta característica restou demonstrada, por exemplo, em matéria veiculada na Folha de São Paulo no dia 10 de abril de 2024, de autoria da repórter Ângela Pinho (disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2024/04/x-reduziu-transparencia-sobre-remocao-de-contas-apos-ser-comprada-por-musk.shtml). Daquela

peça jornalística consta que, desde que a rede social Twitter foi comprada no ano de 2022 por um conhecido bilionário, houve uma acentuada queda de transparência acerca da política interna de monitoramento de conteúdos, que decorre, inclusive, da demissão em massa de funcionários que se ocupavam da atividade de moderação. Em um período anterior à transferência do controle acionário, entre 2012 e 2022, o Twitter publicava dados semestrais detalhados por país sobre pedidos de informações de governos e sobre contas removidas por exigência legal. Após 2022, nenhum relatório mais havia sido publicado (exceto no âmbito da União Europeia, destaca a reportagem, em virtude da regulamentação lá existente). Ainda segundo a matéria, a rede social Twitter era conhecida por ser uma das mais transparentes; o novo "X" não é mais.

Não é por outra razão que, por exemplo, a Lei Alemã Para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais – *NetzDG* passou a impor às redes sociais uma série de deveres de transparência, relacionados às políticas internas de moderação de conteúdos. Em síntese, prevê o §2 da lei alemã que os provedores de redes sociais devem elaborar relatórios semestrais que indiquem claramente, entre outras coisas: a) quais esforços têm sido envidados para impedir ações ilícitas em suas páginas; b) os critérios utilizados para a decisão de bloqueio ou remoção de postagens; c) o número de reclamações de usuários recebidas no período abrangido pelo relatório; d) o tempo decorrido entre a reclamação acerca da ilicitude do conteúdo e a efetiva adoção de providência moderadora, etc. (https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/NetzDG.pdf).

Há ainda, porém, uma segunda razão pela qual o regime do art. 19 do Marco Civil da Internet é claramente insuficiente para a proteção de direitos fundamentais, qual seja, **a demora inerente e inevitável dos processos judiciais**.

Como já dito, a comunicação possibilitada pelas plataformas digitais

tem como marca a imensa capacidade de difusão, que perfaz justamente a razão da potencial lesividade de sua utilização. Deveras, os discursos ofensivos a direitos fundamentais realizados em meio digital são potencialmente mais lesivos do que discursos análogos veiculados nos tradicionais meios de comunicação (publicação de livros e imprensa escrita, radiofônica ou televisiva) dada a velocidade e o alcance de sua difusão potencial. Estas características da comunicação realizada pelas redes sociais tornam obsoletos os tradicionais meios de controle de discursos ofensivos, tais como o direito de resposta (previsto, saliente-se, expressamente na Constituição – art. 5º, V) e a responsabilização posterior, consagrada pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal para a imprensa na ADPF 130 e, mais recentemente, no RE 1.075.412 – Tema 995 da repercussão geral.

Há um óbvio contraste entre a mencionada capacidade de difusão da informação nas redes sociais e a demora "natural" dos processos judiciais. O processo, enquanto instrumento do exercício da jurisdição pelo Estado, se desenvolve pela sucessão de atos que, obviamente, se protraem no tempo, sob pena de desrespeito a outros pilares do Estado de Direito. Não é logicamente possível conceber algo como uma "jurisdição justa instantânea", dado que o exercício de garantias como o contraditório e a ampla defesa demandam necessariamente prazo razoável.

É certo que a constatação da inevitável demora da prestação jurisdicional sempre esteve ligada ao debate acerca da própria efetividade do processo. À luz de uma concepção de que o direito processual deve garantir ao jurisdicionado o direito a uma "tutela jurisdicional adequada", revelou-se a insuficiência das clássicas formas de tutela jurisdicional (de cognição e de execução) e a legislação processual incorporou as tutelas inibitórias e as tutelas de urgência, no afã da

solução imediata de uma situação jurídica de periclitação do direito, levada ao conhecimento do Judiciário (FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 112).

É preciso reconhecer, todavia, que mesmo as chamadas tutelas de urgência demandam algum tempo para se concretizarem. O interessado-lesado leva tempo até contratar advogado, que terá de estudar o caso e redigir tecnicamente sua provocação ao Estado-juiz. O magistrado competente leva algum tempo para analisar a presença dos requisitos legais e, mesmo na eventual hipótese de deferimento de uma tutela de urgência, haverá necessariamente o transcurso de algum tempo (em regra dias) até que haja a devida notificação das plataformas e a retirada do ar do conteúdo ofensivo.

Ao criar um dever legal de moderação de conteúdos exclusivamente dependente de prévia ordem judicial, a lei lança sobre os ombros do Poder Judiciário toda a expectativa social de controle em tempo real das violações a direitos fundamentais perpetradas em ambiente digital. Sem dúvida alguma, o Judiciário, por mais juízes que tenha ou pudesse vir a ter, jamais seria capaz de dar resposta rápida o suficiente para a lesividade potencial de postagens ofensivas a direitos fundamentais, que, como já afirmado tantas vezes, têm a capacidade de correr o mundo e atingir milhões de usuários em poucas horas, gerando danos irreparáveis ou de dificílima reparação.

Neste cenário, resta evidente a premissa de que partem as legislações mais modernas sobre o tema da regulação da atividade das redes sociais – a qual, como dito, já estava na origem das discussões sobre a Seção 230 do CDA nos Estados Unidos: é preciso que o ordenamento crie para as plataformas digitais, em alguma medida, **obrigações específicas de vigilância** e um **dever de cuidado** em relação aos conteúdos veiculados por terceiros em suas páginas. Sem estas ferramentas, não haverá

proteção suficiente aos direitos fundamentais.

Haja vista a função de dissuasão que a responsabilidade civil exerce em nosso sistema, penso que a criação destas obrigações específicas de vigilância e deste dever de cuidado passa necessariamente pela possibilidade de responsabilização civil das empresas provedoras de aplicações de internet em algumas hipóteses, ainda que restritas. Destarte, **impõe-se a declaração de inconstitucionalidade, ainda que parcial, do art. 19 do Marco Civil da Internet, a fim de que se dê uma interpretação conforme à Constituição ao dispositivo**.

VII.
As exigências constitucionais mínimas para um regime de responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet

Assentada, pois, a insuficiência inconstitucional do regime de responsabilidade civil previsto no art. 19 do Marco Civil da Internet, passo a expor quais seriam os delineamentos constitucionais mínimos de um regime adequado. Como já afirmado, estes delineamentos devem resultar da ponderação cautelosa dos valores em conflito, devendo, por isso, levar em conta os custos sociais que regimes alternativos impõem à economia digital e ao direito fundamental à liberdade de expressão.

No que concerne à questão da preservação do ambiente econômico digital, **cumpre consignar de plano a evidente inadequação de um eventual regime de responsabilização objetiva das empresas provedoras de redes sociais por danos decorrentes de conteúdos gerados por seus usuários, à semelhança do que vige no Brasil para as relações de consumo** – é fundamental deixar clara esta circunstância, dado que, entre outras coisas, o acórdão recorrido no RE 1.037.396 (processo de relatoria do Min. Dias Toffoli) determinou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto.

No ponto, saliento que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal tem precedente no sentido de que **a garantia constitucional de proteção ao consumidor (CF, art. 5º, XXXII) não exclui a possibilidade de instituição legal de regimes de responsabilidade diversos do vigente para as relações consumeristas para a prestação de alguns serviços específicos, se referida instituição se der em nome da promoção de outros valores de idêntico *status* constitucional**. De fato, no julgamento do RE 636.331 – Tema 210 da sistemática da repercussão geral, esta Corte decidiu que as normas internacionais limitativas da responsabilidade patrimonial das companhias áreas devem prevalecer sobre o Código de Defesa do Consumidor, por força da previsão especial do art. 178 da CF. Naquela oportunidade, assim consignou o Eminente Ministro Gilmar Mendes, relator do caso:

> *"Em primeiro lugar, é fundamental afastar o argumento segundo o qual o princípio constitucional que impõe a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da Constituição Federal) impediria qualquer sorte de derrogação do Código de Defesa do Consumidor por norma mais restritiva, ainda que por lei especial. A proteção do consumidor não é a única diretriz a que se orienta a ordem econômica nem o único mandamento constitucional que deve ser observado pelo legislador no caso em exame.*
>
> *É certo que a Constituição Federal em vigor incluiu a defesa do consumidor no rol dos direitos fundamentais, no art. 5º, inciso XXXII ("XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor"), e também entre os princípios da ordem econômica, no art. 170, inciso V, mas é também o próprio texto constitucional, já em redação originária, que determinou a observância dos acordos internacionais, quanto à ordenação do*

> *transporte aéreo internacional"* (RE 636.331, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 13/11/2017).

É justamente a hipótese da *quaestio iuris* em análise. A imposição de um regime de responsabilidade objetiva às empresas provedoras de aplicações para a internet equivaleria à criação de uma **obrigação geral de vigilância e de curadoria** de toda e qualquer atividade de seus usuários. Isto, sem dúvida alguma, geraria custos proibitivos para as empresas provedoras, sobretudo para as menores, dado o astronômico volume de conteúdos publicados diariamente, gerando danos excessivos e indesejáveis ao mercado de negócios digitais.

Tomemos como exemplo o Youtube. Segundo dados fornecidos pela organização Global Media Insight, apenas nessa plataforma digital são disponibilizados em média 720.000 (setecentas e vinte mil) horas de novos vídeos diariamente (é o que consta de relatório disponível em: https://www.globalmediainsight.com/blog/youtube-users-statistics/#overview). Por certo, as empresas provedoras podem se utilizar – e se utilizam cada vez mais e com eficiência crescente – de ferramentas de inteligência artificial para auditar o conteúdo veiculado em suas páginas. Nada obstante, a moderação eficiente demanda ainda a manutenção de grandes equipes de funcionários, além do investimento no desenvolvimento de estratégias de auditagem e de ferramentas de inteligência artificial cada vez mais eficientes.

Em síntese: a moderação de conteúdos é uma atividade necessariamente custosa e a imposição de um dever geral de vigilância às empresas provedoras de aplicações de internet seria sobremodo gravosa para a viabilidade financeira de grande parte dos negócios digitais, sobretudo para empresas de menor porte, contribuindo ainda mais para a oligopolização já observada deste mercado.

A referida preocupação com os custos da moderação de conteúdos é amplamente presente nas leis europeias sobre a matéria. O *Digital Service Act* (a regulamentação geral da União Europeia sobre serviços digitais), que entrou em vigor no mês de fevereiro de 2024, dispõe, nesse sentido, que os Estados da Comunidade não devem impor às plataformas digitais **obrigações gerais de vigilância ou de curadoria ativa de fatos**, mas apenas **obrigações de vigilância em casos específicos**. *In verbis* (texto em português em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065):

> *"(30)* ***Os prestadores de serviços intermediários não deverão estar sujeitos a uma obrigação, nem de jure nem de facto, de vigilância no que diz respeito a obrigações de natureza geral. Tal não diz respeito a obrigações de vigilância num caso específico*** *e, em especial, não afeta decisões provenientes de autoridades nacionais de acordo com a legislação nacional que seja conforme com o direito da União tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, e de acordo com as condições estabelecidas no presente regulamento.* ***Nenhuma disposição do presente regulamento deverá ser interpretada como uma imposição de uma obrigação geral de vigilância ou de uma obrigação geral de apuramento ativo dos factos, ou como uma obrigação geral de os prestadores tomarem medidas pró-ativas relativamente a conteúdos ilegais****.*
>
> *Artigo 8º. Inexistência de obrigações gerais de vigilância ou de apuramento ativo dos factos.Não será imposta a esses prestadores qualquer obrigação geral de controlar as informações que os prestadores de serviços intermediários transmitem ou armazenam, nem de procurar ativamente factos ou*

circunstâncias que indiquem ilicitudes (grifei)".

O *Digital Service Act*, ademais, em que pese determine que os Estados da União Europeia devam impor regras mínimas de moderação de conteúdos a serem observadas pelas plataformas digitais, tem a preocupação expressa de eximir destas obrigações micro e pequenas empresas, a fim de que não criar para elas "encargos desproporcionados". *In verbis*:

> *"(45)* ***Embora a liberdade contratual dos prestadores de serviços intermediários deva, em princípio, ser respeitada, é conveniente estabelecer determinadas regras sobre o conteúdo, a aplicação e a execução dos termos e condições desses prestadores no interesse da transparência, da proteção dos destinatários do serviço e da prevenção de resultados injustos ou arbitrários. Os prestadores de serviços intermediários deverão indicar de forma clara e manter atualizadas, nos seus termos e condições, as informações com base nas quais podem restringir a prestação dos seus serviços****. Designadamente, deverão incluir informações sobre quaisquer políticas, procedimentos, medidas e instrumentos utilizados para efeitos de moderação de conteúdos, incluindo a tomada de decisões algorítmicas e a análise humana, bem como as regras processuais do respetivo sistema interno de gestão de reclamações. Os prestadores de serviços intermediários deverão também incluir informações sobre o direito a rescindir a utilização do serviço. Os prestadores de serviços intermediários podem utilizar nas condições do serviço elementos gráficos, como ícones ou imagens, para ilustrar os principais elementos dos requisitos de informação previstos no presente regulamento. Os prestadores*

deverão informar os destinatários do seu serviço, através dos meios adequados, das alterações significativas introduzidas nos termos e condições, por exemplo quando alteram as regras em matéria de informações permitidas no seu serviço, ou outras alterações desse tipo que possam afetar diretamente a capacidade dos destinatários de utilizarem o serviço. (...)

(48) Tendo em conta o seu papel e alcance especiais, ***é adequado impor às plataformas em linha de muito grande dimensão e aos motores de pesquisa em linha de muito grande dimensão requisitos adicionais em matéria de informação e transparência nos seus termos e condições****. Por conseguinte, os fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão e de motores de pesquisa em linha de muito grande dimensão deverão fornecer os seus termos e condições nas línguas oficiais de todos os Estados-Membros em que oferecem os seus serviços e deverão também fornecer aos destinatários dos serviços um resumo conciso e facilmente legível dos principais elementos dos termos e condições. Tais sínteses deverão identificar os elementos principais dos requisitos de informação, incluindo a possibilidade de se autoexcluírem facilmente de cláusulas facultativas.*

(49) Para assegurar um nível adequado de transparência e de responsabilização, os prestadores de serviços intermediários deverão divulgar, anualmente e de forma pública, em conformidade com os requisitos harmonizados previstos no presente regulamento, um relatório em formato legível por máquina sobre a moderação de conteúdos por eles realizada, incluindo as medidas tomadas em resultado da aplicação e execução dos seus termos e condições. ***No entanto, a fim de***

> ***evitar encargos desproporcionados, essas obrigações de apresentação de relatórios de transparência não deverão aplicar-se aos prestadores que sejam micro ou pequenas empresas, tal como definidas na Recomendação 2003/361/CE da Comissão (25), e que não sejam plataformas em linha de muito grande dimensão na acepção do presente regulamento"*** (grifei).

Em suma, a despeito da insuficiência da disciplina do art. 19 do Marco Civil da Internet, não seria constitucionalmente adequada a substituição do regime que o dispositivo veicula por um regime geral de responsabilidade objetiva (independente de culpa). Por outro lado, penso ser necessário reconhecer que **a Constituição impõe a existência da possibilidade de responsabilização civil das empresas provedoras de aplicações de internet nos casos em que, tendo ciência inequívoca do cometimento de ilicitudes por seus usuários, agem de modo negligente, deixando de realizar a devida moderação**.

Esta é, repita-se, uma exigência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Sendo estes direitos valores nucleares do Estado e, no limite, sua própria *ratio essendi*, ninguém pode se portar de modo indiferente a sua promoção e ao Estado cabe criar os instrumentos necessários à sua proteção eficiente, no que o sistema de responsabilidade civil pode exercer um papel fundamental. Se as empresas provedoras sabem do cometimento de violações a direitos fundamentais em seus domínios e, podendo, não tomam as providências ao seu alcance, de acordo com a razoabilidade, para evitar essas violações, devem ser por isso responsabilizadas. Esta é a interpretação conforme a Constituição que deve ser feita do art. 19 da Lei nº 12.965/2014.

VIII.

Da configuração da negligência necessária à responsabilização civil das empresas provedoras de aplicações: parâmetros

Uma vez estabelecido que a interpretação da Constituição impõe a possibilidade de responsabilização das empresas provedoras de aplicações de internet nos casos de negligência na moderação diante do conhecimento inequívoco de uma ilicitude, entendo ser necessário que este Supremo Tribunal Federal fixe alguns parâmetros mínimos para a configuração do "inequívoco conhecimento da ilicitude", capaz de revelar a negligência dos provedores. A fixação destes parâmetros – que é essencial à orientação dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro no trato da matéria a partir do presente julgamento – deve se dar também a partir de um juízo de ponderação, que leve em conta a lesividade social de cada tipo de discurso ilícito.

Nesse sentido, para alguns tipos de discurso dotados de potencial lesivo mais elevado, é razoável que se imponham obrigações específicas de vigilância às plataformas digitais, em virtude dos quais se presuma o conhecimento inequívoco da ilicitude independentemente de provocação externa. Por outro lado, em se tratando de discursos dotados, por assim dizer, de menor potencial ofensivo, é razoável que se presuma que o conhecimento inequívoco da ilicitude por parte das plataformas digitais dependa de notificação do interessado.

Conforme pontua Fernando Biolcati, em tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo acerca do tema da responsabilidade civil das plataformas digitais, a disseminação de conteúdos nas redes sociais pode gerar tanto danos individuais quanto danos coletivos. Os danos individuais decorrem da vulneração de direitos da personalidade como a honra, a imagem e a privacidade, e se dão pela prática, entre outras coisas, do *cyberbullying*, do *cyberstalking*, do uso fraudulento de dados pessoais, da exposição sem consentimento de

nudez e de práticas sexuais, da difamação e da calúnia (BIOLCATI, Fernando Henrique de Oliveira. *Internet, Fake News e Responsabilidade Civil das Redes Sociais*, São Paulo: Almedina, 2022, p. 270). Esta espécie de dano, conquanto também importante para o ordenamento, tem obviamente alcance limitado e, por isso, comparativamente menor lesividade social, razão pela qual não se justifica, a meu sentir, a imposição de uma obrigação de vigilância e monitoramento às redes sociais a seu respeito.

Nos casos de potenciais danos individuais (ofensas à honra, à imagem e à privacidade, etc.), portanto, a configuração da negligência das plataformas digitais e sua consequente responsabilização civil devem estar condicionadas à notificação do interessado para a retirada do conteúdo lesivo. Aliás, o Marco Civil da Internet já estabelece, em seu art. 21, este condicionamento para uma hipótese específica de dano individual, qual seja, o que decorre da ofensa à privacidade pela divulgação sem consentimento de cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado.

A sistemática do art. 21 da Lei Federal nº 12.965/2014 deve, assim, ser aplicada para todo e qualquer conteúdo ilícito veiculado nas redes sociais gerador de danos individuais (ofensas à honra, à imagem e à privacidade de particulares). Uma vez notificada da existência de postagem lesiva, a empresa provedora da aplicação de internet deve atuar, como dispõe o art. 21, de modo diligente para a indisponibilização desse conteúdo. A fim de que este sistema de *notice-and-takedown* se operacionalize plenamente para a proteção suficiente dos direitos fundamentais à honra, à imagem e à privacidade, devem as plataformas digitais disponibilizar meios eletrônicos eficientes, funcionais e sigilosos para o recebimento de denúncias e reclamações de seus usuários.

Por outro lado, postagens que veiculam discursos de ódio, conteúdo racista, pedofilia, incitação à violência e discursos antidemocráticos, entre

outras, têm o condão de gerar danos coletivos (danos morais coletivos e danos sociais). O alcance destes danos e, por conseguinte, sua lesividade social são, por definição, mais amplos, a merecer o contrabalanceamento de medidas protetivas mais robustas. Nestas hipóteses específicas, considerado o elevado potencial lesivo das manifestações, entendo que a Constituição impõe que haja para as empresas provedoras uma obrigação de monitoramento ativo, que as conduza a empregar todos os esforços a seu alcance para a indisponibilização espontânea deste tipo de conteúdo no prazo mais exíguo o possível, independentemente de provocação externa, de particulares ou judicial.

Cumpre salientar aqui o fato notório de que **já há hoje meios tecnológicos relativamente eficientes para o monitoramento ativo destes discursos dotados de maiores lesividade**, os quais, como já afirmado, já são utilizados em alguma medida pelas grandes plataformas digitais. Trata-se das ferramentas de inteligência artificial, que operam, entre outras coisas, a revisão automatizada de imagens e a análise automatizada de linguagem, e que podem ser combinadas, em determinadas situações, com revisão humana. Há ainda a possibilidade de uma filtragem algorítmica, através do uso de algoritmos que podem ser dotados de *machine learning*, ou aprendizado automático, que têm como característica o aprimoramento progressivo a partir de sua própria utilização recorrente (NITRINI, Rodrigo Vital. *Liberdade de Expressão nas Redes Sociais: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas digitais*, Belo Horizonte: Dialética, 2021, pp. 50 e ss.).

Existem, portanto, meios técnicos para a identificação espontânea de determinados tipos de discursos. Sua implementação é, sem dúvida alguma, custosa, mas a imposição destes custos às plataformas digitais é medida exigida pela Constituição, a fim de que se proteja eficientemente a sociedade de lesões graves a direitos fundamentais.

Penso que o rol de discursos dotados dessa lesividade qualificada, justificadora da imposição de uma obrigação de vigilância para as plataformas digitais, deve ser integrado pelas seguintes espécies de mensagens: discursos de ódio, racismo, pedofilia, incitação à violência, apologia à abolição violenta do Estado Democrático de Direito e apologia ao Golpe de Estado.

Os "discursos de ódio" podem ser definidos como manifestações públicas que incitam o ódio contra determinados segmentos da população, negando-lhes implicitamente o seu direito à igual consideração perante as leis e o Estado e, portanto, sua dignidade enquanto pessoas humanas. Não há dúvidas de que manifestações deste tipo violam a Constituição e trazem em si o potencial de quebra da paz social, cabendo destacar que o Brasil assumiu perante a ordem internacional o compromisso de combatê-las, vez que o art. 13 (5) da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica – Decreto nº 678/1992) expressamente prevê que "*a lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência*".

O racismo constitui uma espécie de "discurso de ódio"– talvez o mais comum deles – e, como todos sabemos, a Constituição tem uma especial preocupação com seu combate, na medida em que o art. 5º, XLII, da CF estabelece sua prática como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.

A incitação à violência é uma categoria genérica cujo combate é igualmente óbvio em uma ordem constitucional que garante o direito à vida. Sua previsão no rol de temas acerca dos quais as plataformas digitais devem exercer um monitoramento ativo visa a impedir a organização e a ocorrência de episódios trágicos verificados em alguns

países, como, por exemplo, ataques terroristas e massacres em escolas e outros espaços públicos.

Por último, a apologia à abolição violenta do Estado de Democrático de Direito e à apologia ao Golpe de Estado constituem a categoria dos "discursos antidemocráticos", cuja acentuada lesividade social se fez notória a toda a sociedade através dos infames atentados perpetrados nessa Praça dos Três Poderes e contra o prédio deste Supremo Tribunal no dia 8 de janeiro de 2023. Estas condutas perfazem os atuais tipos penais dos artigos 359-L e 359-M do Código Penal.

Consigno, ademais, que, como todos sabemos, as redes sociais auferem lucros cada dia mais por meio do impulsionamento remunerado de conteúdos. Trata-se dos casos em que empresas e particulares pagam diretamente as redes sociais para que seus algoritmos impulsionem de modo excepcional e privilegiado suas postagens. Nestas hipóteses, penso ser necessário reconhecer a possibilidade de responsabilização civil das empresas provedoras de aplicações em todas as situações em que houver lesão a direitos, individuais e coletivos, de terceiros. A obtenção de lucro direto que advém do serviço de publicidade prestado pelas plataformas digitais justifica que se lhes imponham ônus mais elevados de verificação dos conteúdos.

Em suma, o efetivo conhecimento da ilicitude do conteúdo produzido por terceiros por parte da empresa provedora de aplicações de internet é presumido, de modo absoluto, no caso de conteúdos onerosamente impulsionados.

Um último esclarecimento se faz necessário acerca ainda da questão do "inequívoco conhecimento da ilicitude" do conteúdo produzido por terceiros por parte das redes sociais. É óbvio que no dia a dia do funcionamento das plataformas digitais e na realidade de uma

multiplicidade astronômica de interações entre usuários, surgirão casos cinzentos, em que não restará clara a configuração de uma destas categorias de discursos abrangidos na obrigação de vigilância. **A linguagem é dotada de grande plasticidade e indivíduos imbuídos de má-fé podem adotar formas sub-reptícias e dissimuladas de manifestar seu ódio e de fomentar a violência e o autoritarismo. Haja vista a adoção de um regime de responsabilidade civil que se funda na culpa (na negligência), em casos tais, em que a configuração do discurso proscrito não seja clara, não deve surgir para as plataformas digitais o dever de indenizar danos coletivos eventualmente gerados**. Por óbvio, as empresas provedoras terão de agir com boa-fé na análise destes conteúdos dúbios.

Em outras palavras, em havendo dúvida razoável acerca da configuração de uma das categorias constantes do rol de discursos acerca dos quais as plataformas digitais devem realizar um monitoramento ativo, fica excluída a possibilidade de responsabilização civil da empresa provedora, salvo, é claro, no caso de descumprimento de ordem judicial específica, na forma do que prevê o art. 19 do Marco Civil da Internet como regra geral.

IX.
A essencialidade da liberdade de expressão e a necessidade de sua compatibilização com os demais direitos fundamentais

Após tudo o que foi dito até aqui, resta ainda uma questão a ser enfrentada, qual seja, a de saber se o regime de responsabilidade civil das empresas provedoras de aplicações de internet acima delineado seria compatível com o direito à liberdade de expressão. É que, como dito, consta das razões dos recorrentes o argumento de que a regra do art. 19 do Marco Civil da Internet seria uma decorrência necessária daquele direito fundamental.

A discussão em tela é deveras relevante. A garantia da liberdade de expressão – é despiciendo dizer – se põe na ordem constitucional, conforme tantas vezes afirmado no Plenário deste Supremo Tribunal Federal, como "*um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma república fundada em bases democráticas*" (ADPF 187, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 29/05/2014) e como condição *sine qua non* da livre participação política e, portanto, da própria democracia (ADI 4.451, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, *DJe* 06/03/2019).

De fato, é da essência do regime democrático a existência de um esfera pública deliberativa, em que os cidadãos podem intercambiar ideias sobre problemas sociais e exercer a crítica legítima sobre a atuação dos governantes. Nesse sentido, é necessário não apenas garantir a livre expressão dos cidadãos, mas também criar espaços para que estas críticas sejam formuladas, de sorte a impedir que as autoridades públicas negligenciem importantes medidas de desenvolvimento social, em detrimento sobretudo das classes mais desfavorecidas. É com base nessa premissa que a Constituição tem um compromisso indelével com a liberdade de imprensa (liberdade de informação jornalística), conforme resta claro de seu art. 220.

Seguindo a mesma linha, o Direito norte-americano construiu, ao menos desde o caso *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*, julgado pela Suprema Corte em 1975, a doutrina dos fóruns públicos (*public-forum doctrine*), segundo a qual uma sociedade livre deve criar uma plêiade de fóruns públicos, nos quais se assegure àqueles indivíduos que desejam se expressar o direito de ter acesso aos lugares necessários para permitir a difusão da sua opinião entre as pessoas, notadamente aquelas áreas onde muitas delas se encontram. Na sociedade moderna, não há dúvidas de que a internet e especialmente as aplicações que marcam a chamada Web

2.0 (redes sociais) se tornaram tão ou mais importantes que os fóruns públicos tradicionais, como praças e avenidas, na função de arena para a livre expressão (SUNSTEIN, Cass. *Republic.com 2.0*. New Jersey: Princeton University Press, 2007, pp. 22/24).

Mas para além desta sua função instrumental, de viabilização do próprio regime democrático, aponta Ronald Dworkin que a liberdade de expressão também ostenta uma razão de ser dita "constitutiva", ligada à própria ideia de dignidade da pessoa humana, tanto dos cidadãos emissores dos discursos quanto dos receptores. É que, segundo o magistério daquele renomado autor americano, *verbis*:

> *"(...) o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial ou "constitutivo" de uma sociedade política justa. Essa exigência tem duas dimensões. Em primeiro, as pessoas moralmente responsáveis fazem questão de tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé. O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. Só conservamos nossa dignidade inidividual quando insistimos em que ninguém - nem o governante nem a maioria dos cidadãos - tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la"* (DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: a Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*, São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 319).

A Constituição, a meu sentir, deixa claro também seu compromisso

com a função constitutiva da liberdade de expressão, quando, por exemplo, se refere à "livre manifestação do pensamento" e à "livre expressão da atividade intelectual e artística" (CF, art. 5º, IV e IX).

Não há, portanto, qualquer dúvida acerca da suma relevância do direito à liberdade de expressão em nosso sistema constitucional e, saliente-se, o Supremo Tribunal Federal tem historicamente exercido um papel da mais alta relevância na proteção deste direito por meio de inpumeros precedentes. Há que se consignar, entretanto, que, em que pese sua função estruturante do sistema democrático e até sua posição preferencial (afirmada pela Corte, por exemplo, no julgamento da ADPF 130), a liberdade de expressão pode sofrer limitações, desde que razoáveis, proporcionais e com vistas a prestigiar outros direitos e garantias de mesmo *status* jusfundamental (nesse sentido, por todos: MS 34.493 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 16/05/2019).

Com efeito, **em tempos de propagação de um libertarismo hipócrita, que afirma, imbuído de manifesta má-fé e intuito lucrativo, que quaisquer limitações a discursos seriam indevidas e violadoras da Constituição, é necessário reafirmar, em alto e bom som para a sociedade brasileira, o que o Plenário desta Suprema Corte já declarou tantas vezes em sua jurisprudência: o direito à liberdade de expressão não é absoluto e não protege violações manifestas a direitos fundamentais de igual estatura constitucional**.

O exercício da linguagem humana, que a Constituição reconhece como manifestação essencial da personalidade do cidadão em sua dignidade e como fundamento basilar da ordem democrática, não pode ser logicamente direcionado justamente à violação da dignidade da pessoa humana alheia ou à destruição da democracia. Tratar-se-ia de uma inadmissível contradição interna. A Constituição não pode ser

logicamente interpretada desta maneira; isto é, não pode ser interpretada como contendo em si o gérmen de sua própria destruição. Como ensinava o grande constitucionalista alemão Karl Loewenstein a propósito do surgimento dos regimes facistas na Europa das primeiras décadas do século XX, não se pode permitir que o mecanismo da democracia seja o "Cavalo de Tróia" por meio do qual os inimigos do regime democrático invadam a cidade e a queimem (LOEWENSTEIN, Karl. *Militant Democracy and Fundamental Rights, I*, *in* The American Political Science Review, v. 31, n. 3, Jun/1937, pp. 417-432).

Discursos de ódio, racismo, incitação à violência e apologia a atos antidemocráticos não são manifestações protegidas pela liberdade de expressão constitucional e devem, por isso, ser reprimidas, pois visam, no limite, a própria abolição da ordem constitucional. Este entendimento é consolidado na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, conforme o demonstra o multicitado acórdão do Plenário no HC 82.424 (Caso Ellwanger), cuja autoexplicativa ementa transcrevo, destacando alguns trechos:

> *"HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL.* ***LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES****. ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).*
>
> *2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos*

crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa.

3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam ***crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.***

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo.

7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias

anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham.

13. ***Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.***

14. ***As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.***

> *15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento".* ***No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável****.*
>
> *16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada"* (HC 82.424, Tribunal Pleno, Redator p/ o acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/2004, grifei).

A possibilidade de responsabilização civil das plataformas digitais, que cria para as mesmas obrigações específicas de vigilância de conteúdos veiculados por terceiros em suas páginas, perfaz no máximo uma limitação indireta à liberdade de expressão dos usuários de redes sociais. Trata-se, sem dúvida alguma, de uma limitação justa, razoável e proporcional, exatamente porque direcionada à proteção eficiente de direitos fundamentais, individuais e coletivos, como amplamente demonstrado neste voto. O regime de responsabilidade civil ora delineado é, portanto, constitucional e não viola o direito fundamental à liberdade de expressão.

Consigno, por fim, não haver, segundo compreendo, risco real de que, sob o regime de responsabilidade civil que ora se desenha, as empresas provedoras de aplicações venham a excluir em excesso

conteúdos lícitos veiculados por terceiros, por receio de responsabilização, ocasionando, assim, uma diminuição geral no nível de exercício legítimo da liberdade de expressão na sociedade (o chamado ***chilling effect*** ou "efeito resfriador").

Isto porque a ideia por trás do conceito de ***chilling effect***, de acordo com a qual indivíduos engajados em discursos protegidos pela liberdade de expressão se sentiriam dissuadidos de se expressar em virtude da possibilidade abstrata de responsabilização por equívoco (SCHAUER, Frederick. *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect, in* Boston University Law Review 58, n. 5, November 1978: 685-732, p. 693), só parece fazer sentido quando o emissor não tem nada a ganhar, em termos econômicos, com seu discurso. É que, segundo ensina Richard Posner, a fragilidade do mercado de informações residiria no fato de que, ao contrário do que ocorre com as patentes, os emissores, como regra, não obtêm ganhos diretos com suas ideias. Assim, quaisquer custos legais que lhes sejam impostos tendem a gerar uma subprodução de informações, sendo esta a razão econômica pela qual devemos nos preocupar com o resfriamento (*chilling*) do exercício da liberdade de expressão (POSNER, Richard A. *Economic Analyses of Law*, 9th ed., New York: Wolters Kluwer, 2014, p. 956).

No presente caso, não se pode esquecer que não está em disputa a responsabilidade civil do terceiro usuário, autor de uma determinada postagem em uma rede social, mas sim a responsabilidade da própria plataforma digital, que é a intermediária da informação. Os conteúdos gerados por terceiros em suas páginas são para as empresas provedoras de aplicações de internet mercadorias, *commodities*, cuja circulação lhes garante o lucro. Neste cenário, não é crível que estas empresas venham a adotar medidas de moderação excessiva e desnecessariamente restritivas, dado que isto impactaria seus próprios lucros. Ao contrário, as empresas

provedoras de aplicações, uma vez instaurado um novo regime de responsabilidade civil, procurarão adotar um nível ótimo de moderação de conteúdos à luz deste novo regime, que lhes garanta a maximização de receitas.

Ademais, o usuário que eventualmente se sinta lesado por um ato de moderação descabido de uma plataforma digital em face de um conteúdo por ele gerado sempre poderá recorrer ao Poder Judiciário, a fim de obter tutela que ordene à empresa provedora a republicação de uma postagem lícita suprimida.

X.
Da tese de repercussão geral

Da suma dos fundamentos apresentados no presente voto, extraem-se os seguintes itens, que apresento ao Plenário como proposta de tese vinculante para os recursos extraordinários com repercussão geral ora julgados:

> **"1.** A disposição do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei Federal nº 12.965/2014) não exclui a possibilidade de responsabilização civil de provedores de aplicações de internet por conteúdos gerados por terceiros nos casos em que, tendo ciência inequívoca do cometimento de atos ilícitos, seja porquanto evidente, seja porque devidamente informados por qualquer meio idôneo, não procederem à remoção imediata do conteúdo.
>
> **2.** Considera-se evidentemente ilícito (item 1) o conteúdo gerado por terceiro que veicule discurso de ódio, racismo, pedofilia, incitação à violência, apologia à abolição violenta do Estado Democrático de Direito e apologia ao Golpe de Estado. Nestas hipóteses específicas, há para as empresas provedoras um dever de

monitoramento ativo, com vistas à preservação eficiente do Estado Democrático de Direito.

3. Nos casos de postagens ofensivas à honra, à imagem e à privacidade de particulares, a ciência inequívoca da ilicitude por parte das empresas provedoras, necessária à responsabilização civil, dependerá de sua prévia e fundamentada notificação pelos interessados, que poderá ser realizada por qualquer meio idôneo, cabendo às plataformas digitais o dever de disponibilizar meios eletrônicos eficientes, funcionais e sigilosos para o recebimento de denúncias e reclamações de seus usuários que se sintam lesados.

4. É presumido, de modo absoluto, o efetivo conhecimento da ilicitude do conteúdo produzido por terceiros por parte da empresa provedora de aplicações de internet, nos casos de postagens onerosamente impulsionadas".

XI.
Dos casos concretos

Assentada a tese objetiva, passo a analisar os casos concretos.

a) RE 1.057.258 – Tema-RG 533 (Rel. Min. Luiz Fux)

No caso do RE 1.057.258, uma professora de ensino médio do Estado de Minas Gerais requereu extrajudicialmente (por meio de carta) à empresa Google do Brasil, provedora da rede social ORKUT, a exclusão de uma página digital (comunidade) em que diversos alunos fizeram uma série de comentários ofensivos à sua honra. A comunidade se chamava "Eu odeio a Aliandra".

A ocorrência destas manifestações ofensivas resta fartamente comprovada por meio de documentos acostados aos autos, assim como a cientificação da empresa recorrente, realizada por meio de carta postada com aviso de recebimento (doc. 03).

Nada obstante devidamente cientificada, a empresa recorrente se recusou a proceder à remoção da página, alegando que o conteúdo denunciado não violaria "*de forma clara as leis do mundo real*" ou infringiria as políticas internas da plataforma (doc. 03, p. 11). Ante a recusa, a particular lesada ajuizou ação indenizatória por danos morais em face da empresa provedora.

A ação foi julgada procedente por juízo especial cível de Belo Horizonte/MG e a empresa Google do Brasil condenada ao pagamento R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais. Entendeu a magistrada julgadora, em síntese, que a responsabilidade da empresa decorreria de sua omissão "*em praticar conduta que impediria o uso da imagem da autora de forma não autorizada por ela, e mais, impediria que ela continuasse a ser ridicularizada na comunidade escolar, especialmente, dentre o corpo discente*".

Em sede de recurso inominado, a 1a Turma Recursal de Belo Horizonte manteve a sentença condenatória, em virtude do que foi interposto o recurso extraordinário ora em análise.

À luz da tese objetiva fixada, impõe-se o desprovimento do recurso.

Não se compatibiliza com a Constituição um regime responsabilidade civil que exonere amplamente as empresas provedoras de aplicações de internet de atuarem, no limite de suas possibilidades, para a preservação de direitos fundamentais lesados em decorrência de

conteúdos postados em suas plataformas. Esta conclusão, que se aplica na vigência do Marco Civil da Internet, vale, com muito mais razão, para o caso concreto, em que a conduta lesiva à honra da particular recorrida se deu em momento anterior à entrada em vigor daquela lei federal e não havia no sistema norma que afastasse a responsabilidade da recorrida.

Tendo a recorrente Google do Brasil obtido conhecimento inequívoco da existência do conteúdo lesivo, porquanto devidamente notificada pela recorrida, e sendo as postagens apontadas na notificação obviamente ofensivas à honra da mesma e ilícitas, tinha a recorrente o dever de indisponibilizar a indigitada comunidade criada na rede social ORKUT. Ao deixar de fazê-lo, cometeu a empresa recorrente ato ilícito que gerou para a recorrida evidente dano moral, razão pela qual sua condenação na origem se deu de forma correta.

Desprovejo, portanto, o recurso, para manter a condenação.

b) RE 1.037.396 – Tema-RG 937 (Rel. Min. Dias Toffoli)

No caso do RE 1.037.396, uma senhora residente no Estado de São Paulo, ora recorrida, teve um perfil criado, sem seu consentimento, por pessoa desconhecida na rede social Facebook (o chamado *perfil fake*). A pessoa que criou este perfil o utilizou para ofender pessoas próximas da recorrida, criando-lhe vários constrangimentos perante pessoas de seu círculo de convivência.

Segundo consta da petição inicial, a recorrida teria informado o Facebook, por meio eletrônico disponibilizado pela própria plataforma, acerca da falsidade do perfil, requerendo sua remoção. A plataforma, entretanto, teria permanecido inerte, em razão do que ingressou a

recorrida com ação de obrigação de fazer cumulada com danos morais.

Tendo o juízo de origem determinado a remoção do perfil em sede de tutela provisória, o Facebook cumpriu a ordem, após esclarecimento acerca da identificação do objeto da ordem judicial.

A ação foi julgada parcialmente procedente em primeira instância, apenas com a determinação da exclusão definitiva do perfil apontado como falso e o fornecimento do número do IP (*internet protocol*) do criador da conta. Em sede de recurso inominado, a Turma Recursal competente reformou a sentença, afastando a aplicação do art. 19 do Marco Civil da Internet e aplicando à espécie do Código de Defesa do Consumidor, com fundamento no art. 5°, inciso XXXII, da Constituição Federal. A empresa Facebook então interpôs o presente recurso extraordinário.

À luz da tese objetiva fixada, impõe-se o desprovimento do recurso.

Isto porque, resta incontroverso nos autos que a particular recorrida, tão logo ciente da existência do perfil criado fraudulentamente em seu nome, cientificou a plataforma digital pela via eletrônica por ela disponibilizada.

Tendo a recorrente sido devidamente comunicada da ilicitude praticada, a não retirada imediata do ar do perfil fraudulento configura situação de negligência da empresa Facebook, apta a possibilitar sua responsabilização civil. Uma vez que o Facebook tinha ciência da falsidade do perfil em tela, cabia-lhe proceder à sua indisponibilização imediata, o que não aconteceu.

Saliento no ponto que, conforme expus em meu voto, existe para as plataformas digitais, à luz da melhor interpretação constitucional, o dever de disponibilizar "*meios eletrônicos eficientes, funcionais e sigilosos*

para o recebimento de denúncias e reclamações de seus usuários que se sintam lesados".

Neste cenário, impõe-se a manutenção da condenação em danos morais fixada no acórdão recorrido.

Ex positis, **desprovejo o recurso**, para manter a condenação do Facebook em danos morais.

CONCLUSÃO

Ex positis, **NEGO PROVIMENTO** ao RE 1.057.258, a fim de manter o acórdão recorrido e **NEGO PROVIMENTO** ao RE 1.037.396, para manter a condenação do Facebook em danos morais.

Fixo para ambos os processos a seguinte tese vinculante:

> ***"1.*** *A disposição do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei Federal nº 12.965/2014) não exclui a possibilidade de responsabilização civil de provedores de aplicações de internet por conteúdos gerados por terceiros nos casos em que, tendo ciência inequívoca do cometimento de atos ilícitos, seja porquanto evidente, seja porque devidamente informados por qualquer meio idôneo, não procederem à remoção imediata do conteúdo.*
>
> ***2.*** *Considera-se evidentemente ilícito (item 1) o conteúdo gerado por terceiro que veicule discurso de ódio, racismo, pedofilia, incitação à violência, apologia à abolição violenta do Estado Democrático de Direito e apologia ao Golpe de Estado. Nestas hipóteses específicas, há para as empresas provedoras um*

dever de monitoramento ativo, com vistas à preservação eficiente do Estado Democrático de Direito.

3. *Nos casos de postagens ofensivas à honra, à imagem e à privacidade de particulares, a ciência inequívoca da ilicitude por parte das empresas provedoras, necessária à responsabilização civil, dependerá de sua prévia e fundamentada notificação pelos interessados, que poderá ser realizada por qualquer meio idôneo, cabendo às plataformas digitais o dever de disponibilizar meios eletrônicos eficientes, funcionais e sigilosos para o recebimento de denúncias e reclamações de seus usuários que se sintam lesados.*

4. *É presumido, de modo absoluto, o efetivo conhecimento da ilicitude do conteúdo produzido por terceiros por parte da empresa provedora de aplicações de internet, nos casos de postagens onerosamente impulsionadas".*

É como voto.